
С.С. Алексеев

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ

■ Том 1

Гражданское право: Сочинения 1958—1970 годов

- Предмет советского социалистического гражданского права
- Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки грузов
- Статьи
- Комментарий

■ Том 2

Специальные вопросы правоведения

- Структура советского права
- Общие дозволения и общие запреты в советском праве

■ Том 3

Проблемы теории права: Курс лекций

■ Том 4

Линия права. Концепция: Сочинения 1990–х — 2009 годов

- Уроки. Тяжкий путь России к праву
- Круг замкнулся: Повесть о праве
- Тайна и сила права
- Право собственности: Проблемы теории
- Статьи

■ Том 5

Линия права. Отдельные проблемы концепции

- Самое святое, что есть у Бога на земле: Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху
- Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи

■ Том 6

Восхождение к праву

- Восхождение к праву: Поиски и решения

■ Том 7

Философия права и теория права

- Философия права
- Частное право: Научно-публицистический очерк
- Гражданское право в современную эпоху:
Заметки к постановке проблемы
- Статьи, полемические заметки

■ Том 8

Учебники и учебные пособия

- Право: Законы, правосудие, юриспруденция
в жизни людей: Учебное пособие
- Государство и право: Учебное пособие
- Азы права: Азбука права для всех
- Гражданское право: Учебник. Раздел I:
Общие положения

■ Том 9

Публицистика

- Два имени
- Право – надежда наша
- Заметки по философским проблемам
- Максимы
- Горбачев и Ельцин
- Статьи
- Идеология перестройки. 1992–1995 гг.

■ Том 10

Литературно–художественные произведения

- Повести и рассказы
Книга первая. Детство
Книга вторая. О любви

■ Справочный том

Собрание сочинений Сергея Сергеевича Алексева,
лауреата высшей юридической премии
«Юрист года» за 2009 г.,
подготовлено с участием автора,
Уральской государственной юридической академии,
Института частного права
и издается в соответствии с решением
Ассоциации юристов России
(приказ от 9 декабря 2009 г. № 189)
и издательства «Статус»

С.С. Алексеев

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ
В ДЕСЯТИ ТОМАХ

Том 6 Восхождение к праву



УДК 347
ББК 67.404
А 47

Авторы примечаний:

С.А. Степанов,

д.ю.н., профессор, директор Института частного права

Н.П. Зарипова,

рук. издательского отдела Института частного права

Алексеев С.С.

А 47 **Собрание сочинений.** В 10 т. [+ Справоч. том]. Том 6: Восхождение к праву. — М.: Статут, 2010. — 558 с.

ISBN 978-5-8354-0708-8 (Т. 6) (в пер.)

ISBN 978-5-8354-0672-2

В шестой том Собрания сочинений С.С. Алексеева вошла монография «Восхождение к праву: Поиски и решения» — один из главных, фундаментальных трудов автора по проблемам теории и философии права периода 1989—2009 гг. В этой работе наиболее полно, последовательно и системно раскрыта основная научная концепция автора: способность права как объективной реальности, как величайшего достижения человеческой цивилизации противостоять произволу и насилию. Книга, ставшая итогом многолетней работы ученого, поднимает целый ряд дискуссионных проблем в процессе системного изложения теории права, предлагает новые подходы к осмыслению феномена права, в частности с общенаучных позиций.

Издание рассчитано на научных работников, аспирантов, студентов юридических и неюридических вузов, на всех, кто интересуется правом, философией, литературой.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-0708-8 (Т. 6)
ISBN 978-5-8354-0672-2

© С.С. Алексеев, 2010
© С.А. Степанов, Н.П. Зарипова, примечания, 2010
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2010

ВОСХОЖДЕНИЕ К ПРАВУ

Поиски и решения

2002

ПРЕДИСЛОВИЕ

Положение юридической науки в России, да и, пожалуй, во всем мире противоречиво.

С одной стороны — слова и лозунги о праве и законе. Об их незыблемости и незаменимости, вплоть до постулата о «диктатуре закона» (как это случилось в нашей стране). О необходимости решать все конфликтные вопросы «по закону» и «только судом». О важности правовой реформы, особенно судебной. Значит, если следовать такого рода фактам, — необходимость возвышения права и науки права, их высокое общественное признание, необходимость обстоятельной научной разработки и углубленного понимания права.

С другой же стороны — все новые и новые страшные факты беззакония и попрания права как в мире в целом, так и, пожалуй, в каждой стране. Распространенная их трактовка в отношении избранных стран (по большей части — бывших колониальных, имперских) как просто «чрезмерность» или «неадекватность» властных акций. Пренебрежение юридическими формами и требованиями права. Двойной стандарт по юридическим вопросам. Отсутствие громкого и уверенного голоса правоведов по всем этим делам. В этой связи — широко бытующие представления о юридической науке как о некоей нужной, но все же «подсобной» дисциплине, не отличающейся безусловной категоричностью своих требований, призванной обслуживать власть, законодателя, деятельность юридических учреждений, в чем-то помогать населению. Или, хуже того, неизменно быть обителью примитивных и спекулятивных идеологизированных знаний, прислужницей сильных мира сего.

С этой точки зрения самое, на мой взгляд, тревожное — это то обстоятельство, что по широко распространенным и, кажется, прочно утвердившимся взглядам юриспруденция рассматривается далеко не в одном ряду с другими отраслями знаний, с естественными и техническими науками, с «физиками» и «математиками». И потому, как представляется немалому числу деятелей науки, нет оснований для того, чтобы связывать ее с теми глобальными процессами современности, когда происходит поражающий воображение взлет науки в целом, мощное проникновение человеческих знаний в секреты при-

роды, мироздания, овладение людьми новыми природными силами и возможностями, которые наконец-то решат множество жизненных проблем. В стороне остаются и возможности правоведения как отрасли знаний и человеческих дел, которые смогли бы — как это признано в отношении экологии, некоторых отраслей биологии — сыграть существенную роль в предупреждении грозных опасностей, подстерегающих человечество на пути прогресса (дай Бог, бытует мнение, справиться юриспруденции хотя бы с теми скромными проблемами борьбы с преступностью, помочь решению которых она никак по-настоящему не может).

Между тем не являются ли такого рода представления всего лишь отражением существующего состояния гуманитарных наук и правоведения, утвердившихся в них научных ориентаций? В России, кроме того, еще и отражением непреодоленных последствий коммунистической идеологии, построенной на отрицании права как высшей гуманитарной категории, трудностей и проблем перехода к современному гражданскому обществу? На Западе же — отражением в целом благополучного состояния общественных дел, торжества, успеха и достойного уровня жизни доминирующего в обществе «среднего класса», довольно успешной на данный момент работы всей юрисдикционной и адвокатской системы, потребительской эйфории, всеобщей коммерциализации, настроений «конца истории», а в этой связи — все большей приземленности юридической науки, ее сугубо прагматической замкнутости, утраты направленности научной мысли по вопросам права на высокую теорию, и отсюда — потери ощущения и понимания своеобразия права, его уникальных, далеко не во всем еще понятых достоинств и ценности¹?

Так что, думается, вполне закономерна постановка вопроса: *не настало ли время оценить, а быть может, и пересмотреть существующие критерии, рубежи и требования в науке права?*

¹ Как уже подмечено в литературе, «понятие права (говоря точнее: тема строгого права и правового государства) в последние десятилетия не выдвигалась в странах Запада на первый план крупных и длительных философских дискуссий» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 15). Не означает ли это явление в Западном мире отражения в юридической науке одного из не очень радостных итогов развития либеральных цивилизаций, названного Ф. Фукуямой «концом истории»? Тем концом, когда, по словам философа, вместо дерзновения, идеализма и мужества возобладает «экономический расчет, бесконечные технические проблемы, забота об экологии и удовлетворение изощренных запросов потребителя» (Фукуяма Ф. Конец истории? // Вопросы философии. 1990. № 3. С. 148).

При всей важности и несомненной актуальности существующих в современной юридической науке подходов и рубежей, продиктованных интересами практической юриспруденции и отчасти философскими и социологическими методологиями, не будет ли оправданным внимательно *приглядеться к праву с тех же общенаучных позиций, которые характерны для естественных и технических наук?*

Тем более что, как свидетельствуют исторические данные, именно такой подход, провозглашенный еще в конце XVII в. Кантом (следовать примеру «геометров и естествоиспытателей»), позволил совершить и в философии «коперниковский переворот» — преодолеть средневековую схоластику и выйти на путь классического философского мышления. И не раскроются ли тогда такие рубежи теории права, которые как раз и требуются современной эпохе и, быть может, являются решающими для судьбы людей, всего человеческого сообщества?

Часть первая. Догма права

ГЛАВА ПЕРВАЯ АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

§ 1. Аналитическая юриспруденция (истоки, содержание, ответвления)

1. Сложный, причудливый путь. Неисповедимы пути науки. От отрасли знаний прикладного характера до одного из необходимых звеньев философского постижения мира, когда от науки требуются ответы на острые проблемы современности, – таков путь правоведения.

Исходной точкой такого развития, которая во многом определила благоприятную перспективу (и, увы, легла на будущее тяжким грузом предрассудков, предубеждений, непонимания), стала аналитическая юриспруденция, юридическая догматика.

2. Аналитическая юриспруденция (юридическая догматика): истоки, содержание. Наука о праве (правоведение) – это общественная, гуманитарная наука, посвященная, как и иные сферы гуманитарных знаний, явлениям общественной жизни людей.

Но правоведение – общественная (гуманитарная) наука *специальная*.

Ее своеобразие как специальной науки заключается в том, что она исторически стала складываться и во многом состоялась как *отрасль прикладных знаний*. Само возникновение юридической науки как особой отрасли знаний связано с появлением юристов, знатоков права (профессиональных судей, составителей текстов законов, консультантов по юридическим вопросам, исполнителей законов), необходимостью их подготовки, обучения, оценки, формулирования и передачи накопленного в юридической практике опыта, его совершенствования.

Как и иные специальные отрасли знаний, столь же исторически изначальные, относящиеся к первичным пластам познавательно-прикладной культуры (медицина, обобщенный опыт и навыки ремесел, материальной техники), правовые знания на первых порах имели и в немалой степени сохранили в последующем преимущественно технико-прикладной характер, когда их социальные и тем более духовно-гуманистические особенности не всегда проявляются и фиксируются.

В этой связи своеобразие правоведения как науки во многом объясняется тем, что само действующее право в практических делах и отношениях выступает в виде особого сектора социальной действительности — законов, юридической практики, прецедентов, правовых обычаев. Отсюда исторически получилось так, что этот сектор социальной жизни сразу же стал фактической основой правовых знаний, исконным предметом юридической науки. Правовые знания в силу этого приобрели по своему содержанию характер *юридической догматики* (или, что то же самое, *юридического позитивизма*) — технико-юридической дисциплины, предмет которой оказался сконцентрированным вокруг «догмы права», практически значимых фактов, наличных правовых реалий: действующих юридических норм, законов, юридических прецедентов, правовых обычаев, их понимания, толкования, практики их применения (всего того, что под другим углом зрения имеет название «позитивное право»).

По своему содержанию юридическая догматика — научная и учебная дисциплина, имеющая характер *аналитической юриспруденции*¹, представляет собой *атомистическую* проработку фрагментов указанных выше правовых реалий. Эта проработка осуществляется путем научных обобщений, получаемых аналитическим путем, данных (выработки понятий, категорий) на основе текстов законов и иных нормативных документов, судебных решений, юридических дел (казусов), других реальных фактов правовой жизни.

Такого рода научные обобщения юридических феноменов в соответствии с потребностями практики выражаются в понятийной констатации юридических реалий (текстов законов, судебных решений,

¹ Для устранения возможных неясностей, которые автор попытается преодолеть в тексте путем придания одного и того же смысла ряду однопорядковых выражений, замечу, что формулы и определения «юридическая догматика», «юридический позитивизм», «аналитическая юриспруденция» в основном равнозначны по смыслу и значению.

Конечно, существование нескольких однозначных выражений создает известные неудобства. Но их использование оказывается необходимым. И не только потому, что каждое из них отражает различные стороны предмета данной сферы знаний и особенности его научной интерпретации. Но еще и потому, что все они используются в науке, на практике. Жаль только, что такое использование нередко связано с оценочными характеристиками данной сферы знаний, когда отдельным словам, таким как «догма» и в особенности «позитивизм», придается (столь распространенный в ряде отраслей знаний) неодобрительный оценочный оттенок.

Впрочем, одну оговорку необходимо все же сделать. По-прежнему подчеркивая смысловую однопорядковость приведенных выражений, автор этих строк, с учетом упомянутых дискредитирующих оценок ряда этих выражений («юридический позитивизм», «юридическая догматика»), в последующем изложении будет отдавать предпочтение термину *аналитическая юриспруденция*.

обычаев в юридической области, прецедентов и др.), выявлении содержащихся в них юридических норм и юридических фактов, в их толковании, фиксации присущих им общих, видовых и родовых особенностей, нахождении заложенных в них юридических конструкций (правовой природы), принципов, смыслового значения соответствующих правовых институтов и норм, выработке и закреплении юридической терминологии. А в итоге – в разработке на основе обобщаемого правового материала определений, сравнительных характеристик, классификаций, а также предложений по совершенствованию данных норм и институтов.

В результате аналитической проработки догмы права, если она проведена на должном научном и методических уровнях в соответствии с требованиями формальной логики, раскрывается детализированная юридическая картина того или иного участка, фрагмента законодательства, судебной практики, обнажается их юридическое содержание, отрабатываются наиболее целесообразные приемы и формы юридических действий, выдвигаются и отрабатываются предложения по совершенствованию соответствующих юридических норм и институтов.

Значение римского частного права как шедевра мировой культуры объясняется именно тем, что в Древнем Риме на основе частного права получила высокое развитие (в чем-то уникальное и непревзойденное) именно аналитическая юриспруденция. Ее достижения раскрылись в самой материи позитивного права и позже, уже после своего расцвета, были отражены в Кодексе Юстиниана (VI в. н.э.), его основной части – Дигестах или Пандектах (что терминологически и обусловило наименование систематических аналитических проработок, основанных на достижениях римского частного права, в качестве *пандектистики*).

Любопытно, что в Древнем Риме, реальная правовая жизнь которого строилась в значительной степени на решении конкретных жизненных ситуаций (прецедентов) и, по словам О. Шпенглера, представляла собой «право повседневности, даже мгновения», достижения аналитической юриспруденции концентрировались в основном непосредственно в практической работе юристов, в вырабатываемых ими правовых принципах, в формулах, конструкциях, отличающихся предельной логической завершенностью, строгостью, точностью. А это в общем-то и формировало историческую и логическую почву для пандектистики, а затем для всей последующей аналитической юриспруденции, юридического позитивизма¹.

¹ В то же время едва ли прав О. Шпенглер, справедливо отметивший прецедентный характер римского (античного) права, когда он утверждает, что «римское право перестало быть для нас источником вечно значимых фундаментальных понятий. Для

Достижения аналитической юриспруденции Рима, получившие в Кодексе Юстиниана систематизированное законодательное закрепление, в более позднее время, через столетия, послужили основой для аналитической работы средневековых юристов-толкователей (глоссаторов и постглоссаторов), а в современную эпоху нашли обобщенное выражение в законодательных системах, в особенности романо-германского права, и стали основой для дальнейшего широкого развертывания юридико-аналитических проработок, необходимых для нужд практики, законодательства и правового обучения, а также основой обширных научных исследований (характерных для правоведения Германии, России, ряда других стран в XIX–XX вв.).

3. Социология права. Потребности жизни, законодательства, юридической практики вызвали к жизни *социологию права* – сферу знаний, которая вслед за аналитической юриспруденцией также относится к прагматике юриспруденции – к практической стороне изучения права.

Значительно распространены социологические методы в странах общего (англосаксонского), прецедентного права, прежде всего американского. Это объясняется не только интенсивным развитием в странах Запада социологии, ориентированной главным образом на практически значимые результаты, но и во многом юридическими особенностями самого общего, прецедентного права, выраженного в основном не в кодифицированных (замкнутых, логически стройных, структурированных) законодательных системах, а в судебных прецедентах – в «праве судей».

Отсюда – не только ограниченность использования аналитического подхода (нет ни достаточных предпосылок, выраженных в законодательстве, ни потребностей), но и необходимость принимать во внимание в процессе действия позитивного права и связанного с ним прецедентного правообразования многообразие фактов социальной действительности – и экономических, и конъюнктурно политических, и психологических, и индивидуально-житейских, и многих других, которые так или иначе влияют на выносимые судьями решения.

нас оно ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями» (*Шпенглер О.* Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. М., 1998. С. 87). И уж совсем неприемлемы его утверждения насчет того, что в дошедшем до нас «римском праве» мало римского, а больше – того, что выражено в иудейской, христианской культуре, персидской литературе. Не обосновывают такого рода утверждения ссылки на то, что «классические юристы Папиниан, Ульпиан и Павел были арамеями; Ульпиан с гордостью называл себя финикийцем из Тира...» (там же. С. 73). Впрочем, более подробный разбор этих и аналогичных утверждений автора – далее.

Достижения правовой социологии, преимущественно «привязанной» к общему, прецедентному праву, особенно американскому, значительны. Социология права, вместе с идеологией «правового реализма» и «свободного права», избавила правоведение США, ряда других стран от впечатлений о «формализме» «схоластики», будто бы парализовавших юриспруденцию Старого Света и будто бы, по мнению ряда теоретиков права, и в особенности гуманитариев из других сфер общественной науки, не имеющих позитивного потенциала, а главное, во многом сориентировала практическую юриспруденцию на то, чтобы напрямую, минуя юридическую догматику, опираться на высшие духовные, этические категории.

Это позволило юридической практике, выраженной в судебной деятельности, по ряду направлений «вырваться вперед», сообразоваться с идеалами либеральных цивилизаций (не всегда, впрочем, органически увязанных со смыслом и назначением права).

Но эти же ориентации породили и негативные тенденции, потери, связанные с утратой ценностей аналитической юриспруденции. Об этих негативных сторонах социологии права приходится говорить еще и потому, что отмеченные «социологические» ориентации в юриспруденции стран общего, прецедентного права и, увы, порой неосмотрительно подхватываемые в странах с иными юридическими системами, приводят к тому, что в какой-то мере «теряется» *само явление права*¹ — его понимание как

¹ Вот краткие иллюстрации из суждений ряда авторов, подтверждающих такого рода тенденцию. Холмс в книге «Общее право» (1881), буквально-таки обрушившись на понимание общего права как права «действующего вне времени, как проявление высшего разума, который парит над бурными водами современности» (и в таких суждениях автор в принципе прав), утверждает вместе с тем: «Право существует вне логики: оно основано на опыте. Потребности времени, господствующие в обществе теории морали и политики, властные структуры, осознанное и подсознательное, даже предрассудки, которые судья разделяет со своими коллегами, играют гораздо большую роль в конструировании норм, управляющих поведением людей, чем абстрактное умозаключение». Развил эти идеи Паунд, который считается основателем социологической школы. Он и его ученики видели в праве прежде всего феномен, который состоит в тесной взаимосвязи с царящими в данном обществе политическими, экономическими и социальными отношениями и меняется вместе с ними во времени, в процессе исторического развития. Для Паунда право — прежде всего средство для сбалансирования интересов различных социальных групп. А судья, если он печется о поддержании, действует как «социальный регулировщик» (social engineer), так как может правильно выполнить свою задачу лишь в том случае, если обладает точным знанием жизненных ситуаций, на которые он хочет воздействовать посредством своего решения». По мнению Паунда, «современный преподаватель права должен изучать социологию, экономику и политику. Он должен знать не только судебные решения и принципы, лежащие в основе их принятия, но в той же мере обстоятельства и условия, социальные и экономические, в которых эти принци-

крупного, высокозначимого, социального института, которому уготована дальняя перспектива, способная существенно (а может быть, и решающим образом) повлиять на судьбу человеческого общества.

Социологические методы используются и в иных правовых системах, в системах романо-германского права, в особенности при изучении причин преступности, эффективности законов.

Иногда социологическое направление в изучении юридических вопросов рассматривается как общетеоретическая наука, претендующая на объяснение и самого феномена права, и других фундаментальных юридических проблем. Думается, что при использовании социологических методов в праве доминирующим все же остается практический уровень изучения права. Даже отдельные высказывания о праве «вообще» правовых социологов, например таких выдающихся американских юристов, как О. Холмс-младший, Р. Паунд, К. Левеллин, — это не более чем попутные замечания, призванные объяснить предмет социологических исследований и его результаты (хотя, конечно же, они вплотную подвели к пониманию более общих правовых вопросов, пусть даже и ограниченных в основном своеобразным материалом англосаксонского, общего, прецедентного права).

Правовая социология весьма углубленно разработана в *инструментальной теории*. Признавая исключительную важность самой идеи *инструментализма* [П.4.1¹], надо видеть, что в своей «социологической

пы должны применяться, а также состояние умов и чаяния населения, составляющие среду, в которой эти принципы будут практически реализовываться. «Юридические монахи», которые проводят свою жизнь в атмосфере чистого права, безжизненной и лишённой живого человеческого слова, не могут сформулировать практические принципы, применяемые в беспрестанно меняющемся мире из крови и плоти. Наиболее логичные и блестяще обоснованные нормы могут уничтожить право при практическом применении, так как не приспособлены к среде, в которой они должны проводиться в жизнь» (Pound. The Sociological Jurisprudence // Green Bag. 1907. № 19. P. 511–612).

Идеи социологической школы, развитые теорией «юридического реализма» К. Левеллина, Джерома Н. Франка, другими авторами, привели к мнению, в соответствии с которым право следует изучать не по «бумажным правилам» учебников, а путем тщательного наблюдения за «поведением судьи и того, что делает суд в действительности». Аналогичную точку зрения высказывал уже Холмс, который афористично сформулировал определение права как «простого пророчества, которое судьи претворяют в жизнь» (The Path of Law. Harv. L. 10, 1897. P. 457, 460 ff.), что в сущности выразил и К. Левеллин, сказав: «...то, как судьи решают споры, и есть само право» (Llewellyn. The Bramble Bush. 1951. № 12).

¹ Приведенные цифры (в последующем, как правило, в квадратных скобках) обозначают, что соответствующие материалы по данной проблематике содержатся также в других частях и главах настоящей книги; при этом первая цифра (римская) указывает на часть книги, вторая — на главу, третья — на параграф.

интерпретации» она опять-таки *уводит научную мысль от права*. Здесь и многообразные метаюридические факторы, и собственно право, законодательство, юридическая практика получили интегрированное освещение *в одном ряду*. И хотя инструментальный подход и тут соответствует одной из перспективных тенденций науки, все более концентрирующей внимание на структурных характеристиках и «механизменных процессах»¹, наиболее плодотворную реализацию он получает в связи с более широким подходом к вопросам права (об этом речь впереди, во второй части книги).

Впрочем, не будет лишним заметить (пояснения — впереди), что и современной юриспруденции ряда западных стран, исповедующей идеологию правового реализма, свободного права и правовую социологию в ее прагматических вариациях, в конечном итоге — коль скоро сохранятся в юридической области тенденции утверждения начал последовательно демократической, либеральной цивилизации — никуда не уйти от освоения ценностей юридического позитивизма.

4. Ответвления. К аналитическому правоведению примыкает ряд других отраслей юридических знаний. Среди них заметное место в общем комплексе юридических наук заняли *история права и сравнительное правоведение*.

Не вдаваясь в подробные характеристики рассматриваемых отраслей знаний (это особые обширные темы, далеко отстоящие от содержания данной работы), необходимо сказать лишь вот о чем.

В ходе углубленного анализа правового материала возникает необходимость сопоставить действующие нормы с теми, которые существовали в прошлом и существуют сейчас в других странах, попытаться увидеть тенденции правового развития, его специфику в зависимости от особых исторических и социальных условий.

В этой связи и складываются *историко-правовые науки*. В таком же ключе первоначально начала формироваться и такая своеобразная область юридических знаний, которая получила название *сравнительное правоведение («компаративистика»)*.

В последующем, однако, и историко-правовые науки и, в особенности, сравнительное правоведение начинают обретать высокочинный собственный науковедческий статус.

Так, сравнительно-правовые исследования (тем более такие основательные, которые предприняты в последнее время на материалах

¹ См.: Саммерс С. Р. Господствующая правовая теория в США // Советское государство и право. 1989. № 7. С. 109–116.

частного права¹) настолько существенно расширили данные по предмету юридических знаний, что это требует существенных корректив в разработке проблем правовой теории и даже формулирования теоретических положений под углом зрения «всеобщей» теории права.

Конечно, при аналитических проработках фактических данных в историко-правовые и сравнительно-правовые исследования неизбежно вовлекается значительный неюридический — исторический и социологический — материал². В целом же по принятым научным рубрикам и история права, и сравнительное правоведение остаются в области аналитической юриспруденции или, во всяком случае по основному своему материалу, в орбите ее тяготения.

§ 2. Догма права

1. Что такое «догма права»? В области юриспруденции (с несколькими иными оценочными акцентами — не только в ней) принято говорить о том, что практикующие юристы и ученые-правоведы имеют дело с «догмой права».

Что следует понимать под этим термином? Вопрос тем более существенный, что и саму юридическую науку нередко называют «догматической юриспруденцией», или «юридической догматикой».

Строго говоря, здесь, в выражениях «догма права», «догматическая юриспруденция», имеется в виду не что иное, как специфический предмет юридических знаний, особый сектор социальной действительности — юридические нормы, законы, прецеденты, правовые обычаи, обособленные в соответствии с потребностями юридической практики в качестве основы решения юридических дел. Но почему же все это именуется «догмой»?

Слово «догма» призвано в юриспруденции отразить *отношение* людей, и прежде всего правоведов, к тому главному, что образует предмет юридических знаний, тому основанию, на базе которого рассматриваются юридические дела — жизненные ситуации, требующие правового решения.

¹ См.: Цвайгерт К., Кёту Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т.: Пер. с нем. М., 1998.

² В советской правовой исторической науке сообразно марксистским постулатам внимание вообще было сконцентрировано на классовых отношениях, классовом господстве, а не на становлении и развитии правовых начал, правовой культуре и т.д. Да и в аналитическом правоведении в условиях советского общества подчас доминировали идеологические постулаты, например при анализе способов толкования, ряда других проблем.

Самое существенное здесь заключается в том, что этот термин (догма права) обозначает *твердость и непререкаемость самой основы, в соответствии с которой решаются все юридические вопросы*. Ибо право, выраженное в законе, других источниках, предстает и перед людьми, и перед государством в точном значении слова «догма», т.е. в качестве твердого, неизменного на каждый данный момент, непререкаемого основания для поведения людей и действий государства, выносимых им решений (если угодно, столь же «святого», непререкаемого, как и любая «догма»).

Стало быть, выражение «догма права» в области юридической деятельности и знаний означает то, что объективное (позитивное) право, существующее в данном обществе, в каждый данный момент — это «то, что есть» — *строго определенная «данность» и «неизменность»*. Причем, в отличие от политики и идеологии, в юридической области это выражение, «догма права», лишено привычных для многих людей негативных оценочных оттенков: это вполне нормальный, «добропорядочный» и даже профессионально престижный, знаковый в юридической области термин.

2. Две плоскости. «Математика права». И тут, говоря об указанном значении выражения «догма права», нужно иметь в виду, что в «твердости» и «непререкаемости» догмы права есть две плоскости.

П е р в о е. Действующее право, независимо от нашего отношения к нему и мер (назревших или даже уже предпринимаемых) по его изменению, нужно понимать и применять таким, каково оно есть на данный момент в существующих законах, других источниках права. Иначе — нужно сразу же заметить — ни о какой законности и правопорядке в обществе не может быть и речи. Как говорил русский правовед И.А. Покровский, под рассматриваемым углом зрения необходимо просто «констатирование существующих в данном обществе норм и установление их подлинного содержания»¹.

И в т о р о е. В праве, каким бы ни было конкретное содержание законов, данные юридической практики, правосознания, есть своего рода *жесткая объективная фактура* — нечто *твердое и постоянное*, не подвластное вольному усмотрению и произволу, никакому правителю, должностному и научному авторитету (пока в установленном порядке не изменены действующие юридические нормы, у нас — прежде всего закон). И основу, каркас такой жесткой фактуры образует нечто твердое и исходное в самой правовой материи, реальная факти-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 60.

ческая основа жесткой инфраструктуры этой материи. А от этой материи, как мы увидим, уже тянутся нити ко всему другому — к высоким, по общепринятым меркам, характеристикам права: не только к действующей системе юридических норм, но и к правовому прогрессу, и к смыслу права, и к назначению правового регулирования в жизни людей, в будущем общества.

Что образует такую жесткую инфраструктуру — предмет дальнейшего рассмотрения; более того, ответ на поставленный вопрос — одно из основных теоретических положений, обосновываемых в книге.

Но есть аспект в этой проблеме, который следует обозначить уже сейчас. Он важен и сам по себе, и как исходный пункт для последующих характеристик.

Догма права — это не только особый участок явлений социальной действительности, но и ее *особый мир*. А важнейшая черта этого «особого мира» заключается в том, что право представляет собой *логическую систему*. На уровне догмы права своеобразие права как логической системы характеризуется ее глубоким единством с *формальной логикой*, или, шире, математической (символической) логикой¹. И право в данном отношении выступает в качестве своего рода *обители, исконного, родного очага* формальной логики.

Самая элементарная, первичная клеточка бытия права, целеустремленного на решение жизненной ситуации (дела), в практической жизни людей уже представляет собой логический силлогизм, в котором большой посылкой является юридическая норма (формально конституированная или субъективно представляемая), малой — данный жизненный случай, заключением — властное, юридически значимое решение. Изначально заложенная в позитивном праве направленность на решение жизненных ситуаций, а отсюда — на обеспечение максимальной, предельной определенности в регулировании общественных отношений, на обеспечение ее максимально возможной точности, строгости достигается прежде всего при помощи того, что все элементы правовой материи, все ее «атомы» существуют и развиваются в поле строгих требований и правил формальной логики, когда вытекающие из них выводы выражаются не в диалектических суждениях типа «и да, и нет», а в строгих заключениях — «только да», «только нет».

С этой точки зрения *аналитическое правоведение является своего рода математикой в области права, в практической деятельности юри-*

¹ См.: Лобовиков В.О. Математическое правоведение. Ч. 1: Естественное право. Екатеринбург, 1998. С. 17.

стов, математикой и на уровне формальной логики, и на уровне (как будет показано в последующем) логики юридической, по ряду пунктов близкой к высшей математике.

И кстати, вовсе не случайно методы, используемые в аналитической юриспруденции, близки к тем, которые относятся к математической логике и математическому мышлению¹. Поэтому-то, надо заметить, фокусом работы по совершенствованию законодательства и практики его применения во многом является повышение уровня «формальной логичности» данной юридической системы, ее подразделений, устранение существующих здесь противоречий, несостыковок, несогласованностей — словом, достижение предельно возможного совершенства действующего права с точки зрения формальной логики.

3. Центральное звено и составляющие. *Центральным звеном в догме права являются юридические нормы. В юридических нормах и через юридические нормы (по большей части в наших условиях — через нормы законов, иных формализованных источников) определяются и ситуации, требующие правового решения, и порядок таких решений, а главное — правовые средства разрешения правовых ситуаций, юридических дел.*

Таким образом, на уровне «догмы» право выступает в качестве *нормативного образования*. Причем наше внимание тут сосредоточивается на *юридических нормах, выраженных в законах*, в кодексах, а отсюда — и на «самих» законах. И не только и даже не столько потому, что законы для нас, людей, живущих в российском обществе и во многих других странах, — основной источник юридических норм, и вследствие этого именно с законами в основном связаны вопросы понимания права и юридической практики. Главное здесь — то, что законы — это наиболее развитая форма закрепления юридических норм, законы получают распространение и в других юридических системах, и вовсе не случайно во всем мире именно с законами (даже терминологически) связаны представления о *законности* — строгом правовом порядке, который должен существовать в более или менее развитом обществе, признающем право в качестве социального регулятора.

¹ О. Шпенглер пишет: «Правовое мышление ближайшим образом родственно математическому. И то, и другое желает отделить от того, что представляется зрению, все чувственно-случайное, чтобы найти здесь мыслительно-принципиальное: *чистую* форму предмета, *чистый* тип ситуации, *чистую* связь причины и действия. Поскольку античная жизнь в том ее образе, который она обнаруживает античному критическому бодрствованию, обладает всецело евклидовыми чертами, возникает картина тел, отношений между ними по положению и взаимных воздействий посредством толчка и отталкивания, как у атомов Демокрита. Это и есть юридическая статика» (*Шпенглер О.* Указ. соч. С. 69).

Догма права при предельно кратком определении данной категории — это и есть *формализованные юридические нормы, закрепляемые «на бумаге», в законах, других правовых актах, в которых они выражаются, существуют.*

Вместе с тем юридическая наука (аналитическая юриспруденция) выделила и более дробные *составляющие* догмы права, ее основные элементы. Это: 1) *детализированное строение права* — правовые нормы во всех их разновидностях, субъективные права и обязанности, связь между ними, именуемая «правоотношением», юридические факты и т.д.; 2) *источники права* — законы, другие нормативные акты, прецеденты и т.д.; 3) *индивидуальные юридические акты*, иные действия, связанные с толкованием права, его реализацией. То есть все то, что характеризует право «изнутри».

Важной составляющей догмы права являются *источники права*. Здесь наше внимание обращается не «вглубь», не в анатомию, не на детальное препарирование сложного строения позитивного права, а, напротив, разворачивается в другую сторону, так сказать, «наружу», во внешние формы его существования, бытия.

Наконец, вслед за тем, что характеризует позитивное право «*изнутри*» («юридическими тонкостями» — юридическими нормами и правоотношениями) и «*извне*» (законами, другими источниками, юридической техникой), существенное значение имеет еще одна составляющая, которая относится к юридической догме, — *действие* права. То есть также особые юридические реальности, связанные с деятельностью людей по толкованию реализации и применению права.

§ 3. Науковедческий статус

1. Предубеждения и реальность. Своеобразие юридических явлений, их известная узость на уровне догмы права, «привязанность» к текущей юридической практике (да к тому же привычные недобрые оттенки самого слова «догма» в политической и социальной жизни) стали предпосылкой к сдержанным, а порой и прямо пренебрежительным оценкам юридических знаний как науки. Даже правоведа, основательно знающие юридическую проблематику, отмечают, что «позитивистская юриспруденция — это не более, чем описательная наука, дисциплина низшего теоретического порядка»¹.

Между тем юридический позитивизм (аналитическая юриспруденция) требует иных науковедческих подходов и оценок. Нужно лишь

¹ Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 168.

в полной мере учитывать специфический профиль аналитической юриспруденции как специальной отрасли знаний, имеющей в своей основе *преимущественно технико-прикладной характер*. В принципе — такой же с рассматриваемой стороны, как и других отраслей познавательно-прикладных знаний, в частности медицины, прикладных дисциплин материальной техники.

Но именно в этом (специфике догмы права, юридико-прикладном характере аналитической юриспруденции) — достоинство юридический знаний, их уникальность и незаменимость.

Именно наука позитивного права обеспечивает должную аналитическую проработку правового материала, охватываемого догмой права. От степени развития аналитической юриспруденции во многом зависят состояние законодательства, уровень его совершенства, состояние и характер иных основ разрешения жизненных ситуаций, юридических дел, качество и эффективность юридической работы во всех подразделениях практической юриспруденции, уровень профессиональной подготовки специалистов в области юридических знаний и практики, а также состояние правосознания и правовой культуры, в итоге — состояние законности в обществе.

Выработанные в результате аналитических проработок научные обобщения, определения, сравнительные характеристики, классификации нередко воспринимаются законодателем, переносятся в законы, особенно в кодексы, иные кодифицированные акты, воспринимаются судебной практикой, становятся нормативными обобщениями.

Это в полной мере соотносится с особенностями позитивного права как логической системы, со значением вытекающих отсюда *формально-логических методов* обработки и освоения фактических материалов, их места и роли в методологическом инструментарии науки. А в этой связи — роли науки как источника и фактора дальнейшего развития особенностей права как логической системы, превращения при соответствующих условиях позитивного права той или иной страны в логически развитое, стройное, в чем-то даже логически «законченное», последовательно структурированное нормативное образование.

Сам характер многих национальных юридических систем континентальной Европы, ряда других стран, сложная и одновременно строгая архитектура их строения (деления на взаимосвязанные отрасли и институты) довольно наглядно демонстрирует указанные логические особенности позитивного права, восприятие им достижений аналитической юриспруденции.

Более того, правоведение на уровне аналитической юриспруденции — одна из первых в истории специальная общественная (гуманитарная) наука, способная глубоко и тонко влиять не только на законодательство, на совершенствование содержащихся в нем нормативных обобщений, иных интеллектуальных элементов, на практическую деятельность в области права в соответствии с требованиями законности, но и на развитие других отраслей науки и культуры; наука, на определенном уровне своего развития превращающаяся в высокое юридическое искусство (один из первых русских правоведов З. Горюшкин так и называл ее — «законоискусством»).

2. Издержки. Отмечая необходимый, прагматически оправданный характер и достоинства науки позитивного права (юридической догматики, юридического позитивизма), надо вместе с тем иметь в виду, что тут есть и теневые стороны, возможны определенные издержки. Они выражаются в том, что фактическая основа юридических знаний оказывается все же ограниченной и к тому же во многом сконцентрированной в «нормах закона» — нормативно-формалистических особенностях правовой материи. И что в соответствии с особенностями предмета юридических знаний в науке утверждается, становится непреложным взгляд, в соответствии с которым методология правоведения замкнута на формально-юридических методах, основанных на формально-логических особенностях законов и требованиях формальной логики. Отсюда — возможность крайнего формализма, кажущегося или действительного, не всегда оправданная юридическая усложненность правовых построений, а в этой связи усложненность специального образования, другие крайности, навеянные догматическими разработками в аналитическом правоведении.

Надо иметь в виду и то, что аналитическая юриспруденция как технико-юридическая наука может существовать и развиваться при различных политических режимах, в том числе при режимах тиранического типа — фашистских, в условиях коммунистической диктатуры. Это дало повод полагать, что юридический позитивизм характеризуется даже «духовной нищетой», когда, по утверждению ряда авторов, «...у юристов этого поколения (имеются в виду юристы юридико-догматической школы. — С.А.) не развивалось чувство личной ответственности, критический подход к праву» и когда «в целом позитивистская школа породила высококлассных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению»¹.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 38–39. По мнению авторов, «духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не смогли противопоставить национал-социализму».

Такого рода издержки и теневые стороны научного освоения юридической догматики, получившие при некоторых исторических условиях гипертрофированное и узкоидеологическое выражение в практике научных исследований и в преподавании, подчас заслоняли необходимый, прагматически оправданный характер и достоинства науки позитивного права, а также послужили известной предпосылкой (особенно для специалистов, слабо знакомых с юридической конкретикой) для искаженных о ней представлений, для недоброй славы и создания не очень-то привлекательного *образа* юридического позитивизма вообще. Представлений о том, что для юридической догматики дескать органически характерны только схоластика, якобы одни спекулятивные построения, игра в понятия. В лучшем случае, статус описательной науки, дисциплины «низшего теоретического порядка».

3. Науковедческий статус аналитической юриспруденции. Между тем с учетом ранее изложенных соображений есть все основания утверждать: *наука позитивного права, суммирующая данные аналитической юриспруденции, — это самодостаточная, высокозначимая юридическая наука.* Это не дисциплина «низшего теоретического» уровня, а полноценная и высокозначимая область знаний. Юридический позитивизм со своими ответвлениями (историей права, сравнительным правоведением) и в сочетании с социологией права занимает свое достойное место в системе наук и выполняет во всем комплексе юридических знаний свои особые *уникальные и незаменимые* функции.

Более того, аналитическая юриспруденция сосредоточивает важнейшие и ничем не заменимые пласты того исходного и специфического для всего правоведения материала и ориентиров практической и науч-

Отмечая сам факт использования в той или иной мере материалов юридического позитивизма, как и данные иных технико-прикладных наук, при реакционных режимах, надо учитывать и то, что они никогда не использовались так, чтобы реализовалась их правовая суть, тем более что социальные и духовно-гуманистические особенности правовой материи не очевидны, не всегда — порой, к счастью — обнаруживают себя для людей, не искушенных в тонкостях юриспруденции.

Так что, обращаясь к приведенным выше суждениям о «духовной нишете» специалистов по юридической догматике, следует заметить, что правоведы Германии (так же как правоведы России) — те, кто принадлежит к «высококласным специалистам по юридической технике», — реально, на деле, противопоставили существовавшим режимам главное, что по самой своей сути противостоит тирании, — *право, отлитое в отработанные, искусные технико-юридические формы, конструкции.* И эта правовая суть, «дремавшая» в обстановке нацистского (иного тиранического) режима, в полной мере сработала на немецкой земле, как только в результате Второй мировой войны и победы в ней демократических сил был сброшен фашистский режим и в Германии начались демократические реформы.

ной значимости, которые являются начальной (пусть и не исчерпывающей) данностью и не имеющими замены «строительным материалом» для всего правоведения и без которых юридическая наука теряет свою специфику как особая и самостоятельная область человеческих знаний.

Стало быть, есть весомые основания утверждать: *пока существует правоведение как особая высокозначимая отрасль специальных человеческих знаний, ее твердой и неизменной, исходной и первичной основой остаются аналитическая юриспруденция, ее данные (юридическая догма, юридический позитивизм, специальная формально-юридическая методология).*

И если по рассматриваемому вопросу уместно сравнение с математикой (а оно вполне уместно: соотношения на уровне догмы права, осваиваемые позитивной теорией, имеют строго логический, математический характер), то данные аналитической юриспруденции — это и есть *арифметика* и во многом *алгебра* в области правовых знаний. И точно так же, как высшая математика в самых высоких своих значениях имеет твердую опору в своей первооснове — арифметике и алгебре, самые высокие, уточненные выводы в юридической науке не могут оторваться от своей исходной научной первоосновы — догмы права.

Надо добавить в этой связи и то, что в основе и во многом в самом фокусе высокого профессионализма и высокой образованности правоведа, выраженной в правовой культуре и в юридическом мышлении, находятся строгие и точные данные математического порядка, вырабатываемые аналитической юриспруденцией. Освоение этих данных предполагает прежде всего овладение исходным юридическим понятийным аппаратом, юридической лексикой, правовыми формулами, которые входят в «плоть и кровь» правоведа-профессионала и которые, помимо всего иного, служат необходимой ступенькой к пониманию правовой материи во всех ее гранях и проявлениях (и, помимо всего иного, служат надежным, безошибочным показателем того, кто перед нами — юрист-профессионал или же человек, поверхностно «схвативший» некоторые юридические знания).

4. Универсальность аналитической юриспруденции. В юридической науке ряда стран, в особенности построенных на началах англосаксонского, прецедентного права, господствует настроение (по большей части в США), в соответствии с которым аналитическая, анатомическая проработка той или иной ситуации — это в основном удел юридических систем романо-германского типа, непосредственно воплотивших культуру римского права (Германии, Франции, России). А вот для прецедентного права, в особенности американской юридической системы, главное, сообразно указанным представлениям, — это суд, его деятель-

ность, лежащие в основе этой деятельности разнообразные критерии, факторы, причем прежде всего не формально-юридические, а моральные, деловые, психологические и им подобные. Отсюда — в правовой настроенности правоведов указанных стран на первое место в практическом отношении выходят не требования аналитической юриспруденции, а «реалистические» и «социологические» подходы, относящиеся к психологии, поведенческим критериям и т.д. Как утверждает знаменитый американский юрист О. Холмс, «предсказание того, что будут делать суды фактически и ничего более, — вот что я называю правом».

Что ж, юридические системы прецедентного типа своеобразны, отличаются своими преимуществами, в чем-то с точки зрения современной культуры уникальны, поразительны: они, «минуя» развитую культуру римского права и рожденные ею методы, позволили судам напрямую опираться на неюридические, в том числе на высокие духовные критерии. И это, по всем данным, дало им возможность сделать крупный «рывок» к идеалам демократического права.

Но от логики правового развития (как и от логики человеческого прогресса вообще) никуда не уйдешь. Мировые достижения юридической культуры, базирующиеся на непревзойденных образцах и методах римского права, обогащенных интеллектуальными достижениями последующих эпох, все равно пробьют и уже пробивают себе дорогу. И аналитическая юриспруденция все равно, рано или поздно, займет достойное место в современном правоведении всех стран, вступивших на стадию современного демократического развития.

Ведь и на основе прецедентного права постепенно утверждается пусть и своеобразная, но все же *система общеобязательных норм*, в том числе и таких, которые входят в жизнь «через законы» и которые должны отвечать требованиям логики (по своей основе — формальной), несущих «в себе» основополагающие юридические ценности, ценности математически отработанных начал справедливости, юридического равенства, «равновесности» и т.д. К ним присоединяются нормы, содержащиеся в Конституции, других законах, «писанных» источниках (в том числе в США — в таких своеобразных источниках, как модельные федеральные нормативные документы). На основе всего этого нормативного материала складываются правоотношения, юридически четкие построения, юридические конструкции. И императивы законности, необходимость юридически выверенных решений жизненных ситуаций уже сейчас требуют в указанных странах плодотворного использования достижений аналитической юриспруденции, своего рода «математики права» во всех ее значениях, в том числе по вопросам

юридических норм и правоотношений, источников права, реализации и применения действующих юридических норм, их толкования.

Можно уверенно предположить, что такого рода процесс получит — по мере освоения во всех странах достижений юридической культуры — плодотворное продолжение. И тогда «предсказание того, что будут делать суды фактически», наряду с другими, «реалистическими» и «социологическими» методами, не в меньшей мере раскроется при помощи методов «юридической анатомии» — аналитической юриспруденции. И кто знаком с практикой американской юриспруденции, знает, что использование данных аналитической юриспруденции (в особенности по вопросам юридического толкования) становится повседневной практикой, а подчас (как это случилось в конце 2000 г. при рассмотрении сложных юридических вопросов, связанных с повторным подсчетом голосов на президентских выборах) оказываются в центре решения сложных социально-государственных проблем.

Вместе с тем положение об универсальности догмы права предполагает и то, что ее характеристики должны быть уточнены на основе особенностей всего многообразия существующих в мире юридических систем. Прежде всего здесь требуется учет особенностей общего, прецедентного права и с этих позиций придание должного значения (столь же весомого, как категория «закон») *судебным прецедентам*, их нормативно-регулятивным и интеллектуальным элементам (уже в немалой мере освоенным англо-американской доктриной прецедентов).

В этой связи следует заметить, что подобное обогащение представлений о догме права, принципиально важное для восприятия ценностей мировой юридической культуры в странах общего, прецедентного права, позволит вместе с тем, как мы увидим в следующей части книги, определить исходные пункты и для дальнейшего развития правовой теории.

5. Ценности — на перспективу. При характеристике науковедческого статуса аналитической юриспруденции есть один пункт, который по своей сути относится к следующей части работы, но который все же нужно обозначить уже сейчас.

Дело в том, что высшей точкой развития и совершенствования юридической материи, ее кульминацией, сплавливающей достижения опыта и достоинства ума, являются юридические конструкции [II.7.4]. Но сами-то основы, исходные характеристики юридических конструкций выражаются как раз в основном, первичном пласте юридической материи — в догме права.

И потому юристы-аналитики, давая должную аналитическую проработку правового материала, охватываемого догмой права, вместе

с тем (можно сказать «не ведая того») фактически забегают вперед, прорываются в будущее — закладывают фундамент наиболее существенных знаний и той перспективы юриспруденции, которая, можно надеяться, выведет ее на уровень передовых отраслей науки.

Особо существенное значение в рассматриваемой плоскости имели (и сохранили до настоящего времени) разработки вопросов правовых отношений. Выработанные юридической наукой разновидности правоотношений (абсолютные, вещные, в пользу третьего лица и т.д., и т.п.) — все это уже определенные юридические конструкции (обрицованные во многих случаях в предельно абстрактном виде).

Так что надо видеть, что положения юридической догматики, выражающие детализированное строение права, уже во многом фактически очертили, пусть главным образом с формально-юридической стороны, основные контуры и исходные характеристики тех элементов юридической материи, которые призваны стать ее центральным, определяющим звеном. Да притом на таком уровне знаний, когда юридическая догматика смыкается, как мы увидим в третьей части книги, с философскими разработками самого высокого порядка.

С рассматриваемых позиций не приходится удивляться тому, что именно Кант дал наиболее высокие оценки праву (по его словам, «самому святому из того, что есть у Бога не земле»). Основатель классической философии, не в пример своим продолжателям и последователям, он неизменно опирался в своих выводах на данные догматической юриспруденции, содержащие, пусть пока еще в полной мере не зафиксированные, значительные правовые ценности.

§ 4. Теоретические аспекты. Общая (аналитическая) теория права

1. Общая (аналитическая) теория права. Науковедческий статус аналитической юриспруденции раскрывается также в том, что на основе юридической догмы получила развитие *теория права* — и в отношении отдельных отраслей права (отраслевые теории — теория цивилистики, теория контрактного права, теория деликтного права, теория процессуального права и т.д.), и в отношении права в целом — *о б щ а я т е о р и я*, являющаяся составной частью аналитической юриспруденции.

Юридический позитивизм, следовательно, подтверждая свой достойный науковедческий статус, характеризуется и тем, что в нем сложилась «своя» теория. Теория, скажу сразу, хотя и не всеобъемлющего,

но все же достаточно высокого уровня, во всяком случае такого, который изначально не допускает ее характеристики как сугубо «описательной дисциплины». Тем более, что ее данные, как и материал всей юридической догматики, не ограничиваются решением проблем сегодняшнего дня, а имеют дальнюю высокозначимую научную и прикладную перспективу.

Формирование и развитие общетеоретических взглядов по вопросам догмы права исторически оказались необходимыми по тем же самым причинам, которые вызвали к жизни юридический позитивизм в целом, т.е. в связи с потребностями законотворчества, юридической практики и правовой учебы, а по крупному счету — сообразно требованиям законности, необходимости решения жизненных ситуаций «по праву» на твердом нормативном основании. В силу этих причин на определенном этапе развития юридических знаний потребовалось свести воедино общезначимые, повторяющиеся в отраслевых науках общие положения о законе, праве, правоотношениях, юридических фактах и т.д. (появление такого направления в юридической науке связано с именами Бен-тама и, в особенности, Дж. Остина, с его книгой «Чтения по юриспруденции» (1832 г.)¹.

Весьма важно при этом, что именно на уровне общей теории права оказалось возможным не только свести воедино «выведенный за скобки» разнородный по своим отраслевым источникам юридический материал и интегрировать данные отраслевых наук, очертить важнейшие, необходимые звенья искомого предмета юридической науки², но и увидеть его общеправовую значимость как *особого мира* действительности,

¹ Такое направление общетеоретических исследований в отечественной литературе получило обоснование в книге О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородского «Вопросы теории права» (М., 1961).

² При этом довольно отчетливо обозначились, во-первых, отраслевые источники такого рода общетеоретических (на уровне догмы права) обобщений, а во-вторых, основные сегменты юридической догмы — ее анатомия, внешние формы, элементы, характеризующие бытие и реализацию права.

Каковы же отраслевые источники и сегменты общетеоретических обобщений на уровне догмы права? Таких источников (во многом соответствующих основным разновидностям догмы права) — т р и:

1) данные частного права, гражданского законодательства и практики его применения стали основным источником для понятий, раскрывающих «анатомию» права, его детализированные особенности (юридические нормы, субъективные права и обязанности, их разновидности, юридические факты и др.);

2) данные публичного права, в том числе конституционного, административно-го, выступили в качестве одного из основных «поставщиков» материалов о внешних формах позитивного права — законах, иных нормативных документах, юридической технике. Из сферы уголовного и административного права общая теория права вос-

отличающегося многими, порой уникальными особенностями. Плюс к этому и на уровне общей аналитической теории уже нарабатывались определенные блоки научных данных (главным образом по проблематике правоотношений), которые уже в наше время, под углом зрения новых подходов дали существенные («готовые») материалы по теории правовых средств и – что особо существенно – по проблематике сложных правовых построений, юридических конструкций.

Наиболее наглядно эти особенности (пусть и на первичном, порой элементарном уровне) проявились в разнообразных классификациях юридических норм, правоотношений, юридических фактов, характеристиках их юридической природы, их соотношений – положений, которые со времен разработок древнеримских юристов, становления пандектистики (и, пожалуй, в не меньшей мере в разработках юристов-аналитиков XIX–XX вв.) поражают своей стройностью, логическим совершенством, законченностью.

Обобщения правового материала наиболее высокого уровня выразились в теории аналитической юриспруденции в выработке таких юридических категорий, как понятия *публичного и частного права*, а также таких *дефиниций права*, которые не только ориентированы на то, чтобы выполнять прагматическую, операциональную и вместе с тем юридически значимую функцию (быть критерием правомерного и неправомерного поведения), но и обрисовывают специфику права как системы общеобязательных норм.

В этой связи уместно привести такого рода краткое, операциональное (на уровне юридической догмы) определение, которое может быть выражено в такой лаконичной формуле:

право (напомню: объективное, или позитивное, право в строго юридическом значении) – *это система общеобязательных норм, выраженных в законах, иных признаваемых государством источниках и являющихся общеобязательным основанием для определения правомерно-дозволенного и юридически недозволенного, запрещенного (а также юридически предписанного) поведения.*

Стало быть, юридический позитивизм как дисциплина, изучающая догму права, вырабатывает данные, которые не только – как и, например, данные медицины – крайне необходимы для практической деятельности

приняла наряду с рядом других данных публично-правового порядка категории ответственности и вины;

3) данные процессуального права, на основе которых во многом формулируются общетеоретические понятия, посвященные действию права, его реализации, применению и, что особо существенно, правосудию, процессуальным формам, правовым гарантиям.

людей, но и представляют собой *исходную основу* юридических знаний, которые даже в своем элементарном виде *несут значительный интеллектуальный потенциал*. В ряде же случаев (в особенности по вопросам правоотношений) они представляют собой уже готовые блоки отработанного научного материала, который органически включается в переводные, по самым современным меркам, правовые знания.

Теоретический потенциал общей (аналитической) теории права значительно возрастает в связи с развитием сравнительного правоведения, когда определения, сравнительные характеристики и классификации основных правовых явлений разрабатываются и утверждаются в науке и юридической практике в отношении правовых систем различных юридических типов.

Ибо, как справедливо подмечено в литературе, освоение материалов, относимых к сравнительному правоведению, указывает «на всеобъемлющую ценность права и универсальность правовой науки, помогает преодолевать узкую специализацию с помощью более широких категорий эффективного обобщающего правового мышления, которое вооружает критический ум широким «набором решений», в котором сконцентрирован опыт всего мира»¹.

Отсюда – возможность *углубления* общей (аналитической) теории права, которая в перспективе призвана стать «общей» с точки зрения разнообразных юридических систем и в этом отношении *в с е о б щ е й* теорией правоведения.

Вместе с тем нужно заметить, что при решении проблем, связанных с формированием всеобщей теории права, нет нужды идти «от нуля», «все начинать сначала». Общая теория права в ее современных разработках является областью юридических знаний, уже существенно продвинутой к рубежам всеобщей теории.

В чем тут дело? Да в том, что разрабатываемые в современной общей теории права интеллектуальные элементы, категории и теоретические конструкции хотя и могут быть охарактеризованы в качестве «выведенных за скобки» данных отраслевых юридических дисциплин, в основном по исходным позициям базируются все же на высокозначимых с юридической стороны материалах: прежде всего на пандектистике и на ее «продолжении» в современную эпоху – положениях юридической дог-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 36. К сожалению, авторы при этом, в диссонансе с только что приведенными справедливыми суждениями, допускают весьма жесткие оценки «догматики» и «юридического позитивизма». Это очень странно, так как замечательные достоинства цитированного труда основываются как раз на плодотворном использовании достижений юридической догматики.

матики, разработанных в германской юридической науке XIX–XX вв., а затем в других национальных юридических науках, в том числе в русском дореволюционном и отчасти в советском правоведении. Пандектистика — своеобразный концентрат культуры всепланетного шедевра, римского частного права — является как раз первой в истории *универсальной* системой юридических знаний, а положения юридической догматики, прежде всего, на мой взгляд, по проблемам юридических конструкций (нашедшие воплощение в Германском гражданском уложении, в российских законопроектах по гражданскому праву, в современном гражданском законодательстве), — одним из наиболее высоких достижений юридической мысли, воплотившей многовековой опыт юридической практики, которое вполне обоснованно находит признание как феномен *наднационального* порядка¹. И которое в этой связи является уже готовой основой для углубления общетеоретических знаний на основе данных сравнительного правоведения².

2. Что же дальше? Итак, поставленный ранее вопрос о достаточности материалов, охватываемых догмой права, для признания должного статуса юридической науки, получает, как мы видели, утвердительный ответ. Да, юридическая догматика и характерные для нее формально-

¹ И этому есть весьма убедительное, в чем-то даже курьезное подтверждение. Книгу Джона Остина «Чтения по юриспруденции» (1832 г.), как известно, нередко рассматривают как первую в истории правовой науки разработку общетеоретического порядка, обобщающую специальные знания юридико-догматического характера, основанные на достижениях пандектистики. Парадокс же в таких оценках заключается в том, что Дж. Остин опирался в своих научных построениях не на материал «родного» для него английского общего права, где аналогичные по своей сути процессы и явления обрели иную юридическую плоть, а на данные развивающихся на Европейском континенте законодательных юридических систем. В этой связи уместно еще раз сослаться на слова Дж. Остина, когда он говорил о том, что английский юрист, уезжая на континент, «покидает империю хаоса и тьмы и прибывает в мир, кажущийся ему страной порядка и света».

² Вместе с тем нуждается в серьезной критической проверке такая наметившаяся в науке линия на универсализацию национальных правовых понятий, которая исходит от сторонников доктрины свободы применения права правоприменительными органами, от социологов права и приверженцев правового реализма, которые, как отмечается в литературе, сходятся в признании того, что «предмет правовой науки — не столько понятийные правовые конструкции, сколько сами жизненные проблемы, которые наука права должна решать». И что сообразно этому «право — это «социальная технология», а правовая наука — социальная наука». Между тем верно подмеченный исходный момент в понимании права («сами жизненные проблемы») только тогда может открыть путь к постижению богатства и смысла права, когда жизненные проблемы решаются на фундаментальной интеллектуальной основе как раз «понятийных правовых конструкций». Впрочем, такого рода подход оправдан лишь в том случае, если сохраняется высокозначимый статус правоведения и оно не «заменяется» всего лишь «социальной технологией» — перспективой тревожной и опасной для всей системы гуманитарных знаний.

юридические методы вполне оправданно могут занять достойное место среди социальных и гуманитарных наук, во всей системе человеческих знаний.

Но здесь возникают другие вопросы. Спрашивается: с точки зрения *теории* (теоретических и философских аспектов правоведения) позволяют ли данные юридической догматики постигнуть *глубины* права, осмыслить его фундаментальные особенности — такие черты и характеристики, которые вывели бы правоведение на уровень основательных теоретических и философских знаний, характерных для современной науки?

Казалось бы, и на этот вопрос напрашивается утвердительный ответ. Казалось бы, и здесь вполне достаточной исходной базой, отправной основой для углубленного понимания права могут быть данные, сконцентрированные в догме права, его характеристик как нормативной системы.

При наличии известных данных, свидетельствующих об обоснованности такого рода постановки вопроса и высказанных на этот счет предположений, здесь не все так просто. И при признании того, что в юридической догматике наличествуют отработанные материалы и даже «готовые» их блоки для научных разработок высокого (современного) порядка, путь к более высоким научным знаниям оказывается, как свидетельствуют данные о развитии современного правоведения, довольно сложным. Причем по ряду направлений этот процесс протекает в весьма непростых, порой причудливых, драматических условиях.

Поучительным уроком тому стали попытки в пределах позитивной теории, ориентированной на нормативное понимание права, развить такую научную концепцию, которая сама по себе предстала бы в виде «вершины» юридических знаний, дала бы праву своего рода исчерпывающую «философию».

3. Неудача. Такого рода попытки нашли выражение в концепциях *нормативизма*, наиболее последовательно и ярко — в «чистой теории права» Г. Кельзена и его последователей.

Эти попытки, которые принесли известный познавательный эффект, вместе с тем придали позитивной теории не свойственные ей черты дисциплины с неоправданными претензиями и во многом способствовали тому, что само выражение «юридический позитивизм» (тем более равнозначное выражение «юридическая догматика») получило неодобрительный смысловой оттенок, довольно широко распространенный в науке, в особенности в отраслях знаний, непосредственно не связанных с юриспруденцией.

Да, нормативистский подход к праву имеет известные и, пожалуй, даже серьезные объективные основания. Сущность его состоит в том, что в самой «высокой» теории не следует покидать собственный предмет юридических знаний, догму права, и при этом надлежит брать за основу трактовки права его реально существующие и наиболее практически значимые особенности, прежде всего свойство нормативности, — словом, все то, что охватывается понятием «догма права». Тем более что, действительно, именно юридические нормы, содержащиеся в правовых источниках («законах»), имеют для права во многом определяющее значение. Именно в нормативных принципах и конкретизированных нормативных положениях позитивного права содержатся критерии, на основе которых в практической жизни определяется правомерное и неправомерное поведение — юридически дозволенные и юридически недозволенные поступки, иные факты со всеми вытекающими отсюда юридическими последствиями, связанными с исконным предназначением права на уровне практических, жизненных отношений — решением («по праву») конкретных жизненных ситуаций.

Отсюда — и значение для правовой материи *качества долженствования* — характеристики, весьма существенной для понимания специфики юридической материи, особого «мира права».

К сожалению, свойству нормативности в нормативистских теоретических концепциях (прежде всего в «чистой теории права» Г. Кельзена и его сторонников) придано всепоглощающее значение, когда нормативные начала права не только трактуются как первичные, исходные, но и абсолютизированы — объясняются опять-таки через нормативные категории, не выходящие за область долженствования (причем без учета своеобразия этого качества правовой материи).

По логике суждений Г. Кельзена его «чистая теория» отвлекается при рассмотрении права от всех внешних связей и факторов для того, чтобы во имя последовательно объективного подхода замкнуться при объяснении права исключительно на одной лишь юридической форме, на одной лишь юридической догматике в сугубо нормативистском ее понимании. Отсюда замкнутость анализа только сферой «долгствования», многоступенчатой «нормой»¹ — идея, в соответствии с которой каждая «нижестоящая» юридическая норма должна выводиться из нормы «вышестоящей», вплоть до «основной нормы», увенчиваю-

¹ Г. Кельзен прямо говорит о том, что его теория — это «теория» позитивизма. См.: Jurisprudence. Text and Readings on the Philosophy of Law. West Publishing, 1973. P. 619; *Cohen and Cohen's. Reading in Jurisprudence and Legal Philosophy; Shuchman P.* Boston and Toronto. 1979.

шей всю пирамиду позитивного права, что и влечет за собой понимание права в духе крайнего юридического нормативизма¹.

Кельзен и его сторонники именуют себя приверженцами философии Канта. Но это не так. Г. Кельзен и его сторонники использовали не столько суждения знаменитого философа о праве (эти суждения, напротив, в конечном счете выходят за сферу права — в область самих основ человеческого бытия, свободы и разума), сколько отдельные элементы его теории познания² или своеобразно толкуемые положения философа о «форме», будто бы являющиеся основой «чистой теории права»³.

Нормативистские воззрения Г. Кельзена и его сторонников (как и взгляды иных приверженцев нормативизма, таких как Г. Харт) с их неоправдавшимися претензиями оказались несостоятельными в научном отношении: они даже в юридической сфере «замкнули» предмет юридических знаний одними лишь нормами, стали преградой к тому, чтобы включить в эту сферу и другие элементы юридической материи⁴.

¹ Знаменательно, что в современной юридической литературе конкретизированный анализ взглядов Г. Кельзена в его, как отмечают некоторые авторы, «дискуссии с Кантом» свидетельствует о том, что «дискуссия» затрагивает в основном некоторые положения кантовской теории познания, разработанные в «Критике чистого разума» и «трансцендентальный аргумент» при обосновании «основной нормы» по Г. Кельзену в прогрессивной и регрессивной версиях (см.: *Paulson S.L. Introduction // Kelsen H. Introduction to Problems of Legal Theory. Oxford, 1992*).

² Автор введения к труду Г. Кельзена, посвященного проблемам теории права, Stanley L. Paulson указывает на значение для правоведения не столько правовой философии Канта, сколько использование «отдельных частей или кусочков» его теории познания (см.: *Paulson S.L. Op. cit.*).

³ Ibidem.

⁴ В то же время нельзя упускать из поля зрения то обстоятельство, что нормативистские концепции в их различных вариациях принесли и приносят ныне известный положительный эффект — способствуют более основательному пониманию свойств права, его особенностей как институционного нормативного образования, являются отправной предпосылкой для последующих углубленных теоретических и философских исследований. В современной литературе верно отмечено в отношении нормативистских концепций, иных далеко не всеми признаваемых учений, относящихся к аналитической юриспруденции: «...каждое из них (при всех своих недостатках, спорности тех или иных положений и т.д.) выполнило свою особую функцию в рамках специфического разделения научно-юридического труда, внесло свой вклад в процесс модернизации и обогащения юридической мысли, содействовало углублению юридических исследований и развитию юридической науки» (*Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 118*). Автор продолжает: «Само многообразие прошлых и современных подходов к предмету и методу юриспруденции, ее познавательным целям, задачам и т.д. и соответствующая борьба различных школ, течений и концепций юридической мысли демонстрируют познавательную сложность и смысловое богатство предмета юридической науки, ее творческую динамику, большой эвристический потенциал, способность к обновлению и развитию».

4. Об импульсах в развитии науки. Неоправданность выведения «философии» из позитивного права как нормативного образования, вытекающая из сугубо нормативистских концепций, порождает сомнение насчет того, возможно ли (и нужна ли) в плоскости аналитической юриспруденции теория более высокого уровня, чем обобщения и классификации, обычно принятые в правовых исследованиях юридико-догматического порядка. Ведь и так, помимо каких-либо «философий», теория позитивного права (отраслевые теории, общая теория) делает многое и притом исключительно важное и незаменимое не только в практическом, но и в научном отношении. То, что вполне отвечает требованиям практической юриспруденции, а по крупному счету — исконному предназначению права как нормативного регулятора — обеспечить решение жизненных ситуаций на твердом нормативном основании в соответствии с требованиями законности. Здесь есть свой, вполне достаточный «капитал» научных обобщений, ни в чем не уступающих по своей значимости обобщениям иных прикладных наук.

Что же здесь требуется иного, кроме обобщений и уточняющих аналитических проработок о количестве и особенностях правомочий в составе субъективного права, о понятии и видах юридических фактов, особенностях и разновидностях юридической техники и т.д.? Сама по себе аналитическая юриспруденция, по всем данным, не содержит внутренних, органических импульсов, которые бы толкали науку, ее приверженцев к каким-то иным «высотам теории», к юридико-философской проблематике, к поиску в этих направлениях. Для таких импульсов нет, казалось бы, естественных в обществе факторов, которые определяют развитие человеческих знаний в области юриспруденции, ни в реальной социальной жизни, ни в юридической практике, ни в потребностях самой науки.

И вот здесь, в развитии юридических знаний, наряду с примером философии, социологии, других «вырвавшихся вперед» отраслей науки, сыграли своеобразную побудительную роль, скажем так, особые исторические обстоятельства (не всегда, увы, надо признать, благоприятные и благообразные в социальном и гуманистическом отношении).

Более подробный разговор об этом впереди [II. 3.1]. А сейчас достаточно сказать о том, что в области юридических знаний значение фактора для углубления теоретических знаний приобрели, как и в некоторых других областях науки, своего рода «интеллектуальные излишества», обычно осуждаемые «игры в понятия» (характерные, в частности, для германской и российской юриспруденции XIX–XX вв.), но еще больше, как ни странно, резко негативные социальные усло-

вия тоталитарного режима (существовавшего в Советском Союзе), когда правоведы, приверженцы действительной науки, вынуждены были, наряду с углублением традиционной аналитической юриспруденции, уходить в сферу «академических» разработок на материалах догмы права. А эти разработки, иной раз производящие впечатление неких схоластических философических упражнений в отношении заскорузлых материалов юридического позитивизма, дали неожиданный результат как раз в отношении исконного предмета юридических знаний — *«самой» юридической материи.*

В этой связи — кратко о советской юридической науке, которую под углом зрения рассматриваемых в этой части проблем можно назвать *феноменом.*

5. Феномен советской теории права. В России в условиях советского общества (1917–1991 гг.) сформировалась своеобразная — «советская» — юридическая наука. Первоначально, после Октябрьского (1917 г.) большевистского переворота, она выступала в виде леворадикальной революционной доктрины военно-коммунистического толка, объявлявшей право сугубо буржуазным явлением, обреченным на скорое «отмирание». Затем в конце 1920-х — начале 1930-х гг. она, сохраняя свою суть коммунистической доктрины, переросла в некий конгломерат подогнанных под «современность» марксистских догм, партийных директив и данных юридического позитивизма.

Советская юридическая наука по своим существенным особенностям, как и «случай» советской цивилизации в целом, представляет собой уникальное историческое явление, — своеобразный, хотя и выбивающийся из общих направлений мирового развития феномен развития человеческого духа и интеллекта по вопросам права, — характеризующееся противоречивыми содержанием и последствиями. В чем существо этой противоречивости?

Советское правоведение (таков удел юридической науки в обществе с тоталитарным политическим режимом), особенно в подразделениях официальной и официозной науки, служило господствующей власти, его содержание подчинялось интересам идеологизированной государственной системы, было пронизано коммунистической идеологией, обосновывающей верховенство высшего суперправа — революционного права, служащего коммунизму.

Но есть тут и другая сторона. Дело в том, что и советское правоведение оставалось наукой. В нем — пусть в урезанном и в скрытом виде — сохранились импульсы науки вообще, в России — благородные и прогрессивные традиции дореволюционной юридической науки.

А эти традиции, помимо всего иного, в немалой степени локализовались как раз на идеологически-нейтральных участках — на догме права, аналитическом правоведении, данные которого были необходимы для практической юриспруденции и в советском обществе.

И эта же догма права — счастливое и многообещающее совпадение — была чуть ли не единственной сферой, где юридическая наука в тяжелых советских условиях могла проявить себя как область знаний, заряженная на углубленный научный поиск и истину. Причем (поскольку речь идет о юридической догматике) сначала, до 1930-х гг., в качестве непреодоленного еще остатка «буржуазной идеологии», «схоластики» кадетской профессуры, а затем, в странном симбиозе с марксистской доктриной, — «терпимого» элемента единого советского правоведения.

Вот почему существенно отставшая от передовых и престижных направлений мировой юридической мысли, жестко зажатая идеологией марксизма-ленинизма-сталинизма и практикой коммунистической диктатуры советская юридическая наука, при всей своей парадоксальности, в обстановке во многом ужасающей правовой действительности сумела все же на своеобразном, новом срезе этой действительности (имеющей в своей основе неполитический характер) раскрыть свой потенциал, свои теоретические резервы, выявить специфический спектр изучения права философского уровня, имеющий, по мнению автора этих строк, дальнюю перспективу, связанную к тому же с продолжением традиций либерального направления российской философско-правовой мысли.

Исторической предпосылкой к такому парадоксальному и вместе с тем высокозначимому развитию правовой науки в условиях советского общества стало дореволюционное правоведение, которое во втором десятилетии XX в. обозначило себя в качестве передовой по мировым стандартам отрасли юридических знаний с весьма сильными к тому же тенденциями к философскому постижению реальных правовых явлений (в особенности в трудах выдающегося цивилиста, правоведа-мыслителя И.А. Покровского¹).

¹ Достоинство доброй оценки то обстоятельство, что в настоящее время в российской гуманитарной, в том числе юридической, науке неизменно делаются ссылки на выдающихся дореволюционных правоведов, таких как Б. Чичерин, Б. Кистяковский, П. Новгородцев, Л. Петражицкий, С. Гессен, С. Котляревский, В. Муравьев.

Вызывает, однако, сожаление, что подчас такого рода ссылки замыкаются указанной «обоймой имен» и не идут дальше приведения выдержек из сочинений упомянутых авторов. Между тем суть дела в оценке трудов наших предшественников — в восприятии *передового либерального духа* замечательных русских правоведов, в понимании

В соответствии с этим указанный особый спектр, более высокий уровень правовой теории, раскрывающий потенциал юридического позитивизма, опирается как раз на разработки аналитической юриспруденции, ее — как это ни покажется удивительным — развитие в советских условиях.

Всплеск аналитического правоведения произошел в годы нэпа. Нэп ознаменовался развитием гражданского оборота, связанным с ним некоторым упрочением законности, развитием судебной деятельности. Аналитическая юриспруденция в период нэпа, воспринимая достижения дореволюционной юридической науки, продвинулась в разработке ряда проблем вперед, сосуществуя в странном симбиозе — не всегда, впрочем, мирно — с ортодоксальной марксистско-ленинской доктриной.

Правда, с крушением нэпа в результате возобладания на пороге 1930-х гг. сталинского тоталитарного режима пришел конец и оживлению аналитического правоведения. Его представители подверглись жесткой критике приверженцами ортодоксальной теории, были клеймены как «догматики» и «схоласты», и само это направление в среде идеологов правоведения признавалось, и то с трудом, лишь «терпимым». И оно сообразно такой атмосфере чуть теплилось в университетах, в самой практике работы юридических учреждений. Многие высококлассные юристы-профессионалы, теоретики и практики, были изгнаны из научных учреждений и практических органов, оставили юридическое поприще, были репрессированы.

Но потом, во второй половине 1930-х гг., произошло явление, на первый взгляд парадоксальное, в чем-то непостижимое: в науку права и в юридические вузы на освободившиеся места после очередной

того *уровня философского осмысления социальной и правовой действительности*, которого они достигли ко времени трагического Октябрьского большевистского переворота.

Особо прискорбно, что за пределами указанной «обоймы» остается имя выдающегося русского цивилиста, правоведа-мыслителя, который наиболее значительно продвинулся вперед в философском понимании права (и который через своих теоретических приверженцев и последователей оказал прямое влияние на творческие поиски правоведа в советское время), — Иосифа Алексеевича Покровского. Как верно заметил автор вступительной статьи к книге И.А. Покровского «Основные проблемы гражданского права» А.Л. Маковский, эта книга «принадлежит к числу самых блистательных произведений юридической науки» и должна быть поставлена «в один ряд» с трудами Иеринга, Дюги, Кельзена (*Маковский А.Л. Выпавшее звено // Покровский И.А. Указ. соч. С. 3*).

Весьма примечательно, что в сборнике статей ведущих российских правоведов, подготовленном к печати летом 1918 г. (но в то время не опубликованном) под названием «Из глубины», уже в наши дни на первое место в одном из современных изданий (Интеллигенция и проблемы формирования гражданского общества в России. Екатеринбург, 2000. С. 117–119) выделен и многократно цитируем именно И.А. Покровский.

расправы режима со своими приверженцами в области правоведения (расправы, надо заметить, главным образом с марксистами-ортодоксами) вернулась сохранившаяся дореволюционная профессура. И она не только способствовала решению практических задач (во имя которых произошло их возвращение в преподавание и в науку) и не только осуществила ряд высокочисленных научных разработок, но и принесла с собой (понятно, принесла — *реально*, порой в сопровождении обязательных цитат из «классиков» и канонизированных формул) гражданско-либеральный пафос русской интеллигенции кануна революции, а главное — тот потенциал высокой культуры аналитической юриспруденции, ее достижений, который поставил Россию первых двух десятилетий XX в. на одно из ведущих мест в мировой юридической науке.

И как это ни покажется поразительным, годы неистовства беспощадного тоталитарного режима ознаменовались наряду со «сталинизированной» ортодоксальной теорией резким подъемом аналитического правоведения, в особенности в цивилистике, а также в трудовом праве, семейном праве, процессуальных отраслях, в теории уголовного права. Получили развитие и общетеоретические исследования специально-юридического профиля, вновь стали утверждаться фундаментальные общеправовые понятия — «право», «субъективное право», «правоотношение», «законность», «юридическая техника».

И пусть порой такого рода отраслевые и общетеоретические исследования уходили в область абстракций, стояли на грани игры в понятия; пусть не всегда были доведены до конца, в частности, в силу отрицания идей естественного права, разграничения права на публичное и частное; пусть они зачастую попадали в зону жестокого огня, который вела ортодоксальная политизированная наука в ее официальных и официозных подразделениях (беспощадная политическая бдительность неизменно рассматривалась как знак преданности сталинизму). Здесь важен сам факт. Факт развития теории позитивного права, в том числе общей теории, на основе аналитической юриспруденции, который стал заметным явлением по мировым меркам. Тем более в обстановке, когда на Западе специально-юридические исследования были оттеснены бумом социологических и философских исследований, а в чем-то и принижены узкой коммерциализацией науки. И это не только привело к ориентации на восприятие ценностей мировой и отечественной правовой культуры, но и подготовило предпосылки для развития правоведения в новом, перспективном направлении.

Именно в этой плоскости правоведение стало приближаться, пусть пока еще на дистанции отдаленных подступов, к уровню других наук —

естественных, технических, которые изначально имеют дело с объективными фактами действительности (а эти факты — не что иное, как наличная юридическая догма!) и которые в силу этого способны выдвигаться до обобщений высокого порядка (такого рода исследования были выполнены рядом советских правоведов¹). И именно здесь как раз раскрыли свою конструктивность, плодотворность те отдельные «зацепки» в действующем, в целом — сугубо «силовом», антигуманном советском праве, которые давали материал, пусть во многом виртуальный, идеально понимаемый и нередко узко идеологически толкуемый (хотя отчасти реализуемый на практике), для поиска новых подходов к теории права, соответствующих требованиям новой эпохи в развитии человеческого общества².

¹ Такой характер имеют теоретические разработки, проведенные, в частности, О.С. Иоффе, А.В. Мицкевичем, П.М. Рабиновичем, Б.В. Шейншлиным, Л.С. Явичем и др. Некоторые разработки подобного профиля, наряду с попытками найти некий философско-правовой смысл в категориях марксизма, был проведен и автором этих строк, в том числе по проблемам предмета и природы гражданского права, ценности права, механизма правового регулирования, структуры права, общих дозволений и запретов.

² К сожалению, и в постсоветских условиях России, когда начался сложный, трудный, противоречивый процесс преодоления идеологии коммунистического права и формирования современного гражданского общества, юридический позитивизм, продолжающий господствовать в науке, имеет противоречивое значение. Сыграв позитивную роль в возрождении существенных элементов юридической культуры, в законодательстве, в политике верховенства и непрерывности закона, юридический позитивизм, не обогащенный передовой «философией», оказался и в новой «демократической» обстановке беспомощным перед доминированием политической власти в обществе, стихией дикого рынка, всеислием олигархического, номенклатурного, полукриминального капитала. Отсюда, наряду с известными достижениями, — негативные процессы в российской юриспруденции, ее ушербная узкая коммерциализация, отсутствие по большей части ответственной гражданской позиции, переход в ряде случаев в состояние «привдворной» юриспруденции (и на федеральном, и на региональном уровне).

Какие выводы вытекают из изложенных фактов недавнего прошлого (да и нынешнего времени), касающиеся теории позитивного права, юридической догматики в нацистской Германии, в советском обществе, в современной российской юриспруденции?

Как уже отмечалось, такого рода факты подлили масло в огонь критического отношения к теории юридического позитивизма вообще. Специалисты, далекие от мира юридических реалий, подчас упрочились во взглядах, построенных на пренебрежительном отношении к юридическим знаниям, в особенности к тем, предметом которых является догма права. Право вообще с таких позиций стало все более и более «выводиться» не из юридической материи, а непосредственно из внеправовых, метаюридических явлений (экономического базиса; феномена свободы; начал справедливости и т.д.).

Между тем суть рассматриваемой проблемы не в неких будто бы «пороках» юридической догматики, а в том, что она не «сопровождается» высокой теорией, *основательной философией*. Причем важные элементы такой высокой теории уже дает концепция естественного права. Но достаточно ли этого? Нет ли собственных, так сказать, органических, строго правовых предпосылок высокой теории в данных, касающихся материи

6. Неожиданное развитие. Выход на разработки «философского» уровня.

Отмечая известные положительные стороны развития юридической науки в условиях советского общества, надо видеть главное в таком развитии.

Это главное с точки зрения научной перспективы — в том, что в советском правоведении, особенно в обстановке нэпа, а также в конце 1930-х гг. и в последующие годы, *получили признание общетеоретические разработки догмы права, опирающиеся на данные аналитической юриспруденции*, т.е. в сущности — разработки, опирающиеся на данные того же порядка, как и исходный материал науки вообще, в том числе естественных и технических наук (тем более, что «догма права» — это и есть техника, а в чем-то и математика в самом строгом и точном смысле).

И это — обстоятельство в высшей степени важное. Важное по той причине, что в советской науке, несмотря на крайне неблагоприятную политическую и идеологическую обстановку, оставался *реальный, обьективированный предмет* юридических знаний — юридические реалии, охватываемые понятием «догма права». Тот предмет, достаточно основательное понимание которого необходимо для преподавания юридических дисциплин и проведения научных исследований в соответствии с возродившимися российскими традициями, требованиями юридической практики.

И как раз по этой причине аналитическая юриспруденция в советской юридической науке получила своеобразное, в каком-то смысле *неожиданное продолжение, которое в итоге подвело юридические знания к новому, судя по всему, перспективному направлению изучения права*.

Здесь уместно вот какое пояснение. Советская юридическая наука с конца 1940-х, в 1950—1960-х гг. стала весьма значительно развивать-

права? И не способствует ли сам факт отсутствия такого рода высокой теории, которая бы сопровождала юридический позитивизм, тому, что аналитическая юриспруденция, оставшись в таком «философском одиночестве», чуть ли не с готовностью становится приживалкой у своих антиподов — античеловеческих доктрин?

Иными словами, нет ли и на уровне позитивной теории, относящейся к аналитической юриспруденции, теоретических резервов — научного потенциала для выработки научных положений высокого «философского» порядка? Оказывается — да, существуют такие резервы, такой потенциал! И научные разработки более высокого уровня, чем простые обобщения догматической юриспруденции, причем во многом на основе такого рода простых данных позитивной теории, стали постепенно развертываться в связи с рядом факторов, характерных для социального и интеллектуального развития общества, которое в основном относится опять-таки к XX в., к середине XX столетия.

Один из таких факторов — это, как ни парадоксально, отмеченное ранее развитие правовой теории в условиях советского общества — то, что в предшествующем изложении и было названо феноменом (а если угодно — поразительным парадоксом) советской теории права.

ся, так сказать, в количественном отношении. В связи с существенно расширенным после Великой Отечественной войны юридическим образованием, когда появились новые юридические вузы, кафедры, дисциплины, в науку влилось большое число молодых ученых-юристов; были образованы новые научные юридические учреждения, расширены старые. А каждая наука, достигнув известного количественного уровня («критической массы»), в силу уже одного этого получает импульсы саморазвития; накапливаемая в ней познавательная энергия «ищет выхода» с тем, чтобы каким-то образом и в чем-то реализоваться.

В чем же и как мог найти выход этот потенциал в те неблагоприятные для действительной науки годы? В тех ли направлениях углубления правовых знаний, которые стали в то же самое время передовыми и престижными в мировой науке, т.е. в правовой социологии и в философии права?

К сожалению, правовая социология и философия права были в советских условиях скованы идеологией сталинизма, ее догмами и постулатами. Соответствующие исследования по большей части замыкались на идеологических понятиях, идеологемах, официальных и официозных легендах, мифических представлениях, жесткой «методологии», заранее заданных результатах и потому не могли достичь уровня плодотворного и перспективного творчества, утопая подчас в спекулятивных рассуждениях и спорах. Лишь в отдельных учебных и научных подразделениях стали постепенно формироваться научные подходы, нацеленные на поиск принципиально нового мировоззренческого взгляда на право (такие как попытки истолкования правовых явлений с позиции разграничения «права» и «закона» или попытки нахождения в праве «особого юридического содержания»).

Каким же образом в отношении всего правоведения могли быть реализованы накопленные в нем и ищущие выхода творческие возможности и импульсы? Те возможности и импульсы, которые связаны с самой «живой жизнью» права и собственным предметом правоведения?

И вот тут возникла научная ориентация на то, чтобы не ограничиваться одной лишь формальной логикой – простой специально-юридической обработкой правового материала, формулированием исходных научных обобщений, классификаций и определений, а идти дальше, стремясь (после такого рода обработки, на основе полученных таким путем обобщающих данных) достигнуть углубленного теоретического осмысления правовой материи.

Думается, однако, что сама по себе ориентация на углубленное осмысление реальной материи права (ограниченной к тому же сугубо нормативным материалом и практикой его применения) не привела

бы к сколько-нибудь значительным научным результатам, если бы в то же время, в середине 1950-х гг., не дали о себе знать другие факторы.

Именно в годы, когда в советской юридической науке внимание во многом сосредоточилось на реальной правовой материи и возникла направленность на ее более углубленное осмысление, на помощь такому повороту в правовых исследованиях *пришла философия*. Философия не в виде идеологических догм и политизированных интерпретаций (что как раз характерно для ортодоксального марксизма, в особенности ленинско-сталинских «гениальных идей») или фундаментальных философских категорий, а главное — в виде *новых философских методов и приемов*, получивших в ту пору серьезную разработку.

Прежде всего и главным образом это *теория систем* и основанные на ней *системные и структурные характеристики* явлений и предметов, их совокупностей, а также *функциональный анализ*, связанные с ним «*механизменные*» интерпретации явлений.

Это привело к неожиданным научным результатам. Оказалось, что право (даже тогда, когда правовая материя ограничивается одной только юридической догмой) обладает специфическими свойствами и закономерностями, особыми связями и соотношениями.

Последние с достаточной определенностью обнаружались при рассмотрении отдельных фрагментов догмы права (юридических норм, правовых отношений, юридических фактов и др.). Но наиболее значимые результаты, по мнению автора этих строк, оказались полученными при попытках применения философских категорий и, в особенности, новых философских методов к праву в целом. Само право под углом зрения этих категорий и методов выступило в новом облике и, что особо существенно, в качестве *нормативной системы*.

Вот эта характеристика нового облика права и права как нормативной системы (а в этой связи и разработка некоторых других проблем) должна привлечь наше внимание. И по самой своей сути, содержанию, и с точки зрения того, что характеристика права как нормативной системы дает необходимые данные для того, чтобы продолжить рассмотрение вопросов юридической догматики и в поисках новых подходов в теории права¹.

¹ Здесь должен быть принят во внимание еще один фактор. Это то обстоятельство, что советская юридическая наука в 1950-х гг. пережила своеобразную полосу в своем развитии, в чем-то похожую на обстановку в правоведении в дореволюционное время, — полосу *правового романтизма*.

Важно при этом сразу же сделать ударение на том, что вера в право, надежда на него в 50-е гг., как и в дореволюционное время, овладели умами людей, возросло внимание к праву, понимание его особенностей как своеобразного, уникального явления в жиз-

§ 5. О философских разработках догмы права

1. О «философском видении» догмы права. Достойно внимания то обстоятельство, что в ряде случаев (хотя далеко не всегда) само по себе применение фундаментальных философских категорий к фактическим материалам, охватываемых догмой права (и уже обработанных

ни людей, обладающего значительной социальной силой и, значит, потенциальными возможностями в решении трудных жизненных проблем.

На первый взгляд такой поворот в развитии советского правоведения никак не вытекал из общего состояния юридической науки в советском обществе. В действительности же процессы движения правовой мысли и в таких неблагоприятных условиях оказались более сложными, многоплановыми, в чем-то даже перекликающимися с крупными сдвигами в мировой правовой культуре, происходящими в 1950–1960 гг. «Деловые проработки» в юриспруденции, потребовавшие обстоятельного исследования правовой материи, стали постепенно приоткрывать ее многообразие, ее «секреты» — механизменные и структурные особенности. Те особенности, которые характеризуют правовую материю как сферу строгих и точных реальностей, объективированных интеллектуальных ценностей, предполагающих не произвольное манипулирование законами и юридической практикой, а следование «законам законов».

Как это ни парадоксально, на такую направленность развития правовой мысли, являющейся предосновой правового романтизма, в какой-то мере работали и негативные стороны советского правоведения, когда дает о себе знать сама логика права. Даже дежурные обязательные словословия по поводу мнимых достоинств социалистического права, та (как ясно теперь) воображаемая, виртуальная реальность будто бы «самого лучшего в мире права», — все это заставляло вести упорный поиск тех проявлений гуманизма и демократии, которые имеют отношение к праву, будто бы торжествующему в обществе социализма и светлого коммунистического будущего.

И конечно же, ключевую, до сих пор недооцененную роль в развитии позитивных процессов советского правоведения сыграло то обстоятельство, что в конце 1930-х гг. в результате немислимых изгибов политической жизни советского тоталитаризма в науку и преподавание юридических знаний вернулись дореволюционные правоведы (в частности, такие видные цивилисты и специалисты в области теории юридической догматики, как А.В. Венедиктов, М.М. Агарков, Е.А. Флейшиц, В.К. Райхер, Б.Б. Черепахин и др., во многом проводившие в своих трудах, к стати сказать, идеи И.А. Покровского с характерным для него акцентом на философской значимости правовых категорий). И что именно через них в 1940–1960-е гг. благотворное влияние отечественной и мировой правовой культуры стало все более — даже в условиях сталинских и неосталинских, андроповско-брежневских порядков — сказываться на состоянии советской юридической науки.

Отмеченные позитивные процессы в советском правоведении, явившиеся основой правового романтизма, стали своего рода предзнаменованием, неким приуготовлением к грядущим, неотвратимо наступающим переменам. Можно даже предположить, что историческая судьба России, как и в дореволюционное (до Октября 1917 г.) время, через этот, казалось бы, нелогичный феномен — правовой романтизм — подала некий знак о возможной перспективе благотворных перемен. Перемен *не* путем революционного насилия, а *путем права*. И вообще, достойно особого внимания то обстоятельство, что тот маячок свободы, который со смертью Сталина засветил в измученном тоталитаризмом обществе, преимущественно и в наиболее отчетливом, зримом виде предстал перед людьми и историей *в облике права*.

аналитической юриспруденцией), приводит к *новому видению* права. К тому, что благодаря этим категориям право как бы обретает новый облик, позволяющий раскрыть его существенные характеристики.

К числу категорий философского порядка, расширяющих научные представления о догме права, относятся: а) свойства права; б) право как нормативная система; в) структура права; г) «механизменные» характеристики.

2. Свойства права. Использование при характеристике догмы права категории «свойство» — это не просто новое обозначение того, что в аналитической юриспруденции обычно понимается в качестве «признаков права». Использование категории «свойство» означает, что право, как и всякое иное объективное явление социальной действительности, имеет «свои», органически ему присущие объективные характеристики. Именно они, свойства права, и выделяют его из других социальных явлений и институтов, даже тех, которые также обозначаются словом «право». И они же, эти свойства, как раз и раскрывают особенности позитивного права как такого явления, которое, появившись на свет, выступает в качестве мощного социального регулятора.

Более того, обозначение качественных характеристик права в качестве *свойств* (а не просто «признаков») позволяет, наряду с упорядочением представлений о догме права, расширить угол зрения о праве вообще.

Здесь особого внимания заслуживает качество *равновесности* — то заложенное в праве начало, которое выражено в формуле «равная мера». Эта «равная мера», или «правовое равенство»¹, «пропорциональность», не сводимые к одной лишь нормативности, означает нацеленность права на то, чтобы утвердить в жизни людей принцип эквивалентности, равного несения при равных условиях бремени ответственности, приоритета договорного метода во взаимоотношениях субъектов, состязательности и в других юридических категориях — всего того, что под несколько иным углом зрения охватывается понятием «справедливость».

Насколько это качество права можно признать для него исконным, органичным? Э.Ю. Соловьев, ссылаясь на Канта, пишет: «В «Метафизике нравов» Кант наталкивается на реальность простейших правоотношений, на феномен эквивалентности, «равновесности», известный практике правового регулирования конфликтов с самых древних времен. И в заслугу ему как аналитику правового сознания надо поставить то, что он в общем-то достаточно ясно видит внеэтичность данного феномена (запомним это существенное суждение философа. — С.А.). «Рав-

¹ См.: Нерсесянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 490.

новесность» понимается им скорее как правило чистого разума, привлеченного к решению пруденциальных проблем, а не как принцип разума практического»¹. С этой точки зрения едва ли можно признать оправданной традиционную для философии права попытку все же связать такого рода «внеэтический феномен» с его обоснованием с позиций морали². В действительности, соотношение между рассматриваемыми категориями здесь иное, в принципе обратное общепринятому: исконное для права качество равновесности можно рассматривать в виде предпосылки, во многом определяющей моральный принцип справедливости.

Точно так же, как свойство «равновесности», характеристика явлений догмы права под философским углом зрения позволяет значительно расширить представления о социальном значении права и по другим проблемам.

Наиболее существенная из них (имеющая существенное значение для всего последующего материала этой книги) — это свойство права как регулятора, *способного достигнуть максимальную, предельную определенность в содержании поведения всех субъектов*. А отсюда — *определенность* регулирования общественных процессов и одновременно *прочность, надежность устанавливаемых при помощи права общественных отношений*.

В выделении такой значимости права, основанной на существенной, уникальной силе его свойств, заслуга во многом принадлежит выдающемуся русскому правоведу-мыслителю, цивилисту И.А. Покровскому. В своем прекрасном труде, опубликованном летом 1917 г., за несколько месяцев до Октябрьского большевистского переворота, — какой жутко тревожный, чуть ли не мистический знак! — наш отечественный правовед, раскрывая миссию права перед всесильной властью, в первую очередь обратил внимание на то, что «одно из первых и самых существенных требований, которые предъявляются к праву развивающейся человеческой личностью, является требование о п р е д е л е н н о с т и правовых норм» (этого, добавлю, прерывая суждения автора, нет в традиционном обществе: там «неопределенность» регулирования на руку власти).

«Но дело, — продолжает И.А. Покровский, — решительно меняется с того момента, когда возникает потребность в большей личной

¹ Соловьев Э.Ю. Указ. соч. С. 188.

² Автор, продолжая приведенную в тексте мысль, пишет: «Одновременно Кант догадывается о том, что правоотношения могут получить развитие и достигнуть чистоты лишь при наличии правового порядка. Последний же поддается достаточно убедительному моральному обоснованию» (там же). Но дело-то как раз в том, что в данном случае — поскольку речь идет о равновесности — никакого «морального обоснования» и не требуется.

энергии и в большей личной инициативе, тогда определенность права становится непременным условием этих последних, с т а н о в и т с я в о п р о с о м с а м о й л и ч н о с т и. Индивид, поставленный лицом к лицу с обществом, государством, имеет право требовать, чтобы ему было этим последним точно указано, чего от него хотят и какие рамки ему ставят. Логически это право на определенность правовых норм, — заключает автор, — есть одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только себе можно представить; без него, в сущности, вообще ни о каком «праве» не может быть речи¹.

Эти суждения русского правоведа необходимо иметь в виду при рассмотрении ряда проблем теории права. Причем к процитированным суждениям надо добавить и мысль И.А. Покровского о том, что вторым требованием развивающейся личности к правопорядку является требование его прочности и что «...они оба — только две стороны одной и той же естественной и «неотъемлемой» потребности индивида иметь свое ясное и определенное место в жизни целого социального организма»². Сейчас же обратим внимание на то, что перед нами, по Покровскому, — ключевые, решающие свойства права, причем такие, без которых «ни о каком «праве» не может быть речи» вообще.

Указанные выше свойства позитивного права дают возможность в той или иной степени устранить из общественной жизни произвол и своеволие, в какой-то мере гарантировать стабильность, социальный мир, исключать хаос в людском поведении, произвол в отношении личности. Благодаря этим свойствам проявилась глубинная сущность права, «а именно то, что оно является инструментом, средством, механизмом или нормативно-регулятивной системой защиты личности от произвола любых других лиц, групп и общества, или государства в целом»³.

Если исходить только из рассмотренных свойств права (не затрагивая все другое), то и тогда станут очевидными преимущества и привлекательность того строя жизненных отношений, который можно назвать *правовым порядком*. И с этих же позиций (при умозаключениях «от противного») представляется резко негативным характер того поведения, которое является *внеправовым*, т.е. такого, которое носит *доправовой* характер или является *внеправовым* с фактической стороны — выбивается из области цивилизационных отношений, противопоставит им как нечто противоположное, с ними несовместное (война,

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 89.

² Там же. С. 106.

³ Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 114.

террор, чиновничья вседозволенность – очевидные примеры такого внеправового поведения).

С учетом приведенных положений об особенностях права как институционального образования и о его свойствах раскрывается глубина мысли знаменитого русского правоведа П.И. Новгородцева, полагающего, что право есть то *начало*, которое «постепенно осуществляется в истории»¹.

3. Право – нормативная система. Использование философских данных в отношении материалов, охватываемых понятием «догма права», не ограничивается тем, что «срабатывают» философские категории, такие как «свойства».

Наиболее существенное, что дают философские разработки в отношении догмы права, заключается в том, что под углом зрения новейших философских представлений (теории систем) право представит в виде *нормативной системы*, т.е. явления социальной действительности, которое существует и функционирует по законам целостного органического образования – *законам системы*. Да притом системы, имеющей нормативный характер и находящейся, как и «положено» любым системам, в сложных (системных) связях со всем комплексом социальных образований.

Все это позволяет здесь, на аналитическом, атомистическом уровне, углубить наши представления о праве, и прежде всего о *функциях права*, выступающего главным образом в качестве *непрерывно действующего механизма воспроизводства общих условий существования общества, его устойчивости, стабильности, упорядоченности*².

Рассмотрение права с указанных позиций дает возможность увидеть в нем социальное образование, обеспечивающее такую *непрерывную динамику функционирования общества, при которой достигается постоянное и стабильное воспроизводство и, следовательно, сохранение и утверждение (своего рода «увековечение»)* выраженных в праве *социальных ценностей, условий и механизмов функционирования общества*.

Здесь, и притом с немалым познавательным результатом, можно воспользоваться предложенной И.П. Малиновой трактовкой общественных отношений через категорию субструктуры (суперструктуры)³. Используя более точную научную интерпретацию положений об общественных отношениях, И.П. Малинова обратила внимание на то, что категория субструктуры (суперструктуры) (*Unterbau*) позволяет рас-

¹ Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М., 1991. С. 538.

² См.: Еришов Ю.Г. Философия права (материалы лекций). Екатеринбург, 1995. С. 33.

³ См.: Малинова И.П. Философия правотворчества. Екатеринбург, 1996. С. 106, 110.

сма­три­вать пра­во как та­кую сфе­ру, «ко­торая об­ла­да­ет осо­бым свой­ством мета-(или супер-) струк­ту­ри­ро­ва­ния мас­си­ва на­лич­ных об­ще­ствен­ных от­но­ше­ний. Бо­лее то­го, — про­дол­жа­ет ав­тор, — са­мо пра­во су­ще­ствует в фор­ме струк­тур­но уп­ря­до­чен­но­го сек­то­ра, сфе­ры со­ци­аль­но­го про­стран­ства, в ко­то­ром все мно­го­об­ра­зие об­ще­ствен­ных от­но­ше­ний пред­став­ле­но (от­ра­же­но) в осо­бом ра­кур­се, под спе­ци­фи­че­ским уг­лом зре­ния — в ин­вари­ан­тах сан­к­ци­о­ни­ро­ван­ной юри­ди­че­ской нор­ма­тив­но­сти»¹.

Во мно­гом та­кой под­ход к пра­ву, ко­гда оно рас­сма­три­ва­ет­ся в ка­че­стве «ре­гу­ля­то­ра», свя­зан с ут­вер­див­ши­ми­ся в со­вре­мен­ной на­уке пред­став­ле­ния­ми о том, что со­ци­аль­ные си­сте­мы от­ли­ча­ют­ся (или дол­жны от­ли­чать­ся) ус­той­чи­во­стью, не­прерыв­но­стью су­ще­ства­ния и дей­ствия во вре­ме­ни, и с вы­те­ка­ю­щей от­сю­да не­об­хо­ди­мо­стью на­личия в со­ци­аль­ных си­сте­мах, в том чис­ле и в об­ще­стве в це­лом, осо­бых ме­ха­низ­мов, приз­ван­ных ре­а­ли­зо­вать и под­дер­жи­вать ус­той­чи­вость и не­прерыв­ность функ­ци­о­ни­ро­ва­ния в за­дан­ных па­ра­мет­рах об­ще­ства.

Под рас­сма­три­ва­е­мым уг­лом зре­ния су­ще­ствуют до­ста­точ­ные ос­но­ва­ния по­ла­гать, что пра­во, на­ря­ду с дру­ги­ми ин­сти­ту­та­ми че­ло­вечес­кой куль­ту­ры, и есть та­ко­го ро­да ме­ха­низм. Ведь свой­ства пра­ва — его все­об­щ­ность, об­ще­об­язатель­ная нор­ма­тив­ность, спо­соб­ность стро­го фик­си­ро­вать по со­дер­жа­нию воз­мож­ное и дол­жное по­ве­де­ние лю­дей, а та­кже спо­соб­ность на­иболее мо­щно, си­лой го­су­дар­ствен­но­го прину­жде­ния обес­пе­чи­вать та­кое по­ве­де­ние — как бы спе­ци­аль­но при­спо­со­бле­ны для то­го, что­бы сло­жив­ши­е­ся в об­ще­стве от­но­ше­ния на­де­жно со­хра­ня­лись та­ки­ми, «как они есть» (а е­сли и со­вер­шен­ство­ва­лись, раз­ви­ва­лись, то толь­ко в кон­тек­сте та­кой «дан­но­сти»). И что­бы они в ста­биль­ном и ус­той­чи­вом ви­де функ­ци­о­ни­ро­ва­ли не­прерыв­но во вре­ме­ни, все­гда, «ве­чно». При­чем эта мис­сия пра­ва за­тра­ги­ва­ет важ­ней­шие, оп­ре­де­ля­ю­щие па­ра­мет­ры об­ще­ства, его э­ко­но­ми­че­ских, со­ци­аль­ных, по­ли­ти­че­ских ос­нов, его осо­бен­но­сти с ин­фор­ма­ци­он­но­ор­га­ни­за­ци­он­ной сто­ро­ны, ре­аль­но­сти за­ло­жен­ных в нем про­грамм, не­прерыв­ность их дей­ствия.

В вос­про­из­вод­стве дан­ной си­сте­мы, по­нят­но, ве­лик вклад и дру­гих под­раз­де­ле­ний куль­ту­ры. Но в че­ло­вечес­кой куль­ту­ре нет ино­го ин­стру­мен­та, кро­ме пра­ва, ко­то­рый бы обес­пе­чи­вал это вос­про­

¹ *Ма­ли­но­ва И.П.* Указ. соч. С. 110. «С этой точки зре­ния, — го­во­ри­тся в кни­ге, — та­кие по­ня­тия, как «пра­вое по­ле», «пра­вое про­стран­ство», «пра­вовая сре­да», «пра­вовая сфе­ра» и т.д., яв­ля­ют­ся сво­е­го ро­да ме­та­фо­ра­ми, вы­ра­жа­ю­щи­ми суть: об­ще­ствен­ные от­но­ше­ния об­ъек­ти­ви­ру­ют­ся в пра­ве не не­по­сред­ствен­но, а си­сте­мно оп­ос­ре­ду­ясь всей его струк­тур­ной це­ло­стью» (Там же).

изводство не только с информационно-организационной стороны, но и на всеобщей, твердой, постоянной, непрерывно функционирующей основе, важнейшим компонентом которой является та или иная мера активности участников общественных отношений. Словом, по принципу всеохватного и непрерывно действующего социального устройства, рассчитанного на разумных существ — людей. И благодаря именно праву, рассматриваемому преимущественно (вразвитых юридических структурах) в единстве с законом, достигается такое положение вещей, когда данная общественная система, не меняя своих качеств и особенностей, непрерывно работает — «крутится» и «крутится» в заданном режиме своего информационно-организационного построения.

В принципе эта миссия права в обществе уникальна и — что немало важно — (пусть только в принципе) не имеет политического и тем более идеологического содержания. В этой плоскости оценка роли права на «регулятивном уровне» во многом сводится к функциям, по кантовским определениям, «механического устройства» — такого «устройства», «которое, подобно гражданскому организму, сможет сохраняться автоматически»¹.

Впрочем, в реальной жизни рассматриваемая особенность права все же так или иначе приобретает определенное политико-социальное и духовное содержание. Тем более что по своей сути она имеет как стабилизирующее, так и консервативное (и не только в строго научном смысле) значение. А значит, позволяет не только сохранять в жизни людей устойчивые, проверенные жизнью, твердые начала, но и, увы, «увекочивать» отжившие или изначально неразумные порядки и режимы, становиться труднопреодолимой преградой на пути прогрессивного развития общества.

Конечно, признание за правом значения механизма воспроизводства данного социального строя — это еще не до конца проработанная в науке проблема². Тут нужна тщательная проверка и научная отработка как самой этой идеи, так и выводов теоретического и практического порядка, из нее вытекающих (в том числе определение социальной ценности права, стратегии законодательства). Но проблема явно назрела; в литературе уже высказан на этот счет ряд заслуживающих внимания положений.

¹ Малинова И.П. Указ. соч. С. 105.

² Здесь наряду со значением права на «регулятивном уровне» в качестве *стабилизирующего* и *консервативного* фактора раскрывается также еще одна его характеристика, требующая внимания науки, — его роль как своего рода *прогностического* института.

Интересную трактовку воспроизводства в социальной сфере дает М.К. Мамардашвили. Он полагает, что, по Канту, например, вся проблема просвещения есть проблема «самоподдержания разума». И сразу поясняет – «самоподдержания онтологических абстракций порядка. И в этом смысле истина не есть проблема соответствия или адекватности (что относится к знанию, к знаково-логическим структурам знания), но проблема воспроизводства, или самоподдержания, некоторого порядка»¹. Нет ли оснований с подобных же позиций рассматривать также и право? Если подобные основания существуют (а препятствий для этого, на мой взгляд, нет), то право с таких позиций предстает в качестве онтологической абстракции порядка. По всем данным – конструктивная идея, достойная обстоятельной проработки.

Весьма плодотворным направлением углубления представлений о праве как нормативной системы являются *идеи синергетики*, обосновывающей на данных естественных наук (таких, в частности, как радиофизика и квантовая электроника) наличие в системах самой различной природы спонтанных процессов, приводящих ко все большей самоорганизации системы, ее большей упорядоченности, ее качественному развитию. Подчеркнутая в литературе значимость в такого рода процессах позитивного права² не сводится, надо полагать, только к нормативным особенностям права. По-видимому, решающую роль играет здесь такое уникальное качество права, относящееся именно к самоорганизации общества, как его способность быть носителем и гарантом социально оправданной, цивилизованной свободы людей, формой перевода активности людей в созидательное, творческое дело (качество, которое, как мы увидим в третьей части работы, позволяет охарактеризовать особенности права как цели общества в перспективе его развития – III.16.1).

Существует еще одна сторона уточняющей характеристики права как нормативной системы, его функции по воспроизводству социальной системы. Позитивное право – это не только, как мы увидим в последующем [III.11.2], «выражение» глубоких природно-социальных основ жизнедеятельности людей. Оно во многом потому «и есть» такого рода выражение, что призвано утверждать эти основы в обществе, т.е. обеспечивать реализацию принципов цикличности, кругооборота отношений и процессов, их непрерывного постоянства во всем общественном организме, притом в условиях разумной творческой деятель-

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. М., 1997. С. 286.

² См.: Ветютнев Ю.Ю. Самоорганизация в гражданском обществе и ее правовые результаты // Интеллигенция и проблемы формирования гражданского общества в России. Екатеринбург, 2000. С. 30–31.

ности индивидов. Реализацию той объективной потребности, в ответ на которую во многом и сложилось позитивное право с рядом уникальных свойств, выраженных во всеобщности, общеобязательной нормативности, возможности строгой определенности по содержанию, высокой обеспеченности, государственной гарантированности.

В связи с необходимостью обеспечения нормативных начал в жизни общества и само право предстает в виде нормативной регулирующей системы (в том числе и с точки зрения «нормы» как естественного, «здорового», вполне удовлетворительного положения дел в людском сообществе), имеющей глубокие социально-природные основания и уникальное правовое содержание, смысл и назначение которого в полной мере раскрывается в условиях современного правового гражданского общества.

4. Структура права. Использование в отношении явлений догмы права философских категорий (в особенности таких, как «структура») позволяют в чем-то «перевернуть мир» — по-новому взглянуть на, казалось бы, привычные явления из области юридической догматики.

Вот пример. Отрасли права в сфере юридической догматики рассматриваются обычно в одной плоскости, как равнозначные обширные «совокупности норм», отличающиеся по предмету и методу регулирования.

Между тем при более или менее развитой нормативной системе отрасли права представляют собой сложный, спаянный жесткими закономерными связями организм, отличающийся многоуровневым характером, иерархическими зависимостями.

Наиболее общим образом отрасли права в современных достаточно развитых юридических системах (в частности, и в российской) подразделяются на три группы:

- а) профилирующие (базовые);
- б) специальные;
- в) комплексные.

Вместе с тем какой бы сложной, многозвенной по своей структуре ни была система права, в ней неизменно незыблемым, устойчивым, стабильным остается комплекс *профилирующих (базовых) отраслей*, к которому применительно к праву нашей страны, сложившемуся к нынешнему времени, относятся *семь* (не более, но и не менее) подразделений — конституционное право, затем три материальные отрасли — административное право, гражданское право, уголовное право, а также три процессуальные отрасли (гражданское процессуальное, административно-процессуальное, уголовно-процессуальное). Они образуют с юридической стороны ведущую часть правовой системы, ее неразрушимое ядро.

В соответствии с профилирующими отраслями формируются и функционируют на базе собственных «предметов» (видов общественных отношений) *специальные отрасли* — трудовое право, земельное право, семейное право, финансовое право, право социального обеспечения.

Отличительные особенности профилирующих (базовых) отраслей, раскрывающие их значение в качестве ядра системы права, заключаются в том, что они концентрируют главные (генеральные) юридические режимы — режимы качественно своеобразные, исходные по специфике правового регулирования и потому предопределяющие основные типовые особенности юридического инструментария.

В связи с этим фундаментальные (базовые) отрасли:

1) исчерпывающе концентрируют генеральные юридические режимы, групповые методы правового регулирования;

2) отличаются юридической чистотой, яркой контрастностью, юридической несовместимостью по отношению друг к другу, что исключает возможность взаимного субсидиарного применения входящих в данные отрасли норм;

3) являются юридически первичными, т.е. содержат исходный правовой материал, который затем так или иначе используется при формировании правовых режимов других отраслей, и вследствие этого выступают в качестве заглавных подразделений целых групп отраслей права (например, гражданское право — заглавной частью группы отраслей цивилистического профиля);

4) в своей совокупности, как и положено ядру целостной системы, имеют стройную, законченную архитектуру, четкие закономерные зависимости, иерархические связи.

На последний из указанных моментов хотелось бы обратить особое внимание. Здесь, в самом ядре правовой системы, следует прежде всего особо выделить своего рода юридическую первооснову — *конституционное право*. Затем — еще две группы отраслей.

Прежде всего — *три* материальные отрасли. Именно три, не более и не менее. С одной стороны, *административное и гражданское право* — две профилирующие отрасли регулятивного плана (две, потому что они как раз выражают две определяющие сферы — публичное и частное право и сообразно этому воплощают в своих юридических режимах в наиболее чистом виде первичные по своему значению методы — централизованное и диспозитивное регулирование), а с другой стороны, профилирующую отрасль, нацеленную в основном на выполнение охранительных задач, — *уголовное право*. В последнем случае — ту единственную отрасль, выделившуюся из правоохра-

нительной сферы (другие правоохранительные институты остаются в пределах регулятивных отраслей), которая концентрирует наиболее жесткие меры государственно-правового воздействия – реакцию государства в целом на общественно опасные правонарушения (преступления).

От трех этих профилирующих материальных отраслей права (гражданского, административного, уголовного) идут генетические, функциональные и структурные связи к соответствующим *т р е м* (опять-таки трем, не более, но и не менее) *процессуальным отраслям* – гражданскому процессуальному, административно-процессуальному, уголовно-процессуальному праву.

Забегая вперед, нужно уже сейчас сказать, что перед нами строгая *логика права* – одно из ярких проявлений присущих праву специфических закономерностей, того, что при всем многообразии отраслевых юридических режимов существует ядро правовой системы, а в нем – начальные, исходные элементы юридического инструментария (регулятивные и охранительные механизмы; централизованный и диспозитивный методы; материальное и процессуальное). И все это получает первичное и исчерпывающее воплощение в отраслях указанного «ядра», в профилирующих (базовых) отраслях.

Делая ударение на профилирующих (базовых) отраслях, своеобразии характерных для них юридических режимов, нужно видеть и то, что немалой юридической спецификой отличаются подразделения следующих «этажей» системы права – *специальных* и даже *комплексных* отраслей (например, морского права, а также отраслей, опосредствующих «новые слои социальности», таких как предпринимательское право, при корректных, впрочем, трактовках последнего – III.11.3).

И в заключение краткой характеристики структуры права важно обратить внимание и на то, что многоуровневость структуры развитой юридической системы – показатель ее совершенства, регулирующих возможностей, социальной ценности. Структура права выражает здесь многообразие и многоплановость методов и приемов юридического регулирования, способность правовой системы многосторонне, различными способами воздействовать на общественную жизнь.

5. «Механизменные» характеристики. Наряду с использованием в правоведении философских категорий и положений о системах (а отсюда – системным, структурным и функциональным анализом права), в отношении юридической догмы оказались весьма плодотвор-

ными — во многом в связи с освещением функций права — «механизменные» интерпретации правовых явлений.

Вот один из примеров. При более внимательном анализе, казалось бы, простых, самых тривиальных правовых категорий, традиционно относящихся к догме права, — «юридическая норма», «правоотношение», «исполнение обязанности», «применение права», оказалось, что они не только обобщают фактические данные, но и находятся между собой в тесной зависимости.

Причем такой, которая образует последовательную цепь элементов, представляющих собой особую конструкцию большой значимости — *механизм правового регулирования*. В результате не только «появилась на свет» новая категория права весьма высокого науковедческого порядка (механизм правового регулирования), но и выяснилось, что наряду с понятием «юридическая норма» существуют другие явления высокого ранга, охватывающие весь спектр юридических реалий и образующие элементы механизма правового регулирования (причем эти реалии уже при первых попытках их научного истолкования были обозначены как «правовые средства»).

Философские данные позволили правоведам увидеть, что и иные традиционные правовые явления и формулы нередко свидетельствуют о сложных правовых построениях, связях и соотношениях. Так, оказалось, что некие, на первый взгляд, казалось бы, экстравагантные формулы чуть ли не юридико-казуистического порядка («дозволено все, кроме прямо запрещенного» и «запрещено все, кроме прямо дозволенного») на самом деле выражают сложные типы юридического регулирования, которые в свою очередь ведут к пониманию весьма сложного арсенала правовых средств и многообразных механизмов воздействия права на поведение людей, на всю жизнь общества.

И еще один существенный момент. В связи с «механизменными» характеристиками права оказалась вполне оправданной сама постановка вопроса о *юридических механизмах* решения тех или иных задач в обществе. А такая постановка вопроса по своей сути означает, что речь должна идти о действенных и оптимальных *правовых средствах* решения задачи. Проблема, следовательно, переводится на уровень субстанциональных правовых явлений, а в научном аспекте, как увидим, — новых подходов в теории права, когда на первый план выступает юридический инструментарий, комплексы правовых средств, с наиболее развитыми их разновидностями — юридическими конструкциями [II].

ГЛАВА ВТОРАЯ

НАУЧНЫЙ ПОТЕНЦИАЛ И ПРЕДЕЛЫ ДОГМЫ ПРАВА

§ 1. Продвижение вперед

1. Потенциал. Использование философских положений на материале догмы права (если это не сводится всего лишь к «философскому переодеванию» традиционных юридических категорий) показывает, что здесь может быть достигнуто приращение научных знаний и даже, образно говоря, «высечена теоретическая искра» — достигнуто существенное продвижение вперед теории права, намечена перспектива углубления научных знаний.

И это вполне закономерно.

В таком соединении философии — вершины научных знаний — и данных практической юриспруденции (к тому же с формально-логической стороны уже освоенных наукой) сказывается не только методологическая сила философии, но и то обстоятельство, что догма права раскрывает право как объективную реальность, уже «схватывает» важнейшие пласты правовой материи, притом в ее высокозначимом качестве, отражающем потребности практики, важнейшие стороны жизни людей, конфликтные ситуации, их решения «по праву».

Использование положений философии к данным, охватываемым догмой права (даже в условиях доминирования тоталитарной, коммунистической идеологии), уже дало существенное приращение научных знаний по правоведению.

Право на основе философских разработок догмы права предстало как сложная, богатая юридическая материя. Оно оказалось важнейшим социальным институтом, призванным выполнять регулятивные и охранительные функции в обществе. Стало очевидным в этой связи, что право как эффективный (и даже по ряду отношений — оптимальный, уникальный, незаменимый) нормативный регулятор в жизни общества, способный воспроизводить данную социальную систему, вносить в нее нормативные начала и обладающий рядом высокозначимых регулятивных свойств, достоин достаточно высокой социальной оценки.

Данные аналитической юриспруденции позволили еще дореволюционным правоведам рассматривать право в качестве *социальной ценности*¹. Такой взгляд уже в советское время получил развитие на основе ряда новейших философских разработок (в том числе философских

¹ См.: Покровский И.А. Указ. соч.

положений по аксиологии). Наряду с аксиологическими характеристиками философские разработки на материалах догмы права, принятые в советское время в 1960–1980-х гг., вышли на такие (не совсем еще ясные с точки зрения перспективы по состоянию науки того времени) проблемы, как стадии и процесс правового регулирования, механизм, типы и формы правового воздействия и т.д.¹

2. Противоречивое отношение и негативные оценки. Философские разработки догмы права получили известное признание в науке, повлияли на господствующие и в советском обществе и в других странах представления о месте и роли права в жизни общества.

Вместе с тем по ряду существенных моментов они (и в нашем обществе, и в других странах) остались незамеченными. Во многом это объясняется утвердившимся мнением о юридическом позитивизме как науке «низшего сорта». Оно подкрепляется и общим сдержанным, а порой и прямо отрицательным отношением к праву, выполняющему на регулятивном уровне (т.е. в плоскости догмы права) будто бы сугубо «механические», рутинные и прозаические функции, тем более с коммунистических и социалистических позиций – функции политические, «в интересах господствующих классов».

К сожалению, такое сдержанное, а в чем-то и отрицательное отношение к праву сохранилось и до настоящего времени. Оно звучит, например, в суждениях философа, когда он жестко высказывается против употребления самого термина «право» «в духе юридического позитивизма, то есть как нейтрально-маркировочного «средне исторического» выражения...»².

В этих и им аналогичных, не лишенных каких-то оснований соображениях есть, наряду с принципиальными научными возражениями, и такая, порой трудно различимая грань, переступив которую можно

¹ По философским разработкам, опирающимся на материалы догмы права, имеются многочисленные труды, опубликованные, среди иных изданий, советскими правоведами.

Среди работ, принадлежащих автору этих строк, можно указать, в частности: «Проблемы теории права» (1972–1973), «Социальная ценность советского права», «Структура советского права» (1975), «Общие дозволения и общие запреты в советском праве» (1989).

² Будь лицом: ценности гражданского общества. Т. 1. Томск, 1993. С. 188. «Надо перестать, – говорит философ, – приписывать сакральный смысл понятиям исторически обусловленного и исторически необходимого и сознаться в том, что никакая степень социальной детерминированности не делает господствующее воззрение правомерным» (там же). Между тем юридический позитивизм имеет дело не с «сакральным смыслом» «исторически обусловленного и исторически необходимого», а с *объективно существующим явлением, которое исторически – и не случайно – обозначено словом «право».*

духовно и этически возвеличить «понятие права» и одновременно *потерять право вообще*. Право в нашей прозаической, рутинной, повседневной, тяжелой и прекрасной жизни, право, которое при упомянутых оценках юридического позитивизма, оказывается вовсе не «правом», а чем-то *другим*, например «просто законом».

Между тем ни один самый, казалось бы, абстрактный, возвышенный по самым высоким меркам правопонимания вопрос не может быть решен — как еще в дооктябрьское время показали российские правоведы, — если не исходить из фактических данных, связанных с функционированием права как уникального нормативного регулятора, т.е. из данных законодательства и практики его применения (того, что научно осваивается юридическим позитивизмом, аналитической юриспруденцией¹). Данных, без которых не только нельзя обойтись по прагматическим соображениям в практической юриспруденции, при решении вопросов законодательства и практики его применения, но в самом понимании права в жизни общества. И плюс к тому еще, как выясняется только в современных условиях, данных, которые, оказывается, являются материалом, который как раз нужен для самых авангардных правовых разработок — и по самой своей сути, и по потребностям времени, нынешнего и на перспективу [II.7.3].

3. Перспективы. Есть основания полагать, что фактический материал, охватываемый понятием «догма права», содержит еще немалые резервы, позволяющие и дальше развивать теорию права на основании современных философских представлений. В особенности в отношении ряда направлений философских наук, относящихся к герменевтике, теории информации, синергетики, управленческих процессов.

И это относится не только к праву в целом, его отраслей, проблем публичного и частного права, но и отдельным фрагментам догмы права. Такого рода фрагменты (например, категории субъективного права, юридического статуса, юридических фактов, злоупотребления правом и ряд других) позволяют на основе современных данных философии углубить их характеристики, придать им философскую (пусть даже на первых порах только «философическую») значимость; с тем, однако, чтобы подобные философские разработки догмы права не сводились к всего лишь «философскому переодеванию» известных, уже добытых наукой данных.

¹ Как подчеркивал Б.А. Кистяковский, «только догматическая юриспруденция создает полноту разработки понятий, точность и устойчивость их» (*Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общая теория права*. М., 1916. С. 40).

Самое же главное (как это было сказано выше) — материалы догматической юриспруденции, развернутые в новую плоскость в связи с новыми теоретическими подходами (особенно, материал из области правовых отношений, их разновидностей), напрямую включаются в качестве необходимой фактической основы в передовые научные разработки, имеющие вместе с тем первостепенную практическую значимость.

§ 2. Пределы. Разрыв в науке

1. Узкое видение. При всех достоинствах рассмотрения правовой теории на основе фактических материалов догмы права нельзя упустить из виду и своеобразие этих фактических материалов с точки зрения их известной *узости*.

Ведь в центре правовых представлений, относящихся к догме права, — юридические нормы, выраженные в законе (иных источниках), и потому весь спектр многообразных фактических данных в юридической области рассматривается под «нормативным» углом зрения. На такое специфическое видение права накладывается и то, что «догматические» представления о праве складываются главным образом в связи с необходимостью решения юридических дел на твердом, нормативном основании, главным образом в связи с потребностями текущей юридической практики, требованиями законности.

Такой угол зрения, при всех ранее отмеченных достоинствах, все же сам по себе «задает» ограниченные рамки в понимании практического действия позитивного права и своеобразие его теоретического видения. То есть такой трактовки права, когда его оценочные характеристики ограничиваются особенностями эффективного и целесообразного нормативного регулятора.

Между тем подобное («нормативно-регулятивное») видение права далеко не все объясняет в его функционировании, строении, месте и назначении в жизни общества. И поэтому при попытках более основательного теоретического анализа права на основе современных философских представлений *приходится выходить за рамки одной лишь юридической догмы*.

Внимательный читатель, быть может, уже обратил внимание на то, что юридическим критерием разграничения права на отрасли оказался *метод* или даже *режим* правового регулирования. Но метод и тем более режим регулирования — это уже нечто такое, что выходит за рам-

ки сугубо догматических представлений о праве: здесь первое место занимают способы воздействия на поведение людей и такие «частицы» правовой материи (индивидуальные акты, договоры и др.), которые не есть всего лишь нечто «производное» от юридических норм. Тем более, такого рода вопросы и сомнения оправданы в отношении теоретической конструкции — «механизма правового регулирования», где юридические нормы, правоотношение и акты реализации выступают в качестве однопорядковых элементов и где все они не могут быть обозначены иначе, как *средства* правового регулирования.

Но дело не только в том, что при философских разработках догмы права оказывается невозможным ограничиваться материалами одной этой «догмы». Само понимание права в данном случае оказывается ограниченным. Оно под углом зрения догмы права предстает в виде некоего просто «агрегата», «механического устройства», которое с одинаковым успехом можно использовать при любом социальном строе — и в обществах с тоталитарным режимом власти, и в демократическом обществе. И значит к тому же — в виде такого явления, которое допустимо заменить чем-то «другим» и которое может уступить, отойти в сторону, коль скоро это «требуется во имя неких высших целей».

В итоге оказывается, что самый дотошный «философский анализ» материалов догмы права не раскрывает *мировоззренческих глубин* права, его характеристик как явления человеческой культуры, явления из мира гуманистических ценностей. Своего рода потолком при таком анализе становятся понятия «регулирующая система», «механизм», «агрегат», которые одинаково и с равнозначными результатами работают в любом обществе.

Более того, вообще создается впечатление (и не без известных оснований), что и сами философские разработки на материалах догмы права — не более чем академические упражнения, философические изыски, быть может, что-то добавляющие в общие представления о роли и месте права в жизни общества, но «добавляющие» чуть ли не исключительно под углом зрения функций права в «увекочивании» господствующей социальной системы, ее бесперебойного функционирования. В лучшем случае это вывод опять-таки сугубо технического, «механизменного» порядка. Пожалуй, даже с неким негативным («апологетическим») оттенком, подтекстом, позволяющим рассматривать право в качестве «эффективного инструмента», пригодного для использования при любом социальном строе и политическом режиме (что реально и происходит в любом тоталитарном обществе и о чем без стеснения прямо говорили коммунистические идеологи после Октябрьского большевистского переворота).

В связи со всеми, только что отмеченными обстоятельствами возникает необходимость не только преодолеть «узкий горизонт» права, рассматриваемого с сугубо догматических позиций и его оценок как всего лишь нормативного регулятора в сугубо «механической» трактовке¹, но и увидеть то позитивное и незаменимое для углубленного понимания права, что на материалах юридической догмы дают филозофские разработки.

И именно тогда, можно предположить, уже на данной ступени разработки проблемы и окажется, что характеристика права как социального образования со своими особыми свойствами и как системы норм даже в сугубо догматическом, формально-юридическом понимании (а значит, и оценка необходимого здесь юридического позитивизма) — не завершающий, не конечный пункт его постижения, а незаменимая практическая потребность, причем с точки зрения фундаментальных знаний всего лишь начальная, стартовая его ступень. Хотя, нужно постоянно помнить, ступень, и сама по себе, и с точки зрения научной данности и тем более научной перспективы, существенно важная, незаменимая. И притом с такими данными, материалами, которые в полной мере раскрывают свое многогранное значение, когда — как это ни парадоксально — узкий горизонт догматики пройден и раскрывается широкий простор действия правовой матери в ее инструментальном понимании [II.16].

2. Ориентации в развитии философии права. Ограниченность юридической догматики (более всего — прочно утвердившиеся негативные оценки юридического позитивизма, пусть даже и «философски возвышенного») стала почвой для весьма специфических ориентаций в развитии философии права.

¹ Между тем «зацикленность» привычных в юридической науке представлений на праве как регуляторе, да притом в его «механической интерпретации», уводит мысль от выводов гуманитарного (и даже эстетического) порядка, которые, казалось бы, сами собой вытекают из положений о праве как регуляторе, в частности средстве воспроизводства социального строя. М. Мамардашвили говорит: «То, что само себя воспроизводит так, что я внутри этого феномена согласован со всеми остальными, то есть я не могу подумать иначе, как думаю, я сразу узнаю себя в качестве такового, и, во-вторых, в этом узнавании у меня есть сознание согласованности со всеми другими живыми существами — это и есть одновременно высшее благо или, если угодно, конечная цель мироздания. Это же является и красотой, если в слово «красота» вкладывать античный смысл. Красота — наглядно зримая явленность истины; истина, которая наглядно явлена материальным расположением, есть прекрасное. Все три термина — истина, добро, красота — являются свойствами того, что вслед за Кантом я называю самоподдержанием разума... Одновременно к этому применим термин «гармония» — эти образования излучают гармонию, звучат гармониями» (*Мамардашвили М.* Указ. соч. С. 294–295).

Их суть в том, что философия права, с позиций такого рода ориентаций, должна опираться не на данные аналитической юриспруденции (их удел в лучшем случае — иллюстрации к философско-правовым положениям) и даже не на философские разработки догмы права (это лишь под углом зрения подобных ориентаций некое добавление к юридической догматике), а непосредственно на категории высшего философского и социологического порядка, мировоззренческого смыслового значения. С этой точки зрения представляется вполне логичным, что философское осмысление права призвано непосредственно реализовать высокие свершения философской мысли, неизменно связывающие право с такими категориями, как «свобода», «справедливость», «моральные критерии добра и зла»¹.

С позиции таких действительно высших категорий аналитическая юриспруденция и впрямь представляется как дисциплина не очень-то высокого науковедческого уровня, даже нечто органически чуждое философии права. И если в чем-то совместимое, совпадающее, то, конечно же, не в плоскости «догматики» и «формалистики», не под углом зрения всякого рода «юридической закрученности», канцеляристских схем и формул, а всего лишь использования требований формальной логики. Не более того.

Вот и получилась в современном правоведении такая ситуация, когда *нет цельной науки права как подразделения научных знаний*. А существует два полюса различного науковедческого статуса.

С одной стороны — юридический позитивизм — дисциплина невысокого, по мнению ряда авторов, науковедческого уровня (пусть и нужна в прагматическом плане и с какими-то попытками «философских разработок», господством формальной логики).

¹ Конечно, чем выше уровень обобщений, тем значительней потребности и возможности не только для расширения фактической основы правоведения, ее «выхода» на весь комплекс юридических реалий, но для использования неюридических данных высокого науковедческого профиля — философии, истории, специальных философских, этических и иных гуманитарных учений, других общенаучных данных, словом, данных из иной, нежели правоведение, плоскости познавательной культуры и духовной жизни.

Вот порой и возникает иллюзия, что возможно конструирование юридических понятий чуть ли не исключительно на основе такого рода общенаучного материала высокого науковедческого ранга (минуя всякого рода юридическую конкретику, юридическую догму, постижение которых требует к тому же упорной, систематической работы, интеллектуальных данных). Но утрата связи с «живой жизнью» правовой действительности, которая, как это ни парадоксально, во многом выражена как раз в теории позитивного права, в данных аналитической юриспруденции, оборачивается тем, что сконструированные таким образом «юридические понятия» приобретают сугубо умозрительную значимость.

С другой же стороны – философия права, реализующая применительно к правовому материалу философские и социологические ценности высшего порядка – «свободу», «справедливость», «моральные критерии добра и зла».

§ 3. Вехи

1. Новые данные. Как бы ни было заманчивым, преодолев «узкий горизонт юридической догматики», сразу же обратиться к высшим духовным и гуманитарным ценностям, пусть все же не пройдет мимо нас то обстоятельство, что аналитическая юриспруденция и сама по себе подводит к новым рубежам понимания права. В особенности при использовании современных философских данных.

Ранее на эту тему говорилось лишь то, что использование на правовом материале современных философских данных заставляет выходить за пределы одной лишь догмы права.

А теперь подошло время несколько сменить акценты и сказать, что подобный «выход» *существенно расширяет представления о правовой материи вообще*. И мы уже видели, что само понятие «механизм правового регулирования» не только обогащает категориальный аппарат юридической науки, но и ставит на одну плоскость такие с точки зрения юридической догмы, казалось бы, разноуровневые понятия, как «юридические нормы», «правоотношения», «акты реализации», и в итоге делает необходимым использование при обозначении всех этих элементов правового регулирования нового обобщающего понятия высокого уровня – категории «правовые средства».

Нечто похожее происходит и при классификации отраслей права. В соответствии с современными философскими данными о системах сам ход научного анализа подвел при такой классификации к понятию «правовой режим». Притом и здесь под юридическим режимом оказалось необходимым понимать особую целостную систему правовых средств регулятивного воздействия, которая характеризуется специфическими приемами регулирования – особым порядком возникновения и формирования содержания прав и обязанностей, их осуществления, спецификой санкций, способов их реализации.

Вот и получается, что полное и всестороннее знание о праве требует того, чтобы с учетом материалов о догме права, с опорой на него в поле зрения были включены и другие пласты юридической материи, не сводимые к одним характеристикам «права, выраженного

в законе», причем такие, которые неизбежно получают наименование «правовые средства».

2. Глубинные элементы. А сейчас вопрос: не означает ли сам факт включения в орбиту науки новых материалов, «всплывающих» при применении к догме права современных философских данных, того, что эти новые материалы подводят теорию к какому-то новому уровню, когда перед нами оказывается не только общая (аналитическая) теория, а нечто другое — более высокая ступень теоретического осмысления самого феномена права?

Обоснованность такой постановки вопроса подтверждается тем, что в самой догме права (даже без использования каких-либо философских положений) как бы *пр о с в е ч и в а ю т не просто новые, а некие г л у б и н н ы е элементы или начала права.*

Юристы с давних пор стали подмечать, что при попытках обобщения и классификации данных, относящихся к догме права, то тут, то там возникает некая неизменная «троица» — три скрытых за формальными категориями элемента, которые неизменно проявляются в различных секторах конкретного правового материала.

Так, при характеристике разновидностей законов стало обнаруживаться, что существуют законы обязывающие (например, законы, устанавливающие обязанность уплачивать налоги), законы запрещающие (например, законы, запрещающие свободную продажу наркотических средств), законы дозволистельного характера (например, законодательство о свободе печати).

В сущности такой же результат получился при подробной классификации юридических норм. После того, как в науке были обособлены правоохранительные и регулятивные юридические нормы, возник вопрос: каково деление самих регулятивных норм? Просто по отраслям права — конституционные нормы, нормы уголовного права, семейного права и т.д.? Подробный анализ показал, что наиболее существенная с юридической стороны классификация — это деление регулятивных норм на три разновидности: обязывающие, запрещающие, управомочивающие.

Вновь упомянутая троица обнаружила себя при разграничении отраслей права. Ряд исследователей обратили внимание на то, что не только законы, но и в целом отрасли права группируются по указанным трем рубрикам. И оказалось, что юридическая специфика отраслей, характерных для них режимов и методов регулирования решающим образом обусловлены тем, имеют ли они «обязывающую», «запретительную» или «дозволистельную направленность».

Еще один факт. Реализация права, претворение его в жизнь, как это зафиксировала юридическая практика, разветвляется на три «формы» — исполнение, соблюдение, использование. Но это ведь не что иное, как те же самые обязывания, запреты, дозволения! «Исполнение» — реализация юридических обязанностей, «соблюдение» — реализация запретов, «использование» — дозволений.

Чем все это объяснить? Откуда взялась эта вездесущая «троица»? И что это вообще такое — обязывания, запреты, дозволения (как юридические категории)? Ведь они не могут быть подведены ни под одну из категорий, которыми оперирует фиксатор юридических реалий — юридический позитивизм, строящийся в основном на материале юридических норм и с ними сопряженных явлений. Они не нормы, не правоотношения, не юридические факты, не категории юридической техники, а нечто такое, что, как стержень, пронизывает всю правовую материю...

Не свидетельство ли все это того, что перед нами особый, скрытый *под* догмой права, более глубокий пласт — или даже несколько слоев — правовой материи?

Словом, за такой скучной, формализованной, близкой к канцеляршине догмой права, всем тем, что является предметом науки, которую порой с некоторым пренебрежением считают дисциплиной низшего сорта, то там, то здесь приоткрывается картина сложных и тонких процессов, в том числе таких, которые связаны с неведомыми нам, глубинными «частицами», исходными механизмами в материи права.

И еще (пока даже несколько загадочное). Если отвлечься от высоких юридических материй и обратиться к самым простым жизненным случаям, которые в силу тех или иных обстоятельств становятся «юридическими делами» (например, взыскание долга по займу, спор о принадлежности дома тому или иному лицу, об ответственности за сгоревшую дачу — предмете залога и т.д.), то обращает на себя внимание нечто, казалось бы, странное. Ведь та троица (дозволения, запреты, обязывания), о которой только что-то говорилось как о нечто глубоком, только изредка «обнаруживающем себя» в классификациях юридических норм, ином нормативном материале, на самом деле выступает как *первичное* — троица первичных элементов при юридическом решении тех или иных жизненных ситуаций. Везде — идет ли речь о взыскании суммы долга по займу или, допустим, о возмещении расходов при споре о доме, об ответственности за сгоревшую дачу — предмете залога — при разрешении ситуаций, требующих правового решения, их юридическая суть сводится к «обязыванию», «запрету»,

«дозволенности». Причем все эти обязывания, запреты, дозволения, выступающие в самых разных комбинациях и вариантах, — не что иное, как *правовые средства* решения юридических дел.

Выходит, все то, что чуть выше обозначалось в виде юридически глубокого, некой неопознанной еще таинственной «троицы», скрытой под покровом юридических норм, на самом деле самые что ни на есть элементарные, первичные, начальные элементы правовой материи.

Итак, зафиксируем тот факт, что именно в догме права — пусть в виде «подтекста», скрытых элементов — содержатся свидетельства высоких характеристик права — того, что относится уже не к «азбуке», не просто к формальной логике, не к правовой арифметике, а, пожалуй, к алгебре, к своего рода высшей математике права. Не означает ли это того, что указанные исходные, первичные «частицы», при всей порой только кажущейся простоте, элементарности уже образуют новую, принципиально важную ступень глубокого теоретического освоения этого сложного истинно «человеческого» феномена — права?

§ 4. Концепция

Суть идеи. Пришло время в полной мере объясниться с читателем — сказать о самой сути, замысле этой книги, о ее, да будет мне позволено сказать, *концепции* (не скрою, выстраданной автором в течение долгих десятилетий).

Да, эта книга — попытка подвести правоведение к уровню современной науки, науки XXI в. и последующего времени. Но для этого, по предположению автора этих строк, необходимо не только взять на вооружение достижения человеческого духа — высшие ценности постижения мира, духовной культуры, морали, высокие гуманитарные идеи.

Прежде всего необходимо просто-напросто *встать на путь действительной науки*, такой же, как и путь всех других наук, изначально настроенных на решение технико-прикладных задач: естественных, технических, достигших ныне фантастического уровня развития (на путь, как говорил Кант в отношении философии, «геометров и естествоиспытателей»). И на таком пути, опираясь на многовековые достижения правоведения и расширяя вместе с тем в соответствии с логикой науки предмет и методы научного освоения действительности, *попытайтесь развить теорию, не покидая почву права, т.е. ч е р е з н о - с т и ж е н и е с а м о й м а т е р и и п р а в а.*

Таким образом, суть идеи, которая лежит в основе поиска новых подходов к праву, не в том, как может показаться на первый взгляд, чтобы распространить на предмет юридических знаний, часто рассматриваемый только в качестве удела всего лишь «юридического позитивизма», высшие ценности духовной, гуманистической, моральной культуры (они, конечно же необходимы и, могут заверить, при последовательно научном подходе никуда не уйдут).

Суть идеи настоящей работы в том, чтобы с учетом новых материалов (основанных на современных философских данных) *попытаться выйти через анализ самой правовой материи на новый уровень науки*. И не окажется ли тогда (это входит в число наиболее сокровенных и значимых предположений автора), что «секреты» права на таком уровне — это и есть высшие человеческие ценности, которые как раз и отвечают глубоким потребностям в праве сообщества людей в нынешнюю эпоху существования и развития человеческого рода?

Часть вторая. Теория права. Новые подходы

ГЛАВА ТРЕТЬЯ

ОБЩАЯ (ИНСТРУМЕНТАЛЬНАЯ) ТЕОРИЯ ПРАВА

§ 1. Новые подходы к праву — постановка проблемы

1. О тенденциях и «поворотах» в развитии науки Нового времени. Потребности в области науки эпохи, наступившей после Просвещения, буржуазных демократических революций, — это в основном потребности «деловой практики». В области науки, имеющей технико-прикладной характер, эти потребности концентрируются на том, чтобы выйти за рамки, продиктованные предшествующими условиями античности и Средневековья, их схоластическими и религиозными догматами, увидеть реальные явления в их собственной плоти, во всей полноте и «натуральности». А это, как показало последующее развитие естественных и технических наук, и выводит науку (через своего рода «повороты», «сбои», «зигзаги») на более высокий уровень знаний, отвечающий запросам Нового времени.

Исходный пункт в таком развитии науки — это в соответствии с запросами эпохи углубление в саму материю предмета данной сферы знаний.

Казалось бы, и без такой потребности Нового времени правоведение как прикладная наука и так (вровень с другими науками естественно-технического профиля, к тому же во взаимодействии с ними¹) подходит к праву как к объективно существующей материи, требующей аналитической проработки. Результатом такого подхода и стало констатирование феномена из области юридических реалий, названного «догмой права».

В догме же права — и это несомненное достижение аналитической юриспруденции — центральное место заняла категория *юридическая*

¹ Есть исторические данные, свидетельствующие о том, что не только правоведение воспринимало известные методы и приемы из естественно-технических областей знаний (например, по приемам толкования), но и существует встречный процесс — восприятие последними достижений аналитической юриспруденции, методов и приемов анализа объективных фактических данных.

норма. Все иные правовые явления, охватываемые понятием «догма права», — законы, другие источники права, юридическое толкование, акты применения, юридическая техника, оказались здесь частицами правовой материи, находящимися под эгидой норм права, в известном отношении от них производными.

Такой подход к материи права обладает значительной научной и практической ценностью. Ведь именно юридические нормы, в особенности нормы, содержащиеся в законе (кодексах), предстают в виде логически организованной системы, выражают регулятивную ценность права, понятны и значимы как для теоретиков, так и для юристов-практиков, всех людей, соприкасающихся с правовыми вопросами. При таком (нормативном, формально-юридическом) взгляде на право можно с формально-логической стороны разобраться с основными тонкостями практически важных элементов юридической материи, со многими теоретически и практически значимыми проблемами — особенностями и разновидностями юридических норм, их построением, формами их закрепления, применения, толкования.

И все же в условиях буржуазных революций и в последующее время оказалось, что догмы права (как реальной правовой материи, сопряженной с оперативными запросами юридической практики) для реализации запросов Новой эпохи недостаточно. В жизни людей, притом в связи с юридическими вопросами, все большее значение стали приобретать духовные, гуманистические ценности и идеалы. Вот и пришлось, возрождая и активизируя философские тенденции античности и Средневековья, развивать в правоведении *идеи естественного права*. А затем, уже в XX в., усилиями философов и правоведов придавать такую ориентацию философско-правовой мысли, когда она целеустремлена на реализацию высоких свершений философии, неизменно связывающих право с такими категориями, как «свобода», «справедливость», «моральные критерии добра и зла».

Но какое же место при таком развитии событий в науке оказалось в системе научных знаний у собственно правовой материи, выраженной в догме права? Увы, как уже отмечалось ранее, реальный материал юриспруденции «застрял» на стадии сугубо формально-юридической его проработки, необходимой для юридической практики, и обрел славу всего лишь предмета юридического позитивизма — некоего, лишь по прагматическим соображениям, терпимого осколка прошлого, дисциплины, полной «формализма» и «догматики» — довольно низкого науковедческого уровня (что и повлекло за собой, как отмечалось ранее, *разрыв* в науке права — I.2.2, когда на одном полюсе оказались

сугубо прагматические реалии практической юриспруденции, на другом — высшие духовные ценности и идеалы).

И с этих позиций даже общетеоретические философские разработки догмы права (как и многие специальные исследования догматической юриспруденции XIX—XX вв.), которые непосредственно не связаны с текущими потребностями практики, судя по всему, оказались немалому числу правоведов, и тем более специалистам иных отраслей знаний, как своего рода теоретические излишества, заумные изыски на поприще «науки ради науки», никчемные философические рассуждения. Тем более такие оценки представились уместными, поскольку подобные исследования проводились советскими правоведами в условиях тоталитарного режима, пусть и с использованием современных философских данных, новейших методологических подходов.

Между тем результаты общетеоретических философских разработок догмы права (в особенности по вопросам своеобразия права как нормативной системы, структуры права, механизма правового регулирования), как это ни парадоксально, стали выходить на широкий круг правовых явлений, не сводящихся к одной только догме права. И в этой связи начала давать о себе знать перспектива существенного углубления теории права, наткнувшись, к несчастью, на негативные идеологические и политические реалии того времени.

И вот тут следует принять во внимание то, казалось бы, парадоксальное сцепление обстоятельств и импульсов, ведущее к углублению научных знаний, которое как раз и случается в истории науки вообще. Многие отрасли технических и естественных наук перед своим возвышением испытали на себе влияние подобных обстоятельств — начиная от, казалось бы, сугубо абстрактных, «заумных» интеллектуальных увлечений на поприще «науки ради науки», лженаучных сбоев (алхимия, астрология) до жестко эгоистических «заказов» промышленного капитализма и антигуманных истребительных потребностей войны (когда происходили потрясающие взлеты ума и гения).

Что ни говори, здесь определяющее значение приобретает, увы, сугубо циничный критерий (за который впоследствии все равно приходится расплачиваться) — сам по себе результат научных разработок. И не только из числа «заказов военно-промышленного комплекса», но и тех разработок, производящих впечатление неких сугубо схоластических философических упражнений, благодаря которым в области правоведения *появляются новые данные в отношении «самой» юридической материи.*

Значит, в указанном выше сцеплении событий нет ничего странного (а, быть может, заложен некий жесткий или даже жестокий за-

кон науки). И значит, с этой точки зрения примером, а быть может, и судьбой юридических знаний является развитие других, также изначально прикладных, технико-практических наук (включая медицину, астрономию, технику градостроительства, водоснабжения, ирригации и др.), развитие, которое, пройдя порой через тупиковые, лженаучные, спекулятивные изгибы и повороты, подчас через немислимую фантастику военной техники, а главное (даже в этих изломах), через взлеты ума и гения, вышло в итоге на высшие достижения естественных и технических знаний — теоретическую механику, кибернетику, генетику, молекулярную химию. И притом в силу неведомых законов человеческого бытия оказалось, что именно такого рода высшие достижения ума и научные прорывы как раз и нужны в практическом отношении, так как отвечают потребностям новой эпохи развития человечества.

2. От юридической догмы, от ее формально-логических проработок — к более высокому уровню правовых знаний. Принципиально важный пункт для понимания перспективы развития теории права заключается в том, что при тщательной аналитической проработке догмы права (а еще более — при философских ее разработках, когда используются современные философские данные) сам ход научных исследований приводит — как и в иных областях технико-прикладных знаний — к тому, что открываются новые научные горизонты — новые подходы. В области юридических знаний — новые подходы к праву.

Конечно, и здесь основой углубления научных знаний является активное использование философских данных. Если эти данные срабатывают и дают значительное приращение знаний на материалах догмы права, то уж в отношении правового материала, не скованного рамками практической юриспруденции (и обязательной привязкой к нормам), и прежде всего в отношении права в целом, как говорится, «сам Бог велел», можно уверенно ожидать крупного прорыва в теории.

Тем более что вся общественная наука, с учетом передовых философских данных, в настоящее время существенно продвинулась в понимании самих основ общественной жизни — «общества» и «цивилизации». И, что не менее существенно, в таком продвижении вперед социальных наук в центре внимания в конечном счете уже оказывается правовая проблематика — место и роль права в жизни и в развитии общества.

И все же «ключик», открывающий путь к новым подходам в теории права, — факты (как это случается в науке), на первый взгляд, не очень существенные, казалось бы, даже малозаметные. При разработке некоторых высокозначных правовых категорий на материале догмы права, продиктованных философскими данными, таких как «правовой ре-

жим», «механизм правового регулирования», «правовая система», обнаруживается, что некоторые уже известные по юридической догме правовые явления – субъективные права, юридические санкции, индивидуальные акты и многие другие, в том числе относящиеся «всего лишь» к юридической технике, оказываются фрагментами действительности, которые не поглощаются представлениями о юридических нормах, а занимают в правовой материи свое, самостоятельное место и выполняют в ней свои, самостоятельные функции. Место и функции, не уступающие положению и роли центрального звена юридической догмы – юридическим нормам, а подчас, теперь уже на уровне всей материи права, резко выступающие вперед (как это случилось с «троицей» – дозволениями, запретами, позитивными предписаниями, еще более – с юридическими конструкциями, с разработками в области правоотношений, их разновидностей).

Именно этот «ключик» обуславливает самые существенные с точки зрения научной перспективы следствия науковедческого порядка. Обуславливает не только существенное расширение фактического материала общетеоретических знаний, но и, главное, констатацию существования правовой материи как таковой (материи, не сводимой к юридическим нормам).

А это выводит правовую теорию на такой уровень, когда правовые явления как таковые (в единстве всего комплекса правовых явлений) могут получить сообразно требованиям времени теоретическое осмысление во всей своей полноте и когда правовая материя в целом может раскрыть свои качества, связи и соотношения высокой научной значимости.

Такого рода новый подход к праву, который уже использовался в ряде областей юридических знаний, в том числе в правовой социологии, в сравнительном правоведении, и обосновывается в настоящей работе.

Таким образом, очередная (после догматической юриспруденции) ступень в понимании права заключается в том, что предметом анализа становится в с я правовая материя – правовая материя в целом (да притом без ее императивной привязки к юридическим нормам и с учетом их разнообразия и особенностей в различных национальных системах и семьях права).

И тогда оказывается, что правовой материи присущи такие особенности, которые неизбежно выводят на новый уровень теории, где, как можно предположить, и могут быть раскрыты высокие цивилизационные ценности.

Главное здесь заключается в том, что именно правовая материя, не сводимая к одним юридическим нормам, а представленная во всем своем объеме, во всей своей многогранности, позволяет, наряду с нормами, увидеть и другие, принципиально существенные ее стороны. Важнейшая из них — это особо выделенное И.А. Покровским качество *о п р е д е л е н н о с т и*, которое способно раскрыться в этом качестве во всей социальной жизни. А это в свою очередь не только позволяет осуществлять углубленную теоретическую разработку правовых проблем, обнаружить особую «изюминку» в предмете правовой теории рассматриваемого уровня — логику права [II.9.1], но и затем, в пункте средоточия данных теории и запросов практики найти два центральных звена в юридической материи: во-первых, юридические конструкции, а во-вторых (что, по-видимому, является еще более существенным), выступить в качестве главной силы, способной противостоять главной беде в жизни человеческого сообщества — насилию, произволу, своеволию.

А отсюда — понимание того, что с точки зрения подобного подхода сама по себе правовая материя, в особенности рассматриваемая под углом зрения юридической логики, демонстрирует даже на технико-юридическом, инструментальном уровне с о ю т а й н у — сама по себе ведет к постижению характеристик права наиболее высокого для жизни людей порядка, когда право, как мы увидим, раскрывает себя в высокочеловеческом, гуманистическом отношении (что как раз во многом и может, по авторскому предположению, явиться ожидаемым результатом данной работы и, стало быть, предметом рассмотрения в последующих главах книги).

3. Предпосылки. Другие факторы. А сейчас замечание общего социологического, пожалуй, даже идеологического порядка. Здесь следует исходить из того, что проведенные в юридической науке советского времени отдельные углубленные проработки материи права, продолжая на основе новейших философских данных исконные аналитические исследования, могут быть охарактеризованы не более чем предпосылки к выводам концептуального порядка, к значительному, качественно новому повороту в теории права. Не более чем предпосылкой оказываются и методологические резервы философии в отношении всей правовой материи, права в целом.

Для того чтобы указанные проработки могли приобрести концептуальный («поворотный») характер в теории права, требуется не только освобождение от доктринерских идеологических постулатов ортодоксального марксизма-ленинизма (тем более в его сталинской интерпретации), имеющих по своей сути антиправовую направленность, но

и обретение юридическими знаниями современной гуманистической одухотворенности, раскрывающей в условиях перехода сообщества людей к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям существо и смысл социальной и духовной жизни, культуры и будущего человечества. Ну и просто свободы мысли, творческого поиска.

В России, на территории распадающегося СССР такого рода изменения начали происходить в конце 1980-х и в 1990-х гг. в условиях сложных, противоречивых процессов крушения коммунистического строя и обретения институтов и ценностей современного гражданского общества, современной материальной и духовной культуры.

И, надо полагать, именно сейчас, на первой фазе нового тысячелетия христианской эры, уже с достаточной четкостью обозначились и все более утверждаются такие мировоззренческие, духовные предпосылки (в идеологии современного гуманизма, персоналистической философии, плюралистической демократии, культуры прав человека, углубляющихся философских исследований по вопросам методологии), которые позволяют не только свести воедино и продолжить углубленные проработки права, но и определить на основе многовековых достижений правовой культуры новые подходы в правовой теории.

4. Ключевое звено новых подходов к праву — инструментальная теория.

Коль скоро отправным пунктом таких подходов к праву, которые могут быть названы «новыми», является научная разработка всего юридического инструментария, не сводимого к одним лишь нормам права, то термин «новый» (страдающий значительной неопределенностью, да и ненужной претенциозностью) может быть конкретизирован, уточнен. Обосновываемые в этой работе новые подходы к праву по только что указанным основаниям могут быть, пусть и со значительными оговорками, названы инструментальными.

Конечно, для каждого, кто знаком с правом, очевидно, что решающий компонент его плоти — это нормы. Но нормы при всей их самоценности — это в области права не более чем «средства», «инструменты». К тому же стоит только попытаться, не ограничиваясь одними нормами, «копнуть поглубже», так сразу же становится неизбежной постановка вопроса о всем комплексе правовых явлений как о средствах (т.е. инструментах) юридической регуляции.

И вот тогда, стремясь вырваться из «плена норм», породившего, как уже отмечалось, разнообразные нормативистские концепции (вполне оправданные по ряду пунктов, но все же теоретически тупиковые), многие правоведы, в особенности на почве общего, прецедентного права, стали обращаться к явлениям неюридического (метаюридиче-

ского) порядка – непосредственно экономическим, семейным, бытовым, индивидуальной жизни людей. Отсюда ряд социологических теорий – «правового реализма», «свободного права», в том числе и такой, которая прямо названа инструментальной.

В чем же тогда дело? Каково тогда, спрашивается, различие инструментальной теории, обосновываемой в данной работе, от одноименной концепции социологического профиля?

А в том, надо пояснить, что научная мысль и научные обобщения, характерные для инструментальной концепции социологического профиля, рассматривают в одной плоскости как юридические, так и многообразные неюридические явления, рассматривают в одном ряду, без ориентации на специфику права, и вследствие этого покидают уникальную почву права, его своеобразный материал и особую логику – все то, что относится к правовой материи как своеобразному явлению социальной действительности. И факты научной жизни, особенно факты последнего времени, свидетельствуют о том, что подобные направления в науке, имеющие в заголовке слово «право», на деле нередко становятся дисциплинами экономического или социально-психологического порядка, или сборными, подчас эклектическими дисциплинами, охватывающими данные из разноотраслевых научных знаний.

Отличие от такого рода научной ориентации (не в меньшей мере, чем упрощенные трактовки юридического позитивизма, принижающей статус юридических знаний) в данной книге проводится принципиально иная идея инструментального подхода в праве. Ее суть в том, что:

во-первых, весь спектр фактических данных юридических знаний остается в сфере права: дело лишь в том, что эти данные не ограничиваются одними юридическими нормами, а охватывают все многообразие правовых (именно правовых!) явлений, выступающих в качестве инструментов правовой регуляции (притом независимо от того, являются ли они в каком-то отношении «производными» от норм);

во-вторых, эта «инструментальная» фактура права ближайшим образом опирается на главное качество права (раскрытое И.А. Покровским) – качество определенности, способность придавать таковую всей социальной жизни (главным образом в виде юридических конструкций) и, что не менее существенно, дать обществу альтернативу тому состоянию «грядущей и, увы, наступающей анархии», которое выражено в насилии и произволе;

в-третьих, инструментальная трактовка права является исходной основой для характеристики уникальных особенностей правовой материи, ряда ее принципиально новых характеристик и прежде всего

своеобразной логики права, которая придает основательный социальный смысл отмеченным выше качествам права, опирающимся на его качество определенности.

§ 2. Ступени общей теории права

1. Две ступени (два аспекта) общей теории права. Характеристика правовых явлений с позиций инструментального подхода требует переосмысления содержания и профиля общетеоретических правовых разработок, самой их структуры.

Суть дела в том, что сложившаяся в правоведении традиционная общая (аналитическая) теория права, сосредоточивающая «выведенные за скобки» повторяющиеся данные отраслевых наук (о субъективном праве, объектах права, юридических фактах и т.д.), — это часть аналитической юриспруденции, призванная через единые для всех отраслей понятия обрисовать «анатомию» правовой действительности. Теория права и здесь является дисциплиной в основном атомистического профиля, нацеленная на своего рода анатомическое препарирование правовой материи, анализ ее элементов, «атомов» при помощи общих для всех отраслевых теорий понятий. При этом последующие обобщающие разработки, имеющие в немалой мере существенный интегрированный характер, неизменно опираются в качестве исходных на данные атомистического порядка.

Общая (аналитическая) теория права концентрирует данные, представляющие по своей фактической основе «выведенные за скобки» общие для всех отраслей материалы догмы права — строение позитивного права (нормы права, правоотношения, элементы правоотношений), его внешние формы (законы, юридическая техника), юридические феномены, связанные с его действием, реализацией (акты применения, способы толкования).

Использование новейших философских представлений позволяет, как уже отмечалось, и на данном, аналитическом, точнее атомистическом, уровне углубить наши представления о правовой материи, например о структуре субъективного права, об особенностях отдельных видов правоотношений, о законе, о юридической технике, толковании права, правовой герменевтике и т.д. Применительно к праву в целом здесь открывается возможность углубить теоретические данные о праве как нормативной системе, структуре права как нормативном образовании. В юридической науке проводятся по рассматриваемому

кругу проблем плодотворные научные исследования, которые имеют высокочисленную перспективу как в теоретическом, так и в прикладном отношении (и в настоящее время весьма полезны и в будущем, вне сомнения, принесут весомые научные результаты).

И все же главное, что характеризует влияние передовых философских данных и современных мировоззренческих взглядов на содержание общетеоретических правовых разработок, заключается в том, что тут наряду с углублением данных аналитического порядка уже в иной плоскости начинает серьезно меняться сам профиль общетеоретических исследований.

Этот «новый профиль» уже намечается, когда на основе новых философских данных в порядке постановки вопроса выдвигаются такие теоретические конструкции, как «правовая система», «структура права», «механизм правового регулирования». Но реально известная «смена профилей» происходит тогда, когда при указанных теоретических разработках констатируется существование широкого круга правовых явлений, не сводимых к юридическим нормам, и предметом научного осмысления становится правовая материя в целом, весь спектр юридического инструментария как таковой.

Правда, важнейшие исходные «атомы» догмы права и в данной, новой плоскости остаются в немалой мере (объеме) в общем теми же самыми — юридическими нормами, субъективными правами, юридическими фактами. Но они пополняются другими, глубинными «частицами» правовой материи (дозволениями, запретами, позитивными обязываниями), охватывающими наряду с нормами весь комплекс правового инструментария, связанного с правовым решением жизненных ситуаций. А главное — все они, «освобожденные» от императивной привязки к одним только юридическим нормам (преимущественно выраженным в законе) и рассматриваемые под углом зрения не только потребностей юридической практики, но и непосредственно философских, системных и «механизменных» характеристик, дают новое качество. Они, правовые средства, во всем своем многообразии, выражают, с одной стороны, новый объективированный облик права (систему правовых средств, образующих целостную правовую материя), а с другой стороны, сцепляясь между собой, — процессы в праве, что-то близкое к технологии (или даже, если угодно, к «социальной физиологии») в области правовой действительности. В итоге же теоретический анализ дает такие данные (опирающиеся главным образом на качество определенности права), которые на последующем, уже философском уровне выводят на

фундаментальные проблемы существования и развития человеческого сообщества, его будущего, судьбы.

Во всяком случае, здесь перед нами предстают не аналитическая юриспруденция в традиционном смысле, не атомистический срез правовых феноменов, не просто юридически значимый фотографический слепок с существующих фактов (пусть и «выведенный за скобки» материал отраслевых дисциплин, еще раз скажу, в высшей степени важный), а, напротив, юриспруденция правовой целостности и одновременно синтеза, функций, органических связей и интегрированных образований (механизм правового регулирования, типы регулирования и т.д.).

Думается, именно такой «поворот» в развитии юриспруденции имел в виду О. Шпенглер, когда, отвергая (увы, опрометчиво) предшествующие достижения правовой мысли, говорил, что «требованием будущего становится перестройка всего правового мышления по аналогии с высшей физикой и математикой. Жизнь в целом — социальная, экономическая, техническая — ждет того, чтобы ее наконец-то поняли в этом смысле; для достижения этой цели нам потребуется не менее столетия напряженнейшей и глубочайшей работы мысли»¹. Возможно, взрывное время XX в. спрессовало вот это самое «не менее столетия» на рубеже тысячелетий в «краткий исторический миг» нынешних переломных лет.

Здесь важен и такой существенный момент. Когда перед правоведом предстает весь спектр (объем) правового материала, то здесь, без обязательной оглядки на юридические нормы, оказывается возможным сосредоточить внимание на других центральных звеньях правовой материи, которые подчас, при сугубо нормативистских трактовках, либо вовсе не принимаются во внимание, либо оказываются на обочине наших правовых представлений.

2. Уровни. Итак, в рамках целостной общей теории права следует с должной строгостью различать два уровня:

— общую теорию аналитического уровня, раскрывающую элементы, атомы догмы права как системы юридических норм, их внутреннее строение, формы, действие и фиксирующую эти «элементарные

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 86. Автор тут же продолжает: «А для этого необходима подготовка юристов совершенно иного рода. Она требует:

1) непосредственного расширенного *практического* опыта современной экономической жизни;

2) точного знания истории западного права при постоянном сравнении немецкого, английского и романского хода его развития;

3) знания античного права, причем *не* как образца для значимых ныне понятий, но как блестящего примера развития права из чисто *практической* жизни эпохи».

частицы» права как нормативного явления в единых для всех юридических дисциплин понятиях;

– общую теорию инструментального уровня, основанную на инструментальном подходе и призванную с опорой на качество определенности права, на весь комплекс правовых средств освещать более глубокие пласты правовой материи (в связи и в динамике всех ее элементов), ее специфическую логику и особенности как институционального образования, ее структуру, свойства, механизмы, функционирование, направления и типы правового воздействия на жизнь общества.

Оба эти уровня (или аспекта) общетеоретических правовых знаний не конкурируют друг с другом, не перекрывают друг друга. Каждый из них занимает свою нишу, свое достойное место в системе общей теории права, каждый по-своему, но в одинаковой мере важен для решения практических задач и для постижения права, его особенностей и «секретов».

По своему науковедческому профилю общая аналитическая теория остается в рамках юридического позитивизма, догмы права (отторгая, с точки зрения строго научных подходов, существующие в теории позитивного права крайности, в том числе претензии быть некоей конечной «философией» реальной юридической материи, – то, на что претендует кельзенская концепция нормативизма).

Общая же инструментальная теория права представляет собой новую, наиболее высокую ступень правовой науки в общетеоретической плоскости, вплотную примыкающую к вершине теоретических знаний по правоведению – к философии права.

Под рассматриваемым углом зрения не следует упускать из виду ряд важных особенностей этих двух уровней общетеоретических знаний о праве, и прежде всего особенности права как логической системы. Наиболее существенный момент здесь – это, с одной стороны, формальная логика, а с другой – специфическая логика права, выступающая в качестве важнейшей стороны или даже сути предмета правовой теории второго из указанных уровней.

3. Нет ли «третьего уровня» общей теории? Может сложиться впечатление (к такого рода взгляду некоторое время тому назад был близок и автор этих строк, когда в ряде работ проводились подобные мысли), что указанные ранее «философские разработки» правовых явлений на уровне догмы права и «есть» философия права. Более подробное изучение проблемы показало, однако, что общая (аналитическая) теория права, неизменно опираясь на «выведенные за скобки» нормативные материалы отраслевых дисциплин, не образует философию права

в строгом значении этого понятия. Она в целом, в своей основе, и здесь остается в рамках аналитической юриспруденции (юридического позитивизма), т.е. реальных, объективно существующих явлений правовой действительности. Общая теория права в данном ракурсе в конечном счете так или иначе целеустремлена на решение практически значимых вопросов жизни общества (законодательства, юридической практики, правовой культуры, правового обучения и просвещения, иных проблем правовой политики). Именно с этими юридико-политическими институтами и явлениями общая теория права и корреспондирует, многообразно взаимодействует.

Между тем для философии права, как мы увидим, решающее значение имеет ее «мировоззренческий стержень» — мировоззренческое понимание права (по Гегелю, «мыслящая себя идея права», «разумность права»), постижение смысла права, его предназначения, выраженных в нем ценностей; и поэтому с правом при таких исследованиях корреспондируют однопорядковые категории — бытие человека, его сущность, культура, демократия, прогресс и т.д. Да и по итоговым своим выводам философия права, нацеленная на постижение смысла и предназначения права, призвана освещать коренные проблемы жизни общества — место права в развитии и судьбе общества, пути его развития, его влияние на будущее, перспективы человечества, место и роль права в этих процессах [III.10.1].

Ближайшее же отношение к философии права и значение своего рода непосредственного «подступа» к ней имеет общая инструментальная теория, которая «выходит» на философско-правовую проблематику прежде всего тем, что для нее характерна своя, особая юридическая логика.

4. Формальная логика и логика права. Первое, что обращает на себя внимание при рассмотрении права как логической системы, — это его глубокое единство с формальной логикой или, шире, математической (символической) логикой. В этом отношении позитивное право по своему своему юридическому содержанию вообще может быть охарактеризовано, о чем ранее уже говорилось, в качестве своего рода обители, исконного, родного очага формальной логики. И быть может, не будет слишком большим преувеличением утверждение о том, что достаточно развитая юридическая система представляет собой, наряду с другими существенными характеристиками, реальное, в самой материю данного социального явления, бытие формальной логики [I.1.2].

А теперь главное. Позитивное право характеризуется не только тем, что оно как никакое иное социальное явление воплощает в самой сво-

ей органике требования и правила формальной логики и подчиняется математическим методам, но также и тем, что ему присуща своя, о с о б а я л о г и к а — логика права. Она, эта особая логика, и характеризует основную особенность предмета общей теории права, рассматриваемой под инструментальным углом зрения.

Что это за специфическая логика?

О поразительных примерах, характеризующих особую логику права, уже говорилось ранее. Она дала себя знать, как только материалы догмы права начинают более подробно анализироваться с учетом современных философских данных. Пример тому — строгая архитектура ядра системы права — базовых отраслей, структурные и иные связи в их «семерке» [1.2.3].

Но каковы основания такого специфического типа логики? Вот некоторые предварительные соображения на этот счет.

Как отмечалось ранее, разнообразные фрагменты существующей правовой действительности — юридические нормы, законы, судебные акты, применение права, акты интерпретации, правосознание и т.д. — это своего рода отдельно взятые «атомы» правовых явлений, и они поэтому производят на первый взгляд впечатление некоего неорганизованного множества, чуть ли не конгломерата, хаотического скопища разных явлений и образований.

Между тем при более внимательном взгляде и более тщательном исследовании на основе современных философских данных (в особенности системного подхода) выясняется, что между указанными фрагментами наличествуют не только известные связи, в том числе формально-логического порядка, но и в самих этих связях дает о себе знать своеобразная логика, характерная т о л ь к о для права.

Иначе говоря, для позитивного права как своеобразного социального явления характерны (скажу, с немалой мерой условности и оговорок) одновременно «две логики». Одна — формальная логика. Другая — особая логика права. Они существуют параллельно, хотя и в известной внутренней связи. В частности, чем совершеннее позитивное право с формально-логической стороны, тем полнее раскрывается специфическая логика права. Более того, логика права только и возможна тогда, когда в нормативном образовании, именуемом «правом», всецело царствует логика формальная. И потому, помимо всего иного, логика права, выражая жизнь этого социального феномена, даже в самой малости не может «отменить» или «перекрыть» все то, что относится к формально-логическим характеристикам права как действующей в соответствии с требованиями законности нормативной системы.

Особая логика права дает о себе знать даже в том случае, если оставаться в пределах одной только догмы права. Она, например, проявляется, когда наряду с понятием «право» формулируется понятие «правовая система». В самом деле, почему, спрашивается, только три правовых явления — собственно позитивное право, правовая идеология и юридическая практика — образуют некоторое единство и в своем единстве характеризуют особенности права данной страны (что и позволяет рассматривать их в качестве единой целостной «правовой системы данной страны»)? Да потому, что, как свидетельствует подробное рассмотрение этой проблемы, это элементы «активные», являющиеся источниками юридической энергии, основаниями, так или иначе определяющими правомерность или неправомерность поведения субъектов. Но такого рода критерии и выражают как раз особые жесткие закономерные связи в праве (именно в праве, и нигде более!), которые и являются «логикой», т.е. такими жесткими закономерными связями, которые сообразно специфике данного предмета неумолимо «ведут» (не могут не вести) к наступлению предопределенных ими последствий.

А почему, продолжим рассуждения, элементами нормы права, ее структуры (заметим, логической структуры!) являются гипотеза, диспозиция, санкция? Ответ на поставленный вопрос аналогичен. Потому, что речь идет о праве, о его способности даже на элементарном уровне осуществлять юридическое регулирование, отличающееся твердостью, определенностью по содержанию и государственной гарантированностью. То есть осуществлять регулирование сообразно особой логике — логике права.

Но все то, о чем только что говорилось, — это все проявления особой, юридической логики в пределах одной только догмы права, где в среде формально определенных норм, выраженных в законах, в общем властвует формальная логика. Здесь по большей части юридическая логика выражается в структурных (онтологических) особенностях права. И это вполне объяснимо хотя бы потому, что в догме права реальность правовых явлений, их особенности как объективной данности проявляются наиболее отчетливо, зримо.

Но когда расширяется угол зрения и в соответствии с инструментальным подходом происходит «освобождение» правового материала от текущих потребностей практики и от императивной привязки к юридическим нормам («норм в законе») и когда в этой связи вырисовывается все богатство юридических средств (этому и посвящена данная часть книги), то раскрываются новые, глубокие пласты юридической материи, в том числе те, которые характеризуют право во всем объе-

ме ее целостности и одновременно в движении, в «процессах», где отдельные правовые явления сцепляются, «синтезируются» и где на первое место выступает и приобретает доминирующее значение именно логика права. А главное, эта особая логика «ведет» к сущностным характеристикам права — его смыслу и предназначению в жизни людей.

И вот какой важный момент необходимо принять здесь во внимание. В сфере догмы права указанные примеры особой логики права не более чем отдельные случаи. Примеры, не более того. Ибо в данной сфере царствуют формально-логические начала, заложенные в самой конструкции «норма», в других элементах нормативной системы, где своеобразная юридическая логика может лишь то там, то здесь отчасти проявляться.

В полном же объеме специфическая логика права раскрывается во всей системе правовых средств, когда они не скованы «императивной привязкой» к одной лишь юридической практике и к нормам, выраженным в юридических источниках (законах).

Какovo существо и основания логики права?

5. Мир права. Юридическая логика имеет свои основания, которые заключаются в том, что позитивное право, весь комплекс разнообразных юридических явлений образуют, как уже отмечалось ранее, в высшей степени своеобразную область действительности — мир права.

Наиболее существенные черты этого особого «мира», наряду с другими важными характеристиками, заключаются:

во-первых, в том, что он рожден в соответствии с жесткими требованиями общества на стадии цивилизации («императивами цивилизации»), обуславливающими во имя самого существования общества как системы, ее стабильности, нормального функционирования, необходимость твердости, определенности по содержанию и гарантированности решений жизненных ситуаций, а также утверждения нормативности высокого уровня, исключения произвола и насилия из жизни людей;

а во-вторых, в том, что в отличие от других сфер действительности, представляющих собой сущее, для права (которое тоже является фактом реальности, налично существующим) характерно долженствование. Юридические нормы, образующие позитивное право, «говорят» не только и даже не столько о том, что есть, реально существует, а о том, что д о л ж н о б ы т ь (и что, как будет в последующем оттенено в качестве не менее существенного обстоятельства, призвано фактически реализоваться). И эта черта, долженствование, устремленная в реальность, характерная для юридических норм, накладывает свою печать на всю систему правовых средств, всю правовую материю.

Вторая из указанных черт позитивного права послужила основой для «чистой» теории права (наиболее последовательно в концепции Г. Кельзена) – теории нормативизма, в которой также обосновывалась своего рода «логика» – логика норм, каждая из которых выводится из другой, вышестоящей, вплоть до верховной, основной нормы.

Философская и общетеоретическая ограниченность теории нормативизма, особенно в ее крайних, «чистых» вариантах, к сожалению, привела к тому, что многие правоведы при научном истолковании права теперь вовсе не принимают во внимание то действительно важное обстоятельство, что право относится к сфере долженствования.

Между тем суть вопроса в данном случае заключается не в том, чтобы признавать или отрицать отмеченную характерную черту права (принадлежность права к сфере долженствования – черта очевидная), а в том, чтобы видеть исключительное своеобразие мира права, в котором долженствование приобретает особый характер.

Для ответа на вопрос о том, в чем состоит этот особый характер долженствования в праве, нам придется в этой второй части книги вновь обратиться к рассмотрению права в его собственной плоти, к догме права, но теперь с учетом всего комплекса частиц правовой материи (правовых средств) и под углом зрения существующих в этом комплексе правовых средств связей и соотношений, функций, да притом на основе императивных требований цивилизации.

При таком рассмотрении (скажу, забегая вперед) в праве обнаруживаются особые связи, соотношения, которые выражают жесткие требования цивилизации («императивы цивилизации»).

Но как бы то ни было, уже сейчас имеются достаточные основания для того, чтобы сделать вывод о том, что именно юридическая логика и является главной, стержневой стороной предмета общей (инструментальной) теории, ее «изюминкой». То есть того, что охватывается инструментальным подходом к праву (понятно, в том понимании «инструментальность», которое обосновывается в этой книге).

6. Узловые пункты. Думается, наша наука еще не в полной мере раскрыла все многообразие связей и соотношений, которые выражают особую логику права, подчас она только подходит, нередко спонтанно, к такого рода проблематике. Но уже имеющиеся данные (а также положения и выводы, содержащиеся в этой, второй части книги) позволяют обозначить ряд узловых пунктов, которые являются местом средоточия основных из таких связей и соотношений.

Центральный и во многом исходный узловой пункт – это связи и соотношения онтологического порядка, характеризующие субстан-

цию права. В плоскости догмы права — это целостная система юридических норм, образующая содержание позитивного права. При инструментальном подходе — это освещение самого явления «правовое средство», всего их комплекса (включая юридические нормы), а на этой основе — такие характеристики позитивного права, когда оно предстает в виде институционального образования.

Весьма существенные связи и соотношения, которые, быть может, в наибольшей степени соответствуют понятию «логика», — это связи и соотношения синтетического порядка, выражающие процессы, функции, движение и развитие правовых явлений, их последовательную зависимость, жесткое следование друг за другом, их неизбежные, «неотвратимые» сцепления и результаты таких сцеплений, реализующихся в процессах, в динамике. И причем везде и постоянно так, что сохраняется и «работает» главная особенность права — качество определенности — основа его инструментальности, а отсюда — его незаменимая роль в жизни людей. И та, которая выражена в теории и практике юридических конструкций, и та, которая, надо полагать, призвана быть противовесом насилию и произволу в обществе.

И опять-таки простейшие примеры таких соотношений могут быть найдены в догме права. Это (наряду с ранее упомянутыми правовой системой, структурой нормы) — последовательная связь между юридической нормой, юридическим фактом и правоотношением. Существует норма права, но она «срабатывает» только при наличии юридического факта, когда появляется правоотношение. Данную связь можно даже в какой-то мере подвести под модель причинно-следственной зависимости, где к «причине» можно было бы причислить норму и юридический факт, а к «следствию» — правоотношение. Но такая оценка была бы все же поверхностной, не принимающей во внимание главное — заложенную в праве «железную» логику движения от должного к его воплощению в реальную действительность, а также иные черты права, продиктованные императивными требованиями цивилизации.

И все же главным в специфической логике права оказываются, при более подробном рассмотрении проблемы, не эти, в общем-то элементарные связи и соотношения в материи права. Главное — это специфические связи и соотношения, выражающие логику права, которые «ведут» к глубинам юридической материи, ее смыслу и назначению.

Не случайно сквозное, и притом многоплановое, значение в правовой материи имеют такие глубинные элементы, как позитивные обязывания, запреты и дозволения. Ранее, причем на довольно узкой

фактической основе (при краткой характеристике догмы права), уже упоминалось о том, какое существенное и вместе с тем специфическое правовое значение имеет эта «троица».

Но оказалось, главное — все еще впереди. Это связи и соотношения, коренящиеся в одной из составляющих указанной «троицы» — в юридических дозволениях, логика которых от, казалось бы, простейшего элемента права — одного из звеньев «троицы» (дозволения) ведет к основополагающим началам, связанным с определением места и роли права в жизни людей, притом в связи с фундаментальными общечеловеческими ценностями, с прогрессом и будущим человечества.

Словом, забегая вперед, можно (пока в предварительном плане) заметить, что и юридическая логика имеет разные порядки.

В одних случаях логика права «замкнута» на онтологических, структурных связях и соотношениях, выражающих своеобразие юридической материи, ее структуру, а также, в несколько иной плоскости, функции, процессы, движение права. Здесь юридическая логика «видна» даже в пределах одной лишь догмы права.

В других же случаях, преимущественно характерных для всего комплекса юридических средств, не сводимых к догме права, юридическая логика, выраженная в его соотношениях и построениях различного уровня, является «знаком» и выражением глубинных начал права — чем-то таким, что является наиболее значительным в праве, относится к основам его смысла и предназначения и что уже выходит за пределы «просто» правовой теории даже, условно говоря, «философского» характера, отсылая уже напрямую к философии права в точном и строгом значении этого понятия.

Отмеченные узловые пункты во многом определяют последовательность изложения в данной части книги:

— начнется с констатации самого факта права как объективной реальности и его особенностей как явления цивилизации, а затем самой категории «правовое средство» и в целом «материи права», его «изюминки» юридических конструкций (гл. 4, 5, 6, 7);

— продолжается при рассмотрении динамики, проблем правового регулирования (гл. 8);

— и завершится рассмотрением проблем логики права, вплотную подводящих к пониманию его смысла и исторического предназначения (гл. 9).

7. Особенности «угла зрения» на разных ступенях теории права. Во многих случаях на обоих уровнях общей теории права (на ступени «аналитической» и на ступени, условно говоря, «инструментального» уров-

ня) рассматриваются, казалось бы, одни и те же проблемы. Например, структура права или соотношения власти и права, или морали и права.

Однако при строгом следовании характерным для каждого уровня теории методологическим требованиям, прежде всего требованиям соответствующих «логик» — формальной или юридической, на той и другой ступенях общетеоретических знаний вырисовывается свой «угол зрения», притом так, что с переходом на новую ступень (в последующем, уже в третьей части работы, на ступень «философии права») происходит высвечивание новых граней права, обогащение всей суммы общетеоретических знаний.

Так, при освещении структуры права на уровне первичных юридических знаний (догмы права), основанных на данных формальной логики, происходит лишь фиксирование самого факта существования отраслей и институтов права, а также особых сфер — публичного и частного права, описание некоторых их внешних черт.

В этой же плоскости (если не выходить за пределы формальной логики) обрисовывается здесь соотношение власти и права, когда акцент делается на публичном, государственно-властном характере права, его обусловленности принудительной силой государственной власти, т.е. приоритет признается за властью как определяющей силой по отношению к праву.

А вот при выходе на тот уровень общетеоретической характеристики права, когда оно освещается с точки зрения всей системы правовых средств, т.е. инструментального подхода, обнаруживаются важные особенности права.

Здесь уже, как мы видели [I.2.3], по проблемам структуры дают о себе знать уникальные, важные и в научном, и практическом отношении закономерные связи. То есть не просто «сферы», «участки» права, а специфические соотношения отраслей, особые структурные связи. В самой последовательности связи отраслей, идущих от конституционного права, далее к материальным отраслям, потом к отраслям процессуального права и, наконец, к комплексным образованиям, интегрированным (таким, как экологическое право) и дифференцированным (таким, как жилищное право), обнаруживается такая логика, которая отражает важную сторону специфики юридического регулирования, состоящую, помимо иных моментов, в том, чтобы обеспечить многоуровневое и максимально определенное воздействие на жизнь общества. Богатыми, в немалой степени уникальными правовыми сферами оказываются публичное и частное право, каждое из которых отличается своеобразным юридическим инструментарием и, что не менее

существенно, своеобразным «духом», доминированием строго определенных юридических начал.

Еще более существенные, по сути поразительные особенности выявляются при рассмотрении с точки зрения юридической логики соотношения права и власти. Оказывается, что при этом своеобразном для правоведения «угле зрения» на данную, казалось бы, вполне известную проблему право и власть — это уже не такие категории, где доминирует власть, а однопорядковые явления, находящиеся в равнозначном взаимодействии (что является исходной предпосылкой для самой постановки вопроса о «правовом государстве»).

В третьей части книги при рассмотрении права под углом зрения философско-правовой проблематики, в этих же, как и во многих других общетеоретических вопросах (например, взаимосвязи права и морали) «откроются», по расчетам автора, новые грани, подчас парадоксальные и в чем-то противоположные тем, которые были зафиксированы на уровне первичных научных обобщений и даже на уровне своеобразной юридической логики.

Какие новые грани? Не будем торопиться. Разговор об этом впереди. Сейчас важно отметить лишь то, что полное знание о праве, с учетом, разумеется, развития правоведения в данное время, может быть достигнуто только при всестороннем теоретическом осмыслении этого сложного явления в жизни людей на всех ступенях теоретических знаний — и под тем (теми) углом зрения, который обусловлен обоими уровнями теории права, и тем подходом к юридической материи, который вытекает из философии права.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ ПРАВО — ОБЪЕКТИВНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ

§ 1. Право как объективная реальность

1. Право как факт. С точки зрения строгой науки положение о праве как объективной реальности, очевидно, не вызывает сомнений. Да и сама утвердившаяся с давних пор трактовка правовых явлений как «догмы права» как будто бы не оставляет на этот счет иных вариантов: право, выступающее в качестве догмы права, — не что иное, как единственная наличная юридическая реальность, с которой имеет дело правовед при решении жизненных ситуаций «по праву».

Но не все здесь так просто.

Известно, право относится к субъективной, духовной стороне нашей жизни, к тому, что представляет собой плод мыслей и воли людей. Особенно тех, кто обладает государственной властью – творит законы, принимает обязательные решения по тем или иным юридическим вопросам. «Вот налог на недвижимость, – говорим мы, – это действующее, позитивное право, так как налог установлен законодателем; это воля законодателя, его решение».

Но исходный, принципиально важный пункт истинно научного понимания права заключается как раз в том, что право (притом действующее право как людское творение, напомним, именуемое «позитивным»!) – это не просто и не только мысль. Не просто и не только известные идеи и воля, суждения о должном и возможном поведении, о том, «кто» и «что» вправе делать, поступать. И даже не просто решения властвующих лиц.

Позитивное право – это факт. То есть внешняя реальность, строгая объективная данность. Такая реальность, объективная данность, которая в каждый настоящий момент существует и действует как явление нашего бытия, нечто обособленное и «внешнее» для каждого человека и для всех социальных институтов, если угодно – для общества в целом (на языке философии – явление отчужденное).

Впрочем, возьмем на заметку и то обстоятельство, что мы, люди, в нашей повседневной жизни воспринимаем право опять-таки в основном с субъективной стороны. Со стороны, скажем так, психологии. Выдающийся русский правовед-мыслитель И.А. Покровский, отметив, что существование права «ощущается всеми», пишет: «...право есть некоторая социально-психологическая сила, регулирующая поведение людей; оно есть некоторое состояние общественного сознания и общественной воли, заключающее в себе психическое принуждение индивида к известному поведению. Как явление социальной психологии, право является, таким образом, несомненной реальностью, фактом эмпирической действительности, частью из «мира сущего»¹.

И вот именно поэтому (т.е. в силу социально-психологических причин) позитивное право данной страны является общепризнанным, наглядным фактом и неотъемлемой частью существующей в ней официальной, государственно-публичной жизни, каждодневно проявляющимся в многообразных обстоятельствах, с которыми сталкивается каждый человек. Каждый человек в современном обществе, без всякого сомнения, знает, ощущает, своим особым зрением видит, что

¹ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 147.

в официальной, публичной жизни общества есть (или безусловно должен быть) жесткий стержень, такая «твердая реальность» — не зависящие от мнений и желания отдельных людей законы, юридические нормы, обусловленные ими юридические права и обязанности, действия милиции, судов и пр.

2. Главное — «тело», материя права. Трактовка права как реально-го факта важна для науки. Это ее исходный пункт. Но такой констатацией ограничиться нельзя (ведь по сути дела мысли и воля людей, любые явления психологического порядка — это тоже реальные факты действительности).

Перед нами, как подметил правовед, действительно, «сила, регулирующая поведение людей» (она действует, работает, обставлена в своем действии сроками, поддерживается в своем действии государственными органами, именуемыми «правоохранительными»).

Право — это о с о б а я социальная реальность. Такой поразительный феномен, который относится к субъективной стороне жизни общества, в своем возникновении и действии зависит от людей, от их мнений и воли, и в то же время представляет собой особое явление среди фактов действительности.

Что значит «особое явление»? А то, что право имеет свое «тело» — *corpus juris*, как говорили юристы Древнего Рима. «Тело» как своеобразная, позволительно сказать, материя со своими свойствами, своей жизнью, логикой существования и развития¹. Материя не в грубо материалистическом понимании, т.е. не в значении вещественных, зримых предметов (хотя в праве есть и такая сторона — законы, другие правовые источники, документы), а в значении социальной, во многом «незримой» реальности.

Что же представляет собой «тело», «материя» (*corpus juris*) права, разговор особый, он впереди. Сейчас лишь приведу мнение еще одного видного русского правоведа Б.А. Кистяковского. Причем пока только выдержку из его сочинения, свидетельствующую, помимо самого существования проблемы, о том (и это обстоятельство в высшей степени знаменательное), какое внимание в дореволюционное время русская право-

¹ В этой связи вновь сошлюсь на мнение И.А. Покровского. Отметив особенности права с позиций психологии, он пишет вместе с тем: «Думается, что юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность». И поясняет этот тезис на примере признания той или иной организации «юридическим лицом» и даже реальности физических лиц: «...самый физический человек, превращаясь в юридического субъекта прав, утрачивает в значительной мере свою реальность естественную; для понятия субъекта прав безразличен рост, цвет волос и т.д.» (*Покровский И.А. Указ. соч. С. 147*).

вая наука придавала положению о праве как объективной реальности. И так, по мнению Б.А. Кистяковского, «правовую реальность следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведением литературы и музыки – с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго...»¹.

Неожиданные сравнения и аналогии! Не правда ли? Запомним это высказывание правоведа дореволюционной поры: оно поможет нам разобраться в том, что представляет собой материя, «тело» права.

В этой связи возьмем на заметку то обстоятельство, что после характеристики догмы права (а она выделялась именно потому, что является фактом реальности) о праве как объективной реальности приходится говорить вновь, специально и развернуто. Это происходит не только потому, что, оттеняя гуманитарные характеристики права, научная мысль нередко уводит трактовку права в сферу в какой-то мере неуловимых явлений сугубо духовного порядка (а с другой стороны, такие впечатления в чем-то удобны властвующим силам, склонным манипулировать, впрочем, без особого успеха, правовой материей по своему вольному произволу). Самое существенное здесь – это то, что от понимания права как объективной реальности решающим образом зависит сама перспектива его понимания, а главное – научной разработки, такой, которая бы отвечала общему уровню развития науки в современную эпоху.

3. Исходное начало науки. Только при признании того, что предметом юридических знаний являются не сами по себе акты власти, не воля господствующих сил, не требования той или иной идеологии, не какие-то иные фантомы, а твердая объективная реальность (конечно, особая, во многом «незримая», такая, которая относится к социальной материи, к субъективной стороне жизни общества и, вспомним, близка к произведениям «скульптуры и живописи»), возможна действительная, истинная наука, «имеющая дело» с реальными фактами окружающей нас действительности. То есть такая же в принципе наука, как все иные отрасли знаний. Да к тому же наука, призванная практически и теоретически осваивать такие реальные факты действительности, которые в той или иной мере и виде выражают известные идеальные, духовные, гуманитарные начала.

Такой («естественно-технический» и одновременно гуманитарный) характер правоведения придает ему высокозначимый науковедческий статус.

¹ Кистяковский Б.А. Указ. соч. С. 336.

И этот же подход к юридическим знаниям является, помимо всего иного, также и предупреждением против поверхностного, легкого (порой авантюрного) отношения к праву, к бытующим представлениям, согласно которым будто бы возможно произвольно, как душе угодно, кроить и перекраивать юридические нормы, в одночасье, чуть ли не одним «росчерком пера» преобразовать юридическую систему, а вместе с ней и всю жизнь общества.

Стало быть, юридическая материя, как и всякая «материя», казалось бы, доступное «вещество» в руках человека, в действительности оказывается предметом далеко не всегда податливым к вольному манипулированию. Через право, законы, всю систему юридических институтов возможно решать различные жизненные задачи, реализовывать многие жизненные интересы. Возможно и необходимо развивать и совершенствовать действующее право. Но материя права такова, что она не позволяет использовать право по принципу «что хочу, то и ворочу» или по придворным нравам «чего изволите?».

Так что, истинный правовед, владеющий необходимой суммой профессиональных знаний, должной юридической культурой и гражданской целеустремленностью, обязан, независимо от своего социального и служебного положения, уметь говорить «нет»: «Нет. Право не позволяет сделать это», или: «позволяет сделать лишь то-то и то-то, и ничего иного», или: «что ж, извольте, используйте для задуманного Вами правовые установления, но знайте, будут крупные издержки, потери, не исключено, непоправимые».

Такой подход к юридическим знаниям, знаниям строгим и основательным, является по сути дела важнейшим элементом, открывающим путь к государственной политике, построенной на последовательно научных началах. На началах всего комплекса наук, относящихся к человеку и обществу, среди которых достойное место призвана занять и наука права.

Напротив, недоучет и тем более прямое отрицание указанной черты правовых знаний (в частности, сведение права к феномену сугубо духовного, идеального порядка, например, просто к «воле господствующего класса») приводит в практическом отношении к тому, что манипулирование правовой материей, как и в других случаях вольного манипулирования с объективными реальностями, оборачивается в практической жизни недостатками, потерями, порой крупными, невосполнимыми. То есть приводит к крупным просчетам, к непониманию действительной роли, предназначения и смысла права в жизни людей, в судьбе общества, а в науковедческом отношении — к трак-

товке юриспруденции как дисциплины «низшего сорта», одного лишь узко понимаемого «юридического позитивизма». Да к тому, повторю, действительные законы законов, особенности и закономерности права, его тайны так и остаются недоступными и неведомыми для юридической науки, что в общем-то будет и дальше оправдывать, к сожалению, бытующее о ней невысокое мнение¹.

§ 2. «Тело» права (право как «форма»)

1. Вновь о догме права. Понятие «догма права», которой была посвящена первая часть книги, позволяет начать более детальный разбор того, что представляет собой «тело», материя права. И прежде всего выделить в ней, условно говоря, зримые и незримые составляющие.

«Зримая» составляющая – это то, что на языке философии относится к внешней форме права. Это законы, судебные прецеденты, иные

¹ Так, приходится высказать сожаление, что в фундаментальном труде О. Шпенглера «Закат Европы», подлинном научном свершении, торжестве человеческого духа и разума (пусть и с ошибочной, на мой взгляд, общей мировоззренческой ориентацией), замечательная картина развития права в мировой истории, осмысленная на богатейшем фактическом материале (автор связывает право с категориями «высших культур», подробно освещает в контексте основных пластов культуры развитие античного, арабского, западноевропейского права), оказалась все же ограниченной. И ограниченной, и в чем-то даже ущербной именно потому, что из поля зрения мыслителя ускользнули как раз особенности права как объективной реальности. Именно потому, что О. Шпенглер не увидел «реального бытия права», прежде всего античного, он вопреки своим же собственным трактовкам и оценкам в конечном итоге свел право к опыту, практике, обычаям, к неким интуитивным императивам (*Шпенглер О.* Указ. соч. Т. 2. С. 84). И тут же в книге приводится ссылка на Зома, который пишет: «Современное немецкое правоведение в очень значительной мере представляет собой наследие средневековой схоластики. Теоретико-правовое продумывание базовых ценностей нашей реальной жизни еще не началось. Мы эти ценности совершенно еще не знаем». И О. Шпенглер говорит далее: «Вот задача, которую предстоит решить будущему немецкому мышлению. Речь идет о том, чтобы на основании практики современной жизни разработать глубочайшие принципы последней и возвысить их до фундаментальных понятий права. За спиной у нас – великие искусства, перед нами – непочатое правоведение» (там же). Отсюда и его суждения, и оценки юридических знаний, выраженные в такого рода положении: «то, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права». О. Шпенглер формулирует такой вывод, согласующийся с самой сутью его исследования, а в чем-то и с действительной природой и значением правоведения: «Никто из ученых уже больше не обращает внимания на идеологов римского права... Чтобы освободить нас также и от схемы этих понятий, необходимо правоведение иного рода. На смену филологическому должен прийти общественный и экономический опыт» (там же. С. 84).

источники юридических норм, выраженные, как правило, в письменных документах.

Здесь, в данной плоскости, позитивное право выступает как зримая, видимая реальность в самом прямом значении: его можно «увидеть глазами» (на столе лежит книжечка, озаглавленная «Уголовный кодекс», в каждой статье которого — норма или какая-то ее часть), можно даже «подержать его в руках» (взять книжечку в руки, полистать ее, найти нужную статью). Словом, перед нами — доступный для наших ощущений, наглядный предмет.

Вспомним приведенные ранее соображения Б.А. Кистяковского о том, что право как реальность ближе к тому виду культурных благ, к которому относятся «произведения скульптуры и живописи». В чем тут дело? А в том как раз, что в отличие от другого вида культурных благ (произведений литературы и музыки) здесь результат творчества органически слит с данным внешним предметом, с данным строго индивидуализированным («одним») экземпляром творчества в его вещественном виде — монументом, изваянием, картиной. Причем в данном виде культурных благ (и в праве то же!) «слитность с предметом» следует понимать не в смысле отождествления указанных явлений с «материалом» (мрамором и холстом в отношении скульптуры и живописи; письменными документами в отношении права). Главное — это то, что данные предметы, в том числе (коль скоро речь идет о праве) его источники, в основном письменные документы, как бы опредмечивают мысль, творчество, намерения людей и придают соответствующим культурным благам строгую определенность, устойчивость, постоянство (вечность).

И вот с точки зрения «зримой» составляющей позитивное право как наличная объективная реальность представляет собой такой продукт мысли и воли людей, который опредмечен, воплощен во внешней форме и вследствие этого возведен на такую степень «твердой реальности», которая превращает его в особое социальное бытие — устойчивое, строго определенное, постоянно действующее («вечное»). Вот почему право действует в практической жизни и воспринимается людьми в качестве догмы, твердых реалий — строгих, точных, постоянных и в принципе неизменных в нашей действительности, нечто такого, что и позволяет делать строго определенные выводы, давать четкую оценку событиям, совершать действия, поддерживаемые властью¹.

¹ Именно с этой стороны позитивное право жестко отграничивается от других явлений духовной жизни, которые существуют в сфере «субъективного», — идей, представлений, волевых устремлений, разнообразных культурных благ, продуктов духовного творчества, относящихся к литературе, гуманитарным наукам и т.д. В том числе отра-

И все же, как это ни покажется неожиданным, самое существенное в праве – это его «незримая» составляющая (то, что относится по философским определениям уже не к внешней, а к внутренней форме).

Вот перед нами центральное звено догмы права – юридические нормы. Что же представляют собой юридические нормы при достаточно полной их характеристике?

На первый взгляд здесь как будто бы все «зримо» и «видимо». О существовании юридических норм свидетельствуют тексты Уголовного кодекса, Семейного кодекса, Гражданского кодекса, других нормативных документов, выделение отдельных статей, нормативных положений со словами «вправе», «не может ограничивать», «обязан возместить», да и просто табличка в автобусе с указанием «места для пассажиров с детьми и инвалидов».

Но стоит только повнимательнее приглядеться к любым жизненным случаям, требующим решения на основании юридических норм, так сразу же возникают вопросы. А почему, собственно говоря, упомянутые и другие записи и формулировки свидетельствуют о наличии юридических норм? Именно норм, да притом юридических? Ведь юридическая норма должна обладать, как установили специалисты по праву, целым набором элементов – указывать и на условия ее действия (эти условия назвали в юриспруденции «гипотезой»), и на взаимные права и обязанности субъектов («диспозиция»), а главное – на возможные юридические последствия («санкции»). А в тексте законов? Отдельные положения, содержащиеся в тех или иных статьях закона, посвящены только отдельным юридическим операциям, деталям и частно-

ничивается от тех социальных явлений, которые также выполняют функции регуляции поведения людей, – морали, обычаев. А в области юридических явлений – от субъективных сторон правовой действительности, правосознания. Да и вообще, с рассматриваемых позиций позитивное право – это *единственный* социальный феномен из числа всех других, также обозначаемых словом «право» (естественное право, моральное право, право-обычай и др.), которое является такого рода опредмеченной твердой реальностью, объективизированной данностью.

С этой точки зрения позитивное право существует и действует в виде *системы институтов*, т.е. *институционального образования*.

Институты – это и есть «образованные» и «опредмеченные» социальные явления, которые в результате отчуждения обрели собственное бытие и воплощены во внешне очерченные, структурно определенные, твердые и устойчивые формы существования и функционирования. И потому способны выступить в качестве твердой и постоянной основы или критерия поведения людей, имеющих непрерывный по действию и определенный по содержанию характер. К числу таких институтов относятся государство, религиозные (церковные) учреждения, самостоятельные организации, организации самоуправления. К их числу принадлежит и позитивное право.

стям, а в тексте наличествуют только какие-то укороченные фразы, чуть ли не их обрывки.

Вот тогда-то и нужно принять во внимание нечто «незримое» — *структуру (структурированность) права, юридическую организацию соответствующих положений*. С тем чтобы представить юридическую норму в целом, оказывается необходимо вписать текст закона в модель *логической нормы* — нормы со всем набором необходимых для нее элементов (гипотезой, диспозицией, санкцией).

Выходит, юридическая норма, казалось бы простое, элементарное, наиболее наглядное звено позитивного права, его догмы, одновременно предполагает существование незримых, невидимых компонентов — разнообразных связей и соотношений, включающих в нечто «логически целое» иные компоненты, также входящие в правовую материю, и лишь в своей совокупности, в единстве образующие юридическую норму.

Стало быть, юридическая норма, в какой-то мере обнаруживая свои особенности наличной реальности в формулировках отдельных статей закона, в полной мере раскрывает свое «тело» как юридическое явление в разнообразных связях и соотношениях и (как мы увидим далее) в своей «заряженности» на практическое осуществление, а отсюда в соответствующих практических действиях людей. Так что юридическая норма, казалось бы, очевидная и наглядная элементарная «частица», в действительности, в своих «видимых» и не очень «видимых» особенностях выступает в качестве содержательно богатого, а главное структурно сложного явления — звена особой правовой материи.

Следовательно, даже на примере одного, притом самого элементарного звена догмы права, юридических норм, выясняется, что собственная плоть права кроется в организации правового материала, в юридических структурах. В последующем этот пример будет подкреплён и другими данными. Но уже сейчас следует сказать, что такого рода характеристика особенностей права имеет ключевое, принципиальное значение для решения многих вопросов правовой теории.

2. Содержание и «форма» права. Принято считать, что в любом предмете (явлении) главное, самое существенное, что характеризует значение и силу данного предмета, — это содержание. В мире вещей, во многих жизненных процессах так оно и есть (например, даже в сфере власти: могут существовать различные «формы» республик, монархий, но главное все же содержание власти, т.е. политический режим, демократический или авторитарный, тиранический).

В праве все куда сложнее. Здесь мы встречаемся с явлениями поистине поразительными, уникальными.

При всей исключительной важности в жизни человеческого сообщества экономического, политического, нравственного, иного фактического содержания законов, юридических норм в области юриспруденции первостепенное значение принадлежит именно форме (которая и образует своеобразную юридическую материю).

Конечно, фактическое содержание в текстах законов, в других источниках как бы перемешано с юридическими категориями, «юридически прописано». Тем не менее во всех случаях оказывается возможным и одновременно крайне необходимым в юридическом отношении различать, с одной стороны, конкретный фактический материал, а с другой – истинно юридические категории (правовую материю). Например, в области земельного и трудового законодательства, с одной стороны, природные особенности угодий, труд и его интенсивность, перерыв в труде (отдых), государственные решения по всем этим вопросам, а с другой – законы, иные документы и, что не менее важно, «приоритет прав того или иного лица», «субсидиарное применение», «правовое требование», «юридическое равенство» и т.д., что и представляет право «во вне», а главное – организует содержание права, воплощает его в юридических структурах.

3. Основной секрет силы права. А теперь – внимание! – главный пункт, раскрывающий смысл слитности права с его формой. Суть его в том, что иначе, без своего «проявления во вне» и, главное, без обретения необходимых структурных характеристик, позитивного права просто нет, как бы слова в данном случае ни звучали. И нет, стало быть, никакой силы у каких-то нормативов и решений, которые хотелось бы видеть в качестве права.

Для обоснования этого призыву на помощь одного из наиболее видных философов нашего времени М. Мамардашвили. Постарайтесь, пожалуйста, проникнуть через непростую вязь его философских рассуждений в самую суть глубокой мысли философа.

Вот что по тематике рассматриваемого вопроса, раскрывая идеи одного из наиболее великих философов – Канта, пишет М. Мамардашвили: «Форма как возможность структуры, как нечто, что лежит в области полноты, есть для Канта такое образование, от свойств которого зависит все остальное в мире. В том числе социальные проблемы, социальное благо человека, его нравственное благо как конкретного, то есть несвятого существа»¹.

И характеризуя в этой связи миссию права в обществе в качестве формы, которая способна не давать основания для зла и несправедли-

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 90.

ности¹, М. Мамардашвили (достойный внимания момент!) привлекает в качестве примера институты суда и судопроизводства, когда у участников судопроизводства существует даже инстинкт правды²: «Инстинкт правды, — пишет философ, — хотя и будет в головах, но действовать будет форма. Лишь она ...может нейтрализовать неизбежные человеческие потуги. Поэтому нам нужны не честные судьи, а независимые суды. Только это может скорректировать неизбежную случайность того, честен человек или бесчестен, глуп или умен»³.

В этой связи М. Мамардашвили высказывает ряд соображений о праве и правосудии, суть которых сводится к тому в высшей степени важному для нашей сегодняшней жизни выводу, что высокоразвитое чувство формы означает в данной сфере жизни общества существование независимого и полновластного суда, способного противостоять беззаконию власти. «Очевидно, — пишет М. Мамардашвили, — такое чувство формы (а закон есть один из классических случаев формы) является очень деликатным и тонким продуктом, неким гумусом. Люди прекрасно понимают, чтобы на земле что-то выросло, нужен культурный слой почвы, нужно создавать его сантиметр за сантиметром, довольно долго». И, обращаясь к примеру Пруссии, где в годы Фридриха Великого было как-то сказано: «В Пруссии есть еще судьи», автор говорит: «...и чтобы в Пруссии времен Фридриха Великого такое могло быть естественным образом сказано, до этого, очевидно, должно было пройти еще лет двести. Мы же и сейчас подобного естественным образом сказать не можем, нам это просто в голову не придет. Так сколько же лет нам предстоит, если мы сегодня начнем?»⁴

Отсюда, помимо всего иного, как раз следует, что само право (именно как «форма»! — вот такой здесь парадокс и секрет) имеет свою материю — материю права, выраженную главным образом в его структурных характеристиках, в форме (внутренней, организующей содер-

¹ Мамардашвили М. Указ. соч.

² Там же. С. 90–91. Автор пишет: «Скажем, существует определенная форма судопроизводства. А если мы полагаемся просто на то, что будем воспитывать порядочных и честных судей, которые не берут взятки, то никогда праведного и справедливого суда мы иметь не будем. Потому что пока мы будем к этому стремиться, будет действовать форма, формальный элемент. И беда, если он неразвит, если это суд, в котором нет разделения властей, который не отделен от государства в виде независимого института судей, суд, который не имеет независимой прокуратуры, где прокурор, жертва, адвокат слиты все в одном лице (а это лицо всегда наше побуждение, порыв и, как выражались русские мыслители прошлого и начала этого века, инстинкт правды)...»

³ Там же. С. 91. При этом М. Мамардашвили замечает: «Это ощущение формы — не только продукт философствования, но продукт определенного рода культуры».

⁴ Там же. С. 93.

жание в виде права!). И отсюда же следует, что сила права как формы (по выражению М. Мамардашвили, «возможность структуры», «нечто относящееся к полноте») – это сила собственной материи права, когда право слито с ее внутренней организацией, структурой.

4. О роли внешней формы при становлении, развитии и функционировании права. Если в каждый данный момент закон, иные внешние формы права представляют собой главным образом вместилище его фактического содержания, «документальный облик» права, своего рода внешний информационный знак, наиболее очевидное свидетельство его существования и действия (а решающее значение в жизни права с юридической стороны имеет форма внутренняя, структура), то при формировании права внешние формы играют существенную конституирующую роль.

Это во многом объясняется не только тем, что внешние формы представляют собой источники права, но и уже отмеченными ранее функциями и местом письма в праве. Тем, что позитивное право, как только оно «появляется на свет» и получает известное развитие, становится, как правило, по внешнему своему облику писаным правом¹.

Каково же значение письменной формы (закона) для формирования и существования позитивного права? Это не только то, что «письмо», по справедливому мнению П. Рикера, дает эффект «семантической автономии», а как раз благодаря семантической автономии, порождаемой письменной формой, определенные духовные, интеллектуальные положения и ценности обретают качество «норм», другие свойства, характерные для объективного права, прежде всего возможность строгой и точной определенности по содержанию, возможность государственного гарантирования.

Не менее существенно и то обстоятельство, что в связи с письменной формой оказывается возможным включить определенные положения и ценности (претендующие в силу требований жизни на то, чтобы стать «правом») в официальную, публичную жизнь общества, соотнести их с деятельностью властных государственных учреждений

¹ Надо заметить при этом, что, так сказать, письменный компонент характерен также и для прецедентного права, правовых систем англосаксонского типа (о чем речь пойдет дальше). И не только потому, что каждое решение суда – это тоже внешне объективированный акт-документ, но и потому еще, что они, и именно как факты прецедентного характера, получают своего рода итоговое закрепление в «письме». По свидетельству специалистов, прецедентное начало в праве Англии, где зародилась прецедентная правовая система, связывается с публикацией отчетов о судебных решениях. «Если нет отчетов, – пишет английский правовед Р. Кросс, – доктрина бездействует» (Кросс Р. Прецедент в английском праве: Пер. с англ. М., 1985. С. 29).

и отсюда придать им качество формальной определенности, общеобязательности, принудительности, реальной всеобщности, государственной гарантированности, обеспеченности.

Таким образом, «закон» (иные источники права) — казалось бы, нечто сугубо внешнее к праву — не просто фиксирует, документально закрепляет определенные нормы и принципы, т.е. играет не только фиксирующую (констатирующую, тоже весьма существенную) роль, но и выполняет по отношению к позитивному праву глубокую конституирующую функцию, т.е. функцию по конституированию — формированию, созданию, утверждению данного объекта. Ту функцию, когда на основе «семантической автономии», включенной в официальную публичную жизнь общества, именно письменные атрибуты (фиксация тех или иных положений в виде нормативных суждений, строгая определенность по содержанию и др.) выводят на строго определенную государственную публичную деятельность учреждений, наделенных властью и средствами по ее реализации.

К сказанному нужно добавить и то, что значение внешней формы (закона) дает о себе знать и при функционировании права. И не только как источник и информационный знак действующего права, но как и одно из условий, необходимых для существования и реализации его свойств (в том числе, например, в связи с письменной формой для обеспечения определенности содержания права, его надлежащего гарантирования, государственной охраны, а отсюда — обеспечения действительности и защищенности соответствующих материальных благ — П.6.1)¹.

Отсюда вытекает необходимость более глубокого, более тонкого, поистине диалектического подхода к освещению соотношения внешней формы и содержания права в процессе его формирования, развития и функционирования. Субстанция, вещество права представляет собой в развитых юридических системах комплекс правовых средств (норм), так или иначе выраженный в формализованном виде, в текстах правовых актов. Это и обуславливает особый, высокий, по-видимому, «предельный» для сферы духовной жизни уровень объективированности, который позволяет использовать понятие «институционное образование» в строгом смысле этого выражения и который, в отличие от объективированности таких явлений, как, скажем, правосознание, мораль, обычаи, выводит право на плоскость четкой, предметно очерченной (в чем-то даже грубой, зримой) реальности, чуть ли не вещественности.

¹ Стало быть, тут перед нами в высшей степени тонкое (поистине диалектическое) соотношение в праве внутренней и внешней формы, которое требует дальнейшей углубленной разработки.

Означает ли рассмотрение позитивного права как институционного образования его отождествление с законом?

Конечно же, нет, не означает. Право и закон, как мы видели, – явления различные, разнопорядковые, относящиеся к различным средам правовой действительности. Закон, все другие нормативные документы, все источники права остаются внешней формой позитивного права, информационным источником и знаком его реального бытия. И вместе с тем все же такой формой, при помощи которой объективное право формируется, конституируется и которая в силу этого является необходимой предпосылкой к тому, что в реальном своем бытии, действии позитивное право слито, неотделимо от того, что может быть названо «внутренней формой». И потому в качестве относительно самостоятельного, институционного образования существует и действует как «форма».

5. Право – институционное образование. С этой точки зрения позитивное право существует и действует в виде системы институтов, т.е. в виде институционного образования.

Институты – это и есть «образованные» и «опредмеченные» социальные явления, которые в результате отчуждения обрели собственное бытие и воплощены во внешне очерченные, структурно определенные, твердые и устойчивые формы существования и функционирования и потому способны выступить в качестве твердой и постоянной основы или критерия поведения людей, имеющих непрерывный по действию и определенный по содержанию характер. К числу таких институтов относятся государство, религиозные (церковные) учреждения, самодельные организации, организации самоуправления. К их числу принадлежит и позитивное право.

И именно с этой стороны позитивное право (прежде всего право романо-германского типа) внешне выступает в основном в качестве писаного права – особенность, которая исторически и обозначила момент возникновения, «появления на свет» позитивного права как самостоятельного социального образования.

Характеристика права в качестве институционного образования важна также потому, что слово «образование» напоминает о том, что право, являясь объективной реальностью, остается все же в сфере субъективного, явлений духовного порядка.

В чем это выражается?

Самое же существенное заключается здесь в том, что позитивное право – да, реальность, но оно, позитивное право, все же образовано людьми и находится в «руках людей». Позитивное право, при всей су-

шественности и императивности лежащих в его основе факторов (объективных императивов цивилизации, экономики, требований естественного права и др.), перед тем как «появиться на свет», проходит фазу правотворчества, неизбежно преломляется через сознание и волю людей — законодателей, судей — творцов прецедентов. И лишь затем, включившись через существующие правовые источники в действующее право, отчуждается непосредственно от воли и сознания тех или иных конкретных людей, становится наличной действительностью, объективной реальностью.

В итоге же, в реальных жизненных отношениях, при решении юридических дел позитивное право применяется: вновь попадает «в руки людей», обретает тот или иной образ в результате толкования, правопонимания в науке и общественном мнении, а главное, становится неотделимым от человеческой деятельности, от судебной практики (которая даже в юридических системах с господствующим положением закона также становится фактом объективной реальности). Словом, перед нами сложные переходы, переливы «субъективного» и «объективного», при которых, однако, в каждый данный момент действующее (позитивное) право — это объективная реальность, институциональное образование, наличный факт.

6. Некоторые дополнительные пояснения по вопросу о праве и законе. Научные трактовки. При научном освещении связи закона, иных внешних форм и права необходимо исходить из того, что органическое единение права и закона (при всей принципиальной значимости «слитности» внешней формы и содержания права) противоречиво по сути и роли в жизни общества. И поэтому в научных трактовках по данной проблеме следует с необходимой строгостью фиксировать не только необходимое, исторически и социально позитивное, что характеризует органическое единство закона и права в процессе формирования и развития последнего, но и то, что выражает существующие здесь сложные, противоречивые соотношения и, сверх того, еще свойственные единству закона и права негативные стороны, если угодно, пороки.

Такого рода негативные стороны и социальные пороки, точнее, их возможность таится уже в том обстоятельстве, что сами по себе публичные, принудительные законы, при помощи которых конституируется объективное право, — это продукт государственной, публичной власти, что во многом и предопределяет возможность издания законов по одному лишь произволу власти — «капризу» или под напором «изворотливой силы», положение вещей, сполна пережитое и в чем-то еще переживаемое многими странами, нашим Отечеством в том числе.

Именно отсюда проистекает возможность, наряду с *правовыми законами*, также *неправовых законов* (и стало быть, возможность, как это ни парадоксально звучит, «неправового права»; в иной словесной интерпретации – «имитационного права», «видимости права») – несправедного, не отвечающего высоким требованиям гуманистического правопонимания, характеризующим сложные повороты развития права и в прошлом, и в современную эпоху.

Но при всем при том глубокая связь закона (в широком понимании этой категории, т.е. как знака всех правовых источников) и права – жесткая юридическая логика. Эта связь остается крайне необходимой, высокозначимой, характеризующей процесс становления, формирования и развития права. Она вовсе не повод для создания некоей философии юридического позитивизма – «чистой теории» права в духе Г. Кельзена, его сторонников и последователей. Она – неизбежная, не имеющая альтернатив основа конституирования права как объективной реальности, институционального образования, которое обладает мощной социальной, регулятивной и духовной, силой.

В юридической науке нашей страны получило распространение воззрение, основанное на разработках ряда видных правоведов (Д.А. Керимова, В.С. Нерсисянца, В.А. Туманова и др.), о принципиально важном разграничении «права» и «закона»¹.

Такое жесткое разграничение имело существенное политико-социальное значение в условиях советского общества, когда отрицалось существование естественного права и когда (как это намечается в нынешнее время) не открывалась перспектива отыскания гуманитарного, духовного смысла права в самой его материи. И в иных обществах с тоталитарными порядками, когда категории естественного права, неотъемлемых прав человека не находят в общественной жизни должного признания, подобное жесткое разграничение сохраняет принципиально важную значимость. В таких условиях, надо полагать, противоположение «действительного права» и существующего «закона» (пусть как угодно возвеличиваемого) отвечает реальному положению дел и демократическим устремлениям, существующим и в обстановке тоталитарного строя.

Ныне, когда категория и начала естественного права вновь находят среди российских правоведов все большее признание, оказывается, что разные авторы по сути дела говорят об одном и том же. И «право», отграничиваемое от «закона», и естественное право, отграничиваемое

¹ См., в частности: *Нерсисянц В.С.* Философия права: Учебник для вузов. С. 10 и сл.

от позитивного права, одинаково — пусть и с некоторыми вариациями — трактуются как явления высоко демократического и гуманистического порядка.

Видимо, здесь нужно сближать позиции. Не тратить силы на взаимоуничтожение в науке (печальное, труднопреодолимое, вевшееся в кровь и плоть наследие советской эпохи), а со стремлением ко взаимному пониманию найти общие точки в научных трактовках и двигаться вперед в постижении права, в претворении правовых ценностей и идеалов в реальную жизнь общества.

В то же время есть существенный момент в разработке современной правовой теории, к которому хотелось бы привлечь внимание.

Положения об органическом единстве закона и права — не конечная характеристика права, не завершающие его определения. Эти положения — результат выводов, вытекающих из инструментального подхода и из той стороны характеристики логики права, которая ограничивается в основном его формированием как объективной реальности, институционального образования.

Такого рода положения, понятно, — важный этап понимания права, весьма существенный для решения целого ряда ключевых юридических вопросов и, особенно, практики юриспруденции. И все же указанные положения под углом зрения постижения глубин права, других существенных сторон его логики, смысла и предназначения в обществе — только начальный, отправной пункт. Необходимый, важный, но только начальный, отправной. Последующие характеристики и оценки права должны стать результатом других ступеней его общетеоретической и философской проработки, в том числе рассмотрения права как внутренней формы, его структурных характеристик.

ГЛАВА ПЯТАЯ

ИМПЕРАТИВЫ ЦИВИЛИЗАЦИИ И ПРАВО

§ 1. Право как явление цивилизации

1. Предварительные замечания. Постановка вопроса о «новых» (инструментальных по своей основе) подходах к праву не только не исключает, а, напротив, прямо предполагает необходимость широкого, философского взгляда на правовую проблематику на всех уровнях теории. Ведь само преодоление «узкого горизонта» юридической догматики (поскольку в этом есть потребность) и необходимость рассмот-

рения правовой материи в целом прямо обусловлены использованием на материалах догмы права фундаментальных философских категорий, новейших философских данных – особенностей явлений общественной жизни как объективной реальности, теории систем, функциональных и «механизменных» характеристик.

Да и вообще знаменательно, что правовая материя (даже на уровне догмы права) оказывается такой, что ее углубленная проработка *требует* активного использования философских категорий и подходов. Так что в отношении других уровней теории и непосредственно вопросов философско-правового порядка вполне уместно утверждать: тем более требует. На уровнях освещения права во всех его проявлениях и его рассмотрения под углом зрения собственно философской проблематики использование философских методов и категорий вообще выходит на первый план.

И здесь на помощь правоведению, наряду с непосредственно философскими данными, приходит также современное обществоведение в целом, общесоциологические разработки, исторические материалы, уже во многом отработанные наукой и воспринявшие современные философские подходы. Прежде всего те, которые затрагивают фундаментальные категории обществоведения – «общество» и «цивилизацию», их становление и историческое развитие, а также важнейшие начала общественной жизни – власть, мораль.

Нужно только с точки зрения научных позиций, отстаиваемых в этой книге, не терять специфическую почву права и при использовании общих философских, общесоциологических, исторических материалов держать в поле зрения исходный пункт последовательно научных подходов к праву – сам факт и особенности бытия права как объективной реальности.

2. Отправные понятия «общество», «цивилизация». Общество, рассматриваемое под углом зрения современных данных науки, – это объединение разумных существ – людей, образующих целостный социальный организм – органичную социальную систему, способную противостоять энтропии, распаду и обеспечивать нормальное функционирование, саморазвитие социального организма. Отсюда с непреклонностью следует, что имманентным и весьма важным качеством общества является организованность, упорядоченность образующих социальную жизнь общественных отношений, а значит, и объективная необходимость их социального регулирования. То есть необходимость так или иначе определять поведение людей и их коллективов, вводить его в известные рамки, обеспечивать его сочетание и гармонизацию

с поведением других людей, нормальное функционирование, саморазвитие всего социального организма¹ и на этой основе решать возникающие в обществе жизненные ситуации. Причем так, когда особи, образующие общество, при известной развитости общественных отношений и форм могут действовать, предполагать или требовать решение жизненных ситуаций по принципу «имею право».

Цивилизация представляет собой такую стадию формирования и развития общества, когда оно обретает свою собственную основу, нуждается в поддержании своего существования, функционирования и развития в условиях самостоятельной, разумной деятельности людей, их объединений, и в этой связи, наряду с рядом других институтов, складывается центральное, определяющее звено социального регулирования — «право» (в значении позитивного права).

С рассматриваемой точки зрения следует различать:

а) **д о ц и в и л и з а ц и о н н о е** (доправовое — в смысле позитивного права) **с о с т о я н и е** общества; при этом пока, до рассмотрения вопросов, относящихся к третьей части книги, будем как некоторую данность принимать в таком доцивилизационном состоянии существование феномена, именуемого естественным правом, — регулирующего фактора, призванного упорядочивать естественное состояние;

б) **с о с т о я н и е ц и в и л и з а ц и и** — общества, в котором существует позитивное право, в своем становлении и развитии проходящее несколько фаз: сначала аморфную фазу (предыстория права), затем в ходе исторического развития — права в обществах с традиционными цивилизациями и, наконец, уже в современную эпоху — права в гражданском обществе.

3. Предпосылки. Право в самом широком значении этого понятия (т.е. основания, позволяющего при определенном уровне самосознания действовать индивиду по принципу «имею право», решать на этой основе жизненные ситуации) является неотъемлемым атрибутом человеческого общества с момента его возникновения. Альтернативой праву в таком широком значении в сообществе разумных существ яв-

¹ Сопряженным и перекрещивающимся с понятием «социальное регулирование» является понятие «социальное управление». Последнее характеризует, в принципе, то же самое явление и так же непосредственно вытекает из особенностей общества как системы, из необходимости его организованности, упорядоченности. Однако социальное управление относится к тому аспекту общества как системы, который состоит в активной организующей деятельности определенных управляющих органов (в том числе в деятельности органов государства, политических партий). Нередко в литературе указанные категории понимаются как совпадающие; но все же следует признать, что регулирование — явление более широкое и более органичное для общества, чем управление.

ляется лишь одно — социальная энтропия, хаос вседозволенности, в итоге — тотальное саморазрушение, распад общества, возникновение деградированных сообществ.

На заре существования человечества (в праобществе, затем в первобытных обществах) в условиях первобытнообщинной, родоплеменной общественной организации такое «право» выражалось в примитивной и в то же время самобытной системе социального регулирования, имеющей естественно-природный характер.

Эта система социального регулирования в обстановке лишь намечавшейся свободы отдельного человека, суровой и жестокой борьбы людей за существование выступала в виде строгих, непререкаемых, безусловно обязательных (как и сама природная необходимость) мононорм-обычаев¹, в силу длительного применения ставших привычкой, освящавшихся первобытной мифологией, религией и вследствие этого не нуждавшихся ни во внешнем объективировании (институционализации), ни в обеспечении при помощи специального аппарата принуждения.

Именно такой естественно-природный характер мононорм-обычаев первобытных обществ и исключает (наряду с отсутствием иных необходимых предпосылок) надобность в позитивном, писаном праве — во внешне формализованном институционном нормативном регуляторе, выраженном в специфической системе регулятивных средств и механизмов и связанном с принуждением особого рода, которое обеспечивается специальным аппаратом.

В то же время весьма примечательно (и это должно наводить на основательные размышления), что и в то «доисторическое» время существовала острая и притом изначальная потребность каждого индивида как особи, наделенной разумом, осуществлять свое поведение по принципу «имею право». Вера в право, потребность права, стремление осуществлять поведение по принципу «имею право», коренящиеся в природных, а быть может, и в более глубоких основаниях, выступали всегда и везде в качестве некоего исходного начала жизни разумных существ.

В этой связи повсеместно, во всех уголках планеты, у всех сообществ людей мало-помалу стали складываться и упрочиваться предпосылки, которые затем, при наступлении соответствующих условий, привели к формированию позитивного (объективного) права. Такого рода предпосылки все более накапливались по мере перехода в результате неолитической революции от присваивающего к производя-

¹ Понятие «мононорма» ввел видный специалист по этнографии А.И. Першиц (см.: *Першиц А.И.* Проблемы нормативной этнографии // Исследование по общей этнографии. М., 1979. С. 213).

шему хозяйству и, соответственно, развития всей социальной жизни, в особенности в условиях начавшегося перерастания родоплеменной организации в более социально высокие структуры — государство.

Что это за предпосылки?

Принято считать, что такой предпосылкой является сам факт существования в первобытных обществах нормативного регулирования, т.е. регулирования при помощи общих правил, норм. При помощи общих правил оказывается возможным достигнуть единого, непрерывно действующего и вместе с тем экономического порядка в общественных отношениях, подчинить поведение людей общим и одинаковым условиям, продиктованным требованиями экономики, власти, идеологии, всей социальной жизни. Нормативное регулирование, как мы увидим [III.10.2], имеет и глубокие природные, в чем-то даже природно-космические основания.

К тому же нормативное регулирование в сообществе людей затрагивает область общественного сознания, связывается с ним, с существующей системой ценностей. Ведь всякая норма в обществе — это масштаб, критерий оценки будущего должного и возможного поведения, суждение о ценностях, обращенное в будущее и объективированное в том или ином виде. Именно отсюда проистекает «двойное измерение» при характеристике социальных норм: наряду с регулятивными особенностями (свойствами, присущими социальным нормам как регуляторам) нужно учитывать также и «второе измерение», «вторую ипостась» норм — содержащиеся в нормах критерии оценки поведения людей, суждения о ценностях.

Да, нормативное регулирование, конечно же, является предпосылкой позитивного права. И оно затрагивает существенную сторону его социальной ценности. При нормативном регулировании резко сужаются возможности для случая и произвола. Тем самым с максимальной полнотой достигается главная цель социального регулирования — упорядочение всей социальной жизни, прежде всего приобретение ею стабильности, общественной устойчивости и независимости от случая или произвола, все большая определенность в решении жизненных ситуаций.

Вместе с тем нельзя упускать из поля зрения и то, что нормативное регулирование в обстановке первобытных обществ (представлявшее собой нерасторжимое единство и биологических, и производственных, и моральных, и религиозных, и обрядово-ритуальных требований) настроено преимущественно на сохранение и обеспечение оптимального функционирования «целого» (рода, племени), отличает-

ся монолитностью¹, одновариантностью, по нынешним меркам порой жестокостью, не предполагает самостоятельной, разумной деятельности, т.е. индивидуальной инициативы, самодеятельности членов рода, индивидов как таковых, сколько-нибудь широких возможностей для их социальной активности².

И вообще, в целом нормативное регулирование для социального регулирования (во всех его разновидностях и уровнях) имеет общее значение и как таковое лишь при определенных условиях (далеко не тех, которые существовали в первобытных обществах) приобретает ключевую роль для нормативного регулирования, прямо сориентированного на каждого отдельного индивида и действующего по принципу «имею право».

С этой точки зрения, надо полагать, следует обратить повышенное внимание на другую предпосылку позитивного права, на то, что в социальном регулировании первобытных обществ уже обозначалась его структура, приобретшая затем, в особенности в праве, определяющее значение.

Что это за «структура»? Система социального регулирования, складывающаяся из мононорм, уже отличалась по своим регулятивным особенностям, в частности, тем, что в ней уже р а з л и ч и м а «троица» (вспомним, она, эта «троица», дает о себе знать в догме права – I.2.3) – з а п р е т ы, д о з в о л е н и я, п о з и т и в н ы е о б я з ы в а н и я.

И это принципиально важно и само по себе (запреты, дозволения, обязывания – различные модификации принципа «имею право»), и по той последовательности, в какой указанные элементы складывались и выражались в социальной жизни первобытных обществ. В литературе уже отмечалось, что само формирование норм-обычаев исторически происходило так, что первоначально сформировались запреты и лишь потом появились позитивные обязывания и дозволения³.

Обратим внимание на этот пункт. Мы видели, что сквозь юридическую догму, характерные для нее виды юридических норм и правоот-

¹ В работе «История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины» (М., 1986. С. 545) подчеркивается «как бы диффузный, синкретный характер первобытной норматики, включающей в себя и мораль, и этикет, и зачатки права, и даже религиозные предписания и запреты».

² В литературе по истории первобытного общества отмечается, что в первобытности имелись строгие системы норм, регулировавших взаимоотношения между людьми и до определенной степени стимулировавших те или иные поступки, и что эти нормы «вырастали из стихийной потребности людей держаться вместе и действовать сообща» (там же. С. 394, 554).

³ См.: Явич Л.С. Право и социализм. М., 1982. С. 12–13.

ношений, а также в особенностях юридических решений конкретных жизненных ситуаций постоянно «дают о себе знать» более глубокие элементы правовой материи, некая «троица» – запреты, дозволения, позитивные обязывания. И вот теперь оказывается, что предпосылки этой «троицы» таятся в самых глубинах социального регулирования, «троица» заявляет о себе еще в доцивилизационную, довольно примитивную по современным меркам стадию регулятивной культуры. Запомним этот примечательный момент.

Возможно, система первобытных обычаев имеет для последующего формирования позитивного права и более глубокое значение. С точки зрения самой сути и особенностей обычаев заслуживает тщательного изучения институт табу – строжайших запретов, имевших биологические, стихийно-природные, хозяйственные, моральные, религиозно-обрядовые основания и отличавшихся жесткой обязательной силой, непререкаемостью. Они, по мнению некоторых авторов, представляют собой зародыш правовых норм (преимущественно запретительного и предписывающего порядка). Более того, можно предположить, табу явились предпосылкой формирования в последующем таких существенных элементов структуры права, как общие юридические запреты.

Достоинно внимания также то, что в первобытных обществах, особенно на поздних фазах их развития, стали складываться и специфические регулирующие механизмы, включающие систему разнообразных средств регуляции и органически сочетающие нормативное и индивидуальное регулирование. В некоторых институтах, характеризующих родоплеменную общественную организацию, можно увидеть некоторые (хотя бы с внешней стороны) контуры правосудной деятельности, при которой регулирование осуществляется по схеме: норма (обычай) плюс индивидуальное решение (решения родовых собраний, старейшин, «судов»).

Более того, в условиях первобытных обществ уже складывается начальное звено многоэтапного процесса «восхождения» права. Это начальное звено хотя и относится в основном к доцивилизационной стадии, позволяет увидеть наиболее важные черты исторического развития права с гуманитарных позиций. Таким начальным звеном является право сильного как таковое, которое в доцивилизационное время (а ранее – на сугубо биологических, зоологических стадиях организованных сообществ) выполняло, как это ни парадоксально, упорядочивающие и стабилизирующие функции, пусть и в предельно грубом, «зоологическом» виде (кроме, пожалуй, крайнего, по всем меркам низшего его проявления – «права войны», расправы, возможности беспрепятственного, не знающего предела и пощады, уничтожения непо-

корного, проявления, которое, кажется, в доцивилизационную эпоху по большей части носило все же биологически ограниченный характер, диктуемый законами естественного отбора).

Конечно, все это лишь нормативно-регулятивные предпосылки позитивного права, постепенно накапливающийся «строительный материал» регулятивной культуры, который позднее, при распаде первобытнообщинного строя, выполнил функцию одного из исходных элементов формирования правовых систем.

Но как бы то ни было, важно, что позитивное право при переходе общества к цивилизации возникло не вдруг, не на пустом месте: его появление в какой-то мере было подготовлено развитием системы социального регулирования первобытных обществ.

4. Ближайшие подступы. Наиболее существенный момент, характеризующий ближайшие подступы к праву, состоит в том, что в системе социального регулирования первобытных обществ в ходе закономерного развития всех сторон социальной жизни получают известное отражение все более возрастающие начала свободы поведения участников общественных отношений, отдельного автономного индивида, их самостоятельной, разумной деятельности.

Правда, свойственное тогдашней эпохе господство природной необходимости изначально обуславливало доминирование «целого» — рода, племени, а отсюда — запретительный или запретительно-предписывающий в целом характер регулирования и, соответственно, нерасторжимость и даже относительную неразличимость прав и обязанностей конкретных индивидуумов и их групп.

Вместе с тем постепенное совершенствование производящего хозяйства, рост и развитие всего комплекса социальных институтов первобытнообщинного строя шаг за шагом приводят к тому, что начинают приобретать все более самостоятельное значение определенные возможности (свобода) поведения тех или иных участников общественных отношений, характер которых лучше всего может быть выражен термином «право»¹. Что, собственно говоря, и раскрывает особенности социальной регуляции в качестве таковой, когда поведение индивидуумов строится по принципу «имею право».

Что это за право? Юридическое ли это явление в строгом смысле этого слова? Нет, ибо тут еще отсутствуют качественные особенности, черты, свойственные праву как особому, внешне объективированному, инсти-

¹ Как одно из первичных такого рода «прав» в литературе называется право доступа к пище (см.: История первобытного общества. Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза. М., 1986. С. 312).

туционному образованию с набором характерных для него свойств, образованию, с которым связываются представления о позитивном праве.

Но все же вовсе не случайно многие авторы употребляют в данном случае это обозначение — «право». Как правоведы-марксисты, последовательно придерживаясь идеи классового права, так и сторонники «вечности права» при освещении ряда аспектов первобытнообщинного строя говорят об «отцовском праве», «праве избирать и смещать старейшин», «обычном праве» и др.

Почему? Да потому, что слово «право», как мы уже видели, многозначно и оно может применяться в предельно широком смысле и обозначать качественно иное явление, чем феномен строго юридического регулирования, т.е. иметь неюридическое значение, в данном случае значение естественного права.

Этот термин в рассматриваемом ракурсе обозначает не институционный нормативный регулятор, не позитивное, писаное право, а феномен из другого круга явлений социальной жизни — социально оправданную свободу определенного поведения, являющуюся результатом прямого действия условий жизнедеятельности людей и даже природных (и плюс к тому — что не исключено — трансцендентных) факторов. Здесь как раз перед нами то, что выражает феномен права в самом широком значении этого понятия (т.е. основания, позволяющего индивиду, иному субъекту действовать, предполагать, требовать по принципу «имею право»), — феномен, который, повторю, является неотъемлемым атрибутом человеческого общества с момента его возникновения.

Все дело лишь в том, что в «традиционных» первобытных обществах многие тысячелетия общий запретительный или запретительно-предписывающий характер социального регулирования заслоняет, перекрывает некоторые присущие и ему дозволительные элементы, обозначаемые термином «право». Тем более что такого рода элементы по большей части выступают в первобытных обществах в качестве оборотной стороны запретов и предписаний и проявляются в рамках иерархических структур властной родоплеменной организации, обозначая статус и возможности особой на верхних ступенях биосоциальной иерархической лестницы.

На поздних же этапах развития первобытных обществ, когда в связи с процессами, ведущими к утверждению цивилизации, в реальной жизни все более и более проявляет себя автономная особь, ее самостоятельная разумная деятельность, дозволительные элементы стали приобретать также самостоятельную, и притом возрастающую, значимость. Естественное право в этих условиях имеет уже значение не просто выражения требований жизнедеятельности, а прежде всего таких

требований, которые воплощают свободу индивида как такового, свободу и самостоятельность автономного человека.

И именно в данном отношении формирующаяся в недрах первобытнообщинного строя свобода поведения человека выступает предпосылкой и предвестником не только перерастания родоплеменной организации в более социально высокую структуру (государство), но и особого, юридического регулирования объективированного нормативного образования — позитивного права.

5. Цивилизация и позитивное право. Наличие предпосылок юридического регулирования в первобытном обществе и возможность обозначать некоторые из них термином «право» еще не означают того, что в обществе возникло и вошло в его структуру позитивное право — особое институционное образование с набором характерных для него свойств, занимающее самостоятельное и высокое место среди других социальных институтов, также выполняющих регулятивные функции.

Но вот в условиях цивилизации, когда сообщество разумных существ — людей самоутвердилось и стало развиваться на своей собственной основе (частной собственности, рыночной экономики, политической власти, институтов духовной жизни), происходит то, что может быть названо *явлением позитивного права*, во всех смысловых значениях и оттенках этого выражения. То есть явлением в смысле крупного исторического события и факта, вошедшего (пожалуй, даже ворвавшегося) в жизнь людей, и одновременно процесса, которые характеризуют:

во-первых, рождение, появление на свет принципиально нового социального образования, института, «отчужденного» от иных явлений, институтов;

во-вторых, весьма своеобразные условия его возникновения, формирования и развития;

и, в-третьих, то, что «явил» собой сам этот феномен — его принципиальные особенности, специфические черты и место, занятое им в обществе, в жизни людей.

6. Императивы цивилизации. Главное, что необходимо отметить, характеризуя рассматриваемое «явление», заключается в том, что право (в строго юридическом значении, т.е. как позитивное право) — это логически и исторически неизбежный продукт цивилизации, ее императивов.

Что это за «императивы»?

Сложившиеся еще на заре существования человеческого рода виды регуляции (мононормы, их обособляющиеся компоненты: первобытная мораль, религиозные нормы, корпоративные нормы, обычаи-ритуалы, система табу), обусловленные природной необходимостью,

в условиях первобытного общества вполне справлялись с обеспечением нормальной, упорядоченной жизни людей в их сообществах — родах, племенах, союзах племен, в межплеменных взаимоотношениях.

Но вот человеческий род стал входить в условия цивилизации, — условия, когда обеспечение существования, функционирования и развития общества как сложной и динамичной системы сопряжено с самостоятельной, разумной деятельностью индивидов, их объединений и вытекает из потребностей целостного организма, несравненно более высокого, более сложного (и одновременно менее устойчивого) порядка, чем первобытное общество¹. Жизнь людей начала строиться не только на основе суровой природной необходимости и некоторых социально-организованных элементах первобытного общества,

¹ Среди многих причин и обстоятельств, выражающих вступление общества в условия цивилизации, представляется необходимым выделить два решающих первичных фактора, которые в конечном итоге через веерообразные последствия перевернули жизнь людей, в том числе вызвали глубокую революцию в социальном регулировании. Это факторы, являющиеся проявлениями и поразительными (выбивающимися за пределы чисто природного бытия) результатами разумной творческой деятельности человека, сообществ людей: *первый (материальный)* — появление избыточного продукта в материальном производстве (примечательно, что, по тонкому замечанию Н.А. Бердяева, «избыточный продукт» в духовной жизни в период Просвещения тоже породил гигантские веерообразные последствия) и отсюда возможность и возрастание «вложений», осуществляемых в виде собственности в условиях экономической свободы и рынка, — основы саморазвития экономики;

второй (гуманитарный) — появление в обществе принципиально нового, гуманитарного начала: обособление отдельного человека от «целого», обретение им качества автономной личности, самостоятельного индивида с социально обусловленной необходимостью обеспечения его свободы, самостоятельной творческой деятельности, индивидуальности, а в этой связи создание и развитие общественных форм, направленных на обеспечение свободы, самостоятельности, активности и предприимчивости личности в экономике (экономическая свобода) и адекватных институтов общественно-политической жизни (утверждение народовластия, демократии). А отсюда — внедрение в жизнь общества, в саму его органику *нормативных начал, соответствующих указанным человеческим ценностям.*

Эти два первичных фактора глубоко, органично связаны с тем, что в обществе утверждаются начала разума (во всех его противоречивых проявлениях), интеллектуальные и деятельно-активные начала, и общество становится структурированным, прежде всего по признакам отношения к результатам и формам разумной творческой деятельности, к собственности, и в этой плоскости классовым, «стартовым». Отсюда распад некогда монолитного «целого» — первобытнообщинного строя, трансформация родоплеменной структуры, тенденции к ее перерастанию в государственную организацию, дифференциация и усложнение общественной жизни. А в этой связи — нарастающие центробежные тенденции нового витка энтропии и объективной устремленности к распаду, что в свою очередь в качестве встречных тенденций вызывает появление интегративных и вместе с тем еще более усложняющих жизнь структур, формирование особого органа власти — государства, а также идеологии, прежде всего религиозной, выраженной в церковных учреждениях.

включая биологические (зоологические) компоненты, но и со временем на своей собственной основе. На таких созданных самими людьми, их самостоятельной деятельностью как разумных существ и получивших собственную («отчужденную») жизнь социальных феноменах, как персонифицированная (частная) собственность, рыночная экономика, политическая власть, институты духовной, религиозной жизни.

Именно потребности закрепить, сделать незыблемыми отношения, складывающиеся в условиях цивилизации, прежде всего закрепить, сделать незыблемой персонифицированную (частную) собственность, а владение и распоряжение ею — беспрепятственным, утвердить экономический статус товаровладельцев, необходимость обеспечить для них строго определенные, устойчивые и гарантированные экономические связи, постоянные, прочные и обязательные для всех предпосылки хозяйственной, коммерческой деятельности, надежные и стабильные условия для самостоятельности, активности, инициативного действия, — все это во многом предопределило формирование как системы стабильных властных отношений (государства), так и качественно нового нормативного регулятора — позитивного права.

Выполнить такого рода задачи было не под силу ранее существовавшим, первобытным по своей органике формам регуляции. Поэтому-то здесь и потребовался принципиально новый, несравненно более мощный и стабильный регулятор, который был бы рассчитан на разумное существо — человека (со всеми разноплоскостными проявлениями его разума, его «я»), который, включая сложные комплексы юридических средств и механизмов, обладал бы значительным потенциалом регулятивной энергии.

Какие же в этой связи «сработали» требования (императивы) цивилизации, обращенные к системе регуляции? В особенности во взаимоотношениях между людьми и новыми социальными образованиями, институтами? Да притом так, чтобы в обстановке самостоятельной разумной деятельности людей, их объединений, невероятно сложных, подвижных, хрупких условий жизнедеятельности достигались и гарантировались стабильность, устойчивость, надежность всего социально-го организма, оптимальные условия и формы его функционирования?

Нередко при ответе на эти и им подобные вопросы внимание сразу же, как уже отмечалось, обращается на необходимость высокой и строгой нормативности в системе социальной регуляции, характерной для позитивного права. Причем такой регуляции, которая в отличие от морали и обычаев должна иметь и действительно имеет характер всеобщности (притом в значении всеобщности) — способность разом

и единообразно распространяться на всех субъектов в пределах данного сообщества, сколь бы велико оно ни было.

И вот здесь нужно еще раз сказать: да, это требование (императив) жизни людей в условиях цивилизации является весьма существенным, в особенности на более высоких ступенях исторического развития, когда человечество от конгломерата «малых обществ» постепенно переходит к социальным образованиям «больших обществ» — обществ территориально обширных и этнически (конфессионально) многоликих государств, их объединений, империй, и когда (что еще более существенно) значение «нормативного» в связи с развитием цивилизации все более раскрывается в высоком социальном значении — как средство преодоления беды и проклятия общества, антипода права — производства, насилия с принципиальной гуманитарной стороны.

Но необходимость высокой и строгой нормативности не является все же в отношении системы социального регулирования в условиях цивилизации исходным, первичным, и тем, что в условиях цивилизации появляется «сразу», «вдруг». Ведь исходное, первичное здесь — это обеспечение нормального, упорядоченного функционирования и развития складывающихся отношений и порядков, преодоление возможных сложных ситуаций, столкновений интересов, конфликтов. Причем так, чтобы сама по себе конфликтная среда (конкуренции, соревнования), оставаясь, как показал И. Кант, наряду с ее негативными характеристиками, главной движущей силой саморазвития общества, сохраняла свой позитивный потенциал, не стала бы фактором саморазрушения общества и тем более главной бедой, проклятием общества — господством насилия и произвола.

7. Необходимость новых средств регуляции. И вот решающее, самое главное, что императивно потребовала сама жизнь в условиях цивилизации, заключается в необходимости появления на свет, формирования (институализации) и надлежащего использования своеобразных с р е д с т в регуляции. Таких средств, которые отличались бы по своим исходным характеристикам по крайней мере следующими тремя качественно специфическими чертами:

в о - п е р ы х, определенностью по содержанию — возможностью предельно точно, при необходимости до мельчайших деталей зафиксировать и закрепить условия поведения лиц, а также обязательные последствия, наступающие при наличии тех или иных фактических обстоятельств;

в о - в т о р ы х, твердостью (одновариантностью, надежностью), не менее жесткой, чем это характерно для природной необходимости,

для обычаев (табу), и вместе с тем такой, которая бы охватывала новые сферы жизнедеятельности, самостоятельную разумную деятельность людей, в особенности то, что может быть названо дозволениями, и отличалась возможностью надежно закрепить и обеспечить данные институты и отношения на неопределенное время вперед («навечно», «навсегда», что, кстати, стало одной из важнейших предпосылок для придания соответствующим юридическим средствам высокого нормативного характера, да и других черт и особенностей, о которых речь пойдет в следующих пунктах);

в - т р е т ь и х, публичной гарантированностью того, что данные условия поведения и обязательные последствия будут обеспечиваться при помощи самой мощной силы в данном обществе – прежде всего (или в отношении отдельных юридических систем – в том числе, но обязательно) при помощи государственной власти, ее принудительных механизмов.

И вот что еще в высшей степени существенно. Отмеченные качественно специфические черты дали еще один, не менее существенный эффект. Это способность новых средств социальной регуляции противостоять насилию и произволу, которые по мере развития общества (в том числе разворачивания негативных сторон разума конкретного человека, опирающихся на его индивидуализм, – эгоизма, хитрости, коварства и т.д.) приобретали в жизни людей все большее значение, в особенности тогда, когда они воплощались в насилии и произволе. Причем эта «способность» новых средств регуляции во многом проявилась как бы сама собой, спонтанно и, что не менее существенно, также и в отношении главной гарантирующей силы общества, – государственной власти. Так строгая определенность складывающихся отношений (к тому же подкрепленная такими качествами, как «твердость», «гарантированность») сама по себе вводила государственную деятельность в четкие рамки, ставила пределы в возможностях властвующих лиц; и уже одно это делало новую систему социальной регуляции основным инструментом, способным противостоять произволу власти, осуществляемому через нее насилию.

В ходе социального развития средства регуляции, обладающие указанными чертами, обрели нормативный характер и вместе с тем государственную суверенность. Это значит, что решения государственной власти, содержащие эти средства регуляции, – решения не только общеобязательные (всеобщие), но и по каждому вопросу единственные и окончательные.

Все это – строгая определенность, твердость, надежная публичная гарантированность (а также нормативность, государственная суверенность) – как раз и является тем, что придает реальность и домини-

рующее значение поведению по принципу «имею право», и, следовательно, тем первичным и решающим, что делает такого рода порядок в человеческих отношениях правовым в специальном юридическом значении и раскрывает потребность человеческого сообщества в позитивном праве — публичном основании, определяющем, «кто» и «что» вправе или не вправе делать, поступать.

И хотя повсеместно, во всех уголках планеты, такое позитивное право первоначально неизменно выступает не в «нормах», а в единичных, индивидуальных актах, опирается на явления естественного порядка — обычаи (и потому выступает в качестве обычного права), оно все же, поскольку речь идет именно о позитивном праве, так или иначе реализуется в решениях публичной власти — сначала самих правителей, затем особого института — суда, других учреждений юстиции, обладающих силой императивно-властных прерогатив.

И уже это означает, что при разрешении жизненных ситуаций в действие включаются в том или ином объеме и качестве рациональные, духовные начала, принципы и императивы морали данной эпохи, а главное — сила государственного авторитета и принуждения, самая мощная из всех возможных сила в обществе. А отсюда — действие единой юридической системы, включающей наряду с определенным набором юридических средств также функционирование юридических учреждений — правотворческих (законодательных), судебных.

8. Еще о главных императивах цивилизации и праве. Подводя итог рассмотрению императивов цивилизации, которые вызвали к жизни позитивное право, и сделав в связи с этим акцент на первичных императивах (требованиях определенности, твердости, гарантированности), необходимо вместе с тем обратить повышенное внимание на то, что, как отмечалось выше, делает право мощной силой, противостоящей насилию и произволу, и на то, что в ходе общественного развития выражает в о с х о ж д е н и е права с точки зрения цивилизации, раскрывает его смысл, историческое предназначение, его роль в решении коренных задач человечества, сообщества разумных существ — людей.

Это — историческая предназначенность позитивного права, во-первых, в *действительной реализации свободы человека* и, во-вторых, в *преодолении произвола и насилия*. Шаг за шагом, двигаясь по сложным, замысловатым путям и порогам исторического развития, продираясь сквозь необозримое сцепление социальных, биологических, психических и иных причин и условий людского бытия (и все время откликаясь на них), право неуклонно, со временем все более раскрывает этот свой истинный смысл и историческую предназначенность.

Как раз с указанной исторической предназначенностью права, наряду с его свойствами, обеспечивающими определенность, твердость и гарантированность социального регулирования, его государственную суверенность (а значит, стабильность, надежность всего социального организма), существенное значение приобретают и иные, социально и юридически более значимые свойства.

Это – *качество нормативности*, приобретающее в позитивном праве значение *всеобщности (общеобязательности)*, *свойство «равновесности»*, а также (что станет предметом рассмотрения в третьей части книги) особенности права как явления *исконно гуманистического порядка*.

И еще один момент из данной группы вопросов. То, что в этой книге называется «императивами цивилизации», предопределяет, стало быть, не только основные особенности позитивного права как мощного, уникального социального регулятора, но и его своеобразие по содержанию. В том числе и те черты права, которые связаны с его глубокой социальной предосновой, его особой логикой и его исконной исторической предопределенностью служить свободе человека, противостоять произволу, насилию.

И вот один из центральных моментов, который хотелось бы, чтобы остался в памяти при рассмотрении всех многосложных проблем книги. Право как особое социальное явление (институт) изначально, по своей исходной природе потому и появилось на свет и потому оказалось «нужным» Истории и человечеству (и именно с таким наименованием, какое у него есть), что оно призвано «служить» п р а в а м, д о з в о л е н и я м.

9. Дозволения – решающее звено формирования и развития позитивного права. В связи с переходом общества в условия цивилизации в системе социального регулирования первобытных обществ происходят важные изменения, касающиеся самих глубин, регулятивной основы позитивного права. Наиболее существенные из таких изменений, уже упомянутых при обосновании феномена права, затрагивают тот компонент глубинной структуры социального регулирования, который выражен в *дозволениях*¹.

¹ Вместе с тем нужно видеть и другие изменения в «глубинах» социального регулирования при переходе человеческого рода в условия цивилизации. Среди этих («других») изменений представляется важным выделить следующие два.

Первое. Это преобразование и изменение запретов в системе социального регулирования. Дело не только в том, что по мере разложения первобытнообщинного строя запреты преобразуются по содержанию. Из средства, обеспечивающего сплоченность и единство коллектива, они все более превращаются в средство консервации сложившихся порядков и отношений, фиксации привилегий, неприкосновенности статуса тех или иных субъектов, их прав, что отражается на характере компенсационных и карательных санкций и многих других институтов. Весьма существенно и то, что в связи

Еще в обстановке первобытного общества дает о себе знать тенденция обретения дозволениями особой и притом все более возрастающей роли. Если на начальных стадиях развития первобытного общества права отдельных членов коллектива и органов самоуправления представляют собой главным образом оборотную сторону за-

с «расщеплением» мононорм запреты, являющиеся по своей природе требованиями естественного права, в основном «уходят» в сферу морали, чаще всего в морально-религиозные нормы. А уже из области морали и религии они, вобрав в себя многое из этих сфер общественного сознания, воздействуют на общественную жизнь, а также (обратим внимание на этот момент!) воспринимаются позитивным правом. Такой многоступенчатый, зигзагообразный путь развития запретов в условиях цивилизации еще более упрочил их общий характер (в указанном ранее смысле), продиктованный их изначальностью и вытекающей отсюда непрерываемостью, жесткостью, освятил их известными моральными идеалами и принципами, религиозными догмами и представлениями.

В связи с этим, помимо всего иного, становится ясным, почему повсеместно при формировании и развитии позитивного права в качестве ближайшего источника юридического регулирования выступали мораль и религия (и ключевую роль играли тут господствующие индивиды — носители господствующей морали и религиозных культов) и почему они постоянно представлялись как явления изначально более высокого ранга, чем право, нормы закона. Хотя, надо заметить, в действительности глубинный источник соответствующих нормативных положений нужно видеть хотя бы в таких основах общественной жизни, как собственность, власть, идеология, других условиях жизнедеятельности людей в обществе (а по крупному счету — в еще более глубоких, уже упомянутых основаниях, относящихся к природе, к трансцендентным началам), а господство морали, опирающееся на власть и идеологию, следует воспринимать как фактор доминирования традиционных устоев общественной жизни.

Второе. Это повышение удельного веса и изменение характера позитивных обязываний, причем теперь обязываний властно-императивного характера, исходящих от органов власти и должностных лиц, обладающих властью.

В связи с переходом первобытного общества от присваивающего к производящему хозяйству, развитием земледелия, скотоводства, ремесла оказалось необходимым в большей мере использовать и такой компонент социального регулирования, как позитивные обязывания, вводящие активное поведение субъектов не только в строго определенное русло, но и придающие ему заданную направленность и социальную неотвратимость. В условиях цивилизации удельный вес позитивных обязываний возрастает настолько и их характер изменяется так, что они вслед за запретами заняли видное место в системе социального регулирования. Причем по мере перехода от родоплеменной к государственной организации общества не просто возрастает «объем» позитивных обязываний, но и изменяется их качество: они в подавляющей своей массе приобретают властный характер, становятся носителями властных велений.

Вместе с тем вряд ли было бы правильным видеть в позитивных обязываниях, обусловленных организацией земледелия, скотоводства и ремесла, чуть ли не главный качественный сдвиг в системе социального регулирования, характеризующийся, в частности, возникновением позитивного, писаного права. Ведь позитивные обязывания могут существовать (и долгое время в первобытных обществах существовали) в рамках табу. Для системы же социального регулирования в условиях цивилизации наиболее примечательным стало только что отмеченное изменение характера позитивных обязываний, приобретение ими в ряде областей жизни общества заданного характера, властно-императивных черт.

претов (и предписаний), неотделимы от них, то по мере все большего включения в жизнь людей начал разума, самостоятельной, разумной творческой деятельности, обретения человеком самостоятельного социального статуса автономной личности все более самостоятельное значение приобретают *субъективные права*, выражающие известную дозволенность того или иного поведения. И хотя по своей сути такого рода дозволенность остается по большей части (в основном в публичной сфере) правом сильного, она постепенно обретает цивилизационные черты: сначала в виде кулачного права, затем права власти и, наконец, права государства в целом, выражаясь в статусе всех субъектов права. В сфере частного права – в статусе субъектов на началах равенства, правовой суверенности¹.

В этой связи нужно видеть, что само развитие дозволений стало реализовываться преимущественно в двух противоречивых, во многом несовместимых плоскостях:

- а) в плоскости политической власти, когда государство, иные субъекты политической власти становятся носителями властных функций и через властные дозволения обретают право поступать по своему усмотрению (что по мере общественного развития натолкнулось на встречную тенденцию – стремление поставить «усмотрение» в строгие рамки);
- б) в плоскости дозволений для индивида, автономной личности, иных субъектов с частноправовым статусом, когда дозволения имеют характер меры социальной свободы, самостоятельности и собственной активности субъектов.

Указанные начала в области дозволений («властно-императивные дозволения» и «автономные дозволения») – своего рода фокус всей последующей истории социального регулирования. Если в области первого из указанных начал («властно-императивных дозволений»), образующих своего рода первооснову публичного права, продолжает господствовать в цивилизованном виде право сильного, то именно

¹ Этнографические данные свидетельствуют о сложных, многоступенчатых процессах формирования дозволений – субъективных прав. Первоначально в области имущества они подчас носили характер права собственности родового ядра и права пользования ею общины, связывались с домохозяйствами, семьями. Интересно, что «в послеродовых общинах земледельческая продукция, как правило, потреблялась внутри хозяйств и отдельных семей, тогда как охотничья, а иногда и рыболовецкая добыча широко распределялась между всеми общинниками. В отношении первой, таким образом, действовали новые нормы, выработанные в условиях развития производящего хозяйства, а в отношении второй – древние традиционные нормы, доставшиеся в наследство от предшествующей эпохи» (см.: История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. С. 356).

второе из начал («автономные дозволения»), свойственное по своим истокам частному праву, как раз открыло новые перспективы в социальном регулировании, его развитии в преимущественно дозволительную систему социальной регуляции.

Итак, хотя юридические дозволения и не становятся с первых же фаз цивилизационного развития преобладающей по объему частью позитивного права, они, в особенности «автономные дозволения», с самого начала приобретают значение решающего звена, которое определяет бытие и судьбу позитивного права.

Ведь и другие (поначалу и долгое время преобладающие) способы регулирования, запреты и позитивные обязанности, в условиях цивилизации оказываются в юридической сфере тесно связанными с дозволениями, а с запретами вообще образуют нераздельную «пару».

Но главное здесь — это сами юридические дозволения, выраженные в субъективных правах. Поскольку юридические дозволения по мере развития цивилизации все более основываются на автономии и самостоятельности отдельных субъектов, они с юридической стороны вносят в материю права принципиально новые элементы, меняющие весь ее облик. Помимо иных характеристик, эти новые элементы заключаются в том, что в отличие от запретов и позитивных обязываний, непосредственно опирающихся на власть (или мораль, религиозно-моральные механизмы), само существование юридических дозволений, а еще более — их реализация требуют неведомой ранее целой системы особых, отработанных, строго фиксированных и «сильных» средств и механизмов обеспечения — гарантий и форм защиты, субъектом и «распорядителем» которых должна быть автономная личность.

Отсюда и следует, что юридические дозволения выступают в качестве главного фактора, фактора самого значительного, определяющего бытие и судьбу позитивного права, его формирование как и н с т и т у ц и о н н о г о н о р м а т и в н о г о о б р а з о в а н и я, без которого невозможно сделать постоянной реальностью указанные юридические средства и механизмы.

10. Публичное и частное право — сквозные линии правового развития. История развития права реализуется через публично-правовую и частноправовую культуру, проходит по двум самостоятельным (и одновременно тесно взаимодействующим) сферам — публичного права и частного права, по двум различным, в чем-то даже несопоставимым феноменам, особым «правовым континентам».

Как это ни покажется неожиданным, для права как явления цивилизации исходной, первичной сферой (если не исторически, то логи-

чески) является частное право, т.е. правовая сфера, которая не является продуктом и инструментом государственной власти (и в этом отношении не представляет собой «продукт, производный от власти», хотя и находится с ней в постоянной связи), а рождается спонтанно, в силу требований самой жизни, под ее напором в условиях перехода общества в эпоху цивилизации, под действием ее жестких императивов. Весьма показательно, что те же факторы, связанные с разумом, разумной творческой деятельностью индивида, которые определили развитие общества при переходе к цивилизации (в том числе частная собственность, обособление отдельной, автономной личности), обусловили необходимость существования и интенсивного, во многом преимущественного, развития «горизонтальных» юридических отношений, которые бы строились на наличии множества юридически суверенных «центров», самостоятельности субъектов, на свободном определении ими условий своего поведения.

И вот тут важно отметить, что частное право — само по себе явление парадоксальное. Оно предоставляет людям — отдельным гражданам, их объединениям, иным частноправовым субъектам — простор в определенном круге отношений свободно поступать сообразно их интересам, их собственной воле, самостоятельно, самим определять условия своего поведения и т.д. При этом предполагается или прямо декларируется, что применительно к отношениям такого рода государственная власть как бы остается в стороне, она не вправе произвольно вмешиваться в частноправовые отношения. Здесь, в сфере частного права, — обитель и господство частных воль и частных интересов, своего рода суверенная территория полноправной личности. В то же самое время сами-то действия субъектов как частных лиц — договоры, односторонние акты собственника и т.д., совершаемые в этой сфере, приобретают «самое настоящее», «полнокровное» юридическое значение. Государство как властный субъект — субъект, который изначально как бы «изгнан» из данного круга отношений, теперь обязан (не парадокс ли?) признавать частноправовые отношения, защищать их всеми законными способами, реализовать при помощи всей системы своих принудительных органов и средств.

Так что деление права на публичное и частное — не просто классификационное подразделение, позволяющее распределить юридические нормы и правоотношения по наиболее крупным рубрикам. (Тем более что в результате взаимодействия публичного и частного права границы между ними не всегда являются достаточно строгими, примеры тому — трудовое право, семейное право.) Публичное

и частное право – качественно разные области правового регулирования, два разных «юридических континента» или разные «юридические галактики».

С первых стадий цивилизации право так и развивается в составе двух относительно самостоятельных сфер, по двум руслуам – публичного и частного права. И поскольку в любом обществе (понятно, в различном соотношении, в разных пропорциях) существуют государственные и частные интересы, дела, соответствующие области отношений, то более или менее развитое право только и может существовать и развиваться при наличии двух соответствующих сфер – публичного и частного права. Причем уровень «развитости» права в целом, его «качество» во многом обусловлены тем, насколько развита каждая из указанных сфер, что решающим образом влияет и на понимание права в целом, и на состояние практической юриспруденции¹. Недостатки в этом отношении и тем более умаление одной из сфер (например, частного права) приводят, помимо всего другого, к деформации всей правовой системы страны, к ее однобокости, ущербности, а отсюда – и к сбоям, нарушениям, порой весьма значительным и драматичным, во всей жизни общества, в перспективах его развития.

11. Историческая и логическая неизбежность. Теперь – завершающий вывод, вытекающий из самого факта «явления права» в условиях цивилизации.

Позитивное право – логично для цивилизации. Логично и с точки зрения неизбежности своего возникновения, появления на свет, и с точки зрения необходимости для человеческого общества в существовании, последующем развитии, что и выражает одну из важнейших черт логики права. Того, что в условиях цивилизации не может не существовать особый институт, альфой и омегой которого являются права участников общественной жизни.

С момента своего возникновения позитивное право благодаря отмеченным выше исходным чертам (определенности по содержанию, твердости, гарантированности) и в не меньшей мере качествам высшего порядка – высокой нормативности (всеобщности), государственной суверенности – приобрело значение неотъемлемого элемента структуры любого общества в условиях цивилизации, принципиально

¹ И.А. Покровский отмечает, что юриспруденция «инстинктивно чувствует» в различении публичного и частного права «...глубоко принципиальное; она смутно улавливает глубокую разницу в самом духе права публичного и частного...» (Покровский И.А. Указ. соч. С. 38).

важного фактора его существования и развития, его судьбы, связанной со свободой человека, субъективными правами и одновременно возможностью противостоять насилию и произволу. Иными словами, приобрело значение неизменной в условиях цивилизации основы нормального, упорядоченного существования человеческого рода — и в целом, и в отношении отдельных его ареалов, тех или иных исторически определенных цивилизаций.

Печальной, трагической для человеческого общества альтернативой хлопотной, рутинной, нередко раздражающей юридической материи, столь не любимой людьми (всеми нами) в обыденной, повседневной жизни, является хаос, произвол, самоуничтожение людей. Плюс к этому надо видеть и то, что вся эта юридическая материя обладает рядом существенных, в немалой степени принципиально важных для общества и каждого человека достоинств, порой уникальных, свидетельствующих о некоторых, зачастую утверждающихся исподволь особенностях права и тенденциях в правовом развитии, а отсюда — и о какой-то значительной, не во всем еще разгаданной наукой роли и предназначении права в жизни человека и всего общества, связанных с гуманистическими ценностями и идеалами.

Позитивное право с этих позиций — не только мощный социальный регулятор, но и явление, относящееся к самой сердцевине цивилизации и культуры.

Важное подтверждение этого — в том, что в непрерывной череде исторически сменяющих одна другую на протяжении тысячелетий общественных и государственных образований, «строев», культур, целых эпох именно преемственность права являлась показателем и выражением (а пожалуй, еще и «институтом обеспечения») непрерывности человеческой цивилизации и культуры.

При этом позитивное право — не только связующее звено между эпохами, связь людей во времени. Есть весьма значительные основания утверждать, что именно позитивное право является наиболее мощным средством для формирования единой *непротиворечивой нормативной основы деятельности людей*, а отсюда — для *интеграции*, для объединения людей, территорий, государственных образований.

Особо велика в рассматриваемом отношении миссия частного права. Здесь, в сфере частного права, не могут не господствовать общезначимые интересы отдельных людей, собственности как экономического института, частного производственного дела и рынка, и отсюда — *изначально однотипные формы регуляции поведения*. Именно это

обстоятельство позволяет *частному праву быть в принципе однородным, общезначимым, универсальным инструментом регуляции для различных стран, регионов, территорий.*

Факты свидетельствуют, что «правовые узы», базирующиеся на началах частного права, являются естественными для человека как разумного и свободного существа и потому наиболее крепкой и надежной цементирующей основой, позволяющей объединять деятельность людей. И происходит это потому, что сами-то эти «узы» не являются инструментами внешнего господства и навязывания внешней воли, а в современных условиях (в особенности в виде частноправовых институтов) представляют собой правовые формы самостоятельности и активности, упорядочения и согласования интересов самих участников общественных отношений, цивилизованных форм перевода активности людей в творческое, созидательное дело, т.е. правовые формы, действующие «изнутри», через разум и свободу самих субъектов, их интересы¹.

В целом же, во всем своем многообразии и разноликости, в составе всех своих подразделений, позитивное право, возникнув как институт цивилизации в соответствии с ее требованиями, как один из ее первых «блоков», стало носителем этих требований, сконцентрированных на свободе, правах людей, механизмом претворения их в жизнь, обеспечивающим «самоподдержание» общества, его естественное, поступательное развитие и одновременно (и в этой связи) ставящим преграду насилию и произволу в обществе.

¹ Обо всем этом свидетельствует история Древнего мира. Ведь обширные по масштабам античности территории Рима соединили в единую империю не только высокоорганизованные армейские легионы Рима, но в не меньшей степени римское частное право, которое и сложилось и действовало не столько в качестве строго «римского», сколько в качестве права *универсального*.

Это же произошло и в Европе — и в Средневековье под покровом католической церкви, и в более близкую от нас историческую пору. В Германии разрозненные немецкие княжества и «земли» также связали в целостное государственное единство, при всей значимости властных акций правителей, в конце XIX в. — Бисмарка, единые нормы «возрожденного» римского права и в особенности — Германского гражданского уложения.

Да и в наши дни интегрирующей силой современной Западной Европы стали не столько административные и даже не единые законодательные учреждения объединяющихся европейских стран (как нередко считают), сколько «объединенное европейское частное право», основанное на римском договоре 1960-х гг. и деятельности Европейского Суда. И именно оно, «объединенное» европейское частное право (возможное в связи с однотипностью гражданского права европейских стран), имеет значение основы и стержня не только «общего рынка», но и всего европейского единства, приближающегося по своему уровню к типу федеративного объединения.

§ 2. Юридические системы

1. Особенности национальных юридических систем и их семей. В своем развитии право имеет долгую многотысячелетнюю, многоплановую историю. Нередко – причудливую, самобытную в различных регионах мира, порой с провалами, уходом в небытие, с дерзкими рывками в будущее или с «поворотами назад» и зигзагами, зависящую от многообразных условий и обстоятельств, по большей части основополагающих, глобальных, глубинных в том или ином регионе, а подчас имеющих характер случая, личных свершений великих умов, умудренных профессионалов или самодурства и просто прихотей отдельных властвующих персон.

Право подошло к третьему тысячелетию христианской эры в состоянии поразительного многообразия («многоцветия», как сказал один из юристов) существующих правовых систем. Систем столь же многочисленных, сколь велико количество и многообразие ныне существующих государственных образований (ныне приближающихся к двумстам), облик которых к тому же говорит не только о наличии черт, но подчас и о прямом присутствии категорий и ценностей ушедших в прошлое культур и цивилизаций, и которым одновременно присущи признаки, свидетельствующие о все более интенсивном формировании новых интегрированных правовых структур. И в этой связи – наглядно и убедительно подтверждающих то обстоятельство, что именно в праве концентрируется «связь времен» (подчас с «опережением») – духовные, интеллектуальные достижения человечества, оставляемые предшествующими поколениями, начиная от античности, а быть может, и более древних цивилизаций, своим потомкам, будущим цивилизациям, культурам для восприятия и последующей «исторической эстафеты».

И потому в поразительном многообразии существующих и существовавших в прошлом юридических систем (именно «юридических систем», т.е. в позитивном праве, рассматриваемом в единстве, в комплексе с юридически значимыми реалиями – судебной практикой, правовой идеологией) живут в качестве наличных реальностей и наглядно проступают в том или ином виде многие важнейшие ценности человеческой цивилизации, культуры. Это во многом и предопределяет сам факт существования отдельных ареалов, «группировок» или, по сложившейся в юриспруденции специфической терминологии, – семей юридических систем.

Конечно, говоря о такого рода «семьях», не упустим из вида то обстоятельство, что основное значение в мире правовых явлений при-

надлежит самим национальным юридическим системам — системам обществ с более или менее развитой государственной организацией, в которых складываются нации в современном их значении и соответственно утверждается свое, национальное право («национальное» — в значении отдельного самостоятельного, суверенного образования того или иного государства).

Именно в национальной правовой системе аккумулируются принципиальные особенности данной исторически конкретной цивилизации, культуры, нации как общегосударственной категории, экономического, политического духовного развития, самобытность тех «поворотов» в становлении и совершенствовании юридических отношений, характерных для той или иной страны. Да и к тому же материнской основой и источником этих семей становятся, в зависимости от своеобразия исторического развития и культур, те или иные юридически самобытные национальные юридические системы — одна или несколько.

Вместе с тем особенности права, его свойства и черты раскрываются в немалой степени (и притом в принципиально важных особенностях) в семьях национальных систем, где в общем-то однотипные элементы, зародившиеся на первых фазах формирования права, получили на основе особенностей и ценностей той или иной цивилизации, культуры (в сложной взаимосвязи с другими цивилизациями, культурами) своеобразное развитие — воплощение в комплексе особых институтов и форм, образующих особый юридический тип права (что и характеризует семью правовых систем).

2. Юридические основания классификации правовых семей. Решающий пункт, который в данном месте имеет определяющее значение, заключается в том, что, наряду с возможностью классификации национальных юридических систем по общецивилизационным или даже идеологическим критериям (например, по «формациям»), приоритет должен быть отдан критериям юридического порядка.

По каким же основаниям при таком подходе следует различать семьи правовых систем?

В рассматриваемом отношении заслуживает внимания классификация правовых семей Рене Давида, которая, хотя в общем плане и сориентирована на социальные моменты, в основном все же базируется на юридических особенностях, преимущественно — особенностях структуры и источников права. Под этим углом зрения в классификации Р. Давида обоснованно выделяются две основные семьи — романо-германское право и общее, прецедентное право. В то же время автором поставлено в один ряд с этими двумя основными семьями «социалистическое

право»¹, а также, преимущественно в описательном плане, отмечены и «другие виды» (мусульманское право, право Индии, правовые системы Дальнего Востока, правовые системы Африки и Мадагаскара)².

С опорой на разработки Р. Давида может быть признано наиболее общей и вместе с тем строгой классификацией, отражающей юридическое своеобразие юридических систем и одновременно современные философско-правовые подходы, *трехчленное* деление (сначала два, так сказать, «генеральных» юридических типа — романо-германское право и общее, прецедентное право, а вслед за тем в качестве особого, к тому же «сборного» типа, — традиционные, неотдифференцированные системы)³. Это трехчленное деление и может быть положено в основу общей характеристики состояния и развития права в современных обществах.

Но можно ли ограничиться при рассмотрении национальных юридических систем и их семей только такой, наиболее общей классификацией?

В последние десятилетия в правоведении проведены новые углубленные исследования, позволившие с большей строгостью (и с использованием более широкого исторического и современного фактического материала) осмыслить особенности национальных юридических систем с правовой стороны — собственного содержания права. В этом направлении строятся исследования ряда авторов, в том числе К. Цвайгерта и Х. Кётца, которые в качестве критерия типологии юридических систем выдвинули на материале частного права многоэлементный критерий под общим наименованием *стиль* — понятия,

¹ В одной из последних работ, написанной Р. Давидом совместно с Камиллой Жоффре-Спинози, отмечается, что «похоже, что социалистическая правовая семья сходит со сцены, хотя сегодня, на рубеже 90-х годов, трудно предсказать дальнейший ход событий» (*Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 21). Думается, сейчас, спустя десятилетие, «ход событий» уже определен, и он, помимо всего иного, свидетельствует о том, что выделение в качестве особой семьи социалистического права, *равной* романо-германскому и общему, прецедентному праву, едва ли оправданно.

² См.: *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988.

³ Ранее автором этих строк обосновывалось четырехчленное деление: 1) романо-германское право — право континентальной Европы; 2) общее, прецедентное право англо-американской группы; 3) религиозно-общинные, неотдифференцированные традиционные системы Азии, Африки; 4) заидеологизированные системы социалистических стран. Более подробное рассмотрение проблемы показало, однако, что заидеологизированные системы социалистических стран, по сути дела, представляют собой всего лишь особую разновидность третьей из указанных групп (с той лишь особенностью с юридической стороны, что, наряду со своей остроидеологической сутью, «прикрыты» современными юридическими системами, в основном — германской, и развиваются в причудливой связи с этой «видимостью»).

применимого как в отношении отдельной национальной юридической системы, так и групп правовых систем¹.

Эти исследования не только дают основания для более дробной, детализированной классификации семей юридических систем (Цвайгерт и Кётц выделяют восемь семей – романскую, германскую, скандинавскую, общего права, социалистического права, права стран Дальнего Востока, исламского права, индуистского права). Они, кроме того, более непосредственно связывают правовую специфику юридических систем с фундаментальными началами права. В том числе с тем, что при их рассмотрении необходим более тщательный учет своеобразия публичного права и частного права, принципиальных особенностей их развития и содержания².

Вместе с тем теория «стилей» нуждается, надо полагать, в известной корректировке, в развитии. Главное здесь – вот что. При всем многообразии правовых систем и их стилей было бы оправданным все же сделать акцент на т р е х ранее указанных основных семьях – группах качественно своеобразных, контрастных национальных правовых систем, отличающихся особым юридическим строем и имеющих характер «базовых» и в этом смысле классических юридических типов³.

¹ Авторы пишут: «Понятие стиля как отличительной особенности давно уже не является исключительной привилегией художественной литературы или прикладного искусства... В юриспруденции это понятие применяется в кодексе канонического права. Согласно 20-му канону, в случае отсутствия соответствующей ясно выраженной нормы следует вывести норму, подлежащую применению, исходя из аналогии общих правовых принципов, отвечающих понятию канонической справедливости, постоянно действующей господствующей доктрины и стиля и практики римской курии» (Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 107).

² По мнению К. Цвайгерта и Х. Кётца, «факторами, определяющими стиль в рамках теории правовых семей, являются: 1) историческое происхождение и развитие правовой системы; 2) господствующая доктрина юридической мысли и ее специфика; 3) выделяющиеся своим своеобразием правовые институты; 4) правовые источники и методы их толкования; 5) идеологические факторы» (там же. С. 108).

³ Кроме того, на мой взгляд, следует уточнить конкретные показатели группировки семей юридических систем. С этой точки зрения к числу главных критериев основных, «базовых» типов правовых систем следует отнести:

– во-первых, то, что может быть названо «общим фоном» или «климатом» правовой жизни данной страны, или ее *общей и устойчивой инфраструктурой*, в рамках и посредством которой (или – в русле которой) существует и развивается национальное право всех стран данной группы;

– во-вторых, *господствующую правовую идеологию*, т.е. господствующую юридическую доктрину, доминирующие юридические идеи, которые проникают в само содержание действующего права, практики его применения и безоговорочно признаются, почитаются в качестве непреложных, непрекаемых;

В конечном итоге с внешней («зримой») стороны особенности юридических систем, их групп выражаются в их институционном облике — тех их структурных особенностях, в которых проявляется также и правовая идеология, своеобразие общего климата, строя и стиля права в данном обществе.

Все это и предопределяет «главный ряд» — классические, базовые, профильные правовые семьи, каждая из которых отличается качественно, контрастно специфическим юридическим строем (и потому может быть обозначена также термином «тип» — юридический тип¹) и которые прочно утвердились в жизни, в истории, в науке, во всей культуре. Это, как уже отмечено:

— *романо-германское право* (сложившееся и утвердившееся в континентальной Европе) — право, базирующееся на общих нормах, выраженных в законе;

— *общее, прецедентное право* (его основа — англосаксонское право, точнее, с точки зрения «классики», чистых прецедентных форм, — английское право)², основанное на судебных прецедентах;

— в-третьих, *реальную структуру позитивного права, комплекс присущих ему специфических институтов* — правовых средств, юридических конструкций, структурных подразделений («выделяющихся своим своеобразием»), а также правовых источников и методов их толкования.

¹ В литературе отмечается: «...если поместить под одну крышу объединенной романо-германской правовой семьи романское право, право Германии, Австрии, Швейцарии да еще и скандинавское право, то возникает опасность того, что рассмотрение будет ограничено лишь относительно абстрактными элементами общности, которые эти правовые системы, если сравнить их с общим правом, действительно имеют» (*Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 109). Но дело-то как раз в том, что эти «относительно абстрактные элементы общности» раскрывают самые глубинные, существенные во всех отношениях, качественно контрастные черты правовых систем, позволяющие охарактеризовать эти системы со стороны их юридической природы и перспектив развития.

² Термин «общее право» здесь и дальше употребляется как синоним терминам «англосаксонское право» или «право англо-американской группы». При этом в последующем изложении к слову «общее» через запятую добавляется слово «прецедентное», с тем чтобы сразу же выделить основную особенность обозначаемых данным понятием юридических систем.

В современной литературе по сравнительному правоведению в отношении понятия «общее право» отмечается: «Термин «общее право», как ныне выясняется, неоднозначен. Часто под этим термином понимают право англо-американской правовой семьи в целом. Кроме того, этот термин охотно противопоставляют термину «гражданское право», под которым понимают правовую систему стран континентальной Европы, находящуюся под сильным влиянием источников римского права, и родственные правовые системы. Под «общим правом» в узком смысле этого слова понимают лишь право английских королевских судов. Его следует отличать, с одной стороны, от «статутного» права, формируемого законодательными актами английского парламента, а с другой стороны — от права справедливости. При этом под правом справедливости

– *традиционные неотдифференцированные системы*, содержание которых во многом определяется религиозными и общинными, традиционными началами, философскими, идеологическими доктринами. Сюда же, к рассматриваемому правовому ареалу, относится современная, в чем-то уникальная, разновидность этой группы (по некоторым внешним признакам близкая к другим «классическим» подразделениям, в основном к романо-германскому праву) – *социалистическое право*, основанное на коммунистической правовой идеологии, а также, особенно в России, в других азиатских социалистических странах, на традиционных восточных идеологиях, в том числе выраженных (о чем дальше будет сказано особо) в феномене византийского права.

Таковы главные ареалы права, определяющие магистральные пути современного мирового правового развития.

Выделяя с должной строгостью указанные три базовые семьи, нужно не упускать из поля зрения в рамках единой систематики и другой («вторичный») ряд юридических систем. Это те разновидности национальных юридических систем, которые по своей основе, в принципе относятся к одной из классических групп, но одновременно, действительно, имеют, в отличие от систем данной группы, свой особый «стиль», порой специфический оттенок в своем содержании и развитии, или, как отмечалось в литературе, «особый тембр», «особый голос», «окраску». Тут, действительно, могут быть особо выделены такие семьи «второго ряда», как отдельно романское право, отдельно германское право, скандинавское право, отдельно английское право, отдельно американское право, исламское право, индуистское («индусское») право.

Возвращаясь к основному, базовому ряду юридических систем, хотелось бы вновь заметить: первые две правовые семьи этой группы (романо-германское право и общее, прецедентное право) во многом близки друг к другу – и по своим историческим корням, и по заложенным в их основе духу и принципам христианской культуры, а главное – по *чистой* (отдифференцированной) юридической специфике, отсюда – по основным исповедуемым ими правовым ценностям, и в этой связи, по-видимому, по перспективам своего развития, по сближающимся тенденциям их модернизации. Нередко, и для этого есть существенные основания, они одинаково причисляются к *юридическим системам современной западной правовой культуры*.

следует понимать не совокупность общих принципов справедливости, а ту часть материального права, которая отличается от остального материального права тем, что была развита в практике особого суда – канцлерского суда» (*Цвайгерт К., Кёту Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 285).

А вот своеобразии юридических систем, относящихся к числу традиционных, неотдифференцированных, требует специального рассмотрения. Здесь необходимо предварительно разобрать ряд проблем, связанных с формированием юридических систем, логикой права, влиянием на право духовных факторов, процессами «высвобождения» (отдифференциации) или, напротив, «невысвобождения» (неотдифференциации) от такого влияния.

3. Ключевой элемент развития правовых систем – процесс отдифференциации. Формирование и развитие национальных юридических систем, их семей (юридических типов) обусловлены многообразными факторами¹.

Если же исходить из императивов цивилизации, вызвавших к жизни само явление права, то весьма определенно вырисовываются присутствующий здесь, по выражению Канта, «замысел природы» и вытекающая отсюда важнейшая составляющая логики права. Ее суть в том, что позитивное право призвано функционировать и развиваться как рабочий механизм, т.е. по сугубо прагматическим, деловым основаниям – разрешать жизненные ситуации, требующие юридического решения, – строгой определенности по содержанию, твердости, надежной, государственной гарантированности. И хотя в юридических нормах существует «второе измерение» и в них отражаются (существующие и «долженствующие») социальные ценности, проблемы духовного, морального порядка с позиций «замысла природы» и исходных начал логики права являются все же в основном уделом иных социальных регуляторов – морали, религии, корпоративных нормативов.

¹ Думается, наиболее точную обобщенную характеристику этим факторам дал Э. Рабель. Размышляя над проблемой о «научном идеале» понимания права, он говорит: «Материалом для размышления о проблемах права должно служить право всей земли, прошлое и настоящее, связь права с почвой, климатом и расой, с исторической судьбой народов – война, революция, основание государства, порабощение; с религиозными и этическими представлениями; тщеславием и творческой силой отдельных личностей; потребностью в производстве и потреблении товаров; интересами слоев, партий, классов. Воздействуют духовные течения всех видов, так как не одни феодализм, либерализм, социализм производят каждый другое право – и последовательность избранных путей развития права, и, не в последнюю очередь, поиск государственного и правового идеала. Все это взаимно обуславливается в социальном, экономическом, правовом оформлении» (*Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // Rabel E. Gesammelte Aufsätze. Bd. III. 1967. S. 5*). Данная характеристика указанных многообразных факторов в этом месте приведена всего лишь в качестве попутной констатации. В полном объеме, непосредственно в тексте она будет рассмотрена в третьей части книги при характеристике рациональных начал права [III.14.2].

Вместе с тем ряд семей юридических систем, особенно стран Востока, несмотря на свою богатейшую многотысячелетнюю историю (ни в чем не уступающую истории Западного мира), в неполной мере отделяются от иных социальных регуляторов морального и корпоративного типа, и прежде всего от морально-религиозного, сакрального регулирования, господствующих религиозных и философских постулатов.

Здесь, как это и демонстрирует ряд правовых систем современности, те положения и нормы, которые могут быть отнесены к «юридическим», накрепко слиты с явлениями духовного порядка (религиозными догмами, моральными постулатами, мировоззренческими представлениями), неотделимы от них, вне этого единства не существуют. И поэтому их внешнее бытие или, напротив, небытие определяется одновременно, в неотрывном единстве, с бытием или небытием всего, так сказать, комплекса — юридических и неюридических компонентов.

И это не только и даже, пожалуй, не столько отражение предшествующих стадий развития (на чем делалось ударение автором этих строк в других работах, в первом издании книги), сколько свидетельство того, что право сообразно требованиям мирового развития имеет и другую составляющую логики права, которая не сводится к одному лишь «замыслу природы», а отсюда — к особенностям права как сугубо регулирующего, строго определенного по содержанию «агрегата», а несет в себе, оправданно предположить, императивы еще более глубокого, духовного порядка. Быть может, тех, которые находятся «по ту сторону» наших представлений о природе.

Конечно, по мере развития общества в ряде секторов права (особенно — частного, гражданского) со все большей жесткостью дают о себе знать рассмотренные ранее императивы цивилизации, «замысел природы», прежде всего требования строгой определенности складывающихся отношений, их твердости, гарантированности, и значит — потребность специальной юридической («чисто-правовой») регламентации, необходимости решения возникающих жизненных ситуаций на строго юридических основаниях.

Но это ничуть не умаляет «духовное своеобразие» юридических систем Востока, их достоинства с интеллектуальных, моральных сторон. И рассматривая перспективы мирового правового развития, можно с достаточной основательностью предположить, что по-настоящему высоким интеллектуальным, духовным правовым началом, характерным юридическим системам Востока, суждено прорваться именно через чистую материю права [III.16.1].

Так что процесс «отдифференциации» имеет свои пределы. Вовсе не случайно в странах Востока, ряде других регионов утвердились своеобразные, неотдифференцированные правовые системы. Эти правовые системы, хотя, казалось бы, в немалом числе случаев чуть ли не в первоизданном виде перешли в наше время из древних эпох и действительно несут на себе некие черты традиционных обществ, в действительности так или иначе приспособились к новым условиям и, сохраняя по-прежнему значительный регулятивный потенциал, продолжают и сейчас оставаться в качестве «работающих» систем, к тому же способных к последующей модернизации, в том числе к восприятию западной юридической культуры.

4. Духовные основы права – противоречивая судьба. Рассматривая особенности права как эффективного, целесообразного регулятора («агрегата»), не будем упускать из поля зрения интеллектуально-ценностную, духовную сторону позитивного права [II.1.1]. Позитивное право как нормативная основа решения жизненных ситуаций неизбежно имеет «вторую ипостась» («второе измерение») – включает в себя, наряду с юридическими критериями и посредством них, также критерии оценки поведения людей, суждения о ценностях, выраженные и в самих правовых средствах (нормах) и в практике их применения. Вовсе не случайно ближайшей исторической предосновой права в строго юридическом смысле явилась религия, сакральные начала.

Да и вообще позитивное право с первых же фаз своего становления выражает в юридических критериях, сначала – преимущественно в обычаях, так или иначе идеологизированные требования естественного права – социально оправданную свободу поведения участников общественной жизни.

Ведь жить и поступать «по праву» – это не только улавливать правовую суть жизненных ситуаций, выносить соответствующие юридические решения, следовать им, опираться на действующие нормы и т.д., но и в этой связи – действовать социально и духовно оправданно, т.е. так, чтобы в жизни людей торжествовали правда, справедливость, высокие моральные начала, что находит свое выражение в элементах, зародившихся еще в эпоху, которую можно назвать «предысторией права», в нормах, содержащихся в обычаях, судебных прецедентах. Все это (в принципе, по логике «отдифференцированное») существует не только в высоких духовных и этических постулатах, в религиозных заповедях и канонах, но так или иначе выражается и утверждается в правовой материи в соответствии с требованиями жизни и рациональными началами (соразмерность в правах и обязан-

ностях, юридическое равенство; впрочем, все эти вопросы – предмет последующего рассмотрения).

И в то же время тут есть и другая сторона проблемы, свидетельствующая о существующем здесь противоречии. Процесс «отдифференциации», выражающий потребность специальной юридической регламентации, необходимости решения возникающих жизненных ситуаций на строго юридических основаниях (процесс особо, по возрастающей, жесткий, в условиях деловой жизни модернизированного капитализма, бурного научно-технического прогресса, постиндустриального, технотронного развития общества), все более «отрывает» позитивное право от духовно-моральных начал, превращает его, казалось бы, в некий, чуть ли не исключительно технико-юридический агрегат «рациональной регуляции». Притом агрегат преимущественно оформительского порядка, призванного в основном адекватно с формальной стороны закреплять решения деловых проблем на основе доверительных неформальных контактов, деловой практики, маркетинга, иных неюридических критериев и процедур, взаимоотношений этического, морального порядка.

Словом, в праве, притом в его современных развитых формах, сложившихся на основе процессов «отдифференциации», довольно отчетливо обнаруживается не только противоречие, но и нечто, надо прямо сказать, однобокое, явно не согласующееся с самими идеалами и целями цивилизаций последовательно демократического, либерально-го типа, исконной природой права.

А в этой связи – не означают ли все отмеченные противоречивые явления, что собственное правовое развитие и характерная для него логика права имеют весьма ограниченный и в чем-то тупиковый характер? В чем-то особо тревожный в связи со все большим отдалением правовой материи от морали, этических ценностей. И не в этом ли суть сложной, противоречивой судьбы права и в настоящее время, и в исторической перспективе?

Такого рода вопросы требуют того, чтобы попытаться более внимательно, детальнее проанализировать специфическую логику права (что и составляет предмет рассмотрения последующих глав этой части книги). И одновременно – не упустить из поля зрения особенности действующих и в современную эпоху национальных юридических систем традиционного, неотдифференцированного юридического типа.

5. Особенности «права Востока» (традиционного, неотдифференцированного права). С учетом только что приведенных положений о противоречивой судьбе развитых юридических систем приглядимся к особенностям правовой регуляции в странах Востока (в широком пони-

мании термина «Восток», когда он обозначает не только основные страны Азии, строго говоря страны Дальнего Востока, но в некоторых отношениях и другие регионы с близкой культурой, прежде всего Африки, во всяком случае тех ее районов, где утвердилось исламское, а отчасти и индуистское право).

Ранее уже говорилось о том, что было бы ошибочным рассматривать традиционные неотдифференцированные системы только и исключительно в качестве архаичных рудиментов далекого прошлого или как выражение идеологических режимов (хотя именно в этом — существенная сторона их определяющих, «контрастных» особенностей, тем более — там, где архаичные духовные начала в их особой идеологической интерпретации становятся порой некоей предпосылкой для агрессивных действий, духовной и этнической базой международного терроризма). И им присущи черты, которым с точки зрения состояния права в современном мире и перспектив мирового правового развития должно быть уделено должное внимание.

Здесь сразу же нужно обратить внимание на то, что на Востоке сложились *своеобразные системы* социальной регуляции, которые отличаются тем, что «правовые задачи» успешно решаются на протяжении многих веков, даже тысячелетий так, что нормативы и критерии, которые имеют явно «юридический» характер, действуют в тесном единении с религиозными, моральными постулатами, жесткими традициями, представлениями мировоззренческого характера. И это во многих секторах жизни, в особенности семейных и наследственных делах, вполне, во всяком случае — до поры до времени, дает *эффект права* — строгую определенность, твердость, гарантированность, окончательность решений жизненных ситуаций. Именно поэтому такого рода системы регуляции по самой своей природе имеют характер не только «традиционных», но именно *неотдифференцированных* (т.е. таких, напомню, где сугубо юридические элементы не обособились, не имеют собственного бытия и в этом смысле неотдифференцировались от иных неюридических критериев поведения — религиозных, духовно-философских, идеологических).

Конечно, представляется в высшей степени значимым то обстоятельство, что по мере развития цивилизации и нарастающего международного общения происходят качественные изменения и в своеобразных системах социальной регуляции Востока. И там (наряду с отмеченными ранее фактами негативного порядка, подчас крайне острыми и антигуманными) наблюдается все большее *вычленение* положений и норм сугубо юридического порядка (в особенности в области эконо-

номики — собственности, иных вещных прав, договоров, внедоговорных обязательственных отношений), когда сама жизнь требует такой определенности и строгости решений в указанных областях, которые не зависят от неясных, порой зыбких моральных и традиционных критериев. Более того, после долгих столетий застойного, традиционного бытия человечество в современную эпоху взорвалось потоком мощного научно-технического прогресса, постиндустриальной технотронной экономики, массового производства, взлета культуры, многообразной духовной жизни. И в этих условиях такие традиционные неотдифференцированные правовые системы, как шариат, индуистское, китайское право и т.д., оказались — при всем искусном, утонченном их толковании и применении искусными правоведами — не способными в полной мере обеспечить решение все более усложняющихся «правовых задач» — необходимой точности, определенности, надежности и плюс к тому еще *должной квалифицированности* решений.

Вот и пришлось странам, вставшим на путь модернизации, индустриального (а затем и постиндустриального) развития, идти на вычленение сугубо юридического регулирования¹, в том числе на восприятие юри-

¹ Тем более, что и в обстановке, когда в пределах традиционных цивилизаций, преимущественно восточных, доминировало неотдифференцированное право, нередко выделялся круг отношений, который по логике общественной жизни приводил к утверждению в этом «круге» непосредственно юридического, законодательного регулирования. Так, в Китае даже после утраты влияния «школы легистов», при династии Хань (226 г. до н.э.) и в последующие столетия, когда безраздельно господствовали идеи конфуцианства, было все же признано, что вопросы административного и уголовного права должны быть подвластны закону, и это выразилось в издании серии кодексов, отличавшихся весьма высокой юридической техникой. Действие же кодексов непосредственно обеспечивала власть со своим карательным аппаратом.

Примечательно, что и в иных системах социального регулирования Востока, отличавшихся неотдифференцированным правом (шариат, индуистское право), нередко на завершающих этапах их действия, когда с большей отчетливостью вырисовывались их юридические характеристики — и здесь в основном по административным и уголовным делам, — вступала все же в действие внешняя принудительная сила в виде карательно-репрессивных акций государственной власти.

Так что далеко не все вопросы и не все отношения сообразно религиозным и философским постулатам, а также соответствующим моральным императивам, обладающим мощной силой на Востоке, преимущественно строились и тем более строятся ныне на основе «мира и согласия», а юридические установления и судебные учреждения вступают в действие лишь «в крайнем случае», как «нечто, не очень-то желательное», нередко «чуждое, враждебное».

С развитием же цивилизации, нарастающей модернизации общества оказалось, что в упомянутый «круг» отношений, органически требующих прямого государственного участия, и в странах Востока все более втягиваются отношения из области частного права. Таким образом, даже в условиях могущества религии, морали, традиций во всех

дических норм, положений и судебной практики стран с более развитой, современной юридической системой. Потому-то, как это признается в современных научных исследованиях, создается впечатление, что в сегодняшней Японии начинают постепенно ослабевать традиционное пренебрежение к статутному праву и отрицание всех форм судебного решения споров. А правовое развитие Турции отмечено тем, что в этой стране был целиком реципирован один из передовых кодифицированных документов — Швейцарский гражданский кодекс.

А все это, понятно, означает, что на таком переломном этапе, как нынешняя эпоха, когда — как и в других аналогичных случаях — обнажаются глубинные социальные процессы, с достаточной отчетливостью начинает вырисовываться круг вопросов и отношений, которые по самой своей природе требуют не всякого, а именно *строго юридического регулирования*, и стало быть, доминантой в социальной регуляции должно быть именно позитивное право, и только оно (что и предполагает его высокий социальный статус). Поэтому с данной точки зрения вырисовываются контуры ответа на вопрос о том, характерна ли для стран Востока та тенденция, которая так отчетливо проявилась в странах Запада на основе христианской культуры, — тенденция, в соответствии с которой доминантой в социальной регуляции должно быть именно позитивное право и в соответствии с которой утвердившиеся с XIX в. категории «правовое государство», «верховенство права» и, в особенности, *rull of law* («правление права») как раз и выражают понимание права как главной основы жизнедеятельности в условиях современной цивилизации — и каждого человека, и общества в целом¹.

сферах общества существуют обширные блоки отношений, которые *не могут обойтись без позитивного права в строго юридическом его понимании*. Ибо без него, позитивного права в строго юридическом значении, на широких, все более разрастающихся участках социальной жизни не обеспечить такое положение вещей, когда по ситуациям (не решаемым никаким иным путем) могут приниматься решения твердого, строго определенного, окончательного, надежно обеспеченного характера. Вот и получается, что и без учета иных обстоятельств (связанных с современным индустриальным и постиндустриальным развитием общества) даже в регионах с крайне самобытной культурой и системой социальной регуляции право на обширных участках социальной жизни *уникально, незаменимо, является высшей, по многим позициям единственной формой* упорядочения и организации общественных отношений.

¹ Тем более что с точки зрения некоторых сторон правопонимания в странах Востока, в особенности строящихся на религиозных и философских идеях конфуцианства, ислама, индуизма, о верховенстве права в указанных странах (в строго юридической его трактовке), казалось бы, вообще не может быть речи. В современной литературе в отношении конфуцианства, например, справедливо обращается внимание на то, что с позиций конфуцианства «любое право стремится к схематичному, упрощенному и типизированному регулированию человеческих отношений». И поэтому оно, сооб-

Тем не менее, при всех указанных тенденциях, имеющих в современную эпоху глобальное значение, будем держать в поле зрения и другое. То, что существующие ныне системы регуляции Востока демонстрируют значительные возможности в регулировании общественных отношений, удивительную живучесть, и в какой-то мере приспособляемость к новым жизненным ситуациям, способность к модернизации своего содержания.

Тут, помимо всего иного, оказывается весьма существенным учитывать особенности публичного и частного права. И в этой связи — принимать во внимание то обстоятельство, что традиционные неотдифференцированные системы в той мере, в какой они относятся к юридическому регулированию, имеют в основном особенности и силу институтов публично-правового порядка. Действительная сила рассматриваемых юридических систем, в том числе исламского права,

разно такого рода взглядам, не в состоянии учитывать все многочисленные варианты, которые присущи социальному положению участников возможного спора. Еще в меньшей степени конфуцианство по своим исходным постулатам склонно было одобрять установление прав, относящихся к социальному положению каждого в судебном порядке. Проблему прав в таком ракурсе, сообразно утвердившемуся настрою в этих обществах, «предпочтительнее было бы решить путем дружеских переговоров, а не обращаться в суд или требовать восстановления своих прав, ибо это только усилит наступившую дисгармонию». А отсюда «то же, кто нарушает социальный мир, обращаясь в государственную судебную инстанцию, и пытается публично причинить зло другому, поступает как нарушитель спокойствия, как грубый и нецивилизованный человек, лишенный основных добродетелей — скромности и готовности все решать мирным путем» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 432). Даже в Японии — стране, достигшей постиндустриальной стадии экономического развития и освоившей многие ценности западной культуры (в том числе реципировавшей многие западные законы и процедуры), — эти западные юридические пришельцы остаются во многом «мертвой буквой» и «даже в тех случаях, когда решение спора путем договоренности очень затруднительно, обращение в суд рассматривается как крайнее средство». По господствующим в японском обществе представлениям, отражающим идеи конфуцианства, это происходит потому, что «судья не может и не должен при принятии собственного решения учитывать множество малозначачих, с его точки зрения, деталей, которые наделяют каждый конкретный договор индивидуальными, только ему присущими чертами, таких, как значимость, размер, сроки существования и престиж участвующих в сделке предприятий, продолжительность и характер взаимных деловых связей, действительное экономическое положение партнеров по сделке и множество других. Вместо этого судья вынужден применять массу абстрактных, безликих, схематических норм закона. В большинстве случаев он может принимать решения по принципу «все или ничего», то есть наделять лишь одну сторону правами за счет лишения прав другой стороны. С точки зрения японских бизнесменов, это грубая и даже жестокая процедура. Гораздо лучше достичь путем переговоров компромисса, который если и не будет отражать существующие правовые реалии, то по крайней мере не нарушит гармонии взаимных отношений и поможет участникам не попасть в неловкое положение...» (там же. С. 443, 444).

индуистского права, юридических систем, базирующихся на идеях конфуцианства (китайского права, традиционного японского права, во многом права Кореи, Индонезии и др.), в немалой степени связана с их в общем опубликованным характером, с доминированием в системе регуляции принципов публичного права.

Но главное в данном случае все же то, что здесь одновременно с юридическими нормами, в нераздельном единении с ними вступают в действие мощные духовные, моральные императивы, имеющие для приверженцев соответствующих религий и философских воззрений безусловно обязательное значение (такие, например, как конфуцианские по своему источнику императивы «ли» — поступков «по-правильному»). Значение, надо заметить, по сути своей по меньшей мере не уступающее потенциальной значимости строго юридическим нормативам.

Значит, сила «восточных» юридических систем — это сила не только публичной в основном системы, но и комплексного или, быть может, объединенного социального регулятора, который, как говорилось, обозначается словом «право» в широком его значении.

И здесь, понятно, возникает вопрос: насколько такая система социальной регуляции, рассматриваемая со стороны ее своеобразия как духовной силы, соответствует современной эпохе, ее экономическому, политическому, духовному развитию, в особенности перспективам такого развития (тем более, если вспомнить, что здесь, при соответствующих интерпретациях, утверждаются предпосылки, оправдывающие факты агрессии, заложничества, терроризма)?

На мой взгляд, не следует торопиться с безусловно отрицательным ответом на поставленный вопрос. И не только потому, что либерально-демократическое развитие общества, наткнувшееся на «свои тупики», вовсе не исключает сохранение и даже возрождение традиционных ценностей (хотя, разумеется, освобожденных от архаичных крайностей и идеологической заданности), но и потому главным образом, что перспектива развития права и в нынешнюю эпоху и, будем верить, в последующее время будет все более обогащаться духовными ценностями. В том числе и теми или, во всяком случае, близкими к тем, которые, на мой взгляд, сложились и утвердились в странах Востока. С этой точки зрения, как попытается показать автор в третьей части книги [III.16.2], и на данном пути мирового правового развития также есть элементы «сакрального» характера, которые, как можно предположить, сыграют существенную роль в формировании «зримого» идеала правового прогресса — права цивилизованных народов.

И такого рода перспектива представляется очень существенной, помимо иных причин, потому, что развитие современных, весьма продвинутых по пути правового прогресса юридических систем достаточно противоречиво, далеко не во всем согласуется с идеалами права, с высокими требованиями последовательно демократических, либеральных цивилизаций, а иной раз вообще в обителях агрессивных, криминальных, террористически настроенных структур покидает сферу современных цивилизованных отношений и требований. Такого рода катаклизмы (сигналы беды) весьма отчетливо проявились в трагических событиях на рубеже нового тысячелетия, в 1999–2001 гг., в югославском Косово, в военных акциях в отношении Югославии, Афганистана и, особенно, в террористических акциях на американской земле в сентябре 2001 г., когда безумие чудовищного террора породило не только настрой на необходимость последовательной и всеобщей борьбы с терроризмом, но и реакцию «военного возмездия».

Да и, с другой стороны, перспективы мирового правового развития неизбежно должны иметь по ряду принципиальных особенностей однотипный и в этом смысле всеобщий для стран мира характер, а стало быть, охватывать также страны, где ныне доминируют юридические системы традиционного неотдифференцированного типа. А это предполагает сохранение утвердившихся за многие века и тысячелетия ценностей великих культур Востока, которые во многом имеют также всеобщую, общечеловеческую значимость.

6. Феномен византийского права. Право Востока (юридические системы традиционного, неотдифференцированного типа) отличается большим разнообразием. Надо заметить к тому же, что, наряду с системами регуляции восточных культур в указанном выше значении и в их «чистом» виде (китайское право, традиционное японское право, традиционное индуистское право, исламское право), сюда, к данному юридическому типу, по ряду определяющих характеристик относится и социалистическое право. И прежде всего – право азиатских и евразийских социалистических стран. В особенности право России (в условиях коммунистического режима – *советское право* – право СССР, действовавшее до 1991 г. на всей территории бывшей Российской империи). Притом – опять-таки со своей спецификой, со своим особым местом. И во многом в связи с тем, что оно, «ожесточившись» в своем уникальном византийстве в условиях господства коммунистического права, все же с внешней стороны в той или иной степени включает в состав национальных юридических систем определенные современные юридические институты,

относящиеся к западной юридической культуре, нередко к ее передовым, развитым образцам.

Как терминологически обозначить эту своеобразную разновидность традиционных неотдифференцированных юридических систем? Систем, именуемых «социалистическими», но по своей сути (главным образом в связи со своеобразием их праматери – российского и, в особенности, советского коммунистического права – III.11.2) относящихся все же к структурам силовой регуляции восточного типа – к традиционному неотдифференцированному праву.

На мой взгляд, наиболее приемлемый здесь термин – «византийское право».

Отдавая должное византийской культуре в целом, ее достижениям в духовной области, соединившим ценности античности и культуры Востока, надо видеть особенности византийских реалий в политических отношениях, в сфере власти, которые – конечно же, с немалой долей условности – как раз и могут быть названы византийским правом. Правом (в широком значении этого термина), которое при обосновании и оправдании акций на сугубо публично-приказной основе отдает приоритет в социальной жизни идеологическим догмам и идолам, оправдывает во имя самодержавной власти насилие над людьми, расправу над непослушными и одновременно с внешней стороны характеризуется весьма развитыми и престижными юридическими формами.

Здесь не избежать кратких пояснений, которые я попытаюсь предельно упростить. Мы привычно именуем Россию «евразийской» страной. Но к какому типу мировых цивилизаций (и близких к ним юридических систем) Россия относится, коль скоро, по распространенным представлениям, мы отделяем себя и от цивилизаций западных, католическо-протестантского типа, и от восточных, конфуцианской, индуистской, исламской и др.? Может быть, к особой, славяно-православной?

Да, очень может быть. Хотя никуда не уйти и от того, что российская цивилизация в силу особенностей специфической ветви христианства – православия в ее византийском варианте, и плюс к тому еще господства долгие века на российской территории теократических, восточно-деспотических порядков, связанных с татаро-монгольским «игом» и «братанием» (да, не только с «игом», но и с «братанием»), так сказать, сдвинулась на Восток. Она утвердилась в конце концов, после удельной княжеской раздробленности и годин тяжкой смуты, в виде абсолютистской монархии теократического, восточно-деспотического типа. Пусть и монархии, воспринявшей во времена Петра I, Екатерины II, Александра II, а затем – при советском строе, некий внешний европеизированный антураж и лоск.

И еще одно замечание общего характера. Самое поразительное, что преподнесла нам Новейшая история, — это то, что византийское право нашло себе пристанище в наиболее жестоких тиранических режимах современности (недаром Гитлер и его приспешники столь склонны были к культовым восточным магиям). В России же, на всем пространстве бывшей Российской империи после большевистского переворота 1917 г. византийское право и коммунистическая правовая идеология совпали по своей сути точка в точку. Сначала — в облике диктатуры пролетариата и революционного правосознания, затем — сталинско-брежневской политической системы с обожествлением власти, «руководящей ролью КПСС», «социалистической законностью» и даже с прямым служением церковников формально атеистическому режиму, его репрессивным органам.

Кажется, эти факты и характеристики очевидны. Но никто, на мой взгляд, не обращает должного внимания на то, что сердцевинной, действительно самобытной российской цивилизации стало именно византийское право. Право, которое, опираясь на догмы православия, по содержанию имеет ряд позитивных черт (склонность к примирительным процедурам, к «миру» и др.), а со стороны своих внешних форм отличается роскошью и украшательством, поразительной способностью создавать в и д и м о с т ь. Причем видимость в чем-то весьма престижном, воспринявшем, в частности, великолепные достижения мирового шедевра, зафиксированного в Византии, — позднеримской юриспруденции. И в то же время — право, которое под такого рода фасадом роскоши и престижной видимости дает простор власти азиатско-теократического типа.

Причем восприятие в обстановке господства византийского права каких-то передовых юридических и иных новаций, даже таких значительных, которые осуществлялись в эпоху наиболее крупного российского реформатора Александра II и в последующее время (включая судебную реформу, «думский парламентаризм», нынешние акции, казалось бы, более или менее последовательного демократического и «рыночного» характера), во многом остаются в области внешних форм и, в определенной мере влияя на жизнь общества, все же в основном проскальзывают по поверхности социально-экономической и политической жизни, не оправдывают надежд на основательные преобразования. Реальная жизнь в сущности продолжает идти по своим «византийским законам», где кардинальные проблемы кружат и кружат вокруг власти и там, в сфере власти, нередко решаются по «византийским постулатам». В качестве же «высшего права», предопределяющего решение жизненных ситуаций, выступают по-прежнему идеологические постулаты, облагорожен-

ные привлекательными лозунгами, что, кстати сказать, и объясняет тоску правящих российских элит о надобности безусловного верховенства в жизни общества — некой «национальной идеи».

В дальнейшем при рассмотрении ряда проблем мы еще обратимся к рассматриваемому феномену — византийскому праву. А пока просто зафиксируем сам факт его существования: он сам по себе, без дальнейших детализаций, уже многое объясняет в основаниях и существе правовых особенностей прошлого и настоящего России, ряда других стран, трудных перспектив их развития.

§ 3. Право — власть и мораль

1. Право и другие звенья системы социального регулирования. В условиях цивилизации право как звено всего комплекса регуляторов, определяющих поведение людей в обществе (где исходное и во многом доминирующее значение имеют биологические и биосоциальные программы, заложенные в человеке, в популяции, в роде людей), находится в сложном взаимодействии с другими социальными регуляторами.

Среди этих социальных регуляторов наиболее близки к праву и находятся с ним в тесном и сложном взаимодействии два наиболее крупных социальных явления (образования), осуществляющих — наряду с другими — регулятивные функции.

Это — власть (государство) и мораль. Именно с ними в основном сопряжены процессы отдифференциации права, которые (и как раз главным образом в отношении власти и морали) приобретают характер *восхождения права*.

2. Право и власть. В условиях цивилизации, когда сообщества разумных существ — людей стали во все большей степени существовать и развиваться не только на непосредственно природной, но и на своей собственной (человеческой) основе и когда, стало быть, сообразно с «замыслом природы» в ткань общественной жизни начали интенсивно, во все больших масштабах включаться действенные формы разумной, свободной, конкурентной деятельности, сложилась наиболее мощная разновидность власти — власть политическая, государственная.

Могущество политической, государственной власти, образующей стержень нового всеобщетерриториального институционального образования — *государства*, концентрируется в аппарате, обладающем инструментами навязывания воли властвующих, прежде всего — инструментами принуждения, а также институтами, способными придать во-

ле властвующих общеобязательный характер. Наиболее пригодными для осуществления таких целей, наряду с церковными установлениями (и понятно, карательно-репрессивными «рычагами власти», «силовыми учреждениями и ведомствами»), оказались как раз законы, юрисдикция, иные институты позитивного права.

В рассматриваемой плоскости связь политической, государственной власти с правом — связь органичная (конститутивная), создающая сам феномен права и придающая ему функции реального фактора в общественной жизни общества.

Ее, государственной власти, глубокое значение для права проявляется в двух основных плоскостях:

во-первых, в том, что именно государственная власть через свои акты (нормативные, судебные) в условиях цивилизации придает известным нормам и принципам качества позитивного права — прежде всего, возможность строгой юридической определенности содержания регулирования, всеобщую нормативность, с более широких позиций — качество институционности, а в этой связи — публичного признания и общеобязательности, суверенности;

во-вторых, в том, что именно государственная власть оснащает необходимыми полномочиями и надлежащими средствами воздействия правоохранительные учреждения, органы юрисдикции, правосудия, а также через законы, иные юридические формы определяет основания и порядок их деятельности, что и дает значительные гарантии реализации правовых установлений.

Но вот парадокс — политическая, государственная власть, которая и делает «право правом» и которая в качестве силового института служит власти, всему государству, в то же время (и по мере развития общества — все более и более) предстает в качестве самостоятельного явления, имеющего свои особые функции и свое назначение, в какой-то степени противостоящих власти, что, помимо всего иного, характеризует в о с х о ж д е н и е права.

Истоки такой парадоксальности кроются в глубокой противоречивости власти, в том, что, являясь (в своих социально оправданных величинах) необходимым и конститутивным элементом оптимальной организации жизни людей, управления общественными делами, власть по мере развития общества концентрируется на «своих ценностях» (порядок, дисциплина, «вертикаль власти» и др.). И плюс к этому — обладает «рисковыми», коварными, потенциально опасными качествами — тенденциями к «самовозрастанию», к неудержимой централизации, нетерпимости к любой иной власти.

Все это способствует тому, что в процессе утверждения и упрочения власти порог социально оправданных величин нередко оказывается пройденным, что превращает власть в самодовлеющую, самовозрастающую, авторитарную по своим потенциям силу. Отсюда (наряду с рядом других причин — и природных, и социальных, и личностных) — авторитарные и тоталитарные политические режимы, столь широко распространенные даже в условиях закономерного перехода человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа. Режимы, которые, обретая тем или иным путем легитимацию в юридических установлениях, получают в этой связи широкие возможности для «законного» наращивания путем этих же установлений своей властной силы¹.

Именно тогда власть приобретает демонические, в немалой степени разрушительные качества, она становится силой, отличающейся неодолимыми импульсами к дальнейшему, и притом неограниченному, все более интенсивному росту, к приданию своему императивному статусу свойства исключительности, некоей святости, нетленности и неприкосновенности, к своему возвеличиванию и увековечиванию, к отторжению в пространстве своего действия любой иной власти, всего того, что мешает ее функционированию и угрожает привилегированному положению властвующих лиц. На этой основе обостряются, быть может, самые сильные человеческие эмоции: наслаждение властью и, что еще более психологически и социально значимо, жажда власти, стремление, не считаясь ни с чем, овладеть властью или любой ценой ее удержать, еще более усилить — одна из самых могущественных земных страстей, источник острых драм, потрясений, переломов в жизни и судьбе людей, целых стран и цивилизаций².

¹ Эти закономерности проистекают, по-видимому, из того обстоятельства, что власть без стремления к постоянному своему самоутверждению и упрочению теряет динамизм и социальную мощь. Однако, увы, это же стремление при социально неоправданной концентрации власти, т.е. за известным порогом, обозначающим достижение властью своей критической массы, оборачивается как раз тем, что власть переходит грань социальной оправданности и становится самодовлеющей, тиранической силой — тем, что можно назвать *проклятием власти*. Или даже, если угодно, *демоном власти*.

² Такого рода запредельные импульсы и порывы к непрерывному самовозрастанию власти получают порой известное «моральное оправдание» (к сожалению, при содействии религии, церковных институтов, а подчас, в современных условиях, сторонников ускоренных либеральных преобразований), особенно в условиях, когда в данном обществе существуют внутренние или внешние трудности, проблемы или когда известные группы людей, овладевших властью, подчиняют ее групповым, узкоклассовым, этническим, церковным, идеолого-доктринерским, а то и просто утопическим, фантастическим целям или даже своим произвольным «хотениям», капризам.

Наряду со всеми этими процессами в области власти, во многом независимо от них, казалось бы, верные «служаки» власти — законы, суды, иные юридические установления *все более в ходе исторического развития обретают самостоятельное значение*. Само то обстоятельство, что юридические установления неизбежно действуют через субъектов, поведение которых решающим образом определяется формулой «имею право» (или, напротив, констатацией «нет права»), приводит к тому, что все вопросы данного рода понимаются через общее понятие *право*. Главное же — сами свойства права (прежде всего необходимость и возможность строгой определенности по содержанию), а затем такие качества, как равновесность прав и обязанностей, юридическое равенство, связанные с ними духовные начала, в особенности требование справедливости, — все это выявляет в этом социальном феномене «свои особые» ценности, свою особую логику.

И вот на пути самовозрастания и ожесточения власти основным препятствием, фактором, в какой-то мере способным перекрыть путь негативным тенденциям власти, наряду с высокой моралью и развитой духовностью, становится близкий к власти социальный институт, в известном смысле детище самой власти, — **п р а в о**.

Чем это объяснить? Двумя основными причинами, выражающими обретение правом самостоятельных функций и значения.

Во-первых, тем, что законы, юрисдикционная, правосудная деятельность (крайне необходимые, незаменимые для власти) имеют в то же время по своей природе и сути иное, «свое» предназначение, свою логику, которые и дают о себе знать в ходе правового развития и которые далеко не всегда находятся в согласии с притязаниями и устремлениями власти, склонной решать жизненные проблемы волевым приказом и административным усмотрением¹.

Во-вторых, тем, что право относится к числу тех немногих внешних социальных факторов, которые благодаря своим свойствам способны свести власть к социально оправданным величинам, умирить власть, снять или резко ограничить ее крайние, социально опасные, разрушительные проявления. Такие ограничения наступают даже в силу того, что право придает своим нормативным установлениям строго определенный характер; а это уж само по себе ставит властную деятельность

¹ На это обращено внимание в науке, в литературе и прошлого времени (Ш. Монтескье), и нынешнего. По мнению К. Штерна, например, даже современное демократическое государство гарантирует и защищает права людей и одновременно является силой, олицетворяющей «противостояние именно этого государства основным правам» (Государственное право Германии. Т. 2. М., 1994. С. 185).

в известные рамки, открывает возможность исключить и произвол в государственной деятельности.

Вот и получается, что не только власть в процессе своего функционирования встречается с препятствием — со своенравным, не всегда послушным своим детищем, неподатливой правовой материей, но и право, со своей стороны, выступает в отношении власти в виде противостоящего фактора, направленного на решение своих, правовых задач и плюс к тому — на то, чтобы при достаточно высоком уровне демократического и правового развития общества умирить, обуздать власть.

Словом, перед нами сложная, парадоксальная ситуация, разрешение которой во многом зависит от природы и характера существующего в данном обществе строя, политического режима и, в особенности, от «величины» власти, уровня и объема ее концентрации в существующих государственных учреждениях и институтах, в не меньшей степени — от духовности общества, уровня его демократического и нравственного совершенства.

При разумно-прогрессивном общественном строе, при развитой демократической и правовой культуре, особенно в условиях развитого гражданского общества, власть благодаря приверженности к демократическим и высоким духовным ценностям умиряет свои императивные административно-приказные стремления, сдерживает («скрепя сердце») свои властные порывы и во имя общественной пользы вводит властно-императивную государственную деятельность в строгие рамки.

С этой целью вырабатываются политико-правовые институты (разделения властей, федерализма, разъединения государственной и муниципальной власти и др.), которые препятствуют концентрации власти и превращению ее в самодовлеющий фактор. Подобное самоусмирение власти приобретает реальный характер в развитом демократическом обществе, где по существенным содержательным элементам государственная политика и функционирование более или менее развитой юридической системы совпадают. И именно тогда (подчеркну, в развитом демократическом обществе при устойчивом правовом прогрессе!) вырабатываются и приобретают реальное значение положения и формулы о «правовом государстве», «верховенстве права», «правлении права».

При таком нормальном, деловом взаимодействии власти и права, вполне естественном при демократическом общественном и государственном строе, происходит их взаимная притирка и, более того, взаимное обогащение. Политическая, государственная власть, ее носители получают твердый настрой на то, чтобы умирять и даже обуздывать «себя», свои властные претензии. Со своей стороны и право, его

представители и агенты преодолевают правовой экстремизм, крайности формализма, другие теневые стороны юридической регламентации человеческих взаимоотношений.

По-иному указанная ранее парадоксальная ситуация находит свое разрешение в обществах, где власть перешагнула социально оправданный порог своей концентрации и в содержании власти доминирующее значение приобретают авторитарные стороны и тенденции или, хуже того, власть попадает под эгиду групповых, узкоклассовых или этнических интересов, личностных устремлений и амбиций правителей, доктринерской, утопической идеологии. При таком положении вещей власть, и так жестко-императивная по своим первородным импульсам и тенденциям, становится по отношению к праву и вовсе неуступчивой, нетерпимой — тиранической.

В этом случае происходят процессы, обратные тем, которые характерны для обществ с развитой демократической и правовой культурой. Власть здесь стремится, и это ей во многом удается, подчинить себе правовые институты, так обработать их и таким образом ввести в существующую общественную и государственную систему, чтобы они стали послушной игрушкой в руках властвующих государственных и политических учреждений и персон, безропотно проводили (и, что не менее важно, юридически оправдывали или даже возвеличивали) произвольные акции власти, а то и ее прямой произвол, «хотения» и капризы. Здесь происходит деформация права, нередко весьма значительная, которая при неблагоприятных политических условиях вообще превращает право вопреки ее сути, логике, исконному предназначению в ущербную юридическую систему, а то и в один лишь фетиш, «маску права», «видимость права», или, по иной терминологии, в «имитационное право» (что, в частности, в своеобразной форме демонстрирует рассмотренный ранее феномен — «византийское право»).

3. Перспективы и тупики. И наконец, завершая рассмотрение права и власти, — пункт, к которому хотелось бы привлечь внимание.

Как показывают фактические данные последнего времени, модные и престижные правовые лозунги («правовое государство», «верховенство права», «правление права», «права человека» и им аналогичные) широко и вольно используются в разнообразных политических целях различными политическими силами, в России, например, — от коммуно-радикальных, большевистских до кардинально либеральных. Нередко их с напором пускают в дело и лидеры государств, далеко не всегда отличающихся последовательно демократическим режимом.

И то обстоятельство, что подобные лозунги слабо реализуются или вообще не реализуются в жизни, заинтересованными людьми порой объясняются несовершенством права, недостатками в работе законодательных и правоохранительных учреждений, упущениями тех или иных должностных лиц. Между тем здесь, наряду с упомянутыми обстоятельствами, есть еще и довольно жесткая глубинная закономерность, своя логика, относящаяся к праву, которая по большей части не принимается в расчет. Право (при всем своем уникальном значении — силы, способной умирить власть) не способно обрести высокое место в общественной жизни, которое бы соответствовало критериям и стандартам правового государства и верховенства права, если в данном обществе политическая, государственная власть заняла авторитарно-доминирующее положение или, что еще хуже, положение тотально всемогущего, тиранического режима. То есть политического режима, превышающего социально оправданный порог существующей в данном обществе «потребности во власти» и настроенного на то, чтобы использовать могущество власти в групповых, узкоклассовых, этнических или идеологических интересах, а порой — в личных целях (наслаждения от возможности «поуправлять» в государстве, упоения властью, личного обогащения).

Такой власти нет противовеса, нет по воздействующим возможностям никакой альтернативы; и даже формально учрежденные институты по упорядочению власти, возведенные в ранг конституционных, — разделение властей, федерализм и др. — во многом оказываются бессильными, такими, когда они мало-помалу неотвратимо переходят на позиции угодничества всесильному режиму. И вот с такой властью право, сколь бы оно ни было развито и совершенно, справиться не в состоянии. Право в обществе, в котором доминирует Большая Власть (типа власти диктатуры пролетариата, фашистской диктатуры), «социально обречено»: оно в принципе не в состоянии стать правовым — обществом, в котором утверждается верховенство права, правление права. Здесь правовое развитие не имеет надежной оптимистической перспективы.

Вместе с тем такого рода «обреченность» — не абсолютная. Включение указанных институтов в законы, особенно в Конституцию, их сохранение, развертывание строгой определенности юридических положений, придание юридическим установлениям (принципам, юридическим конструкциям) юридического совершенства, упорная работа по правовому просвещению — все это создает плацдармы, опорные звенья для привыкания к праву и, что еще более существенно, борьбы за право. И хотя тут нужны и время, и подвижники, и, увы, жертвы (зачастую — немалые), а еще более — плодотворные процессы станов-

ления и развития всего комплекса институтов современного гражданского общества, иного пути «умирения власти» и утверждения в данной стране верховенства права и, следовательно, «общества права» нет.

4. Мораль и право. С давних пор в общественном и индивидуальном сознании людей утвердилось представление о приоритете в обществе морали над правовыми критериями поведения. Довольно часто, вплоть до нынешнего времени, право под таким углом зрения рассматривается в качестве всего лишь известного «минимума морали».

Время глобального сдвига в истории человечества – время перехода от традиционных к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям – потребовало переосмысления утвердившихся представлений о соотношении права и морали. Такого переосмысления, которое отвечало бы объективно назревшим и объективно происходящим процессам возвышения права в жизни общества, в жизни людей.

Своего рода кульминацией этого переосмысления и стала та сторона рассматриваемого в этой части книги процесса «отдифференциации», в результате которого правовые средства и механизмы все более «высвобождаются» от морального сопровождения и опеки, все более обретают свое собственное бытие и свою собственную, не уступающую морали (а в чем-то, весьма существенном ее превосходящую), социальную ценность.

Именно здесь, в таком возвышении права (следовательно, в своего рода «уравнивании» морали и права), надо видеть центральный пункт развития общетеоретических и философских взглядов на данную группу проблем с позиций современной науки. А это в немалой степени связано с процессом высвобождения правопонимания от узкоэтического истолкования и узкоэтических оценок явлений правовой действительности, придания им самостоятельного, «суверенного» значения, что и является важнейшей стороной возвышения права в жизни людей, в обществе.

Здесь важен вот какой уточняющий момент. В литературе с давнего времени взаимосвязь рассматриваемых нормативно-ценностных регуляторов – морали и права – освещается главным образом под углом зрения уголовно-правовой проблематики. Действительно, с генетической стороны именно уголовно-нормативная регламентация людских поступков и уголовное преследование наиболее тесно, по сравнению с иными подразделениями системы права, связаны с моралью. Условия нормальной жизнедеятельности людей, требующие ответственности человека за свое поведение, самым непосредственным образом выражаются в морали и лишь потом в морально отработанном

виде воспринимаются государством, в результате чего во многом и образуется «криминалистическая часть» правовой материи — уголовное право и примыкающие к нему правовые подразделения (в том числе уголовно-исполнительное, пенитенциарное право).

К сожалению, при этом не обращается внимание на то, что данное подразделение правовой материи в большей мере относится непосредственно к государству, его запретительно-карательной деятельности, является ее юридизированным продолжением, когда закон, иные правовые формы, их регулятивные особенности только используются и юридически упорядочиваются в соответствии с требованиями государственно признанной морали и государственными интересами. Возникающие здесь отрасли и институты имеют публично-правовую природу, выявляющую с предельной отчетливостью свои властно-принудительные черты. Применительно к данной, публично-правовой сфере, действительно, есть известные основания усматривать в юридических запретительно-карательных установлениях только «минимум морали» и вообще видеть в морали «основу права».

Между тем вся сложность проблемы соотношения права с моралью (а отсюда — выработка общетеоретического подхода к ее решению) на самом деле касается первородных, исконно органических подразделений права, призванных юридически опосредствовать и гарантировать самостоятельную деятельность и свободу людей. Главным образом — тех подразделений, в которых закрепляются основные институты жизнедеятельности людей, нормального функционирования социальной системы (в первую очередь — частное право, а также отрасли и институты, посредством которых осуществляются права и свободы человека, независимое правосудие).

Конечно, с точки зрения общей системы ценностей, сложившихся в современном обществе, право должно отвечать требованиям морали¹. Но далеко не всем и не всяким, и тем более — не идеологизированным (таким, как требования средневековой инквизиции, расового превосходства, «коммунистической морали»), не неким идеологизированно «высшим» — таким, как Спасение, Освобождение от зла, Всеобщее счастье, иным, порой мессианского порядка. Каким же в области морали требованиям должно соответствовать право?

¹ По мнению В.А. Туманова, «право во всех его проявлениях — как нормативная система, движение общественных отношений, правосудие — должно быть пронизано нравственностью. Внутренняя моральность права — одно из важнейших условий его эффективности» (Туманов В.А. Правовой нигилизм в историко-идеологическом ракурсе // Государство и право. 1993. № 3. С. 68).

Прежде всего – общепринятым, общечеловеческим, элементарным этическим требованиям, соответствующим основным началам христианской культуры (или культур, однопорядковых по моральным ценностям, в том числе культуры конфуцианства, буддизма, ислама).

При этом элементарные общечеловеческие требования, основанные на христовых заповедях («не укради», «не убий» и т.д.), принципиально важны по самой своей глубинной сути: они в этой своей глубинной сути подчас в полной мере раскрываются именно сейчас, в современную эпоху. В то же время элементарные общечеловеческие требования, издревле утвердившиеся в бытии и образе жизни людей, не сводятся к ним одним, а представляют собой более конкретизированные и развернутые нормативные положения: такие связанные с современным уровнем цивилизации, как добросовестность, вера в данное слово, чувство персональной ответственности за свои поступки, открытое признание своей вины и другие, из того же ряда.

Решающим постулатом, определяющим сам феномен права, остается воплощение в правовой материи, во всех его подразделениях требование справедливости, равной меры и равного юридического подхода, которое в юридической области трансформируется в важнейшее правовое начало – необходимость равновесности, равенства всех перед законом и судом, а отсюда – справедливого права и справедливого его торжества в практических делах и конфликтах – правосудия.

Моральность права, и в первую очередь выражение в нем начала справедливости, – этико-юридическое требование, которое со всей очевидностью «выдает» генетическую общность того и другого – то обстоятельство, которое свидетельствует о наличии у них единого прародителя в самих основах человеческого бытия.

Эта общность, единство относятся не только к содержанию права как нормативно-ценностной регулятивной системы, т.е. к содержанию законов, иных нормативных юридических документов, но и к практике их реализации. Немалое число нормативных положений, содержащихся в этих документах и имеющих оценочный характер (таких, как «грубая неосторожность», «исключительный цинизм», «оскорбление» и другие аналогичные положения), могут приобрести необходимую определенность и реальное юридическое действие только на основе моральных критериев и моральных оценок. На основании этих же критериев и оценок решаются принципиально важные юридические вопросы при рассмотрении юридических дел, связанных с назначением мер юридической ответственности, размера возмещения за причинение нематериального вреда, расторжением брака, лишением родительских прав и т.д.

Во всех этих и им подобных случаях перед нами не только конкретные случаи взаимодействия морали и права, но и свидетельство того, что право по своей органике представляет собой явление глубоко морального порядка и его функционирование оказывается невозможным без прямого включения в ткань права моральных критериев и оценок.

Надо заметить вместе с тем, что при характеристике соотношения права и морали нельзя упускать из вида не только ранее рассмотренные процессы «отдифференциации», но и процессы встречного влияния права на мораль и в этой связи то обстоятельство, что реальность господствующей морали, ее фактическое воплощение в жизненных отношениях в немалой степени зависят от того, насколько действенными и реальными являются в данном обществе правовые установления. Факты (и наших дней, и прошлого) свидетельствуют о том, что общество, в котором в результате целенаправленных усилий утвердился устойчивый правопорядок, входящий в кровь и плоть общественной жизни, — это общество, в котором получают развитие и начинают доминировать также и соответствующие моральные принципы. Причем, как свидетельствуют исторические данные, в самом понимании моральных принципов (в том числе религиозно-моральных) начинают сказываться утвердившиеся в обществе правовые начала.

Наряду с обусловленностью права элементарными, общечеловеческими моральными требованиями (с учетом тех коррективов, которые выражают возвышение права в обществе, процессы «отдифференциации»), существует и другой пласт отношений, характеризующих обусловленность права моралью — моралью высшего порядка. В какой-то мере подобная «высшая мораль» в идеологизированном и вследствие этого в деформированном виде нашла отражение в ущербных представлениях о морали, как Спасении, Освобождении от зла, Всеобщем счастье и т.д. В действительности же тут, по всем данным, мы встречаемся с высшими моральными категориями трансцендентного характера, которые нуждаются в рассмотрении на уровне философии права [III.16.3].

И несколько слов о существующих здесь различиях. При всем глубоко взаимодействии морали и права, получивших жизнь от одного и того же социального прародителя и одинаково являющихся нормативно-ценностными регуляторами, необходимо вместе с тем видеть, что то и другое на современном уровне развития (и в идеале) — это две самостоятельные, значительно отличающиеся друг от друга, «суверенные» нормативные системы.

Наиболее существенный момент заключается здесь в том, что содержание морали самым непосредственным образом сосредоточено

но на долге, обязанностях, ответственности людей за свои поступки. Право же, включая обширные пласты запретительно-предписывающих нормативов, призвано в первую очередь «говорить о правах», оно сфокусировано на дозволениях, на субъективных правомочиях отдельных лиц, нацелено на то, чтобы определять и юридически обеспечивать статус субъектов, их юридические возможности или, напротив, юридически недопустимые, юридически невозможные формы и случаи поведения.

На последней из указанных особенностей морали и права хотелось бы сделать акцент. И это важно, помимо иных причин, потому, что широко распространено и порой считается чуть ли не аксиоматическим, общепринятым мнение о том, что мораль – регулятор более мягкий, более человечный, уступчивый и покладистый, нежели право с его суровыми процедурами и санкциями. И будто бы только она, мораль, достойна высоких, даже превосходных оценок. И будто бы именно морали уготована наиболее значительная перспектива в будущем, в решении судьбы человека и человечества.

В действительности же, картина здесь иная. Во всяком случае, не столь одноплановая.

Как это ни парадоксально, на самом деле суровые и жесткие черты права во многом коренятся как раз в морали, в ее бескомпромиссных, нередко максималистских, предельных, фанатичных требованиях, безоглядных императивах. Все дело лишь в том, что эти требования и императивы, когда они «выходят» на власть, и здесь, в дополнение к своей категоричности, получают карательное подкрепление от власти, которая использует – нередко по вольному усмотрению, по максимуму – свои карательные, принудительно-властные prerogatives, облекая свои веления в юридическую форму.

Не меньшую жесткость, во всяком случае в историческом плане, получает мораль в церковно-религиозной сфере. И именно тут, в области карательной деятельности государства и церковной непреклонности, когда вступают в действие уголовное и административное право, другие примыкающие к ним подразделения системы права (а в прошлом – средневековое каноническое право карательно-инквизиторского толка), оказывается, что право в рассматриваемом ракурсе, напому – в основном уголовное право, действительно, выступает в виде некоего «минимума морали».

Напротив, если уж уместно говорить о праве, со стороны его гуманистического, человеческого предназначения, его миссии в утверждении либеральных начал в жизни людей, то эта сторона юридического

регулирующего находится в ином измерении, в иной системе координат по отношению к той, где право ближайшим образом, хотя и через власть, контактирует с моралью. Причем именно в том измерении, в той плоскости, которые являются исконными для права, относятся к его первородной сути.

Это и есть «право как право», призванное выражать и обеспечивать упорядоченное и оцивилизованное поведение людей, высокий статус и достоинство личности во всех сферах жизни общества. Эта же сторона юридического регулирования имеет собственные глубокие общечеловеческие основания, и она по этой причине, хотя и является предметом оценки с точки зрения общепризнанных элементарных моральных норм, все же не может быть выведена из морали, не может быть охарактеризована в качестве такого регулятивного явления, основой которого является мораль.

Главное же, что в полной мере соответствует и процессам общественного развития, и специфической логике права, — правовые реалии все более дифференцируются, обретают в истории права собственное бытие, все более «высвобождаются» от некоего, казалось бы, неотделимого совместного бытия с моралью, со все большей определенностью выступают в юридически чистом виде, т.е. как чистое право (что, помимо всего иного, является благоприятной предпосылкой для плодотворного, соответствующего новой эпохе взаимодействия этих определяющих форм социальной регуляции).

5. Концептуальные и социально-ценностные характеристики. Таким образом, с концептуальной общетеоретической точки зрения мораль и право — это две особые, духовные, ценностно-регулятивные социальные области, занимающие самостоятельные ниши в жизни общества. То есть такое положение в комплексе социальных явлений, когда главными принципами их соотношения являются взаимодействие «на равных» и взаимодополнительность.

И в этой связи необходимо с должной строгостью отдавать ясный отчет в том, что негативные стороны характерны не только для юридического регулирования (в частности, крайняя, порой предельная формализация правовых установлений, их зависимость от усмотрения власти, своего рода правовой экстремизм), но в не меньшей мере и для морали как нормативно-ценностного регулятора. Наряду с общепринятой и передовой моралью существует и порой сохраняет крепкие позиции мораль отсталая, архаичная, фиксирующая порядки, отвергнутые историей и прогрессом. Главное же — идея первенства морали, не отличающейся строгой определенностью по содержанию,

идея ее безграничного господства может внести неопределенность, а порой и хаос в общественную жизнь, стать оправдательной основой для произвольных действий.

Увы, следует признать, что этическая идеология, непомерно возмечивающая мораль как регулятор человеческих поступков, остается в сегодняшней действительности серьезной и в чем-то тревожной реальностью. В науке и общественном мнении еще не осознано то решающее обстоятельство в соотношении права и морали, в соответствии с которым первое (право) является естественной и надежной обителью прав, а второе (мораль) — первичной обителью обязанностей — долга, долженствования, ответственности.

С учетом этого обстоятельства, а также максималистской императивности морали, ее известной неопределенности, расплывчатости по содержанию, ее прямой зависимости от многих факторов духовной и политической жизни — с учетом всего этого сама идея приоритета морали над правом может вести и на практике ведет к ряду негативных последствий — к утверждению идей патернализма, вмешательства всемогущего государства во имя добра и справедливости в частную жизнь, милости вместо строгого права и правосудия. С этих позиций справедливы суждения Ю.Г. Ершова в отношении «моралистической законности», когда «нравственные представления о принципах права способны подменить право разнообразными и противоречивыми представлениями о добре и зле, справедливом и несправедливом»¹.

Впрочем, некоторые другие выводы из идеологии превосходства морали, а также некоторые своеобразные, парадоксальные стороны их соотношения (когда мораль «проявляет себя» в высших философских значениях) — предмет, как уже упоминалось, особого разговора, и об этом — дальше, в третьей части книги [III.16.2].

А сейчас следует сказать о другой стороне проблемы. Сказать еще раз в связи с рассматриваемым вопросом о высоком, незаменимом значении права в жизни людей. В том числе — и при сопоставлении с властью и с моралью. Не случайно государственная власть, поддерживая своей карательной мощью определенный круг моральных требований и императивов, облакает их в юридическую форму. Таким путем не только приводятся в действие достоинства права (всеобщая нормативность, определенность по содержанию, государственная гарантированность), но и при режиме законности упорядочи-

¹ Ершов Ю.Г. Указ. соч. С. 30.

вается властно-принудительная деятельность самого государства и плюс к тому — всей карательно-репрессивной политики, утверждающей жесткие моральные требования, дается престижное «правовое оправдание».

Есть пункт в сложном лабиринте соотношения морали и права, на котором, продолжая предшествующее изложение, следует остановиться особо. Это самые, пожалуй, тяжкие из тех негативных последствий, которые могут наступить в условиях узкоэтической идеологии — признания приоритета и доминирования морали в ее соотношении с правом.

Очевидно, что право, в том числе и преимущественно «силовые» отрасли (уголовное и административное право, к ним примыкающие отрасли и институты), может в той или иной степени способствовать внедрению в реальную жизнь элементарных, общечеловеческих моральных норм и требований — того «минимума», на котором они при идеальном варианте основаны.

Но, спрашивается, допустимо и оправданно ли использование права, его возможностей и достоинств для того, чтобы с помощью правовых средств и юридических механизмов утверждать в жизни, делать твердыми и общеобязательными «высокие» моральные принципы и идеалы? Такие, как Добро, Милосердие, Спасение, Всеобщее счастье и им подобные?

На первый взгляд такого рода нацеленность права на воплощение в жизнь высоких нравственных начал и идеалов может показаться вполне обоснованной. И даже возвышенной. Уж слишком велико значение в жизни людей этих начал и идеалов, чтобы не воспользоваться для их реализации всеми возможностями, которые дает общество, существующий в нем социальный инструментарий.

Подобная настроенность характерна для ряда церковных конфессий, в том числе католической церкви, использовавшей в условиях Средневековья мощь власти и закона для претворения в жизнь высоких христианских принципов и целей в их средневековом католическом понимании.

Вопрос о соотношении морали и права в рассматриваемой плоскости стал предметом обсуждения и в русской философско-религиозной и юридической литературе. Причем — в отношении другой ветви христианства, — православия, также претендующего на мессианство, идеологию «Третьего Рима». По мнению видного приверженца религиозной философии В.С. Соловьева, право является инструментом «всеобщей организации нравственности», выступает в качестве «при-

нудительного требования реализации определенного минимального добра»¹, определенного «минимума нравственности»².

Нетрудно заметить, что в данном случае сама формула о праве как о «минимуме морали» существенно меняет свое содержание. Оно обозначает здесь не нормальную, вполне оправданную функцию права (в известном круге его отраслей, напомним, в основном «силового», криминалистического профиля) — защищать юридическими средствами и механизмами известный, минимальный круг нравственных требований, карать за их нарушение, а совсем другое — некое мессианское назначение права, утверждение в жизни общества земного абсолюта, земного Спасения, определенных стандартов, в первую очередь, по мнению В.С. Соловьева и его сторонников, «права на достойное существование»³ (как выражения минимального добра).

Уже в ту пору, когда увидели свет приведенные суждения, они встретили серьезные возражения у правоведов либеральной ориентации.

И это вполне обосновано. Практическое осуществление задачи по «всеобщей организации нравственности», моральных требований и критериев (неважно — «минимума» или «максимума») при помощи юридических средств и механизмов неизбежно сопряжено с применением государственного принуждения, государственно-властной деятельностью, которая в практической жизни при неразвитых юридических отношениях далеко не всегда отделена строгой гранью от насилия, от произвола.

Об этом свидетельствует и исторический опыт. Насильственное внедрение в общественную жизнь требований Добра и составляет суть властного насаждения Царства Божьего на земле, образующего содержание теократических устремлений католического средневековья, в том числе беспощадных крестовых походов, инквизиции, утверждения церковно-моральных постулатов в колониальных владениях.

Одна из характерных черт подобной правовой этики состоит в том, что она смыкается с юридическим этатизмом, приданием всеобъемлющего значения в жизни людей государственным началам и в конечном итоге открывает путь к государственной тирании. В этой связи важно

¹ Соловьев В.С. Собр. соч. Т. I. М., 1988. С. 450.

² Там же. Т. VII. С. 382, 509–522.

³ При характеристике этого «права» В. Соловьев обращает внимание на то, «чтобы всякий человек имел не только обеспеченные средства к существованию... и достаточный физический *отдых*, но и чтобы он мог также пользоваться *досугом* для своего духовного совершенства» (Соловьев В.С. Собр. соч. Т. I. С. 355) — положения, невольно вызывающие ассоциации с конституционными записями (и это, как мы увидим, вполне объяснимо) сталинского времени.

отметить подмеченное русскими правоведами единство между идеями католической теократии и государственного социализма¹, марксистского коммунизма. Характерно при этом, что сама идеология «социалистического права» в немалой степени опиралась на этические критерии «морали трудового народа», «коммунистической нравственности», идеалов «всеобщего счастья».

Словом, как еще в начале XX в. показали русские праведы, высокоморальные добрые устремления, идеалы Спасения и вечного блага, которым будто бы должно подчиниться право, с неизбежностью приводят к идеологии жертвоприношения во имя будущего, к оправданию террора и насилия величием исторических задач, а в конечном счете – к утверждению общества тирании, самовластной диктатуры, беспрепятству личности.

Следует присоединиться к справедливому мнению А.Б. Франца: «Когда говорят, например, о цивилизованном значении права, лично я вижу его величайшую миссию в ограничении безграничных самих по себе притязаний морали». И дальше: «...тоталитаризм есть язык морали в той же степени, в какой морализирование есть язык тоталитарной политики»².

Разумеется, надо быть достаточно корректным в формулировании и в отстаивании приведенных положений, указывающих на опасность узкоэтической идеологии, признания приоритета морали по отношению к праву. Нельзя абсолютизировать эти положения, упускать из поля зрения величие и незаменимость истинно человеческой морали, необходимую «моральность права», взаимное благотворное влияние права и морали, их тесное взаимодействие, взаимодополнительность и взаимопроникновение, прежде всего на уровне основных моральных требований христианской культуры, аналогичных требований иных культур, высших моральных ценностей.

Было бы неоправданным также не видеть того глубокого человеческого смысла, который заключен в формуле «право на существование». Но это – как и «всеобщая организация» жизни людей – дело именно права (точнее – экономики и права, притом – права человека), а не морали как таковой.

И во всех случаях взаимное благотворное влияние, взаимодополнительность и взаимодействие морали и права не должны приводить к подмене одного другим, когда разрушается целостное и одновремен-

¹ См.: Чичерин Б.Н. Вопросы политики. М., 1905. С. 114.

² Франц А.Б. Мораль и власть // Философские науки. 1992. № 3. С. 11.

но двустороннее, морально-правовое обеспечение упорядоченного функционирования их глубоко человеческой первоосновы и когда может произойти превращение важнейшей ее составляющей – свободы в произвол, в беспредел морализирующей вседозволенности. Так что, при всей важности моральных начал в жизни людей, последовательно научное понимание права требует того, чтобы оно получило самостоятельную, «суверенную» трактовку и обоснование, и одновременно – его осмысления в глубоком единении с моралью.

С этих же позиций, как будет показано в третьей части книги, скажу еще раз, решаются и те стороны соотношения права и морали, когда «глубины» последней характеризуются с основательной философской стороны, в трансцендентной, «неземной» ее сути [III.16.2].

§ 4. Восхождение права. Эпохи

1. Две «ипостаси», два «измерения» позитивного права. Позитивное право проходит сложное историческое развитие. Его содержание, а следовательно, объем и характер используемых в обществе свойств, потенциалов на различных этапах развития общества неодинаковы.

Здесь нужно исходить из двух «измерений» права. Прежде всего позитивное право как объективированное образование (писаное право) выступает в качестве эффективного силового регулятора, и оно в то же время представляет собой явление духовной жизни общества, находится в сложной взаимосвязи с моралью, содержит критерии поведения людей, суждения о ценностях и в этой плоскости может быть охарактеризовано в виде духовно-интеллектуального явления.

И вот с учетом указанных двух сторон («ипостасей», «измерений») позитивное право, оставаясь все время эффективным социальным регулятором, «силовым» инструментом, в то же время так или иначе воспринимает ценности и достижения культуры, гуманитарные идеалы, моральные критерии, суждения о ценностях.

Это и предопределяет саму постановку вопроса о *восхождении* права в ходе общественного прогресса, которое имеет два взаимосвязанных направления:

- а) восхождение права с гуманитарной стороны;
- б) восхождение со стороны юридического совершенства.

2. Восхождение права с гуманитарной стороны. С учетом двух «измерений» права могут быть выделены ступени позитивного права, стадии его восхождения, когда с переходом со ступеньки на ступеньку ра-

стут и крепнут заложенные в праве потенции, глубинные естественно-правовые, гуманитарные начала, его глубинная истинно человеческая юридическая логика, исконное предназначение.

Ведь сама постановка вопроса об «ипостасях» (двух «измерениях») — свидетельство не только того поразительного факта, что позитивное право входит в разную систему социальных координат и относится к разным мирам действительности (обстоятельство, весьма существенное для философской характеристики данного явления), но оно одновременно таково, что гуманитарные начала так или иначе проникают в само существо права, его плоть, решительным образом влияют также и на его особенности и качества как «силового» инструмента социальной жизни.

Отсюда ступени восхождения права — это в немалой степени есть трансформация и модификация силы, определяющей жизнь и реальность юридических установлений, когда право, оставаясь силовым образованием, меняет стоящие за ним силовые институты и рычаги, приспособляя их к данному состоянию и уровню гуманитарных ценностей, что в немалой степени предопределяет и совершенство права (той или иной национальной юридической системы, правовой семьи) со специальной юридической стороны.

Таким образом, и регулятивные свойства права в целом раскрываются и «работают» в прямой зависимости от того, на какой ступени своего гуманитарного восхождения оно находится и каковы политические и моральные характеристики данной юридической системы. Если в обществе господствует право сильного, да к тому же доминирует авторитарный режим власти, то и юридические установления даже со стороны своих регулятивных свойств не обретают или теряют, казалось бы, присущий им гуманитарный потенциал (выраженный, в частности, в юридических механизмах, связанных со «всеобщностью», с определенностью содержания, с субъективными правами, дозволительным типом регулирования и т.д.).

3. Критерии. Характеристика ступеней развития («восхождения») права с гуманитарной стороны предполагает необходимость четкого определения тех критериев, на основании которых выделяются известные ступени.

Здесь оказывается необходимым исходить из особенностей исторического предназначения человеческой цивилизации и отсюда — из видения права как гуманитарного явления. В этой связи и может быть выделен основной критерий развития права. Таковым является *степень приближения данной юридической системы к тем требованиям и, если угодно, цивилизационным стандартам, которые в силу логики пра-*

вового прогресса должны быть характерны для права гражданского общества, наиболее полно воплощающему гуманитарные ценности и идеалы.

Конечно, на каждой ступени право выражает сообразные данной эпохе гуманитарные и моральные принципы, которые в той или иной мере согласуются с условиями жизни и требованиями общества этой эпохи, приняты им. Вместе с тем нужно иметь в виду, что есть высшие гуманитарные начала и ценности, обусловленные самой сутью, природой общества и заложенным в его органике стремлением человека к высокому, достойному положению – всем тем, что реализуется в высших ценностях естественного права [III.10.3].

Они-то, эти высшие начала и ценности, наиболее полно осуществляемые в цивилизациях последовательно демократического, либерального типа, и служат тем ориентиром, который помогает «расставить по своим местам» многообразные юридические системы различных исторических эпох и культур.

4. Основные ступени. Следует различать четыре основные ступени позитивного права: право сильного; право власти; право государства; право гражданского общества.

Первые две ступени (право сильного, право власти) могут быть охарактеризованы как *неразвитое* право, при котором в том или ином виде господствует «голая сила». Две последующие ступени (право государства, право гражданского общества) отличаются тем, что в позитивном праве реализуются сначала цивилизационные достижения, характерные для государственной организации общества, а затем, на завершающей из указанных ступеней, наиболее высокие гуманитарные ценности, да так, что право обретает собственную основу своего бытия (неотъемлемые права человека) и становится способным возвыситься над властью, ее произволом. Здесь, следовательно, в полной мере развертываются те черты права, которые позволяют рассматривать его в качестве *развитого*.

Таким образом, хотя обозначению указанных стадий характерен известный метафорический оттенок (по-видимому, неизбежный при рассмотрении явлений и процессов, не освоенных в достаточной мере наукой), главное в данном случае – само содержание, логика развития позитивного права, начиная с той стадии – право сильного, когда лишь зарождались некоторые начальные элементы позитивного права, и кончая той, когда право оказывается способным возвыситься над властью.

В самой расстановке, исторической последовательности указанных ступеней надо видеть основную линию той трансформации и модификации, которые характерны для права как явления цивилизации.

Эта логика может быть выражена в формуле: *от права сильного к праву власти, а затем через право государства к праву гражданского общества — гуманистическому праву*¹.

Обратимся теперь к краткой характеристике указанных четырех ступеней права, рассматриваемых с точки зрения присущего им гуманитарного содержания.

Право сильного — это по своему источнику и первым фазам своего развития еще доцивилизационная стадия (во многом — с доминированием биологических, зоологических компонентов). О ней приходится говорить в основном с целью обозначить начальное звено «восхождения» права и с большей четкостью увидеть логику происходящих в этой области процессов.

Суть данной стадии состоит в том, что право — в значении «имею право» — принадлежит просто сильному (даже в самом грубом, зоологическом значении). Это — первичный, по своей основе в немалой степени биологический, способ организации жизни «организованных сообществ». Он образует исходный, начальный блок иерархического построения жизни «организованных существ», в том числе и человеческого сообщества на начальных стадиях его развития.

При всей отрицательной оценке данной ступени (в особенности с точки зрения современных моральных, гуманистических представлений) надо видеть, что «право» сильного (слово «право» поначалу, быть может, следует взять в кавычки и понимать в строгом значении естественного права), имеющее природно-зоологические предпосылки, отражало применительно к доцивилизационным порядкам и нравам свойственные им иерархические начала и выступало все же в виде упорядочивающего и даже стабилизирующего фактора — основы постоянного (до естественной смены) статуса и потому противостоящего энтропии и хаосу и в этом отношении соответствующего интересам выживания и упрочения данной общности первобытных людей, решения ею необходимых жизненных задач.

¹ В данном месте хотелось бы обратить внимание на то, что автор этих строк уточнил свою позицию в отношении ступеней «восхождения» права. В отличие от ранее высказанных положений о таком «восхождении», когда в нем выделялись четыре ступени — право сильного, кулачное право, право власти, право гражданского общества (см.: Теория права. 2-е изд. М., 1995. С. 126 и сл.), в настоящей работе:

- во-первых, кулачное право включено в более общую категорию «право сильного»;
- во-вторых, в «промежутке» между правом власти и правом гражданского общества выделено в качестве особой стадии «право государства»;
- в-третьих, право современного гражданского общества получило сокращенное обозначение как «гуманистическое право» в том значении, о котором дальше говорится в книге.

И, быть может, именно здесь, на начальной фазе правового развития, отчетливо обнаруживается *важнейшая особенность феномена права вообще-то*, что на последующих этапах правового развития затеняется иными характеристиками. *Право всегда выражает известное положение (статус в том или ином его виде), которое с о х р а н я е т с я и у д е р ж и в а е т с я во времени.* Именно так достигается необходимая для общества твердость социального регулирования, которая в наиболее развитом виде выражается в общеобязательной нормативности (всеобщности).

Право сильного, при всем негативном или сдержанном отношении к нему с точки зрения современных этических и гуманитарных представлений, необходимо отличать от хаоса и беспредела насилия. Право сильного в естественном бытии – суровый, жесткий, порой жестокий, но вместе с тем – природно-нормальный, неизбежный и вполне целесообразный способ первобытной социальной организации при безраздельном или преимущественном господстве в сообществе биологических начал. Этот способ – преграда для проникновения в сообщество того, что в жизни людей реализовалось в насилии (в частности, того, что характерно для законов и истребительных сторон межвидовой борьбы, грозящих здесь, во внутривидовых отношениях, смертельным хаосом внеправового состояния в самом элементарном, грубом понимании «внеправового», неизбежным в этом случае самоуничтожением), и одновременно наилучшая форма в условиях зоологического мира – достижения и обеспечения сплочения сообщества организованных существ.

На праве сильного, выраженном в устойчивых обычаях, основывались такие институты доцивилизационной и раннецивилизационной жизни, как «вожак», «старшинство», «иерархия подчиненности».

Крайним проявлением права сильного является *право войны* – господство «голой силы» в обстановке конкуренции не признающих друг друга сил, когда конкурент в борьбе за обладание статусом сильного (или по иным основаниям – таким, как месть, реванш и др.) считает оправданным, дозволенным применение таких средств, которые сопряжены с возможностью физического уничтожения действительно или воображаемого конкурента, и целеустремлены на утверждение безусловного и беспредельного господства победителя (то «право войны», которое нет-нет, да прорывается и в нынешнее время, казалось бы, в самые высокие слои «социального», вновь допуская и оправдывая прямое физическое уничтожение человека).

В условиях цивилизации право сильного, в том числе в какой-то ограниченной мере и право войны, постепенно модифицировалось,

шаг за шагом освобождалось от «чисто» биологических свойств и наращивало особенности социального явления, в том числе и качество постоянства (удержание статуса во времени) — основы нормативности.

Одной из таких модификаций стало *кулачное право* — позитивное право первых этапов становления и развития цивилизации (азиатских теократических, рабовладельческих, феодальных обществ), когда в обществе доминирующими социальными силами становятся власть и религиозная идеология. О праве сильного здесь можно говорить уже как о праве без кавычек: оно подвергается влиянию цивилизации, вводится в систему сословной иерархии, привилегий, все более утверждающихся писаных форм, формальных доказательств, инквизиционного процесса и т.д. Оно получает более развернутую юридическую регламентацию (в виде нормативно-регламентированной системы турниров, поединков, в сфере юридических доказательств).

Под углом зрения социально-этических и юридических критериев право сильного, в том числе кулачное право, в указанных условиях может быть охарактеризовано как право привилегий, сословное право, обычное право (в котором, однако, крепнут писаные формы). На этой стадии начинают складываться некоторые простейшие гуманитарные элементы, относящиеся к началам справедливости, вины, процессуальных форм.

Право сильного (в том числе и право войны), относящееся по своему источнику к начальным периодам человеческой истории, в ряде случаев прорывается в жизнь людей на последующих стадиях, отодвигая более высокие по гуманитарному содержанию формы позитивного права. К сожалению, оно оказалось реальностью и в современную эпоху (применение военной силы в Югославии в 1999 г., военные акции в Афганистане в 2001 г. «в ответ» на теракты в Нью-Йорке в сентябре 2001 г.).

П р а в о в л а с т и — это позитивное право более развитых ступеней цивилизации, когда в обществе все более утверждается светская власть (феодалное общество с просвещенной властью, капиталистическое, буржуазное общество в условиях неразвитых государственных, ныне — авторитарных и тиранических форм, социалистическое общество, построенное на марксистской, ленинско-сталинской доктрине). Здесь позитивным правом признаются сами по себе нормы, исходящие от власти, защищаемые ею и ею же объявляемые «правовыми».

В этих нормах также выражаются господствующие социальные силы, преследующие цель использовать законы в своих интересах. Нередко такие нормы становятся способом узаконения произвола, своеволия, а то и каприза правителя.

Но право власти, оставаясь своеобразной модификацией права сильного, — это уже существенный шаг вперед в правовом прогрессе. Такой крупный скачок в «социализации» права сильного произошел в результате того, что силовые формы выражения и обеспечения юридических норм и институтов монопольно сосредоточиваются в руках политической, государственной власти, атрибутами существования и деятельности которой становятся принципы известной организации и ответственности. Здесь возможное насилие, принуждение — прерогатива «одного лица» — политической, государственной власти, которая — именно как власть — не только способна решать дела по усмотрению, но и обременена ответственностью, ею создаваемыми нормативами, господствующей моралью. Здесь возможное насилие, принуждение по мере развития общества все более становится предметом закона, юридической регламентации, судебного решения, процессуальных процедур, приобретая, наряду с «повышенной», освещаемой властью стабильностью, известные черты правового принуждения.

Право власти знаменует существенное развитие позитивного права. И прежде всего — в его прогрессивных характеристиках. Нормы права власти, по общему правилу, являются нормами писаного права, во многом раскрывающими достоинства позитивного права. Выраженные в законах, иных официальных источниках нормы позитивного права становятся всеобщими, формально-определенными, и устанавливаемый таким путем всеобщий, строго определенный по содержанию, формализованный порядок уже сам по себе имеет известное (пусть и крайне ограниченное) гуманитарное значение.

Вместе с тем нельзя упускать из поля зрения то обстоятельство, что право власти — такой юридический феномен, где право все еще не имеет в полной мере своего собственного бытия, суверенности. Оно по основным своим параметрам остается инструментом власти, его продолжением, прямым выражением и воплощением. Поэтому оно не только не реализует своего исторического назначения, связанного с самими основами человеческого бытия, но и может выступать и в жизни общества, действительно, нередко выступает в качестве формы широкого, крупномасштабного произвола, средства реализации групповых, узкоклассовых и этнических интересов, авторитарных и тоталитарных режимов, утопий, узкодоктринерских фантазий, бесчеловечных экспериментов, насилия и террора над людьми.

Конечно, категорию права власти не следует трактовать упрощенно. В юридических системах, которые можно отнести к рассматриваемой категории, значительное место — пожалуй, со времен поздне-

го первобытного общества — занимают нормы, институты и целые отрасли, существование которых напрямую обусловлено требованиями экономической жизни общества, собственности и товарооборота, требованиями морали, необходимостью охраны общественного порядка, упорядочения семейно-брачных отношений, другими элементарными требованиями (институты частного права, полицейского и налогового права, административно-правового порядка, семейного права).

Кроме того, коль скоро власть использует именно «право», она, хочешь не хочешь, вынуждена считаться со свойствами правовой материи, юридическими формами и процедурами, общепринятыми юридическими канонами, т.е. по сути дела с закономерностями, логикой права как объективной реальности. И потому, в частности, при известном уровне развития данной юридической системы оказывается возможным проведение в жизнь элементов законности, поддержание известного — пусть и ограниченного, ущербного, но все же — правопорядка.

И еще, надо заметить, в реальных исторических условиях нынешнего времени в тех или иных странах, в том числе демократических, сложившиеся юридические системы отличаются разноплоскостными характеристиками. Они нередко соединяют черты разноуровневых по силовому обеспечению правовых образований (в том числе, увы, также и «право войны»), и поэтому их особенности как права власти проявляются как тенденция, впрочем, подчас — как доминирующая, императивная.

И все же, как бы то ни было, юридическая система в социальной обстановке, когда политическая, государственная власть остается решающим фактором в жизни общества и когда, следовательно, наличествует и тем более доминирует право власти, юридическая система в подобной обстановке так или иначе приспособляется к властному диктату, и потому существуют «легитимные», оправдываемые действующим правом и порой приобретающие юридически утонченные, изощренные формы возможности для произвола и насилия.

Среди последствий того обстоятельства, что в течение исторически долгого времени, вплоть до наших дней, право выступало и ныне по большей части выступает в облике права власти, — последствия идеологического характера (такие, как императивы крайних ветвей ислама, ортодоксальной коммунистической, ленинско-сталинской идеологии, человеконенавистнических, расистских, фашистских доктрин, этнического национализма).

Под влиянием рассматриваемого феномена во все поры жизни общества, в официальную идеологию и, к сожалению, в интеллектуально-духовную жизнь внедрилась идеология *юридического этатизма*, т.е. пред-

ставления о том, что право по своей природе, органике — явление, порожденное одной лишь властью, самой по себе государственной волей и существующее исключительно в области государственно-политической сферы общества, замкнутое в ней. Начиная с древнегреческой философии софистов и до наших дней, разнообразные версии юридического позитивизма, позволяющие оценить догму права как значительную ценность общечеловеческой культуры, в то же время так или иначе, исподволь или открыто (демонстрируя «разрыв в науке» — I.2.2), связываются с философией юридического этатизма, препятствующего постижению исторического предназначения и истинной ценности права в жизни людей¹.

Право государства. В обществе, в котором утверждают и получают развитие демократические и гуманистические ценности, демократическая и правовая культура, право власти постепенно перерастает в «право государства».

Если исходить из представлений о власти и государстве, сложившихся под императивным влиянием марксистской, ленинско-сталинской идеологии в советском обществе, то только что приведенное положение может быть оценено как чистой воды тавтология. И соответственно — никаких различий между «правом власти» и «правом государства» в принципе не должно быть. Ведь по упомянутым представлениям государство и есть власть, да притом такая, которая представляет собой «машину в руках господствующего класса», «орудие господства одного класса над другим классом».

Между тем представляется в высшей степени важным проводить строгое разграничение между близкими и даже взаимопроникающими явлениями политической жизни — властью и государством.

Прежде всего, они характеризуют различные срезы государственно-политической действительности: одно из них, государственная власть, — явление функционального порядка, характеризующее главную активную, работающую силу в политической жизни, другое, государство, — всеобщее территориально-институционное, аппаратное образование, в рамках и посредством которого власть осуществляется. Главное же заключается в том, что, в отличие от «власти» как таковой, «государство» — образование по определению относительно высокого общецивилизационного уровня, призванное обеспечивать надлежащую организацию и стабильное, устойчивое, защищенное функционирование и развитие общества, всех его подсистем в пределах данной страны.

¹ См.: Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. С. 161 и сл.

Только в отношении неразвитых государств, а также государств с авторитарными и тоталитарными режимами отождествление «государства» просто с «властью» (притом, понятно, — с государственной властью) в известной мере допустимо: здесь власть в своих многообразных проявлениях охватывает всю, в сущности, государственно-политическую жизнь страны (марксистская, ленинско-сталинская доктрина как раз и ориентируется на такого рода государства). В тех же странах, где получают развитие и реализуются в государственно-политической жизни демократические принципы и гуманистические ценности, нужно с необходимой определенностью констатировать существенные различия между этими, терминологически близкими категориями и, в частности, то, что власть в демократическом обществе существует и реализуется в «окружении» и под многообразным воздействием многих демократических институтов: и государственных, и негосударственных (таких, как адвокатура в системе правосудия, политические партии, иные объединения граждан, средства массовой информации).

Именно существование и функционирование власти «в государстве», в котором утверждаются и получают развитие демократические и гуманистические ценности, а на их основе механизмы умирения власти (конституция, институты народовластия, парламентаризма, разделения властей), позволяет ставить власть «на место» — умирять власть, делать ее относительно умеренной, ограничивать ее функции общественно необходимыми задачами, препятствовать заложенным в ней потенциалам к неограниченному властвованию, диктатуре, произвольным действиям.

И вот в обстановке, когда власть при помощи указанных механизмов становится умеренной, адекватной — хотя бы в основном — общественным потребностям, право как бы раскрепощается в своем бытии и развитии, оживает, начинает раскрывать свои потенции. Оно теперь и в тех своих частях и гранях, которые ранее определились произволом власти, как бы становится с властью на одну плоскость, причем так, что его основные источники, носители — законы, и прежде всего Конституция, выступают в качестве силы, упорядочивающей власть, — критерия возможностей и пределов действия государственных учреждений и должностных лиц всех ступеней и рангов. Особо действенной становится миссия права в упорядочении и ограничении власти в связи с функционированием своего рода «связки», соединяющей возможности указанных ранее механизмов — Конституции и правосудия, выраженного в деятельности Конституционного Суда (Совета).

С рассматриваемых позиций право уже не может быть охарактеризовано как право власти: оставаясь, как и ранее, «силовым» по преобладаю-

щим особенностям регулятором, оно теперь является в принципе юридической системой всего государства — нормативным образованием, занявшим равновеликое место с политической, государственной властью.

Такое развитие права, как свидетельствуют исторические данные, все же не гарантирует с правовой стороны от рецидивов государственного всевластия, осуществляемого по большей части высшими государственными инстанциями — президентскими, правительственными: ограничение и блокирование деятельности демократических институтов при этом реализуются и обосновываются теми же самыми формами и началами, которые предназначены для демократического умирения власти, прежде всего конституционным началом — «волей народа», порядком «свободных выборов», «референдумами», «плебисцитами».

«Законная» трансформация при помощи свободных выборов и референдумов (плебисцитов) ряда демократических государств Европы в тоталитарные фашистские государства стала тяжким свидетельством какого-то коренного неблагополучия в действующем праве, имеющем черты «права государства». В праве еще не оказалось таких элементов, которые в конечном счете оказались бы независимыми от власти, ее изощренного, прикрытого юридическими формами произвола и которые смогли бы возвысить право над государственной властью.

Увы, потребовались кровавые уроки, преподанные человечеству тоталитарными режимами (фашистской Германии, советским), когда люди всей земли были поставлены на грань тотальной деградации, мракобесия и самоистребления; увы, «потребовалось» (при всей некорректности использования этого слова в данном контексте) все это, чудовищное и гибельное, чтобы в послевоенное время, 1950—1960 гг., произошла вторая — после эпохи Просвещения — «революция в праве», обозначившая коренные, качественные изменения в праве, которые в полной мере и раскрыли его историческое предназначение.

П р а в о г р а ж д а н с к о г о о б щ е с т в а — это высшая на современной стадии развития цивилизации ступень позитивного права, наиболее сблизившаяся с современным естественным правом, его высшими ценностями. Его базис (как это будет показано в третьей части книги) образуют неотъемлемые, прирожденные права человека, которые являются основой для определения правомерности «самих» юридических норм, вводимых и поддерживаемых властью. И следовательно, для такого высокого положения объективного права, когда оно, по пророческим суждениям замечательного русского правоведа И.А. Покровского, способно противостоять г о с у д а р с т в у к а к т а к о в о м у и когда человеческая личность может заявлять «пре-

тензию на роль равноправной с государством державы с правом суверенитета на некоторой собственной территории»¹.

Именно право данной ступени согласуется с требованиями того этапа развития общества, на котором нейтрализуются крайности власти и оказывается возможным обеспечить ее гармоничное развитие, притом в ее соотношении с требованиями современного гражданского общества (посткапитализма, народного капитализма). Здесь и происходит своего рода «восхождение» права на высшую по современным представлениям ступень: оно в полной мере раскрывает свой потенциал как явление цивилизации и культуры, как носитель гуманитарных ценностей, заложенных в самой сути, природе человеческого общества, человека.

С сожалением приходится констатировать то обстоятельство, что хотя ряд демократически развитых государств приблизился к этой высшей точке правового развития, ни одно из них не обрело в полной мере все его качества (в особенности, в отношении возможности «уничтожения человека», допустимости «права войны»).

Таковы основные ступени гуманитарной истории права, когда оно двигается от «права сильного» через «право власти» (и «право государства») и достигает ступени гуманистического права — той ступени, на которой позитивное право уже напрямую, во всех своих основных характеристиках противостоит своему исконному, извечному врагу-антагонисту — произволу и его наиболее «бесовскому проявлению», непосредственно обращенному против человека, — насилию.

Как бы ни оценивали с позиций современных гуманистических и нравственных представлений предшествующие стадии правового развития (даже такие, как, скажем, «кулачное право», да и вообще феномен права сильного, даже право войны), здесь неоправданны односторонние оценки. На каждой из указанных стадий, нередко в оптимальных для своего времени формах, создаются известные предпосылки для реализации гуманитарных ценностей и — что наиболее существенно — известным образом ограничивается произвол, взамен прямого насилия вводятся — пусть еще и несовершенные, зачаточные — институты правового принуждения, материальные и процессуальные.

Вместе с тем надо держать в поле зрения и то обстоятельство, что отмеченные ступени позитивного права не более чем вехи, ориентиры, позволяющие разобраться в сложном развитии позитивного права как «силового» социального образования, с его восхождением от «голой силы» к утверждению в самой материи права высоких гуманитарных начал.

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 309–310.

В действительной истории границы между этими ступенями размыты и, в зависимости от своеобразия исторических условий, сломов и поворотов в исторических процессах, в сферу гуманистического права может ворваться право сильного, прежде всего его «современная» модификация — право власти (а порой и право войны в отношении собственного населения). Многие факты российской действительности и после преодоления ленинско-сталинского тиранического режима (1993 и последующие годы), а также факты из деятельности самых, казалось бы, демократически передовых государств, увы, подтверждают сложность и противоречивость происходящих здесь процессов, в том числе — тенденцию, состоящую как раз в доминировании права власти и даже использования «права войны», а у нас, в России, с той еще российской спецификой, которая выражена в феномене «византийского права».

Только утверждение права гражданского общества во всех его характеристиках и соответствующая ему передовая демократическая государственность могут обеспечивать, надо надеяться, такой уровень господства права (правления права), который исключает прорыв в общественную жизнь «права сильного» (права власти, права войны) и деформацию под напором его необузданной мощи демократических правовых институтов и форм.

5. Эпохи права. Представления о ступенях восхождения права (с гуманитарных позиций) позволяют определить его главные исторические эпохи.

Вопрос о категории, которая в данной работе названа «эпохи права», не прост, и даже научные предпосылки для конструктивного решения проблемы, которая имеется здесь в виду, пожалуй, в полной мере еще не сложились, во всяком случае — не устоялись. Тем более, что автор этих строк стремится реализовать задачу, трудно решаемую в научном обиходе, да к тому же задачу большой сложности по существу — путем обоснования данной категории дать альтернативу уже привычному, прочно вошедшему в научный обиход понятию — «исторический тип права».

В правоведении социалистических стран на основе марксистских взглядов, упрощенных и схематизированных в ленинско-сталинских интерпретациях, под этим термином понималось суммированное выражение особенностей юридических систем по формационному признаку с явно заданной целью — обосновать закономерный характер перехода человечества к коммунизму. И соответственно этому выделялись такие «исторические типы» — рабовладельческое право, феодальное право, буржуазное право, социалистическое право.

Подобная градация имеет известное познавательное значение, позволяет выявить некоторые общие черты юридических систем, существовавших в те или иные исторические периоды, сделать ударение на одном из существенных моментов экономико-политической ситуации, отвечающих ортодоксальным марксистским взглядам о «классах», об «эксплуатации», о будто бы неизбежном движении человечества к «бесклассовому обществу» — коммунизму. Но она мало что дает для понимания места и роли права в жизни общества, логики его развития, его юридического своеобразия. Обособленные на указанных основаниях «исторические типы» охватывают юридические системы весьма различного юридического построения и ступени гуманитарного развития. И только в отношении некоторого фактического материала идеология «исторических типов права» помогает увидеть их развитие (например, связывая феодальное право с «кулачным правом»).

Как оказалось, более существенное значение для юридической науки имеют не выделенные по марксистским канонам «исторические типы», а семьи национальных правовых систем. И потому, если и уместно употреблять термин «тип» в отношении права, то в наибольшей мере такое употребление оправдано в отношении юридических типов — основных, классических семей юридических систем [II.6.2].

Тем не менее существуют весомые данные полагать, что есть альтернатива понятию «исторический тип», которое имеет существенное общетеоретическое значение. Притом — с точки зрения исторической перспективы, рассматриваемой с гуманистических позиций.

Это понятие — «*историческая э н о х а п р а в а*». Оно, можно предположить, призвано отразить основные, если угодно, глобальные стадии в развитии «самого» права под углом зрения его гуманитарного содержания, и соответственно этому дать научную основу для понимания кульминации, ключевого, поворотного пункта в этом развитии, соотносящегося с переходом человечества от традиционных цивилизаций к цивилизациям последовательно демократического типа.

Суть дела в том, что до того времени, как в условиях Просвещения, идей и духа Французской революции начался переход человечества к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, феномен права существовал и повсеместно воспринимался как государственно-властное образование, содержащее главным образом общеобязательные предписания, запреты, ограничительные императивы. Именно в таком облике позитивное право предстало перед людьми с той своей природно-естественной стороны, которая выражает властную иерархическую организацию общест-

венной жизни, в предельной мере обнажившейся и даже обострившейся в условиях традиционных цивилизаций феодальных типов, когда действующие юридические установления привычно воспринимались даже не в качестве права власти, а скорее — права сильного, притом «кулачного права».

Социальные и духовные условия Просвещения, как и вся возрожденческая культура, и в не меньшей степени революционные события конца XVIII в. в Европе и Северной Америке, т.е. все нарастающие процессы, выражающие начало реального перехода человечества к либеральным цивилизациям, потребовали нового права и принципиально нового правопонимания.

Но спрашивается: в чем, кроме общей постановки вопроса, реально (в строго контрастных определениях) состоит то новое, что должно быть характерным для права в условиях последовательно демократических, либеральных цивилизаций, новое в самом принципе правопонимания?

И вот здесь мы встречаемся с самым главным переломом в мире правовых явлений и правовых представлений, происшедших в то время за всю человеческую историю, — с переходом от запретительно-предписывающего права к д о з в о л и т е л ь н о м у (дозволяющему) праву. И соответственно этому — с переходом от видения права как сугубо властно-государственного образования к его трактовке как института, который при всей его взаимосвязи с государством (и моралью) служит человеку, творческой активности людей и который способен возвыситься над властью.

Отсюда и вырисовываются две основные эпохи права, констатация и понимание которых во многом раскрывают, быть может, самые существенные характеристики, выражающие логику права. Это: *запретительно-предписывающее право* (эпоха, характерная для традиционных цивилизаций);

дозволительное право (эпоха, характерная для последовательно демократических, либеральных цивилизаций).

6. Еще одно направление. Наряду с направлением развития гуманитарной стороны восхождения права значимым является направление развития его «собственного» содержания. От элементарных, примитивных форм («имею право», «обязан», «ответствен») — к развитым юридическим построениям, определяющим положение человека в обществе, существенно влияющим на его возможности в деловой жизни и т.д., — вот путь совершенствования юридических форм, развитие права в технико-юридическом отношении.

В этой группе проблем велик соблазн существенно разъединить указанные две стороны восхождения права (не так уж трудно отыскать примеры того, когда при реакционном политическом режиме страны вырабатываются весьма совершенные юридические построения; или, напротив, гуманитарный прогресс как бы отодвигает на задворки социальной жизни всякого рода юридические премудрости и сложности).

На самом же деле картина тут другая. При всех возможных отклонениях в указанных процессах (такого характера, которые только что были упомянуты) главное здесь — это глубокая взаимосвязь между гуманистическим содержанием права и его юридическим совершенством.

Исходный пункт понимания этой взаимосвязи, да и всего комплекса процессов, относящихся к инструментальным характеристикам права и их развития, — это особенности «тела права», юридической материи.

ГЛАВА ШЕСТАЯ ПРАВОВАЯ МАТЕРИЯ

§ 1. Правовая материя: особенности, элементы, методологические подходы

1. Постановка проблемы. При обозначении правовой материи в целом, ее элементов (охватывающих как догму права, так и другие элементы) приходится использовать категорию, которую принято считать публицистической. Впрочем, и здесь по большей части такое использование не идет дальше одной лишь публицистической оценки права, его «социальной роли», показа того, что право, его институты — это «важное средство», необходимое для реализации задач, стоящих перед обществом, — экономических, политических и т.д. И хотя при этом, строго говоря, реальное значение права принижается (оно подспудно низводится до положения некоего вторичного, подсобного явления для других задач и процессов), такое понимание слова «средство» в области права допустимо, и в литературе были предприняты попытки придать подобным характеристикам философско-социологическую значимость¹. Нужно только не упускать из поля зрения того, что перед нами всего лишь некоторые образные выражения, фразеологиче-

¹ См.: *Бельх В.С.* Сущность права: в поисках новых теорий или «консерватизм» старого мышления // *Российский юридический журнал.* 1993. № 2. С. 53.

ский дубль или словесные упрощения, используемые для пояснения «социальной роли» специфических категорий юридической догматики в популяризаторских целях.

Между тем постановка вопроса о правовых средствах, обозначаемая здесь и в последующем изложении, принципиально иная — более основательная, ближайшим образом как раз и выражающая новый (инструментальный) подход к праву. Такой подход, когда рассмотрение юридических вопросов опирается на юридическую догму и вместе с тем выходит за ее пределы, охватывая ю р и д и ч е с к у ю м а т е р и ю в ц е л о м, во всех ее гранях и проявлениях — и на уровне догмы права, и за ее рамками, что и позволяет весьма значительно углубить наши знания о праве, и в научном, и в прикладном, практическом отношении.

Причем здесь происходит не только «пространственное» расширение взгляда на право, включение в поле научного анализа, наряду с нормами и в одной плоскости с ними, других юридических явлений, но качественное изменение самого видения права, когда рассмотрение юридических явлений освобождается от императивной заданности на одни нормы и когда правовые явления рассматриваются как таковые, непосредственно, в одной плоскости с юридическими нормами.

Казалось бы, те же самые явления, которыми оперирует аналитическая юриспруденция («субъективные права», «юридические санкции», «акты применения права», «юридические презумпции» и т.д.), здесь, при инструментальном подходе, выведенные из одной лишь сферы юридической догматики и рассматриваемые в качестве «правовых средств», обретают качественно новый облик. Сама трактовка элементов правовой материи в качестве «правовых средств» не только призвана обозначить их практическое значение, их предназначенность быть эффективными, нередко уникальными инструментами в решении сложных проблем нашей жизни (отсюда — и иные выражения того же порядка — «юридический инструментарий», «правовые механизмы»), но и вообще как бы расставляет их по новым местам, сообразно их реальному положению в правовой материи.

Наиболее ярко, выразительно такое научное и одновременно практически значимое возвышение, казалось бы, сугубо «технической» категории происходит, как мы увидим, в отношении юридических конструкций. В отличие от аналитической юриспруденции, где они трактуются всего лишь как некое подсобное явление при оформлении нормативных актов, юридические конструкции, вырвавшись из-под эгиды сугубо нормативистских трактовок, покидают весьма отдаленный закоулок юридической техники в области нормативных актов. Те-

перь они, под углом зрения концепции правовых средств, предстают как высший «правовой инструмент», выражающий резервы и потенциал юридической материи, ее уникальные возможности в решении сложных проблем нашей жизни.

Следовательно, здесь меняются подходы к праву – метод его рассмотрения, при котором позитивное право как бы «обнажается целиком», открывается путь не только к действительным функциям правовых явлений, вычлененных юридической догматикой, но и к закоулкам и тайникам правовой материи, во многом «прикрытым» в традиционных догматических трактовках юридическими нормами. И отсюда (а это главное!) – открывается возможность выяснения более обширного комплекса характерных для права связей и закономерностей.

2. «Правовые средства» как фундаментальная юридическая категория. «Правовые средства» являются фундаментальной категорией в области юридических знаний. Ее значение и особенности заключаются в следующем.

Прежде всего, правовые средства – предельно общая, универсальная правовая категория. Здесь, перед нами *вся* материя права – и та, которая выражена в юридических нормах, и та, которая юридически нормами не охватывается и при всей связи с нормами не может быть к ним сведена.

Далее, это – правовое понятие, охватывающее всю правовую материю *с функциональной стороны*. То есть понятие, характеризующее фрагменты правовой действительности под углом зрения их бытия как социальных реальностей и их функций, их роли как инструментов, позволяющих в правовом порядке разрешать жизненные ситуации.

Категория «правовые средства» является фундаментальной также потому, что охватываемые ею правовые явления имеют *объективированный субстанциональный характер* (т.е. такой, когда правовые средства относятся к «телу», самому «веществу» права). Это – не действия юридического характера, не разнообразные процессы в юридической области, а юридические реальности – твердая, неизменная «юридическая наличность» (которую можно как бы «взять в руки», так или иначе использовать). Такого рода юридическая наличность охватывает все стороны и проявления права – не только действующие юридические нормы, законы, но и, например, индивидуальные акты, юридические санкции, объективированные данные судебной практики. Сюда же, на другом уровне юридических реальностей, относятся запреты, дозволения, позитивные обяызывания, а также юридические конструкции, структурные построения, типы, системы регулирования и др.

Именно в качестве субстанциональных явлений правовые средства — это *носители силы права*. Они в этой связи по большей части выступают в виде тех или иных принудительных мер, в частности санкций, средств защиты, компенсационных мер и т.д. Правовые средства, отличающиеся принудительным характером, потому и обособляются в устойчивые «реальности», что в них заложены такие возможности, которые позволяют справиться с трудностями, преодолеть препятствия, обеспечить решение «того, во имя чего» потребовалось позитивное право — решение назревшей жизненной ситуации на «началах права».

Именно потому, что правовые средства есть явления субстанциональные, в них, в самом их бытии присутствует как бы «натуралистический оттенок» — возможность того, что известные субъекты действительно обратятся к ним как к средствам в сугубо деловом значении, т.е. «возьмут их в руки» и добьются с их помощью нужного, ожидаемого результата в соответствии с правом, в итоге — в соответствии с требованиями (императивами) цивилизации.

Таким образом, правовые средства — это *наиболее общая, универсальная правовая категория*¹. С правовых средств (их необходимости при наличии правовых ситуаций, их появления на свет как факта) право в своем реальном регулятивном назначении **н а ч и н а е т с я**. Из правовых средств (разного содержания, уровня) складывается **с я п р а в о в а я м а т е р и я** — «тело» права целиком.

3. О «зримой» и «незримой» правовой материи. При характеристике правовой материи через понятие «правовые средства» представляется необходимым еще раз отметить, что здесь право предстает перед нами в «зримом» и «незримом» виде.

Само слово «материя» обычно связывается в наших представлениях с «вещами», зримыми предметами, имеющими чувственно-ощутимый характер. Право по некоторым своим проявлениям и выступает в таком зримом, чувственном виде, когда что-то, относящееся к праву, можно

¹ Как уже отмечалось, в последнее время категория «правовые средства» привлекла внимание науки. Но «правовые средства» в сопоставлении с традиционно вычленимыми фрагментами правовой действительности («юридическими нормами», «субъективными правами», «санкциями») либо рассматривались в качестве «ненормативных» феноменов, либо, как представлялось автору этих строк в ранее изданных работах, в качестве особой грани при прагматическом, сугубо прикладном рассмотрении указанных фрагментов, их функциональных характеристик. Между тем, при более подробном анализе выясняется, что «правовые средства» прежде всего должны рассматриваться в качестве *первичного и универсального звена* правовой материи, точнее даже — *исходной единицы* всей материи права, с которого в инструментальной плоскости реально «началось» и реально «пошло» все правовое развитие.

реально «увидеть», «взять в руки». Но такой, чуть ли не вещественный облик права, как это было отмечено ранее [П.4.2], имеет только со стороны своей внешней формы, т.е. со стороны своих источников — законов, иных документов, знаков и символов, да со стороны своего действия — реальных действий субъектов, правоохранительных учреждений.

Суть же вопроса — в том, что «тело», «вещество» права образует его (сообразно философским представлениям) *внутренняя форма*, т.е. структура, юридическая организация образующих право интеллектуально-волевых положений, идей, решений, мыслей.

Правда и эта структура тоже может иметь «зримое» выражение в законах, иных писанных источниках права (в составе кодексов данной страны, в структуре кодексов, их главах, статьях закона). Но само-то «вещество» права, его *corpus juris* — это особая, во многом «невидимая» социальная реальность, выражающая структурированность права, его математические характеристики, организацию его содержания с сугубо юридической стороны¹.

¹ Это своеобразие юридической материи можно проследить, если от законов, т.е. внешней формы («видимой» реальности) перейти к другому важнейшему элементу юридической догмы — к юридическим нормам.

На первый взгляд здесь как будто бы все ясно и очевидно («зримо» и «видимо»). О существовании юридических норм свидетельствуют тексты Уголовного кодекса, Семейного кодекса, Гражданского кодекса, других нормативных документов, выделение отдельных статей, нормативных положений со словами «вправе», «не может ограничивать», «обязан возместить», да и просто табличка с указанием — «места для пассажиров с детьми и инвалидов».

Но стоит только повнимательнее приглядеться к любым жизненным случаям, требующим решения на основании юридических норм, так сразу же возникают вопросы. А почему, собственно говоря, упомянутые и другие записи и формулировки свидетельствуют о наличии юридических норм? Именно — норм, да притом — юридических? Ведь юридическая норма должна обладать целым набором элементов — указывать и на условия ее действия (гипотеза), и на взаимные права и обязанности субъектов (диспозиция), и на возможные юридические последствия (санкции). А в тексте законов в результате специализации права и особенностей изложения нормативного материала отдельные положения ограничиваются, как правило, обозначением какого-то одного из указанных элементов, вследствие чего в отдельном, изолированно взятом фрагменте законодательного текста наличествуют только какие-то укороченные фразы, чуть ли не их обрывки.

И вот тогда-то и нужно принять во внимание *системность права, его структурированность, юридическую организацию соответствующих положений*. С тем, чтобы представить юридическую норму в целом, со всем набором необходимых для нее элементов, оказывается необходимо понятие *логической нормы*.

Выходит, юридическая норма, казалось бы простое, элементарное, наиболее наглядное, предельно зримое звено позитивного права, его догмы, одновременно предполагает существование *незримых, невидимых* компонентов — разнообразных связей и соотношений, включающих в нечто «логически целое» иные компоненты, также входящие в правовую материю. Стало быть, обнаруживая свои особенности наличной реальности в формулировках статей закона, а затем в разнообразных связях и соотношениях, и плюс

Таким образом, если в полной мере принять во внимание особенности права с точки зрения своеобразия его формы, то оказывается неизбежным вывод, в соответствии с которым материя права по своей сути — это особая структурированная социальная реальность, выраженная главным образом в особой (внутренней) форме, главным образом — в структурных особенностях права.

Своеобразие этой особой социальной реальности проявляется в разных плоскостях существования права — и на уровне права в целом как своеобразного природно-социального образования, и в отношении тех или иных конкретных правовых явлений.

На уровне права в целом именно его внутренняя форма придает *праву в целом* как институциональному образованию необходимую структурно-юридическую организацию, юридико-логическую законченность (и, что особо существенно, значительную социальную силу). Обратим при этом внимание на то, что такого рода характеристика довольно отчетливо устраняет саму возможность интерпретации положения о праве как о форме, с точки зрения будто происходящего здесь «смещения» права и закона, ибо закон и другие источники права относятся к внешней форме права, имеющей в основном значение способа внешней объективизации права, его внешнего информационного бытия и знака.

Специфика материи права сказывается и на особенностях *отдельных правовых явлений*. Пример — ценные бумаги. Понять их особенности с юридической стороны (тем более в современных условиях, когда юридически конституированы и получают все более широкое развитие «бездокументарные» ценные бумаги) совершенно невозможно, если не принять во внимание фундаментальную особенность всей правовой материи, ее «слитность» с формой, не сводящейся к одной внешней форме (документам), а состоящей главным образом в юридической организации интеллектуально-волевых положений — во «внутренней форме», в ее структурных особенностях, в так или иначе объективированных способах ее существования («объективированных способах» в высшей степени важных: именно они обеспечивают действенность и защищенность соответствующих материальных благ). В том, что еще римские юристы обозначали как «бестелесная вещь»¹.

к тому еще (как мы увидим) — в своей «заряженности» на практическое осуществление, а отсюда в соответствующих практических действиях людей, юридическая норма, казалось бы очевидная и наглядная элементарная «частица», в действительности, в своих «видимых» и не очень «видимых» особенностях выступает в виде сложного, содержательно богатого явления — элемента особой правовой материи.

¹ См.: Мурзин Д. В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. М., 1998. С. 67–68.

4. Модификации. Материя права отличается особенностями в зависимости от того, к какой семье национальных юридических систем относится право данной страны.

Рассмотрим эти особенности на данных двух основных (классических) юридических типов права континентальной Европы (романо-германского права) и права национальных систем англо-американской группы (общего, прецедентного права).

С наибольшей выразительностью своеобразие права как «особой материи» характерно юридическим системам романо-германского типа. Именно тут – через закон, нормативные обобщения – наглядно раскрывается особая организация правового материала.

Известное значение в рассматриваемой плоскости имели даже древнейшие и средневековые сборники обычного права, хотя содержащийся в них нормативный материал группировался не по строгим юридическим критериям – отраслям (в современном понимании), а преимущественно по тематическим, предметным, порой случайно избранным признакам. Но и эти сборники, в особенности на более поздних стадиях правового развития (такие, например, как Парижский кутюм – прямой предшественник французского ГК и даже образец в правотворческих процессах для французских поселений того времени в Северной Америке), отличались заметной структурированностью, спланированы, «сбивали» разнородный правовой материал в достаточно устойчивые, внешне очерченные, объективированные (и значит, институционные) образования.

Решающую же роль в сложных процессах придания позитивному праву надлежащей юридической организованности уже в Новое время сыграли и играют ныне системные законы – кодексы, в которых действующий нормативный материал не просто собирается «вместе», а становится предметом правотворческой деятельности высокого порядка – кодификации. И в этой связи подвергается переработке по содержанию путем нормативных обобщений, систематизируется на основе сложившихся юридических конструкций и системных структурных подразделений (например, таких, как «обязательственное право», «вещное право» в гражданском кодексе, или в уголовном кодексе – «основания освобождения от ответственности», «преступления против личности» и т.д.).

Таким образом, состав и соотношение правовых средств в юридических системах романо-германского юридического типа характеризуется, по крайней мере, следующими тремя особенностями:

во-первых, тем, что *основой всего состава юридических средств являются нормы закона;*

во-вторых, тем, что в соответствии с только что отмеченной особенностью *судебная деятельность (практика) понимается в качестве производной от закона*; и только в XIX–XX вв. она начинает обретать самостоятельное значение;

в-третьих, тем, что *общие идеи, принципы в области права имеют юридическое значение лишь постольку, поскольку они выражены в законе*.

Именно при таком понимании правовых средств выработаны в соответствии с данными юридической культуры (отражающими в основном достижения римского частного права) основные логически строгие юридические понятия, категории европейской юридической науки. Понятия, категории, которые в свою очередь со временем получают закрепление в нормах закона¹.

¹ Уместно к сказанному добавить и то, что путь формирования и развития романо-германского права может быть назван классическим потому, что здесь на основе многовековой развитой правовой культуры в результате прямого правотворчества компетентных органов, использования нормативных обобщений высокого уровня открывается простор для развертывания такой отработанной системы правовых средств, которая образует главное содержание развитого права, отвечающего требованиям цивилизации, и наиболее полно и всесторонне характеризует правовой прогресс в обществе.

Прямое правотворчество компетентных государственных органов, свойственное романо-германскому праву (нормативно-законодательным системам), позволяет целенаправленно строить юридическую систему, внедрять в нее «мысль», достоинства разума в его высоких проявлениях — данные юридической науки и практики, достигать во всем комплексе правовых средств высокого уровня нормативных обобщений и в связи с этим обеспечивать все то социально ценное, что сопряжено с нормативностью права, с его определенностью по содержанию, системностью, иными его регулятивными качествами.

Другого плана вопрос, что этот позитивный потенциал нередко скован исторически конкретными условиями развития тех или иных стран и в средневековый, и в буржуазный периоды их истории, и еще более — в обстановке социалистических обществ, когда на базе определенных элементов континентальной правовой культуры формируется право заидеологизированного характера.

В принципе же по самой логике нормативно-правового регулирования развитие правовой формы, выраженной в нормативно-законодательной системе, является естественным магистральным путем, способным обогатить правовую культуру существенными специальными технико-юридическими ценностями, относящимися к правовым средствам. Так, как мы видели, и произошло в истории права, когда на базе достижений римского частного права в эпоху Возрождения были разработаны обобщенные положения, оказавшие столь сильное влияние на развитие системного, кодифицированного законодательства в странах континентальной Европы, а ныне во все более возрастающих масштабах оказывающие воздействие и на правовые системы англоамериканской группы.

В последующем в контексте утвердившихся политического режима и идеологии некоторые из этих достижений воспринимались и советским правом, а ныне российским правом (впрочем, в том объеме и в том виде, который предопределен «византийской» природой права на российской земле). Этот процесс, поскольку он касается развитых юридических форм, с географической и историко-социальной точек зрения был подготовлен тем, что отечественное право возникло именно на территории, охватывавшей

Теперь о своеобразии правовой материи («вещества» права) в юридических системах общего, прецедентного права (common law). Здесь тоже есть «зримые» знаки — определенные внешние формы, выраженные, в частности, в писанных текстах судебных решений, актах регистрации, реестрах и т.д., хотя тут же надо заметить, что в этих решениях (как и в иных внешних формах: актах регистрации и т.д.) нет вообще формулировок юридических норм.

«Тело» общего, прецедентного права, тоже, как и в любой юридической системе, выражено в правовых средствах (в том числе — юридических нормах, но прежде всего — непосредственно в юридических конструкциях), которые, однако, существуют здесь как таковые, независимо от их документальной «оболочки». Эти прецеденты, образуя позитивное право, отличаются «реальной упорядоченностью», известной структурированностью по реальным юридическим особенностям. И потому, как показывает судебная практика в странах англо-американской группы, необходимые для решения того или иного дела нормы выявляют себя в результате мыслительной деятельности в соответствии с устоявшейся и ставшей профессиональной традицией «обоснования от прецедента к прецеденту» (reasoning from case to case), когда реально существующие юридические конструкции, нормы, их фактическая группировка и обнаруживают себя. Как отмечается в современном труде по сравнительному правоведению, «общие правила и принципы, которые судьи общего права устанавливают с помощью индуктивно-сравнительного метода, путем анализа множества прецедентов, придают прецедентному праву *определенную степень систематичности*, и, как следствие этого, оно приобретает *преемственность и предсказуемость* (курсив мой. — С.А.)»¹.

«Обобщения» и «систематизация» в общем праве объективно заложены в правовой материи как таковой, напрямую (независимо от ее внешнего документального выражения), и их «появление на свет» происходит как бы само собой, в самом ходе судебной деятельности. В том числе тогда, когда складываются — что особо существенно — многообразные, подчас уникальные юридические конструкции, а в связи с ними формируются системные структурные подразделения (договорное право, наследственное право и др.).

При этом примечательно, что нередко показателями такого рода объективно существующей структурированности являются не результаты кодификации, иной официальной правотворческой систематиза-

в значительной степени континентальную Европу и уже в той или иной степени имевшей соответствующие правовые традиции.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 405.

ции, а сам факт неофициальной систематизации, которая раскрывает «реальную упорядоченность», структурированность действующего правового материала, накапливаемого в течение длительного времени в деятельности судов.

Так, четырехтомный труд видного английского правоведа (сначала практического юриста, затем профессора Оксфорда) У. Блэкстона «Комментарий к английским законам» знаменателен как раз тем, что он «привел в порядок и во взаимосвязь то необработанное и хаотичное, как свидетельствуют специалисты, нагромождение глыб (*Rudis indigestaque moles*), которое представляло собой в то время английское прецедентное право, бесформенное, со случайными вкраплениями законодательных актов¹. И вот по тем же свидетельствам, благодаря Блэкстону английское право оказалось вполне доступным для изучения, пригодным для преподавания и вполне ясным и понятным не только для профессионального юриста, но и для любого образованного человека².

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 297.

² Несколько замечаний о материи права, относимого к традиционным, неотдифференцированным системам (о традиционном китайском, исламском, традиционном индуистском и др.), содержание которых во многом определяется религиозными и общинными, традиционными началами, философскими, идеологическими доктринами.

И в данной области, как и в отношении общего права, не следует подгонять особенности материи права указанных юридических систем под классические признаки права, основанного на нормах закона. Перед нами — юридические системы *совершенно иного рода*, чем романо-германское и даже общее, прецедентное право. Их потому и следует рассматривать в качестве «неотдифференцированных», что содержащиеся в них юридические элементы накрепко слиты с явлениями духовного порядка (религиозными догмами, моральными постулатами, философскими доктринами), неотделимы от них, вне этого единства не существуют. И поэтому их *внешнее бытие* или, напротив, *небытие* определяется одновременно, в неотрывном единстве, «в одном пакете» с бытием или небытием всего, так сказать, «комплекса» — юридических и неюридических компонентов.

Если, например, юридические системы, базирующиеся на идеях конфуцианства (китайское право, традиционное японское право, во многом право Кореи, Индонезии и др.), внешне выражаются в основном в публичных законах — уголовных, административных, а вопросы частноправового порядка решаются главным образом на основе моральных императивов, например, сообразно требованиям «ли» — поступков «по-правильному», то следует в отношении таких систем прямо констатировать, что позитивное право имеет в целом публичный характер и что в нем содержатся только некоторые зародыши, первичные зачатки гражданского (частного) права как части целостной национальной юридической системы.

Напротив, в исламском праве частноправовые институты наличествуют (притом в прошлом в довольно развитом для своего времени виде). Но они содержатся не в каких-либо особых юридических источниках, а в Коране и суннах, т.е. в источниках общего мировоззренческого характера, охватывающих и религиозные, и сугубо моральные, и даже ритуальные императивы. В литературе на этот счет справедливо отмечается, что «даже в тех случаях, когда в Коране затрагиваются чисто юридические проблемы... его тексты не содержат законченной системы норм, а воспроизводят лишь отдельные решения, кото-

Выходит, состав и соотношение правовых средств в общем, прецедентном праве характеризуется следующими особенностями:

во-первых, основу юридического регулирования образуют здесь не общие нормы закона, а индивидуальные акты – судебные решения, которые в каждом случае дают решение данной конкретной правовой ситуации в соответствии с ее правовой сутью и одновременно при известных условиях *приобретают качество прецедента – источника права*, причем так, что этот прецедент становится выражением правовых идей и главное – юридических конструкций (которые уже сами по себе имеют нормативное значение);

во-вторых, законы, за известными исключениями (такими как конституции), *играют в основном дополнительную роль, зависимую от прецедентного права*;

в-третьих, в связи с правообразующим значением судебных решений (прецедентов) *непосредственно регулирующие значение имеют правовые идеи, принципы права* и соответствующие им юридические конструкции.

Таким образом, своеобразие правовых средств в системах общего, прецедентного права отличается тем, что в них судебные решения непосредственно (помимо норм закона, иных писаных форм объективизации) раскрывают свою суть регулирующего фактора, имеющего нормативный характер¹.

рые Мухаммед провозглашал как судья и провозвестник права, сталкиваясь с конкретными жизненными ситуациями. При этом он всегда руководствовался тем вариантом обычного права, который был в то время наиболее распространен среди арабских племен. Он расширил и изменил это право только в тех местах, где оно противоречило его политическим целям: заменил староарабский трайбализм сообществом людей, связанных между собой верой в Аллаха». Вот почему для практического применения шариата в сфере исламского права существует постоянная и острая потребность в деятельности обширного слоя праведов, которые, как и в общем праве (но по совершенно иным причинам), призваны извлекать нормы шариата из общего комплекса религиозных и моральных императивов, истолковывать их применительно к конкретным жизненным ситуациям.

¹ В связи с особенностями общего, прецедентного права уместно заметить, что самообитный характер этой семьи юридических систем имеет и свои плюсы, и свои минусы.

Плюсы – в том, что возможность «творить право» непосредственно судом, минуя сложные императивы и усложненные конструкции правовой культуры континентальной Европы, основанной на достижениях римского права, позволила напрямую использовать в таком «творчестве» высокие духовные и нравственные критерии, требования «здорового смысла» и в силу этого непосредственно, порой спонтанно, отвечать на требования развивающегося общества, в том числе – быстрее продвинуться к требованиям либеральной цивилизации. Нужно принять во внимание и такие свойства юридического регулирования, характерные для общего, прецедентного права, как индивидуализированная определенность применительно к конкретному делу и «конкретизированная» нормативность, которые, выражаясь в них несколько своеобразно, характеризуются все же достаточно высоким уровнем.

Вырабатываемые же в этих целях судами идеи и принципы регулирования в виде прецедентов (юридических норм) сразу же, напрямую входят в содержание действующей юридической системы¹.

Вместе с тем (и это уже минусы) есть основания усматривать в прецедентном праве известную историческую интеллектуальную незавершенность, в чем-то даже неполноценность, которую все равно, на мой взгляд, в условиях продолжающегося правового прогресса соответствующим национальным правовым системам придется наверстывать. Ведь природа общего, прецедентного права такова, что в нем не может в полной мере развернуться ряд свойств и особенностей права, выражающих его достоинства как системы отработанных правовых средств в системе социальной регуляции (в частности, его особенности, связанные с нормативными обобщениями, всеобщностью, строгой определенностью по содержанию), из-за чего в известной мере не получают развития некоторые другие его характеристики (например, системность, отработанная и строгая с формальной стороны структурированность).

Не случайно поэтому во всех странах англо-американской правовой группы все более развивается законодательство, в том числе в США, во многом — по технологии «модельного законопроектирования».

И все же в качестве общего вывода необходимо сказать о том, что правовые системы англо-американской группы — это эффективно работающие нормативные регулятивные механизмы, отвечающие основным динамичным потребностям жизни общества и потому, кстати, воспринятые в том или ином виде немалым числом государств.

Эти системы в силу указанного ранее ряда позитивных специальных технико-юридических черт оказались весьма динамичными: сохраняя стабильность и незыблемость традиционных, подчас архаичных начал юридического регулирования, они в то же время могут приспособляться к новым технико-экономическим и социально-культурным условиям. Иными словами, юридический инструментарий, которым располагает англосаксонское общее, прецедентное право, можно рассматривать в качестве значительной ценности, выражающей достоинства нормативно-судебной системы юридического регулирования и имеющей уникальный характер.

Быть может, мы вообще еще недостаточно оценили феномен общего, прецедентного права. Не образуют ли его исторические разновидности ключевые вехи на пути мирового правового прогресса? Ведь строго говоря, и римское частное право, являющееся исторической первоосновой мировой юридической культуры и правового прогресса, в своем первоначальном виде, как мы видели, представляло собой правовую систему, создаваемую в основном при рассмотрении конкретных юридических дел, т. е., в сущности, в прецедентном порядке. Жаль только, что право англо-американской группы не получило (как это случилось с римским правом) надлежащего интеллектуального освещения и не стало (как это случилось с европейской правовой культурой) объективированным выражением в системе отработанных правовых средств нормативных обобщений высокого уровня — одного из высокозначимых достижений разума.

Примечательно, что ныне путь прецедентного права характерен для единого («общего») европейского права в целом, в формировании которого значительную роль играет люксембургский Суд европейских сообществ, вырабатывающий в контексте решаемых дел-прецедентов единые для сообщества правовые принципы.

¹ Тут нужны некоторые пояснения.

Рассматривая особенности правовых средств данной семьи юридических систем, необходимо прежде всего преодолеть упрощенное, пожалуй, примитивное понимание прецедентного права, когда его существо и значение сводятся всего лишь к тому в об-

5. Правовые ситуации. При широком инструментальном подходе (и как раз в связи с правовыми средствами) выделяются факты, которые порождают юридические последствия. Эти факты в наиболее общем виде могут быть охарактеризованы в качестве *правовых ситуаций*.

Правовые ситуации по своим внешним характеристикам и с точки зрения традиционного понятийного аппарата юриспруденции, в цен-

шем-то очевидному обстоятельству, что какое-либо решение суда становится прецедентом — «обязательным образцом» при рассмотрении аналогичных дел и потому приобретает нормативный характер.

Между тем «обязательным образцом» (как это показано в английской доктрине прецедента) является не само по себе состоявшееся судебное решение, а заложенное в нем — *ratio decidendi* — принцип, идея, правовые мотивы решения, его юридическая суть, или, в ином смысловом контексте, бытующие в английской доктрине, *stare decisis* — *мнение нормообразующего характера*.

Но и это еще не все.

Общее, прецедентное право (common law) — это не некая просто совокупность судебных решений, в которых содержатся *ratio decidendi*, а *структурированная по содержанию* (хотя и не получающая по большей части формально-документального закрепления) *целостность правовых начал нормативного характера, которая имеет непосредственное регулятивное значение*. Вовсе не случайно, как свидетельствуют фактические данные о формировании системы общего права (как это произошло в Индии), такого рода начала лишь тогда начинают обнаруживать регулятивные качества позитивного права, когда накапливается их известный объем, достигается в массиве прецедентов своего рода «критическая масса», когда в этой связи они объективно складываются в некоторые внутренние подразделения и когда, стало быть, и здесь (путем «перехода количества в качество») образуется особое «тело», *corpus juris* — «вещество позитивного права».

И хотя в формировании и в бытии общего права некоторую роль играют известные письменные формы (и плюс к тому еще доктринальные и полуофициальные систематизации, иные обобщения, проникающие в саму ткань юридической материи), особое «тело», *corpus juris* прецедентного права, действительно, выступает *как таковое*, во многом является *неписанным*, неким незримым «межзвездным веществом», которое складывается как суммированный итог накопленных и по-особому объективированных идей, сущностей судебных решений, обретающих нормативный характер.

Общее, прецедентное право, стало быть, действует как регулятивная сила в таком виде, когда право — во всяком случае, в его «прецедентной части» — *не заключено в оболочку писанных актов* (законов, других нормативных актов-документов). В этой связи можно, пожалуй, сказать — хотя и с немалой долей условности и рискованной образности, — что общее, прецедентное право действует как *обнаженный регулятор* — в виде нормативных правовых начал как таковых. Причем таких, которые выражены в судебных решениях и которые без каких-либо дополнительных, формальных процедур сразу же, как только обнаруживают свои «прецедентные качества», напрямую входят в действующее право.

Вот почему деятельность судов в условиях общего, прецедентного права состоит не в том, чтобы «взять» когда-то принятое судебное решение и просто-напросто «распространить» его на аналогичный случай (как это порой трактуется при упрощенном понимании общего права по модели романо-германского права), а прежде всего в том, чтобы *отыскать и раскрыть* правовую суть ситуации и содержащееся в ранее принятом судебном акте правовое начало, которое *разрешает данную жизненную ситуацию*.

тре которого — понятие «юридическая норма», представляют собой не что иное, как «юридический факт», а точнее — «фактический состав», «состав преступления» («состав правонарушения, деликта»), т.е. определенное соединение юридических фактов, предусмотренных в нормативном порядке.

Вместе с тем здесь есть свой, принципиально важный аспект, тем более существенный, если рассматривать проблему с точки зрения теории правовых средств. Это — заложенная в данную ситуацию необходимость получить ее юридическое разрешение. Причем такое разрешение, которое не сводилось бы к одним лишь оценкам — к признанию наличия или отсутствия «греха», «недостойного поведения» и т.д. Здесь существующие обстоятельства требуют именно п р а в а — правового решения, которое (именно как правовое) имело бы твердый, строго определенный, надежно гарантированный характер по принципу «имею (не имею) право». И, стало быть, по данной проблеме было бы единственным и окончательным в данном сообществе, «ставило бы точку» в вопросе о правомерном или неправомерном поведении, состоянии, факте (т.е. о том, «кто» и на «что» имеет или не имеет п р а в о, со всеми вытекающими отсюда императивными, государственнo-властными, публично-правовыми последствиями).

Вот простейшие примеры. Если представить обстоятельства из обычной жизни, в том числе исторически давней эпохи, в чем-то еще близкой к первобытной, это — допустим: соплеменник не стерпел обиды при оценке его достоинств и убил либо нанес увечье обидчику; быки, принадлежащие семье скотовода, нанесли потраву соседу-землеладельцу; выяснилось, что вещь, принадлежащая одному человеку, оказалась в обладании другого и т.д. И такого рода ситуации необходимо решить, и решить так, чтобы это решение имело твердый, определенный, гарантированный характер и плюс к тому еще — общеобязательное значение и публичный авторитет. И стало быть, в ключе указанных требований давало бы ответ на вопрос — к т о и на ч т о имеет (или не имеет) право.

Стало быть, «правовая ситуация» — сложное жизненное обстоятельство (совокупность или система обстоятельств), особый «поворот» в делах и событиях, т.е. столкновение интересов и страстей, казус, не поддающийся простому разрешению на основе одних лишь представлений о морали, принятых в данном круге людей обыкновений, — словом, то, что уже в юридической сфере образует «дело».

Таким образом, даже в отдельных фрагментах действительности, в ситуациях, предопределяющих необходимость сугубо юридическо-

го решения, уже можно разглядеть заложенную в нем потребность права, объективный «зов к праву» (что — обратим внимание на этот момент — выражает общую потребность права в данном обществе и в данном секторе социальной жизни), а отсюда — надобность тех правовых средств, без которых ситуация не может быть решена, останется неопределенной, конфликтной, таящей угрозу «взорваться» разрушительными, гибельными последствиями.

И вот под этим углом зрения, думается, есть основания для того, чтобы выделить в ситуации, нуждающейся в правовом решении, ее центральное звено — ее правовую суть. Ибо потребность права, т.е. именно правового, юридического решения для данного случая, притом решения определенного характера (запретить, признать право и т.д.), уже как бы «разлита» в данной ситуации и является, можно предположить, первичной, спонтанной ступенью естественного права, напрямую отражающей его, естественного права, глубокие, истинно природные, социально-биологические предпосылки и плюс к тому — еще и первичные, спонтанные духовные представления, оценки и императивы о фактах и событиях настоящего времени.

Именно жизненные обстоятельства, которые могут быть названы «правовыми ситуациями», это и есть исходный пункт права в реальной жизни общества. Именно с них, с этого «начала начал», в мире права *все начинается*, и именно отсюда разворачивается вся сложная, многоуровневая и многослойная цепь правовых средств, механизмов и процедур.

В этой цепи одним из наиболее существенных моментов является ответ на такую альтернативу:

— отыскивается ли и определяется ли в данной жизненной ситуации содержащаяся в ней правовая суть, ее «правовой заряд» непосредственно в самом ходе решения ситуации (рассмотрения и разрешения дела) и сообразно этому устанавливаются необходимые правовые средства;

— или же такого рода «правовой заряд» уже заранее определен и закреплён в действующих юридических нормах (законах), и в практическом отношении задача заключается главным образом в том, чтобы определить, соответствуют или нет данные фактические обстоятельства, призванные быть «фактическим составом» или «составом правонарушения», признакам, выраженным в юридических нормах, а отсюда — применить и привести в действие предусмотренные в них правовые средства.

Нетрудно заметить, что именно от указанной альтернативы «начинается» своеобразие двух главных, качественно контрастных правовых систем — глобальных по юридическим меркам порядков — общего, прецедентного права и права, выраженного в законе. Одного

порядка, как мы видели, реализованного в национальных системах континентальной Европы (романо-германское право, право по внешним юридическим характеристикам – России). И другого, нашедшего выражение в национальных правовых системах англо-американской группы (Англии, США, Канады, Австралии и др.).

Помимо иных выводов, нужно сказать и о том, что и в практической юриспруденции, в особенности, при рассмотрении юридических дел в судах, главным с точки зрения правового идеала является проникновение в правовую суть данной ситуации, которую можно назвать «правовой» именно потому, что она требует строго юридического решения. Не менее сложные и, увы, частично вообще нерешаемые (прошу взять на заметку) задачи стоят перед законодателем, который при проектировании закона в идеале должен загодя определить и зафиксировать признаки и последствия возможных правовых ситуаций также и в плоскости характерной для них правовой сути. Тайны права (в том числе необходимость вслед за «законом» судебной деятельности) и секреты деятельности правоведов во многом сопряжены с этим центральным звеном правовой ситуации – первичной основы правового регулирования.

§ 2. Основные правовые средства

1. Решение правовой ситуации, правовые механизмы, правовые средства. Если исходить из того, что позитивное право в условиях цивилизации «берет старт» с *ситуаций*, которые объективно, по самой своей сути требуют правового решения, то вся последующая цепь, весь комплекс правовых явлений, в своем единстве образующих позитивное право, вырисовывается по законам строгой *логики*.

Центральным звеном в этой логике является *решение*, которого требует данная ситуация. По отмеченным ранее фактам из жизни людей, характерным и для ранних стадий цивилизационного развития (соплеменник не стерпел обиды при оценке его достоинств и убил либо нанес увечье обидчику; быки, принадлежащие семье скотовода, нанесли потраву соседу-землевладельцу; и др.), должно состояться решение. Например, решение о выплате компенсации за причиненную смерть или увечье, скотовод обязуется возместить ущерб землевладельцу, о признании собственности за тем или иным лицом и т.д.

При этом решения ситуации для сообщества людей, даже для сообщества, которое только-только выходит из первобытного состояния, должны быть – коль скоро речь идет о позитивном праве – такими, которые вно-

сят в жизнь людей новый элемент, со всей определенностью свидетельствующий о том, «кто» и на «что» имеет право, и отсюда — о правомерном или неправомерном поведении, со всеми юридически обязательными последствиями — и для данных лиц, и для всех окружающих, — которые в этой связи согласно действующему правопорядку должны наступить. Точнее — акт решения (в смысле результативного действия правителя, суда, иного компетентного учреждения или лица), разрешающего в соответствии с требованиями права данную жизненную ситуацию¹.

Здесь-то люди и встречаются с основным вопросом о том, каков и в чем состоит правовой механизм разрешения ситуации, — механизм, который и должен завершиться решением дела (и до сей поры данный вопрос остается основным; мы и говорим — да это правовая ситуация, сложное дело, но каков юридический механизм его решения?).

А юридический механизм разрешения той или иной ситуации есть не что иное, как правовые средства (включая процедуры), которые в данном случае должны быть приведены в действие, использованы. Значит, выражения «юридические механизмы» и «правовые средства» в принципы тождественные, одинаковые (пусть и с некоторыми смысловыми оттенками).

2. Правовые средства как элементы материи права. С рассматриваемой точки зрения, когда правовая материя не сводится ни к «норме», ни к «закону», первичное, изначальное значение (если угодно, значение «первородных частиц», своего рода «протоматерии» права и его основы, стержня) имеют сугубо практические меры принудительного порядка, освещаемые авторитетом учреждения, принявшего решение, и реализуемые силой государственной власти. Это — объявить то или иное лицо виновным и ответственным за известные поступки, признать человека владельцем (собственником) имущества, возвратить

¹ Представляется важным сразу же обратить внимание на то, что в противовес характеризуемой «логике первичных элементов» общей теории права в аналитическом ее понимании (когда, напомню, «выводятся за скобки» данные, общие для всех отраслевых юридических дисциплин) последовательность элементов правовой материи другая: «решение дела» рассматривается не в качестве центрального и тем более исходного звена, а в виде завершающего элемента правовой материи, выражающего «применение права». Поскольку речь идет о сложившихся, более того, развитых юридических системах (особенно системах, построенных на «законе»), и в такого рода утвердившейся в аналитической юриспруденции последовательности правовых явлений, конечно, также есть логика — логика ф о р м а л ь н а я, характерная для применения действующего права, выраженного в действующих юридических нормах.

А вот для становления, формирования права, его бытия как своеобразной сферы социальной реальности, характерна уже специфическая логика права, в которой раскрывается сама «органика» юридической материи.

имущество его владельцу, возместить причиненный вред (компенсировать потери), установить запрет на совершение определенных действий, пресечь нарушение права, лишить лицо какого-то права и т.д.

На первый взгляд правовые средства, содержащиеся в решениях тех или иных юридических дел (в особенности, если рассматривать начальные фазы формирования права), представляют собой некое неозримое и неопределенное множество разнообразных и разнохарактерных мер, разрешающих правовую ситуацию.

И вот здесь представляется важным (и крайне существенным в строго научном и в практическом отношении) каким-то образом дифференцировать эти меры (средства), разбить их по классам, сгруппировать. А это уже во многом раскрывает природу, место и роль различных элементов правовой материи, что и предопределяет перспективу ее последовательно научного понимания.

Здесь, разумеется, приходится учитывать, что в правоведении уже сложились и нередко приобрели аксиоматический характер правовые понятия и лексика, утвердившиеся на материалах догмы права и в своем специфическом ракурсе (узконормативном, формально-юридическом) уже охватывающие основной юридический инструментарий. Более того, на основании данных юридической догматики уже определился основной (пожалуй, даже всеохватный) слой правовой материи. Это — юридические нормы, которые как будто бы заполняют собой все содержание, все «тело» позитивного права. И ранее уже отмечалось, что для такого подхода к праву (пусть даже и оцениваемого, с заранее заданным негативным акцентом, в качестве «узконормативного») есть немалые резоны — не только с позиций простых юридических знаний и юридической практики, но и под углом зрения социальных функций, ценности и назначения права. Категория «юридическая норма», вбирая по сложившимся представлениям все иные элементы и заполняя собой содержание права, характеризует главное в праве — свойственную ему структуру (конструкцию) высшего порядка, особое нормативно-юридическое построение социального регулирования. Добавим сюда и ранее высказанные соображения о значении норм и нормативности в праве [I.1.5].

В последующем, при рассмотрении методологических вопросов, относящихся к правовым средствам, будет отмечено и то, что сугубо нормативное истолкование права, наряду с отмеченными серьезными достоинствами, одновременно характеризуется существенными минусами.

В этой связи уже сейчас надо взять на заметку то обстоятельство, что акцент на «нормах» сам по себе не раскрывает в праве того специ-

фического и уникального, что делает право важнейшим и во многом незаменимым явлением цивилизации (нормативный характер имеют и обычаи, и традиции, и мораль, и религия, многие другие институты духовного порядка). И что акцент на «нормах» заслонил многомерность права, в первую очередь «нормы» прикрыли собой исходные и первичные элементы позитивного права, которые дали ему жизнь, образуют начальные и вместе с тем определяющие слои его «тела».

Более того, правовые средства на уровне своего наиболее высокого, совершенного развития — юридических конструкций, уже сами по себе обладают нормативностью, притом нормативностью высокого порядка, непосредственно выраженного в содержании юридического регулирования¹.

Какие же слои правовой материи, в немалой степени прикрытые юридическими нормами, имеют наиболее существенное значение?

3. Две ветви. И еще одно звено. Характеризуя основное содержание «тела» права, рассматриваемого под углом зрения указанной выше общей и универсальной категории — «правовые средства», необходимо в первую очередь указать на две существующие здесь ветви (наряду с тем слоем в содержании правовой материи, который выделен в ю р и д и ч е с к и х н о р м а х).

Одна ветвь — п е р в и ч н ы й с л о й («А»), который в своем интегрированном виде в то же время образует другую ветвь — выступает в качестве своего рода г л у б и н н о г о о с н о в а н и я, с т е р ж н я всей правовой материи («Б»).

А. Итак, ветвь номер один (первичный слой). Первичное значение в материи права имеют, скажем так, отдельные (разрозненные, изолированно взятые) правовые средства, которые на первых фазах формирования права имели, а применительно к тому или иному юридическому делу имеют и сейчас, характер сугубо практических мер в основ-

¹ Именно характеристика юридических конструкций как явлений высокого структурного и одновременно науковедческого порядка позволила Н.Н. Тарасову вычленил тот аспект нормативности, который ранее вообще не был зафиксирован в науке. Автор пишет: «...юридические нормы есть не что иное, как нормативно текстуальное выражение юридических конструкций, юридическая, а не содержательно-социальная нормативность которых обуславливается характером применения конструкции (как модели решения юридической задачи)» (*Тарасов Н.Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы)* // *Российский юридический журнал*. 2000. № 3. С. 26–27). В другом месте он обращает внимание на то, что юридические конструкции (в отличие от норм процессуального права) «...могут рассматриваться одним из средств... нормирования: не формального, через сформулированные правила юридической деятельности, а содержательного — как императивная логика права» (там же. С. 36).

ном принудительного порядка, реализуемых силой государственной власти. В том числе — «признание факта» (признание лица виновным в правонарушении, признание собственности за тем или иным лицом), «возложение юридической ответственности», «взыскание имущества, компенсации», «установление запрета на определенные действия», «пресечение нарушения права», «лишение лица какого-то права», «предоставление права», «задержание подозреваемого лица» и т.д.

Несмотря на такого рода разнообразие, разнорядовой, даже разнорядковость и разрозненность указанных и им подобных принудительных мер, они объективно, по некоторым своим группам, представляют собой нечто общее, интегрированное. И потому уже правоведом Древнего мира было подмечено, что они могут быть классифицированы, представлены в обобщенном, «юридически чистом» виде. Древнеримские юристы говорили, что сила закона заключается в том, чтобы приказывать, запрещать, разрешать, наказывать («*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*»).

Вот тут-то мы встречаемся со «второй ветвью» правовой материи.

Б. На современном уровне юридических знаний выясняется, что указанные выше, казалось бы, разрозненные первичные правовые средства выступают (в той или иной модификации, облике) в качестве интегрированных явлений, выраженных в упомянутой выше «троице», — запретов, позитивных обязываний, дозволений.

Словом, при внимательном анализе первичных правовых средств, более или менее развитой юридической системы оказывается, что за весьма многообразными и, казалось бы, разрозненными первичными средствами, в самых глубинах юридической материи существует их основа, стержень фундаментального порядка (и это объясняет то обстоятельство, что рассматриваемая «троица» то там, то здесь дает о себе знать в догме права). Это и есть запреты, позитивные обязывания, дозволения, получившие в юридической науке название «способов правового регулирования».

Принципиально важно при этом то, что в праве эти первичные средства регуляции, выраженные в позитивных обязываниях, запретах, дозволениях, получают специфическое («юридическое») выражение, а в этой связи — существуют в особых построениях, в цепочке правовых средств, которые демонстрируют структурные особенности права.

Так, запрещения, которые в первобытных обществах выступают как таковые (преимущественно в виде особого образования — «табу»), в условиях цивилизации приобретают характер юридических запретов и в соответствии с этим существуют и функционируют в нераздельном

единении с цепочкой иных правовых средств — правами требования (принадлежащим другим лицам и призванным обеспечить соблюдение запретов), мерами юридической ответственности, возлагаемыми на нарушителей запретов. Точно так же и позитивные обязывания (по уплате налогов, военной службе и др.) аналогичным образом сопровождают другие юридические средства — права требования их исполнения, меры юридической ответственности. Дозволения же как юридические явления вообще немыслимы вне комплекса своеобразных юридических средств, связанных с установлением статуса субъектов, механизмов признания юридического значения действий, совершаемых в порядке дозволения, т.е. опять-таки с особыми модификациями юридических запретов, позитивных обязываний и, прежде всего, конституированием субъективных прав (в том числе прав на «собственные действия», прав требований, притязаний).

Так что указанные ранее отдельные правовые средства (задержание лица, взыскание убытков, судебное признание факта принадлежности участка земли за тем или иным лицом и т.д.) — это, по сути дела, всего лишь известные «молекулы» того, что может быть названо «юридической материей». Такими же, не более чем «молекулами», являются выделенные аналитической юриспруденцией изолированно взятые «субъективные права», «юридические обязанности», «правовая защита», «санкции», «юридические гарантии» и пр. Они приобретают строго правовой характер и начинают действовать «как право» в цепочках, в связях, в системе.

Но суть вопроса не только в таких связях.

Казалось бы, отмеченными слоями правовой материи (с одной стороны, юридическими нормами, с другой — двумя ветвями, т.е. первичными элементами и нашей «троицей») многослойная архитектура правовой материи, и так весьма сложная (уже три звена!), исчерпывается.

Оказывается — нет. Более подробный анализ показывает, что есть еще один, с содержательной стороны главный, наиболее развитой, можно сказать совершенный, слой правовой материи, о котором ранее уже не раз упоминалось. Этот слой представляет собой нечто более высокое и значимое, чем просто связи между «молекулами» правовой материи, — ю р и д и ч е с к и е к о н с т р у к ц и и, которые образуют основное содержание «тела» более или менее юридически развитой системы права.

Этот слой правовой материи требует особого внимания. Ему и посвящена особая следующая (седьмая) глава книги. Но прежде чем обратиться к вопросам юридических конструкций, представляется важным разобраться с некоторыми особенностями указанных ранее слоев

материи права, по крайней мере — по вопросам, имеющим методологический характер, и дать обобщенную характеристику правовой материи как жесткому организму и живому праву.

§ 3. Методологические аспекты

1. Субъективно-интеллектуальные элементы. Правовая материя — объективная реальность. Вместе с тем необходимо постоянно держать во внимании то обстоятельство, что это — особая реальность. И дело не только в том, что, за исключением своих внешних форм, источников (законов и др.), она выражается в специфической внутренней форме, структурах, организации и потому является «незримой». Не менее важно и то, что само становление и развитие правовой материи осуществляется через субъективно-интеллектуальные факторы и компоненты. Вследствие этого в материи права, ее становлении и развитии существенную роль играют переходы от осваиваемого интеллектом опыта к «веществу» права, процессы типизации, обобщения (нормативные).

Обратимся с рассматриваемых позиций к стержневому, базовому слою правовой материи — нашей «троице» — запретам, позитивным обяызываниям, дозволениям.

Эти три ключевых элемента названы интегрированными образованиями. В чем тут дело? А дело в том, что позитивные обяызывания, запреты, дозволения (всю эту «троицу») можно рассматривать как суммирование и в этом смысле как известное обобщение разнообразных и разрозненных мер, имеющих характер правовых средств. Но в действительности это такие «обобщения» (факт в высшей степени знаменательный, высоко значимый для понимания права — и как объективной реальности, и как явления разума! — III.12.2), которые реально существуют в глубинах всей системы правовых средств, в недрах самого «тела» права.

И приведенное обстоятельство тем более важно оттенить, что позитивные обяызывания, запрещения, дозволения, в силу только что указанного их места в материи права, являются не только первичными, но и о с н о в н ы м и , ф у н д а м е н т а л ь н ы м и юридическими средствами. Под этим углом зрения все иные правовые средства (в том числе в области юридической ответственности, процессуальной деятельности и т.д.) представляют собой известные комбинации средств юридического регулирования, принадлежащих к этой «троице» — запрещениям, позитивным обяызываниям, дозволениям.

Изложенные соображения могут быть дополнены некоторыми характеристиками, относящимися к особым модификациям двух основных элементов «троицы» — к общим юридическим дозволениям и общим юридическим запретам, которые отражены в двух широко известных формулах (первая — «дозволено все, кроме запрещенного законом», вторая — «запрещено все, кроме дозволенного законом»; другая интерпретация второй из приведенных формул — «дозволено только то, что разрешено законом»).

Здесь сразу же возникает вопрос: откуда применительно к запретам и дозволениям появилось это «общее», которое к тому же приобрело значение исходных и направляющих правовых начал на данном участке общественных отношений?

И вот что характерно. Исторические данные (относящиеся прежде всего к римскому частному праву) свидетельствуют, что общие дозволения и общие запреты стали первоначально складываться как особый технико-юридический прием, выражающий обобщающую формулу «все, кроме» (или «все, за исключением»), — прием, который используется не только в области дозволений и запретов. Его суть очевидна: первоначально вводится известное нормативное положение, скажем, запрет на что-то, а затем из него делаются исключения, и таким путем запрет, рассматриваемый в единстве с исключениями из него, приобретает общий характер¹.

Вместе с тем уже в эпоху древнего права в таких важнейших его областях, как договорное право и право собственности, стали складываться обобщающие положения, пусть не всегда достаточно выраженные, в виде общих дозволительных начал, но все же таких, которые имеют существенное общественно-политическое, нравственное значение. И это даже в эпоху древнего права стало свидетельством того, что нечто, казалось бы, сугубо «технико-юридическое» в действительности напрямую затрагивает содержание права, образующий его юридический инструментарий. Применительно к договору это видно из того, что римские юристы стремились увидеть в нем нечто изна-

¹ Например, в римском частном праве в соответствии с существовавшими в то время требованиями морали был установлен запрет на дарение между мужем и женой (Дигесты, кн. 24, титул 1, фрагмент 1). А затем были введены нормы, которые делали из этого правила известные исключения, в частности, для дарения на случай смерти, на восстановление зданий, уничтоженных пожаром (Дигесты, кн. 24, титул 1–9, 14, 27 и др.). То, что общие дозволения и общие запреты могут выступать в качестве технико-юридического приема (причем этим его функции в правовой системе ограничиваются), должно быть учтено при общетеоретической характеристике рассматриваемых правовых явлений.

чальное, относящееся к «праву народов», и даже такое, что органически связано с понятием «мир». По мнению Ульпиана, изначальность договоров в человеческих взаимоотношениях «вытекает из самой природы. Ибо что более соответствует человеческой честности, чем соблюдать то, о чем они (люди) договорились» (Дигесты, кн. 2, титул 14, фрагмент 1).

Выполняя функцию общих регулирующих начал, общие дозволения (именно дозволения!) как таковые могут порождать юридические последствия, т.е. быть непосредственным критерием правомерного поведения. Пример тому — общее дозволение в отношении свободы договора. Если на том участке социальной действительности, где существует общее дозволение, нет по данному вопросу конкретного, специального запрета, то такие дозволения сами по себе являются основанием для признания соответствующего поведения правомерным. И это в полной мере согласуется с самой его природой: как общее юридическое начало они могут — тоже общим образом — обуславливать правомерное поведение¹.

Общие дозволения и общие запреты выражают весьма высокий уровень нормативных обобщений, выраженных в самой плоти, в самом «веществе» содержания права.

Проблемы общих дозволений и общих запретов находятся, пожалуй, только на начальных стадиях их общетеоретического осмысления, логики их бытия и построения. Помимо ряда иных вопросов, требуют тщательной разработки проблема самой сути связки «дозволение-запрет», по всем данным относящейся к исконной природе права, и, кроме того, такие принадлежащие к ним категории, как «условия» и «исключения»².

¹ Но вот общие запреты (именно запреты!) не могут напрямую порождать юридические последствия: они как таковые не могут быть непосредственным критерием неправомерного поведения. Во всех без исключения случаях значение оснований для определения неправомерности могут иметь только конкретные нормы — либо запрещающие, либо обязывающие и управомочивающие, неисполнение которых или же выход за границы которых (дозволения) свидетельствует о правонарушении. И в соответствии с принципами законности, требующими сообразно началам справедливости, конкретности и персонального характера юридической ответственности, каждый случай противоправного поведения должен быть связан с нарушением конкретной юридической нормы — запрещающей, обязывающей или управомочивающей (когда субъект выходит за пределы дозволенного).

² Поразительно, что перспективу такой разработки более двух столетий тому назад наметил не искушенный в юридических тонкостях правоведа, а философ — И. Кант. Философ пишет: «...запрещающий закон сформулирован сам по себе, дозволение же включается в этот закон не в качестве ограничивающего условия (как это должно было бы быть), а как исключение...» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 371).

Ясно, что указание философа на «исключение» — свидетельство того, что запрет является общим. Но, спрашивается, как понимать, что дозволение в запрещающем законе «должно быть» не исключением, а «ограничивающим условием»? В этом случае, по-

2. Усложнения. Типизация в праве. По мере развития общества происходит усложнение состава и содержания правовых средств. К числу важнейших «усложнений» относятся разнообразные модификации некоторых изначально, порой спонтанно, вырабатываемых на практике мер, принимаемых по юридическим вопросам юрисдикционными учреждениями, связанными с ними учреждениями власти¹.

При этом представляется важным обратить внимание на то, что правовое средство, выработанное применительно к данной правовой ситуации, затем нередко обретает «самостоятельную жизнь» и может быть использовано и в других ситуациях — там, где его применение отвеча-

яняет Кант, дозволение добавляется к запрещающему закону «на основе принципа», и оно вследствие этого включается в «формулу запрещающего закона», а «тем самым» запрещающий закон превращается «и в закон дозволяющий» (там же).

Исключительно важный, по меркам юридической теории — утонченный, ювелирно отточенный и вместе с тем перспективный в общетеоретическом отношении вывод! Помимо всего иного, он подводит к мысли о том, что общие запреты могут вполне совмещаться с природой дозволительного права. И это происходит как раз тогда, когда противостоящее общему запрету дозволение выступает не в виде одного из исключений («разрешения»; вспомним общую схему разрешительного типа регулирования — «запрещено все, кроме разрешенного законом»), а в виде ограничивающего условия. Подробнее об этом дальше [II.6.3].

¹ Вот пример из истории правовой системы Англии, в которой — как и в древнеримской юридической системе — правовые процессы происходили, так сказать, в относительно «чистом виде». К XIV–XV вв. английское право, развивавшееся на прецедентной основе решениями королевских судов, оказалось предельно заформализованным, скованным системой строгих формуляров, которые устанавливали перечень правовых средств — различного рода запретов, дозволений, обязываний и которые, увы, порой прикрывали очевидно недобросовестные поступки участников процесса. Так, по действовавшему в то время формулярному праву никто не мог заранее принять защитные меры и предотвратить нарушение своих прав другими лицами. По свидетельству специалистов, человек, опасющийся нарушения своего права, «обязан был ждать, пока ему не будет нанесен ущерб, и лишь после этого подать иск о его возмещении». И вот в таких условиях с санкции короля высшее должностное лицо в судебной системе — лорд-канцлер — с целью предотвратить недобросовестное поведение и с учетом конкретных обстоятельств начал принимать решения «по праву справедливости», в том числе — устанавливать судебные запреты (injunctions), чтобы предотвратить невыполнение взятых кем-либо обязательств.

Вот этот «судебный запрет (injunction)», вслед за упомянутыми ранее исходными, первичными мерами, содержащимися в решениях королевских судов, и представляет собой уже более сложное средство, рассчитанное на предотвращение возможного развития событий. В нем уже содержится момент предвидения (прогноза) — черта, которая окажется весьма важной для нормативного правового регулирования.

Затем, как свидетельствуют исторические данные, при помощи судебных решений, исходящих от лорда-канцлера, стали вводиться и иные весьма сложные правовые средства — такие, как «исполнение в натуре» (даже при несоблюдении формальных требований), «доверительная собственность», существенно повлиявшая, как мы увидим, на развитие права.

ет требованиям правового решения того или иного юридического дела. Хотя, надо добавить, такого рода применение, оторвавшееся от своего жизненного источника, порой порождает на практике проблемы, требующие того, чтобы в соответствующих случаях суды при вынесении решений опирались на весь комплекс основополагающих правовых начал¹.

Но дело не только в усложнении правовых средств, содержащихся в решениях по правовым вопросам. Здесь начали происходить и более глубокие (для права, его развития и судьбы) процессы, также выражающие значение субъективно-интеллектуальных элементов в праве.

Наиболее существенный из таких процессов — это типизация правовых средств, при которой и начали формироваться правовые конструкции, а также и системные структурные подразделения. Сюда же относится приобретение правовыми средствами (и на первичном уровне, и на уровне правовых конструкций, структурных подразделений) нормативного характера.

С явлением, которое названо «правовые средства», со временем стало происходить то, что было уже характерно для исторически первой, ближайшей основы принимаемых по правовым ситуациям решений — обычаев: при их использовании стало все более выясняться, что и они, как и обычаи, по большей части касаются повторяющихся, а значит — типических жизненных ситуаций, требующих правового разрешения.

Как это ни парадоксально, исторически указанный процесс оказался связанным, казалось бы, с негативной стороной «начинающегося» цивилизованного общества — с формальными требованиями и процедурами деятельности властных учреждений, зачастую придающих этой юридически значимой деятельности и всему праву сугубо формализованный характер (кстати замечу, и это дальше станет предметом особого рассмотрения, такой «крайний формализм» имеет свой социальный смысл).

Дело в том, что с целью каким-то образом упорядочить деятельность по решению правовых ситуаций в странах, в которых право, все более отделяясь от религии и морали (и в какой-то мере — от власти как та-

¹ Знаменательные соображения на этот счет были высказаны в литературе при характеристике правовых норм, предписывающих соблюдение формы сделок, причем таких норм, введение которых обусловлено политическими целями, допустим, нежелательностью по политическим мотивам использования свидетельских показаний как средства обоснования действительности сделки. Эти соображения имеют и характер выводов концептуального значения («как только такая требующая соблюдения формы норма вступает в силу, она порывает со своей политико-правовой пуповиной, начинает жить своей собственной жизнью»), и характер вытекающей отсюда же необходимости учета при применении нормы момента добросовестности (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. II. С. 74).

ковой), получало самостоятельное и интенсивное развитие, правовая защита уже на ранних стадиях формирования позитивного права стала представляться людям по формальным актам властных учреждений.

Так, в Древнем Риме, как только римская юриспруденция вступила в фазу своего самостоятельного, обособленного от религии, восходящего развития, правовая защита представлялась лишь в тех случаях, если истец получил от чиновника, находящегося на службе правосудия, но не являющегося судьей, – претора специальный «исковой формуляр», т.е. стандартное исковое заявление с определенным текстом.

Поразительно, спустя более тысячелетие такое же развитие событий в мире юридических явлений произошло в средневековой Англии. И там в ходе формирования централизованными королевскими судами позитивного права основу процесса составляли «предписания» (*writs*), представлявшие собой приказ короля, в котором он кратко излагал суть тяжбы, поручал судебному чиновнику, судье или руководителю суда вчинить иск по данному конкретному делу и заслушать его в присутствии сторон. Причем поскольку истцы в обоснование своих исковых требований приводили, как правило, одни и те же причины, очень скоро (точь-в-точь как в Риме) был разработан стандартный текст предписаний, получивший на практике название «искового формуляра» (*form of action*), в который требовалось внести только имена и адреса сторон.

Число таких типовых исковых формуляров – как в Риме, так и в средневековой Англии – было ограничено (они заносились в особые реестры: *edictum perpetuum* – в Риме, *Register of writs* – в Англии). Лишь в процессе исторического развития это число постепенно увеличивалось путем создания новых типовых исковых формул, например *actiones utiles* в Риме и *writs in consimili casu* в Англии.

Наличие во многом сходных типов исковых формуляров в Древнем Риме и средневековой Англии, служащих необходимой предпосылкой для начала судебного процесса и, стало быть, для самой возможности решения данной жизненной ситуации (юридического дела), исторического факта само по себе удивительного¹, не получило, однако, в науке должной оценки как в высшей степени значимого и закономерного явления. Более того, при точной констатации историче-

¹ В исследованиях по сравнительному правоведению подчеркивается «интуитивный параллелизм» древнего римского и средневекового английского права. Один из авторов подобных взглядов, процитированных в указанном выше исследовании, прямо пишет: «Как это ни парадоксально, но между римским юристом и юристом общего права больше общего, чем между римским юристом и его преемником, современным цивилистом» (*Buckland – McNair. Roman Law & Common Law. 1952. XIV*).

ских обстоятельств (кратко воспроизведенных и в этой книге) оценка существования типизированных исковых формуляров сводится чуть ли не к тому, что «юристы-практики заботились не столько о содержании иска, сколько о его формальной принадлежности к тому или иному типу исковых формуляров»¹.

Между тем, отдавая отчет о недостатках «формулярного порядка»², надо принять во внимание и то, что перед нами — один из наиболее существенных процессов в истории и логики права, когда происходит формирование его уникального (собственно юридического) содержания, его структуры, внутренней формы. «След» таких формуляров, касающийся уже содержания юридически формализованной регламентации, со всеми своими «плюсами» и «минусами», сохранился и получает развитие поныне.

Это уникальное (собственно юридическое) содержание позитивного права, относящееся по философским канонам к его внутренней форме, и нашло выражение в явлениях высокого порядка — в качественном «усложнении» правовых средств, выражающем типизацию в праве, — во-первых, в юридических конструкциях и, во-вторых, в системных структурных подразделениях.

3. Системные структурные подразделения. Юридические конструкции (более подробная их характеристика, как уже говорилось, будет дана в следующей главе) с методологической стороны представляют собой процесс типизации в праве, при котором определенные комплексы правовых средств приобретают модельное значение.

Такую же характеристику — как и юридические конструкции — должны получить формирующиеся на основе первичных правовых средств структурные подразделения в праве (правовые институты, отрасли права, их ассоциации, обобщенно — «другие структуры»). И тут суть указанных процессов в том, что в ходе правового развития происходит типизация правовых средств в том отношении, что опять-таки перво-

¹ Цвайгерт К., Кёму Х. Указ. соч. Т. 1. С. 282.

² В Англии, например, в отличие от США (где по данному вопросу «вмешалась», как мы увидим, теоретическая мысль), до сих пор не получило признание в качестве общей нормы право на неприкосновенность частной жизни (*right of privacy*), такого рода неоправданный консерватизм (возможно, повлиявший на саму возможность появления трагических ситуаций — таких, как обстоятельства, связанные с гибелью принцессы Дианы) во многом объясняется как раз тем, что правопорядок Англии, наряду со многими его достоинствами, присущими классическому общему, прецедентному праву, вместе с тем отягощен «такими, характерными для общего права, отжившими пережитками прошлого, как освященная традицией закостеневшая система исковых формуляров» (Цвайгерт К., Кёму Х. Указ. соч. Т. 1. С. 511).

начально при помощи формуляров постепенно формируются правовые общности — обозначается, относится ли, например, данная правовая ситуация к области правонарушений (деликтное право) или же она входит в круг, скажем, вопросов договорных отношений (договорное право), или, быть может, так называемого, неосновательного обогащения, или отношений собственности и т.д.

Более того, каждая юридическая конструкция — это, пусть и первичное, элементарное, но уже известное «построение», притом «системное» и «структурное». В ней отдельные юридические элементы — права, обязанности, меры ответственности — строятся в соответствии с требованиями жесткой структуры, в четкой системной последовательности, зависимости.

Когда же правовые средства, опять-таки в результате типизации в праве, приобретают характер юридических норм (об этом — в следующем пункте данного параграфа), то, строго говоря, на первичном уровне один и тот же устойчивый комплекс юридических норм, который обрел самостоятельную жизнь в позитивном праве, одновременно является по своей архитектонике юридической конструкцией, а по своим внешним характеристикам и связям с другими комплексами норм — правовым институтом. И именно особая юридическая конструкция того или иного комплекса юридических норм и является тем главным (а непосредственно в регулятивной и охранительной сферах — единственным) основанием, которое объективно выделяет данный комплекс норм в особое первичное структурное подразделение — правовой институт. Таковы, в частности, институты той подотрасли гражданского права, которая посвящена отдельным видам обязательств, или институты Особенной части уголовного права, посвященные различным видам (и подвидам) преступных деяний и санкций за их совершение.

4. Возведение правовых средств на уровень юридических норм. Наряду с «усложнением» правовых средств развитие права, связанное с процессом типизации, характеризуется и другим явлением, имеющим для права наиболее существенное, решающее значение. Это — приобретение правовыми средствами (и на исходном, первичном уровне, и на уровне правовых конструкций, структурных подразделений) н о р - м а т и в н о г о характера.

Возведение правовых средств на уровень юридических норм, по всем данным, — решающая ступень развития собственного юридического содержания (внутренней формы) права, его структуры, когда складывается новый, высокозначимый слой правовой материи, который к тому же вбирает в себя и его первичные элементы.

Уже отмечалось — везде решение правовых ситуаций неизменно, без каких-либо исключений «начиналось» с обычаев, складывающихся на основе повторяющихся, типовых ситуаций, и потому первоначально везде выступало в качестве обычного права. А обычай — это уже норма, т.е. вошедшее в привычку в результате многократного повторения общее правило поведения, действующее в пределах данного сообщества в отношении всех («всякого и каждого»), кто охватывается содержанием правила. Притом норма универсальная¹, пусть даже в чем-то и вторичного порядка. Она выводит на плоскость повторяющихся типических отношений в практической жизни и делает общим правилом требования жизнедеятельности, деловой практики и в не меньшей степени — их духовное, идеологизированное выражение в виде заветов предков, мифов, велений духов и богов, ритуалов, морали, иные непреложные требования, сложившиеся исторически, на протяжении многих поколений².

Но вот обстоятельство, которое, как мне представляется, еще недостаточно учитывается наукой. Обычаи становятся правом (в смысле позитивного права) не просто в случаях их какого-то «санкционирования публичной властью», как это принято считать на уровне абстрактных рассуждений, а реально и изначально тогда, когда это самое «санкционирование» выражается в решениях власти — решениях правовой ситуации, осуществляемых в соответствии с действующими обычаями.

При решении же правовой ситуации (дела), конечно же, исходное, отправное — это «сами» обычаи, веления духов и богов, заветы предков; и вместе с тем тут для выработки решения, когда нужно определить средство, выражающее решение, учитываются и иные факторы, мотивы, конкретные обстоятельства, а значит — вступает в действие мысль, разумение, разум (правителя, судьи, рациональные элементы общественного мнения, идеологии). При этом неизбежно происходит своего рода отбор и истолкование существующих правовых средств, нередко их известная корректировка с учетом многообразных факторов, включая духовные, моральные. И отсюда — вырабатываются юридические конструкции, которые, как мы видели, являются продуктом типизации в праве и потому рассчитаны на повторяющиеся, типиче-

¹ См.: *Кашанина Т.В.* Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. М., 1999. С. 201.

² Да и вообще, как заметил И.А. Покровский, на первых порах развития человеческого рода обычаи понимались как «обычаи предков. Так же, как и везде, эти обычаи предков на первых порах не отделялись от религиозных обрядов и правил нравственности» (*Покровский И.А.* История римского права. СПб., 1998. С. 53).

ские жизненные случаи. Как верно подмечено в литературе, «обычаи меняются, меняются часто при помощи судебных решений, которые затем делаются прецедентами...»¹, т.е. образцами, моделями для таких же или аналогичных решений в случаях, когда возникает такая же или аналогичная правовая ситуация и когда оказывается неизбежным применение уже оправдавшегося на практике правового средства — соответствующей (пусть и простейшей) юридической конструкции.

Таким образом, в итоге получается, что обычное право — это обычаи, неотделимые от решений правовых ситуаций (обычай + решение), приобретающих со временем характер п р е ц е д е н т о в. Затем в ходе исторического развития человек и вовсе «берет на себя» предварительную, рассчитанную на настоящее и будущее выработку образцов для решения правовых ситуаций. И вот именно здесь, когда человек берет на себя обязательство «на основании конкретных наблюдений сознательно установить на будущее время известную норму как общее правило поведения ...тогда появляется закон»².

В результате всех этих сложных (параллельно идущих или накладывающихся друга на друга) процессов в жизнь людей входят юридические нормы, на основе которых и определяется «кто» и на «что» имеет (или напротив — не имеет) право, — словом, юридически дозволенное и юридически недозволенное, правомерное и неправомерное. В этой связи именно юридические нормы, «захватывая» главный слой содержания права, как бы представляют теперь (после такого рода метаморфозы в содержании права) то социально важное, что характерно для позитивного права, — твердость, определенность, гарантированность решений правовых ситуаций, и одновременно — их окончательность, единственность для данной общности, их «освященность» властью, ее авторитетом и силой.

Плюс к этому сюда добавляется и даже выступает на первый план еще и то, что вообще характерно для «нормативности»³ (в том числе для обычаев как общих правил), причем здесь, в юридической сфере, так, что достоинства норм как бы возводятся в степень. Юридические нормы, оставаясь общими правилами в отношении «всех», как бы «на-

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 52.

² Там же.

³ В современной литературе появляется все больше исследований, посвященных этому своеобразному качеству социальной реальности — «нормативности». Одним из таких исследований, освещающих «нормативность» с широких философских позиций, является монография В.И. Букреева «Нормативная система (духовный мир человека)» (Екатеринбург, 1999).

ращивают» особенности, характерные для «нормативности» вообще, и сообразно этому приобретают качество всеобщности и общеобязательности, а наряду с этим такие уникальные качества (связанные с самой сутью юридических конструкций), как «равновесность» в соотношении прав, обязанностей, ответственности и — что не менее существенно — расчет на то, что они окажутся оптимальными и в будущем, т.е. в сущности момент вводимого в жизнь предвидения, прогноза.

5. Методологический аспект соотношения правовых средств и юридических норм. Различая, с одной стороны, решение правовой ситуации и средство такого решения (первичные правовые средства, юридические конструкции, системные структурные подразделения), а с другой — то обстоятельство, что в ходе правового развития они приобретают нормативный характер, мы затрагиваем непростые вопросы довольно сложных соотношений между этими элементами и сторонами правовой материи. Попробуем разобраться с такого рода вопросами, затрагивая в основном методологические стороны проблемы.

Итак, первичными в позитивном праве являются правовые ситуации, их решения и средство этого решения, выраженного в отдельных мерах принудительного порядка, юридической конструкции той или иной сложности. Возведение же подобных правовых средств (в том числе юридических конструкций) в ранг общих правил, т.е. норм в логическом, да и на практике во временном отношении, является особой и в какой-то мере, с точки зрения «сложности» юридического развития, последующей фазой в формировании права. Фазой «последующей», но реально не отстающей от всех других, а главное — фазой очень существенной, знаменующей крупную ступень в формировании позитивного права. Если угодно, наиболее существенный качественный переворот в правовой материи.

Вполне объяснимо поэтому, что само позитивное право стало пониматься и ныне преимущественно понимается как «система норм» (с добавлениями, зависимыми от глубины постижения права, а также научных и идеологических ориентаций и предпочтений, норм «общеобязательных», «возведенных в закон», «установленных и гарантированных государственной властью», «выражающих волю государства» и т.д.).

Именно в таком ключе, пусть и с акцентами, отражающими особую юридическую логику, было и в данной книге охарактеризовано свойство нормативности позитивного права [I.2.1–2]. Да и на практике в качестве отправной точки юридического регулирования воспринимаются теперь юридические нормы, в которых закреплены типические юридические факты (правовые ситуации) и типические послед-

ствия их наступления (правовые средства, юридические конструкции, их принадлежность в виде правового института к тому или иному подразделению – отрасли права).

Вместе с тем не упустим из поля зрения и то уже отмеченное ранее обстоятельство, что нормативное истолкование права, наряду с отмеченными серьезными достоинствами, одновременно характеризуется существенными минусами. Тем, в частности, что акцент на «нормах» заслонил исходные и первичные элементы позитивного права, которые дали ему жизнь, образуют начальные слои его «тела» и которые на практике, в зависимости от особенностей и уровня развития позитивного права, реально выражают практическую юридическую деятельность. А в этой связи – заслонил и сложное, многомерное строение права в целом.

Ведь юридические нормы, вобрав в себя первичные элементы правовой материи, не лишили их самостоятельного бытия и высокой значимости. Между тем при всеобъемлющем сугубо нормативистском подходе к позитивному праву за «фасадом» юридических норм не видно центрального звена в материи права с последовательно правовой стороны – решения правовой ситуации, которое стало трактоваться теоретиками права всего лишь в виде «применения норм права». Исчезла из поля зрения и лишь в последнее время начала как-то заявлять о себе категория «правовые средства». Юридические конструкции, т.е. их комплексы, в которых они реально существуют, оказались оттесненными в отдаленный закоулок юридической проблематики – элемента, не всегда к тому же фиксируемого, будто бы сугубо технического оформления законов. Структурные же подразделения (правовые институты, отрасли, иные общности) права оказались, напротив, одним из аспектов общих, порой умозрительных рассуждений о строении позитивного права. В целом оказались за бортом научного осмысления права сам механизм правового регулирования, структуры и типы правового регулирования, в том числе общедозволительный, разрешительный и т.д.

При такой сугубо нормативистской трактовке позитивного права исчезли из поля зрения те цивилизационные его основания, которые в этой работе названы «императивами цивилизации». Напротив, вопреки самой сути этих императивов, создалась иллюзия (особо утверждающаяся при доминировании одних лишь позитивистских правовых концепций), в соответствии с которой будто бы сами по себе «нормы» – это уже и есть полное торжество свободы и безопасности людей. А отсюда – другая, еще более коварная и опасная иллюзия, оправдывающая путем возвеличивания самих по себе «юридических норм» любые государственные акции, порой антидемократические,

тиранические, лишь бы эти акции оформлялись в виде «юридических норм», «норм закона».

Еще один минус, относящийся к практике юридической жизни, господствующему правовому мышлению. В связи с доминированием нормативистского подхода к элементам правовой действительности последние как бы развернулись в зеркально обратном соотношении по сравнению с их исходными связями и глубинной логической последовательностью (исходным звеном в цепи правовых явлений вместо правовой ситуации стала сама по себе юридическая норма). И это придало особый, во многом оторванный от реальной жизни (социальной и правовой) умозрительный характер всему комплексу юридических явлений, а отсюда и всей юридической догматике, сконцентрированной теперь «вокруг юридических норм» и на «выведении» из них всех иных правовых явлений (что, напомним, в немалой мере оказалось и полезным для овладения юридическим инструментарием на уровне первичных правовых знаний — «азбуки права»).

Подобные минусы в понимании права получили теоретизированное продолжение в ряде научных взглядов, нередко и во многом справедливо оцениваемых в качестве «узконормативных» (наиболее выразительно — в «чистой теории права» Г. Кельзена, его последователей и в своеобразном идеологическом антураже — в марксистской правовой теории). Взглядов — тупиковых по своему существу и научной перспективе, во многом формалистичных, а главное — существенно обедняющих право, представления о нем, перекрывающих путь к пониманию собственной логики права, его смысла и назначения, истинно мирозданческих глубин, относящихся к фундаментальным человеческим ценностям. И это, увы, стало предпосылкой, которая отторгла теоретиков права от правовой материи, настроила их на поиск сути, смысла и предназначения права напрямую в метафизических, метаюридических ценностях и идеалах, что и вызвало поистине драматический «разрыв в науке» [1.2.2].

Особо наглядно все эти минусы обнаруживаются, как только мы от привычного правового мира, характерного для романо-германской (особенно — германской) семьи правовых систем, приглядимся к праву иных групп. И не только к национальным системам стран Дальнего Востока, исламского и индуистского права, но и к территориально и цивилизационно близким к нам национальным системам права англо-американской группы (общего, прецедентного права). Именно там, при всем значении нормативного способа регулирования, все же центральным, ключевым пунктом такого регулирования отчетливо

выделяются и остаются на первом месте именно «ситуации, требующие правового решения», сами эти решения с набором средств (юридических конструкций), а вместе с ними неюридических регуляторов, обеспечивающих социальную силу и последствия этих решений.

Ведь даже в классическом английском общем, прецедентном праве, без колебаний относимом всеми специалистами к передовым западным цивилизациям, центральное звено — это «судебное решение дела», обретающее прецедентный характер, а вовсе не сама по себе «норма», которая остается даже «неразличимой» до тех пор, пока мы ее не вычленим преимущественно путем логических рассуждений, теоретических абстракций.

6. Другие минусы методологического порядка. Другое негативное последствие преимущественного акцента на нормах при истолковании права имеет значение эффекта от доминирования, условно говоря, глобально-абстрактного мышления (во многом обусловленного гегелевско-марксовской методологией), когда окружающая нас действительность оказывается заселенной в основном абстрактными монстрами — властью, нормами, собственностью, классами и т.д.

Вот и право при таком подходе оказывается всего лишь «разновидностью» социальных норм — взгляд в немалой степени правильный (и по ряду пунктов до сих пор разделяемый автором этих строк), но вместе с тем такой, который при абсолютизации опять-таки уводит от понимания сложных, подчас уникальных социальных процессов, которые приводят к появлению разнообразных форм и способов социальной регуляции поведения людей.

На уровне высокой абстракции по ряду пунктов полезно, удобно (и более доступно для понимания, на чем и выигрывают гегелевские и марксистские догмы) так трактовать жизнь общества, когда в силу потребностей ее надлежащей организации констатируется существование некой «системы социальных норм», а мораль, право, корпоративные образования, обычаи и традиции рассматривать в качестве «разновидностей» этой единой системы. Удобно и полезно в таком ключе на уровне начальной юридической подготовки осваивать элементарные юридические знания, своего рода «азбуку права».

Но такой угол зрения на социальную и правовую действительность не должен быть единственным, тем более — отправным и всепоглощающим. Он не должен приводить к таким характеристикам права, когда все феномены права «выводятся из норм» и когда в этой связи «теряется» исходное и основное в праве (обеспечение твердости, определенности, гарантированности решения жизненных ситуаций,

иные требования цивилизации, обуславливающие необходимость позитивного права).

Такой, преимущественно нормативистский подход не должен вместе с тем заслонять того обстоятельства, что упомянутые социальные феномены (мораль, право, обычаи и т.д.), рассматриваемые во всей их полноте, — это своеобразные многофакторные и многофункциональные явления, имеющие свою особую историю, генетику, логику, сущность и предназначение. Да, у них изначально или на какой-то стадии развития возникает и приобретает большее или меньшее значение «момент нормативности» (что и позволяет путем абстракции поставить их все вместе с позитивным правом в один ряд явлений «нормативного порядка» с констатацией всего позитивного, что дает «норма»). Но это, скажу еще раз, не единственная, а порой и не самая главная их характеристика. И такого рода констатация характерна для всех «разновидностей социального регулирования», в том числе и в особенности — для морали и права. Иначе — при сугубо узконормативном их понимании — освещение их многофункционального назначения оказывается однобоким, обедненным, порой в чем-то очень существенном даже ущербным (как это и случилось, при всех очевидных достоинствах, на уровне узконормативной, сугубо догматической трактовки права).

7. О нормах и нормативных обобщениях в праве. При всех минусах узконормативного подхода к праву (одностороннего и в чем-то ущербного даже с сугубо правовых позиций, и тем более — позиций методологических) не будем все же упускать из поля зрения достоинства нормативных начал права, его свойства высокого порядка — нормативности, имеющего именно в праве характер всеобщности, общеобязательности.

Дело не только в том, что рассматриваемое свойство знаменует своего рода «переворот» в содержании права, когда именно «нормы», притом нормы общеобязательные, вполне обоснованно заняли в его содержании ведущие позиции. И не только, надо добавить, в том, что в нормативности права уже различимы его глубокие социальные функции, выражающие «главные императивы» цивилизации. Нормативность, если к тому же она выражена в нормах закона, требует к себе повышенного внимания еще с одной стороны.

Норма — это *общее* правило (эталон, критерий) поведения людей. Поскольку в отношении норм права речь идет не о «нормативности» в смысле нормальности, закономерности тех или иных поступков, отношений (что тоже весьма существенно и должно постоянно находиться в поле зрения науки), то само по себе это правило, закрепленное, допустим, в законодательном документе, потому и является «общим»,

что представляет собой известное *обобщение*. Да притом такое обобщение, которое вошло в самую плоть позитивного права, его содержание и, следовательно, стало *объективной реальностью*.

Внимание – о б о б щ е н и е! То есть итог мыслительной операции, в результате которой из нескольких, чаще всего множества индивидуальных случаев, затрагивающих поведение людей, мысленно устраняются их особые, индивидуальные признаки, а из присущих им повторяющихся, единых черт создается правило о должном или дозволенном поведении. К тому же – с расчетом на будущее, на «навсегда», стало быть, с элементами прогноза, предвидения и волей на то, что «только так и должно быть». И все это, скажу еще раз, входит в жизнь людей в наличной действительности, реально существующего факта.

Допустим, судья при отсутствии на этот счет каких-либо сложившихся обычаев и законоположений принял, руководствуясь здравым смыслом, разовое, индивидуальное решение: «Вещи, полученные Игорем по договору с Олегом, заключенному в марте сего года, являются его собственностью». Ситуация повторилась уже с другими лицами и в иное время. Потом – с новыми участниками еще раз. И вот формулируется правило: «Всякое лицо, получившее по договору имущество, становится собственником этого имущества». Причем тут же приходится внести новый обобщающий элемент (указать в обобщенном виде то, что в индивидуальном случае просто имелось в виду, – получение имущества «в порядке его отчуждения»), ибо имущество может быть передано и во временное пользование, например в аренду. Так на основе повторяющихся ситуаций делается обобщение, которое становится своего рода типовым решением, общим правилом на настоящее и будущие времена – нормой и, стало быть, представляет собой *нормативное обобщение*, которое теперь действует и воспринимается как непреложный факт действительности.

Уровень обобщений с учетом иных типовых ситуаций может быть повышен. В особенности, при формулировании норм в законах. Например, в процессе правотворчества принято во внимание, что имущество может быть получено лицом в порядке наследования. И тогда, опять-таки путем нормативного обобщения, создается норма более общего характера: «Всякое лицо, получившее имущество по юридически оформленным основаниям, является собственником этого имущества». И так далее, вплоть до выработки формул самого высокого обобщающего порядка, касающихся отдельных деталей приобретения права собственности. Например, такой детали, которая закреплена в ст. 223 ГК РФ: «Право собственности у приобретателя вещи по

договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором».

Итак, получается, что не только решение правовой ситуации (дела) представляет собой мыслительную операцию, проявление рациональных начал, разума, но и само позитивное право, выраженное в правовых средствах, юридических конструкциях, структурных подразделениях, получивших нормативное выражение, — это также продукт мыслительных операций весьма сложного, высокого порядка — нормативных обобщений. Да еще с существенными моментами предвидения, прогноза и нацеленностью на предельную разумность и окончательность подобного обобщения прогностического порядка. Запомним этот момент: он окажется весьма существенным для понимания особенностей позитивного права.

Значение «абстракций» в сфере юридической материи замечено наукой уже давно. Но опять-таки, как и в отношении юридических конструкций, они трактовались и по большей части трактуются до сих пор всего лишь в качестве элемента одной лишь «юридической техники», имеющей в основном значение в законоподготовительных работах, при формулировании юридических норм в текстах законов («абстрактный» и «казуистический» способы изложения правового материала). Между тем нормативные обобщения («абстрактный способ изложения») — это не нечто внешнее к правовому материалу, некий просто «способ изложения», а — так же, как и юридические конструкции, — само содержание позитивного права, существенная сторона его организации, касающаяся к тому же позитивного права на весьма высоких стадиях его развития.

§ 4. Идеи и принципы

1. О правовых идеях. Обычно правовые идеи понимаются в науке, в практике юриспруденции как некие «просто идеологические положения», категории правосознания, которые выражают постулаты какой-то философской, политической или правовой доктрины. Именно такого рода идеи в условиях, когда произошел «разрыв» между юридическим позитивизмом и философией права, становятся основой немалою числа философских и социологических концепций в области права.

Между тем главное, что характеризует место и роль правовых идей в юридической области, напрямую относится к материи права.

Соль вопроса в том, что, проводя строгие различия между правом и правосознанием, следует в то же время видеть, что правосознание как

явление субъективного порядка не только тесно и многообразно взаимодействует с правом как объективированным (институциональным) образованием, но и нередко в процессе регуляции в известной мере выходит с ним на одну плоскость и даже проникает в самую его плоть, материю.

2. Правовые идеи и материя права. И дело не только в том, что в практике юриспруденции могут быть найдены примеры и того, как то или иное положение, выработанное наукой, отработано в ходе законоподготовительных работ в виде краткой нормативной формулы-принципа и в таком виде введено в текст закона, по большей части — кодифицированного (главным образом — конституционного, иного фундаментального кодифицированного документа; таковы, например, конституционные положения о «разделении властей», положения уголовных кодексов о «вине» и др.).

Главное заключается в том, что *правовые идеи изначально пребывают в юридической материи*, выраженной в законах, судебных решениях, иных юридических реалиях. Именно там, непосредственно в правовой материи, они «растворены», «спрятаны», являются неотъемлемыми, органическими элементами самого позитивного права. Причем независимо от того, поняты ли они именно как «идеи» правоведами-практиками, наукой, выделяются ли они в качестве известных духовных, интеллектуальных начал, закреплены ли в текстах законов в виде норм-принципов. Независимо от всего этого именно правовые идеи могут быть охарактеризованы в качестве самой сути, центрального звена юридической организации (внутренней формы) правового материала — своего рода «стержня» юридических конструкций, «изюминки» того или иного структурного подразделения права — того, что в юридической науке нередко обозначается в виде «принципов отрасли», «начал» данной отрасли законодательства или даже особенностей «метода регулирования», и того, что в юридических системах англо-американского типа является сутью прецедентов, приобретающих характер юридических норм.

3. Правовые идеи и особенности позитивного права. Признание известных правовых идей составной частью самой объективированной материи права (научное положение, при всей его парадоксальности, существенное само по себе) позволяет дать углубленную трактовку ряду весьма теоретически и практически значимых проблем. И не только философского порядка, о которых пойдет речь в третьей части книги [III.13.2; III.14.2], но и — таких, которые относятся к особенностям позитивного права, его специфике как правовой системы. Одна из них — проблема п р о б л е м н о с т и права.

Проблема пробельности права, весьма существенная в судебной практике, до нынешнего времени по большей части понимается узкодогматически, т.е. лишь в том отношении, заполнено или нет все пространство нормативной регламентации данного участка социальной действительности конкретизированными юридическими нормами, нормами закона, позволяющими по каждому вопросу определить точную «волю законодателя».

Между тем, даже не покидая сферу и императивы юридической догматики, следует не замыкаться указанным узкодогматическим постулатом (реально в полной мере никогда не осуществимым) и отдавать отчет в том, что бреши в поле конкретизированных нормативных положений во многом заполняются правовыми идеями, в том числе идеями юридических конструкций, иных юридических форм, так или иначе выраженных в действующих юридических нормах. И именно они, правовые идеи, образуют наиболее глубокий слой правовой материи, его общую основу. А это имеет существенное значение не только для толкования действующего права в отношении тех или иных жизненных ситуаций, но и для обоснования современного видения пробельности права, выражающего принципиально важные направления современного мирового правового развития.

В этой связи хотелось бы привлечь внимание к научным взглядам известного правоведа Хубера, опирающегося на достижения швейцарского гражданского законодательства. По мнению Хубера, возможности, предоставленные судьям швейцарским ГК, не только выходят за пределы традиционно понимаемого толкования закона, но, более того, должны пониматься как нечто такое, что вообще не должно быть сковано доктриной толкования. Отвечая на сомнения в будто бы чрезмерной «свободе судьи», которому закон позволяет решать дело так, как «если бы он был законодателем» (ст. 1 ГК Швейцарии), Хубер вполне обоснованно считает, что судья был бы даже «более свободен, чем сегодня, когда от него требуют все и вся выводить из закона, даже если это связано с сомнительным искусством толкования. Гораздо достойнее исполняет он свои обязанности, когда от него не требуют создания таких сомнительных шедевров. Он должен будет признать, что писаное право имеет пробелы, которые нельзя заполнить толкованием. И как только он это признает, он будет принимать решение исходя не из беспробельности закона, а из *беспробельности правопорядка в целом* (курсив мой. — С.А.). И разработает правовой принцип, который он как законодатель стал бы считать не противоречащим всем остальным нормам и принципам правопо-

рядка»¹. Беспробельность же правопорядка в целом характеризуется как раз тем, что «тело» действующего права образуют не только сами по себе конкретизированные юридические нормы, но и лежащие в их основе и «пронизывающие» их правовые идеи.

Авторы, обратившие внимание на приведенное перспективное научное воззрение, говорят о нем в сопоставлении с оценкой Германского гражданского уложения (ГГУ) как об опыте Швейцарии, который «даст возможность понять и оценить процесс постепенного развития судьей норм закона, сформулированных в довольно общем виде», причем подобная оценка, думают авторы, «поможет увидеть, что такой подход не представляет опасности для правовой стабильности, так пугавшей авторов ГГУ, воспитанных в традициях правового позитивизма»².

§ 5. Правовая материя – жесткий организм и живое право

1. Право – жесткий организм. Особенности правовой материи (с ее строгими юридическими конструкциями, структурными подразделениями, нормативным построением и т.д.) – это ее качество жесткого стабильного организма. И именно отсюда – уникальные функции права, обеспечивающие нормальную, упорядоченную жизнь общества, его постоянство, стабильность, функционирование в соответствии с «вечными» и принятыми в данном обществе ценностями, а также основными ценностями цивилизации перспективного порядка (понятно, насколько это оказывается возможным в данной экономической, политической и социальной среде).

Но тут надо принять во внимание то обстоятельство, что по своему изначальному, исконному предназначению право призвано решать жизненные ситуации. Да, решать твердо, давать единственный, окончательный ответ, на нормативной основе. Но при всем при том речь-то идет о нашей «живой жизни», о самых различных случаях – нередко неповторимых, нетрадиционных, по крайней мере, всегда отличающихся такими особенностями, которые трудно, а подчас и невозможно подогнать под какой-то единый шаблон.

А главное перед нами – мгновение, которое и есть реальная жизнь. И правовой ответ на данную ситуацию должен быть дан сейчас, сего-

¹ *Huber*. Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf. S. 37 (цит. по: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 269).

² Там же. С. 269–270.

дня, в нынешние дни. Ибо «завтра» в наше время (то стремительно, то вяло, но всегда непрерывно текущее), не исключено, что будет уже поздно, да и само время будет другим, и потребность в решении ситуации может исчезнуть, и обстоятельства жизни окажутся иными...

2. Совмещение несовместимого. Значит, речь-то, в сущности, идет о совмещении несовместимого. Требуется каким-то образом соединить твердость юридической материи и изменчивую, метущуюся, трепетную жизнь. И тем самым обеспечить постоянство, гарантированность принимаемых правовых решений в непрерывно меняющихся, порой бурно и стремительно, обстоятельствах нашего бытия.

И значит, материя позитивного права, оставаясь твердым и жестким организмом, стабилизатором в жизни людей, должна быть динамичной, точнее (если использовать, на первый взгляд, не очень строгое, но на самом деле предельно адекватное понятие) – живой.

«Живой» не в смысле специфики права как права действующего, это само собой разумеется, а в смысле того, что она должна отвечать как сегодняшним требованиям изменяющихся общественных отношений, так и требованиям данной ситуации, заложенной в ней правовой сути. И как раз в этом значении «совмещать несовместимое»: оставаясь твердой, постоянной основой для решения жизненных ситуаций, реагировать на поток неустанно текущей жизни, на все ее повороты с их стремнинами, перекатами, порогами. И плюс к этому – все время оставаться фактически осуществляемым, работающим, непременно завершающимся вынесением решения по данной ситуации, делу.

Как, каким путем, при помощи каких юридических средств позитивное право, сохраняя особенности жесткого организма, вместе с тем могло бы быть и постоянно оставаться живым?

Рассматриваемая особенность материи позитивного права (если угодно – тайна права, дополняющая ту главную, о которой речь впереди), никогда и нигде в полной мере еще не реализованная, но всегда крайне необходимая, актуальная и тревожная для практической деятельности и судьбы общества, не привлекла должного внимания науки. Если же ей и уделялось порой внимание в размышлениях отдельных исследователей, философов и правоведов, преимущественно специалистов по сравнительному правоведению и историков, то опирающиеся на нее характеристики подчас оказывались односторонними, нередко просто декларативными. А порой такого рода характеристики приходится признать в чем-то довольно существенном ушибными.

Урок в понимании рассматриваемой особенности права преподавал нам О. Шпенглер – крупный мыслитель современности – один из немногих философов и историков, который при философском осмыслении глобальных исторических процессов продемонстрировал основательное, подчас поразительно тонкое знание и понимание правовых вопросов, их значимость для самого хода истории.

Более того. На мой взгляд, О. Шпенглер, пожалуй, единственный из крупных мыслителей прошлого и настоящего, преодолевая сложившиеся стереотипы, с такой последовательной настойчивостью исходил из идеи живого права, тем самым придавая этой идее основополагающее значение в понимании этого социального феномена. Он даже римское частное право, которое, по общепринятым представлениям, почитается в качестве «вечного» образца совершенных понятий и утонченных конструкций («писаного разума»), определял как «право повседневности», «право мгновения», «блестящий пример права из чисто практической жизни эпохи» и полагал даже, что «римское право перестало быть для нас источником вечно значимых фундаментальных понятий. Для нас оно ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями. Оно может научить нас тому, как на основании собственного опыта выстроить собственное право»¹.

С этих позиций О. Шпенглер делал обобщающий вывод, склоняющийся к тому, что «право – произвольная форма существования вне зависимости от того, было ли оно признано на уровне чувств, импульсивно (неписаное право, обычное право, equity) или абстрагировано посредством обдумывания, углублено и приведено в систему (закон)»². А юриспруденция – это опытная наука единичных случаев, одухотворенная техника. Отсюда – его весьма резкие суждения в отношении современной юриспруденции («...то, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права»³) и в отношении современного права

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 87.

² Там же. С. 380.

³ Там же. С. 84. По мнению автора, «западноевропейский юрист становится филологом, а практический опыт подменяется основанным всецело на себе самом... опытом чисто логического разложения и соединения правовых понятий. Тем самым нами был совершенно упущен из виду один факт, а именно, что *частное право должно неизменно отражать на себе дух общественного и экономического бытия*. В этом не отдавали себе ясного отчета ни «Code civil», ни прусское земское право, ни Грот с Моммзенем. Никакой хотя бы самой слабой догадки относительно этого подлинного «источника» действующего права не допускается ни подготовкой юридического сословия, ни литературой» (там же. С. 82–83).

(«наше право в понятийном отношении бессильно перед лицом великих фактов сегодняшней экономики»¹).

Все эти основательные суждения (сопровожаемые блестящим анализом фактов из истории права и юриспруденции), к сожалению, сконцентрировались на том действительно фундаментальном положении, в соответствии с которым при осуществлении регулятивной функции права последнее должно быть живым — органически вплестаться в реально существующие и функционирующие отношения, органически входить тем самым в наличествующее на данное время экономическое, культурное, духовное бытие.

Однако такая основательная трактовка права О. Шпенглером все же не затронула той грани его понимания, которая хотя и современной наукой постигается с трудом, но без которой невозможно раскрыть особенности позитивного права, — характерное и, пожалуй, тоже фундаментальное для него свойство жесткого организма, его институциональности — неперемного условия реализации регулятивного предназначения позитивного права и основы научной его сути и смысла.

Дело, стало быть, не только в одних правовых понятиях (хотя и они важны для институциональности права, и они в известной мере способствуют объективизации права; надо лишь видеть не их формально-логические характеристики, а их суть, смысл, общественное признание, их «втянутость» в действующее право). Существо вопроса — во всей сумме институтов, которые при решении «вопросов повседневности», «мгновения», «сегодняшней практики» — того, что в этой книге названо жизненными ситуациями, способны придать такого рода решениям значение правовых решений — твердость, строгую определенность, гарантированность, а также единственность, окончательность.

А в этой связи из поля зрения как раз, при всей основательности приведенных выше суждений, ускользает главная проблема — то, что ранее названо одной из проявлений тайны права. Как, каким путем — вновь зададимся вопросом — в праве возможно (и в праве как раз удается!) соединить вечность и мгновение, твердость и живую ткань повседневности? То есть его качество жесткого организма и способность непосредственно реагировать на изменяющиеся жизненные ситуации, да так, что при этом реализуется правовая суть каждой из этих ситуаций?

3. Механизмы. Между тем история права уже дала основные варианты ответа на указанную главную проблему — «соединения вечности и мгновения»

¹ Шпенглер О. Указ. соч. С. 84.

Наряду с обычным правом и прецедентом¹ существенное значение в этом отношении имеют «обобщения, возведенные в закон» (нормативные обобщения).

В странах, где доминирующее положение в области права приобрел закон (прежде всего в странах континентальной Европы — Франции, Германии, Швейцарии, Италии, России, в странах Южной Америки и др.), решающее значение в реализации функций «живого права» приобрели нормативные обобщения, которые представляют собой особенность материи права как жесткого и вместе с тем живого орга-

¹ В противовес распространенным представлениям об обычном праве как о примитивном, архаичном и исторически преходящем явлении, есть достаточные основания рассматривать обычное право в качестве рожденного самой жизнью *классического образца совместимости, казалась бы, несовместных качеств права*, его свойства жесткого организма (институционности) и особенностей живого права. Ведь нормы обычного права являются нормативной основой *правовых решений* жизненных ситуаций. И, стало быть, решений, которые «во имя права» по самой своей логике при достаточно развитой юридической культуре не могут не опираться на исторически сложившиеся и утвердившиеся, по большей части действительно глубокие основы жизни людей. И вместе с тем перед нами именно *решения* данных жизненных ситуаций и, стало быть, реальное соединение твердых основ поведения (обычаев в их основательном понимании) и «мгновения», «повседневности» (решение дела, опирающееся на особенности данной ситуации, ее правовую суть).

Правовое же решение, дважды, трижды, а потом и многократно повторенное в отношении одних и тех же, точнее — однотипных ситуаций и плюс к тому — вынесенное на правосудных началах, становится по той же логике права *судебным прецедентом*. То есть образцом, эталоном для подобных случаев, словом — *нормой*. И — что особо существенно в отличие от просто обычая (пусть даже и как основы для правового решения) — *нормой, имеющей в основном ю р и д и ч е с к о е содержание*. И в этом исконно юридическом содержании вырисовывается и становится самой сутью прецедента определенная *правовая идея, принцип*.

Вот почему, при всем несомненном единстве обычаев и судебных прецедентов (в литературе по английскому праву, например, последнее порой в одном словесном ряду определяется и как «обычное», «традиционное», и как «прецедентное») ударение все же следует делать на второй из приведенных характеристик. Действительное и по-своему уникальное правовое развитие, раскрывающее достоинства и потенциал этого своеобразного нормативного регулятора, реально, как мы видели (в особенности на примере Древнего Рима и средневековой Англии), началось с судебных прецедентов. И им же, судебным прецедентам, в настоящее время и в перспективе уготована, следует думать, роль существенного фактора утверждения и развития в обществе основательных правовых начал.

С учетом приведенных соображений можно объяснить то обстоятельство, что судебные прецеденты (вместе с нормами обычного права) приобрели и до сих пор имеют широкое, существенное значение в правовом развитии — значение постоянного, высокозначимого элемента правовой культуры и практического бытия права. Даже в тех странах, где в ходе исторического развития на первое место выдвинулся и занял доминирующее положение закон. В Англии же (а затем в ряде других стран общего, прецедентного права) судебные прецеденты стали основой, исходным и непрерывно действующим источником особого юридического строя всей национальной юридической системы в целом.

низма. Напомню, сама по себе «норма» — это уже обобщение типических ситуаций, оптимальных правовых средств ее решения, отработанных юридических конструкций и, значит, обобщение нормативного уровня. И благодаря такому «обобщению» оказывается возможным при решении новой жизненной ситуации, требующей правовой реакции, не «начинать все сначала», а п р и м е н и т ь уже существующую норму к данному случаю.

Дело в том, что нормативные обобщения, возведенные в закон, могут не только вобрать достижения практики с ее уникальными рациональными результатами, и не только придать им строгую определенность, логическую стройность, завершенность, но и выступить в качестве обобщений высокого уровня и диапазона, предусматривающих максимально широкий круг возможных вариантов жизненных ситуаций в данной области человеческих поступков, отношений. И вот нормативные обобщения высокого уровня, закреплённые и получающие развитие «в законе», при всех возможных здесь негативах, могут повысить способности позитивного права непосредственно («живо») и на высоком правовом уровне реагировать на многообразные жизненные ситуации.

Характерный, думается, пример. В конце XIX — начале XX в. в § 812 Германского гражданского уложения (а затем в проекте российского уложения, позже — в ГК РСФСР 1922 г., в современном ГК РФ, в швейцарском гражданском законодательстве) получила закрепление обобщающая абстракция высокого уровня — «неосновательное обогащение», охватывающая все случаи обогащения лица без законных оснований, с последствиями по принципу «верни чужое». Таким путем в ткань права законодательным путем была введена обобщающая правовая конструкция, которая как бы возвышалась над уже существующими юридическими способами «возврата чужого» — реституцией, виндикацией, возвратом похищенного, образовав весьма своеобразное обязательство, названное «кондикционным». В юридической литературе до сей поры не только идет работа по уяснению места кондикционных обязательств во всей системе обязательственных отношений, но и высказываются сомнения об обоснованности такой законодательной «абстракции» и даже намечаются различные пути решения возникающих здесь проблем¹.

¹ С опорой на проведенные основательные исследования (в частности: *Caemerer. Bereicherung u. Erlaubte Haltung, Festschrift, 1, 1954. S. 333*) высказано мнение о том, что с позиций сравнительного права «следовало бы создать... обобщающее понятие с единой функцией или несколько обобщающих понятий с различными функциями, каждая из которых, однако, включала бы регулирование проблем, вытекающих из неосновательного обогащения и аналогичных гражданско-правовых нарушений: это мо-

Между тем кондикционное обязательство — это не только уже существующая правовая реальность (когда «обобщение», «абстракция» вошла в самую плоть, «тело» права), но и весьма эффективная правовая конструкция, имеющая субсидиарный характер и благодаря своим юридическим особенностям выполняющая важные правовые функции¹.

С позиций, отстаиваемых в настоящей работе, важно, в частности, обратить внимание на то, что рассматриваемый институт позволяет на твердой нормативной основе «закрыть» все нестандартные ситуации, решать многообразные случаи, на которые не давали конкретизированного ответа другие, упомянутые выше традиционные правовые институты. В том числе — обеспечивать в субсидиарном порядке надежную защиту интересов собственников, иных потерпевших лиц, а также включать в круг факторов, от которых зависит решение соответствующих дел, обстоятельства морального и гуманитарного порядка (особенно при решении вопроса о возврате «чужого», полученного лицом в качестве средства существования — заработной платы, сумм возмещения вреда и др.). Словом, как это ни покажется неожиданным, нормативные обобщения, казалось бы, явления, весьма далекие от реальной жизни, на самом деле, при всех возможных здесь негативах, все же повышают динамизм права, его способность непосредственно и адекватно реагировать на разнообразные случаи жизни, которые в полной мере невозможно закрепить путем даже самой отработанной, дотошной, конкретизированной фиксации тех или иных типизированных случаев.

Рассматривая юридические формы, способные обеспечивать «совместимость несовместимого», представляется важным обратить внимание на то, что нормативные обобщения (а также обычаи и судебные прецеденты) — только элементы или свойства права, позволяющие ему быть одновременно как жестким, так и живым организмом. Надо заметить к тому же, что нормативные обобщения, их специфика вообще нуждаются в более углубленном понимании в рамках всего комплекса вопросов, охватываемого темой «закон», когда обнаруживаются также и негативные стороны правовой материи, грозящие опасностью, увы, превратить позитивное право в «мертвую» субстанцию.

И вот здесь необходимо с подчеркнутой определенностью отметить то обстоятельство, что «живая жизнь» права реально, по фактическо-

жет быть реституция в случае неправильно произведенного платежа, посягательства на чужую собственность, неправомерного использования вещей» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 70).

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии. М., 1996. С. 591–603.

му результату выражается в актах юрисдикционного порядка, прежде всего в актах правосудия, т.е. в с а м и х р е ш е н и я х юридических дел. И тут оказывается, что судебные прецеденты представляют собой не только первичную основу формирования и развития права. Они, вдобавок к этому, выражаясь в судебной практике, неотступно сопровождают позитивное право, в том числе и тогда, когда оно существует и функционирует в виде законов. И здесь вновь – в высшей степени примечательное явление! – проявляется благотворное значение в сфере права судебной деятельности, судебной практики, прецедентов, которые уже на стадии применения законов раскрывают особенности права как живого организма. Речь идет о тех решениях, которые выражают судейское усмотрение, когда демократическое общество находит своих судей «...осторожными и разумными... понимающими свою творческую функцию; объективно уравнивающими различные интересы; беспристрастно применяющими фундаментальные принципы, стремящимися достичь точного равновесия между господством большинства и основными правами личности...»¹. И здесь проявляется благотворное значение в сфере права судебной практики, прецедентов, которые уже на стадии применения законов раскрывают особенности права как живого организма.

4. Закон и судебная практика. Теперь – очень кратко – положения, которые, надо полагать, снимут предубеждения против идеи расширения роли суда, его правосозидательных функций, которые основаны на опасениях судебного произвола, тревожащих российских правоведов еще в дореволюционное время² (переросших в принципиальное неприятие указанной идеи в условиях советского общества, когда «закон» стал олицетворением «воли партии и правительства», а суд был низведен до положения одного из звеньев проведения «партийной пролетарской политики»).

Одно из такого рода положений состоит в том, что самая что ни на есть «свободная» судейская деятельность в странах, в которых действует принцип верховенства закона, должна в любом случае иметь свое обоснование в действующем объективном праве, в законе – в общих началах, принципах правопорядка, положениях общих оговорок, оценочных понятиях, рамочных законодательных установлениях, в других

¹ Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. М., 1999. С. 356.

² Даже такой крупный правовед-мыслитель, как И.А. Покровский, полагал, что «теория свободного судейского правотворения заключает в себе органическую и неустраняемую опасность судейского произвола» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 105).

выраженных в законе формах, в которых может быть выражена и «направляющая» функция закона, и простор для самостоятельной судебной деятельности, правосудебного усмотрения.

И другое, наиболее существенное. Повышение роли суда в развитии права не следует понимать в том весьма упрощенном значении, когда создается впечатление, что в этом случае якобы каждый отдельный судья, независимо от решений всех иных судей, отправляясь от своего собственного индивидуального понимания тех или иных предпосылок в законе, будет произвольно по каждому конкретному делу «творить право».

Исходя из опыта и достижений мирового правового развития, правосозидательная деятельность суда и в условиях правовой системы романо-германского типа должна строиться (и это уже находит подтверждение в современных тенденциях развития права) в соответствии с культурой прецедентного права, ее ценностями.

И вот здесь необходимо сказать с должной категоричностью, что правосозидательная деятельность суда только тогда обретает существенное юридическое значение как уникальный феномен непосредственно живого права и вообще лишь тогда может быть оправдана, когда она основывается на культуре прецедентного права, прежде всего на основе фундаментального его принципа «обоснования от прецедента к прецеденту». И только тогда, надо добавить, полностью могут быть сняты опасения насчет того, что деятельность суда, обогащающая действующее право, может обернуться судебским произволом и своеволием, которые наряду с другими бедами могут привести к утрате важнейшего качества права — его принципиальной определенности, его особенностей как жесткого организма.

Отсюда — существенное терминологическое уточнение. Речь идет о термине (и соответствующем научном понятии) «судебная практика». Этот термин в широком его значении означает любой опыт (в том числе — по количественным показателям, фиксируемый в демонстративных или пропагандистских целях и т.д.). Но в строго юридической значимости, в частности, при рассмотрении судебной деятельности в соотношении с законом, судебная практика — это практика судебных прецедентов, т.е. судебная деятельность, которая строится по общезначимым принципам культуры общего, прецедентного права, его ведущего начала — «обоснования от прецедента к прецеденту», и которая вместе с тем опирается на основополагающие начала и ценности права — правду, справедливость, соразмерность.

Еще один штрих из группы вопросов, завершающих проблематику закона и судебной практики.

Судебная практика как наиболее существенный инструмент и способ, обеспечивающий на основе закона оптимальное в данном обществе правовое регулирование, представляет собой живой опыт правосудия, выраженный в решениях по конкретным юридическим делам. То есть в конечном итоге – прецеденты (в идеале образующие на основе закона живую ткань права).

С этой точки зрения необходимо с должной строгостью отделить от судебной практики в указанном выше значении «руководящие указания» высших инстанций юрисдикционных органов (судов).

В свое время в советской юридической науке с позиций гипертрофированного и идеологизированного возвеличивания «закона» шла острая дискуссия по поводу того, являются ли (могут ли и должны ли быть) нормативные постановления Пленума Верховного Суда как высшее выражение судебной практики источниками права. Ныне есть основания полагать, что эта дискуссия, отразившая специфические нравы правоведения в условиях коммунистического режима, во многом была бесплодной. Она «увела» научную мысль от реальной судебной практики как живой материи права и сосредоточила внимание на очевидном явлении – на самом факте использования актов высших органов юрисдикции в качестве нормативных документов, которые как источники права (формально – «подзаконные») ничем не отличались от других формально «подзаконных» юридических документов. И как все последние (к тому же с тем «плюсом», что исходный материал здесь – непосредственно судебная практика), нормативные акты высших инстанций юрисдикции выполняли роль источников права – ту роль, которая формально была как будто бы отдана «закону» – в смысле нормативных актов, исходящих от законодательных и управленческих учреждений.

В принципе в современной российской обстановке такое использование нормативных документов высших судебных учреждений также может быть признано оправданным.

Но в условиях, когда – как можно надеяться – правосозидательное значение «живой» (прецедентной) судебной практики будет возрастать, акты центральных органов юрисдикции от функций источников права должны переходить к сугубо «инструктивной» функции, функции авторитетного ориентира при толковании права (и в отношении законов, и в отношении судебных прецедентов).

О такой тенденции свидетельствуют и направления совершенствования деятельности высших судебных учреждений стран с развитой

юридической культурой, в которых и в условиях верховенства закона возрастает роль судебных прецедентов¹.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ

§ 1. Юридические конструкции (основные характеристики)

1. Отправные положения. Формирование юридических конструкций. Исходный пункт рассматриваемой проблемы, уже обозначенный в предшествующем изложении, заключается в том, что юридические конструкции являют собой наиболее развитый уровень правовой материи. Причем такой уровень, когда соответствующие структуры, как это показал Н. Тарасов, уже сами по себе обладают качеством правовой нормативности, притом нормативности высокого порядка², непосредственно выраженной, надо добавить, в содержании юридического регулирования во всех разновидностях (семьях) юридических систем.

И еще одно существенное отправное положение, также обозначенное в предшествующем изложении. Юридические конструкции, являющиеся результатом типизации в праве, и образуют основное содержание «тела» права в более или менее развитой юридической системе. Именно здесь, в юридических конструкциях, и раскрывается своеобразие права как объективной реальности, состоящей, вспомним, именно во внутренней форме, т.е. в структурной организации его содержания [П.4.2]. Именно здесь, в юридических конструкциях, — основа и уникальности права, и его силы, и его незаменимости в условиях цивилизации.

¹ Вот как в обобщенном виде характеризуются эти направления в современной юридической литературе по сравнительному правоведению в сфере частного права. К. Цвайгерт и Х. Кётц, отмечая своеобразие «руководящих принципов» и «резюме», которые на континенте предпосылаются опубликованным судебным решениям высших судебных инстанций, пишут, что на континенте такого рода «руководящие принципы», т.е. резюме (head notes), как и в российском праве, «...часто совсем не связаны с обстоятельствами дела и даются самостоятельно в виде отшлифованных формулировок, так что в юридической практике их применяют как нормы закона». Заметив, что в общем, прецедентном праве такие резюме «служат судье просто для того, чтобы дать ему первоначальное представление о возможном содержании данного судебного решения», авторы обоснованно утверждают, что «в действительности такие руководящие принципы следует рассматривать лишь как рабочие гипотезы и в свете растущего числа и меняющихся жизненных потребностей постоянно подвергать критической оценке, развивать, толковать ограничительно, улучшать и т.д.» (Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 396).

² См.: Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 26–27, 36.

Формирование юридических конструкций в той или иной национальной юридической системе происходит во многом спонтанно, в ходе сложных практических отношений¹ и представляет собой по большей части довольно длительный процесс, который (и это не случайно) носит, как свидетельствуют исторические данные, формализованный, причем нередко — усложненно формализованный характер, что как раз в известной мере раскрывает технологию формирования юридических конструкций.

Ранее в этой книге уже отмечалось удивительное совпадение формализации юридического процесса в Древнем Риме и в средневековой Англии. И вот здесь мы как раз видим одно из наиболее существенных «технологических» явлений в истории и логике права. При выработке исковых формуляров в юридической практике Древнего Рима и средневековой Англии спонтанно, в ходе юридической практики, как бы само собой происходит своего рода отбор, обособление, конструирование и фиксация определенных (типических и наиболее юридически значимых) юридических построений, связей и соотношений отдельных «молекул» материи права — прав на то или иное поведение, обязанностей известного рода, правообразующих юридических фактов, санкций, гарантий, соответствующих процедур. Отражая повторяющиеся, типовые, наиболее юридически значимые правовые ситуации, исковые формуляры одновременно конституируют строго определенную модельную схему или типовое построение правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, носящих математически строгий характер.

Это и есть как раз юридические конструкции в самом точном значении этого понятия. А эти последние — что не менее существенно — есть структура, также в самом точном значении, когда все ее элементы образуют устойчивое строение, «скелет», инфраструктуру типа жесткого организма.

Так, к примеру, уже на самых первых порах становления юридического регулирования нередко возникала ситуация, когда требовалось решить вопрос о судьбе вещи, выбывшей из обладания собственника. В том числе в случаях, когда имущество оказалось в обладании так на-

¹ А.Ф. Черданцев справедливо пишет: «Конструктивное выражение норм только что возникшего права не было сознательным, а складывалось стихийно. Первый законодатель если и мыслил образами юридических конструкций, то не осознавал того, что мыслит конструкциями». И далее: «Лишь с возникновением профессии юристов, в правовой науке постепенно осмысливается характер системного изложения норм права, осознается их конструктивная связь, и наука вырабатывает юридические конструкции, которые становятся важным ориентиром, методом познания права» (Черданцев А.Ф. *Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике*. Екатеринбург, 1993. С. 151).

зываемых третьих лиц, т.е. не находящихся в прямых контактах с собственником. Скажем, в обладании у лица, которое приобрело вещь у вора, похитившего ее у собственника, или даже у одного из покупателей, который уже ранее приобрел эту вещь. Как тут быть? И собственник не по своей воле утратил вещь, и третье лицо приобрело ее на законных основаниях... И вот в римском праве была выработана такая юридическая конструкция, в соответствии с которой собственник может истребовать свое имущество в принципе у любого «владеющего несобственника» с довольно строгой схемой возникающих здесь прав и обязанностей, зависимой от того или иного «набора» юридических фактов, в том числе в зависимости от того, была ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли. Эта юридическая конструкция утвердилась через исковой формуляр, который в силу некоторых исторических причин, связанных с древними ритуалами притязаний лица на свою вещь, получил название «виндикационного иска». Указанный термин сохранился и поныне. Требование невладеющего собственника к владеющему несобственнику и сейчас юристами называется «виндикационным иском».

В заключении краткой характеристики формирования юридических конструкций допустимо констатировать, что в юриспруденции слово «конструкция» понимается в общем в том же самом смысле, что и в технике, в материальном производстве, в инженерном деле, т.е. как типовая схема и принципы действия, в данном случае — как своеобразное построение прав, обязанностей, ответственности, гарантий, фактов. Это построение носит как в любой «конструкции» характер постоянной, утвердившейся «типовой схемы», «модели», которая призвана удовлетворить интересы лиц, дать оптимальный результат, нередко использоваться по выбору заинтересованного лица.

2. Сплав реальностей, опыта и ума. Конечно, существование в праве, его «теле» конструкций, причем именно таких, которые по своему содержанию характерны для техники, инженерного дела (и чем в нашем мире техника и инженерное дело с полным основанием могут гордиться), — факт сам по себе поразительный!

И вот тут представляется важным выделить наиболее примечательную особенность юридических конструкций. А для этого, в дополнение к уже имеющимся фактическим данным, возьмем в качестве примера еще одну конструкцию. Из практики современных гражданских отношений — порядок гражданской имущественной ответственности, наступающей в случае автотранспортного происшествия, когда, например, автомашина сбила гражданина, нанесла ему увечье. Конструкция

ответственности в данном случае является весьма своеобразной, жесткой, привилегированной для потерпевшего (в частности, ответственность несет не непосредственный причинитель, а «владелец источника повышенной опасности», притом независимо от вины непосредственного причинителя в данном происшествии).

Что наиболее примечательно для этой юридической конструкции? А как раз то, что характерно вообще для понятия «конструкция» в любой сфере человеческой деятельности. Это — интеллектуальное разрешение данной проблемы, выраженное в оптимальной модели построения прав, обязанностей, ответственности, соответствующих юридическим фактам. Модели, во многих случаях, как и в любой «конструкции», являющейся результатом как требования реальных жизненных отношений, так и творческих решений, подчас оригинальных, неожиданных, но всегда имеющих те или иные основания (например, такой модели по приведенному выше примеру, как «безвиновная» ответственность владельца источника повышенной опасности за противоправный вред).

Обратим внимание на то, что здесь, как и в других случаях юридических конструкций, перед нами не только своеобразное соединение реальностей (ее требований), опыта и ума, т.е. интеллектуальной деятельности людей высокого уровня, но и то, что этот сплав реальностей, опыта и ума воплощается в моделях (типовых схемах), готовых к применению в практической жизни.

3. Юридические конструкции в содержании права. Итак, юридические конструкции — это «модели», « типовые схемы» (структуры) построения прав, обязанностей, санкций, гарантий, других элементов и оснований юридической регуляции. Какое место занимают такого рода «модели», « типовые схемы» в материи права?

Тут нужно учитывать отмеченную ранее узость и своеобразие правовых представлений, выработанных аналитической юриспруденцией.

Сама категория и термин «юридическая конструкция» давно известны и плодотворно используются в юриспруденции¹. Но они, как правило, а порой и исключительно, причисляются правоведами-аналитиками к разряду чуть ли не второстепенных, сугубо «технических» характеристик, относящихся к внешней технике формулирования юридических норм в законах, иных нормативных документах.

¹ А.Ф. Черданцев выделяет «три аспекта понимания юридической конструкции». Это, на его взгляд: метод познания права и правоотношений, средство юридической техники, построения нормативного материала, средство толкования нормы права (Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 151).

В то же время реально аналитическая юриспруденция, отличающаяся стремлением охватить все элементы и проявления догмы права, не могла пройти мимо самого фактического материала, относящегося к юридическим конструкциям. Но научное освоение этого материала происходило и происходит ныне главным образом в научных понятиях о правоотношениях. Действительно, связь между субъективными правами и юридическими обязанностями – важнейший блок юридических конструкций. Тем более что при освещении правоотношений, в особенности их разновидностей (видов и подвидов), в юридической науке рассматриваются под тем или иным углом зрения и иные блоки юридических конструкций (такие, в частности, как юридические факты, санкции, гарантии, хотя последние приходится включать в «другие» правоотношения).

И то обстоятельство, что в юридической науке существенное внимание уделяется проблемам правоотношений, – явление знаменательное. И знаменательное именно потому, что здесь, пусть и преимущественно с сугубо нормативистских и констатирующих позиций, осуществляется первичная научная проработка важнейших элементов юридических конструкций.

При достаточно же углубленной научной проработке правовой материи, не связанной одним лишь нормативным ее видением, становится очевидным, что *юридические конструкции представляют собой органический, всеобщий и наиболее важный по значению элемент собственного содержания права, его внутренней формы*. Причем элемент, рождаемый во многом спонтанно, и вместе с тем являющийся результатом интеллектуальной деятельности – процесса типизации, и в этом качестве – готовый к тому, чтобы на основе нового опыта, данных науки, силы разума получить дальнейшее развитие, новый уровень совершенства. И главное – готовый к практическому использованию, причем такому, который призван дать оптимальный социальный результат.

Именно юридические конструкции образуют центральное звено (основу, стержень) материи права, достигшей необходимого (для реализации своих функций) уровня развития, совершенства. По справедливому мнению Н.Н. Тарасова, «юридические конструкции, впечатанные в ткань позитивного права ...можно рассматривать как его первооснову, а их систему – как несущую конструкцию позитивного права»¹. Более того, как полагает автор, «с точки зрения собственного

¹ Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 35.

Весьма примечательно, что Н.Н. Тарасов пришел к принципиально важным выводам о высокой значимости юридических конструкций с иных науковедческих позиций, чем это обосновывается в настоящей работе, – с позиций методологии юридиче-

содержания права именно юридические конструкции могут рассматриваться как наиболее стабильные («надсоциальные» и в этом смысле культурные) единицы права»¹.

И потому юридические конструкции, отработанность есть показатель совершенства законодательства, или прецедентной юридической системы. Так же как в технике, в инженерном деле, совершенство законодательства в значительной мере выражается в том, насколько отработано само построение правового материала, т.е. насколько в нем воплощены типовые схемы и модели, соответствующие данным науки и практики, требования эффективности, логики.

Возьмем для иллюстрации уже упомянутую юридическую конструкцию – гражданскую имущественную ответственность за вред, причиненный автомашиной в результате автотранспортного происшествия. В чем специфика этой конструкции? Согласно гражданскому законодательству, юридические лица и граждане, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (транспортные организации, промышленные предприятия, стройки, владельцы автотранспортных средств и т.п.), обязаны возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего.

Стало быть, построение юридических отношений при причинении вреда источником повышенной опасности такое: обязанность возместить вред возлагается прямо на владельца источника повышенной опасности (например, на автотранспортное предприятие, а не на водителя автомашины; на него лишь потом, в так называемом регрессном порядке (новая юридическая конструкция!), т.е. в порядке «обратного» взыскания с непосредственного виновника, предприятие может при наличии к тому оснований возложить ответственность). Притом возникновение этой обязанности, возлагаемой на владельца источника повышенной опасности, в виде исключения непосредственно не связано с виной причинителя; он может освободиться от ответственности только в том случае, если докажет (именно он, при-

ских знаний. А это, думается, надежное подтверждение того, что перед нами назревшая проблема, подготовленная к решению логикой всей суммы юридических знаний.

И по всем данным, тут, как говорится, «процесс пошел». Так, в еще неопубликованной рукописи молодого ученого – слушателя Школы частного права говорится: «Правовая конструкция представляет собой базисное юридическое построение в праве вообще... Правовая конструкция, как любая иная идея, разумна и вневременна, идеальна и витальна» (*Степанов Д.И.* Вопросы методологии цивилистической доктрины. Школа частного права. Рукопись. С. 18).

¹ Там же. С. 30.

чинитель, докажет!), что вред возник вследствие умысла самого потерпевшего или же вследствие непреодолимой силы.

Так что при внимательном анализе оказывается, что в гражданском законодательстве выражена весьма эффективная модельная схема. Она, во-первых, направлена на то, чтобы обеспечить с максимальным удобством интересы потерпевшего, который имеет дело только с владельцем источника повышенной опасности и которому не нужно доказывать вину причинителя, и, во-вторых, нацеливает организации и граждан, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих, на обостренную осмотрительность, на неустанный поиск средств дополнительной безопасности¹.

Именно юридические конструкции (наряду с характерным для права особым нормативно-юридическим построением социального регулирования) — основа уникальности права и его незаменимости в условиях цивилизации.

С этой точки зрения юридические конструкции — главный показатель совершенства права, уровня его развитости со стороны его *corpus juris*. И его исключительного, уникального значения — значения нормативной системы, способной задавать разумный алгоритм в жизни людей, в обществе.

Вот и получается, что от совершенства юридических конструкций, их отработанности, «разумности» в огромной мере зависит эффективность права, его значение в жизни общества. В частности, так же как в технике, в инженерном деле, успех задач, решаемых с помощью права, главным образом зависит от того, насколько при выработке юридических средств решения соответствующих задач использованы (при необходимости — в модифицированном виде) оптимальные типовые схемы и модели, а значит — данные науки и практики, требо-

¹ Для подтверждения «разумности» рассматриваемой юридической конструкции представим себе на мгновение, что законодатель использовал бы для указанных ситуаций иную юридическую конструкцию. Например, возложил бы обязанность возмещения вреда, наступившего в результате автотранспортного происшествия, на непосредственного виновника, который в конечном счете все равно будет нести ответственность. При таком варианте, на первый взгляд, произошло бы даже упрощение правоотношений, не потребовалось бы многоступенчатости, при которой потерпевший взыскивает с владельца автомашины, а тот — уже с водителя. Но такое «упрощение» означало бы, что законодательные положения по данному вопросу стали бы менее совершенными: они, помимо всего иного, не обеспечивали бы в должной мере защиту интересов потерпевших: ведь взыскание вреда с непосредственного виновника представляет значительно большие сложности, чем с владельца источника повышенной опасности, да к тому же при таком варианте при отсутствии вины возмещения вреда вообще бы не произошло.

вания эффективности, логики, насколько успешно, следовательно, «сработали» здесь опыт и талант правоведов.

И под этим же углом зрения через «призму» юридических конструкций раскрываются, скажем так, «совершенный облик» позитивного права со специальной юридической стороны, особенности права в его «математическом понимании». Такие его особенности, когда, помимо всего иного, нормативность права в целом — как это показано в литературе — определяется в содержательном отношении «впечатанными» в него отработанными юридическими конструкциями¹.

Так что вполне закономерен вывод (подтверждаемый историческими данными), что собственное развитие права, его самобытная история, его уникальная материя и сила — это во многом и есть история становления, развития и совершенствования юридических конструкций.

§ 2. Разновидности. Уровни

1. Юридические конструкции и правоотношения. Важнейшие элементы, блоки, разновидности юридических конструкций уже «схвачены» аналитической юриспруденцией при разработке вопросов правоотношений.

Особо значительный, богатый в этой плоскости материал содержится в отраслевых юридических науках (науках гражданского права, уголовного права, в процессуальных дисциплинах и др.). То, что обозначается в этих науках в качестве «видов обязательств и договоров», «составов преступлений», «разновидностей процедур», и есть разнообразные юридические конструкции. И хотя при разработках этих категорий внимание сосредоточивается преимущественно на констатации и определении признаков, разновидностей и юридической природы соответствующих правоотношений (притом — главным образом под углом зрения сугубо нормативной трактовки права), фактические данные о существующих юридических конструкциях в тех или иных сферах права оказываются в науке зафиксированными. В этом отношении немалый интерес представляют и вырабатываемые в отраслевых науках предложения о совершенствовании законодательства (*de lege ferenda*), которые, помимо всего иного, характеризуют юридические конструкции с интеллектуальной стороны.

Существенное значение для понимания юридических конструкций, их разновидностей принадлежит и тем разработкам теории пра-

¹ См.: Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 25–36.

ва (отраслевых и общей), которые посвящены отдельным элементам правоотношений, юридическим фактам, мерам защиты прав, юридическим гарантиям.

Сюда же, в общую «копилку» данных о юридических конструкциях, входят и материалы юридической науки, посвященные непосредственно юридической технике, в том числе категории «общий принцип с исключениями», «исчерпывающий перечень» и т.д.

2. Основные виды юридических конструкций. Юридические конструкции разнообразны. Они с различных сторон характеризуют особенности и достоинства юридической материи, ее уникальность, возможность, степень развитости.

В определенной степени своеобразие юридических конструкций зависит от области права, ее предмета. Так, в области п у б л и ч н о г о п р а в а в соответствии с особенностями самой его государственно-властной природы сложилась своего рода «генеральная» модельная схема. Ее составляющие: а) императивное веление компетентного властного органа; б) обязанность «субъекта подчинения» исполнить веление; в) контроль и надзор за исполнением; г) формы и порядок обжалования.

В ходе правового развития той или иной страны, причем решающим образом в зависимости от уровня демократии, эта схема обогащается иными элементами (например, такими, которые позволяют оспорить властный акт), что влечет за собой формирование многообразных юридических конструкций, воплощающих оптимальные формы административной деятельности, административного процесса.

Широкий комплекс юридических конструкций, выражающих виды правонарушений, оснований освобождения от ответственности и другие особенности юридической регламентации, утвердился в уголовном праве (основные из них — сама конструкция «состав преступления», «необходимая оборона», «крайняя необходимость» и т.д.).

Весьма разветвленный набор утонченных и отработанных юридических конструкций сложился со времен античности в ч а с т н о м п р а в е.

Здесь своеобразие юридических конструкций также в немалой степени зависит от особенностей этой правовой сферы, ее предмета (конструкции в области вещных отношений, договоров, наследования, семейных отношений и т.д.). Причем эти особенности — такие, в частности, как начала диспозитивности, независимости и самостоятельности субъектов — потребовали тщательной отработки модельных схем, обеспечивающих определенность, надежность, прочность юридического регулирования, а также широкий диапазон юридических возмож-

ностей для субъектов. Отсюда, наряду со всем другим — максимально широкий, насколько это возможно, характер набора конструкций, такое их многообразие, которое открывает широкие возможности для их выбора сообразно интересам субъектов (и плюс к тому — общая дозволенность конструировать в рамках действующего правопорядка «свои» модели). В итоге — выработка «классических», пожалуй, даже «законченных» классификаций моделей, вбирающих в себя основные и исходные правовые ценности на данном участке жизни общества.

Так, например, еще в римском праве отношения, связанные с использованием имущества и труда «других лиц» (договоры найма), получили выражение не в одной лишь «аренде» (как это по большей части, к сожалению, понимается ныне), а в юридических конструкциях трех главных разновидностей, объединенных правовым понятием «*locatio-conductio*» (наемные обязательства): *locatio-conductio rei (rerum)* — наем вещей; *locatio-conductio opens* — наем услуг; *locatio-conductio operarum* — наем работы. Эти конструктивные разновидности послужили источником весьма своеобразных правоотношений самостоятельных типов (таких, как обязательство подряда, в современных условиях — трудовые правоотношения, лизинг и т.д.). Но принципиально важно то, что они и ныне, причем именно в своем «изначальном виде», отличаются большими юридическими резервами. Пример тому — те возможности, которые открыли арендные отношения в современных условиях, о чем в последующем изложении еще пойдет речь.

Обширный диапазон юридических конструкций, наряду с правом собственности, сложился в области вещных отношений. Это не только «сервитуты», «узуфрукт» римского права, но и, например, особые «права владения и пользования», утвердившиеся в ряде Скандинавских стран (оказавшихся вполне совместимыми с современными рыночными отношениями), а также явно недооцененные виды «вещных конструкций», сформировавшиеся в обстановке советского общества («оперативное управление», «полное хозяйственное ведение», «пожизненное наследуемое владение» — конструкции, правовая и социальная значимость которых в прошлом явно недооценена, но юридическая жизнь которых, возможно, в немалой мере еще впереди). Вдобавок к этому современная экономическая и социальная жизнь демонстрирует значение вещных прав в составе обязательств, таких как арендные обязательства (что нередко реально учитывается на практике, но полностью игнорируется иными идеологами), своеобразие «вещного следа» в ценных бумагах.

3. Уровни. Вместе с тем юридическое и социальное совершенство юридических конструкций — это не только их многообразие, возмож-

ности и резервы, обусловленные сферой общественных отношений, их предметом. Не менее (а в чем-то и более) существенное значение имеет здесь уровень конструкций, выражающий степень их общности, абстрактности. Здесь два наиболее существенных момента.

Первый из них – в том, что по мере правового прогресса складываются юридические конструкции общего значения, такие, в частности, как конструкции «абсолютных прав», «автоматического действия», «требование в порядке регресса», «реституция», или даже, казалось бы, простые «технические» приемы построения в области права, такие как «исчерпывающий перечень», «общее с исключениями».

Другой момент – не менее важный. Это – формирование на основе и в связи с юридическими конструкциями специфических принципов права, которые напрямую входят в материю права, обогащают ее, с весьма существенных сторон характеризуют ее содержание, а в этой связи – степень ее развитости, совершенства.

Речь при этом идет не об общих положениях, вырабатываемых на базе одних лишь теоретических концепций «за письменным столом» и затем включаемых законодателем в тексты нормативных актов (хотя и они могут влиять на правовую материю), а о правовых идеях, которые выражают «разумную суть» юридических конструкций и которые в ходе самого правового развития так или иначе «объективируются», приобретают самостоятельное юридическое значение – непосредственного основания решения жизненных ситуаций. Таковы, например, «принцип общей оговорки», «презумпция виновности» по гражданско-правовым деликтам (замечу, что подобные принципы во многом и раскрывают реальное юридическое содержание прецедентного права – то, что выражено в *ratio decidendi* судебных решений, имеющих прецедентное значение).

§ 3. Юридические конструкции как явления науки

1. Предыстория. Разработка юридических конструкций – это во многом заслуга юридической догматики, аналитической юриспруденции.

Анализ той или иной группы юридических норм, принципов и правоотношений, относящихся к определенной категории юридических дел, по существу, как правило, и представляет собой вычленение и проработку своеобразной юридической конструкции. И хотя такая проработка ограничивается в аналитической юриспруденции по большей части формально-логическим анализом, констатирующими положениями и соответствующими выводами, сама фиксация определенного

«правоотношения», «состава преступления», особой «процессуальной процедуры», «юридической природы» того или иного явления — это по существу не что иное, как констатация, обособление и известная формально-логическая характеристика своеобразной юридической конструкции — типовой связи (схемы) прав, обязанностей, ответственности, юридических фактов.

С горечью приходится говорить о том, что именно эта сторона юридических знаний нередко оценивается в некоторых областях гуманитарных знаний как «формалистика» и «схоластика», всего лишь «техника юриспруденции», будто бы в чем-то необходимая для текущей юридической практики и правового обучения, но все же не более, чем сугубо описательный материал невысокого науковедческого уровня. Словом, на фоне стремительного развития современной науки — ее своего рода законсервированное, весьма ограниченное, убогое «прошлое».

Да, аналитическая юриспруденция — это в немалой мере «прошлое». Но это такое «прошлое», которым наука может гордиться и которое даже на уровне юридической догматики имеет по данной группе проблем существенное значение.

Аналитическая юриспруденция содержит не только отправные фактические материалы, искусно отработанные на формально-логическом уровне и накопленные на этой основе ценности познавательной и регулятивной культуры (в том числе утвердившиеся еще в античности и оправдавшиеся во многовековой истории), но и исходные, стартовые данные, которые открывают оптимистическую восходящую перспективу развития правоведения как истинной высокозначимой науки. Ибо юридическая догматика уже нашла и во многом обрисовала центральное звено плодотворных научных разработок и в настоящем и в будущем — юридические конструкции и специфические правовые принципы, т.е. как раз то звено, которое только и может определить в области юридических знаний оптимистическую восходящую перспективу¹.

¹ По данному вопросу необходимо уточнить авторскую позицию. Мне и ранее не раз доводилось писать о необходимости использовать данные аналитической юриспруденции в правовых исследованиях самого высокого ранга — философских и по социологии права. И что в этой связи следует рассматривать «юридический позитивизм», с одной стороны, а с другой — философию и социологию права в качестве единой системы правовых знаний. Теперь же, после более основательного изучения вопросов материи права и особой юридической логики, вопрос ставится иначе. Данные аналитической юриспруденции (в особенности относящиеся к проблематике юридических конструкций) — это *есть единственно возможное начало истинно научных и вместе с тем высоко практически значимых исследований в области права. Причем такое начало, в котором уже наличествует главное — фундамент и определившаяся перспектива дальнейших углубленных проработок.*

2. Научная разработка юридических конструкций в современной науке. Три момента представляются здесь наиболее существенными.

В о - п е р ы х. Отдавая должное характеристикам юридических конструкций на основании материалов, разрабатываемых юридической догматикой, необходимо вместе с тем придать им новое, более основательное «научное звучание», не связанное одним только нормативным подходом к праву, и расширить, обогатить эти материалы с позиций теории правовых средств. А на этой основе увидеть здесь не только одно из наиболее высоких проявлений специфической логики права, но и – что не менее существенно – интеллектуальные, разумные начала, которые реализуются, объективируются в юридических конструкциях.

Отсюда следует, что юридические конструкции с позиций современной науки предстают в качестве такого «сгустка» или «концентра-та» юридической материи, который олицетворяет ее важнейшие, наиболее значимые черты и особенности, в том числе те, которые выражают математически строгие соотношения в праве («математику в праве в самом точном значении»), а также особенности права как явления Разума [III.14.2].

В о - в т о р ы х. Юридическим конструкциям с позиций современной науки уготовано новое, по сути центральное место в системе юридических знаний. Из одного довольно рядового вопроса на периферии данных о нормативных актах (не всегда, далеко не всеми правоведами к тому же фиксируемого в правовой теории) юридические конструкции возвышаются на уровень своего рода «ядра» науки, к которому стягиваются нити многих – если не всех – юридических проблем.

К этому надо добавить и то, что юридические конструкции, как это на науковедческом уровне обосновал Н.Н. Тарасов¹, являются своего рода «методологическим ключом» в сфере правовой методологии.

В - т р е т ь и х. Именно с юридическими конструкциями, следует предположить, связано будущее юридической науки. И в ближайшее время, и в более отдаленной перспективе. Можно ожидать, что понимание места и роли юридических конструкций и в правовой материи, и в практической жизни (этому посвящен следующий пункт данного параграфа) позволит, наконец, «достучаться» до общественного мнения, с тем чтобы состоялось то, чего уже давно требует сама жизнь – высокого общественного признания правоведения.

Весьма примечательно, что тут происходит известное возвращение к данным аналитической юриспруденции (юридической догматики).

¹ См.: Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 25 и сл.

Но такое «возвращение», не скованное только нормативным видением права, с учетом новейших данных по вопросам всего обширного комплекса юридических средств и данных юридической логики, означает, как это ни парадоксально, возвышение юридической науки на уровень, ничуть не уступающий передовым отраслям знаний, в том числе наук естественного и технического профиля. И в этой связи, можно ожидать, открывает перспективу нового, бурного, не исключено взрывного развития современного правоведения.

§ 4. Юридические конструкции: совершенствование и перспективы развития права

1. Юридические конструкции и практика юриспруденции. То обстоятельство, что юридические конструкции играют существенную роль в практической жизни, в практике юриспруденции, — факт очевидный, не требующий каких-то особых обоснований. Здесь логика даже как бы дает «обратный ход». Сам феномен «юридическая конструкция» появился на свет исключительно по потребностям практики. Да и вообще развитие и совершенствование права и на уровне законодательства, и на уровне юридической практики осуществлялось в прошлом и происходит ныне главным образом в соответствии с потребностями жизни через критическую проверку сложившихся на практике юридических конструкций, их отработку, совершенствование.

Юридические конструкции и есть тот, притом наиболее совершенный юридический инструментарий, о котором, и вполне справедливо, принято говорить при решении вопросов использования права в соответствии с назревшими жизненными задачами.

Другой вопрос, что такое (в сущности незаменимое) значение юридических конструкций в практической жизни редко понимается и фиксируется в адекватных терминах (обычно такого рода процессы обозначаются просто как «развитие права», «совершенствование законодательства» и т.д.). Это, помимо всего иного, не только не позволяет вычленить главный, центральный пункт в правовой политике и реальной правовой жизни, но и в какой-то мере дезориентирует ее, довольно часто уводит проблематику развития права от самой юридической материи, переводит ее в область метаюридических отношений, идеологических и сугубо политических фантомов.

Есть тут (в явлении, в чем-то аналогичном тому, что нами не фиксируется, например, совершенно очевидный факт: мы все «говорим про-

зой») и негативное последствие довольно печального для юриспруденции свойства. Те отношения и процессы, которые по своей сути являются юридическими конструкциями, как бы присваиваются другими отраслями знаний – науками экономического и управленческого профиля, и именуются просто «приемами», «методами» и пр. И хотя проработки такого рода «приемов» и «методов» за пределами исконно управленческих и экономических явлений оказываются довольно упрощенными (ибо не используются необходимые здесь особые юридические данные и знания, обычно игнорируемые управленцами и экономистами), то порой получается так, что при проведении юридических исследований их авторы оказываются перед необходимостью каким-то образом считаться с упомянутыми выше проработками. Причем по утвердившемуся в прошлом ранжиру в науках эти проработки становятся изначально приоритетными и чуть ли не императивными для правоведения.

2. Выверенный путь. Можно уверенно утверждать, что последовательно научное направление совершенствования и развития права – это максимальное использование достоинств юридических конструкций, заложенных в них регулятивных резервов, возможностей.

По всем данным, именно таким путем – через использование потенциала и дальнейшую отработку юридических конструкций – только и возможно вывести юридические знания на уровень, соответствующий требованиям современной эпохи. И значит – на уровень максимально высокого их служения практике, решению сложных жизненных проблем.

Принципиально важно знать, что уже сейчас накопленные в юриспруденции данные о юридическом инструментарии, выраженные в юридических конструкциях и их комплексах, позволяют решать многие из современных жизненных проблем – нередко весьма сложных, острых, порой, ключевых в нашей практической, деловой жизни. В последующем ключевое, порой незаменимое значение юридических конструкций в решении практических задач нашей жизни будет проиллюстрировано на некоторых конкретных примерах (к вопросам обеспечения реальности гуманитарных принципов мы еще обратимся – III.15.3).

3. Упущенные шансы. Место и роль юридических конструкций в практической жизни подтверждаются характером проблем, существующих в настоящее время в России, в том числе таких, решения по которым, в свое время принятые без учета надлежавшего юридического инструментария, не только не дали ожидаемого результата, но породили значительные беды.

Вот одна из них – проблема приватизации – по всем данным, действительно, ключевая, решающая, крайне острая и трудная в российской действительности.

В самом деле, когда в начале 1990-х гг. начались «кардинальные реформы» в экономике, предстояло решить: как, каким путем, при помощи каких юридических средств (юридических конструкций) перейти от экономической системы, построенной на тотальном огосударствлении, когда все народное хозяйство выступает в качестве «одной фабрики», к продуктивному рыночному хозяйствованию, построенному на частной собственности, ее стимулирующей роли?

Увы, судя по всему, приходится признать, что «кардинальные реформы», начатые в 1992 г. в России, происходили при отсутствии такой последовательно научной и основательной проработки механизма приватизации (прежде всего с юридической, а значит, на мой взгляд, и с экономической стороны). Разом решалась «кардинальная» задача – наряду с повсеместной отменой государственного управления в народном хозяйстве и созданием известных элементов рыночной инфраструктуры (коммерческих банков, бирж) как можно быстрее преобразовать государственные «социалистические предприятия» в акционерные общества и таким путем в короткие сроки выйти на уровень передовой капиталистической экономики.

В принципе, проблематично, надо признать, – возможно ли вообще без существенной структурной перестройки преобразовать госпредприятие как таковое, т.е. всего лишь «частичку» «одной фабрики» (по Ленину, и по практике социализма) в масштабах всей страны, в нечто качественно иное – акционерное общество. И если – да, возможно, то адекватно ли поставленной задаче сразу же использовать в этих целях конструкцию «акционерное общество». Ведь по своей юридической конструкции институт «акционерное общество», сложившийся в развитых капиталистических странах для обеспечения рационального управления и свободного движения имущественных прав на уже существующую собственность, не приспособлен для преобразования собственнических отношений, тем более такого коренного, как переход от всеохватной государственной собственности к собственности частной, когда бы раскрылась ее мощная стимулирующая роль в производстве.

Недаром кампания по «сплошному акционированию» в России, проведенная в 1992–1996 гг., обернулась в основном лишь сменой вывесок, всевластием руководителей обществ, да тем еще, что бывшие государственные предприятия стали объектом свободных операций, связанных с продажей и покупкой акций.

Вот и получилось, что проведенная «приватизация» не только не устранила действительного государственного владычества в хозяйстве и не дала частнособственнических стимулов в производстве, но именно через «вольный простор» при продаже и покупке акций открыла благоприятные возможности для овладения и передела собственности сильными мира сего — в основном выходцами из комсомольско-партийной номенклатуры, чиновничества, криминальных кругов, зарубежными дельцами, преследующими лишь цель быстрого обогащения или устранения конкурента.

В итоге — непрекращающееся кризисное состояние экономики и социальной жизни («состояние катастрофы», порожденной коммунизмом), утрата перспективы успешного экономического и социального развития страны, формирование строя номенклатурного (корпоративного) полукриминального и одновременно полугосударственного капитализма.

Но быть может, вообще нет надежных и плодотворных способов и, в особенности, каких-то юридических конструкций, которые бы смогли обеспечить успех приватизации в обстановке, характерной для советского общества?

Нет, положение дел здесь принципиально иное.

Как раз опыт первых лет отечественных перемен (1989—1990 гг.) показал, что есть такой способ, который дал воодушевляющие результаты. И главное — этот способ приватизации, основанный на аренде, относится к «классике» построения правовых связей в области имущественных отношений, хотя и со своеобразной вариацией, которая с учетом того, что аренда включает вещные элементы, решает проблему действительного преобразования собственности.

Казалось бы, ну что тут особенного — аренда и есть аренда, временное пользование чужим имуществом, известное в глубокой древности (вспомним, одна из разновидностей найма по древнеримскому частному праву, *locatio-conductio rei* — наем вещей). Какая тут вообще, возникает сомнение, может быть приватизация? По существующим представлениям, при аренде в условиях тотального огосударствления сохраняется система подчинения арендаторов ведомствам (что и ранее и теперь используется чиновничеством).

Но суть дела в том, что аренда включает вещные элементы (что является надежным условием хозяйской самостоятельности и особой защиты прав арендатора), а главное — в аренде 1989—1990 гг. наличествовала своего рода «изюминка», упомянутая «вариация». В соответствии с логикой аренды, ее вещными элементами и с тем порядком аренд-

ных отношений, который был разработан в то время, вся продукция, произведенная на арендованном имуществе государственного предприятия, становилась с о б с т в е н н о с т ь ю арендаторов — граждан как частных лиц.

Происходит, стало быть, при такой модели арендных отношений — даже в обстановке тотального огосударствления! — формирование на базе государственных имуществ частной собственности в производстве, причем — и это в высшей степени важно — в труде, когда обретаемая собственность является заработанной. И это (как и возможность выкупа арендованного имущества) резко активизирует труд и его организацию, приводит к значительному повышению производительности труда и, что особо существенно, к тому, что доходы арендного предприятия, обретающего статус частной собственности, обращаются в основной своей части на модернизацию производства, приобретение нового оборудования, освоение передовой технологии, секретов маркетинга (надежное, безошибочное свидетельство того, что тут настоящая, полнокровная частная собственность).

И вот результат. После введения такого рода арендных отношений в 1989—1990 гг. сразу же начался заметный и все возрастающий рост производства в тех секторах народного хозяйства, где получили развитие арендные отношения указанной конструкции. И отсюда — что особо существенно — формирование «малого» и «среднего» бизнеса, основы продуктивной рыночной экономики и «среднего класса» в социальной структуре общества.

Истории еще предстоит ответить на вопрос: что стало главной причиной того, что нарастающий процесс формирования арендных отношений, а отсюда свободной частной собственности в производстве был вскоре, уже в 1991—1992 гг. прерван? То ли тут решающую роль сыграли акции чиновничества, нутром почувствовавшего, что именно с этой стороны грядет крушение основы их владычества и благополучия — монопольной государственной собственности в экономике? То ли роковую роль сыграли «кардинальные реформаторы», вознамерившиеся с опорой на власть путем сплошного акционирования разом оказаться в развитии капитализме передового образца (по инициативе с этой стороны в 1992 г. все арендные предприятия одним росчерком пера были преобразованы президентским распоряжением в акционерные общества)?

Но что было, то было. Шанс резко активизировать производство на основе частной собственности (активизировать не одним лишь путем неких «иностранных инвестиций», а прежде всего через собственный потенциал разума и труда) и создать основы свободной конку-

рентной рыночной экономики оказался упущенным. Только с 2000 г., кажется, в России стали приниматься меры по «структуризации» в существующей системе недавно созданных акционерных обществ, по внедрению в эту сферу «корпоративных принципов», т.е. по созданию эффективных товаропроизводителей, чтобы реально осуществить именно ту задачу, которая и призвана была решить ранее проведенная «приватизация».

Урок? Да, урок – горький, поучительный.

Но, увы, как у нас повелось, урок оказался (и до сих пор оказывается) «не впрок».

В середине 1990-х гг., когда уже стали очевидными неблагоприятные результаты «приватизации» в промышленности, история повторилась. При попытке перевести на частнособственническую основу советское «колхозно-совхозное» сельское хозяйство (действительно, корневая проблема экономических преобразований в нашей стране) вновь негативную роль сыграла неотработанность юридических механизмов. Объектом «приватизации» здесь стала не собственность, выраженная в праве вещного характера (праве собственности и ее производных – таких, как право пожизненного наследуемого владения), а «доля в праве» объединений, владеющих землей. Но эта конструкция, «доля в праве», относится по своей сути к построениям обязательственного порядка, непосредственно не выраженным в вещных отношениях, которые только и могут стать основой статуса «хозяина».

Вот и получилось, что такого рода преобразования привели не к утверждению продуктивных частнособственнических начал в сельском хозяйстве, а к процессам, аналогичным тем, которые происходят в «акционированной экономике», – к продажам и скупкам «долей в праве», в итоге – к переделу земельной собственности, сосредоточению ее у бюрократического чиновничества, «новых латифундистов», выхощев из номенклатуры, криминальных кругов.

А отсюда – такой вывод. Наряду с рядом других просчетов в реформировании экономики очевидна цена нашего невежества в юридической области, большевистского неуважения к праву, пренебрежения юридическими знаниями, инструментальным богатством юриспруденции и, следовательно, пренебрежения теми возможностями, которые открывает отработанный юридический инструментарий для решения наших жизненных проблем.

Не дают ли приведенные данные повода для выводов и более основательного порядка? Выводов о том, что решение актуальных проблем нынешнего времени не должно ограничиваться одними принципи-

альными вопросами теории экономики, политики, государственного и правового устройства; в современных условиях, быть может, главное — это «конструкторская работа», выработка оптимального инструментария решения актуальных проблем? А в этой связи есть предпосылки и для выводов о содержании наук, затрагивающих экономическую сферу. О том, в частности, что пункты средоточия отработанного конструктивного инструментария при решении экономических и социальных проблем — это не экономические дисциплины (как принято повсеместно считать), а науки юридические — правоведение.

И если постановка такого рода вопросов обоснована, то спрашивается: не являются ли именно юридические конструкции (а стало быть, и все право в его «математическом понимании») фокусом и, не исключено, главным направлением научной и практической созидательной деятельности на пути формирования современного гражданского общества?

4. Еще несколько соображений теоретического характера. Жизнь, практика свидетельствуют — как ни превозноси действительно великие ценности, выраженные, в частности, в гуманитарных идеях, решающее, поистине ключевое значение имеет **к о н с т р у к т и в н о е с о в е р ш е н с т в о** правовой материи (которое, если угодно, тоже может быть названо важнейшей «правовой идеей», не уступающей всем другим).

Именно юридические конструкции позволяют переплавить требования жизни, богатства опыта и достоинства разума в строгие, математически четкие и настроенные на дальнейшее совершенствование построения прав, обязанностей, гарантий и ответственности конкретных лиц.

А в этой связи — вот какое соображение обобщающего порядка.

Юридические конструкции — это уже математика. Они такие построения, которые на основе опыта, интеллекта и конструкторского мастерства в «одном пакете» (конструкции) сами по себе отличаются высшей нормативностью, жесткой «сцепкой» всех своих элементов — прав, обязанностей, фактов и т.д., а отсюда — предельной определенностью в правовом поведении, хотя бы частичным автоматизмом в действии, исключающих вольное применение нормативных положений властью.

И потому именно юридические конструкции позволяют:

— придать через юридические права и обязанности, жесткие их «сцепки» строгую определенность поведению всех участников данного дела, процесса;

— учесть на нормативном уровне и посредством договорного метода по максимуму интересы и волю всех субъектов;

- «втянуть» путем четких соотношений прав и обязанностей, гарантий и ответственности их автоматическое действие в последовательно правовое (а отсюда, пусть и по минимуму, – нравственное) поведение;
- обеспечить через систему гарантий и ответственности наступление результата, по максимуму отвечающего как интересам субъектов, так и требованиям данной социальной системы, ее ценностям;
- и всем этим (как и иными достоинствами юридических конструкций) вывести действующее право на такую рабочую ступень, когда выраженные в нем регулятивные преимущества, сила объективированного опыта и ума готовы – как и всякие конструкции – к тому, чтобы при умелом их применении дать людям оптимальный эффект в решении жизненных задач.

При развитых юридических конструкциях право в целом становится обителью математических соотношений. И, значит, здесь определенные соотношения элементов юридической материи, их действие и результативность можно просчитать, выстроить и, надо полагать, со временем выразить в определенных формулах математического типа.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

§ 1. Правовое регулирование: категории динамики права

1. Правовое регулирование. Определяющей категорией под углом зрения общей (инструментальной) теории права является, как мы видели, понятие «правовое средство» в том основательном значении, которое ему принадлежит как универсальному, фундаментальному понятию [II.7.1]. И именно оно, понятие «правовое средство» в указанном значении, позволило существенно расширить и углубить фактическую основу теории, по ряду существенных пунктов по-новому подойти к характеристике правовых явлений – и с точки зрения требований (императивов) цивилизации, и с точки зрения ряда их важных особенностей как объективной реальности.

В предшествующей (седьмой) главе указанные особенности рассматривались в отношении позитивного права, взятого в с т а т и к е, что открывает возможность охарактеризовать материю права.

Теперь настало время обратиться к этим особенностям со стороны д и н а м и к и права. С той стороны, когда право рассматривается в действии, в движении, сообразно заложенным в нем потенциям

и закономерностям, что и позволяет увидеть наиболее существенные стороны логики права.

Основной научной категорией, через которую реализуется такая научная перспектива, является понятие «правовое регулирование».

Это понятие – не просто несколько иной словесный вариант выражения «право – регулятор», а особая категория, основательная и «теоретически насыщенная», возглавляющая специфический понятийный ряд. В него, этот понятийный ряд, входят еще такие понятия, как «механизм правового регулирования», «тип регулирования», «правовой режим», «метод регулирования», другие динамические структуры, что при философских разработках догмы права напрашивается уже на уровне аналитической юриспруденции.

Категория «правовое регулирование» имеет основополагающее, ключевое значение для правоведения. На ее основе оказывается возможным, не отрываясь от юридической почвы и в полной мере используя исходные данные аналитической юриспруденции, еще в одном пункте – вслед за освещением правовых средств в статике – перейти рубеж сугубо юридической догматики, столь необходимой в области юридических знаний и все же узкой по своим теоретическим потенциям.

Существо открывающегося здесь «нового угла зрения» на право заключается в том, что понятие правовое регулирование:

во-первых, выражает напряженную динамику права, реализующую его силу, энергию, целеустремленную на достижение правового результата (в конечном счете – на решение жизненных ситуаций, «требующих права»);

во-вторых, осуществляется при помощи системы средств, образующих не просто комплексы, многоэлементные образования, а «цепочки», последовательно связанные звенья – структуры в динамике.

Словом, правовое регулирование, в отличие от иных форм правового воздействия (также весьма существенных, ключевых – таких, как духовное), всегда осуществляется посредством своего «динамического инструментария» – особого, свойственного только праву механизма, всего комплекса динамических систем и структур, призванных юридически гарантировать достижение правовых задач в рамках определенных типов, моделей юридического воздействия на общественные отношения.

2. Механизм правового регулирования. Отличительная черта правового регулирования состоит в том, что оно имеет свой, специфический механизм. Наиболее общим образом механизм правового регулирования может быть определен как взятая в единстве система пра-

вовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения.

Как и понятие правового регулирования, понятие его механизма в рамках правоправедения представляет собой важную общетеоретическую категорию, которая характерна как раз для инструментальной (притом в динамическом ракурсе) трактовки права. Эта категория позволяет не только собрать вместе явления правовой действительности, связанные с нормативно-правовой регуляцией, решением жизненных ситуаций (нормы, правоотношения, юридические акты и др.), и обрисовать их как целостность (это достигается и при помощи понятия «правовая система»), но и представить их в работающем и притом в системном виде, т.е. в виде динамической структуры. А отсюда — высветить специфические функции, которые выполняют те или иные юридические «инструменты» в правовой системе; их особенности как правовых средств, показать их связь между собой, их взаимодействие.

Главное же — это то, что здесь перед нами одно из важнейших проявлений логики права. Именно потому, что позитивное право представляет собой область долженствования и одновременно возможностей, «заряженных» необходимостью их реального претворения в жизнь, выстраивается последовательная цепь правовых средств, призванных шаг за шагом, с неумолимой неуклонностью осуществить такого рода необходимость. Эта цепь, начальным звеном которой являются юридические нормы, вполне закономерно в силу самой логики права завершается актами реализации, когда возможности (субъективные права) и обязанности, выраженные в позитивном праве, становятся фактами реальной жизни.

Механизм правового регулирования охватывает комплекс фрагментов правовой действительности — правовых средств, находящихся в последовательной цепи, обеспечивающей в конечном итоге решение жизненных ситуаций на основе права.

3. Основные звенья механизма правового регулирования. В механизме правового регулирования как динамичной структуре выделяются три основных звена:

1) юридические нормы — основа правового регулирования, когда на уровне позитивного права закрепляются в абстрактном виде типизированные возможности и необходимость определенного поведения субъектов;

2) правовые отношения, субъективные права и юридические обязанности, переводящие при наличии конкретных жизненных обстоятельств (юридических фактов) абстрактные возможности и необходи-

мость на плоскость конкретных, адресных субъективных юридических прав и обязанностей и, следовательно, переключающие правовую энергию юридических норм на уровень конкретных субъектов — носителей прав и обязанностей;

3) акты реализации прав и обязанностей, в соответствии с которыми наступает запрограммированный в позитивном праве результат в жизни общества, фактически разрешается жизненная ситуация (дело).

Это трехзвенное построение механизма правового регулирования имеет универсальный характер: оно характерно для права «вообще», для правовых систем всех юридических типов. Наиболее точно и строго оно может быть прослежено в национальных системах романо-германской правовой семьи. Для прецедентного права основа правового регулирования (юридические нормы) в той или иной мере, нередко — изначально, формируется при решении юридического дела. В традиционных (неотдифференцированных) системах основу правового регулирования непосредственно определяют также идеологические, в том числе религиозные и философские, императивы. Но как бы то ни было, при всех модификациях и «семейном своеобразии» правового регулирования трехзвенная схема его основных элементов остается неизменной, она выражает своего рода «онтологическую логику» воздействия права на социальную жизнь.

К процессу правового регулирования на заключительной его стадии (а в ряде случаев и при возникновении правоотношений) может присоединиться и особое звено — индивидуальные предписания — акты применения права.

4. Применение права. Это властная индивидуально-правовая деятельность, которая направлена на решение юридических дел (жизненных ситуаций, «требующих права») и в результате которой в ткань правовой системы включаются новые элементы — властные индивидуальные предписания. Типичный пример — судебное решение со строго установленным порядком и сроком его исполнения в условиях, когда существуют властные учреждения, способные реализовать решение суда.

Обеспечивая проведение в жизнь юридических норм, подкрепляя их общую властность своей (для данного конкретного жизненного случая) адресной властностью, индивидуальные предписания обладают необходимой юридической силой. Именно в данном качестве они не только выполняют правообеспечительную функцию, но и могут в процессе ее реализации осуществлять поднормативное регулирование общественных отношений, которое в зависимости от конкретных социальных, политических условий способно либо обогатить право, либо деформировать его.

Применение права — это второй по значению после правотворчества, а при известных социальных и правовых условиях (при прецедентном праве) и не менее важный фактор, столь существенно влияющий на правовое регулирование, притом влияющий в самом ходе, в процессе воздействия права на общественные отношения (хотя не будем упускать из поля зрения тот негативный эффект, который может наступить в случаях произвольной индивидуальной регуляции, пусть даже и такой, которая формально опирается на те или иные положения закона).

Применение права — показатель одной из особенностей логики права. Логика права в своей «заряженности» на достижение результата, на превращение в реальность выраженного в позитивном праве «должного» и «возможного», по своему источнику в немалой степени коренится в силе государственной власти. Но эта сила в материи права приобретает юридический характер, она прежде всего и выражается в тех особенностях средств юридического регулирования, которые закономерно предполагают воплощение норм права в правоотношениях, а этих последних — в актах их реализации. Тут дает о себе знать известный автоматизм действия права, существование своего рода юридической энергии. Но все же при определенных обстоятельствах государственная власть как бы вновь «вторгается» в процесс правового регулирования, что и обуславливает необходимость особого («четвертого») звена механизма правового регулирования — включение в механизм правового регулирования индивидуальных юридических предписаний.

Весьма своеобразным в этом случае становится соотношение между такими явлениями, как правотворчество и правоприменение. Если органы правотворчества закладывают в правовую систему общие программы поведения участников общественных отношений, то органы применения права в оптимальном случае продолжают «дело», начатое правотворчеством. Они призваны обеспечить проведение в жизнь юридических норм, выраженных в них общих программ поведения, конкретизированное их воплощение в реальных жизненных процессах с учетом особенностей той или иной конкретной ситуации.

В системах общего, прецедентного права правотворчество и правоприменение в известной степени совмещаются (юридические нормы вырабатываются при решении юридических дел). И все же и тут с достаточной отчетливостью обособляются, с одной стороны, уже существующие юридические нормы, т.е. выработанные на практике прецеденты, содержащиеся в них идеи, правовые начала, а с другой — их применение при решении данного юридического дела.

Отмечая признанное науковедческое и политико-правовое значение общего понятия «применение права», воплощающего в себе идею законности и в не меньшей мере логику права, нужно учитывать и другое. Данное понятие имеет и отрицательную сторону: охватывая «на равных» индивидуально-правовую деятельность всех властных субъектов, оно затеняет на данном участке правовой действительности правосудие, которое играет в области права юридически основательную, качественно своеобразную, незаменимую роль.

Сравним под данным углом зрения, казалось бы, однопорядковую деятельность, осуществляемую учреждениями исполнительной власти (административное применение), и применение права учреждениями правосудия (судебное применение). Суть вопроса здесь состоит в том, что властные органы, относящиеся к исполнительной ветви власти, должны действовать строго на основании норм действующего права. Применение права – это основанные на государственно-властных прерогативах «исполнительные» действия компетентных органов по претворению юридических норм в жизнь. И хотя тут есть существенные особенности в зависимости от своеобразия правовых систем (прежде всего речь идет о системах общего, прецедентного права англосаксонской группы), все же в любом случае орган, применяющий право, имеет дело с догмой права – с реально существующими, действующими юридическими нормами писаного права, установленными или принятыми (санкционированными) государством.

Другое дело, по убеждению автора этих строк, судебное применение – функции учреждений правосудия по решению юридических дел. Они тоже действуют на основании закона, иных источников. Но их деятельность не сковывается жестким прокрустовым ложем одного лишь применения права в точном («механическом») значении этого понятия. Правосудие – это не механическое претворение в жизнь писанных юридических предписаний, а само живое право, право в жизни. Поэтому органы правосудия призваны прежде всего утверждать дух права, глубокие правовые начала. В соответствии с таким своим предназначением они обязаны руководствоваться в своей деятельности основополагающими принципами права, выраженными в действующем законодательстве (особенно в сложных жизненных случаях, в коллизионных ситуациях)¹.

¹ Правоприменительная деятельность – это организационное выражение применения права, представляющее собой систему разнородных правоприменительных действий основного и вспомогательного характера, выраженных в правоприменительных актах.

Уместно отметить, что при теоретическом осмыслении правоприменительных актов следует учитывать смысловые различия, которые существуют между понятиями «ре-

Вот почему с рассматриваемых позиций есть основания утверждать, что правосудие выполняет функции по созиданию права. Причем не только в юридических системах общего, прецедентного права. Б. Кистяковский справедливо отмечает: «В современном конституционном государстве суд есть прежде всего хранитель действующего права; но затем, применяя право, он продолжает быть и созидателем нового права»¹.

Такой подход к пониманию места правосудия в механизме правового регулирования имеет еще большую весомость в юридических системах общего, прецедентного права, где само существование и развитие позитивного права осуществляется путем «обоснования от прецедента к прецеденту».

В предшествующем изложении, когда речь шла о живом праве и о «законе» в нормативной системе (притом в отношении правовых систем всех юридических типов — П.7.7), было уже отмечено, что именно правосозидательная деятельность учреждений правосудия является одной из важнейших тенденций правового развития современной эпохи.

5. «Глубинный» слой механизма правового регулирования. Наряду с непосредственно инструментальной стороной есть и более глубокий слой механизма правового регулирования, где раскрываются ис-

шение юридического дела», «индивидуальное государственно-властное предписание» и «акт применения». Если первое из указанных понятий охватывает завершающее правоприменительное действие, второе указывает на результат правоприменения, то третье выражает результат решения юридического дела, рассматриваемый в единстве с его внешней, документальной формой, т.е. является актом-документом.

Достойно особого внимания то, что соотношение между понятиями «решение юридического дела», «индивидуальное государственно-властное предписание», «акт применения» в принципе такое же, как и соотношение между понятиями «правотворческое решение», «юридическая норма» и «нормативный юридический акт».

Характер зависимости, «сцепления» между правотворческим решением, юридической нормой, нормативным актом, с одной стороны, и между решением юридического дела, индивидуальным государственно-властным велением и актом применения — с другой, является практически одинаковым. Не свидетельствует ли это о том, что и тот и другой ряд правовых явлений подчинен некоторым общим закономерностям, словом, *единой логике права*? Положительный ответ на этот вопрос, думается, связан не только с тем, что в обоих случаях (и только в этих случаях) перед нами выражение активной государственной деятельности в сфере правового регулирования, направленной, в частности, на правовое (в одном случае — нормативное, а в другом — индивидуальное) регулирование общественных отношений, но и с тем, что такого рода деятельность объективируется в праве как институциональном образовании со всей присущей ему спецификой.

¹ Кистяковский Б.А. В защиту права // Вехи: Сборник статей о русской интеллигенции. М., 1990. С. 125.

ходные юридические начала и «пружины» правового регулирования и – что еще более существенно – юридический инструментарий напрямую связывается с еще более важными, чем говорилось ранее, сторонами логики права.

Речь здесь идет о правовых явлениях, образующих рассмотренный в предшествующем изложении глубокий слой материи права, – о «троице» (позитивных обязываниях, дозволениях и запретах).

Наиболее значимы здесь общие дозволения и общие запреты (такие, например, как право заключать любые не запрещенные законом договоры или запрет на свободный оборот всех наркотических средств).

Здесь перед нами вообще весьма своеобразные юридические явления. Довольно любопытный факт: внешняя объективизация общих дозволений и общих запретов как специфических юридических феноменов выражается при их формулировании не в них самих, а в их «другой стороне», в их противоположности. Они, общие дозволения и общие запреты, как бы проявляются в исключениях из «общего» в отношении общих дозволений (т.е., например, в самом том факте, что некоторые разновидности сделок запрещены законом), а в отношении общих запретов – в факте существования дозволений-исключений (т.е., например, в самом факте разрешенных коммерческих операций по обороту наркотических средств).

И если при формулировании неких правил, претендующих на статус «общих дозволений» или «общих запретов», такого рода «исключений» нет, то едва ли могут быть найдены основания для признания их в качестве правовых явлений или, во всяком случае, явлений, отвечающих всем требованиям права, его сути. Ибо тогда (при отсутствии упомянутой «противоположности» – исключений) социальное регулирование не имеет необходимой определенности, не «выходит» во всех случаях, в том числе при запретах, на права субъектов, и в конечном итоге и с социальной, и с юридической стороны не препятствует – как «положено» праву – произволу. Да и вообще в этом случае отсутствует глубинная связка права – «дозволение-запрет», конститутивное значение которой хотя и очевидно, но в полной мере еще не понято и не осмыслено наукой.

Вот почему, надо заметить попутно, представляется неоправданной сама постановка вопроса об «общих обязанностях», если, разумеется, рассматривать право с точки зрения его исконной природы, его реализации в демократическом обществе, а не иметь в виду юридические системы, построенные на «праве сильного» или «праве вла-

сти»¹. Если же исходить из основательного понимания связки «дозволение-запрет», да к тому же учитывать отмеченные еще Кантом различия между исключениями и условиями в сфере общих дозволений и запретов, то наряду с иными выводами раскрывается ряд существенных сторон права и перспективы правового развития — утверждения в обществе дозволительного права. В частности, можно признать вполне обоснованной мысль о том, что общие запреты могут вполне совмещаться с природой дозволительного права. И это происходит как раз тогда, когда противостоящее общему запрету дозволение выступает не в виде одного из исключений («разрешения»; вспомним общую схему разрешительного типа регулирования — «запрещено все, кроме разрешенного законом»), а в виде ограничивающего условия.

¹ Действительно, возникает вопрос: коль скоро существуют общие дозволения и общие запреты, то что же препятствует тому, чтобы и в отношении третьего способа правового регулирования — позитивных обязываний — не применять понятие «общее» в указанном выше смысле? На первый взгляд, обоснованность постановки этого вопроса подкрепляется тем, что в законодательстве можно встретить такие случаи регулирования, которые характеризуются значительной степенью всеобщности, общности по отношению к субъектам. К ним относятся, например, порядок досмотра таможенными органами багажа граждан, пересекающих границу страны, общий порядок паспортного режима. Причем здесь может быть применена формула, на первый взгляд аналогичная той, которая распространяется на общие дозволения и общие запреты, «все, кроме» (именно «все», а не «всё»).

Тем не менее достаточных оснований для выделения «общих обязываний», которые могли бы стать в один ряд с рассматриваемыми правовыми явлениями, нет. Почему?

Здесь ряд соображений, частично в тексте уже обозначенных. Главное из них основывается на том, что позитивные обязывания, при всей их необходимости и важности в правовой системе общества, все же занимают в праве особое место. Они по определяющим своим характеристикам выражают не особенности права как своеобразного социального регулятора, а особенности государственной власти, осуществляемой через право ее организующей, управленческой деятельности, функционирование административного управления. Весьма важно и то, что юридические обязанности: и более общие, и менее общие по кругу лиц и степени обязательности — это именно обязанности; даже будучи предельно общими, они, в отличие от общих дозволений и общих запретов, не выходят на субъективные права участников общественных отношений. И наконец (для понимания логики права это имеет принципиальное значение), понятие «общее» применительно к позитивным обязываниям не имеет того особого смысла, который характерен для общих дозволений и общих запретов. Тут общее не идет дальше вопроса о круге лиц, оно не охватывает многообразие жизненных ситуаций и потому не возвышает нормативность на новый уровень. В соответствии с этим и исключения из такого рода «общих обязываний» — не нечто противоположное (как в области дозволений и запретов), а просто изъятия из установленного общего порядка в отношении круга субъектов.

Между тем, скажу еще раз, именно связка «дозволение-запрет» является органичной для самой природы права, по всем данным относится к наиболее сокровенным его тайнам, еще в полной мере не раскрытым наукой (хотя довольно отчетливо и проявляющимся в материи права).

Скажем, условия, в соответствии с которым общий запрет на оборот наркотических средств не конечен: он установлен при том условии, что свободный оборот всей суммы потребительских товаров находится в режиме общего дозволения. Тем более что, как поясняет Кант, исключения как таковые — это вообще не принцип, на основе которого должно строиться юридическое регулирование (поскольку перед нами не связка «дозволение-запрет»): таких исключений может быть неопределенное множество — «до бесконечности; ибо здесь дозволения добавляются к закону лишь случайно, не на основе принципа, а в результате подыскания подходящих случаев»¹.

Теперь — о значении общих дозволений и общих запретов как «глубинного» слоя механизма правового регулирования.

Принципиально важный момент здесь заключается вот в чем. Наиболее важные и устоявшиеся требования социальной жизни данного общества наиболее близко контактируют с императивами цивилизации и в этом отношении — с нормативным социальным регулированием в виде господствующей системы социальных ценностей. С рассматриваемой точки зрения значение общих дозволений и общих запретов заключается в том, что они воплощают эту систему ценностей, способны быть их исходными, первичными носителями в самой материи права, рассматриваемой с точки зрения его регулятивных характеристик (такой характер имеют, например, общее дозволение заключать любые, не запрещенные законом, договоры; или же — не причинять человеку никаких телесных повреждений, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом).

Все это свидетельствует о весьма высоком социальном статусе общих дозволений и общих запретов. Они могут быть охарактеризованы

¹ *Кант И.* Указ. соч. Т. 1. С. 371. Заверяю — и думаю, не допущу преувеличений, что соображения Канта об «исключениях» и об «условиях» в отношении общих запретов носят с точки зрения юридической теории поистине фантастический характер. Мне, автору этих строк, занимавшемуся в течение нескольких лет подробным, с использованием данных современной науки и практики, исследованием общих дозволений и запретов (*Общие дозволения и общие запреты в советском праве.* М., 1989), представляются совершенно паразитическими приведенные соображения Канта в отношении проблемы, которая в то, двухсотлетней давности, время даже не была поставлена юридической теорией. Соображения, которые, могут добавить, существенно расширяют, казалось бы, подробные представления по этой сложной проблеме. Только, пожалуй, тем обстоятельством, что взгляды Канта по вопросам права опираются на основательное знание юридической конкретики, а главное — носят глубокий, истинно философский характер и намного опередили время, можно объяснить такое основательное проникновение мысли философа в тонкости современной юридической теории, причем по материалам, добытым и обобщенным юридической наукой в ее позитивистском понимании.

в качестве таких глубинных правовых явлений, которые находятся на стыке между правом и тем слоем социальной жизни, который выражает социальные и духовные требования к праву. Это и позволяет сделать вывод о том, что общие дозволения и общие запреты выступают в качестве своего рода активного центра, «передаточного механизма», призванного принимать активные импульсы, сигналы от общественной жизни, ее духовных начал, а затем уже в виде общих регулятивных начал, воплощающих господствующие социальные ценности, как бы распространять их на все право, и тем самым определять характер и направления правового регулирования общественных отношений.

На современном этапе исследования механизма правового регулирования, когда в значительном объеме накоплен новый материал, назрела необходимость нового видения и самого механизма правового регулирования, его трактовки в качестве, условно говоря, объемного явления, которое имеет несколько срезов, уровней и в котором средства правового регулирования выстраиваются не только линейно (что характерно для непосредственно инструментальной, трехзвенной характеристики механизма правового регулирования, его главных звеньев), но и в нескольких плоскостях. Именно в этом отношении обоснованно утверждать, что общие дозволения и общие запреты принадлежат к глубинному пласту механизма правового регулирования, к той его плоскости, которая расположена ближе к определяющим факторам социальной жизни, передавая вместе с принципами права импульсы от них во все подразделения и сектора, во все «закоулки» правовой материи.

Представляя собой самостоятельные, особые, субстанциональные правовые явления (они одновременно имеют черты и юридических норм, и юридических прав и обязанностей, но не сводимы ни к тому, ни к другому), общие дозволения и общие запреты выполняют в правовом регулировании общую регулятивно-направляющую роль и, выступая для субъектов в виде определенной меры свободы (долга), одновременно действуют через всю систему связанных с ними юридических норм и их комплексов.

Если оправданно утверждать, что «троица» – позитивные обязанности, дозволения и запреты – образует глубинный слой в правовом регулировании, его механизме, то общие дозволения и общие запреты – это своего рода фокус, опорный стержень этого слоя – та главная пружина, которая во многом определяет особенности социально-го регулирования, именуемого «юридическим».

И здесь уместно выдвинуть на обсуждение одно, весьма основательное для теории права предположение. С учетом приведенных со-

ображений, можно предположить, что в зависимости от того, является ли общий запрет «конечным», а значит, вписывается он или нет через «ограничительное условие» в общедозволительное регулирование, можно предельно точно установить природу действующего права.

Если запрет, например, в виде разрешительного порядка проведения демонстраций, собраний и митингов, «конечен», выражен в общем запрете и не имеет в качестве условия общее дозволение на свободу демократических действий, то перед нами надежное свидетельство того, что действующая юридическая система имеет характер права власти, что и саму-то власть характеризует по меньшей мере как авторитарную.

Напротив, если разрешительные элементы в порядке проведения демонстраций, собраний, митингов, связанные с необходимостью соблюдения, допустим, правил уличного движения, вводятся при том ограничивающем условии, что существует общее дозволение на свободу демократических действий, то такого рода разрешительные элементы и связанные с ними запреты, пусть и общие, вполне согласуются с дозволительной природой действующей юридической системы. И это наряду со всем другим — крепкое свидетельство демократичности существующих общественных порядков в данной стране.

Мы увидим в последующем, что именно общие дозволения и общие запреты окажутся главными звеньями тех структур в области права, которые характеризуют наиболее существенные стороны логики права.

И еще одно замечание в сугубо постановочном порядке. Не дает ли оснований тот факт, что общие дозволения и общие запреты объединяют особенности и норм, и субъективных прав (обязанностей), и что-то еще свое, юридически глубокое, сделать вывод о том, что они относятся к ядру системы социального регулирования вообще? Если такое предположение справедливо, то тогда указанные особенности предстают развернувшимися на качественно новой ступени реликтовыми чертами, которые в свое время на элементарном уровне, по-видимому, были характерны для единых мононорм. И тогда, быть может, окажется достаточно обоснованным также и предположение о том, что общие дозволения и общие запреты являются некими сущностными и органичными для социального регулирования феноменами и под этим углом зрения, быть может, предвестниками, ростками социального регулирования более развитой и совершенной стадии развития правового гражданского общества, ростками, сочетающими высшую нормативность с непосредственным и индивидуализированным действием социальных норм. Впрочем, это только предположение, кото-

рое нуждается и в проверке, и в тщательной проработке применительно ко многим сторонам социального регулирования.

6. Методы правового регулирования. Методы правового регулирования — это приемы юридического воздействия, их сочетания, характеризующие использование в данной области общественных отношений того или иного комплекса юридических средств.

Методы субстанциональны, неотделимы от правовой материи. Они выражают самую суть, стержень того или иного юридического режима регулирования; следовательно, в системе права они служат именно тем объединяющим началом, которое компонует правовую ткань в главные структурные подразделения — в отрасли права.

Рассматривая методы правового регулирования в качестве реальных юридических явлений, обретающих свою жизнь в рамках отраслей права, вместе с тем необходимо указать на некоторые первичные, исходные методы, которые представляют собой выделенные логическим путем простейшие приемы регулирования, определяющие главное в правовом статусе субъектов, в их исходных юридических позициях. Об этих простейших приемах в ходе предшествующего изложения уже говорилось. Сейчас настало время дать им определения. Они таковы:

— *централизованное, императивное регулирование* (метод субординации), при котором регулирование сверху донизу осуществляется на властно-императивных началах. Юридическая энергия поступает на данный участок правовой действительности только из одного центра — сверху, от государственных органов, и сообразно этому положение субъектов характеризуется отношениями субординации, прямого подчинения;

— *децентрализованное, диспозитивное регулирование* (метод координации), при котором правовое регулирование определяется не только «сверху», но и «снизу». На его ход и процесс влияет, причем нередко решающим образом (как это характерно для договорного права), активность участников регулируемых общественных отношений. Их правомерные действия являются индивидуальным, автономным источником юридической энергии, и сообразно этому положение субъектов характеризуется отношениями координации, приданием конститутивного юридического значения их правомерному поведению.

В отраслях права эти первичные методы, в зависимости от характера регулируемых отношений и других социальных факторов, выступают в различных вариациях, сочетаниях, хотя, как правило, и с преобладанием одного из них. В наиболее чистом виде указанные первичные методы выражаются в публичном, прежде всего в административном, праве (централизованное регулирование — метод субординации) и в частном,

прежде всего в гражданском, праве (децентрализованное регулирование — метод координации)¹.

Представляется в высшей степени важным обратить внимание на серьезное качественное различие сочетания правовых средств при централизованном и децентрализованном методах воздействия права на общественные отношения.

В первом случае (метод централизованного регулирования) это сочетание таково, что оно «крутится» вокруг позитивных обязываний со всеми присущими им особенностями. Поэтому механизм правового регулирования здесь довольно прост: его начальное звено — обязывающие юридические нормы, затем — относительные правоотношения, и наконец — реализация юридических обязанностей (когда субъективное право сводится, в сущности, к «праву требования» исполнения обязанности). В этом комплексе юридических средств, весьма близких к императивной деятельности государства, энергетическую силу механизму юридического регулирования задает не столько собственная сила права (хотя и тут есть элементы «юридического автоматизма»), сколько непосредственно государственная власть. Хотя надо заметить, что и тут, при централизованном регулировании, важнейшим звеном в материи права остается право в субъективном смысле, пусть и состоящее в одном лишь праве требования.

Иная картина при децентрализованном регулировании. Именно тут, при децентрализованном методе регулирования, вступают в действие дозволения и запреты, в том числе общие дозволения и общие запреты, их многообразные сочетания. И именно здесь возникают сложные связи между частицами правовой материи, в которой в полной мере проявляется собственная энергия права, его специфическая логика. Самое существенное, что необходимо отметить в отношении механизма правового регулирования при децентрализованном регулировании, заключается в том, что здесь центральным звеном в сложных комплексах юридических средств становится субъективное право (не сводимое к одному лишь праву требования, а имеющее свое положительное содержание, которое и должно реализоваться на завершающей стадии механизма); и плюс к тому — юридическая энергия имеет

¹ Однако и здесь, как и в иных отраслях, отраслевые методы не могут быть сведены к простейшим приемам. Представляя собой сложное, многогранное правовое явление, каждый отраслевой метод выражает особый юридический режим регулирования и состоит в специфическом комплексе приемов и средств регулирования, который существует только в конкретном нормативном материале и тесно связан с соответствующей группой общественных отношений — предметом правового регулирования.

своим источником не только государственную власть, но в не меньшей степени также «энергию», исходящую от самих субъектов. Как отмечает И.А. Покровский, «гражданское право как система юридической децентрализации по самой своей структуре покоится на предположении множества маленьких центров, автономных устройств жизни в тех областях, которые охватываются гражданским правом»¹.

7. Правовой режим. Правовое регулирование реализуется через особые комплексы юридических средств, которые нередко обозначаются в качестве «правовых режимов». Что это за категория «правовой режим» и как она связана с рассмотренными ранее явлениями, прежде всего дозволениями, запретами?

О категории «правовой режим» уже упоминалось при рассмотрении структуры права, системы его отраслей [1.2.3]. Теперь присмотримся к этому понятию более внимательно.

Уже давно научные исследования, преследовавшие цель выяснить специфику юридического регулирования определенного участка деятельности, в особенности когда эта деятельность имеет строго определенный объект, проводились под углом зрения правового режима данного объекта, вида деятельности. Когда же при изучении системы права выяснилось, что для каждой отрасли характерен свой специфический режим регулирования и в нем как раз концентрируется юридическое своеобразие отрасли, то стало очевидным, что рассматриваемое понятие выражает определяющие, узловые стороны правовой действительности.

Вполне оправданно поэтому, что в литературе предпринимались попытки и общетеоретического осмысления этой категории². Помимо всего иного, само существование явлений, обозначаемых термином «правовой режим», и их значение в правовой действительности еще раз свидетельствуют о многомерности, многогранности, объемности права как институционального образования, о том, что ключевое значение нормативности при характеристике права вовсе не предполагает его сведение к одной лишь «системе норм». Как только право рассматривается под углом зрения категории «правовые средства», и в особенности в динамике, в функционировании правовых средств, оно сразу же раскрывается новыми существенными гранями, сторонами своей институциональности, и возникает необходимость многопланового освещения правового регулирования, таких его сторон, как механизм регулирования, а теперь еще правовые режимы.

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 107.

² См.: Исаков В.Б. Правовые режимы и их совершенствование // XXVII съезд КПСС и развитие теории права. Свердловск, 1982. С. 34–39.

Правовой режим самым общим образом можно определить как порядок регулирования, который выражен в многообразном комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений и запретов (а также позитивных обязываний) и создающих особую направленность регулирования.

В рамках каждого правового режима всегда участвуют все первичные элементы правовой материи из нашей «троицы», но прежде всего элементы органической «связки» права — дозволения и запреты. Причем в каждом режиме — и это во многом определяет его специфику — один из таких элементов, дозволения или запреты, как правило, выступает в качестве доминанты, определяющей весь его облик и как раз создающей специфическую направленность, настрой в регулировании. Это лежит в основе классификации первичных юридических режимов.

Правовой режим можно рассматривать как своего рода укрупненный блок в общем арсенале правового инструментария, соединяющий в единую конструкцию определенный комплекс правовых средств. И с этой точки зрения эффективное использование правовых средств при решении тех или иных специальных задач в значительной степени состоит в том, чтобы выбрать оптимальный для решения соответствующей задачи правовой режим, искусно отработать его сообразно специфике этой задачи и содержанию регулируемых отношений.

Вопрос о правовых режимах (за исключением вопроса о режимах отраслей) возникает, как правило, в отношении не всех звеньев правового регулирования, а главным образом в отношении субъективных прав. Обратим внимание на то, что этот момент был отмечен и в отношении права в целом как нормативного институционального образования, а также общих дозволений и общих запретов. Правда, сама характеристика правовых режимов нередко дается применительно к определенным объектам, но «режим объекта» — лишь сокращенное словесное обозначение порядка регулирования, выраженного в характере и объеме прав по отношению к объекту (тем или иным природным объектам, видам государственного имущества и т.д.).

Применительно к каждому юридическому режиму можно с достаточной четкостью определить, что лежит в его основе — запрет или дозволение (из этого положения есть исключения, связанные с многогранным характером некоторых общественных отношений, а также с недостаточной отработкой в законодательстве самого порядка регулирования).

Если подробнее рассмотреть в этой связи дозволения и запреты, то окажется, что фундамент соответствующих режимов составляют не просто дозволения и запреты, а общие дозволения и общие запре-

ты, а еще точнее — базирующиеся на них типы правового регулирования (подробнее см. § 2 настоящей главы). И, соответственно, самым общим образом правовые режимы, наряду с выделением режимов обязывающего профиля (относящихся главным образом к проблематике государственного управления), могут быть подразделены на *общедозволительные* и *разрешительные*.

Почему именно «общие»? Да потому, что они находятся у самых юридических истоков соответствующего комплекса правовых средств, являются как бы их стержнем, с юридической точки зрения определяют их. А такую функцию могут выполнять только общие дозволения и общие запреты, которые, выражаясь в правовом материале и «образная» иными правовыми средствами, в том числе ограничивающими условиями и исключениями, выступают в виде соответствующих типов правового регулирования.

Вместе с тем нужно иметь в виду, что каждый правовой режим есть именно *режим*. Здесь следует учитывать, что он насыщен многообразными правовыми средствами (поэтому даже в отмеченных ранее случаях он не сводится к типам регулирования), а главное, следует принимать во внимание основные смысловые оттенки слова «режим», в том числе и то, что правовой режим выражает степень жесткости юридического регулирования, его дозволительную или запретительную направленность, наличие известных ограничений или льгот, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности.

Именно поэтому при рассмотрении правовых вопросов мы обычно говорим, например, о жестких или льготных правовых режимах. И хотя ориентация при рассмотрении правовых вопросов на дозволительные начала, на права и активность субъектов, быть может, не всегда согласуется с указанными смысловыми оттенками понятия правового режима, последние все же необходимо учитывать, ибо именно они в основном свидетельствуют об особой направленности, о климате, настрое в регулировании и дают реалистическую картину данного участка правовой действительности, к тому же весьма важную для обеспечения высокой организованности, дисциплины и ответственности в обществе¹.

¹ Думается, представляет интерес трактовка правовых режимов со специально-юридической стороны.

Правовой режим — глубокое, содержательное правовое явление, связывающее воедино целостный комплекс правовых средств в соответствии со способами правового регулирования, его типами. Бережно относясь к понятию, выражающему это явление, не допуская его размывания, мы можем говорить, правда, в несколько ином ракурсе, о режимах технико-юридического порядка, построенных на некоторых своеобразных юридических приемах. Речь идет о том, что может быть названо режимом исключе-

8. Предмет правового регулирования. Существенное значение для понимания правового регулирования имеет его предмет, а под более широким углом зрения – среда, в которой (и под влиянием особенностей которой) право воздействует на общественные отношения.

Предметом правового регулирования являются разнообразные общественные отношения, которые объективно, по своей природе могут поддаваться нормативно-организационному воздействию и в существующих условиях требуют такого воздействия, осуществляемого при помощи юридических норм и всех иных юридических средств, образующих механизм правового регулирования.

В качестве непосредственного предмета правового регулирования выступает волевое поведение участников общественных отношений, поведение, через которое только и можно осуществлять стимулирование или принуждение.

ния. Этот технико-юридический режим, обладающий своего рода сквозным значением (т.е. действующий во многих других правовых явлениях), образует неотъемлемую часть и общедозволительного порядка, и разрешительного порядка. Именно он обеспечивает высокий уровень нормативности и вместе с тем возможность учета своеобразных жизненных ситуаций. Его компонентами являются, во-первых, общее правило («все») и, во-вторых, исключения из него, чаще всего перечень исключений, который в законодательстве нередко формулируется в качестве исчерпывающего.

Изучение технико-юридической стороны содержания права свидетельствует, что режим исключения имеет, быть может, более широкое значение, не ограничивающееся двумя типами правового регулирования, рассматриваемыми в настоящей главе. В ряде случаев законодатель, включив в нормативный акт широкое нормативное обобщение, затем делает из него изъятия. Эти изъятия тоже могут носить характер нормативных обобщений, и потому из них в свою очередь могут быть сделаны изъятия, т.е. «исключения из исключений». Собственно говоря, из таких технико-юридических приемов, как свидетельствует история права, и выросли два главных типа регулирования.

Технико-юридический прием исключения потому, надо полагать, можно рассматривать в качестве режима, что он, как и всякий правовой режим, создает известный климат, настрой в регулировании. Он и вводится законодателем как изъятие из общего порядка. А значит, исключения не могут предполагаться, они всегда должны быть точно указаны в нормативных актах. Об этом говорят многочисленные данные судебной и иной юридической практики: нередко ошибки при решении юридических дел допускаются потому, что не учитываются не только особенности типов правового регулирования, но и в связи с этим своеобразие режима исключений.

Помимо иных моментов, режимом исключений и в то же время технико-юридическим приемом, играющим, по всей видимости, более важную и юридически самостоятельную роль, чем это принято считать, является категория «исчерпывающий перечень». Думается, эта категория имеет большую теоретическую и практическую значимость. Путем установления исчерпывающего перечня оказывается возможным достигнуть весьма большой степени точности в регулировании общественных отношений, очертить строгие рамки (в частности, ввести в такие рамки властные функции государственных органов, должностных лиц), исключить неопределенность в регулировании.

Право при этом способно воздействовать на различные уровни поведения людей и их коллективов. Можно выделить следующие три уровня поведения: 1) действия; 2) операции; 3) деятельность (причем с каждым из этих уровней поведения в принципе, как правило, сопряжен соответствующий уровень структуры права¹).

Среда правового регулирования – более широкое понятие, оно охватывает и регулируемые правом волевые общественные отношения, и иные общественные связи, входящие в его орбиту, сопровождающие и «окутывающие» его, и само правовое регулирование, а главное – особенности этих отношений, связей, существенно влияющих на своеобразие средств юридического воздействия, на их комплексы и построение.

Здесь, при характеристике среды правового регулирования, может быть выявлен ряд плоскостей, срезов социальной действительности. Наиболее важное значение имеют три основные характеристики:

а) качество «энергетического поля» регулирования;

б) степень активности социального поведения на том или ином участке жизни общества;

в) уровень напряженности, интенсивности правового регулирования.

Рассмотрим эти три характеристики, относящиеся к предмету, точнее – среде, в которой осуществляется правовое регулирование, действует его механизм.

9. «Энергетическое поле» регулирования. Это то общее состояние социальной среды, которое может быть охарактеризовано либо как «поле активности», либо как «поле сдерживания», либо как сочетание того и другого.

Имеется в виду состояние социальной среды, которое в силу состояния данной социальной системы, требований социальной жизни, существующих потребностей и интересов направляет, ориентирует поведение людей на активность, на совершение тех или иных поступков, на деятельность определенного вида либо на то, чтобы проявлять пассивность, не совершать определенные действия.

Очевидно, например, что одно из наиболее существенных качественных различий между рыночной экономикой и социалистическим плановым хозяйством состоит как раз в том, что первая образует постоянное «поле активности» для хозяйствующих субъектов, а второе

¹ Л.Б. Алексеевой на материале уголовно-процессуального права уже давно установлена такая зависимость: процессуальные операции во многих «случаях – предмет регулирования отдельных норм, процессуальные действия – их совокупностей, деятельность – всей системы процессуальных норм» (см.: *Алексеева Л.Б.* Теоретические вопросы системы уголовно-процессуального права. М., 1975. С. 5).

ориентирует по большей части на то, чтобы ограничивать свою активность рамками команды, к тому же нередко формально выполняемой. В последующем мы увидим, что от качества социальной среды, особенностей «поля», его энергетической направленности во многом зависит построение правового регулирования, действенность используемых в ходе юридического воздействия систем регулирования (в частности, систем «обязанность — ответственность» или «права — гарантии»).

10. Степень активности социального поведения на том или ином участке жизни общества. *Это частота, повторяемость поведения, его массовидность.*

В свое время в юридической науке был высказан взгляд, в соответствии с которым характеристика юридической нормы наряду с юридическими признаками должна быть увязана с пониманием ее как типичного, массовидного процесса фактической жизнедеятельности¹. Этот взгляд не получил должной оценки в литературе. Быть может, дезориентирующую роль сыграли здесь господствовавшая в нашей науке тенденция рассматривать правовые вопросы главным образом сквозь призму позитивных обязанностей, опасения, связанные с возможностью утраты в научных исследованиях специфически правовых черт. Приведенное положение действительно не имеет общего значения: оно едва ли распространимо на позитивные обязывания.

Но применительно к главному пласту правовой материи (основной «связке», выражающей природу права) — к дозволениям и запретам — оно содержит немалый конструктивный теоретический потенциал, позволяет под новым углом зрения охарактеризовать эти важнейшие правовые явления. Так, изучение нормативных положений, закрепляющих запреты, и в еще большей степени обстоятельств, послуживших для их установления, свидетельствует о том, что введение юридических запретов оказывается необходимым в случаях, когда в социальной действительности существуют (реально или в виде возможности) факты нарушений пределов дозволенного, в связи с чем возникает опасность для общества и требуется обеспечить при помощи юридического запрета типичные, массовидные процессы жизнедеятельности.

Отсюда следует вывод, что юридический запрет — это не чисто правовое явление. По самой своей субстанции он имеет черты социально-правового феномена, несущего на себе отпечаток конфликтных,

¹ См.: Кудрявцев В.Н. Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 14.

аномальных и в то же время массовидно-социальных ситуаций, отношений и, следовательно, степени активности социального поведения.

11. Уровень напряженности, интенсивности правового регулирования.

Правовое регулирование имеет особенности, связанные не только с тем, к какой отрасли права оно относится, выражаются ли в нем централизованные или децентрализованные начала, каково состояние социальной среды, массовидного поведения и т.д., но и с тем, охватываются ли правом данные отношения, а если да, то какова его детализированность, императивность, жесткость, насыщенность. А это относится к одной из существенных особенностей права, характеризующей своеобразие заложенных в нем импульсов долженствования, — напряженности, а отсюда — уровню интенсивности регулирования. В соответствии с таким признаком в общественных отношениях могут быть выделены зоны интенсивного и неинтенсивного правового регулирования.

В зонах неинтенсивного правового регулирования необходимо выделить два качественно различных случая:

а) случай существования таких участков общественной жизни, которые требуют правового регулирования, которые реально, фактически еще не урегулированы или недостаточно урегулированы в правовом порядке;

б) случай, когда общественные отношения таковы, что они и не нуждаются в интенсивном правовом регулировании (что характерно для сугубо личных, семейных отношений, где, по меткому выражению одного из отечественных правоведов, закон нередко скромно молчит).

Чрезмерно интенсивное или недостаточно интенсивное правовое регулирование может наступить в силу субъективных причин, прежде всего в силу излишней или, напротив, недостаточной законодательной деятельности компетентных органов, ошибочных в этой области решений. Но в то же время надо учитывать, что степень интенсивности правового регулирования решающим образом зависит от его предмета, других факторов. Есть общественные отношения, которые нуждаются в правовом регулировании, но в «мягком», преимущественно диспозитивном (это присуще правовому опосредствованию отношений в гражданско-правовых сделках). Существуют и такие сферы жизни (например, те, которые относятся к борьбе с преступностью, в том числе к необходимости обеспечения прав людей в процессе правоохранительной деятельности), где правовое регулирование по самой своей природе не может не быть напряженным, интенсивным.

И вот решение ряда вопросов, не только такого общего порядка (и это было уже показано ранее), как социальная сила субъективных прав, но

и более конкретизированных, например о соотношении юридических дозволений и юридических запретов, в значительной мере зависит от того, какая перед нами зона: зона интенсивного или же неинтенсивного юридического регулирования.

В зонах интенсивного юридического регулирования, где существует детальное, без явных, во всяком случае, значительных «пустот» правовое опосредствование поведения всех участников общественных отношений, и тем более там, где в этом регулировании преобладают императивные элементы, — не только четко, рельефно выделяются конкретные субъективные права, обретая существенный смысл, но и юридические дозволения и запреты в большей степени приближены, плотно «прижаты» друг к другу. Вот почему здесь, например, предоставление лицу известной меры дозволенного поведения (субъективного права) в принципе может происходить за счет сужения юридических запретов. Следовательно, в этих зонах действует принцип обратного, «зеркального» отражения — отсутствие запрета с большой долей вероятности свидетельствует о наличии по данному вопросу юридического дозволения (хотя оно и тут нуждается в прямой нормативной регламентации).

Во всяком случае, две, ранее не раз упомянутые формулы, определяющие, как мы увидим, два основных типа регулирования («дозволено все, кроме...» и «запрещено все, кроме...»), построены как раз на том, что запреты и дозволения находятся в среде, где нет «пустот», а отсюда дозволения и запреты плотно «прижаты» друг к другу.

Иная ситуация в зонах, где такого интенсивного юридического регулирования нет, где, стало быть, существует юридически «разряженное» пространство. Тут не только вовсе не обязательно обособление конкретных субъективных прав (нередко достаточно общих юридических дозволений), но и сами юридические дозволения и юридические запреты разъединены, отдалены друг от друга, их регламентация пока (или постоянно) происходит обособленно. В таких зонах отсутствие, например, юридического запрета совсем еще не говорит о том, что по данному вопросу существует юридическое дозволение. Здесь наряду с запретами и дозволениями по тем или иным вопросам существуют «пустоты», разряженное пространство — то, что может быть названо н е у р е г у л и р о в а н н о с т ь ю.

Подобных участков социальной жизни, которые характеризуются такого рода «неурегулированностью», множество в обществах, в которых идут процессы становления юридической системы (что, да еще с крайней противоречивостью общественного развития, характерно как раз для российского общества с 1990-х гг.).

И вот тут, помимо всего иного, важно иметь в виду, что основные упомянутые выше типы правового регулирования в достаточной степени еще не работают. Вот почему раздающиеся в современном российском обществе резкие возражения против формулы, являющейся своего рода символом демократического развития, «дозволено все, кроме запрещенного законом» во многом справедливы. И не только потому, что эта формула приобретает реальное юридическое значение в юридически «насыщенной» среде, когда определена сфера ее действия — для граждан — и необходимый круг запретов уже получил надлежащее юридическое закрепление, но и в этой связи потому, что в подобной обстановке положение «дозволено все» (при отсутствии достаточно полно отрегулированного «кроме») действительно открывает безграничный простор для вовсе неконтролируемого поведения. В то же время признание указанной формулы в качестве общего принципа, лозунга и идеала в обществе, объявившем о том, что оно встало на путь демократического развития, является показателем («лакмусовой бумажкой») реальности движения по этому пути.

§ 2. Типы и другие структуры правового регулирования

1. Типы правового регулирования. Глубинные элементы механизма правового регулирования, в особенности взятые в единстве «дозволения и запреты», дают возможность увидеть два основных типа регулирования — общедозволительный и разрешительный.

Давно в юридической литературе, да и вообще в юридическом обиходе получили распространение две формулы (по ряду вопросов уже указанные в предшествующем изложении): п е р в а я — «дозволено все, кроме запрещенного законом»; в т о р а я — «запрещено все, кроме дозволенного законом».

Воспринимаемые порой как своего рода словесные юридические построения, обладающие оттенком некоторой экстравагантности, эти формулы стали привлекать все большее внимание науки (и не только науки), так как оказалось, что они не только иллюстрируют факт существования глубинных элементов механизма правового регулирования, но и несут немалую смысловую нагрузку, связаны с пониманием научных и практически значимых проблем общественной жизни. Поэтому-то и в этой книге по ряду рассмотренных ранее проблем к этим двум формулам и соответствующим типам регулирования пришлось уже обращаться.

Если же присмотреться к указанным формулам под углом зрения первичных и вместе с тем глубинных элементов правовой материи (нашей «троицы»), и прежде всего соотношения дозволений и запретов, то обнаруживается немалый теоретический потенциал содержащихся в них положений: становится ясным, что четкость, зримая диалектичность приведенных формул вовсе не некие искусные словесные построения, а выражение глубинных закономерностей права, его логики, относящейся в первую очередь к дозволениям и запретам общего характера.

Теперь, после того как в предшествующем разделе главы освещены общие дозволения и общие запреты и отмечен ряд моментов, характеризующих их значение в праве и в правовом регулировании, есть достаточные данные для того, чтобы раскрыть юридическое существо тех явлений, которые отражены в приведенных формулах.

С точки зрения субстанции права перед нами две пары крепко сцепленных дозволений и запретов, одна из которых возглавляется общим дозволением, а другая — общим запретом.

Первая из этих пар — это тип общедозволяющего регулирования. Простейший пример — общее право всех субъектов иметь в собственности имущество и свободно распоряжаться им, за исключением случаев, указанных в законе.

Вторая пара — иной тип, который имеет характер разрешительного регулирования. Простейший пример — общий запрет, скажем, в обладании и свободном распоряжении оружием, наркотическими средствами, когда их обладание и использование допускается в виде исключения в разрешительном порядке.

Именно то, что в каждой из упомянутых пар есть общее (либо дозволение, либо запрет) и вместе с тем исключения или изъятия, очерчивающие рамки общего, и показывает их роль в праве. Здесь дается ответ на один из коренных с юридической точки зрения вопросов: на что нацелено регулирование — на предоставление общего дозволения или же на введение общего запрета в поведении субъектов общественных отношений, причем так, что это общее очерчивается соответственно либо конкретными запретами, либо конкретными дозволениями (в различных вариантах и модификациях того или другого). Это позволяет увидеть, как и в каком сочетании глубинные элементы структуры права — дозволения и запреты — работают на его специфику, на осуществление через механизм юридического регулирования социальной свободы, порядка и ответственности.

Знаменательно, что здесь обнаруживаются весьма четкие закономерности. Если перед нами общий запрет, то ему корреспондируют

только конкретные дозволения (разрешительное регулирование). И наоборот, если законодатель установил общее дозволение, то ему по логике существующих здесь связей — юридической логике! — должны соответствовать только конкретные запреты (общедозволительное регулирование). Да и вообще общие дозволения и общие запреты, как мы видели, потому только и выделяются из общей массы аналогичных явлений, что они имеют «другую сторону» — соответственно конкретные запреты и конкретные дозволения, и, следовательно, они изначально конституируются в указанных соотношениях общего и конкретного.

Предпосылки рассматриваемых типов правового регулирования связаны с глубинными основами правового регулирования. Если общедозволительный порядок непосредственно связан с социальной свободой, то при демократическом режиме в обществе разрешительный тип правового регулирования, решающим компонентом которого являются общие запреты, ближайшим образом соотносится с необходимостью высокой упорядоченности общественных отношений, организованности общественной жизни и вытекающей отсюда социальной ответственности. Когда лица строят свое поведение в соответствии с началом «только это», то, поскольку такой порядок не служит выражением тиранической власти (тоталитарной или авторитарной, когда решаются задачи тиранического характера), достигается положительный эффект — определенность и четкость в поведении, строгое следование тем его вариантам, которые предусмотрены в юридических нормах, индивидуальных правовых актах.

Значение разрешительного порядка, помимо прочего, заключается в том, что он может служить — притом в условиях последовательно демократического, истинно либерального режима политической власти — оптимальным способом упорядочения деятельности государственных органов, должностных лиц, обеспечивающим введение властных функций в строгие рамки и существенно ограничивающим возможности произвольных действий. И именно непременность такого порядка для учреждений власти и должностных лиц (и одновременно утверждение общедозволительных начал для граждан) является исходным постулатом и важнейшим принципом демократической организации общества.

Рассматриваемый тип регулирования является не просто доминирующим, а, в сущности, единственным в области юридической ответственности демократического общества. Последовательное проведение требований строжайшей законности предполагает такое построение юридической ответственности, при котором она в отношении правомочий компетентных органов имеет строго разрешительный характер

и потому подчинена началу «только это», или в иной формулировке — «не допускается иначе, как».

2. Структуры (модели) правового регулирования. Теперь — вопрос, который является если не центральным, то в какой-то мере итоговым, в немалой степени проблемой «на перспективу» в данной части книги. Это вопрос о моделях правового регулирования.

Сразу же оговорюсь — здесь термин «модель» используется не только в связи с отсутствием другого, находящегося в одном ряду с термином «тип регулирования» (ведь и в данном случае имеется в виду одна из разновидностей динамических структур), но и потому, что перед нами — структуры, которые связаны с сознательной деятельностью людей, их выбором одного из возможных вариантов (моделей), целенаправленным построением цепи правовых средств сообразно данной модели. По сути дела, мы здесь встречаемся с юридической конструкцией высшего порядка (конструкцией, которая также была определена через понятие «модель» — П.7.4).

Модели правового регулирования во многом сопряжены с задачами, которые представляются людям (государству, законодателям, гражданам) в отношении данного участка жизни общества. Характером задачи, ее содержанием предопределяются и особенности правовых средств, при помощи которых она решается. Речь здесь идет о том, что законодатель заранее, с расчетом на будущее призван вырабатывать и закреплять в законе надлежащие юридические средства (особые формы, комплексы средств, юридические режимы), предназначенные для использования в любом случае, когда возникает соответствующая потребность.

Здесь следует различать две модели правового регулирования.

П е р в а я модель — *дозволительное или диспозитивное построение правового материала*, суть которого — в предоставлении лицу возможности самому, своей волей определять свое поведение, что открывает простор для действий лица по своему усмотрению, «по произволу» в позитивном значении этого выражения. Модель, логическая схема построения правового материала в этом случае сводится к двум элементам: субъективное *право* + *юридические гарантии*.

Такого рода юридические гарантии состоят как в возложении на известных лиц определенных обязанностей (допустим, в отношении права собственности — обязанности всех субъектов не совершать никаких действий, нарушающих или ущемляющих право собственника, управомоченного лица), так и в сумме обеспечительных средств, стоящих на страже права лица (в данном примере — требований или «исков», направленных на возврат владельцу объекта собственности, прекращение

действий по ущемлению права и др., и стоящих «за их спиной» судебных, правоохранительных учреждений, их актов и действий, мощи принудительного государственного воздействия). Словом, вслед за указанными двумя элементами выстраивается цепочка юридических средств — других обязанностей и прав, правовых актов, практических действий, призванных обеспечить реальность субъективного права, практическую возможность его реализации. Замечу, что именно многообразии указанных прав, обязанностей, требований, актов и всех других элементов правовой материи, связанных с правовым регулированием, и делает возможным и даже необходимым обозначать их в суммарном виде в качестве «правового материала» — материала, который с большим или меньшим успехом использует законодатель, юрист-практик.

В т о р а я модель — *обязывающее, императивное построение правового материала*. Его суть — в обеспечении организованности, строгого порядка в жизни общества, во взаимоотношениях людей, в обеспечении необходимой общественной дисциплины. И потому исходным пунктом в цепи правовых средств является здесь юридическая обязанность, а двумя главными элементами рассматриваемой модели являются: *правовая обязанность + юридическая ответственность*. За «спиной» же второго из указанных элементов и в данном случае выстраивается цепочка разнообразных средств регулирования, складывающихся, как и в первой модели, из прав, обязанностей, гарантий, правовых актов, действий и др.

Две модели построения правового материала затрагивают само юридическое существо правового регулирования, имеют универсальное значение для всех отраслей права и должны приниматься во внимание в любом случае законодательной и юридико-практической работы¹.

¹ Рассмотренные ранее типы правового регулирования (общедозволительный и разрешительный) могут быть интерпретированы с теоретической стороны в качестве *особых разновидностей* дозволительной и обязывающей моделей. Так, своеобразие общедозволительного типа заключается в том, что лицо имеет не просто субъективное право, а *общее* право (вспомним в качестве примера право иметь в собственности имущество и свободно распоряжаться им), когда носитель права не связан строгими рамками в своих возможностях — ему в принципе дозволено «все» по его свободному усмотрению. Хотя и тут возможности лица, понятно, не беспредельны, и тут в соответствии со спецификой права имеются известные границы, характеризующие условия обладания правом и определенный круг исключений, изъятий. Таким образом, сообразно этому типу правового регулирования, первый элемент рассматриваемой модели построения правового материала в свою очередь имеет двучленную структуру — он состоит из общего права + конкретные запреты, являющиеся исключениями, изъятиями из общего права.

В качестве особой разновидности обязывающей модели, синхронно в зеркальном соотношении перекликающейся с общедозволительным регулированием, может быть охарактеризован разрешительный тип. В понимании этого типа регулирования и в ре-

3. Модели построения правового материала и «энергетическое поле» правового регулирования. При рассмотрении двух моделей построения правового материала представляется в высшей степени существенным соотнести их характеристику с «энергетическим полем» регулирования, от которого зависит действенность правовых средств, их комплексов.

Это «энергетическое поле» (поле активности или поле сдерживания) обусловлено существующими объективными потребностями, интересами. Наиболее важно, чтобы задачи, во имя осуществления которых строится правовое регулирование, были задачами-интересами конкретных лиц, носителей субъективных прав и обязанностей. Когда задача выступает в качестве задачи-интереса, то это означает, что интерес в качестве мощного фактора как бы сопровождает деятельность по реализации задачи, поддерживая и стимулируя эту деятельность, создает энергию активности, которая все время на протяжении всего пути до достижения результата будет получать своего рода подкрепление, выраженное в интересе, в заинтересованности субъектов деятельности¹.

Если интересы, выражаемые в задачах, являются главным исходным пунктом и ориентиром для выработки и последующего применения правовых средств (т.е. являются задачами-интересами), то здесь перед нами все же только исходный пункт. Действие же неправовых экономических и иных определяющих регулирующих факторов, проявляющихся через интересы, реализуется не только через такого рода исходный пункт, но и дальше, во всем процессе достижения поставленной задачи. Значит, процесс осуществления задач до наступления запрограммированного результата все время находится в «энергетическом поле» разнообразных интересов, идущих и от задачи, и от всей совокупности регулирующих факторов, потребностей.

Возьмем в качестве примера проблему использования в экономике научных открытий и изобретений.

шени вопросов практического порядка важно сосредоточить внимание не столько на его исходном пункте (тем более, что общие запреты сами по себе не могут быть основанием юридической ответственности), сколько на исключениях, изъятиях из «общего», — на тех правах, которые предоставляются лицам в разрешительном порядке. Ибо это тоже субъективные права, но изначально всегда строго определенные по содержанию и объектам, а вследствие этого отличающиеся существенными юридическими чертами, теоретически и в практическом отношении немаловажными.

¹ В литературе высказано следующее справедливое мнение: «Можно предположить, что интенсивность правового воздействия и правового регулирования является производной от массы интересов, получивших свое правовое опосредствование, и отражает ее рост и обогащение структуры интересов» (*Шайкенов Н.А.* Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. С. 87).

Допустим, в данном обществе (пока не будем обозначать – каком обществе) поставлена задача максимального использования в экономической жизни достижений технического прогресса. И теперь посмотрим, что же происходит дальше, в процессе осуществления данной задачи, на пути достижения желанного, запрограммированного результата.

По данному вопросу нужны прежде всего некоторые уточнения, которые как раз касаются одной из сторон предмета (среды) правового регулирования – «энергетического поля», в пределах которого действует право. В зависимости от характера и содержания всей суммы разнообразных интересов участников общественных отношений это «энергетическое поле» может быть, так сказать, со знаком «минус» (отрицательное поле, поле сдерживания), когда многие интересы и потребности субъектов в ходе осуществления данной задачи противостоят или не согласуются с ней или, во всяком случае, не создают благоприятных предпосылок для ее реализации. Но «энергетическое поле» может быть и со знаком «плюс» (положительное поле, поле активности), когда решаемая задача соответствует определенным интересам и последние создают благоприятные условия для ее реализации, способствуют ее достижению. (Отмечая эти два случая, надо иметь в виду, что тут могут быть и случаи промежуточные, менее четко выраженные, а то и сочетающие оба варианта в различных комбинациях.)

Действие упомянутых ранее моделей юридического регулирования, их эффективность, надежность, оправданность в значительной мере зависят от того, какое в данном случае «энергетическое поле» – отрицательное или положительное, поле сдерживания или поле активности.

И вот с какой парадоксальной ситуацией мы здесь встречаемся.

На первый взгляд эффективность, надежность правовых средств обязывающей системы («обязанность + ответственность») весьма высоки. С помощью этих средств можно точно обозначить объем, сроки, характеристики результата и энергично добиваться эффекта. Но когда эта система функционирует в «отрицательном поле» (а некоторую отрицательную среду она создает и сама по себе: люди не очень-то склонны подчиняться обязательным требованиям, когда кто-то думает и решает за них), то цепочка правовых средств, идущая от задачи к результату, все время находится под давлением разнообразных, во многих случаях негативных интересов, настроений пассивности, склонности избежать трудностей и т.д., которые то и дело могут вклиниваться в эту цепочку, усложнять ее, а порой и лишают силы.

Это нередко становится импульсом к тому, чтобы наращивать принудительное воздействие, ужесточать принудительный юридический

инструментарий. Но, увы, и тогда процесс, который с помощью мощных обязывающих юридических средств, как казалось, должен был бы привести к наступлению запрограммированного результата, прерывается, и ожидаемый результат не наступает.

Так и случилось в советском обществе, в централизованном, плановом хозяйстве, когда ставилась задача максимального использования в экономической жизни тех научных открытий, изобретений, которые дают обществу наука, изобретательская мысль. И тут с учетом необходимости скорейшего достижения желанного результата будто бы и нет вопроса о том, какая система юридических средств в данном случае может быть признана наиболее эффективной. Казалось бы, обязывающая система — система строгих юридических обязанностей, подкрепляемая достаточно жесткой ответственностью. На первый взгляд может показаться вполне оправданным установление порядка, в соответствии с которым директора предприятий обязывались бы в предельно короткие сроки, притом под угрозой ответственности, максимально использовать в производстве все поступившие в распоряжение предприятий изобретения, научные открытия. На этом в общем-то и построен в плановой социалистической экономике юридический порядок регулирования в данной области.

Такого рода порядок, продемонстрировавший потрясающие успехи в решении краткосрочных целей в военно-мобилизационном режиме, под прессом жесточайших репрессий и фанатизма (в оборонной промышленности, в решении проблем атомной промышленности, космической техники, в особенности в критической обстановке войны) показал свою полную неэффективность в мирной экономической жизни, несмотря на то что вышестоящие государственные органы упорно стремились провести указанный, строго обязывающий, порядок в жизнь. Почему? Да потому как раз, что предприятиям обычно невыгодно отказываться от уже привычного производства, налаживать новое, идти на риск, иметь дело с беспокойными изобретателями. Словом, действующий специфический хозяйственный интерес (и вовсе не обязательно такой, который имеет черты «местничества», «узкого эгоизма») постоянно блокирует кажущуюся четкой систему обязывающих правовых средств, прерывает ее, преграждает ей путь к ожидаемым результатам. Вот и приходилось на практике ужесточать государственно-принудительные меры, всякого рода санкции. И значит, «во имя дела» заходя идти на многие отрицательные последствия в жизни общества. Впрочем, опять-таки вновь без сколько-нибудь существенных положительных результатов в достижении главной, исходной задачи.

Но вот (кроме обязывающей) другая модель построения правовых средств — диспозитивная, дозволительная, основанная на субъективных правах и гарантиях. Та модель, которая, на первый взгляд, не представляет собой достаточно надежного социального инструмента. Ведь право лишь дает возможность действовать в определенном направлении, обеспечивает простор для этого, гарантирует его. Но воспользуются ли субъекты такого рода возможностью, будут ли последовательны в своем поведении, добьются ли они ожидаемого результата — все это остается за пределами юридической области, и если рассматривать только данный участок складывающихся отношений (систему «право + гарантия»), то совершенно неясна результативность действия права, не говоря уже о полной неопределенности в отношении сроков, объема ожидаемой деятельности, точных характеристик результата.

Между тем сама постановка вопроса по поводу указанной неопределенности свидетельствует о том, что здесь имеется в виду функционирование системы «право + гарантия» в условиях рассмотренного ранее «отрицательного поля», характерного, как мы видели, для плановой, командно-административной экономики.

Однако по своей природе диспозитивная система («право + гарантия») рассчитана на «положительное поле», т.е. на такую фактическую ситуацию, где действуют задачи-интересы и где, следовательно, к решению задачи подключается деятельный интерес участников общественных отношений («исполнителей»). И правовые средства данной группы («право + гарантия»), рассчитанные именно на такую атмосферу, на такое «положительное поле», обеспечивают тем самым высокую степень результативности. А это означает, что поставленная задача будет решаться «сама» и ожидаемый результат будет достигнут с большей степенью вероятности, нежели при обязывающей системе, основанной на обязанностях и мерах принуждения (обязанность + ответственность).

Вот и выход из сложившейся в прошлом в плановой экономике ситуации. Выход, стало быть, один: применить дозволительную (диспозитивную) систему юридических средств, построенных на субъективных правах и их гарантиях.

В современных условиях России такая «смена вех» идет, к сожалению, с трудом: пока в российской экономике еще не сложилось, во всяком случае в качестве постоянного, универсального и устойчивого фактора, «положительное поле», в котором только и может работать дозволительная система юридических средств, т.е. еще нет общей, устойчивой, свободно реализуемой заинтересованности организаций в использовании изобретений, технических новшеств. И такое «поло-

жительное поле» не сложилось в результате так и не преодоленного наследия прошлого, тотальной бедности, сохранившихся порядков государственного всевластия и вытекающей отсюда противоречивости реформ, когда вместо свободной конкурентной рыночной экономики доминирующее значение приобрел строй прогосударственного номенклатурно-кланового капитализма.

Вместе с тем на тех участках современной российской экономики, где преимущественно на основе инициативного малого и среднего предпринимательства тенденции свободного конкурентного хозяйствования начали пробивать себе путь, весьма заметны симптомы создания и упрочения указанного «поля», можно наблюдать обнадеживающие факты интенсивного, нарастающего использования передовых научных открытий, новейшей техники (когда к тому же инвестиции, притом во многом «собственные», — эффективное использование в производстве).

Примечательно, что эффективность (или неэффективность) указанных двух правовых систем — обязывающей и дозволительной — является надежным показателем успеха (или неуспеха) экономико-социальных преобразований, в частности того, насколько жизнь людей начинают определять естественные жизненные интересы.

Тот факт, например, что до сих пор, несмотря на ширококвещательные победные реляции, инвестирование из доходов хозяйствующих субъектов не основывается на системе «право + гарантии» (и все громче раздаются голоса о необходимости более энергичного использования в этой области жестких государственных мер), — верный показатель того, насколько пока еще скромны результаты экономических реформ в России.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ ПРОБЛЕМЫ ЛОГИКИ ПРАВА

§ 1. Логика права в статике и в динамике

1. Логика права — логика особого порядка. Как свидетельствует разработка общетеоретических проблем, стоит только выйти за пределы догматического освещения права и попытаться увидеть весь спектр «атомов» права как таковых, т.е. в качестве правовых средств, в их разнообразии и в единстве (притом и в их «статике», и в «динамике»), так сразу же дают о себе знать существенные, масштабные, а не в виде отдельных случаев, проявления логики права. То есть существенные характеристики той стороны характерных для правовых средств связей

и соотношений, которая является выражением специфических закономерностей права, отличающихся жесткой последовательностью, своего рода заданной направленностью на результаты известного порядка, к которым они неуклонно ведут (что и дает провести грань между понятиями «закономерности права» и «логика права»).

Вместе с тем здесь нужно с предельной строгостью отметить и другое. Логика права не тождественна ни формальной, математической, алгебраической логике, ни диалектической, ни какой-либо другой (хотя со всеми ими совместима и не может быть им противопоставлена). Это о с о б а я, именно юридическая логика, что, помимо всего иного, и делает право в высшей степени своеобразной, уникальной областью социальной действительности.

Ранее уже говорилось о том, что эта особая юридическая логика проявляется уже на уровне догмы права. К примерам, которые были приведены при постановке этой проблемы, можно добавить и другие, из числа простейших данных юридической догматики. Вот перед нами логическая связь между правоотношениями и юридическими нормами. При наличии определенных жизненных обстоятельств, предусмотренных в законе (юридических фактов), из юридических норм с неизбежностью логически «следует», что известные субъекты становятся носителями субъективных юридических прав и обязанностей. Такого рода связь в общем плане можно подвести под разряд причинных связей, связи между причиной и следствием. Тем не менее и под таким углом зрения она уникальна, характерна только для права. Ибо кроме права, заложенных в нем механизмов, нет в окружающем нас мире ничего, что в данном случае с неизбежностью привело бы при наличии указанной «причины» (общего правила + предусмотренного им жизненного факта) к наступлению указанного «следствия» – возникновению у определенных лиц юридических прав и обязанностей.

А что представляет собой вообще связь между субъективным правом и юридической обязанностью, которая в юриспруденции обозначается в качестве «правоотношения»? Подобная связь между юридической возможностью в виде правомочия требования, с одной стороны, а с другой – обязанности к определенному поведению вообще не может быть подведена под разряд известных связей, которые имеют «просто» формально-логический характер. Кроме опять-таки тех, которые характерны для сферы права.

Вместе с тем в области юридической догматики, подвластной в целом формальной логике, такого рода случаи последовательных связей и соотношений могут быть охарактеризованы всего лишь в качестве

отдельных «проявлений», прорывов сквозь «формально-логическую» ткань, не более того. Непосредственно же, в полном виде, масштабно и притом в наиболее значимых (и юридически, и социально) сторонах логика права, характеризующая самую суть теории права более высокого уровня, раскрывается на более широкой основе — на базе всего комплекса правовых средств, рассматриваемых как таковые, в их собственной плоти, вне императивной привязки к их главной (но не всеобъемлющей) разновидности — юридическим нормам.

2. Общее, универсальное значение логики права. Если позитивное право в соответствии со своей природой и практическим назначением является царством формальной логики, а аналитическая юриспруденция в этой связи — математикой в области права, то особая логика права — это его, права, технология.

Правда, такая особая, юридическая логика лишь в малой степени может затронуть вопросы практической юриспруденции (тут, еще раз скажу, абсолютное господство, царство формальной логики!). Логика права — это логика жизни права, то, что выражает закономерности его «появления на свет», своего рода «технологии» бытия и функционирования.

Ведь сам факт формирования особого нормативного регулятора, обладающего рядом уникальных свойств, — *факт логики цивилизации*. В этой связи обнаруживаются важнейшие стороны и проявления *собственной логики* права, характеризующей материю права в ее статике и динамике.

Так, по мере развития общества со все большей жесткостью дают о себе знать рассмотренные ранее императивы цивилизации, «замысел природы», и значит — потребность специально юридической («чисто-правовой») регламентации, необходимости решения возникающих жизненных ситуаций на строго юридических основаниях. И по изложенному ранее материалу мы уже видели, что одна из важнейших сторон логики права характеризуется тем, что для социального регулирования — и по мере развития общества все более и более — свойствен процесс *отдифференциации* — обособления, высвобождения от влияния иных факторов, выделения из всей системы социального регулирования юридических средств и механизмов, и их самостоятельное, собственное бытие, функционирование и развитие в «чистом» виде.

Далее, позитивное право с первых же фаз своего становления выражает в юридических критериях, сначала преимущественно — в обычаях, так или иначе идеологизированные требования естественного права — социально оправданную свободу поведения участников общественной жизни. Ведь жить и поступать «по праву» — это не только улавливать

правовую суть жизненных ситуаций, выносить или следовать соответствующим юридическим решениям, опираться на действующие нормы и т.д., но и в этой связи действовать *социально и духовно оправданно*.

Словом, в праве, притом в его современных развитых формах, сложившихся на основе процессов «отдифференциации», довольно отчетливо обнаруживаются противоречивые направления развития, свидетельствующие о сложной судьбе права и в настоящее время, и в исторической перспективе.

Но при всем при том обнаруживается, по всем данным, определяющая сторона логики права. Это его спонтанное (трудное, противоречивое, но неуклонное) движение от права сильного к праву власти, а затем через право государства к праву гражданского общества — гуманистическому праву.

3. Основания. Сам факт этого феномена — *особой юридической логики* — вызван к жизни определяющими особенностями позитивного права (о чем в общей форме и в постановочном порядке уже говорилось — П.4.2), а именно:

— тем, что, во-первых, позитивное право порождено жесткими требованиями общества на стадии цивилизации («императивами цивилизации»), обуславливающими необходимость твердости, определенности по содержанию и гарантированности решения жизненных ситуаций — порядка, приобретающего нормативный характер;

— и тем, во-вторых, что органически свойственное праву в этой связи долженствование — и это парадоксальная черта юридической материи — едино с наличной реальностью, по нескольким направлениям «выходит» на реальные жизненные отношения; и именно в таких «выходах» на реальную жизнь, в единении должного и сущего, причем таким, когда реализуется предназначение юридической регуляции, и состоит важнейшая, определяющая черта мира права.

Что это за «выходы»? Здесь два существенных момента.

Первый из них заключается в том, что долженствование в праве имеет такой характер, в соответствии с которым в нем наличествует своего рода *заряженность*; в нем как бы заложены импульсы напряженности, активное стремление, органическая направленность на то, чтобы реально, фактически существующие отношения стали такими, какими они должны или могут (предпочтительно, желательно) быть, и, стало быть, чтобы «должное» стало ожидаемым или просто возможным «сущим».

Весьма убедительно своеобразие «должного» в праве показал И.А. Покровский. С его точки зрения, право «есть не только явление

из «мира сущего» (из «мира того, что реально есть». — С.А.), но в то же время и некоторое стремление в «мир должного»¹. Оно «есть не просто социальная сила, давящая на индивидуальную психику, а сила стремящаяся, ищущая чего-то вне ее лежащего»². В другой работе, написанной уже после Октябрьского переворота (но в то время неопубликованной), И.А. Покровский проводит в сущности ту же мысль, утверждая, что «*право стремится* стать таким порядком, которому будут следовать не в силу боязни наказания, а просто в силу сознания его необходимости и разумности (курсив мой. — С.А.)»³.

Здесь, кстати, наглядно проявляются своеобразные черты действующего права (допустим, в отличие от исторических документов — ранее действовавших законов — или же от проектов законодательных документов). Юридические нормы издаются и вводятся в действие именно для того, чтобы содержащиеся в них положения — о должном и возможном — становились при наличии определенных условий реальностью, фактически воплощались в реальной жизни. «Заданность на реальность» является важнейшей специфической чертой долженствования, характерной для позитивного права (как права действующего).

В соответствии с только что отмеченной особенностью долженствования в праве, в обществе и формируются такие особые средства, связанные с практической деятельностью людей и власти (институты правоохраны, правосудия, исполнения юрисдикционных решений и др., словом — правовые средства), которые предназначены для того, чтобы положения юридических норм претворялись в жизнь, становились реальностью.

И в т о р о й существенный момент. То «должное», которое характерно для юридических норм, призвано и в изначальном своем виде, и в процессе перехода в фактическую действительность реализовать предназначение права, в том числе с регулятивной стороны. И значит, помимо всего иного, обеспечить предельную определенность складывающихся фактических отношений, а также прочность, надежность гарантий и преимуществ, которые право дает людям.

Не упустим из поля зрения и то, что для мира права характерна и такая наличная реальность («сущее»), отличающаяся зримыми, осязае-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 60.

² Там же. Автор пишет: «...всякая норма права предстает нашему сознанию не только с точки зрения ее «д а н н о с т и», но и с точки зрения ее «д о л ж н о с т и»; мы не только стремимся ее познать как она есть, но в то же время оценить, как она должна быть» (с. 61).

³ Из глубины: Сборник статей о русской революции. М., 1990. С. 232.

мыми внешними характеристиками, как законы, другие источники, с которыми сопряжены само бытие позитивного права, а главное — его структурные особенности («внутренняя форма»), «тело», «вещество» материи права.

И вот когда в ходе общетеоретического анализа удастся возвыситься над сугубо догматическим видением права и перед нашим взором предстает вся система правовых средств, а главное — их блоки, «связки» и «механизмы», картина права существенно меняется. Она не только высвобождается из пелены одних только «норм» (и привязки к потребностям текущей юридической практики), но и качественно обогащается, обретает новые грани и краски. Тогда-то и оказывается, что в такого рода блоках, «связках» и «механизмах», рассматриваемых и в «статике», и в «динамике», как раз и обнаруживаются важнейшие проявления особой, во многом уникальной логики.

Ибо в указанных блоках, «связках» и «механизмах» отдельные юридические явления находятся в таких соотношениях, которые призваны закономерно и неуклонно вести от должного, которое только записано в нормативных документах, к фактически реальному, и отсюда «превращать» это формально должное в реальность. Причем в такую фактическую реальность, в которой реализуются достоинства юридической формы, ее способность обеспечить строгую определенность складывающихся отношений, их прочность и надежность.

Тут-то и выясняется, что если даже выделить в «картине права» ее ключевой сюжет и элемент — юридические нормы, то они не могут не быть «заряженными» правоотношениями, а те в свою очередь — «заряженными» актами реализации. Потому-то в своей последовательной связи они и образуют своеобразную логическую цепь — механизм правового регулирования. Такая же своеобразная юридическая логика обнаруживается в других «связках» правовых явлений (в особенности в связке «дозволение — запрет»). В глубоких пластах правовой материи, как становится все более ясным, существует нечто такое (логика!), что закономерно ведет к следующим звеньям цепи правовых явлений, а в конечном счете — к определенным, как бы заранее «запрограммированным» результатам.

4. Логика права — разные порядки. «Заданность» или «заряженность» материи права на реализацию должного в реальность — одна из главных, определяющих черт позитивного права, предопределяющих его особую логику.

В какой-то мере эта черта долженствования в праве отражается на самой его материи, на специфике его субстанции, «тела», и здесь в ос-

новном — на его структурных особенностях как объективной реальности. Тут оправданно выделить особые группы правовых явлений, выражающих такую своеобразную (специфического структурного порядка) логику права.

Причем характеристика существующих здесь структурных соотношений важна не только с точки зрения теории, понимания особенностей сложной структуры правовой материи даже на уровне догмы права (наукой в полной мере еще не раскрытой). Здесь есть и существенные практические аспекты, и проблемы, наиболее важные при решении вопросов системы законодательства. В частности, соотношение между отраслями законодательства, кодексами, законами различных рангов должно соотноситься с требованиями не только формальной логики, но и логики юридической (например, при решении вопросов о последовательности издания тех или иных законов, их соподчиненности и др.).

Таковы некоторые выводы, отчасти имеющие и практическое значение, которые вытекают из структурных особенностей правовой материи, рассматриваемой даже в пределах одной лишь догмы права.

При широком же подходе, когда перед исследователем предстает не только догма права, а правовая материя в целом, вся система юридических средств, такого рода выводы не только подтверждаются, но и приобретают более выразительный характер, с большей отчетливостью «выдают» свою предоснову — заложенную в правовой материи «заряженность» («заданность») на то, чтобы юридически должное стало фактической реальностью.

Это, например, уже отмеченная ранее последовательная связь между юридической нормой, юридическим фактом, правоотношением и его фактической реализацией (послужившая основой для выработки понятий «механизм правового регулирования» и «правовые средства»). В глубоких пластах правовой материи, как становится все более ясным, существует такая логика, которая закономерно ведет «атомы» права от одного звена к другому в цепи правовых явлений, а в конечном счете — к определенным, как бы заранее «запрограммированным» результатам.

Однако не структурная специфика догмы права и всей системы правовых средств (при всей ее важности и даже, пожалуй, занимательности) должна привлечь наше повышенное внимание. Ведь это только выражение предосновы, т.е. того, что относится к самой сути, стержню логики права — к выраженной в материи права (внутренней форме) «заряженности» на реальное воплощение должного, присущего юридическим нормам, в фактическую действительность.

Между тем важна сама «суть», сам «стержень». Здесь перед нами, по сравнению со специфическими структурными особенностями, иной, более высокий порядок логики права. И, стало быть, иная (иного порядка) группа явлений в области права, выражающих эту логику.

А основной здесь вопрос такой: к чему все же «ведет» в конечном итоге логика права в таком высоком значении? Нет ли в материи права центрального звена, с которым сопряжена такого, высокого порядка логика права?

§ 2. Центральное звено

1. Об «активном центре» правовой материи. Если правовая материя — это не простое скопище разнообразных регулятивных элементов, не хаотическое их множество, а целостная система — материя права, образующая разнообразные структуры, то неизбежно, что в этой материи существует центральное звено — свой активный центр.

Что же образует такое центральное звено в материи права?

По широко распространенным представлениям, позитивное право, призванное упорядочивать жизнь общества и быть средством налаживания порядка и дисциплины, состоит в основном из строгих юридических обязанностей, запретов, юридической ответственности.

В действительности так оно во многом и есть. Запреты, ограничения, императивные обязанности, юридическая ответственность, жесткие процедуры образуют основной массив содержания права, его структуры. В странах с авторитарным режимом власти — массив абсолютно преобладающий. К этому следует добавить, что и на практике, в наших повседневных делах и при решении большинства жизненных проблем, наши встречи с правом затрагивают в первую очередь эту, государственно-принудительную, императивную сторону законов, деятельности суда, других юридических учреждений по обеспечению порядка и дисциплины в обществе. Не случайно при обсуждении правовых вопросов речь прежде всего идет о правовом порядке, о законности, о юридической ответственности. Да и само понятие «правовые средства» сложилось в связи с властной, государственно-обеспечительной деятельностью государственных органов.

Но почему же тогда право называется правом?

И почему, следует добавить, юридические учреждения, даже те, которые обеспечивают действие права и по большей части имеют явно карательные функции, мы все же именуем правоохранительными?

И такого рода обозначение даже в условиях авторитарных, полицейских режимов повсеместно признается оправданным. Почему?

Да потому, ответу сразу и как раз по существу проблемы, что центральным звеном правовой материи (в силу — внимание! — с а м о й е е п р и р о д ы) являются субъективные права, т.е. права, юридические возможности субъектов, физических и юридических лиц, всех участников правовых отношений. В какой-то мере вопреки очевидным фактам, свидетельствующим о превалировании в материи права юридических обязанностей, запретов, ответственности, правовая материя так «построена», что ее суть и смысл связаны именно с субъективными правами участников общественной жизни — правами отдельных субъектов. Даже в обществах с авторитарной властью, тоталитарными режимами (хотя бы потому, что властные прерогативы правителя — самого авторитарного — это тоже права).

И в действительности, на деле для людей, для общества важны не сами по себе законы, другие юридические документы, содержащиеся в документах юридические нормы, а то решающее обстоятельство (наряду с другими), что юридически реального «дают» эти нормы. Каковы тут права, т.е. юридические возможности, какие это возможности, каков их объем, порядок осуществления и все другое, что касается юридических возможностей данных субъектов. А уж в этой связи — и все то, что касается обязанностей, запретов, мер ответственности, защиты и т.д. И главное, что напрямую касается субъективных прав, — их юридические гарантии. Стало быть, надо видеть в сути и предназначении права самое глубинное, исконное. Право потому и есть «право», что оно (закрепленное в законах и выраженное в юридических нормах) «говорит о правах».

Значит, субъективные права, т.е. правомочия, юридические возможности, которыми обладают конкретные субъекты, вместе с соответствующими гарантиями — это и есть своего рода активный, узловый центр содержания права, его структуры (именно как права!). К нему, этому активному, узловому центру, стягиваются все нити правового регулирования, все частицы, «атомы» правовой материи, из которых в совокупности складывается исконное правовое содержание, его структура.

И именно здесь, в отношении субъективных прав, центрального звена правовой материи, строится правовая логика высокого порядка. Право по самой своей природе, своей органике отличается таким построением и такой целеустремленностью, когда все компоненты, из которых складывается юридическая система общества (от правовых положений, принципов и норм Конституции до процессуальных институтов), строятся применительно к правам и их гарантиям, как

бы подстраиваются к ним. И с этой точки зрения все другие компоненты права, также в высшей степени важные, — юридические обязанности, запреты, правовая ответственность, процессуальные формы деятельности и др., при всей их самостоятельной значимости, — имеют одновременно в известной мере подчиненный характер, ориентированный на права субъектов.

Конечно, изложенные ранее соображения — соображения идеального порядка, характеризующие позитивное право «по идее», по его исконной сути и логике, по тому началу, которое, по словам П.И. Новгородцева, лишь «постепенно осуществляется в истории».

И конечно же, в реальной действительности система прав и обязанностей, других правовых элементов строится по-разному, в зависимости от особенностей данного общества — экономических, духовных, от особенностей его политического режима.

Самое горестное, что здесь надлежит сказать, заключается в том, что при большом разнообразии возможных вариантов основным типом построения правовых средств и механизмов за многотысячелетнюю историю человечества фактически является такой, который характерен для обществ, где доминируют антидемократические, зачастую прямо авторитарные, тиранические режимы власти и где в соответствии с этим право имеет сугубо силовой характер (право сильного, кулачное право, право власти). И в данном случае общие черты и потенции, «по идее» заложенные в правовой материи, не в полной мере раскрываются или реализуются однобоко, в уродливом виде, деформируются. В общем, перед нами оказываются еще не развернувшиеся, неразвитые или ущербные юридические системы. Системы с еще не развившейся или с нарушенной, деформированной логикой их содержания, втянутые в систему отношений авторитарного или тиранического общества. Такого рода юридические системы нередко вообще выступают в виде «имитационных», или таких, где в основном существует «видимость права».

Но как бы то ни было, *право всегда остается правом*. Такова уж его исконная природа и, надо полагать, его историческое предназначение!

И соответственно этому центральным звеном правовой материи, решающим пунктом его особой логики неизменно остаются субъективные юридические права.

С особой выразительностью эта особенность права, его логики дает о себе знать тогда, когда правовая материя рассматривается на уровне ее «совершенного развития» — юридических конструкций (и специфических правовых принципов). Если обратиться к тем элементарным примерам, которые ранее были приведены при рассмотрении юри-

дических конструкций (гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности; «виндикационный иск»; арендные отношения с той «вариацией», которая использовалась при приватизации), то оказывается, что во всех случаях отдельные правомочия, обязанности, гарантии, другие элементы каждой из этих конструкций выстраиваются так, чтобы благоприятствовать правам тех или иных лиц. Потерпевшему — при возмещении вреда, собственнику — при «в индикационном иске», кредитору — в солидарном обязательстве, арендатору — при арендных отношениях с упомянутой «вариацией» (да так, что формируется принципиально новая собственность в производстве). И так далее.

Даже конструкции составов преступлений в уголовном праве, во многом определяемые социальной значимостью тех или иных отношений, началами справедливости, дифференцированного подхода, многими другими факторами, «устремлены» на то, чтобы определение и реализация ответственности за преступление выступали в качестве строго определенных прав тех или иных учреждений и лиц (и плюс к тому существовали и права лиц, привлекаемых к ответственности за общественно опасное поведение).

Еще более существенным следует признать то обстоятельство, что и в динамике права обнаруживается «настроенность» правового регулирования на субъективные права.

Например, при рассмотрении типов правового регулирования наряду с общедозволительным типом («дозволено все, кроме запрещенного законом») выделяется разрешительный тип («запрещено все, кроме дозволенного законом»). И сразу спрашивается: почему «разрешительный», а не «запретительный»? А потому, что, согласно правовой логике, и тут главное — субъективные права, пусть и предоставляемые в разрешительном порядке.

Точно такие же выводы следуют из характеристики моделей правового регулирования — диспозитивной (ее элементы: субъективное право + юридические гарантии) и обязывающей (правовая обязанность + юридическая ответственность). Показательно при этом, что, на первый взгляд, эффективность и надежность правовых средств обязывающей системы («обязанность + ответственность») весьма высоки. Но при внимательном анализе оказывается, что наиболее эффективной и наиболее близкой к самой природе права оказывается другая модель построения правовых средств — диспозитивная, дозволительная, основанная на субъективных правах и гарантиях. В условиях прогрессивного развития общества диспозитивная система включает в реше-

ние социальных задач интерес участников общественных отношений («исполнителей»). И правовые средства данной группы («право + гарантия»), рассчитанные именно на такое включение интереса людей, обеспечивают тем самым высокую степень результативности.

В связи с приведенными выше соображениями о ключевом звене в юридическом регулировании оказывается необходимым уточнить некоторые положения о материи права вообще.

Материя права (выраженная и в юридической догме, и во всей системе правовых средств), представляя собой особую социальную реальность, отличается комплексом специфических свойств, «своей» логикой — тем, что она по самому своему происхождению, «замыслу», «породе» и имеет центральное звено — субъективные права.

Эта черта позитивного права (под углом зрения ее «центрального звена») является одной из решающих, призванных предопределить наше, людей, отношение к позитивному праву, саму возможность его использования в практической жизни, пределы и перспективы такого использования.

Речь при этом, разумеется, идет не только о попытках политической власти использовать позитивное право в решении тех или иных произвольно заданных целей, идеологических задач или капризов самовластного правителя. И не только о произвольном толковании и фактическом применении действующих юридических норм (т.е. о том, что лежит в основе распространенного и в принципе верного убеждения «закон, что дышло, куда повернул — туда и вышло»). Во всех указанных случаях право, «подчинившись правителю» — как и человек, оказавшийся в положении придворного служителя (скажем, «придворного правоведа»), — утрачивает свои исконные качества, становится убогим и униженным отпрыском — всего лишь «правом власти», не более чем юридизированным придатком власти, ее самовластных деяний, прикрываемых ореолом «права».

В данном случае речь идет главным образом о самой правовой материи, о своего рода «фактуре» права, о его инструментальном построении, юридических конструкциях, объективно складывающихся структурах, в центре которых — пусть и «по идее» — субъективные права. Именно здесь, в такого рода ракурсе понимания юридической материи (ее использовании, например, в целях «строительства социализма и коммунизма», «решения этнических, расовых задач», или же подчинении гражданского права задаче «контроля за частными сделками», или подчинении процессуальных юридических форм установке на «беспощадную борьбу с врагами») кроется то, что может быть названо «произволом»

в отношении объективных «непокорных» реалий, и то, что с неумолимой неотвратимостью приводит — как и любое насилие над объективными реальностями — к отрицательным последствиям. В данном случае приводит, да и не может не привести, к деформации юридической материи, порой к одной лишь видимости права, иллюзорному праву, или к такому причудливому и коварному образованию, которое выражено в «византийском праве». Ко всему тому, что не только не дает ожидаемых результатов, но и порождает новые трудности и беды.

2. Новая (парадоксальная) грань долженствования в праве. То обстоятельство, что субъективное право занимает центральное положение в правовой материи, — факт высокого научного значения, который играет решающую роль при характеристике особенностей позитивного права, его места и роли в жизни людей.

Но понимание этого высокого значения может быть в полной мере достигнуто тогда, когда мы выйдем за пределы одной только догмы права (в рамках и на материалах которой до сих пор в основном рассматривались субъективные права) и обратимся ко всей системе правовых средств. При таком широком подходе выясняется, что во все не случайно самые глубины и своего рода сквозной стержень правовой материи образует «троица» — позитивные обязывания, запреты и дозволения, а первое место в этой «троице» — и это тоже закономерно — занимают юридические **д о з в о л е н и я**, которые определяют и сам феномен субъективного права, и его центральное (по логике) положение во всем комплексе элементов материи права.

Тогда-то и оказывается, что своеобразная юридическая логика во многом связана не только с «заряженностью» права «на реальность», но и с юридическими дозволениями. И значит, наряду с ранее отмеченными особенностями есть еще один аспект долженствования в праве, на что, к сожалению, даже последовательные сторонники нормативизма не обращают внимания (хотя здесь — одна из принципиально важных черт права, намечающих путь к пониманию самых его «глубин», его смысла).

Это — то обстоятельство, что долженствование в праве охватывает не только, а при развитых юридических формах, при демократическом режиме даже «не столько», свои прямые юридические аналоги — предписания (то, что в самом точном значении является «должным» — юридические запреты, а также позитивные обязывания). Долженствование в праве — прошу внимания! — охватывает также, на первый взгляд, нечто с ним противоположное, даже несовместимое — **д о з в о л е н и я**.

Отсюда — своеобразие юридической материи, которая и характеризуется тем, что присущее ей долженствование преимущественно выра-

жается в юридических возможностях — в субъективных юридических правах, представляющих удивительный сплав «должного» и «возможного», точнее — такого «должного», которое для субъектов выступает в качестве субъективных прав, т.е. юридических возможностей.

Вот почему юридическая логика, притом логика более высокого социального и юридического порядка, дает о себе знать в более сложных связях и соотношениях в области права (нежели в самих по себе структурных его особенностях), в частности, в типах и моделях правового регулирования — наиболее ярких проявлениях принципиальных особенностей мира права. Тех проявлениях, в соответствии с которыми «сцепления» частиц правовой материи сосредоточиваются вокруг субъективных прав, неуклонно и жестко «ведут» к ним и, значит, «ведут» к статусу и возможностям людей в обществе.

Есть здесь своего рода научное предзнаменование. Даже без углубления в сущность возникающих в данном случае проблем, думается, для исследователя права становится все более ясным, что важно не просто констатировать с классификационной стороны существование типов и моделей регулирования, факт наличия в этих типах и моделях строгих, порой математического типа соотношений. Суть дела заключается в том, что в этих соотношениях отчетливо проступает самое основательное и сокровенное в юридической логике. Логике права высшего порядка. Сложные построения в праве неуклонно «ведут» к тому, что субъективные права и выражающие его юридические структуры призваны стать доминирующими, главенствующими в жизни общества.

Что же здесь получается с теоретической стороны? И, прежде всего, как понимать с принципиальной стороны ту отмеченную ранее определяющую черту долженствования, в соответствии с которой именно в позитивном праве «должное» становится «реальным»?

Так вот, «заряженность» («заданность») материи права тем, чтобы должное становилось реальностью, в данной плоскости, т.е. в плоскости юридических возможностей, заключается не в юридических санкциях, а в обеспечении надлежащего статуса субъектов, высокого уровня гарантий, других условий фактической реализации «возможного» (дозволений, субъективных прав). Такого уровня и такой надежности, когда бы существовал максимум всего необходимого для того, чтобы «реальным» могло становиться не только юридически «должное» — предписанное (запреты, позитивные обязывания), но также соответственно интересам и воле самих субъектов и юридически «возможное» — юридические дозволения, субъективные права.

3. Существенные пункты в жизни права. Та специфическая (юридическая) логика, о которой шла речь в предшествующем изложении, имеет существенное значение для жизни права, причем во всех ее проявлениях. Это обстоятельство должно быть принято во внимание на всех участках действия права, юридической работы. Не только, как это очевидно, в правотворческой работе – при определении последовательности издания законов, а в особенности при кодификационной работе (в выделении и конструировании «общих частей», определении структуры кодексов, использовании нормативных обобщений и «связок» между частями правового материала и т.д.). Логика права, наряду с правовыми принципами, общими дозволениями и запретами, призвана стать как ориентиром, так и непосредственной, притом высокозначимой, основой деятельности в области судебной практики, юридическим императивом при решении судами, другими юрисдикционными органами юридических дел.

В настоящее время эти основания, выраженные в логике права, если и принимаются во внимание, то по большей части интуитивно, по наитию, в силу опыта, основательного профессионализма, спонтанно погружающих специалиста в глубины юридической материи и оснащающих его сокровенными тайнами юриспруденции.

Нередко, к сожалению, такому постижению «глубин права» препятствуют не только особенности юридической работы, осуществляемой в порядке государственной службы (особенно в обстановке узко понимаемого «приоритета закона»), но и в этой связи отсутствие надлежащей направленности судебной практики. Например, Конституционный Суд Российской Федерации в ответ на аргумент одного из заявителей, утверждавшего со ссылкой на ст. 76 Конституции РФ о «неконституционности» гражданских законов, не соответствующих Гражданскому кодексу, правильно обратил внимание на то, что «... в статье 76 Конституции Российской Федерации не определяется и не может определяться иерархия актов внутри одного их вида, в данном случае – федеральных законов». Верно и то, что, продолжая эту мысль, Суд отметил: «Ни один федеральный закон в силу статьи 76 Конституции Российской Федерации не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой»¹. Однако справедливые соображения о том, что в соответствии с текстом конкрет-

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации по запросу Арбитражного суда города Москвы о проверке конституционности пунктов 1 и 4 части четвертой статьи 20 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» (Российская газета. 2000. 13 янв.).

ной статьи Конституции (76) «ни один закон не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой», вовсе не препятствуют тому, что такого рода вывод не следует из логики права, тем более если речь идет о таком законе, как кодекс, по самой своей органике обладающий приоритетной юридической значимостью по отношению к другим законам в пределах отраслевой иерархии нормативных актов (что и в отношении ГК РФ нашло к тому же прямое отражение в ст. 3 Кодекса)¹.

Еще в большей мере, чем в сфере практической юриспруденции, логика права должна приниматься во внимание при определении и реализации политики права, сути и направлений правового развития.

Одна из определяющих черт, которая характеризует правовое развитие стран, вступивших (или вступающих) в условия современного гражданского общества, заключается в том, что сквозь невообразимо пеструю реальность юридической жизни, обусловленную множеством разнообразных факторов, есть центральные пункты, выражающие современные тенденции развития права.

Если пока не затрагивать содержание правового развития, а рассматривать его с сугубо юридической (инструментальной) стороны, то таких пунктов (или наиболее значимых из таких пунктов) — два.

Это, во-первых, тенденция, все более дающая о себе знать в демократических странах, в соответствии с которой, наряду с обеспечением высокой организованности и жесткого правового порядка, на первый план выступают структуры (типы и модели регулирования), которые строятся на субъективных правах.

И, во-вторых, тенденция сбора, иначе говоря, интеграции оптимальных правовых средств, выработанных и утвердившихся в юридических системах различных юридических типов, в национальном праве стран, в особенности тех, которые уже значительно продвинулись по пути овладения ценностями цивилизаций последовательно демократического, либерального типа.

¹ В таком контексте, возможно, следует понимать следующее положение из приведенного определения Конституционного Суда: «Правильный... выбор на основе установления и исследования фактических обстоятельств и истолкование норм, подлежащих применению в конкретном деле, относится не к ведению Конституционного Суда Российской Федерации, а к ведению судов общей юрисдикции и арбитражных судов» (там же). Впрочем, сам факт констатации особого положения отраслевых кодексов в иерархической системе отраслевых нормативных актов, вполне уместный в документах, посвященных конституционной проблематике, мог бы сыграть существенное значение для придания должной направленности судебной практики в соответствии с высокими требованиями современного права, его исконной природой и логикой.

Этим тенденциям, в особенности второй, будет посвящена заключительная глава третьей части книги.

§ 3. Тайна права

1. А ведь это «тайна»! Итак, при анализе права с широких научных позиций (не связанном «заданными параметрами», в частности, одним лишь нормативным видением права) оказывается, что в центре юридической материи, все «пространство» которой будто бы плотно заполнено запретами, обязанностями, ответственностью, иными реалиями государственно-принудительного порядка, — в центре этой чуть ли не «милицейско-карательной материи» находятся субъективные права. И, более того, оказывается, что своеобразная юридическая логика от, казалось бы, простейшего и одновременно фундаментального элемента — юридических дозволений — через субъективные права и другие частицы материи права — ведет к основополагающим началам, характеризующим место и роль права в жизни людей, в прогрессе и в будущем человечества.

В чем тут дело?

Казалось бы, и такому парадоксу может быть найдено удовлетворительное объяснение ссылкой на метаюридические предосновы права. С этой точки зрения, быть может, «появление на свет» позитивного права обусловлено не только и даже не столько самими по себе указанными ранее «императивами цивилизации», требующими твердости, строгой определенности и гарантированности (окончателности, суверенности) решения жизненных ситуаций, возникающих в новых, цивилизационных условиях? Возможно, принципиально существенным основанием для возникновения позитивного права является то обстоятельство, что здесь (причем как раз через «твердость», «строгую определенность», «гарантированность») срабатывают сами суть, смысл человеческой цивилизации?

Как будто логика права (в особенности выделенная ранее логика «высшего порядка») дает основания для утвердительного ответа на только что поставленные вопросы.

Но если это так (хотя бы отчасти), то автор этих строк, намеренно, отдавая себе отчет в известной терминологической некорректности приведенной формулы, назвал бы такую характеристику позитивного права сокровенной сутью права. Сутью и одновременно его тайной. Сокровенной сутью и тайной не только по своей значимости и по своей, возможно, неожиданности с точки зрения канонов формаль-

ной логики, но и потому, что такого рода характеристика, казалось бы, никак не совпадающая с основным массивом содержания права (юридическими обязанностями, запретами, ограничениями, юридической ответственностью и др.), тем не менее как раз органически заложена в материи права — материи, центральным звеном которой являются, как мы видели, субъективные права. И главное, в соответствии с логикой права эта характеристика проявляется в том, что сама по себе правовая материя «заряжена» (в ней наличествует «заданность») на свободу человека, его самостоятельность, творческую активность.

Как так? — невольно возникает вопрос. Вспомним содержание основного массива права. Плюс к этому — императивные решения судебной власти, юридические обязанности, возложение запретов, всякого рода формалистические сложности и все другое, обычно соотносимое с «юридической материей», — явления сугубо деловые, практические — проза жизни. Все это, действительно, крайне необходимо для твердых решений конфликтов, строгой определенности складывающихся отношений, их гарантированности — всего того, что вытекает из упомянутых ранее «императивов цивилизации». А тут вдруг, на тебе — свобода человека, его самостоятельность, активность!

Да, все именно так.

2. Подтверждения парадоксального свойства. Существуют, на мой взгляд, безупречные, исторически достоверные фактические подтверждения указанной особенности юридической материи. Это юридические системы Древнего Рима и Англии.

Ведь это только в «золотом веке» римской юриспруденции, во II—III вв. н.э., в сочинениях и сентенциях выдающихся римских правоведов-классиков нормы и принципы римского частного права стали связывать со свободой людей, другими высокими духовными ценностями. Говорить, в частности, о том, что «*Legum servi esse debemus, ut liberi esse possimus*» (нужно подчиняться законам, чтобы быть свободным), или что «*Jus est ars boni et aequi*» (право — это искусство добра и справедливости). А до того, чуть ли тысячелетие, да и позже и во время формулирования такого рода сентенций, вся римская юриспруденция сплошь представляла собой бытовую и деловую прозу: споры по имуществу и сделкам, судебные прецеденты по различным категориям юридических дел, обычаи, законодательные сенатские установления и преторские эдикты по отдельным вопросам и т.д. По сути дела — одна житейская и официальная проза, юридическая конкретика и казуистика, к тому же по большей части жестко заформализованная, причем до такой степени, что формуляры и иски, содержащиеся

в них юридические конструкции заслоняли реальную правовую жизнь и деловую практику (по одной из древнеримских сентенций: *Quod non est in actis, non est in mundo* — чего нет в документах, того нет на свете). И надо же, именно эта многовековая сугубо прозаическая юридическая конкретика — именно она и ничего более — стала основанием для приведенных выше и иных суждений правоведов, связывающих право со свободой человека, добром и справедливостью!

И ведь то же самое, притом, пожалуй, в еще более впечатляющем виде, произошло чуть ли не тысячелетие спустя в Англии — процесс, который, начавшись в глубоком Средневековье, завершился ныне формированием развитой юридической системы, отвечающей потребностям современного развитого гражданского общества Великобритании. И там вплоть до нынешнего времени действующая юридическая система — это в основном сплошная «юридическая проза», юридические дела и судебные прецеденты, относящиеся к собственности, наследованию, контрактам, спорам о качестве вещей и услуг, юридической ответственности за деликты, ко всевозможным юридическим конструкциям. Причем в Англии не только нет Конституции в современном ее понимании, но и многих других законов, с которыми обычно связывают демократическое развитие Великобритании (существующие законоположения подобного рода относятся в основном к проблемам публичного права, в немалой мере — средневекового прошлого, касаются пределов власти короля и не формулируют сколько-нибудь общих начал о правах личности, ценностях и принципах демократического права). Определяющие же юридические начала демократического права по большей части оказались в конечном итоге принципами и идеями, заложенными в действующих юридических реалиях, сформировавшимися и утвердившимися в судебной практике, в системе судебных прецедентов (получившей название «общего права»), да притом принципами и идеями, дающими о себе знать с такой последовательностью и юридической определенностью, что, по убеждению многих английских правоведов, эти юридические начала «работают» ничуть не хуже, а в чем-то конкретней и надежней, чем общие формулировки законов. Потому-то и нет крайней нужды в их специальном законодательном формулировании, в разработке и принятии в этих целях специального документа высшей юридической значимости, без которого, по мнению многих людей, нет действительной демократии — Конституции.

Но приведенные исторические данные — это не только надежные, на мой взгляд, безупречно точные свидетельства того, что в самой реальной правовой материи действительно заложены высокие право-

вые начала и, прежде всего, «заданность» на свободу человека, его активность (что, помимо всего иного, предопределяет исключительную специфику правовых понятий, входящих в содержание материи права). Не менее важны эти данные и для понимания того существенного обстоятельства, что именно в праве свобода людей получает реальный и обеспеченный характер и плюс к тому еще сообразно своей неотделимости от «собственного» содержания права, его структуры обретает такие особенности, когда она:

во-первых, существует в виде субъективных прав и, значит, всегда в строго определенных границах («мере»), что позволяет отсечь от свободы и активности человека их крайние, негативные проявления, в первую очередь такие, как произвол, своеволие;

во-вторых, выражается в четкой юридической материи, в юридических конструкциях, которые позволяют на практике переключить свободу (произвол) людей в деловую активность, в творческое созидательное дело.

Насколько эти особенности «свободы в праве» имеют принципиально существенное значение для жизни людей, во многом очевидно. И не исключено, что именно сейчас внимательный читатель увидит в указанных особенностях «свободы в праве» решающий пункт в понимании того, что определяет миссию права в судьбе, в будущем человечества.

3. Другие приметы, возможно, еще более существенного характера. И хотя более подробный разговор об этом впереди, в следующих главах, представляется важным уже сейчас — пусть в виде всего лишь постановки проблемы — сказать еще и о том, что здесь, по-видимому, могут быть найдены и более впечатляющие приметы основательной миссии права в жизни людей.

Вот факты, которые наводят на подобную постановку проблемы.

Один из таких фактов — правовая система Индии. Исходя из укорененности в сложившихся порядках индуистского и исламского права, можно было бы предположить, что навязанное Великобританией этой стране в ходе ее колонизации общее, прецедентное право английского образца имеет временный характер и после обретения Индией независимости (1947 г.), казалось бы, все должно было вернуться на круги своя, колониальное наследие — общее, прецедентное право — будет отброшено и в тех сферах жизни, где оно возобладало при колониальном господстве. И тогда, при подобном предположении, всецело, во всех секторах жизнедеятельности (а не только в семейном и наследственном праве), вновь восторжествует коренное индуистское и исламское право.

Но этого не произошло. Общее, прецедентное право английского образца и после 1947 г. сохранилось, и что весьма примечательно, сохранилось по ряду ключевых и перспективных вопросов социальной жизни – собственности, договорных отношений, деликтов. Более того, впитав известные местные нормы и традиции, оно путем издания ряда законодательных актов и использования данных мировой юридической культуры было модернизировано и модернизируется поныне, причем именно в тех направлениях, в которых уже пошло и, можно ожидать, пойдет и в последующем развитие «самого» английского права, – большей структурированности, обогащения прецедентного права кодификационными элементами, другими элементами общей юридической культуры¹.

Так что право на индийской земле, нередко определяемое по своей основе в качестве англо-индуистского, достигло довольно высокого уровня развития, кодифицированности, хотя и относится ныне по основным своим характеристикам к семье общего, прецедентного права англо-американского типа.

К сказанному добавлю еще один примечательный факт, касающийся другого континента – Африки. Беглые рабы из США, вернувшиеся на свою историческую родину – Африку и основавшие там в 1821 г. государственное образование – Либерию, не встали на путь восстановления правовых порядков своей исторической родины – традиционной африканской юридической системы (тем более при чрезвычайной пестроте действующего в Африке обычного права), а принесли с собой начала общего, прецедентного права, причем не только американского образца, но и классического английского типа.

Выходит, что при всей укорененности определенной юридической системы в данной социальной общности, и отсюда – в ее, если угодно, глубоко национальном характере, ее начала все же довольно быстро по историческим меркам могут быть восприняты (реципированы) другой социальной общностью.

¹ Вместе с тем еще до обретения Индией в середине XX в. независимости, несмотря на мнение Тайного совета, «другие судьи приняли дальновидную точку зрения, согласно которой конкретное содержание формулы «справедливость, беспристрастие и добросовестность» можно было каждый раз определять на основе сравнительного и критического анализов развитых правовых систем мирового сообщества. В результате появились многочисленные решения, в которых прекрасно образованные и с широкими взглядами судьи использовали как общее право, так и гражданское, особенно римское право». Хотя, добавляют авторы приведенного свидетельства, «в целом же нормы общего права, вне всякого сомнения, были полностью реципированы Индией, хотя часто и в несколько модифицированной форме...» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 340).

Но вот вопрос. Спрашивается: когда и в каких случаях это происходит? Ведь и те участки жизни, в которых возобладало право колонизаторов – собственность, договоры, деликты, – это тоже сектора человеческого жития, также в общем-то относящиеся к глубинным основам жизни общества, к исходным началам естественного права.

Все дело, однако, в том (внимание!), что складывающиеся на этих участках юридические формы, пожалуй, могут быть определены как общецивилизационные начала и институты. Они, можно предположить, вообще относятся к числу «нервных центров цивилизации», на их базе человечество и стало развиваться «на собственной основе». И они же, если продолжить только что высказанное предположение, как раз и образуют основные звенья, через которые идет в нынешнее время и только и может идти в последующем модернизация общества.

Вот почему, думается, указанные правовые начала в области общего, прецедентного права, относящиеся к собственности, договорам, деликтам, являются (по сравнению с традиционными, ранее существовавшими) более прогрессивными, более отвечающими потребностям развивающегося общества, сориентированы на ценности более высокого социального порядка (тем более – как это характерно, например, и для Индии, и для Либерии – когда такого рода правовые начала рецепируются вместе с восприятием определенных публично-правовых институтов, государственных форм, тоже более прогрессивного характера).

Тут мы, возможно, встречаемся с еще одной стороной тайны права (причем именно в том значении, о котором говорилось в этом параграфе и ранее). Право проникает в самые глубины, толщи народной жизни, органического бытия людей. И вместе с тем, нет ли тут еще одного подтверждения ранее не раз отмеченного факта? Того факта, что в праве, в самой его органике, при всей укорененности данной юридической системы в национальный социальный и духовный уклад, существует общая настроенность на идеалы и цели высокого порядка (среди которых на первом месте как раз свобода и творческая активность человека)? А в этой связи – нет ли в праве уникальной особенности, выраженной в органической ориентации на передовые опыт и ценности в сложных процессах развития человеческой цивилизации?

И вот тут, при ответе на только что поставленные вопросы, мы неизбежно, уже на основе фактических данных исторического порядка, вновь вынуждены вернуться к характеристике сокровенного в праве, его тайны. В этой связи, пожалуй, можно констатировать, что органическая способность права «настраиваться» на передовые, прогрессивные формы жизни является довольно сильной и практически реализуе-

мой; и это во многом перекрывает, как свидетельствует современная практика, казалось бы, полярные, на первый взгляд несовместимые юридические построения, характерные для различных правовых семей.

Так что указанная особенность права (если верны высказанные предположения) является, в свете других его особенностей, поистине поразительной, дающей основания для весьма серьезных выводов в теории права. Надо лишь не сводить рассматриваемую способность права к одним лишь явлениям и процессам сугубо технического, по-современному технотронного порядка. И в прошлом и сейчас (а еще более, по всем данным, в будущем) то, что относится к глубоким потребностям и интересам людей как разумных существ, не только является основой стойких, неподатливых элементов в правовой жизни, но имеет также и значительный не просто общецивилизованный, но и глубокий общечеловеческий потенциал, которому суждено придать праву еще более высокое значение в жизни людей.

4. «Второй» план правовой материи – новые значительные социальные ценности. Отмеченные в предшествующем изложении характеристики права, при всей их немалой, порой возвышенной авторской оценке, – все же не более чем факт и возможность. Факт, что элементы правовой материи «стягиваются» к субъективным правам. Возможность, что с этим фактом связана «свобода в праве» и отсюда – оптимистическая перспектива в развитии права, его существенная роль в прогрессивном общественном развитии, в его судьбе.

Но как бы то ни было, все эти особенности правовой материи, да и общеизвестные исторические данные свидетельствуют о том, что по самой своей природе право «настроено» на прогрессивное развитие – оптимистическую перспективу, отвечающую общим тенденциям развития человеческого сообщества.

Более того, тут есть и более впечатляющие свидетельства. обстоятельный анализ наиболее юридически совершенных юридических структур, юридических конструкций показывает, что в них существует как бы «второй» план – они выражают передовые идеи, характеризующие значительные социальные ценности. И что в высшей степени знаменательно – эти передовые идеи и значительные социальные ценности не являются результатом намеренного, заранее рассчитанного включения в ткань правовой материи, а являются результатом спонтанного, «само собой идущего» развития, отражающего, как можно предположить, глубинные социальные процессы и вместе с тем раскрывающие принципиальные особенности самой материи права.

Вот несколько иллюстраций на этот счет.

Ранее уже говорилось о том, что одной из отработанных юридических конструкций, сложившихся еще в античности, в римском частном праве, и демонстрирующей свою жизненность и эффективность до сих пор, является так называемая виндикация – истребование имущества «невладеющим собственником» (по терминологии, принятой в юриспруденции) у «владеющего несобственника» – юридическая конструкция, при помощи которой собственник может восстановить свое право даже по отношению к «третьему лицу». Например, по отношению к лицу, купившему, допустим, украденную или утерянную вещь. Почему утвердился такого рода порядок? Только ли потому, что защищается право собственника? Но ведь и «третье лицо», покупатель, – тоже собственник, вещь приобретена в соответствии с действующими юридическими нормами, на законном основании. Так почему же тем не менее в ряде случаев предпочтение отдается «первому» собственнику?

В специальной юридической литературе основания порядка виндикации стали уже в наше время предметом обстоятельных исследований. И когда в качестве исходного пункта в таких исследованиях было взято то обстоятельство, что виндикационный иск удовлетворяется в зависимости от того, выбыла ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли, стали постепенно выясняться глубокие разумные, духовные, поистине утонченные философские основания рассматриваемого порядка: начала доверия между людьми, риска и ответственности, связанных с таким доверием. Но вот что удивительно – такого рода основания, их духовная, гуманитарная суть раскрываются только сейчас, в результате современной исследовательской работы. Сам же порядок виндикационной защиты права собственности сложился – к тому же тысячелетия тому назад – в практической жизни, в сложных жизненных ситуациях, отборе вариантов их решения. Именно в практической жизни, без каких-либо специальных предварительных разработок философских тонкостей того или иного варианта, их целенаправленного включения в данную юридическую конструкцию.

Значит, неизбежен вывод: правовая материя (именно «материя» в развитых формах – юридических конструкциях, иных развитых структурах) является носителем рациональных, интеллектуальных начал, утвердившихся непосредственно в практической жизни.

Такой же вывод следует при углубленном анализе других выработанных на практике, отработанных юридических конструкций. Например, ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, – конструкции, также ранее уже упомянутой. Ведь те серьезные рациональные основания существующей в этом

случае «ответственности без вины» (да к тому же не непосредственного причинителя вреда, а «владельца источника»), о которых говорилось в предшествующем изложении, раскрываются наукой только в настоящее время. Сам же порядок такого варианта имущественной ответственности также сложился на практике, причем не сразу, главным образом в ходе решения юридических дел, осмысления практики, но во всяком случае без какого-либо предварительного проникновения в сложные философские проблемы, которые раскрываются только сейчас.

Еще один пример, пожалуй, в чем-то, рискну сказать, фантастический, когда, казалось бы, сугубо техническая конструкция, известная в юриспруденции с давних времен, касается гуманитарных ценностей, получающих признание только в самые последние годы.

Речь идет о конструкции «владельческая защита», также утвердившейся со времен античности в практике юриспруденции. Суть этой своеобразной (даже, казалось бы, «нелогичной») конструкции в том, что фактический владелец вещи, независимо от того, есть ли у него или нет основания на такое владение, и даже при серьезных сомнениях на этот счет, имеет в более или менее развитой юридической системе право на защиту своего владения, в том числе и в отношении законного собственника. Какова причина такого порядка? Об этом уже ряд десятилетий разбирается юридическая наука. Быть может, это просто защита, так сказать, промежуточного порядка до окончательного решения суда? «Неизбежное зло», как полагал знаменитый немецкий юрист Р. Иеринг в отношении «владельцев неправомерных»? Какое-то иное чисто прагматическое или социальное основание?

Только в XX в. стала обнаруживаться глубокая гуманитарная суть рассматриваемой юридической конструкции (которая по-настоящему, как это ни парадоксально, может быть понята, пожалуй, только сейчас, в наши дни). Вот что сказал наш отечественный правовед И.А. Покровский по этому вопросу: «...для частных лиц фактическое господство владельца должно быть неприкосновенным; этого (внимание! — С.А.) требует растущее уважение к человеческой личности, этого требует истинно культурный строй отношений между людьми». И далее: «Поэтому, если для Иеринга защита владельцев неправомерных является лишь неизбежным злом... то нам она кажется, напротив, кульминационным пунктом основной идеи. Именно по отношению к этим владельцам принцип уважения к человеческой личности подвергается наибольшему искушению, и потому охрана даже этих владельцев является его наивысшим торжеством». А вот

завершающий вывод: «Как бы то ни было, но во всяком случае ясно одно: в институте защиты владения дело идет не о собственности и вообще не о таком или ином имущественном праве, а о начале более высоком и идеальном — о насаждении уважения к человеческой личности как таковой»¹.

Самое же поразительное, что конструкция «владельческая защита» — это, как принято считать, всего лишь заскоружлая юридико-техническая «деталь», некие формалистические изыски, элемент схоластики (надо же! — предоставлять какому-то «фактическому владельцу» защиту даже против «законного собственника»), да плюс к тому сложившаяся в исторических условиях прежних эпох, когда высокие гуманитарные идеалы, «обнаруженные» только в XX в., даже в передовых философских разработках прошлого в лучшем случае только намечались.

Подобные «прорывы в будущее» касаются и юридических разработок современности².

Не менее примечательно то, что даже, казалось бы, весьма абстрактные юридические конструкции содержат значительное интеллектуальное богатство, а отсюда — существенные резервы (нередко не имеющие альтернативы, уникальные), позволяющие решать сложные демократические и гуманитарные проблемы современности. Так, оказывается, что конструкция «общий принцип с исключением» — и это уже во многом реализовалось в документах о правах человека — представляет собой по сути единственную правовую форму, обеспечивающую перевод на язык права основных гуманитарных ценностей и идеалов. Конструкция «исчерпывающий перечень» уже сейчас (даже без

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 228.

² К приведенным примерам могу добавить свои личные впечатления. При отработке в 1989–1990 гг. юридической конструкции аренды с «вариациями», которая, как оказалось, стала, пусть и на короткое время, весьма эффективным способом приватизации, сама перспектива такого эффекта, могу заверить, в полной мере даже не просматривалась. На соответствующих проработках, проходивших с участием арендаторов-практиков, обсуждались в основном оптимальные сроки аренды, порядок использования амортизационных отчислений, ответственность за утрату и повреждения арендованного государственного имущества, порядок его смены, другие преимущественно хозяйственные проблемы. Порядок же приобретения арендаторами «своей собственности» на производимую продукцию рассматривался всего лишь как «деталь» среди иных стимулирующих мер. Но именно эта «деталь» не только резко стимулировала производственную активность, но и оказалась тем ключиком, благодаря которому начался стремительный процесс преобразования собственности — формирование на базе тотально государственной собственности принципиально «другой» собственности, причем в ее оптимальном варианте, — собственности частной, складывающейся и функционирующей непосредственно в производстве.

углубленной ее проработки) справедливо понимается в законотворческой деятельности как правовая форма, которая может служить преградой к произволу, самовластию чиновников и произвольным действиям иных лиц.

Можно уверенно предположить, что развитие юридической науки и повышение юридической культуры в практической деятельности позволит увидеть существенный интеллектуальный капитал, который заложен во многих других юридических формах, чья ценность раскрывается при решении современных задач. Таких, в частности, как обеспечение независимости и «суверенности» отдельных лиц (при помощи конструкции «абсолютные права» в различных их модификациях) или надежного достижения необходимого социального результата, минуя бюрократические процедуры (при помощи конструкции «автоматического» действия предусмотренных в законе последствий) и т.д.

5. Несколько «почему?». Подытожим. И притом в виде вопросов, которые позволят перекинуть мостик к следующей части книги.

При детальном (и вместе с тем обобщенном, теоретическом) рассмотрении правовой материи оказывается ряд поразительно совпадающих моментов, образующих важнейшую сторону собственной логики права. Причем таких моментов, которые при внимательном анализе права, его юридически совершенных конструкций очевидны, и вместе с тем таких, оснований которых в самой материи права нет. И на вопросы «почему?» при попытках найти суть таких оснований данные о праве сами по себе (даже при широком подходе к правовой материи) не дают ответа, что, по-видимому, может даже породить представление, особенно у тех людей, кто детально не знаком с тонкостями и практикой юридического регулирования, о чуть ли не мистическом характере указанных особенностей права (или о «мистических настроениях» автора, обращающего внимание на такого рода особенности).

В самом деле, почему, спрошу еще раз, право повсеместно, на всех языках мира называется словом, совпадающим по смыслу с русским «право», имеющим во всех своих значениях гуманистический оттенок? И почему в связи с этим своего рода центром материи права (первоначально формировавшейся при неразвитых или отсталых социальных порядках) являются субъективные права? Почему сама по себе правовая материя, в особенности рассматриваемая под углом зрения юридически совершенных конструкций, раскрывает себя как явление высшего человеческого, гуманистического порядка?

А в этой связи разве нет какой-то загадки в том, что правовая материя, как свидетельствуют фактические данные, сопротивляется, протестует против ее использования в реакционных, иных неадекватных праву целях? И когда подобное использование правовой материи происходит, например, при реакционных режимах, она деформируется, не обретает качества «права», становится одной лишь его «видимостью». И, напротив, правовая материя сама идет навстречу гуманитарным ценностям: оптимально отработанные юридические конструкции с такой легкостью («с охотой») воспринимают положения, связанные со свободой людей.

Поставленные выше вопросы («почему?») приобретают еще более основательный характер, если согласиться на основе приведенных данных с тем, что в правовой материи заложена «своя заданность» — цепочки правовых средств объективно выстраиваются от одного из исходных начал правовой материи — юридических дозволений — в направлении субъективных прав, свободы и активности людей.

Более того. Свобода в строго позитивном значении как раз и раскрывается через объективное право и, стало быть, выступает в таком виде и облике (в виде и облике субъективных юридических прав), когда она именно объективным правом «дана». И именно праву «дано» переводить активность людей как разумных существ в творчество, в созидательное дело.

Но если это верно, то наука сталкивается с самой что ни на есть т а й н о й.

Тайной потому, что правовая материя, которая формируется и утверждается по жестким, деловым «императивам цивилизации», притом первоначально всегда при неразвитых социальных системах, непосредственно в «прозе жизни», в практической жизнедеятельности людей, в лабиринтах и круговерти интересов и страстей, в потоке потребностей практики по решению многообразных жизненных ситуаций, сама по себе не содержит оснований, которые бы могли дать удовлетворительный ответ на выше обозначенные «почему».

Неужели перед нами, действительно, нечто мистическое, как может показаться людям, не ведающим о тонкостях юридической материи? Или такое, что уходит своими корнями в явления по ту сторону представлений о природе (предположение, не лишенное известных резонансов; недаром «правовое», и не только на первых фазах своего формирования, неизменно состыковывается с религиозными началами, со «святым», с верой)? Но ведь сверхчувственные, трансцендентные начала касаются совести, добра, раскаяния и Бога, а не самой по себе

свободы во внешних, практических, по большей части сугубо прозаических, грубых отношениях, обители эгоизма и низменных страстей, с которыми имеет дело позитивное право.

Так чем же все-таки объяснить, что материя права по самой своей органике имеет некую гуманистическую «заданность» («заряженность») – целеустремлена к субъективным правам, свободе человека?

И вот вывод науковедческого порядка. Оказывается, общая теория права (даже высокого порядка, способная обрисовать, казалось бы, самую что ни на есть подноготную правовой материи – особую логику права) не содержит научного инструментария, который бы позволил дать ответ на все обозначенные выше «почему?». И прежде всего – раскрыть основания особой логики права, а в этой связи – смысл и предназначение права в жизни людей.

Значит?

Значит, сама суть и научная логика исследования требуют того, чтобы обратиться к следующей, наиболее высокой ступени теоретического освоения правовой материи – к философии права, ее основным проблемам.

Часть третья. Философско-правовые проблемы

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА В ОБЩЕЙ СИСТЕМЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЗНАНИЙ

§ 1. Особенности философского подхода в области права

1. Вершина юридических знаний. По своему месту и значимости в обществоведении философия права представляет собой наиболее высокую по науковедческому уровню ступень теоретического осмысления права, в известном смысле вершину знаний о праве¹.

Наиболее общим образом философию права можно охарактеризовать как область знаний о *праве в жизни людей, в человеческом бытии*, призванную дать м и р о в о з з р е н ч е с к о е объяснение права, его с м ы с л и п р е д н а з н а ч е н и е для людей, каждого человека, обосновать его под углом зрения сути человеческого бытия, существующей в нем системы ценностей. Именно тогда с общеправовой точки зрения удастся, как отмечает А.И. Покровский, показать «биение в них (правовых проблемах. — С.А.) живого общечеловеческого духа, ввести их в круг идейных интересов всякого мыслящего гражданина»².

Таким образом, решающее значение в философии права как вершины юридических знаний имеет ее «мировоззренческий стержень» — мировоззренческое понимание права (по Гегелю — «мыслящая себя идея права», «разумность права»), постижение выраженных в праве ценно-

¹ По мнению Д.А. Керимова, «предмет философии права можно охарактеризовать как разработку логики, диалектики и теории познания правового бытия» (*Керимов Д.А. Предмет философии права // Государство и право. 1994. № 7*). В другой работе Д.А. Керимов видит перспективы философского осмысления права под углом зрения о всеобщих диалектических законах и категориях (*Керимов Д.А. Основы философии права. М., 1992*).

С несколько иных позиций рассматривает философию права В.С. Нерсесянц. Исходя из того, что предметом этой высшей духовной формы познания является «право в его различении и соотношении с законом» (*Нерсесянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. С. 10 и сл.*), он именно под этим углом зрения характеризует основные проблемы философии права.

² *Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 35.*

стей и само право как важнейшую социальную ценность. И поэтому по итоговому своим выводам философия права нацелена на постижение «мирозданческой тайны» права, а отсюда стремится высветить коренную проблему жизни общества — определение места и предназначения права в развитии и судьбе общества, человечества, каждого человека.

По своему содержанию философия права не есть просто интегрированная сфера знаний (как это утверждал автор этих строк в предшествующих работах), охватывающая как философию — по своим основам, так и правоведение — по своему содержанию. Использование философских данных — *общая черта методологии правовой теории*: такое использование приводит к позитивным результатам на всех ступенях общетеоретических знаний. Но если в аналитической юриспруденции философские разработки дают эффект «философского возвышения» догматического материала, а затем философские данные открывают путь к пониманию особой логики права и в этой связи определяют новые подходы в теории, то здесь, на завершающей фазе теоретического осмысления права, раскрываются его непосредственно философские характеристики, смысл и предназначение права в жизни людей.

Таким образом, философия права как составная часть правоведения — это *завершающее звено целостной системы общетеоретических правовых знаний, где реализуются и развиваются на философском уровне данные предшествующих ступеней, в особенности — данные о специфической логике права, и на этой основе разрабатывается собственная философско-правовая проблематика.*

2. «Угол зрения» в философии права. При рассмотрении проблем теории права уже отмечалось, что при переходе от одного уровня теории («аналитической» ступени), юридической догматики) к ступени более высокого порядка («инструментальной» — собственной логике права) вырисовывается свой «угол зрения», высвечиваются новые грани права, в итоге происходит обогащение всей суммы общетеоретических знаний.

Подобное же развитие общетеоретической проблематики происходит и при переходе на новую ступень — на уровень философии права. Так, по вопросу системы права углубление теоретических знаний позволяет не только зафиксировать сам факт деления известных комплексов юридических норм на отрасли права (аналитическая юриспруденция) и не только определить закономерные связи между ними (теория права инструментального уровня), но и в контексте философско-правовой проблематики увидеть, что общие зоны права, право

публичное и право частное, образуют вместе с тем «чистые» основы права в целом [III.13.3].

Еще более заметные метаморфозы происходят при рассмотрении на философском уровне соотношения права и власти. Здесь, на философском уровне, право и власть не только предстают в качестве равновеликих социальных институтов [II.6.3], но как бы меняются местами. Если на ступени юридической догматики явный приоритет имеет государственная власть, а с точки зрения юридической логики право и власть выступают в качестве однопорядковых явлений, то на «философской» ступени правовые начала уже раскрываются как своеобразная основа иных общественных явлений, в том числе и власти (что является решающей характеристикой в понимании категории «правовое государство»).

Нечто близкое, и к тому же прямо-таки строго по диалектическому закону «отрицание отрицания», происходит при рассмотрении проблемы о праве и морали. Мораль на уровне догматической юриспруденции как бы возвышается над догмой права (и право в целом подчас вообще трактуется всего лишь как «минимум морали»), а при освещении логики права его собственное развитие отдифференцируется, «высвобождается» из-под влияния морали и других социальных регуляторов и предстает в собственной плоти как равновеликий с упомянутыми феномен. В области же философии права мораль «возвращается» в качестве высших моральных принципов и идеалов, которые вновь, но теперь на новом, более высоком витке возвышаются над правом — определяют его ценность.

В данной части книги при характеристике права под философским углом зрения, в этих и во многих других общетеоретических проблемах «открываются» новые грани, подчас парадоксальные и в чем-то противоположные тем, которые были зафиксированы на уровне аналитической юриспруденции и даже на уровне инструментальной теории (своеобразной юридической логики).

Какие новые грани? Не будем торопиться. О некоторых из них в общем виде уже сказано. Развернутый же разговор об этом впереди. Сейчас важно отметить лишь то, что *полное* знание о праве, с учетом, разумеется, развития правоведения в данное время, может быть достигнуто только при всестороннем теоретическом осмыслении этого сложного явления в жизни людей на всех ступенях теоретических знаний — под тем углом зрения, который обусловлен обоими уровнями теории права (аналитической и инструментальной теорией), и при том подходе к юридической материи, который вытекает из философии права.

Весьма важно при этом то, что «завершающая», философская ступень теории позволяет поставить точки над *i* – ответить на вопросы, обозначенные ранее как «тайна права» [П.9.3], решить которые теория права как таковая (даже на уровне инструментальной концепции) не в состоянии.

3. «Философское правопонимание» и особенности предмета философии права. Своеобразие проблематики на уровне философии права – все то, что может быть названо *философским правопониманием*, во многом сопряжено со спецификой *предмета* этой области юридических знаний.

На ступени первичных юридических знаний (аналитической юриспруденции, когда общая теория сводится в основном к выведенным за скобки данным отраслевых дисциплин) предмет правопонимания ограничивается главным образом догмой права – формализованными данными о законах, юридических нормах, правовых отношениях, которые необходимы и достаточны для практической юриспруденции. В теории права более высокого порядка – теории инструментальной – понимание права опирается не только на догму права, но и на весь юридический инструментарий – на весь обширный и многообразный комплекс правовых средств, что и позволяет увидеть во всей полноте «свою» своеобразную логику права.

Здесь же, в философии права, предмет правопонимания еще более расширяет свои границы. Ибо оставаясь в рамках одной только правовой материи (юридической догмы или даже всего арсенала правовых средств), принципиально невозможно раскрыть мировоззренческое значение права, его смысл, его историческое назначение¹.

В чем же заключается такое «расширение границ» предмета философского правопонимания?

¹ Представляется важным одновременно заметить, что особенности предмета юридических знаний на различных ступенях теоретического освоения права (вслед за особенностями трактовок права непосредственно в философии или под углом зрения той или иной идеологии) объясняют также столь различные, притом по-своему верные, определения права в науке, принципиальную невозможность сведения их в одну-единственную дефиницию.

Во всяком случае, нужно с необходимой строгостью разграничивать, с одной стороны, рабочие, операциональные определения права как системы общеобязательных норм, необходимые и достаточные в области практической юриспруденции, а с другой – определения, призванные в сфере теории права отразить особенности самобытной, уникальной юридической материи или же на философском уровне высветить смысл и предназначение права в жизни людей, человеческого сообщества. Здесь уже в дефинициях на первое место выступают характеристики, указывающие на то, что право выражает начала свободы, справедливости и т.д.

Сначала вот о каком моменте принципиальной важности. Как бы широко ни рассматривался предмет юридических знаний и сколь бы велика ни была потребность «выхода» за границы самой юридической материи, и *на уровне философии права, рассматриваемой в качестве отрасли юридических знаний, должна сохраниться п о ч - в а п р а в а.*

Не парадокс ли? Выйти за границы юридической материи и в то же время оставаться на почве права, в пределах правовой проблематики!

Все ли корректно в такой постановке вопроса? Да, все вполне корректно.

Дело в том, что наряду с пониманием права в строго юридическом значении (т.е. в значении критерия юридической правомерности, основы и своего рода социального знака того, кто и на что имеет или не имеет субъективные юридические права), категория «право» может трактоваться и в *широком* значении.

О таком широком значении права в предшествующем изложении ранее уже упоминалось (в частности, при характеристике сложных процессов формирования позитивного права – П.6.1). Теперь настало время сказать об этом более обстоятельно. Итак, что это за «широкое» значение права?

Суть вопроса в том, что хотя слово «право» используется в нескольких смыслах, подчас довольно отдаленных друг от друга плоскостях («право» как закон, моральное право, обычное право, корпоративное право, право, диктуемое здравым смыслом, «интеллектуальное право» и т.д.), оно используется везде так, что позволяет оценивать поведение лица с позиции, *имеет или не имеет оно обоснованную, оправданную возможность поступать определенным образом.*

И вот, несмотря на разнообразие, отдаленность областей жизни, где используется слово «право», то общее, что характерно для данного слова (иметь или не иметь обоснованную, оправданную возможность поступать определенным образом), выявляет нечто глубинное, существенно важное, сокровенное для права – то, что таится в самой сути права во всех его значениях, в том числе и права в строго юридическом смысле.

Это глубинное, сокровенное состоит в том, что право при самом *широком* его понимании означает *признаваемую в данном обществе о б - о с н о в а н н о с т ь , о п р а в д а н н о с т ь статуса и определенного поведения людей, в первую очередь обоснованность, оправданность с в о б о д ы (возможности) такого поведения.* Причем обоснованность, оправданность, которые так или иначе *признаны* в обществе, в его *прак-*

тической жизни. Иначе говоря, о праве (в самом широком и одновременно самом основательном смысле этого слова) можно говорить там, где для определенного поведения и поступков, их возможности реально существует, утвердилось и реализуется в жизненной практике *до - с т а т о ч н о е о с н о в а н и е*¹.

Такое глубокое содержание, скрытое в слове «право», схвачено самой надежной и основательной копилкой человеческой мудрости — принятым словоупотреблением (в том числе и строго юридическим значением слова «право»), причем (и это в высшей степени знаменательно) с самых древнейших времен, во всех языках мира.

Хотелось бы привлечь внимание к такой широкой (самой широкой) трактовке категории «право». Именно она, смею сказать, во многих случаях является ключом при решении сложных философско-правовых проблем. Широкое понимание рассматриваемой категории позволяет охватить весь спектр явлений действительности, обозначаемых термином «право» (в особенности — что принципиально важно — естественное право, причем в его соотношении с позитивным правом). И в этой связи позволяет при «выходе за границы» правовой материи оставаться все же «на почве права»².

¹ Не может не привлечь к себе внимания то обстоятельство, что широкая трактовка права (перекликающаяся с суждениями авторов, обосновывающими право через категорию «свобода») находится в одной плоскости с характеристиками самой философии, призванной дать объяснение, обоснование всему сущему. Отмечая эту одноплановость, которая, быть может, станет со временем предметом такого осмысления, которое приведет к выработке высокозначных выводов, надо сразу же указать на существующие здесь принципиальные различия: во-первых, философия раскрывает *с интеллектуальной, мировоззренческой стороны* основания сущего — явлений, процессов, тогда как назначение права давать *социально оправдывающее* основание поведению людей, поступкам с точки зрения *должного*. И во-вторых, философия призвана мировоззренчески объяснять действительность, тогда как право уже «дает» основание и оправдание действиям и поступкам в практической жизни. Кажется, никто не обратил внимания на то, что знаменитые слова Маркса о том, что философы, дескать, призваны не объяснять мир, а изменять его, стали исходной предпосылкой для того, чтобы идеологические постулаты марксизма превратились в действующее революционное право — непосредственное основание для любых, в сущности, акций в отношении общества и людей.

² Помимо всего иного, этот «ключ» открывает путь к тому, чтобы рассматривать юридические вопросы — а это и есть основательный философский подход! — под углом зрения того, что позитивное право определяет и обеспечивает обоснованность, оправданность поведения людей, их статуса и поступков (всего, что охватывается формулой «имею право») с глубоких «мирозданческих» позиций. А отсюда помимо всего иного увидать исходные основы развития философско-правовой мысли, в том числе ее полярных по сути направлений: и того, которое выражает основную и оптимистическую линию развития цивилизации, и, увы, также и того направления, которое стало выражением негативного, тупикового пути развития человечества.

4. Два пути. Со времен античности, когда позитивное право обособилось в самостоятельный и высокозначимый социальный регулятор, обозначились два пути объяснения обоснованности, оправданности поведения людей, определяемых позитивным правом, а отсюда — понимания смысла и предназначения права в жизни людей. Это:

– *этическое (религиозно-этическое) обоснование* действующих законоположений и юридической практики;

– оправдание законов, правосудия через особую категорию — *естественное право*.

Первый из указанных путей — это, казалось бы, вполне органичное направление духовного обоснования права, его смысла и предназначения, особенно в условиях начальных традиционных, застойных цивилизаций (когда долгие века и тысячелетия господствовали цивилизации традиционного типа, где доминируют власть и ритуальная идеология — церковная, ныне в основном — партийная). Именно в этике с того времени и до наших дней находит достаточное основание и поддержку характерная для права во всех его разновидностях категория справедливости — соразмерности, меры, а также сама возможность принуждения людей к соблюдению единых правил, норм.

Этическое обоснование права, лежащее в основе идеологии права, по ряду исходных сторон имеет общечеловеческое значение. Оно в том или ином виде характерно для всех исторических эпох и стран, в принципе для всех мировоззренческих и идеологических систем.

На первых фазах развития цивилизации и в не меньшей степени в теократических, иных религиозных обществах (Средневековья и нынешнего времени) этическая интерпретация права нашла свое воплощение в религиозных представлениях, придавших такой интерпретации значение веры, святости, непогрешимости, порой непререкаемой догмы. Ряд юридических систем традиционных восточных обществ, в том числе мусульманского права, традиционно-индусского, китайского права, в значительной мере вообще, как мы видели [II.5.2], слились с религиозно-этическими верованиями, с господствующими религиозно-философскими представлениями, да и в целом оказались неотделимыми (и внешне слабо отдифференцированными) от институтов духовной жизни данной традиционной цивилизации; в современных условиях — от партийных догм.

Религиозно-этическое обоснование действующих законов, правосудных учреждений и их решений совпало, как это нередко бывает в истории, с потребностями власти, господствующих политических сил. Такое обоснование с этих позиций выразилось в определенной

правовой идеологии и имело в основном апологетический характер: оно безупречно, без какой-либо аргументации оправдывает и даже возвышает любое угодное власти (и церкви) законодательное, административное или судебное решение; или же дает безусловное основание для его блокирования, уточнения, корректировки, либо отмены во имя верности догме. И с этой точки зрения инквизиционный процесс, средневековые юридические порядки, православное оправдание имперского своеволия — вся юридическая практика и действительность той поры представляют собой соединенный продукт и политических реалий соответствующих традиционных цивилизаций, и религиозно-этических верований тогдашних эпох (к тому же, как будет отмечено дальше, с привлечением в условиях Средневековья духовного потенциала естественного права).

Универсальное, хотя в действительности ограниченное, значение для права общих этических (религиозно-этических) начал привело к тому, что постепенно утвердилось и со временем стало общезначимым, очевидным мнение о приоритете этики над правом, в частности о том, что право представляет собой всего-навсего некий «минимум морали».

И еще такой существенный момент. Отмечая в этике и в религии значение некоторого «общего знаменателя» для понимания и объяснения смысла и предназначения права, нужно принимать во внимание, что этические, в том числе религиозно-этические (ныне подчас — партийные) верования, обосновывающие юридические установления и порядки теократических обществ, стали предпосылкой для идеологии права — той ориентации духовно-интеллектуального объяснения права, когда оно «выводится» из метаюридических категорий, мировоззренческих систем, партийных догм и связывается с политико-властными реалиями данного времени. К этому нужно добавить, что такого рода духовно-интеллектуальные формы так и остаются в пределах этики, религии, партийных догм, не образуя особых, самостоятельных ветвей знаний, особых наук.

В т о р о й путь духовно-интеллектуального освящения права, объяснения его смысла и предназначения, ставший на все последующие времена основным направлением основательного и конструктивного его понимания или, во всяком случае, подходов к такому пониманию, — это *объяснение действующих законов и правосудия через категорию естественного права*. Это, как со временем оказалось, и есть *единственно конструктивный путь философского понимания права*. И именно с него в следующей главе этой части книги и начнется освещение философско-правовых проблем.

Таким образом, как на начальных, так и на последующих фазах духовно-интеллектуального постижения права можно отчетливо различить два общих, если угодно, — два генеральных пути такого постижения, которые, порой перекрещиваясь и совпадая, представляют все же разноплоскостные и в этом отношении полярные ориентации в понимании и обосновании права, его смысла и исторического предназначения.

Помимо всего иного нужно отметить, что именно данные пути духовно-интеллектуального освящения права позволяют уточнить особенности научного рассмотрения права, нередко обозначаемые одним понятием — «философия права», а на деле, при известной общности, во многом представляющие различные направления научной и прикладной мысли — философию и идеологию.

§ 2. Формирование философского подхода в области правовых знаний

1. Научные предпосылки. Формирование и развитие философии права как научной дисциплины, представляющей наиболее высокую ступень общетеоретического осмысления права, не есть продукт неких умозрительных логических операций «за письменным столом» по соединению фрагментов философии и правоведения. Это — обусловленное требованиями жизни и логикой указанных областей знаний рассмотрение вопросов права под «мирозданческим углом зрения», т.е., как мы видели, под тем углом зрения, что право призвано определять и обеспечивать *обоснованность, оправданность поведения людей, их статуса и поступков, что и раскрывает смысл и предназначенность права в жизни людей.*

При этом необходимо сразу же отграничить философию права от обычного использования на юридическом материале философских категорий, терминологии и даже целых философских систем. Такое использование — например, «приложение» к праву, к его отдельным фрагментам (субъективным правам, законности, правовой культуре, толкованию права и т.д.) категорий диалектики, феноменологии, экзистенциализма, герменевтики, аксиологии, теории систем — означает в оптимальном варианте обогащение гносеологического, познавательного инструментария при теоретической проработке тех или иных правовых вопросов. Это может дать в юриспруденции известный познавательный эффект, привести к существенному приращению пра-

вовых знаний. Что и было ранее отмечено при использовании философских подходов к юридической догматике [I.2.1].

Еще более значимый эффект наступает при рассмотрении права с точки зрения категорий социальной реальности и теории систем, что во многом предопределило новые подходы к праву [II.3.1].

Вместе с тем и в первом и даже во втором случае использование философских данных не изменило природу, профиль указанных ступеней общетеоретических знаний (разве что общая теория права выступает в двух ипостасях — «аналитической» и «инструментальной» теорий и на втором из указанных уровней теория вплотную подходит, пожалуй, даже требует основательного философского подхода).

К тому же надо взять на заметку и то, что использование данных философии, их «приложение» к правовому материалу может дать и негативный результат — привести всего лишь к спекулятивному догматическому философствованию по правовой проблематике, причем нередко с идеологической подоплекой, или просто к «философско-терминологическому переодеванию» давно известных понятий, результатов исследований, фактов. Справедливо замечено в литературе, что «само по себе применение философских терминов к праву новых смыслов не рождает, оно их только поверхностно множит»¹.

В советском обществе именно последняя из указанных тенденций стала определяющей при конструировании «марксистско-ленинской философии права». Рассуждения о «свободе воли в праве», о «случайном и необходимом» в правоотношениях, о «формах» права представлялись в виде философии права, хотя на деле являлись использованием философских данных в пределах существующих правовых дисциплин и во многих случаях уводили от действительных философско-правовых проблем.

В этой связи представляется существенно важным еще раз отметить то обстоятельство, что если последовательно творческое результативное использование философских положений в правовом материале и приводит само по себе к формированию особой области общетеоретических знаний, то таковой является не философия права, а общетеоретические разработки более высокого уровня. Происходит в данном случае, как мы видели, обогащение и научное возвышение теории права, обретение ею качеств «инструментальной» теории — той обобщающей теоретической правовой науки, исходную фактическую основу которой образуют не только «выведенные за скобки» общие

¹ Малинова И.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). Екатеринбург, 1995. С. 41.

и повторяющиеся данные конкретных юридических дисциплин на уровне юридической догматики, но и вся сложная, многообразная система правовых средств с характерной для нее своеобразной логикой.

2. Единый поток и моменты истины в развитии философско-правовой мысли. Формирование и развитие философии права, выражающей состыковку философии и правоведения, происходит в тесном единении со всей философией и правоведением, с историей философской и правоведческой мысли в целом.

Как справедливо отмечено в современной философской литературе, предметом философии права «...является методологический универсализм правовой науки, рефлексия ее духовных оснований, полный контекст которых не может быть прерогативой какой-то избранной философской системы»¹.

История духовной, интеллектуальной жизни общества в наше время – Новейшая история (начиная с возрожденческой культуры, особенно эпохи Просвещения) свидетельствует, что шаг за шагом мыслители-философы и теоретики права, освобождаясь от обаяния мифологии, императивов и иллюзий правовой идеологии, отвоевывали крупницы, а то и целые обширные блоки знаний на пути постижения права как «мирозданческого» явления, его природы и особенностей, его смысла с точки зрения основ человеческого бытия.

И вот тут отчетливо вырисовывается *единый поток* в формировании и развитии философии права. Причем такой единый поток, который имеет *два направления или ответвления* (они нередко далеко отходят один от другого, но в конечном счете все же сходятся в едином русле).

Основу первого направления этого единого потока образуют *развитие и углубление философских идей*, затрагивающих явления в области права. Здесь при всем разнообразии философских систем и методологических подходов к действительности философская мысль движется и развивается в направлении постижения и утверждения в области права гуманитарных ценностей.

И этот факт в высшей степени знаменателен! Значит, если верны только что высказанные утверждения, существует нечто основательное, таящееся в самих недрах человеческого общества, основах бытия человека, что императивно заставляет человеческую мысль склоняться, неотвратимо двигаться в русле такого направления. И это значит также, что именно в таком направлении, его тенденциях и итогах кроется Истина в философском постижении права.

¹ Малинова И.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). С. 4.

Философски высокозначимые положения в этом направлении развития философско-правовой мысли не всегда сформулированы в качестве отвлеченно-философских, как это характерно для суждений мыслителей эпохи Просвещения. Они по большей части не выделены в обособленные сочинения (у Канта и ряда других крупных мыслителей, например, они в отличие от гегелевской «Философии права» рассыпаны в нескольких сочинениях, причем главным образом философско-публицистического жанра). Но как бы то ни было, именно из целого ряда философских положений, а порой из крупиц разнопрофильных взглядов, которые и надлежит с необходимой корректностью вычленять в науке, образуется исходная основа философских взглядов в правоведении.

Другое направление в развитии философии права — это *углубление аналитической юриспруденции, юридической мысли и на уровне юридической догматики, а затем, уже в нынешнее время, также и на уровне всего комплекса правовых средств, специфической логики права.*

Эти два направления развития познавательного человеческого духа в области правовых знаний начиная с эпохи Просвещения, несмотря на отмеченный ранее «разрыв» [1.2.2], стали со временем «входить в контакт», сближаться, перекрещиваться, накладываться друг на друга, интегрируясь либо в отдельные философские разработки догмы права, либо в единую целостную концепцию (такую, как концепция правовых средств), либо непосредственно в философско-правовую проблематику (философию права). Сближение и тем более интеграция двух основных направлений единого потока развития философских знаний в области права далеко не всегда дают о себе знать с достаточной определенностью, очевидностью. Этот процесс во многом подспудный, проявляющийся в виде *тенденции.*

Вместе с тем единый поток мыслей и идей, философских и правоведческих, отличающийся в целом постепенным «вхождением в контакт», взаимообогащением, порой как бы взрывается бурным развитием, прорывами в постижении истины. И как раз в таком «взрывном» развитии порой происходят своего рода *озарения*, счастливые для человеческого духа, разума мгновения, когда в области рассматриваемых в этой книге знаний встречаются размышления и идеи крупных мыслителей из обоих сближающихся направлений — и из философии, и из правоведения.

Такими озарениями в философском постижении права, ключевыми звеньями — звездочками в раскрытии его смысла и предназначения стали, на мой взгляд, идеи двух мыслителей последних столетий — Иммануила Канта и Иосифа Алексеевича Покровского.

3. Идущие навстречу друг другу. То обстоятельство, что два «имени», имеющие отношение к философии и праву, поставлены не только в одну строку, но рядом (притом только они одни!) наверняка покажется читателю неожиданным и странным, выдающим сугубо личные авторские пристрастия.

Что ж, личностный момент здесь присутствует. Быть может, скажем так, очень личностный (автор этих строк – давний, сообразно даже семейной традиции почитатель философии И. Канта и одновременно ученик правоведов-цивилистов, которые, в свою очередь, были если не сотрудниками, то также учениками и последователями И.А. Покровского при его жизни). Но главное здесь – основания принципиально научного порядка, впрочем, также отражающие, не скрою, особенности авторских взглядов на правовую материю, правовые ценности. И в этой связи должен заметить, что сделанный в этой книге выбор «имен» и сопряженное с ними видение философско-правовой проблематики не претендуют ни на исключительность, ни на то, чтобы хотя бы в малейшей степени умалять значимость иных научных подходов, опирающихся на идеи других мыслителей, быть может, также отражающих состыковку взглядов, идущих навстречу друг другу «от философии» и, с другой стороны, «от правоведения», или иным путем интегрированных в целостную систему философско-правовых взглядов.

Но вернемся к Канту и И.А. Покровскому.

Да, Кант и И.А. Покровский – мыслители и люди очень разные. Далекие по времени эпохи, Кант – конец XVIII, И.А. Покровский – начало XX в. Дистанция – полтора столетия. Несоизмерим общественный статус. Один, Кант (1724–1804), – великий философ, основатель немецкой классической философии, уже при жизни признанный гением философской мысли – заслуженное признание, сохранившееся до сей поры. Другой, И.А. Покровский (1868–1920), – чуть ли не рядовой зав. кафедрой, профессор-правовед, до сей поры не очень-то известный в мире, специалист по одной из отраслей юридических знаний – цивилистике, даже сейчас, в нынешней России, когда на шит поднимаются все заметные дореволюционные юристы, далеко не всегда упоминаемый нашими коллегами-гуманитариями, да и нами, современными специалистами по правоведению¹.

¹ Блестящую вступительную статью к основному труду Иосифа Алексеевича Покровского очень точной характеристикой его выдающегося вклада в науку, оценкой его современного звучания, замечательного облика ученого и гражданина предпослал современному переизданию этого труда А.Л. Маковский (см.: *Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права*. С. 3–32).

В то же время Кант и И.А. Покровский в чем-то необыкновенно важном очень близкие, на мой взгляд, наиболее близкие (во всяком случае по философско-правовой проблематике) мыслители. И даже люди. Скромная профессорская жизнь в университетах, фанатичный творческий труд, без претензий на посты, чины, на близость к властным персонам. И, увы, тяжкий уход из жизни — у одного в мученической болезни, угасании интеллектуальных сил, у другого в житейской мученической жизни в пору военного коммунизма, у порога дома с вязанкой дров за плечами.

Наконец, роковая схожесть в судьбе творческих свершений в области философии права: гигантская кантоведческая литература до сих пор не отдала должного великому немецкому философу именно по вопросам права. А имя И.А. Покровского, опубликовавшего свой главный труд в июне 1917 г., за несколько месяцев до Октябрьского большевистского переворота (ужас которого по сути дела и предрекала книга профессора-цивилиста), было растоптано большевиками, предано забвению.

Между тем возьму на себя ответственность сказать, что нет ни одного философа последних двух столетий и нет ни одного юриста нынешнего века, которые бы — как Кант и И.А. Покровский — каждый со своих творческих позиций «сблизили» с мировоззренческой стороны философию и правоведение и разработали бы столь глубокие фундаментальные философско-правовые идеи для понимания смысла и назначения права в жизни людей в современную эпоху — эпоху, будем верить, утверждения последовательно демократических, либеральных цивилизаций, свободы, благополучия и солидарности людей.

Не потому ли это произошло, что оба мыслителя, жившие в далекое друг от друга время, оказались в переломные годы: один (Кант) в годы Великой французской революции, открывшей эпоху либеральных цивилизаций, другой (И.А. Покровский) в годы, когда капитализм, не облагороженный началами гуманизма и права, попал в полосу углубляющегося кризиса, стал все более и более заходить в тупик? И не потому ли — дополнительно отмечу момент, с моей точки зрения, высшей важности — их идеи столь общественно значимы, что Кант и И.А. Покровский хорошо, досконально знали (если угодно, «ощущали») право, его конкретику, данные и достижения юридической культуры. И потому своим творчеством подтвердили определяющую черту философии права как особой области знаний — к одним и тем же ценностям и идеалам шли оба мыслителя. Только один «сверху» — с высот философской мысли, другой — «снизу», из самой толщи юридической материи, живого юридического бытия. А итоговые выводы, в сущности, одни и те же.

Отсюда — единство взглядов Канта и И.А. Покровского по ряду принципиальных философско-правовых проблем (таких, как понимание позитивного права как жесткой реальности, признание высокой значимости «закона», его единства с правом, выводы о самоценности человека, намного опередившие время). И главное — у того и другого мыслителя есть центральный пункт в идеях, которые красной нитью проходят через их воззрение на право. Это — *правовая оценка личности, отдельного человека, его достоинства и высокого статуса*.

У Иммануила Канта такой подход стал основой его грандиозной идеи о праве человека как объективном праве (об этом речь впереди). У Иосифа Алексеевича Покровского этот же самый пункт в научных воззрениях получил развитие в виде углубленной трактовки положений о правах человека, раскрывающейся «в праве на самоценность личности», «в праве на ее индивидуальность»¹. Важность этой идеи, до сей поры совершенно недооцененной в науке и юридико-политической практике (как и то обстоятельство, что Покровский, на мой взгляд, наиболее последовательный и строгий среди всех своих знаменитых коллег на юридическом поприще сторонник истинно либеральных взглядов в современном их понимании), подкрепляется тем, что «право на индивидуальность», по И.А. Покровскому, органически — и это опять-таки в духе Канта — сопряжено со «свободой внутреннего нравственного бытия человеческой личности»².

Скажу больше — именно И.А. Покровский, как никто другой из правоведов, разработал научные положения по правовой проблематике, которые дают развернутый ответ на вопрос об основаниях с юридической стороны той самой высокой в истории юридической мысли оценке права, когда Кант говорит о нем как о «цели общества».

И еще один штрих в творчестве И.А. Покровского, имеющий, быть может, значимость, увы, непонятого наперед сказанного предупреждения нашим нынешним радикальным реформаторам, возмечтавшим одним прыжком по-большевистски при помощи силы власти оказаться в «настоящем передовом капитализме» (стыдливо именуемом «рынком» и оказавшемся на деле капитализмом нагло-разбойничьего, криминального типа). Это — необходимость единства действительной свободы человека и настоящей человеческой солидарности *на основе права*. Идея подлинной человеческой солидарности («соли-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 121.

² Редькин П.Г. Из лекций по истории философии права в связи с историей философии вообще. СПб., 1989. С. 395–396; Малинова И.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). С. 14–17.

дарности» не по Л. Дюги, отрицавшему субъективные права вообще, а настоящей, истинно человеческой солидарности по И.А. Покровскому, III.16.5) также так и осталась неоцененной в науке. Хотя — надо заметить — практически после Великой депрессии, поставившей капитализм на грань тотальной катастрофы, и после Второй мировой войны, предотвратившей деградацию и истребление человечества тоталитарными режимами, именно она, идея действительной человеческой солидарности, вместе с идеей верховенства права воистину в кантовском его понимании практически и восторжествовала (пусть и не во всем и не всегда последовательно) в передовых ныне процветающих демократических странах.

4. Еще о концепции. Как уже отмечалось, формирование философии права — процесс исторически долгий, по большей части подспудный, спонтанный, лишь порой отмеченный счастливыми озарениями. Когда же, спрашивается, при наличии каких условий использование философских идей и данных правоведения дает наиболее значимый науковедческий эффект — формирование и развитие философии права как особой научной дисциплины правоведческого профиля?

Здесь при ответе на поставленный вопрос необходимо прежде всего утвердиться в том, что *философия права — не только идеи, но и реальная правовая жизнь, через которую философско-правовые идеи не просто уточняются, корректируются, а формируются, реально существуют, наличествуют, утверждают влияние на общественную систему.* А это в немалой степени зависит от состояния и стадии развития цивилизации, данного общества, реальной потребности общества в утверждении тех или иных идеалов, ценностей¹.

¹ Известно, например, что замечательный философ Фихте дал настолько точную, изящно-философскую разработку категории прав человека и — что особо существенно — их особенностей как категорий естественного права (см.: *Фихте И.Г.* Соч. В 2 т. Т. 1. СПб., 1993. С. 15–30), что, казалось бы, они уже в то время, на пороге XVIII–XIX вв., должны были бы образовать основополагающую часть философии права как особой, высокозначимой науки.

Однако прошло почти полтора столетия, прежде чем в условиях развивающейся либеральной цивилизации сама реальная, «живая» действительность и соответствующий ей правовой материал в 1950–1960-х гг. обусловили резкое возвышение гуманистического права на основе фундаментальных прав человека (характеристика которых чуть ли не пункт в пункт совпадает с давними философскими разработками Фихте).

Только тогда, когда «пришло время» и накоплен достаточный правовой материал, который по самой органике требует соединения со своей философской основой, наступает необходимый науковедческий эффект — происходит формирование и развитие философии права.

Главное же здесь вот что. Интеграция философских идей и данных правоведения нуждается не только в том, чтобы соответствующие философские и правоведческие знания достигли известной «критической массы», но и в том, чтобы в самой этой интеграции виделись центральное звено, ее стержневой пункт. И в этой связи она носила *концептуальный характер*, строилась на определенном методологическом подходе.

Суть такого методологического подхода, по замыслу автора данной книги, — в том, чтобы философско-правовые разработки были *органически увязаны с непосредственно живым правовым материалом*, его содержанием [I.2.4] и — что особо существенно — с его *специфической логикой*, и, более того, чтобы выводы из таких разработок *непосредственно вытекали из правового материала* (а не были «навязаны» некими сверхценными метаюридическими категориями).

Стало быть, как философские основы, так и углубленные юридические разработки должны реально, «по факту» *с о м к н у т ь с я, с о й т и с ь* — *встретиться в одном высокозначимом пункте*, раскрывающем смысл и назначение права в жизни людей.

А это — два *встречных процесса* (и материал настоящего исследования претендует как раз на такого рода разработку).

Один из них — это углубленный анализ первоосновы позитивного права — права естественного, понимание закономерных процессов его развития, развертывания и утверждения тех его главных ценностей, которые в современную эпоху призваны стать фундаментальной мировоззренческой основой философии права.

Другой встречный процесс — понимание особенностей юридической материи, а главное — характерной для нее «собственной» логики [II.9.2]. Логика, неуклонно ведущей к таким правовым средствам, юридическим конструкциям, типам и формам регулирования, которые основываются на субъективных правах, юридических возможностях и позволяют субъектам права строить поведение в соответствии со своей волей и интересом.

Вот тогда-то (сообразно рассматриваемой концепции) и получается, что фундаментальные мировоззренческие положения философского порядка *непосредственно вытекают из научных данных, выражающих особенности, а главное — логику правовой материи как объективной реальности*. Или — что то же самое — своеобразие юридической материи, все более постигаемое в углубляющихся характеристиках юридической науки, *находит свое обоснование в философских данных как в своей духовной, мировоззренческой основе*.

В итоге же перед нами оказывается материал целостной интегрированной области философско-правовых знаний. И в этом материале мировоззренческие данные, образующие основу философии права, не просто перекликаются, а *находятся в единстве, в гармонии с логикой правовой материи*, что и раскрывает глубоко человеческий смысл и историческое предназначение права.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ ПЕРВООСНОВА

§ 1. Естественное право: основные характеристики

1. О широком понятии права и понятии «естественное право». Исторические предпосылки, предшествующие формированию философии права как особой области знаний, свидетельствуют: философское осмысление правовой реальности началось с разграничения права на естественное и позитивное (положительное), с того, что само это разграничение сориентировало на поиск основ права в естественной жизни людей, в «человеческой» сути их бытия.

Еще во времена античности в древнегреческой мифологии такое направление научной мысли нашло отражение в представлениях о взаимоотношениях и деяниях Зевса, Фемиды, их дочерей — Дике, Эвномии, в которых древнегреческая мысль видела два начала — право по природе и право по человеческому установлению. И оно, это направление научной мысли, прошло через все последующие эпохи и века (кроме, пожалуй, регионов и времени господства идеологии коммунистического права, да и то в деформированном и идеологизированном виде оно в какой-то мере в облике постулата о «базисе и надстройке», наличествовало и там). Как свидетельствует И.А. Покровский, «идея естественного права тянется непрерывно через всю историю умственного развития Западной Европы» и «особенную глубину и интенсивность естественное-правовое настроение... приобрело в XVII и XVIII вв. — в эпоху, которой и дается по преимуществу название эпохи естественного права»¹.

Эти данные весьма многозначительны. И с последовательно науковедческих позиций есть основания полагать, что переход от специально-юридических проработок догмы права и от «социологии» к мирозданческому пониманию права и, стало быть, действительно фило-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 62.

софское осмысление правовой действительности начинается именно тогда, когда мысль исследователя от очевидных фактов социальной жизни (сам факт бытия права как реальности, воля государства, обычаи и нравственность, классовая борьба и др.) обращается к глубинам естественной жизни людей — к естественному праву, праву по природе.

А ключевые вопросы здесь в общем-то и очевидны, и многозначительны. Это: оправданно ли вообще говорить о «естественном праве» именно как о *праве* и почему все же «право по природе» с самого начала возникновения рассматриваемой идеи и поныне обозначается этим словом? При ответе на подобного рода вопросы оказывается, что, по всем данным, такое обозначение сопряжено с уже подробно охарактеризованным ранее положением — с *единым для всех случаев смыслом термина «право» в широком значении этого понятия*.

А это значение, как уже отмечалось ранее [III.10.1], выявляет как раз самое глубинное, существенно важное, сокровенное для права — то, что таится в самой его сути. То, скажу еще раз, что дает признаваемую в данном обществе, его практической жизни *обоснованность, оправданность статуса людей, их определенного поведения, свободы (возможности) такого поведения* — словом, достаточное *основание поведения и поступков людей*.

С этой точки зрения весьма примечательно, что именно такое широкое понимание слова «право» со времен античности во все последующие времена связывается именно с природой, с естественно-природными основами «правового» вообще. И что в этой связи не только юридическое обоснование (в виде закона), но и другое достаточное обоснование поведения людей, и прежде всего естественное, «по природе», стало именоваться словом «право»¹. И, следовательно, именно *естественное право изначально стало выражением и носителем «самой» философии права в реальном жизненном бытии — того значительного смысла, который выражает достаточную обоснованность статуса людей, людского поведения, поступков*.

2. Естественное право — исходное звено философского осмысления права. Итак, выделение права по природе — естественного права, существующего наряду с юридически действующим правом («позитивным», «положительным»), дает толчок к такому направлению мысли и творческого поиска, которое сориентировано не на «выведение» права из неких заданных ценностей — этических, религиозно-этических, идеолого-

¹ На то, что широкое значение права и характеризует естественное право, обратил внимание Ю.Я. Баскин (см.: *Баскин Ю.Я. Очерки философии права*. С. 43–44).

партийных и даже не из некоей мировоззренческой системы, а на нахождение его основ, корней в самой «природе», в реальной жизни людей.

Вполне обоснованно поэтому естественно-правовая ориентация мысли и научного поиска стала в философии, за исключением крайних, сугубо позитивистских или идеологизированных разработок, своего рода «общим местом».

При такой оценке естественного права нужно учитывать, что эта категория в тех сторонах и характеристиках, в которых она, начиная с античности, обрисована в науке, — явление многоплановое и к тому же получающее различную научную интерпретацию¹.

И вот здесь при всем многообразии взглядов по рассматриваемому вопросу необходимо с должной четкостью различать естественное право как:

- а) категорию методологического порядка; и
- б) реальный факт социальной действительности.

И хотя указанное разграничение носит в какой-то мере условный характер (методологическое значение естественного права основано на его действительной роли как реального феномена в жизни общества), оно позволяет подойти к основному вопросу — о содержании и динамике развития естественного права, развертывания его основных ценностей.

Рассмотрение естественного права как методологической категории привносит в науку именно то, что призвана дать методология, т.е., наряду со специально-научными методами познания (математическими, социологическими и иными), прежде всего — общий подход к явлениям правовой действительности. Именно отсюда следует, что истинно *философское видение правовых явлений — это и есть в первую очередь их рассмотрение под углом зрения естественного права.*

На что же ориентирует мысль естественно-правовой подход к явлениям правовой действительности? Основное, что характеризует достоинства подхода к правовым явлениям с позиций естественного права, заключается в том, что таким путем оказывается возможным выйти из замкнутого круга одних лишь сугубо юридических явлений и непосредственно с ними связанных (еще с «эпохи мононорм») феноменов — этики, религии, иных верований и догм, и увидеть *реальные основы*, точнее, быть может, — *предосновы (предпочву) права*². Причем такие основы или

¹ Об основных значениях категории «естественное право» и об основных взглядах по этому вопросу см.: *Четвернин В.А.* Современные концепции естественного права. М., 1988.

² И.А. Покровский справедливо замечает, что даже при простом применении права возникает этическое чувство — справедливо — несправедливо. «На почве этого эле-

предосновы, которые действительно имеют для законов, правосудия, всех юридических явлений определяющее, базисное значение.

Ведь человек, все люди, сообщества людей живут в природных, социальных и иных сложившихся и потому «естественных» условиях своего бытия, которые являются для них твердыми, естественно-императивными и которые с этой, естественной, стороны объясняют, обосновывают, оправдывают их поведение, поступки и, следовательно, могут быть обозначены словом «право» в указанном ранее широком значении, т.е. в значении признаваемой в данном обществе, его практической жизни обоснованности, оправданности свободы (возможности) определенного поведения людей.

Весьма знаменательно, что даже с позиций современной этологии — науки о поведении («нравах» и «обычаях») живых существ вообще — одно из основных достижений цивилизации — демократия «родится из естественного права (естественного права! — так прямо и говорят специалисты из области естественных наук)»¹, выражает и требования разума, и императивы врожденных инстинктивных программ поведения — «желание быть свободным, потребность иметь собственность»².

Таким образом, суть идеи естественного права с методологической стороны заключается в том, что наряду с правом, созданным людьми и выраженным в законах, в судебных решениях, иных источниках («позитивным правом»), существует естественное право — *сумма требований, по своей исходной основе непосредственно, без какого-либо прямого людского участия рожденных самой натуральной жизнью общества, «природой», «естеством» человеческого бытия, объективными условиями жизнедеятельности, естественным ходом вещей.* Причем, именно таких требований, которые *дают обоснование, оправдывают определенное поведение человека.* К числу таких требований относятся, например, право на эквивалент в хозяйственных делах, право первенства, право старшинства, право народов на определение своей судьбы и т.д.

ментарного этического чувства постепенно развивается философская рефлексия, которая уже в античном мире приводит к зарождению идеи так называемого е с т е с т - в е н н о г о п р а в а. Праву действующему и положительному, которое считается продуктом произвольного человеческого установления, противопоставляется право естественное, *jus naturale*, представляющееся отражением абсолютного мирового разума или правящей миром божественной сущности.» Под углом зрения естественного права «перед человеческой мыслью разворачивается целый ряд вопросов совершенно иного порядка, чем те, с которыми имеет дело догматика права» (*Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 61*).

¹ *Дольник В. Непослушное дитя биосферы. М., 1994. С. 168.*

² Там же.

Именно здесь, в идее естественного права, и находит выражение жесткая (и с этой точки зрения вполне природная, естественная) зависимость права от внешних факторов, от всего того, что образует человеческое бытие, в том числе и от «экономического базиса», как считал Маркс и ныне считают его приверженцы, и от разумных начал нашей жизни, с которыми, как мы увидим, связана сама суть человеческого бытия — свобода людей.

Стержень идей естественного права — требования жизнедеятельности людей как *разумных* существ. Отсюда, в частности, само их обозначение в качестве требований именно «права», стало быть, таких, которые обоснованны, оправданны в данных жизненных условиях с позиций господствующего миропонимания.

Вместе с тем на первых фазах человеческого бытия, в древние да и средневековые эпохи в качестве «естественных» нередко понимались (а подчас понимаются и ныне) более или менее облагороженные, сообразно представлениям тех эпох, требования, основанные на непосредственно естественном состоянии, порой — биологических императивах зоологического порядка, что в какой-то мере оправдывало, например, институты кровной мести, талиона. Лишь на более поздних стадиях развития человеческого общества — в какой-то мере в правовых институтах античности, но в особенности в Новейшей истории, на основе возрожденческой культуры в условиях Просвещения раскрылся глубокий, истинно человеческий смысл естественного права, отвечающий сути разума, — свобода человека, его достоинство, высокое положение в обществе, во всем мироздании.

Как это нередко случается в духовно-интеллектуальной жизни общества, положения, продиктованные упомянутыми естественными требованиями, а значит, здравым смыслом и наукой, такие, как положения о естественном праве, во многих случаях попадают в орбиту идеологии, этико-религиозных верований, иных верований и догм, претендующих на универсальность философских систем.

Это и случилось — как свидетельствует история духовно-интеллектуальной жизни людей — и с положениями о естественном праве. Они получали подчас сугубо этико-религиозную трактовку¹, особую интерпретацию с точки зрения той или иной религиозной или философской

¹ Этим, пожалуй, объясняется то обстоятельство, что «мысль о том, что естественное право является источником юридических норм и что оно призвано восполнять, а то даже исправлять позитивное право, — эта мысль приобрела в средневековой юриспруденции гораздо большую распространенность, чем это было в римском праве» (*Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. С. 62).

системы. В них некоторым мыслителям виделись проявления религиозных, божественных начал или же абсолютного духа, принципов идеальной жизни (что при такой трактовке, возможно, и предопределяет отрицательное отношение к идее естественного права некоторых авторов¹). Или такие же особенности, которые характерны для позитивного права, т.е. построение в виде некоей, наподобие юридической, «системы норм», будто бы параллельной системе норм позитивного права (и якобы превосходящей последнюю по своей силе в жизненной практике). И в этом отношении справедливы суждения Ю. Хабермаса, который стремится избежать того, чтобы «приходилось укоренять права людей в некоем фиктивном естественном состоянии»².

Вот почему значение естественно-правового подхода как метода раскрылось, пожалуй, лишь после того, как соответствующая идея отделилась от религиозных представлений — процесс, который в какой-то мере наметился в античности, «проскочил» в виде некоторых фрагментов при освещении многомерности права во взглядах Ф. Аквинского, его сторонников и последователей, но в полной мере раскрылся в воззрениях на естественное право Гоббса и Спинозы³.

Именно тогда оказалось возможным увидеть действительное «базисное» значение естественного права при характеристике и понимании явлений правовой действительности, позитивного права. Подход тем более значимый, что он позволял освещать и оценивать правовые явления не с точки зрения умозрительных конструкций, идеологических постулатов, одних лишь неземных фантомов, а через *однопорядковую категорию — право*, да притом такое «право», которое прямо обусловлено жизнью, реальными жизненными процессами.

Теория естественного права стала по сути дела первой в истории философско-политической мысли предельно простой, сквозной, прошедшей через века и эпохи идей, направленной на то, чтобы просто-напросто сообразно здравому смыслу и требованиям науки связать право с естественными началами жизни людей как разумных существ, с естественной средой, с человеческим бытием.

¹ По мнению В.Н. Кудрявцева, «на привычной для нас материалистической почве трудно возродить идеи естественного права» (см.: *Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Государство и право. 1994. № 3. С. 7*).

² *Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 35.*

³ По мысли Б. Спинозы, право природы следует понимать как «законы или правила, согласно которым все совершается, т.е. самую мощь природы. И потому естественное право всей природы и, следовательно, каждого индивидуума простирается столь далеко, сколь далеко простирается их мощь» (*Спиноза Б. Избранные произведения. Т. 2. М., 1957. С. 291*).

Именно поэтому естественно-правовые взгляды стали не только своего рода «общим местом» и само собой разумеющимся исходным пунктом в действительно основательных, глубоких философских трактовках права, но и одним из наиболее значительных завоеваний гуманитарной мысли в истории человечества, свершением и своего рода «открытием» человеческого духа.

Естественно-правовой подход при рассмотрении вопросов права имеет существенное методологическое значение еще и потому, что требования естественного права имеют свойства, близкие к свойствам явлений природного, естественного порядка. А именно – безусловная непреложность, категоричность, неподвластность конкретным ситуациям, в том числе произволу, усмотрению отдельных лиц, неотвратимость спонтанного наступления отрицательных последствий при игнорировании естественно-правовых требований.

В реальном человеческом бытии некоторые элементарные требования жизнедеятельности (такие, как императивы эквивалентности при обмене, «старшинства», «первенства», «очередности») действительно довольно прочно утвердились в виде непреложных, безусловных, категорических. Отсюда – выводы, имеющие существенное значение для позитивного права, для понимания его особенностей, необходимых качеств в его развитии. Проникновение естественно-правовых требований в содержание позитивного права должно рассматриваться в качестве такого процесса, который призван придать действующему правопорядку необходимую твердость, непререкаемость и, следовательно, обеспечивать при помощи правопорядка большую определенность, строгость и надежность в людских взаимоотношениях, в поведении людей, причем такую определенность и строгость, которые обусловлены природой.

Более того, с опорой на положения, разработанные Шеллингом, в идеале, отвечающем потребностям гражданского общества, правопорядок должен стать «явным и неизменным» – таким, обратим внимание на последующие слова, *как и «законы природы»* (курсив мой. – С.А.)¹. Именно такая характеристика правопорядка, который должен образовать «вторую природу», – характеристика, основанная на естественно-правовом подходе к юридическим явлениям, есть важнейшая методологическая предпосылка для выработки основополагающей категории современного права – правозаконности.

Перейдем теперь к характеристике естественного права как *р е а л ь н о г о ф а к т а* социальной действительности.

¹ См.: Шеллинг Ф.В. Соч. Т. 1. С. 447.

3. Естественное право как идеи разума. Достаточно точное и строгое понимание философской сути права может быть достигнуто в том случае, когда оно рассматривается не только под углом зрения естественно-правового подхода как методологического принципа, но и в прямом сопоставлении с естественным правом как *р е а л ь н ы м ф а к т о м* социальной действительности, т.е. с онтологической его характеристикой.

Решающее значение при рассмотрении естественного права как факта социальной действительности имеет мысль Канта о том, что в конечном итоге оно представляет собой *идеи разума* (и вместе с тем «образца для нас»).

Но как понимать эту мысль философа? Ведь исходный пункт при освещении естественного права как факта социальной реальности — другой, во многом, так сказать, материалистический, «природный» в самом непосредственном значении. Более того, непосредственно природная, естественная жизнь вообще лишь в глубоких своих слоях (об этом разговор дальше) может проявиться как некое «право», понятно, в самом широком значении этого слова.

Реально же в практических отношениях из непосредственно природной, естественной жизни могут вытекать только определенные *требования*. Да и то, надо заметить, они выступают в таком виде (явлений, которые что-то «требуют») лишь с помощью категорий духовной жизни, сознания людей. Именно тогда определенные стороны и проявления естественных, природных реалий в фактических практических отношениях — в силу своей непреложности, природной категоричности, возможности наступления неблагоприятных последствий при отступлении от них — обнаруживают себя и воспринимаются людьми как «требования». А затем на их основе складываются известные идеалы, которые в свою очередь становятся, по выражению Канта, прообразами определенных правил, норм (и являются таковыми до «полного определения своих копий»¹).

Но и это еще не все, что характеризует многоступенчатый механизм становления и содержание естественного права. Сами по себе требования, вытекающие из естественной среды, — это еще не правовые требования и идеалы. Для того чтобы приобрести правовой характер, они должны *преломиться через правосознание*, прежде всего — понимание права в широком значении этого слова, его культурные коды (его понятийный аппарат и лексику). Только тогда вытекающие из есте-

¹ Кант И. Соч. В 6 т. Т. 3. М., 1964. С. 502.

ственной среды требования приобретают облик *правовых* требований и складывающиеся в соответствии с ними прообразы правил — характер *п р о о б р а з о в* *юридических норм*. Такого рода правовые требования и составляют непосредственное содержание естественного права.

И именно здесь решающую (интегрирующую) роль играет *разум*, который переводит объективные требования жизни в правовые требования, правовые идеалы и прообразы норм. Именно они в итоговом своем значении и выступают в качестве идей разума, а отсюда и образца для нас, для нашей практической жизни, в том числе (и прежде всего) для позитивного права — внешнего регулятора поведения людей.

Естественное право, следовательно, — это и есть обусловленные природной и социально-естественной средой требования и идеалы, которые, *преломившись при помощи разума через правосознание, его культурные коды, приобретают характер идей разума, а отсюда — правовой облик и в соответствии с этим выступают в виде правовых требований и прообразов (или в ином словесном эквиваленте — п е р в о образы) юридических норм* — норм позитивного права. А это, помимо всего иного, объясняет то обстоятельство, что значение первоосновы права, притом именно под углом зрения естественно-правовых воззрений, приобретает и разум [III.14.1–2].

Наиболее полно и выразительно значение естественного права как идей разума проявилось в эпоху Просвещения и в последующее время, когда естественное право «развернулось» своими основными социальными ценностями и когда (во многом в этой связи) началось и реально происходило становление гуманистического права, утверждение в реальной жизни таких «идей разума», как принципы народо-властия, неотъемлемые права человека.

4. Естественное право в соотношении с позитивным правом. Исходный пункт, на который уже ранее обращалось внимание, здесь таков. *Само по себе естественное право н е м о ж е т (не должно по самой своей сути) выполнять функции, присущие позитивному праву, — выступать в качестве общеобязательного регулятора поведения людей, непосредственного критерия юридической правомерности или неправомерности этого поведения (со всеми вытекающими отсюда императивными, государственно-властными последствиями).*

Иначе ни о какой законности, ни о каком верховенстве права в обществе не может быть и речи. По своему «материалу», по своей органике требования естественного права как таковые непосредственно, ближайшим образом выражаются и в какой-то мере институализируются в морали, в обычаях, в религиозных, иных идеологических положениях.

Указанные императивы соотношения естественного и позитивного права имеют безоговорочно абсолютный характер. Во всяком случае, для общества, в котором утвердились основы правопорядка (возможность и механизмы юридического опосредствования жизненных ситуаций, «требующих права» — I.6.2). Лишь на начальных стадиях формирования общества, да в условиях «слома эпох», можно признать допустимым непосредственное действие требований естественного права в виде норм морали, иных более или менее институализированных форм, но только до того момента, пока не вступят в действия нормы позитивного права (в настоящее время это характерно для действия неотъемлемых прав человека).

И это вовсе не умаляет роли естественного права в социальном регулировании. Непосредственно выражая требования и идеалы, основанные на природных, естественных условиях жизнедеятельности людей, оно в виде идей разума (а на нормативном уровне — в виде требований морали, обычаев, идеологических императивов) выступает в качестве известного *базисного основания позитивного права*, его своего рода предосновы.

Здесь мы встречаемся с такой особенностью позитивного права, к которой хотелось бы привлечь внимание. Являясь, как мы видели, областью долженствования [II.9.1], оно несет в себе как бы долженствование второго порядка, вытекающее из требований естественного права. И потому право «интересует человеческую мысль» не только с точки зрения «непосредственной задачи». Необходимо постоянно держать в памяти то обстоятельство, что право «есть не только явление из «мира сущего», оно в то же время и некоторое стремление в «мир должного»¹.

В этом отношении естественное право в настоящее время выполняет особо значимую миссию. Естественное право, сохранившее свою первичность, изначальность, образует тот слой социальной жизни, лежащий в основе системы социальной регуляции, и в первую очередь — позитивного права, который аккумулирует, сводит благодаря силе разума в некоторые нормативные начала (пусть и в виде всего лишь правовых требований и прообразов норм), притом в виде изначально «должного», назревшие требования среды, всей социальной жизни — природные, экономические, политические.

Особо же существенное значение естественное право по отношению к праву позитивному имеет, следует полагать, именно потому, что через него *в ткань юридических нормативных положений внедряются идеи разума, причем такие, которые основываются на исконных требовани-*

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 60.

ях естественной жизни людей. С этих позиций есть повод еще раз сказать об уникальной, непревзойденной значимости римского частного права, которое впервые в истории права оказалось столь тесно связанным с естественным правом¹ и которое — смею думать — во многом благодаря этому и получило определение в виде «писаного разума». И потому, пишет И.А. Покровский, «вся цивилистическая юриспруденция проникнута романистическим духом: истинным правом, правом самого разума — *ratio scripta* — считается только римское право»².

Именно здесь, в сфере естественного права, объективно обусловленные требования жизни проходят через своего рода «фильтр», «разумную обкатку», «притирку» к требованиям здравого смысла, а на этой основе получают высокозначимый естественно-природный статус, качества изначальности и категоричности, импульсы «естественно должного». А отсюда — облик и силу идей разума, необходимые для того, чтобы они затем, уже в области государственно-правовой жизни, приобрели категорически императивный характер и включились в качестве определяющего, основополагающего начала в систему нормативного регулирования данного общества.

Здесь мы встречаемся с такой особенностью правовой действительности, которую можно, пожалуй, именовать основной антиномией, выражающей соотношение естественного и позитивного права. Сущность подобной антиномии в том, что *естественное право — это первичная и обособленная от позитивного права сфера социальной жизни; и в то же время естественное право по самой своей природе мыслимо только как нечто такое, что «стремится» и «должно» по конечным своим потенциям с т а т ь также и позитивным правом.*

Вместе с тем следует иметь в виду, что естественно-правовые требования и прообразы норм, при всей их важности, имеют и негативные стороны. Они как таковые непосредственно выражаются (точнее — в той или иной мере институализируются) в морали, в обычаях, в религиозных, иных идеологических положениях и в этом качестве, как и иные моральные нормы, обычаи, идеологические положения, в достаточной степени не конкретизированы, не обладают строгой определенностью по содержанию, нередко понимаются по-разному, про-

¹ И.А. Покровский пишет: «...идея естественного права уже у римских юристов приобрела серьезное практическое значение: естественное право и справедливость, *jus naturale* и *aequitas*, часто рассматриваются ими как источники гражданско-правовых норм и оказывают влияние на толкование этих последних». Она способствует и «процессу превращения римского права в право универсальное» (там же. С. 61).

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 54.

извольно, сообразно представлениям и идеологическому настрою тех или иных лиц; и вообще по самой своей сути не предназначены для непосредственной регламентации поведения людей¹.

Между тем в реальных жизненных ситуациях как раз и возможны (в силу отмеченных особенностей естественного права) случаи прямого насилия, произвола, облагораживаемые ссылками на некое естественное право, будто бы выраженное в каких-то архаичных посылках, вольно толкуемое или иллюзорное.

Барьер против насилия и произвола, оправдываемый «естественно-правовыми» доводами, может создать, и в ряде случаев действительно создает, позитивное право — право, выраженное в законах, судебных решениях и поддерживаемое силой государственной власти. Но оно создает такой барьер — поразительно парадоксальный момент! обратим на него внимание! — главным образом потому, что именно в позитивном праве, в его нормативных построениях, конструкциях, других характеристиках находит объективированное выражение сила разума, прежде всего идей разума в виде естественного права (что во многом и раскрывает «тайну» права, его специфическую логику).

§ 2. Глубинные основы естественного права (постановка проблемы)

1. О сути проблемы. В постановочном порядке хотелось бы высказать соображения о «замысле» природы и о более глубоких ее слоях, с одной стороны, а с другой — о глубоких (трансцендентных) категориях мирозданческого порядка, которые, возможно, являются глубинными и вместе с тем весьма значимыми слоями и гранями естественного права в его соотношении с позитивным правом.

Это вопросы:

- право как явление законов природы и звено ее «замысла»;
- предположение о непосредственных естественно-природных предосновах позитивного права;

¹ Хотя, надо заметить, в литературе и предпринята дерзкая (на мой взгляд, пока не увенчавшаяся очевидным успехом) попытка придать категориям естественного права строго определенный, «математический» характер (см.: *Лобовиков В.О.* Указ. соч.). Не касаясь иных соображений, представляется существенным заметить, что, как мне представляется, категории естественного права, «улавливаемые» разумом — да к тому же во многом имеющие трансцендентный характер, потому и нуждаются в воплощении в нормах позитивного права, что лишены качеств строгой определенности — решающего и уникального достоинства юридического регулирования.

— об отношении позитивного права к категориям «по ту сторону» представлений о природе.

2. Право как явление законов природы и звено ее замысла. Глубокие «природные корни» права, его важнейшей особенности — нормативности, могут быть отмечены при рассмотрении специфической логики права. Право с этих позиций в немалой степени коренится в характерных для вселенского бытия цикличности процессов в мироздании, в их ритме. Добавим сюда природную категоричность, императивность этих процессов, образующих своего рода подпочву ритмов и цикличности биологических процессов, а отсюда и «ритмики» всего социального регулирования, наиболее жестко проявляющихся в естественном праве.

Вместе с тем глубокие природные начала и напрямую вторгаются в жизнь людей, в область права, находят выражение в том, что может быть названо «замыслом» природы. Такой подход к праву, когда оно рассматривается в качестве необходимого элемента «замысла» природы, обоснован Кантом, его философскими воззрениями на право, во многом взятыми за исходную мировоззренческую основу в настоящей работе.

При этом нужно учитывать, что, по Канту, природа не сводится к вещественно-материальному, механическому миру окружающих нас явлений, предметов и процессов. Природа — нечто более значимое и высокое; она одухотворена, в ней заложены начала целесообразности¹ — то, что, по привычным представлениям многих людей (как уже отмечалось), является Богом, а по некоторым современным взглядам ученых, может быть охарактеризовано в качестве «информационного поля» или просто определено как закономерная логика в развитии объективных процессов, связанных с тем, что возник разум². Разум и его носитель — человек, высшее творение природы, и являются наиболее высоким выражением этой одухотворенной целесообразности, заложенной в природе.

И вот главный пункт кантовской характеристики природы (наиболее значимой для нас, людей). В игре свободной воли людей, существ разумных, но действующих нередко по мотивам, сотканным «из глупости, детского тщеславия, а часто и из детской злобы и стра-

¹ Кант говорит о «великой в своем искусстве природе», «в механическом процессе которой обнаруживается целесообразность» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 405), а в другом месте — о «путеводной нити природы», «таинственным образом связанной с мудростью» (там же. С. 107).

² Впрочем, с позиции автора этих строк, указанные «три варианта» (Бог, «информационное поле», закономерная логика объективных процессов, связанная с тем, что возник разум человека) означают по своей сути *одно и то же*.

сти к разрушениям»¹, в конечном счете проявляется «замысел» природы, ее «предусмотрение» (*Absicht*).

Оставим в стороне ответ на вопрос об основаниях и смысле этого «замысла». Только что сделанные равнозначные по смыслу ссылки на целесообразность, Бога, информационное поле, логику развития, связанную с разумом да и, по немецкой лексике, предусмотрение (*Absicht*) — все эти ссылки, каждая в отдельности или в каком-то их сочетании, дают, как мне представляется, возможность каждому сообразно его миропониманию, за исключением грубо материалистических идеологизированных доктрин, сформулировать для себя такого рода ответ. Во всяком случае, хотелось бы обратить внимание на одну из последних указанных ссылок: коль скоро высшим творением природы стал разум (предусмотрение), то по природной же необходимости, по логике вещей природные задатки человека, «направленные на применение его разума», «предназначены к тому, чтобы когда-нибудь полно и целесообразно развиваться»².

Вместе с тем здесь принципиально важен реалистический подход к явлениям природы. И в этом отношении — понимание того, что первичные, первоначальные задатки, присущие человеческой природе, — это явления зоологического порядка, «задатки животности как живого организма», которые проявляются в природных стремлениях к самосохранению организма, поддержанию и развитию функций жизнедеятельности, продолжению рода. Каким же образом в таких условиях могут полно и целесообразно реализоваться природные задатки человека, связанные с применением его разума, сложного и противоречивого в своих проявлениях³? Каким образом, спрашивается, при

¹ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 83. Напомню, что здесь и дальше при ссылках на это издание используются материалы следующих трактатов и статей из первого тома указанного выше сочинения Канта: «Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане» (с. 79–123); «Предполагаемое начало человеческой истории» (с. 149–191); «О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики» (сокращенно — «О поговорке...»; с. 239–351); «К вечному миру» (с. 353–477).

² Там же. С. 85.

³ Кант, отдавший много труда возвеличиванию и анализу разума в его положительных сторонах и проявлениях, в то же время связывает с людским своеволием, коренящимся в «вольном» использовании силы разума, пороки нашего бытия. Он полагает, что тяжкие беды в обществе возникают «из-за злоупотребления собственным разумом», «рассматриваемым просто как орудие для удовлетворения разнообразных склонностей». Причем «первое применение им (человеком) своего разума состояло в злоупотреблении им (даже вопреки указанию природы)» и что «история природы, таким образом, начинается с добра, она есть *дело Божье*; история свободы — со зла, ибо она — *дело человеческое*» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 165, 169, 191–192).

противоречивых, зачастую пагубных проявлениях разума и реальных стремлений, помыслов, поступков людей может быть достигнуто полное раскрытие задатков человека, достижение им необходимого совершенства и счастья? Ведь, по справедливому замечанию Канта, «природа захотела», чтобы свое счастье и достижение совершенства человек «сам создал», притом «исключительно из самого себя» и «благодаря собственному разуму»!¹

И вот, отвечая на указанный вопрос, Кант обрисовывает механизм восходящего развития человеческого рода, суровый механизм человеческого прогресса, в котором достойное место занимает также и право.

Этот механизм, как следует из подробных объяснений Канта (сам философ терминологически не обозначает рассматриваемые им процессы в качестве «механизма» и строго не расчленяет их «по пунктам», как делает автор этих строк), в каких-то сторонах его трактовки требует корректив, дополнений — он не бесспорен. Но и по логике вещей, и по фактам реальной жизни такого рода механизм восходящего развития человеческого рода представляется по своей сути оптимальным, быть может, в рамках процессов, происходящих в природе, единственно возможным.

Здесь три основных звена. Остановимся пока на двух первых.

Звено п е р в о е. Это — наличие в обществе (которое Кант называет — вспомним это! — «всеобщим правовым гражданским обществом» и его создание — наиболее значительной «проблемой для человеческого рода») *величайшей свободы*.

Для чего же нужна эта свобода, да еще величайшая? Для наслаждения ею? Для вольного жития? Для ничем не связанных поступков по своему усмотрению, для произвольного действовани^я? В чем-то — да, для этого. Но рассуждения Канта на этот счет по своему существу иные; они воистину парадоксальны.

Вот т о р о е звено. «...Наличествует величайшая свобода, — говорит Кант о свободе в правовом гражданском обществе, — а значит, и *постоянный антагонизм* между всеми его членами»² (курсив мой. — С.А.). Не благодетный мир, не доброе согласие и безмятежное благодушие, а именно постоянный антагонизм (по иным кантовским формулировкам — «раздор», «необщительная общительность», возникающие из противодействия наклонностей людей друг другу). И этот постоянный антагонизм — не просто суровая правда нашей людской жиз-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 87.

² Там же. С. 95.

ни, в том числе разноплоскостных проявлений разума, но прежде всего неизбежное следствие широкой свободы и решающий фактор, активная сила, которая в конечном итоге в сложном человеческом бытии и определяет восходящее развитие человеческого рода.

Нужно заметить (и тут, на мой взгляд, главный пункт в воззрениях Канта, требующий корректив), что постоянный антагонизм — не единственная и не всегда решающая сила, определяющая человеческий прогресс. Ключевое значение здесь имеют сами по себе позитивные стороны разума, человеческого духа, свободы как таковой — та наиболее глубокая сторона духовного мира человека, которая находится «по ту сторону» понятий о природе. Да и само положение об «антагонизме» нуждается не в примитивной, не в доктринерски классовой, ортодоксально марксистской, а в широкой интерпретации, когда — и притом применительно к определяющим экономико-социальным институтам, власти, собственности и т.д. — «антагонизм» в обществе выражается в таких естественных явлениях, как *соревнование, конкуренция, соперничество, состязание*.

И все же постоянный антагонизм во всех своих выражениях — это именно антагонизм, явление суровое, трудное, жесткое, нередко приобретающее запредельный характер и вызывающее у людей напряжение, тревожную заботу, атмосферу ненависти, взаимного, порой всеобщего ожесточения. Люди в условиях антагонизма, «необщительной общительности», вынуждены создавать себе положение «под влиянием честолюбия, властолюбия, корыстолюбия»¹.

Но в этом как раз и кроется суть дела! Иначе без такого напряжения сил, которое может вызвать только постоянный антагонизм в указанных ранее проявлениях (конкуренции, состязании и др.), не справиться со стихией «окультуренных пороков», со стремлением к беззаботной, размягченно благостной, не отягощенной трудностями жизни и не окунуться в атмосферу постоянного, напряженного, нередко изнурительного труда.

Кант в этой связи восклицает: «...да будет благословенна природа за неуживчивость, за завистливое соперничающее тщеславие, за ненасытную жажду обладать или же господствовать! Без них все превосходные человеческие задатки остались бы навсегда неразвитыми. Человек хочет согласия, но природа лучше знает, что хорошо для человеческого рода: она хочет раздора. Он хочет жить спокойно и в свое удовольствие, а природа хочет, чтобы он вышел из со-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 93.

стояния нерадивости и бездеятельного довольства и окунулся в работу и трудности»¹.

Как это ни парадоксально, по Канту, именно такие, обычно осуждаемые в обществе качества, как честолюбие, властолюбие, корыстолюбие (так же, как и неуживчивость, соперничающее тщеславие, жажда обладать), пробуждая «все силы человека», давая импульсы «к новому напряжению сил», открывают путь к процессам, когда «начинаются первые истинные шаги *от грубости к культуре*, которая ... состоит в общественной ценности человека»². Движение общества от «согласия» в сугубо природном, даже «патологическом», значении к «моральному целому». Хорошо бы нам всем — замечу попутно — основательно разобраться в качествах человека, которые мы подчас огульно, безо всякого разбора осуждаем³ (и в частности, помимо всего прочего, понять верное мнение Канта насчет того, что при противоречивости иных человеческих свойств наиболее отвратительными, безоговорочно низменными качествами людей являются неблагодарность, зависть, злорадство⁴, которые как раз ни с какой стороны не влияют на движение прогресса).

Однако стоп! Скажу еще раз: при всех разноплоскостных значениях отрицательных человеческих свойств надо все же не упускать из поля зрения, что антагонизм остается антагонизмом, раздор — раздором. И что эти качества при всей их неизбежности и, если угодно, важно-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 93.

² Там же. Кант далее продолжает: «...здесь постепенно развиваются все таланты, формируется вкус и, благодаря продолжающемуся просвещению, устанавливается начало для утверждения образа мыслей, который со временем может превратить грубую природную склонность к нравственному различению в определенные практические принципы и преобразовать таким образом *наконец патологически* вынужденное согласие к жизни в обществе *в моральное целое*».

³ Здесь уместно сделать два кратких замечания в связи с кантовским анализом человеческих качеств.

Первое. По Канту, обстановка антагонизма, противодействия наклонностей отдельных людей друг другу «предоставляет разуму свободную игру», и здесь отрицательные наклонности людей, из которых вырастает злое, разум «подчиняет себе и вместо злого, само себя разрушающего, делает господствующим доброе, которое, если уже оно есть, в дальнейшем поддерживается само собой» (там же. С. 347).

Второе. Это — то, о чем уже начал разговор в тексте. С учетом различного влияния человеческих качеств на жизненные процессы есть основания переосмыслить обычно принятую однопланово отрицательную оценку таких отмеченных Кантом качеств людей, как честолюбие, властолюбие, корыстолюбие, тщеславие и др. Здесь, по всем данным, как и в других случаях, решающее значение имеют «мера» и то, что обычно принято считать «злоупотреблениями» и «крайностями». С рассматриваемых позиций должна привлечь внимание безусловно негативная и вполне справедливая, как мне представляется, оценка Кантом ряда качеств людей, о которых будет сказано ниже.

⁴ См.: Кант И. Из лекций по этике // Этическая мысль. М., 1988. С. 328.

сти для человеческого прогресса, неизбежно порождают зло¹, и вообще обстановка постоянного антагонизма, «необщительной общительности» «грозит обществу разъединением», «многими бедствиями»², а если продолжить мысль Канта — нарастающим хаосом, беспределом, войной всех против всех, новым валом самых пагубных окультуренных пороков. Каким же образом устранить или хотя бы заблокировать, локализовать подобные последствия, а еще лучше при помощи разума злое обратить в доброе³ и в то же время направить энергию постоянного антагонизма для реализации «замысла» природы, для движения общества к «моральному целому»?

Тут надо припомнить, что в предшествующем изложении речь шла только о первых двух звеньях восходящего развития человеческого рода (о величайшей свободе и о постоянном антагонизме). Между тем *есть еще и третье звено*. Указав на то, что в обществе должна наличествовать величайшая свобода (а значит, и постоянный антагонизм между членами общества), Кант тут же добавляет — да, свобода, но тогда, когда *самым точным образом определены и сохраняются границы этой свободы, причем в той мере, в какой она могла бы сочетаться со свободой других*⁴.

Приведенное положение и характеризует т р е т ь е звено в цепи тех процессов, которые могут быть названы «замыслом» природы и отнесены к механизму реализации этого «замысла». В обществе, предоставляющем его членам широкую свободу, что открывает простор для постоянного антагонизма между его членами, самым точным образом определяются и сохраняются границы свободы.

И вот тут — самый важный для дальнейшего рассказа тезис. В обществе существует *только о д н о - е д и н с т в е н н о е образование*, которое способно в области внешних, практических отношений оптимальным образом выполнить задачу по определению и сохранению границ свободы (и к тому же обеспечить ее сочетание со «свободой других», т.е. на началах всеобщности и равновесности со свободой других). *Это право!*

Создается даже впечатление (запомним его! тут уже шаг к пониманию тайны права!), что феномен права по своим свойствам и сво-

¹ Кант отмечает при этом: «...основание злого находится не в каком-либо объекте, который *определяет* произвол через склонность... а только в правиле, которое произвол устанавливает себе (!!! — С.А.) для применения своей свободы...» (*Кант И.* Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 22).

² *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 91–93.

³ Там же. С. 347.

⁴ См. там же. С. 95.

ей исконной логике как бы изначально приурочен для реализации «замысла» природы, изначально приспособлен для этого.

Недаром, характеризуя общество разумных существ, людей, Кант именуется его не только «гражданским», но и «правовым» и в отношении такого общества говорит именно об «основанной на законе свободе»¹. Свобода же, не основанная на законе, свобода вне права, — это, по Канту, свобода «беззаконная», «безрассудная», «дикая», «животная», «варварская»².

Вот и получается (если подвести некоторый итог изложенному), что право не нечто второстепенное, не вторичное и не очень обязательное в жизни сообщества людей.

Действительно, *в той мере, в какой в мироздании, в природе закономерен разум и неотделимая от него свобода носителя разума — человека, в той же самой мере для природы и человечества законмерно (логично) право*. Ибо право является необходимым элементом самого механизма существования и развития людей, их сообщества, элементом, который способен преодолевать негативные стороны свободы (а значит, и противоречивые проявления разума), а главное — обеспечивать оптимальное функционирование условий и стимулов, приводящих к поступательному, прогрессивному развитию человеческого рода.

Выходит, если общество в силу своего естественного предназначения, «замысла» природы идет по пути пусть медленного, зигзагообразного, с жертвами, потерями, зачастую с «поворотами назад», но все же восходящего развития, то право в механизме этого развития — *обязательное, существенно важное звено*. Звено, без которого человеческий прогресс невозможен в принципе, по определению.

Общество без права или общество с ущербным, иллюзорным, имитационным правом (или тем, которое служит одной лишь власти, своекорыстным групповым интересам) — общество бесперспективное, исторически обреченное на хаос, деградацию, самоуничтожение.

3. Предположение о непосредственных естественно-природных предосновах позитивного права. Известно, право — явление из жизни общества, т.е. социальное явление. Вместе с тем право, которое выступает в качестве элемента «замысла» природы, можно рассматривать *и как явление природы в точном, строгом значении этого слова*.

Такая оценка права не нова. Она характерна для так называемых органических теорий, а также для ряда философских воззрений. В том

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 387.

² Там же. С. 103, 107, 395 и др.

числе в какой-то мере — для позиции Канта, который, освещая место и значение права при создании государства, говорит о разрешимости этой проблемы и поясняет: «Ведь дело идет не о моральном улучшении людей, а только о механизме природы»¹.

И в такой характеристике может быть обнаружено не только отражение одной из особенностей раннебуржуазного просветительского мышления², но и предположение о том, что *корни права находятся в органике человека, в его, если угодно, биосоциальной природе*.

Именно в наше время все более утверждаются в научном мире данные о биосоциальных предпосылках поведения людей. По сведениям этологии (науки, как уже упоминалось, о поведении, нравах животных в естественных условиях), в человеке заложены не только биологические программы, предопределяющие возможность его антисоциального поведения, но и «другие инстинктивные программы ...*желание быть свободным, потребность иметь собственность (включая землю, дом, семью), запрет убивать, грабить, отнимать, притеснять слабых*» (курсив мой. — С.А.)³.

Думается, есть весомые основания полагать, что *органическая потребность, и в этом отношении биосоциальное ощущение права, стойкое природное уважение к нему, тяга к праву непосредственно таятся в самых глубоких биосоциальных корнях людей и по своей силе и значимости не менее органичны, чем чувство своей собственности и стремление к свободе*. Ведь ощущение особью «своего» места в биосоциальной иерархической организации сообщества животных, «своей» монополии на самку или на «своих» детенышей, «своей» роли в совместной охоте и возможности на получение доли в добыче — это все не что иное, как первичные зачатки того, что позже на языке людей получило название «право». Да и вообще «своя собственность» и «своя свобода», к которым у животных (возможно, по мере становления рассудка, первичных элементов разума) возникает неодолимое стремление, — это тоже «право», во всяком случае первичные зачатки, предпосылки к нему.

И вот какой момент представляется здесь существенно важным. Если верно предположение о том, что глубокие природные предпосылки

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 49—421.

² «Полагание идеального в качестве природного — обычная процедура раннебуржуазного просветительского мышления... Но я не знаю другого мыслителя Нового времени, который бы так прямо, так решительно и безапелляционно превращал в природное свойство людей само их гражданское правомочие» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 157).

³ Дольник В. Указ. соч. С. 169.

права кроются в этой самой первичной «свободе», проявляющейся на биосоциальном уровне (или, быть может, даже в «сверхчувственном мире»), то надо видеть, что уже на таком уходящем в глубины природной жизни уровне предпосылки права разветвляются в двух плоскостях.

Это, в о - п е р ы х (что имеет в мире «социальных животных» доминирующее значение), «свобода» и соответствующие «права» особой-звеньев сверху вниз по лестнице иерархической организации верховного иерарха (вожака стаи), избранных им самок, «приближенных», «приживалок», «шестерок» и дальше вниз по иерархической лестнице. В о - в т о - р ы х (что в мире «социальных животных» может быть обозначено всего лишь как намечающаяся возможность, еще слабые ростки), «свобода» каждой особи организованного сообщества, допустим, «право» на равное на данной ступени иерархической лестницы получение какой-то части добычи совместной охоты или добытых сообществом природных плодов.

Возможно, именно тут, в разветвляющихся биосоциальных предпосылках права, кроются истоки органически разного построения правовой материи, которые затем проявились в публичном и частном праве и которые по-разному повлияли на возникновение и развитие права, его типов и семей, на характер, направления и перспективы правового прогресса.

4. Об отношении позитивного права к категориям «по ту сторону» представлений о природе. Обоснование права «через природу» (т.е. в качестве проявления его закономерностей и необходимого звена ее «замысла» — предпосылки соответствующих социальных образований) при всей, надо полагать, строгой логичности такого обоснования отдает холодом суровости, жесткости на грани железной причинности, природной неотвратимости, неотделимости от человеческих бед, пороков, зла. И если ограничиться только такой, «природной», плоскостью «мирозданческого» обоснования права, то оно, пожалуй, вряд ли могло бы получить высокое признание в жизни людей. В том числе и в отношении своей общей предосновы — естественного права.

Да и само содержание права в разные эпохи и в разных регионах, его подвижность, соответствие или несоответствие известным духовным, нравственным критериям — свидетельство того, что здесь «работают» не только природная неотвратимость, причинность.

Добавим сюда то, что при рассмотрении логики права было определено в качестве «второго измерения» права, его особенностей как явления духовной жизни, что в немалой степени подкреплено нашим возвышенным, порой трепетным отношением к этому феномену окружающего нас мира.

Вот почему столь важной представляется иная плоскость рассматриваемой проблемы, когда сообразно кантовской антитезе природы и свободы следует обратиться к категориям «по ту сторону» представлений о природе, которые находят свое выражение в духовном мире человека, его внутренней свободе, совести, вине¹. Именно здесь, в этой заприродной (трансцендентной) плоскости, право и может получить наиболее весомые основания своего высокого «мирозданческого» статуса, объясняющие возможность и оправданность его характеристики в качестве высшего начала в нашей людской жизни [III.14.4; III.6.2].

§ 3. Высшие ценности. Естественное право и современность

1. Высшие ценности естественного права и судьба позитивного права.

Развитие позитивного права и философских представлений о нем при прочном единстве его исходных начал и постулатов решающим образом определяются исторической эпохой, стадией в развитии цивилизации.

Знаменательно при этом, что как только произошел главный, коренной перелом во всей истории человечества — начались реальные процессы перехода человечества от традиционных к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, к демократическому переустройству общества (об этом — в следующей главе), так сразу же обозначились основные перемены в этой сфере общественной жизни.

Во-первых, *развернулись высшие ценности естественного права — неотъемлемые права и свободы человека*, которые стали приобретать все большее значение как основа жизнедеятельности людей.

Во-вторых, выявилась главная существующая здесь линия зависимостей — *прямая обусловленность развития и даже самой природы позитивного права от того состояния и того «поворота» в содержании требований естественного права*, которые раскрываются и приобретают доминирующее значение *в эпоху перехода человечества к цивилизациям последовательно демократического типа — к современному гражданскому обществу*.

Дважды в Новейшей истории естественное право — в том облике, в котором оно раскрылось при переходе к современному гражданско-

¹ Как справедливо отмечено в философской литературе, «антитеза свободы и природы — центральная идея философии Канта, прямое выражение постулируемой ею двойности всего существующего на мир явлений, совокупность которых образует природу, и на его первооснову — мир «вещей в себе», пребывающий по ту сторону категориальных определений природы» (Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 66).

му обществу, — *уже сработало*. Причем в определенных отношениях и *непосредственно* — как это и допустимо на «сломе эпох»

Прежде всего оно сыграло решающую роль в годы Великой французской революции, когда сами требования естественного права развернулись на основе возрожденческой культуры в условиях Просвещения в виде требований свободы (права людей самим определять свою судьбу) и когда именно эти требования предопределили становление права новой эпохи — дозволительного права, выступили в качестве основы решающих процессов в его становлении (они будут рассмотрены в следующей главе) — *первой революции в праве*.

Спустя более чем столетие в условиях, которые в науке характеризуются как период «возрождения естественного права», последнее через категории неотъемлемых прав человека (пусть и не сразу, в конечном счете во второй половине XX в.) стало основой понимания *самой сути* права, отвечающего требованиям современного гражданского общества, — *второй революции в праве*.

Вместе с тем в новых исторических условиях естественное право не только раскрывается через свои высшие ценности и в таком качестве мало-помалу (в сложных противоречивых процессах, в ходе ожесточенного столкновения права и насилия) утверждается в жизни людей, но и *в целом все более заявляет о себе как современное естественное право*.

2. О категории «современное естественное право». Естественное право нередко воспринимается как нечто неизменное и притом как отголосок старых, архаичных реалий и представлений, уже отбывших «свой срок» в далекой истории.

Между тем в естественном праве неизменно одно — выражение в нем требований жизнедеятельности людей как разумных существ. Уже в годы Великой французской революции (и в не меньшей степени в последующее время в облике «возрожденного» естественного права) оно *наполнилось принципиально новым и современным содержанием, стало носителем основополагающих социальных ценностей современной исторической эпохи — величия разума и свободы человека, его высокого статуса, достоинства, неотъемлемых прав людей*.

Ныне же, когда эти социальные ценности все более утверждаются в условиях невиданного научно-технического прогресса и соответствующего развития всех сторон социальной жизни, пришло время для более основательного, «понятийного» вывода — трактовать рассматриваемую категорию в качестве *современного естественного права*.

Наряду с уже отмеченным качественно новым содержанием (относящимся к свободе человека, его достоинству, высокому статусу, не-

отъемлемым правам и их роли в жизни людей, общества) здесь определяющее значение имеют еще два ряда факторов. Это, в о - п е р ы х, прямое соединение прав и свобод человека с *социальной ответственностью* индивида за свое поведение, его последствия (во многом вытекающей из идеи и принципа *социальной солидарности*). Такое соединение, по многим данным, принципиально существенно и само по себе, т.е. в виде имманентной стороны свободы человека, его статуса, например статуса собственника в гражданском обществе, и особо – в ряде направлений и сфер общественной жизни. В том числе в сфере экологии в связи с индустриальным и постиндустриальным развитием общества, мощным проникновением научно-технической мысли, экспериментальных и коммерческих акций в тонкие и хрупкие биологические, генетические механизмы живых существ, когда возникает угроза самой жизни, ее гармоничному, сбалансированному функционированию. И значит, при более широком подходе, существенно с точки зрения требований и норм, связанных с взаимоотношениями человека и природы. Как показал Г.В. Мальцев, в отношении прав человека, обращенных к природе, к природной среде, требуется «переосмысление на базе новейших естественно-научных и общественных знаний идеи естественного права и естественной справедливости... указывающих на меру и нормы, с которыми должен считаться человек, стремясь установить сбалансированные отношения между обществом и природой»¹. В о - в т о р ы х, это *преломление требований естественного права через новые «пласты социальности»*, рожденных гигантским научно-техническим прогрессом. Такие ранее неведомые области социальной жизни, качественно отличные от метафизически понимаемого «мира вещей», как широкие и многообразные участки объективированных духовных ценностей (интеллектуальная собственность), информационные структуры, куда во многом «перекочевывают» строго вещные отношения, своеобразные формы активности, проявляющиеся в предпринимательском деле в условиях современной рыночной экономики, а также управленческие процессы, внедряющиеся в саму органику отношений собственности и деловой жизни, и плюс к тому еще особые сферы специфических отношений по услугам (теряющим значение одних лишь «услуг») – таким, как медицинские, сочетающим значительную социальную значимость, публичность и высокий профессионализм, достижения и требования современной техники.

¹ Мальцев Г.В. Новое мышление и современная философия прав человека // Права человека в истории человечества и в современном мире. М., 1988. С. 35.

Вместе с тем надо сразу же заметить (более подробные характеристики дальше [III.14.3–4], что и здесь не должны быть утрачены ценности науки и культуры, во многом связанные с особенностями материи права и одновременно — с естественным правом. О. Шпенглер, указавший в своем капитальном труде «Закат Европы» с такой яркостью и категоричностью (увы, порой с передержками) на ряд из отмеченных выше сторон социальной жизни, имеющих существенное значение для понимания права в современную эпоху¹, далеко не во всем прав (а с точки зрения понимания специфики правовой материи принципиально не прав), когда говорит: «...потому да будет здесь заявлено с максимальной остротой: античное право было *правом тел*, наше же право — это право *функций*. Римляне создали юридическую статику, нашей задачей является юридическая динамика»².

При всей принципиальной важности отмеченных автором характеристик современной действительности не упустим, однако, из виду, что во всех случаях право лишь тогда может реализовать свои регулятивные и охранительные функции, когда оно живет и функциониру-

¹ Отмечая понятийную ограниченность античного права, О. Шпенглер говорит в этой связи, что «достаточно бросить взгляд на немецкое частное и уголовное право», чтобы увидеть: «понятно, а значит, и синтаксически противостоят друг другу то, что может, и то, что не может быть постигнуто в рамках античной схемы». И дальше следуют вопросы: «Почему авторское право оказалось не в состоянии понятийно отделить духовное творение от его форм, которые можно передавать, таких, как рукопись и печатная продукция? Почему в одной и той же картине в противоречии с вещным правом приходится различать художественную и материальную собственность — посредством приобретения оригинала и приобретения права на воспроизведение?» Автор сам отвечает: «Потому что сегодня над нами все еще довлеет *античное понятие телесной вещи*. Мы живем иначе. Наш инстинктивный опыт исходит из *функциональных* понятий рабочей силы, духа изобретательства и предпринимательства... энергии... Наша физика... вообще уже не знает старинного понятия тела...» И вновь вопрос и ответ: «Почему наше право в понятийном отношении бессильно перед лицом великих фактов сегодняшней экономики? Потому что и оно знает личность *лишь как тело*» (Шпенглер О. *Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории*. Т. 2. С. 84–85). Между тем указанная понятийная ограниченность характерна не столько для римского права (в нем как раз через категорию «бестелесная вещь» намечалось решение указанных выше проблем, отсылающих к пониманию реальности, специфического «тела» права), сколько для суждений самого О. Шпенглера в связи с непониманием им специфики материи права.

² Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 86. И автор продолжает: «Требованием будущего становится «перестройка всего правового мышления по аналогии с высшей физикой и математикой. Жизнь в целом: социальная, экономическая, техническая — ждет того, чтобы ее наконец-то поняли в этом смысле; для достижения этой цели нам потребуются не менее столетия напряженнейшей и глубочайшей работы мысли» (там же). Но дело-то как раз в том, что высшая физика и математика вышли на категории «функции» как раз через углубленное постижение предмета данных отраслей знаний.

ет во внешних, практических отношениях и сообразно этому «имеет дело» с внешними, опредмеченными общественными отношениями. Другой вопрос, что такого рода «опредмеченность» в ряде областей социальной жизни современного общества (а отсюда – объективность самой правовой материи) приобретает своеобразный характер – проявляется не в «телах» в прямом, грубо материальном значении этого термина, а в более мягких и многообразных формах объективизации, выражающих разумную, творчески активную деятельность (и предпринимательскую, и управленческую, и социальную) и, значит, динамику всей социальной жизни, но все же в таких объективированных формах, пусть и в таких своеобразных, как «бездокументарный оборот ценных бумаг» и «интернетные формы» коммерческих отношений, которые позволяют праву реализовать свои исконные регулятивные и охранительные функции.

Требования естественного права, обусловленные современным развитием постиндустриального общества, во многом определяют и особенности правовой материи, в том числе своеобразии складывающихся на их основе комплексных образований – экологического права, информационного права, предпринимательского права, медицинского права. Причем и в данном случае следует заметить, что указанные структурные подразделения не призваны «заменить» традиционные фундаментальные отрасли (прежде всего гражданское право, а также административное право).

Напротив, они лишь тогда получают действительное развитие и обретают достойное место в системе права, когда они в полной мере воплощают достижения правовой культуры, опирающиеся на правовые ценности фундаментальных отраслей. В особенности тех, которые концентрированно выражают начала частного и публичного права и переводят эти начала в строгие правовые начала и отработанные юридические конструкции.

Категория «современное естественное право» имеет существенное значение не только для научно-корректного понимания естественно-правовой мысли на нынешней стадии исторического развития общества, но и для дальнейшего развития всего правоведения, его понимания как науки, призванной занять достойное место в системе человеческих знаний нынешнего времени.

Здесь уместны замечания И.А. Покровского, которые, хотя и относятся к далекому от нас времени – к началу XIX в., но, кажется, вполне применимы и к настоящей поре, когда после семидесятилетнего коммунистического господства в России естественное право (и у нас,

и в «процветающих странах») порой по-прежнему воспринимается в качестве феномена, оставшегося в истории. И.А. Покровский, отметив, что «реакция против естественного права вызвала в XIX в. отрицательное отношение ко всякому философскому элементу в юриспруденции», пишет, что сами условия и обстоятельства жизни все же потребовали нового появления на свет такого рода «элементов», и в конце XIX – начале XX в. начались поиски «потерянной идеи права», «правильного права». И «эти поиски... привели не к чему иному, как к возрождению того, что казалось похороненным навсегда – к о з р о ж д е н и ю е с т е с т в е н н о г о п р а в а»¹. Главное же – именно после начала такого возрождения естественного права «дух искания снова повеял в юриспруденции. Она почувствовала всю свою слепоту и беспомощность без «великих идей» и «всеобщих истин...»².

Да, можно утверждать без колебаний, и ныне, когда человечество вступает в третье тысячелетие христианской эры, как и столетие тому назад, вновь перед бездной «слепоты и беспомощности» (да к тому же яростного противоборства права и насилия) приходит – будем верить – пора «великих идей» и «всеобщих истин» в области права! Не сбиться бы только вновь с пути их постижения, основательного понимания и реального утверждения в нашей жизни.

ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ ДВА ПОЛЮСА

§ 1. Полюсы – право и насилие

1. Многоликая свобода. Уже на протяжении последних двух столетий человечество находится в условиях самого крупного, поистине великого в истории человечества перелома («разворота»), открытого европейским Возрождением и его кульминацией – Просвещением, – формирования свободной рыночно-конкурентной экономики и связанного со всеми этими процессами демократического переустройства человеческого общества.

Основа указанных глобальных процессов – переход от традиционных (властно-силовых) к персоноцентристским цивилизациям, который, по утверждению А.С. Ахиезера, представляет собой общую, гло-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 75.

² Там же. С. 76.

бальную, всеисторическую закономерность развития цивилизаций, процесс «исключительной трудности», в ходе которого каждый народ открывает «какую-то тайну человеческой истории, расплачиваясь за это громадными жертвами, а порой и гибелью»¹.

С самого первого момента своего перехода в условия цивилизации человечество столкнулось с необходимостью умирения насилия (произвола). Свобода как неотъемлемый атрибут разума, наряду с позитивными характеристиками, связанными с созидательной, творческой деятельностью людей, открыла простор и для ее негативных сторон, коренящихся в биологических (зоологических) инстинктах «силового ряда» и находящих наиболее острое выражение в насилии, произволе.

Вместе с религией, всей системой культуры важнейшим институтом, противостоящим насилию и способным его умирить, стало *право*. Более того, сами императивы цивилизации [II.5.1] оказались такими, что необходимое в условиях цивилизации правовое регулирование сразу же стало складываться в качестве антипода насилию, произволу, противоборствующего по отношению к ним регулятивного фактора. И хотя в обстановке традиционных цивилизаций само право сохраняло особенности преимущественно силового явления, запретительно-предписывающего регулятора (прав силы, кулачного права, права власти — II.5.4), позитивное право уже развело социальную жизнь по двум главным полюсам. Один полюс — право, другой — насилие, произвол.

2. Роль естественного права. Существенную роль в этих процессах, активизируя восхождение права на высшую ступень социального развития, стало естественное право. Здесь надо видеть, что естественное право на всех этапах становления и развития человеческой цивилизации остается неизменной, активной, «тревожащей» предосновой позитивного права.

¹ *Ахиезер А. С.* Россия: исторический опыт. Т. 1. М., 1991. С. 332–333. Весьма симптоматично, что идея общего глобального перехода человечества к последовательно демократическим (либеральным) цивилизациям является такой, которая, как говорится, «висит в воздухе», находит в различных теоретических построениях и словесных формулировках признание в разработках многих мыслителей. Она, как мне представляется, быть может, под несколько иным углом зрения, в иных ракурсах представлена также во взглядах А. Бергсона о «закрытом» и «открытом» обществах, особенно в его воззрениях на демократию, которая «приписывает человеку нерушимые права», причем так, что в каждой фразе Декларации прав человека слышен протест, «вызов, брошенный какому-то злоупотреблению» (*Бергсон А.* Два источника морали и религии. М., 1994. С. 305, 306). По всем данным, приведенные суждения вполне распространяемы на разграничение культур на социо(системо)-центристские и персоноцентристские (об этом речь впереди), на ряд других философских и политических разработок последнего времени.

Вместе с тем развитие позитивного права в разные эпохи, в различных регионах и странах вплетается в общий исторический процесс, в глобальное и регионально-своеобразное движение цивилизации, ее материальной основы и ее духа, в котором через хаос, поистине брουνновский поток человеческих поступков и страстей все же пробивает себе дорогу «замысел» природы, все более заметными и определяющими становятся в жизни людей сила разума, гуманитарные ценности. А в этой связи — все большее восприятие идеалов и ценностей естественного права.

Да и само естественное право, выражая поначалу в основном элементарные, рутинные требования жизнедеятельности (требования старшинства, очередности) и в чем-то воплощая насилие (месть, возмездие), мало-помалу через мифы, религиозные образы, этические постулаты неизменно двигалось и продолжает двигаться к требованиям разума в его высоком значении и отсюда — к свободе человека как разумного существа, высшего творения природы, Вселенной. А в нынешнее время, вбирая гуманитарные ценности и идеалы, все более раскрывается в категориях современного естественного права — неотъемлемых правах человека.

3. Критерии. И вот тут представляется важным обратить внимание на то, что в органической связи с указанными процессами в развитии права во все большей мере реализуется его исконная природа и историческое предназначение. И это выражается в довольно четких объективных критериях, заключающихся, во-первых, в той *ступени*, которую данная юридическая система достигала на современном этапе общественного развития (остается ли оно «правом силы» или же через «право государства» приближается к «праву гражданского общества»); во-вторых, в том *месте*, которое занимает позитивное право в системе регуляторов внешних, практических отношений — средств решения «по праву» возникающих на их основе жизненных ситуаций.

Коренной вопрос здесь — *какова роль того или иного социального регулятора* (обычаев, морали, закона и суда, религиозных догматов, иных идеологических или даже философских постулатов) *в общей системе социальной регуляции, когда требуется решение жизненных ситуаций «по праву»?* Реализуется ли (как это определила сама История [II.5.1]), тенденция, в соответствии с которой доминантой в социальной жизни постепенно становится позитивное право? Причем так, что в ответ на требования развивающейся цивилизации раскрываются и особенности права, обусловленные требованиями естественно-правового порядка, и логика «самого» права, заложенные в нем потенции? Или же на пер-

вый план выдвигаются, допустим, соображения морали, целесообразности, а то и, хуже того, уже преодоленные человечеством критерии прошлого — месть, возмездие, реванш, «право сильного» как таковое?

Пусть эти объективные факторы будут постоянно в поле нашего зрения при рассмотрении сложных процессов развития современного права, опирающегося на реальные процессы в жизни общества.

Нужно только учитывать своеобразие существующих в мире юридических систем, их принадлежность к тем или иным «семьям», юридическим типам. В том числе и значительный удельный вес в современном мире систем традиционного, неотдифференцированного юридического типа, в которых, как мы увидим, происходят не только процессы обособления и возвышения юридических критериев, обретения ими адекватности требованиям современного общества, но и превращение неюридических принципов и норм под прикрытием современных правовых форм в приоритетный, доминирующий социальный регулятор (коммунистическое право) или даже процессы консервации традиционных начал, активизации на этой основе идеологии фанатичного насилия.

§ 2. Гуманистическое право: идеи, ценности, реальности

1. Переход к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, демократическое переустройство общества и философия права. Теперь — самый знаменательный факт, который предопределил в соответствии с требованиями цивилизации развитие права и философское его осмысление.

Этот факт относится к современному времени, открытому эпохой Просвещения, и состоит в том, что стержнем, духовно-интеллектуальным нервом правового прогресса, происходящего в человеческом обществе с XVIII по XX в., стала *философия гуманистического права*.

Предпосылки этого доминирующего направления развития философско-правовой мысли возникли еще в античности и в христианстве (в других однопорядковых по общечеловеческим ценностям религиях). Но как особая, самостоятельная и высокозначимая область знаний философия гуманистического права является одним из значительных духовно-интеллектуальных выражений самого крупного, поистине великого в истории человечества перелома — перехода от традиционных к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, к европейскому Возрождению и его кульминации — эпохе Просвещения, формирования свободной рыночно-конкурентной эко-

номики и связанного со всеми этими процессами демократического переустройства человеческого общества.

Непосредственной предпосылкой формирования гуманистической философии права стало демократическое переустройство общества, которое в своем исторически-первичном виде реализовалось в конце XVIII в., во-первых, в конституционно-правовых принципах Французской буржуазной революции, кодификации гражданского права и, во-вторых, в североамериканской демократической государственности.

Оба только что упомянутые исторические свершения представляют собой две связанные между собой стороны начавшегося процесса утверждения в обществе важнейшего элемента последовательно демократических, либеральных цивилизаций — глубоких демократических и гуманистических правовых начал в жизни общества.

Обратимся теперь к центральному звену, которое определило содержание, смысл и значение философии гуманистического права. Оно основано непосредственно на возрожденческой культуре, на идеалах и ценностях эпохи Просвещения.

2. Центральное звено. Временем формирования философии права как закономерного итога развития философской мысли и правоведения (опирающегося на реальные процессы правового развития) стала философско-политическая вершина и кульминация возрожденческой культуры — эпоха Просвещения. Соответственно этому и *философское кредо Просвещения, его мирозданческий смысл — Свобода — выступили в качестве самой сути, центрального звена философского обоснования права.*

Причем свобода не в усложненных, умозрительных характеристиках (таких, как «познанная необходимость»), а в реальном, как этого требовала эпоха, в строгом, общепринятом понимании, согласующемся со здравым смыслом и простым человеческим опытом. То есть как способность или возможность *в ы б о р а по своему усмотрению, по с т у п а т ь с о о б р а з н о с в о е й в о л е и с в о е м у и н т е р е с у*, а не по воле и интересу «другого», тем более — *не по воле и интересу внешней властной силы, политической, государственной власти* (хотя бы в них и присутствовала «познанная необходимость»).

Но если исходный пункт в понимании свободы общезначим, то дальше, вслед за общезначимым пунктом, в понимании свободы можно видеть широчайший спектр — от «произвола просвещенного правителя» и бескрайней вольницы толпы до «свободного часа» военнослужащего и минут свободной любви раба и рабыни.

Именно поэтому столь важна философская характеристика свободы, которая, опираясь на общезначимое ее понимание, наполнила бы эту категорию глубоким человеческим смыслом. Тем смыслом, которому принадлежит ключевая роль в философии права.

Обращаясь к тем определениям свободы, которые (на основе культуры Возрождения и прежде всего эпохи Просвещения) провозгласили великие просветители – Вольтер, Ш. Монтескье, Дж. Локк, другие мыслители-гуманисты, определениям, которые выработаны философской мыслью и образуют важнейшие характеристики самой мировоззренческой основы философии права, хотелось бы привлечь внимание к тем сторонам воззрений великих мыслителей, философов-классиков на право¹, которые (при всем обилии литературных комментариев на этот счет), на мой взгляд, не всегда получают должную оценку и даже точную констатацию.

При этом из идей философов-классиков – таких как Кант, Гегель, Шеллинг, Фихте – представляется важным сообразно философским основам данной работы выделить первое из названных имен – имя Канта². Того философа, основателя классической философии современности, который совершил в области философских знаний своего рода «коперниковский переворот». Обратим внимание – «*коперниковский переворот*!» То есть именно то (и об этом прямо писал философ), что соответствует требованиям естественно-технических наук, образует кредо философских взглядов Канта, в том числе и на право. Что как раз – вслед за философией – уже имело существенное значение в XIX–XX вв. и именно сейчас в качестве практического, неотложного дела необходимо современному правоведению (и что, добавлю, определяет суть и замысел настоящей работы – III.10.2).

Кант, территориально отдаленный от Французской революции в европейском пространстве, в своем легендарном «ке-нигсбергском затворничестве»³ осмыслил впечатляющие последствия Великой фран-

¹ Подчеркивая великое значение в утверждении идей свободы мыслителей эпохи Просвещения, не будем все же забывать о том, что «богатство мировой цивилизации в правовой и политической теории и практике создавалось разными народами на протяжении тысячелетий» (Ершов Ю.Г. Философия права (материалы лекций). С. 33).

² Достоин внимания то обстоятельство, что кантовские подходы к свободе и праву начинают находить все большее признание в юридической литературе (см.: Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 51; Общая теория права и государства / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 29–30).

³ По словам Э.Ю. Соловьева, «само его (Канта. – С.А.) легендарное «философское затворничество» было не чем иным, как попыткой (и притом успешной) оградить себя от прусского провинциализма и стать кабинетно открытым по отношению к «мировой эпохе» (Соловьев Э.Ю. Указ. соч. С. 5).

цузской революции на основе своего критического метода, «чистых категорий», позволивших обрисовать картину мира, в том числе и по правовой проблематике, в соответствии с просвещенческим мировоззрением в идеальном, истинно человеческом виде¹. И именно это (вместе с «коперниковским» подходом) — как ни парадоксально — и сделало взгляды Канта по правовым вопросам остро актуальными и в настоящее время. Во время вступления человечества в третье тысячелетие христианской эры, — время, когда развитие последовательно демократических, либеральных цивилизаций потребовало в контексте общего мирового развития науки нового осмысления и практической реализации высоких идеальных представлений о праве — праве человека.

Наряду с обоснованием свободы как феномена «природы» сразу же обратим внимание на главный пункт в идеях Канта по проблематике свободы. Это *понимание свободы как основополагающего элемента бытия к а ж д о г о т д е л ь н о г о ч е л о в е к а, источника его творчества и инициативы, перевода его деятельности в созидательную активность*. А отсюда — и определение свободы как антипода насилия и произвола власти².

Именно с таких философских позиций и стало непреложным, что свобода «дана» людям самой природой, она, если угодно, — «божий дар», вселенское откровение, одно из самых высоких проявлений человеческого естества, сути того уникального, что характерно для человека как высшего создания Вселенной. И в этой связи именно она, свобода, особенно в условиях утверждения последовательно демократических, либеральных цивилизаций, выражает смысл человеческой жизни, ее предназначение, самое значительное, что может и должно дать людям действительное счастье, жизненное удовлетворение.

¹ «Эпоха Канта — эпоха Просвещения, которому Кант придает новую, обогащенную самокритикой разума, историческую форму» (*Ойзерман Т.И.* Этикотеология Канта и ее современное значение // Вопросы философии. 1997. № 3. С. 111).

² Такой подход к свободе продолжен и Гегелем. И самое существенное здесь заключается в том, что, по Гегелю, право относится к объективному духу — форме реальности, к «...порожденному духом миру, в котором свобода имеет место как наличная необходимость» (*Гегель Г.В.Ф.* Философия духа // Энциклопедия философских наук. М., 1977. С. 406). Добавим сюда и то, что именно Гегель выделил мысль Канта о том, что «прирожденное право только одно-единственное: свобода... — единственное первоначальное право, присущее каждому человеку в силу его принадлежности к человеческому роду». «Прирожденное» — значит данное самой природой. И Гегель говорит: «Такое понимание свободы «большой шаг вперед», ибо свобода — это «высочайшая вершина, которой ни на что не приходится глядеть снизу вверх, так что человек не признает никакого авторитета, и ничто, в чем не уважается его свобода, его не обязывает» (*Гегель Г.В.Ф.* Соч. 1935. Т. XI. С. 444).

Почему? Ответ на этот вопрос на удивление прост. Потому что человек, который неизменно остается существом биологического порядка (единицей из «зоологического мира», частичкой организованных сообществ живых организмов), одарен самым поразительным и великим из того, что способна породить Вселенная, — разумом.

А разум по своей сути и есть свобода; свобода — его, разума, неотъемлемое и, если угодно, само собой разумеющееся проявление и атрибут. Разум, поскольку он не является одним лишь инструментом одновариантных биологических импульсов и страстей, «зовом» подсознания, поскольку он не замкнут всецело на них, на их аналогах и проявлениях в социальной жизни (что также нельзя упускать из поля зрения), *как раз и представляет собой способность делать свободный выбор, решать жизненные проблемы самостоятельно.* И значит, способность выйти за пределы жестких, императивных, непрекаемых природных порядков и зависимостей, принимать решения по своему усмотрению, руководствуясь идеальными представлениями, принципами, началами, в том числе — к счастью, высокими духовными идеалами, относящимися к основополагающим моральным ценностям внутреннего духовного мира человека.

3. Персоналистические философские взгляды. Возрождение и его кульминация — Просвещение, разработки философов-классиков, прежде всего Канта, заложили основы такой социальной и правовой культуры, которая поставила в центр общественной жизни и прежде всего в центр мира юридических явлений отдельного, автономного человека — персону. Но заложили именно «основы», далеко не всегда и не во всем утверждавшиеся в научном и общественном мнении, в жизненной практике, тем более в реальной правовой жизни. Потребовалось почти столетие, прежде чем были предприняты научные разработки, с необходимой понятийной строгостью обозначившие новый высокий статус личности (персоны), а эти разработки в ходе общественного развития начали становиться реальностью.

Выдающуюся роль в таких разработках сыграла русская философия. И в первую очередь замечательный русский философ Н.А. Бердяев. Он писал: «Священно не общество, не государство, не нация, а человек» — и добавлял: «...принцип личности как высшей ценности, ее независимости от общества и государства, от внешней среды»¹.

На должной высоте оказались суждения и ряда передовых русских правоведов-цивилистов, и прежде всего правоведа-мыслителя И.А. По-

¹ Бердяев Н.А. Самопознание. М., 1991. С. 104, 226.

кровского. Он, так же как и Н.А. Бердяев, обосновывал идею персонализма, причем, что особо существенно, поставил эту идею в прямую связь с правом, с пониманием его уникальных достоинств.

И.А. Покровский пишет, что основное значение в поиске «верховной идеи», «которая могла бы ориентировать нас в нашей оценке всех отдельных правовых норм», имеет та раскрытая в литературе антиномия, которую можно обозначить как «противоположность между персонализмом и трансперсонализмом»¹. А потому, продолжает И.А. Покровский, «нравственный прогресс может быть только делом индивидуальной свободы, и высшим назначением права может быть лишь создание такого социального порядка, в котором эта творческая свобода находила бы себе наилучшие условия для своего осуществления»². Более конкретный и яркий вид противоположность между этими двумя воззрениями, заключает правовед, приобретает «в известном вопросе о взаимоотношении между личностью и государством с точки зрения пределов власти этого последнего»³.

Известную завершенность (на данное время) философским взглядам на свободу как мировоззренческую основу философии права придала современная теория либерализма (неолиберализма). В контексте разработок персоналистической философии, получившей вслед за разработками русских мыслителей значительное распространение на Западе⁴, идеалы свободы конкретизированно раскрылись в *идее правозаконности* — центрального, определяющего, как видно теперь, звена современной либеральной теории, сочетаемого с идеей человеческой солидарности (а также гуманистической философии права), да и всей, смею думать, последовательно демократической, либеральной цивилизации с ее идейной, духовной стороны. По справедливому замечанию Ф. Хайека, «концепция правозаконности сознательно разрабатывалась лишь в либеральную эпоху и стала одним из ее величайших достижений, послуживших не только щитом свободы, но и отлаженным юридическим механизмом ее реализации»⁵.

4. В потоке событий. Революция и право. Развитие философско-правовых взглядов, их вхождение в жизнь, огранка, восхождение на новые, более высокие ступени сопровождалось «своим» временем, ко-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 77.

² Там же. С. 78.

³ Там же.

⁴ См.: Мунье Э. Персонализм. М., 1992.

⁵ Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 128.

гда происходило становление, формирование и упрочение свободного гражданского общества, его демократических институтов, права.

Характеризуя же саму механику соединения юридических и философских знаний, нужно постоянно держать в поле зрения то существенное обстоятельство, что право — по своей основе институт практического порядка, функционирующий в самой гуще жизни, а правоведение в этой связи — наука по своей основе технико-прагматическая.

С этих позиций важно видеть и то, что, прогремев громким набатом в годы демократических революций, прежде всего Французской, идеи свободы не сразу нашли достаточно полное и развернутое выражение в действующем праве стран, вставших на путь демократического развития. И не сразу, надо добавить, складывающаяся на основе идей свободы система философских взглядов обрела свой достаточно определенный облик, выступила в качестве гуманистической философии.

И в этой связи примечательно то, что История тут же вслед за счастливыми мгновениями озарения, героики и славных свершений демократических революций (увы, во многом наносных, иллюзорных) преподнесла людям горькие уроки, продемонстрировав наряду со всем другим противоречивость и глубокую порочность самого феномена «революция».

Пожалуй, самым жестоким уроком для демократии в славное героическое время первых буржуазных революций стало то обстоятельство (весьма существенное для понимания миссии права), что сами по себе лозунги свободы, даже получившие превосходное воплощение в словесных формулах исторических документов — декларациях, конституциях и в сентенциях ряда властителей дум той поры (таких, как Жан-Жак Руссо), сами по себе не только не обеспечивают фактическую реализацию свободы на практике, но и, к несчастью, служат каким-то стимулом и чуть ли не безотказным оправданием, индульгенцией для бесчеловечных кровавых дел, революционных драм.

Такой драмой еще в обстановке восторга, вызванного Французской революцией, стала страшная якобинская диктатура, показавшая, что лозунги «идеального государства», «власти народа», «свободы и братства», причем сопровождаемые практикой свободных выборов, могут прикрывать жесточайшее своеволие вождей — вожаков толпы и стихии. И именно эти годы сделали еще более очевидным тот неумолимый «социальный закон» (он, кажется, так и не дошел до ума людей на опыте предшествующих революционных сломов), что *всякая революция неотделима от насилия*. Насилия — в крайних своих значениях, не только допускающего, но предполагающего прямое *уничтожение*

человека — людей, объявляемых без юридических процедур и правосудия «врагами», «бандитами», «террористами» «контрреволюционерами» и т.д. Насилие тем более страшного, что оно, прикрытое героикой и революционным восторгом, благообразными формулами и фанатизмом, глубоко проникает в недра общества и уже в последующем долго-долго дает о себе знать. Революции поэтому, сколь бы ни были значительны их причины, объявленные цели и романтически обаятельна революционная героика, всегда жестоко бьют по людям, нередко прежде всего по ее верным сынам и служителям (отсюда и знаменитая формула о том, что революция «пожирает своих детей»).

Судя по всему, кровавая якобинская диктатура в те далекие годы не поколебала общего революционного настроения, порожденного революцией, долгое время воспринималась как некоторая вроде бы вполне оправданная издержка бурных революционных событий, прощительная для фанатов-революционеров. Тем более что в то и в последующее время работал, казалось, чуть ли не единственный институт, будто бы обеспечивающий незыблемость демократии, — свободные выборы. И, пожалуй, только в нынешнее время, в XX—XXI вв., когда идеологи наиболее жестоких в истории человечества коммунистических режимов открыто называют якобинцев своими прямыми предшественниками, стало ясным, как чудовищный монстр революционного насилия и террора ворвался в жизнь людей и затаился в ожидании новых жертв и потрясений.

Другой урок того же времени — это имперское правление во Франции тех лет. И здесь под обаянием революционных лозунгов и революционной эйфории в жизнь общества наряду с рядом позитивных сторон (издание Гражданского кодекса одна из них) вошли как бы родные сестры бескрайней революционной диктатуры — «революционная война» и «империя».

До настоящего времени мы еще не осознали с необходимой ясностью то существенное обстоятельство, что революция — это не что иное, как известным образом облагороженная война, война за власть и ее удержание, осуществляемая теми же средствами, что и всякая война (с той лишь разницей, что это война внутри страны). А война в свою очередь — не что иное, как беспощадное вооруженное насилие, насилие в крайних своих значениях, т.е. с неизбежным уничтожением людей, в том числе невооруженных и непричастных, — террор, притом широкомасштабный государственный террор. Ибо все обозначенные явления (и революция, и война, и террор) с точки зрения человеческих измерений одинаковы, однопорядковы. И первое, и второе,

и третье одинаково построены на насилии, на возможности прямого уничтожения людей, убийства. И первое, и второе, и третье равным образом могут быть отнесены к внеправовым явлениям — явлениям, находящимся «по ту сторону права», где господствует хаос произвола, беспредел бесчинства и своеволия (оправдываемые при особых переломных исторических обстоятельствах только так, как может быть оправданна неотвратимая стихия).

И если ныне индивидуальный и групповой террор, кажется, получает всеобщее осуждение, то до нашего сознания никак не доходит тот факт, что другие родные сестры террора, революция и война, также имеют террористическую природу и достойны не менее суровых оценок.

Наполеоновские войны, потрясшие Европу в начале XIX в., хотя и проходили под обаянием лозунгов и романтической атмосферы Французской революции, в какой-то мере легализовали практику захватнических войн и принесли с собой чудовищные жертвы — в противовес ценностям возрожденческой культуры реанимировали средневековые стандарты традиционного общества — возмездие, расправу, низвели лишение человека жизни до некой «просто потери» или даже некоего «блага».

Другая беда, происшедшая вслед за славными революционными свершениями конца XVIII в., — это воцарившаяся в годы наполеоновского правления *империя*. И опять-таки здесь надлежит высказаться по одному из общих вопросов обществоведения. Суть вопроса в том, что власть, опирающаяся на насилие, легализованное революцией, тем более в обстановке победоносных революционных войн, неизбежно превращает ее в могущественную авторитарную силу, которая в условиях обширных многонациональных территорий приобретает имперский облик с имперскими тенденциями и атрибутами. А отсюда еще одно несчастье (быть может, самое страшное, роковое, непосредственный источник всех других бед) — пришествие и воцарение среди населения имперского державного сознания, превращающего людей из гордых граждан, свободных и ответственных личностей в послушных подданных, безропотно оправдывающих насилие и государственный террор, готовых переносить бесправие и унижение во имя сознания имперского величия, своего превосходства над другими людьми, за крохи завоеванных богатств.

Если подходить к послереволюционной поре, вылившейся в наполеоновское правление, с более широкими социальными мерками, то отчетливо можно различить те глобальные негативные процессы, которые может вызвать свобода, рождаемая революцией. Это — гигант-

ское, неконтролируемое усиление власти, ее террористические нравы, беспредел и бесчинства, формирование громадных (имперских) государственных конгломератов, вновь бросающих людей в условия унижения, полурабства, «сладостного бесправия».

Выпущенные «на волю» в условиях свободы — даже при функционировании порядков свободных выборов — демоны власти, идеологические фантомы и сделали неизбежной во Франции, в других европейских странах череду сменяющих одна другую полос реакции, реставраций, «новых наполеонов», войн, революционных потрясений¹.

Конечно, все это — уроки. Но они ничего не стоят, если из них не делаются надлежащие практически значимые выводы.

И вот из всех невероятной сложности хитросплетений исторических событий, последовавших вслед за Французской революцией, наиболее важными, непреложными представляются, по крайней мере, три вывода, имеющие ближайшее отношение к теме настоящей работы.

Во-первых, это то, что дух свободы, ее значительность для человека, для будущего всего человечества со времен знаменитых американских и французских деклараций и конституций оказались в конечном итоге все же неуничтожимыми; они при всех ужасающих минусах и издержках стали выражением, знаком и символом человеческого прогресса, спасения и благополучия людей.

¹ И еще одно общее соображение на тему революции и насилия. Один из выдвинутых революционной бурей постулатов, поддерживаемых мыслителями эпохи Просвещения, — это постулат о неизбежности насилия в обстановке, когда у народа нет иного способа «свергнуть тирана».

С позиций сегодняшнего дня очевидна уязвимость и, пожалуй, даже трагическая опасность приведенного постулата. Насилие, даже использованное против тирана, заряжается импульсом допустимости насилия вообще, возможности его использования во имя каких-то идеалов. И надо сделать все-все-все, чтобы преодолеть его в существующих юридических формах. Во всяком случае, насилие «против тиранов» может быть как-то признано в традиционном обществе, притом признано относительно допустимым только при несовершенстве юридической системы, не способной обеспечить смену власти, и невозможности легально добиться такого совершенства, т.е. сообразно тем началам, характерным для «слова эпох», которые обосновывают саму возможность непосредственного действия естественного права [III.12.1].

Впрочем, только что высказанные соображения о насилии и тиранах — не более чем умозрительные соображения, отдающие к тому же некой романтической мечтательностью. Жизненная практика еще ни разу не продемонстрировала примера, когда бы бескорыстные революционеры поступились властью. Напротив, она повсеместно показывала другое — революционные жертвенные свершения против тиранов по большей части тут же перерастали в разгул стихии, массовое истребление людей, захват имущества — те «революционные акции», в осуществление которых тут же включались люди из криминального мира и которые неизменно завершались пришествием революционеров и их попутчиков к вершинам власти.

Во-вторых, при всей важности свободных выборов (всеобщих, равных, прямых, при тайном голосовании) при формировании властных учреждений государства они еще не обеспечивают демократического развития общества; при известных же исторических и ситуационных условиях свободные выборы (плебисциты, референдумы) — да к тому же, как свидетельствуют уже современные данные, при развитии изощренных «технологий» и безмерной власти денег — приводят к результатам, обратным тем, в отношении которых строились демократические надежды и расчеты, — к установлению диктаторских, тиранических режимов власти.

И в-третьих, более чем двухсотлетний период существования демократической культуры, рожденной Французской революцией и североамериканской государственностью, показал, что ее реальное осуществление требует (вслед за внедрением в жизнь великих лозунгов свободы и учреждения институтов демократической государственности) всестороннего развития позитивного права. При этом такого позитивного права, которое способно глубоко и накрепко воплотить начала цивилизованной свободы (свободы «в праве» и «через право») в само бытие людей, в саму прозу жизни, в быт и повседневную практику людского бытия и общения, т.е. требует обретения демократическими лозунгами и принципами *правовой плоти, адекватной юридической материи* — их реализации в виде системы строгих юридических принципов, норм, отработанных юридических конструкций, процедур, процессуальных форм, которые были бы способны сделать указанные лозунги и принципы *реальностью*.

5. Гражданские законы. А в этой связи — более конкретизированное замечание об отмеченной ранее сложной диалектике развития философии права. После того как в главных своих очертаниях сложилась философская основа философско-юридической науки, последующее накопление интеллектуального материала, уготованного ходом Истории для философии права, происходило вслед за все большим утверждением в жизни западноевропейских стран и США демократической и правовой культуры, рожденной Французской революцией, а главное — в процессе развития позитивного права как нормативно-ценностного регулятора, в потоке многообразных событий, в сложных, порой драматических взаимосвязях позитивного права с его человеческой основой — естественным правом и властью.

И вот тут надо видеть, что решающую роль среди законов, имевших по своему значению эффект *прорыва* в праве континентальной Европы, а затем и всего мира, сыграли *гражданские законы*. Это — Фран-

цузский гражданский кодекс (далее – ФГК) 1804 г. (Кодекс Наполеона) и Германское гражданское уложение (далее – ГГУ) 1896 (1900) г. (а вслед за ними ряд других гражданских законов – таких, как Швейцарский гражданский кодекс, и – что не менее важно – соответствующая цивилистическая, гражданско-правовая культура общего, прецедентного права стран англо-американской группы).

Именно гражданские законы и в целом цивилистическая, гражданско-правовая культура – это те главные факторы, с помощью которых идеалы свободы, демократические и правовые ценности *фактически реализуются в самой материи права (принципах, конструкциях и институтах), а в этой связи реально воплощаются в повседневной жизни граждан, во всех многообразных проявлениях этой жизни*, и тем самым с юридической стороны обеспечивается реальное формирование современного свободного гражданского общества.

Гражданские законы в нынешнее время восприняли не просто тысячелетиями отработанную с технико-юридической стороны и в этом отношении совершенную юридическую материю. Они восприняли именно *частное право* – такую сферу права (противостоящую праву публичному), которое со времен античности реализовало свободу людей непосредственно в правовой материи и как будто уготовано для современной эпохи. Ибо частное право – это как раз такая юридическая сфера, которая непосредственно напрямую воплощает достижения культуры, свершения разума в области регулирования внешних, практических отношений равных и свободных людей и одновременно не зависит от усмотрения власти. Оно, стало быть, в демократическом обществе при достаточно развитой юридической культуре и есть один из тех элементов в праве, который позволяет юридической системе возвыситься над властью.

И наконец, такая еще характеристика гражданских законов, раскрывающая их миссию, их роль в формировании и развитии современного гражданского общества. Гражданские законы – это как раз те юридические установления, которые, по-видимому, носят наиболее приземленный, утилитарно-деловой характер, они касаются всех людей страны, ежедневно, а то и ежечасно воспроизводятся в нашей безостановочно повторяющейся повседневности. Изо дня в день, от раза к разу. И это не некий минус (как может показаться на первый взгляд), а, напротив, гигантское уникальное преимущество гражданских законов, исподволь упорно превращающих свободу людей в повседневную и само собой разумеющуюся данность. Непрерывно повторяясь, влезая во все закоулки нашего человеческого бытия, гражданские законы

как ничто другое способны «приручить к себе людей» — стать непреложными правилами, напрямую входящими в образ жизни, в повседневную действительность, в наши нравы, в саму прозу наших жизненных дел. А значит, и *включить людей — всех людей! — в атмосферу реальной, обеспеченной, оцивилизованной свободы!*

В этой связи свобода людей и становится непреложной реальностью, а отсюда реальностью становится и общая атмосфера безусловной недопустимости любых ее нарушений, признания в качестве безусловных элементарно необходимых условий и гарантий для осуществления свободы человека, его достоинства, высокого статуса.

Так что именно при помощи гражданского права входит в быт, в повседневность свобода человека — отдельного, автономного человека! И это, быть может, является наиболее надежным показателем современной западноевропейской (причем персонцентристской) культуры — того, что в жизни общества возникла устойчивая, твердая правовая почва для практической свободы отдельного автономного человека, личности и, следовательно, для существования и развития современного свободного гражданского общества. Как справедливо отмечено И.А. Покровским, «гражданское право исконно и по самой своей структуре было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения...»¹.

Франция, Германия, Швейцария, Нидерланды, иные западные страны, ряд стран других континентов — например Чили, в которых утвердились гражданские законы, в XIX—XX вв. прошли непростой путь развития. Путь с периодами застоя, войн, разрухи и — что особо пагубно — с трагическими сломами в политико-правовой жизни, когда в таких странах, как Германия, Италия, Испания, Чили, воцарялись фашистские тоталитарные режимы. И все же надо видеть, что в эти трагические годы в странах, брошенных в бездну фашизма, сохранялись островки правовой западноевропейской культуры и либеральных ценностей, выраженные в гражданском законодательстве. И во все не случайно поэтому так быстро, воистину стремительно, состоялось в этих странах демократическое возрождение — не только вновь утвердились и заработали в оптимальном режиме свободная рыночно-конкурентная экономика и институты парламентаризма, но и произошли новые крупные перемены в праве.

6. Идея правозаконности. В настоящее время, судя по многим показателям, по философско-правовым вопросам уже накоплена такая сум-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 309.

ма данных, которая позволяет подвести известный итог развитию философии права и охарактеризовать ее в том виде и облике, которые отвечают требованиям современной стадии человеческой цивилизации.

Вот некоторые итоговые соображения.

Начиная с эпохи Просвещения, философская мысль по вопросам права, развиваясь и оттачиваясь в едином потоке, неизменно склонялась к одному — к тому, что основой права, его стержнем и предназначением является *свобода*. И не просто свобода, не свобода вообще, не абстрактно понимаемая идея свободы, а — прошу внимания! — *реальная, в живой юридической плоти свобода отдельного автономного человека, свобода личности*. Личности, которая защищена от насилия и произвола.

И самое, пожалуй, поразительное здесь то, что с такой сутью и направлением философской мысли пункт в пункт по конечным итогам (пусть даже отдаленных на столетие) совпало и фактическое развитие политико-правовой действительности в странах, преимущественно европейских, странах Северной Америки, где в ходе и в результате демократического переустройства общества шаг за шагом по тропе проб и ошибок, сбоев и зигзагов утверждаются институты демократии. И тут, непосредственно в практической жизни людей, начиная с эпохи Просвещения, Великой французской революции, первых демократических деклараций и конституций развитие неуклонно шло и идет ныне от общих формул о свободе, равенстве и братстве к *идеям правозаконности, к приоритету в политико-юридическом бытии неотъемлемых прав и свобод человека*. И отсюда — к формированию и к господству гуманистического права, являющегося высшей точкой (кульминацией) его восхождения.

Выражением такого состояния права, соответствующего требованиям современного гражданского общества, стала идея (требование) *п р а в о з а к о н н о с т и*.

Ключевой элемент в этом слове, — конечно же, «сама» *законность*. Суть дела здесь вот в чем. Реальность права, его действенность раскрывается через законность — строжайшее, неукоснительное претворение в жизнь действующего права, закона.

Но само по себе требование законности, при всей его важности мало что говорит. Это требование характеризует всего лишь одно из имманентных и безусловных свойств любого действительного права, его общеобязательность — категоричность, непременность строжайшего, неукоснительного соблюдения, претворения в жизнь действующих юридических норм — неважно каких, в том числе — «революционных» и самых что ни на есть реакционных.

Что же меняется, когда к приведенному требованию добавляется слово «право» («правозаконность»)? Казалось бы, ничего, не очень-то нужный словесный повтор, тавтология. Или даже, хуже того, постулат, который может поколебать универсальность и общезначимость требования законности как таковой.

Да, требования законности как таковой универсальны, общезначимы. Но важно видеть и то, что законность, рассматриваемая «вообще» — обратим внимание на этот момент! — может быть «революционной» и крайне реакционной (сводящейся всего лишь к «дисциплине и порядку» да безусловной общеобязательности велений верховной власти), что и было характерно для советской юридической системы с ее идеологизированным выражением и символом «социалистическая законность».

А вот в соответствии с приведенным терминологическим обозначением («правозаконность») все резко меняется. Как только признаются и на деле осуществляются основные начала гуманистического права — основные неотъемлемые права человека, одного лишь понятия «просто законность» (в полной мере сохраняющего свою значимость) оказывается все же недостаточным.

С рассматриваемых позиций смысл правозаконности означает наряду со строжайшим, неукоснительным проведением в жизнь норм действующего права (это безусловная юридическая реальность, и она конечно же непременно «должна быть») реализацию своего рода сверхзадачи *начал гуманистического права, прежде всего основных неотъемлемых прав человека*. А также связанных с ними ряда других институтов, в том числе общедемократических правовых принципов народовластия, частного права, независимого правосудия. А значит, *и реальное на деле построение на последовательно демократических, гуманистических началах всей юридической системы, всей политико-государственной жизни*.

И еще одно замечание. Не будем упускать из поля зрения то, что здесь и дальше речь идет о философии, о концепциях, об идеях, в немалой мере — об *идеалах*. Концепция современного гуманистического права (правозаконности) понимается в данном случае не как во всех своих ипостасях наличный факт — не как фактически существующая конкретная юридическая система какой-то страны (даже наиболее развитой в демократическом и правовом отношениях, некоторые из таких стран поспешили продемонстрировать нечто обратное), а как *известные модель, теоретический образ*. Если угодно, ю р и д и ч е - с к а я к о н с т р у к ц и я в ы с ш е г о п о р я д к а, отвечающая требованиям современного гражданского общества.

К этому идеалу ряд национальных систем приблизились на довольно близкую дистанцию. В национальном праве демократически развитых стран — таких как Великобритания, Франция, Германия, США, Норвегия, Нидерланды, Швейцария — многие элементы, если не большинство, современного гуманистического права уже наличествуют, другие находятся рядом, как говорится, «на подходе» (хотя и здесь происходит реанимация прошлого — своего рода *срывы, сбои*, когда на первый план, «отодвигая» право, выступают геополитические, экономические, а подчас и непосредственно военные интересы как таковые, а порой и прямо главенствует право силы или даже право войны, возмездия).

Главное же, все эти элементы: и наличествующие, и представленные как идеал, некое обобщение — соответствуют логике общественного развития, отвечают требованиям нынешней ступени цивилизации и в своей совокупности, надо полагать, обрисовывают «правозаконность», или «современное право гражданского общества» — новую, наиболее высокую ступень восхождения права, непосредственно следующую за «правом государства» — ступенью, которая доминирует в нынешних условиях во многих странах, в том числе и в ряде демократических [II.5.4].

Таким образом, концепция права, отвечающая требованиям современного гражданского общества, — это *ф и л о с о ф и я п р а в о з а к о н н о с т и*, или, что то же самое — *г у м а н и с т и ч е с к о г о п р а в а*, которое призвано *г о с п о д с т в о в а т ь, п р а в и т ь в о б щ е с т в е*.

В то же время хотелось бы привлечь внимание к тому, что при всех новых смысловых нагрузках и оттенках рассматриваемой формулы она все же остается положением о *законности*. А законность при всех исторических метаморфозах остается именно законностью, порядком, строем или устройством строжайшего соблюдения действующего позитивного права, выраженного в законах, других юридических источниках.

Обо всем этом приходится с такой настойчивостью говорить еще и потому, что, как показывают события самого конца XX и начала XXI в. (в особенности, события в Югославии 1999 г., близкие по ряду моментов события последующего времени), при всем значении правозаконности как *принципа* игнорирование требований законности как таковой опять-таки приводит *на практике* к насилию, произволу, в том числе к использованию методов войны с новым витком непростых проблем.

Да, кратко изложенные идеи правозаконности, соответствующие требованиям современного гражданского общества, — не более чем идеалы, обобщенный образ, суммированный на основе тенденций, достижений и промахов законодательства и юридической практики демократиче-

ских стран с развитой юридической культурой, отечественного положительного и отрицательного опыта, а также авторских представлений о месте и роли права в жизни людей, в чем-то, понятно, дискуссионных.

Но это, как мне представляется, простые, ясные идеалы. Они согласуются с нашими тоже простыми, ясными, чистыми человеческими потребностями и устремлениями. И — что особо существенно — именно они, идеалы правозаконности, или *Идея Права*, способны придать оптимистические очертания будущему людей, определить оптимальный вариант, жизнеутверждающий и достойный, перспективы развития человеческого сообщества. И *статья* — наверное, уместно будет сказать — *для каждой страны, в том числе и для России, общечеловеческой и одновременно национальной и д е е й* (которую так упорно и так безуспешно в наши дни «ищут» в российском обществе).

И все же дальше на примере России, нашего Отечества, мы увидим, как непросто, с каким трудом, потерями, деформациями эти идеалы входят (а еще чаще не входят) в жизнь.

Именно для России все эти процессы оказались неимоверно сложными. Ибо Россия стала страной, в результате событий последних десятилетий не просто отброшенной назад, а страной сломанной, искалеченной, в ряде случаев уже лишенной возможностей без гигантских потерь воспринимать и развивать простые и ясные человеческие идеалы. И особо прискормно, быть может, то, что Россию во многом сломала, искалечила тоже система взглядов на право, претендующая на то, чтобы быть «философией», — коммунистическая правовая философия.

§ 3. Коммунистическая философия права

1. Ортодоксальные основы коммунистической философии права. Если стержнем правового прогресса в условиях перехода человечества от традиционных к либеральным цивилизациям и демократического переустройства общества стала философия гуманистического права (правозаконности), то в качестве наиболее значительного, противостоящего ей явления правового регресса и вместе с тем ее своеобразного спутника-антагониста выступила *коммунистическая марксистская философия права*.

Каковы основания такой оценки ортодоксального марксизма?

Здесь хотелось бы обратить внимание на то, что марксистские взгляды, многократно и скрупулезно проанализированные с различных науковедческих позиций (экономических, политических, моральных, психологических и др.), по-настоящему не становились предметом на-

учного освещения и оценки с о с т о р о н ы п р а в а. А если и вовлекались в область научного анализа в данной плоскости, то преимущественно с точки зрения некоторых специальных проблем – соотношения права и экономики, права и веры и т.д.¹

Между тем, когда Маркс возвестил о том, что задача философов не осмысливать действительность, а изменять ее, он тем самым уже сообщил такому философскому обоснованию действительности значение «права» на революционное преобразование мира. Права в том *широком значении*, которое выражает обоснованность, оправданность соответствующих действий революционных сил, наличие у них достаточного основания на такого рода «переделку» действительности.

Марксизм, таким образом, может быть охарактеризован как *философское и политическое учение, обосновывающее высшее революционное право, своего рода суперправо марксистов (пролетариата) на коренное преобразование мира.*

В соответствии с этим, по Ленину, наиболее верному последователю Маркса, основателю большевизма, *главное в марксизме – революционное насилие, идея д и к т а т у р ы п р о л е т а р и а т а, т.е. власти, по ленинским же словам, не ограниченной законом.* Власть же, не ограниченная законом (диктатура пролетариата), и представляет собой как раз «право» во имя коммунизма идти на любые шаги, на любые акции для торжества светлых идей, всеобщего счастья².

Марксистская доктрина допускает (и даже возвеличивает) *прямое во имя коммунизма насилие в его крайних, острых выражениях, не знающих ограничений.* И реальный смысл «революционного правосознания», использованного в ходе большевистской революции и ленинско-сталинской диктатуры, строго соответствует содержанию рассматриваемой марксистской категории.

Именно потому большевики, марксисты-ленинцы считали себя вправе поступать сообразно своим идеологическим представлениям и делать со всем обществом, его институтами, с отдельными людьми что угодно – за-

¹ См., например: *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 514 и сл.

² Нужно взять на заметку: именно для того, чтобы оттенить революционную сущность партий, выражающих великое мессианское дело марксизма-ленинизма, историческое предназначение и великое революционное право пролетариата, их приверженность идее диктатуры пролетариата, в 1918 г. марксистские партии, придерживающиеся радикального революционного большевизма, были переименованы из «социал-демократических» в «коммунистические». Именно по этой причине, а не по какой-то другой (запомним этот факт, возможно неожиданный для многих нынешних сторонников коммунистической партии).

хватывать путем заговора и вооруженного насилия власть, идти на реализацию утопии, на фантастический эксперимент в отношении всего народа, физически уничтожать «врагов народа», идти на «мировой пожар», развязывать революционную войну, применять массовые вооруженные насильственные акции, государственный террор, чинить расправу над классово чуждыми элементами и единомышленниками-отступниками, ликвидировать естественные механизмы и стимулы жизнедеятельности — частную собственность, рынок, предпринимательство, заменяя все это искусственно-принудительными фантомами. Вот что говорил известный деятель Октябрьской революции, член ВЧК М. Лацис: «Мы истребляем буржуазию как класс. Не ищите на следствии материала и доказательств того, что обвиняемый действовал делом или словом против советской власти. Первый вопрос, который вы должны ему предложить, какого он происхождения, воспитания, образования или профессии. Эти вопросы и должны определить судьбу обвиняемого. В этом смысл и сущность красного террора»¹.

2. Высшее революционное право в России. В конце XIX — начале XX в. в России определился по многим признакам правовой путь развития. Между тем именно Россия, ее юридическая система воплотили высшее революционное право, построенное на марксистской философской доктрине. Почему?

Прежде всего, разумеется, потому, что Россия в силу уникального совпадения многих объективных и субъективных обстоятельств стала в начале XX в. носителем и жертвой (пожалуй, даже жертвой-искуплением) соблазнов и вожделений, порожденных марксистской революционной доктриной, да к тому же в ее ленинско-сталинском, большевистском крайне силовом, агрессивном, террористическом варианте. И в соответствии с этим именно на российской земле, начиная

¹ Цит. по: Мельгунов С.П. Красный террор в России. 1918—1923. М., 1990. С. 44. И это не отдельные высказывания, тем более не сугубо фразеологические обороты, а *последовательная политика*, находившая, увы, выражение и какое-то формальное обоснование в законодательных документах, в нормативных актах, обозначаемых в качестве «правовых». Как это ни поразительно, самые крайние проявления большевистского террора, поистине геноцида в отношении населения страны, имели известные «юридические основания». И это было и «при Ленине» (постановлением VI Чрезвычайного съезда Советов от 6 ноября 1918 г. органам ВЧК было предоставлено право (!) брать заложников и содержать их под стражей, постановлением Президиума ЦИК СССР от 28 марта 1924 г. было подтверждено Положение о правах ОГПУ, где предусматривалось образование Особого совещания для рассмотрения дел в отношении социально опасных лиц и т.д.), и тем более «при Сталине» (Циркуляром ОГПУ от 29 октября 1929 г. в центре и в республиках были созданы «тройки», по приказу же НКВД СССР от 27 мая 1935 г. эти «тройки» образованы в краях и областях, сразу же после убийства Кирова в 1934 г. ВЦИК издал постановление, по существу устранившее процессуальные гарантии по «контрреволюционным» делам, и т.д.).

с октября 1917 – декабря 1918 г., началось практическое ее осуществление, с заговором, насильственным захватом власти, разгоном избранных народом представительных учреждений, красным террором и т.д.

Кроме того, наряду со многим другим, России выпала столь тяжкая доля еще и потому, что в России даже в условиях развивающегося капитализма и восприятия некоторых передовых юридических форм продолжала господствовать юридическая система со многими чертами «византийства». Да к тому же с «обоюдно» обострившимися силовыми методами прямых кровавых расправ – и со стороны власти (массовые расстрелы демонстрантов, бесчинство охраны), и со стороны борющихся с властью сил (террор народников, эсеров, эсдеков-боевиков).

Именно здесь нужно искать одну из существенных причин того, что установившаяся в результате революционного переворота 1917–1918 гг. власть большевистской партии нашла в идеологии и практике «византийства» наиболее близкую по сути фактическую основу для практической реализации высшего революционного права (к тому же подкрепленного будто бы естественными началами борьбы с эксплуататорами и угнетателями)¹.

¹ На первый взгляд, как будто бы «византийство» российского права публично-юридического строя [П.5.2], напротив, создавало, в отличие от других стран с традиционным, неотдифференцированным правом (также медленно с зигзагами развивающихся по пути правового прогресса), даже благоприятные условия для восприятия ценностей передовой юридической культуры. Ведь право России, пусть и в его, так сказать, «внешних слоях», все же содержало известные институты и формы, относящиеся к западноевропейской юридической культуре (к тому же находящие опору как в позднеримских элементах византийского права, так и в «варяжских» предпосылках северо-западной культуры). И потому – как это свойственно и другим странам с византийским построением юридических систем (таким, как Турция, воспринявшая без корректив один из лучших европейских гражданских кодексов), Россия во время царствования Александра II довольно легко («с охотой») стала осваивать известные передовые юридические формы.

Но в самом том факте, что такого рода передовые юридические формы по жестким канонам «византийства» во многом проскальзывали по поверхности социальной жизни, в весьма малой степени затрагивая ее суть, ее основные слои, таилась угроза восприятия российским правом и всей социальной жизнью постулатов иного порядка, не совместимых с правом в его высоком гуманистическом значении.

К сожалению, именно в таком неблагоприятном историческом варианте все и произошло в России. Да так, что Россия стала носительницей «обратного», противоположного полюса мирового правового развития в эпоху перехода человечества к последовательно демократическим цивилизациям – философии коммунистического права.

А произошло все это опять-таки в немалой степени благодаря «византийским» особенностям российского права. Только здесь и теперь – таким особенностям, которые относятся к его истинной (хотя и подспудной сути) – *насильственной, репрессивной природе*. Той природе, в которой нашла обитель, поприще для воплощения в жизнь ортодоксальная доктрина марксизма-ленинизма.

Отсюда «классический» характер и одновременно особенности высшего революционного права коммунизма в том виде, в каком оно с 1917–1918 гг. стало реализовываться в России. В том числе и в виде юридизированной доктрины – придания идеологии (марксизму, партийным программам), да и всем партийным решениям, непосредственного юридического значения и действия. Согласно декрету о суде № 1, верховной инстанции Советов, все законоположения и юрисдикционные решения должны были соответствовать не только декретам советской власти, но и, в первую очередь, программе коммунистической партии.

Вот почему все основные акции во всех сферах жизни российского общества после прихода к власти коммунистов строились «в соответствии» с партийными решениями, с прямыми указаниями партийных инстанций, вождей, а в ряде случаев в виде «совместных документов» центральных учреждений партии и государства. Включая и область карательной политики, вплоть до прямых указаний партийных учреждений и их лидеров в отношении, например, методов следствия¹.

Надо отдать должное ленинцам-большевикам: захватив в России в октябре 1917 г. власть (и подкрепив этот захват разгоном Учредительного собрания в январе 1918 г.), они с предельной пунктуальностью реализовали марксистские представления о революционном праве. И право Советской России 1917-го – конца 1920-х гг., которое именовалось «революционным», в то время оценивалось в чем-то открыто и честно. Оно характеризовалось как «революционное правосознание», а порой – совсем уже открыто и честно – «революционная целесообразность»². То есть «право» в значении непосредственного неконтро-

¹ Печатающийся пример тому – шифрованная телеграмма Сталина, направленная 10 января 1939 г. секретарям обкомов, крайкомов, ЦК нацкомпартий, наркомам внутренних дел и начальникам управлений НКВД: «ЦК ВКП(б) разъясняет, что применение физического воздействия в практике НКВД было допущено с разрешения ЦК ВКП(б). Известно, что все буржуазные разведки применяют физическое воздействие в отношении социалистического пролетариата и притом применяют его в самых безобразных формах. Спрашивается, почему социалистическая разведка должна быть более гуманна в отношении заядлых агентов буржуазии, заклятых врагов рабочего класса и колхозников? ЦК ВКП(б) считает, что метод физического воздействия должен обязательно применяться и впредь, в виде исключения, в отношении явных и неразоружившихся врагов народа, как совершенно правильный и целесообразный метод» (цит. по: *Столяров К. Палачи и жертвы. М., 1998. С. 131*).

² В самый канун Октябрьского переворота идеолог революционного права советского образца П.И. Стучка писал: «...мы вслед за Марксом заявляем, что мы должны стоять не на почве законности, а стать на почву революции» (*Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 227*).

лируемого революционного действия, прямого насилия, возможности отступления от своих же юридических установлений по мотивам революционной целесообразности¹.

Правда, в конце 1920-х — начале 1930-х гг. в марксистских воззрениях на право, как во всей системе марксистско-ленинской, большевистской идеологии, произошли изменения (точка в точку совпавшие с канонами византийства). Отсюда соответствующие изменения и в коммунистической философии права, которая, сохранив постулаты ортодоксальной теории, в чем-то преобразовалась, по ряду существенных позиций сменила саму систему координат и особенно ее символов, идиологов, терминологических обозначений.

Это произошло в условиях, когда, одолев всех других претендентов на верховную власть в обществе (и по единодержавным восточно-византийским нравам физически уничтожив наиболее видных из них), единоличный вождь — Сталин — встал на путь известной стабилизации в жизни общества, создания мощной военно-коммунистической общественной системы, основанной на модернизированной государственной экономике и выраженной во всецельной партийно-идеологизированной государственности и социалистической законности (обеспечивающих в новых формах господство революционного права, служащего коммунизму, его победе во всем мире).

Эта искусно созданная модернизированная система единодержавной власти и соответствующие ей общественные порядки, получившие официальное имя «советское социалистическое общество», могут быть охарактеризованы в качестве относительно сложившегося, институционально отработанного и реально утвердившегося случая современной цивилизации. Такого случая, который, отличаясь причудливым сочетанием некоторых положительных, привлекательных и одновременно бесчеловечных, чудовищно отвратительных черт, с новыми идейными символами-идолами (всесильная партийно-идеологизированная государственность, идол «социализма»), тем не менее сохранил саму суть высшего революционного права.

Такой поворот событий в мире марксистских идей и реалий представляется на первый взгляд неожиданным, нелогичным и даже странным, если исходить из ортодоксальных марксистских взглядов на государство. Ведь государство под углом зрения этих взглядов изначально

¹ См.: *Стучка П.И.* Указ. соч. С. 350. В другом месте автор замечает: «С первых же дней революции 1917 г. еще в марте и позже мне неоднократно приходилось возражать против сознательного или невольного лицемерия тех революционеров, которые привыкли говорить о строгой законности в самый разгар революции» (с. 232).

рассматривалось как институт временный, рассчитанный лишь на переходный период и обреченный по мере успехов коммунизма на отмирание. В нем не предполагалось иметь ни постоянного привилегированного аппарата, ни постоянной армии, словом, это не государство в строгом смысле, а, по словам Ленина, «полугосударство», формой которого и должны были стать образования непосредственной демократии самих трудящихся масс — Советы.

И вдруг все изменилось, по ряду характеристик — ровно до наоборот. Чем же можно объяснить такого рода метаморфозу?

Понятно, решающую роль сыграл здесь сам факт появления мощной военно-коммунистической властной системы — то обстоятельство, что революционно-романтический порыв к коммунизму в своем истинном значении иссяк и на деле обернулся формированием тиранической военно-коммунистической системы власти во главе с единодержавным правителем, вождем — генеральным (первым) секретарем коммунистической партии.

Но сам по себе этот факт едва ли был бы возведен в ореол всеильной священной власти, если бы он не был преподан под углом зрения коммунистической идеологии. Ведь при указанной ранее философской переориентации произошла не замена былой утопической философии на обычную государственную идеологию, возвеличивающую власть (такая идеология при абсолютизации власти — вещь распространенная), а явление совсем иного порядка. Марксистские философские догмы и определения стали своего рода обоснованием всемогущества власти. Советское государство, возглавляемое вождем коммунистической партии, было объявлено главным орудием строительства коммунизма. А потому именно оно, государство «во главе с партией», стало выражением и носителем указанного ранее высшего революционного права, позволяющего в отношении общества, каждого человека совершать какие угодно акции, лишь бы они соотносились с марксизмом, ленинизмом, большевистскими взглядами и практикой.

Да и по своему существу государственная идеология в сталинскую эпоху — в периоды, начавшиеся со сталинской единодержавной тирании, а затем во время брежневского неосталинизма связывалась не столько с дальними коммунистическими идеалами (они приобрели в основном декларативный, лозунговый характер, и только в хрущевское время было воспламенились живой романтикой), сколько с существованием и функционированием модернизированной военно-коммунистической системы власти, выраженной в социалистической державной государственности.

В то же время при функционировании такой всеильной государственности использовался идол «социализма», который стал формально провозглашенным основанием-критерием, необходимым для того, чтобы запускать в дело высшее революционное право с использованием всей мощи вооруженных, карательных сил, всей репрессивно-чиновничьей машины, стали интересы победившего социализма, его незыблемость, «окончательный и необратимый выбор» его народом.

Это основание-критерий сказалось на решении ряда юридических проблем, в том числе конституционных. Само существование, казалось бы, широких социально-экономических и иных прав граждан и тем более их фактическая реализация напрямую связывались в формулировках юридических текстов (особенно Конституции 1977 г.) с тем юридически значимым условием, что они должны соответствовать «интересам социализма».

Но в наибольшей степени, пожалуй, аргумент «социализма», точнее, «угроза социализму», проявил свою большевистскую суть в критических, кризисных ситуациях. Причем, что весьма показательно, прежде всего именно в тех областях отношений, где твердость правовых норм и принципов имеет, казалось бы, неоспоримую значимость — в международных отношениях, между странами внутри социалистического лагеря. Ведь туманные хрущевско-брежневско-сусловские рассуждения о достоинствах социалистического строя, а затем «доктрина Брежнева», послужившие основой вторжения вооруженных сил в Венгрию (1956 г.) и в Чехословакию (1968 г.), и беспощадная расправа с народным сопротивлением одинаково обосновывались наряду с некоторыми иными невразумительными доводами тем, что возникла «угроза социализму». И это будто бы в достаточной мере оправдывает массивные вооруженные насильственные акции «братьев по социализму» во главе с СССР в отношении любой страны социалистического лагеря, коль скоро, по мнению «братьев» (точнее, «старшего брата» — лидеров КПСС, а потом и «всех других братьев») подобная угроза социализму возникла.

Аналогичный аргумент оказался решающим при использовании вооруженных сил для подавления народных протестов и внутри страны Советов — в Новочеркасске (1962 г.).

Да и последняя по времени, уже в годы начавшихся перемен, вооруженная акция (введение войск в Москву в дни августовского путча 1991 г.) опять-таки оправдывалась в документах организаторов акции тем, что возникла угроза «завоеваниям социализма».

3. «Двухэтажное» право: официальная юридическая система и правоневидимка. В результате сложного, многоэтапного развития — развития,

которое все время опиралось на коммунистические догмы, на свои непоколебимые опоры в идеологии, в социальной системе и традициях «византийства», в советском обществе сложился поразительный, невиданный в истории (и судя по всему, неповторимый) юридический феномен, который иначе как *двухэтажное право* не назовешь. Право, которое включает в себя два разнородных слоя: официальную юридическую систему и право-невидимку — «высшее право».

О ф и ц и а л ь н а я ю р и д и ч е с к а я с и с т е м а, т.е. система позитивного права, с внешней официально-государственной стороны представляемая в обществе в качестве «советского права», выражала отношение ортодоксального марксизма и большевистской практики к праву в строго юридическом значении.

После Октября 1917 г. в официальной науке, пропаганде, господствующем общественном мнении утвердился взгляд о том, что декреты, кодексы, суды, другие институты юриспруденции, пришедшие к нам из прошлого, хотя и являются «буржуазными», но пока нужны революционному пролетариату, нужны, впрочем, по коммунистическим расчетам — временно, им суждено сойти со сцены, они уже сейчас отмирают.

Трактовка права (в строго юридическом значении) как права отмирающего, сходящего со сцены жизни общества, в котором побеждает социализм, была господствующей, доминирующей в коммунистической идеологии, в официальной юридической науке того времени. Более того, к такому пониманию права подстраивались и более общие правовые воззрения. Одним из наиболее влиятельных из них стала «меновая» концепция права Е.Б. Пашуканиса, который в своем обширном исследовании «Общая теория права и марксизм» обосновывал взгляд, в соответствии с которым право вообще строится на основе меновых, рыночных отношений, и поэтому устранение при социализме товарно-рыночного хозяйства означает также и «отмирание» права¹.

Взгляд на право в революционно-российских условиях едва ли имел безобидный характер некоего экзотического изыска, простого интеллектуального заблуждения, как это пытаются представить некоторые авторы (или даже некоторого «научного варианта», имеющего и на перспективу позитивные черты). К сожалению, этот взгляд стал не только отражением наивно-утопических представлений о благостном «полном коммунизме» по модели библейского рая (с потреблением благ «по потребностям»), но и жестко-суровой наукообразной кон-

¹ См.: Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм // Избранные произведения по общей теории государства и права. М., 1980.

статацией действительных советских реалий — приниженного, убогого фактического положения правовых форм (положения некоего соединения «фигового листа» и «юридического уродца») в условиях господства всемогущей партюкратической власти.

И такого рода оценка вовсе не умаляется ввиду того, что в области социального законодательства (трудоого, семейного, по социальному обеспечению) в России после 1917 г. вводились известные прогрессивные — пусть во многом формальные, с изъянами и минусами — положения, прежде всего те, которые по предположениям должны были обеспечить защиту интересов людей труда, малообеспеченных, обездоленных, т.е. положения, в известной мере отвечающие исконному предназначению права. На первый взгляд как будто бы такую же в общем позитивную оценку должно было бы получить и то обстоятельство, что вслед за Конституцией 1918 г., кодексами о труде, о браке и семье в 1922 г. принимается Гражданский кодекс (воплотивший многие позитивные разработки дореволюционной поры), которому — хотелось бы напомнить — принадлежит первостепенное значение в утверждении и развитии принципов гражданского общества, прав и свобод личности.

Но тут мы как раз встречаемся с одним из коварных свойств советского права, базирующегося на феномене «византийства», которое уже с того времени станет его неотъемлемой и определяющей особенностью. Общеизвестная миссия и престиж социального законодательства и тем более гражданских законов никак не соответствовали в условиях коммунистического партюкратического господства их фактической роли и реальному значению, создавая тем самым, главным образом, видимость, иллюзию современного и отработанного правового устройства, что и стало существенной приметой коммунистического образца «византийского права».

В частности, Гражданский кодекс был принят в 1922 г. исключительно в «оформительских целях» — для того, чтобы ввести в жизнь общества нормы и институты, позволяющие каким-то образом упорядочить, ввести в известные рамки собственнические и рыночные отношения, которые стали складываться в условиях нэпа. Но все это — всего лишь и исключительно формально регулятивная цель в коммерческих делах, и, как говорится, «до поры до времени» (и впрямь — только до конца 1920-х гг.). В советском обществе даже не возникала, да и не могла возникнуть, задача внедрить во все подразделения общественной жизни принципы и критерии поведения, образующие само содержание гражданского общества, начала частного права — экономическую свободу и юридическое равенство всех

субъектов, их возможность самим, своей волей и в своем интересе создавать для себя права и обязанности, нести персональную ответственность за свои действия.

Более того, по прямой, жестко определенной партийной установке, безапелляционно сформулированной Лениным, из кодекса была устранена его «душа», гражданственная и социальная суть — его назначение быть носителем, хранителем и защитой важнейшей опоры гражданского общества и свободного рынка — частного права. Да и вся правовая жизнь российского общества получила в этой связи из уст Ленина твердый настрой: мы ничего частного не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное, и по множеству каналов: и в законодательной работе, и в практической юриспруденции, и в области юридической науки и образования, эта директивная идеологическая установка была внедрена во все сферы правовой жизни, стала везде непререкаемым постулатом (хотя само по себе введение в жизнь гражданско-правовых институтов, пусть и подспудно, означало некую фактическую легализацию начал частного права)¹.

Вместе с тем надо учесть и то, что новая полоса развития советского общества, утверждение в нем коммунистических идиологов (всемогушей государственности, идола социализма) — все это непосредственным образом отразилось на официальной советской юридической системе, вызвало и в ней известную смену координат, символов и лексики. Если до 1930-х гг. право, существовавшее в Советской России, и в официальной пропаганде, и в официальной марксистской науке единодушно рассматривалось как не преодоленный еще «остаток прошло-

¹ Понятно, сам факт издания в Советской России Гражданского кодекса, даже при указанной политической интерпретации и идеологической атмосфере, — факт, имевший все же положительный эффект. Гражданский кодекс, пусть в урезанном, обкомсанном виде, внес в экономическую жизнь некоторые гражданско-правовые ценности, элементы цивилистической культуры. Тем более что фактическое содержание кодекса образовали добротные проектные заготовки, сделанные видными русскими цивилистами в дореволюционное время. Деятельность судов по гражданским делам получила известную относительно твердую и престижную нормативную основу. Оживились юридическая наука и преподавание цивилистических дисциплин. В середине 1920-х гг. в России вышел ряд крупных исследований по гражданскому праву. И быть может, самое существенное состояло в том, что в отличие от ряда других областей гуманитарных знаний, где дальнейшее развитие дооктябрьской науки не имело никакой перспективы, здесь в науку, пусть и не на долгое время, вернулся ряд крупных правоведов (таких, как А.В. Венедиктов, М.М. Агарков, Е.А. Флейшиц, С.И. Аскназий, Б.Б. Черепанин и др.), исповедующих, увы, по большей части исподволь, «про себя», идеалы и ценности дореволюционной прогрессивной юриспруденции, прежде всего знаменитых русских правоведов, таких как И.А. Покровский.

го», сохранившееся еще «буржуазное право», которое уже — на радость пролетарской диктатуре — «отмирает», то со вступлением в указанную выше новую полосу развития вдруг исчезли былые строго-классовые формулировки — «революционное правосознание», «революционная законность». Тут же изменились термины, официальные наименования, касающиеся действующей юридической системы. Право, совсем недавно именуемое «буржуазным», «наследием проклятого прошлого», стало повсеместно именоваться «советским». И хотя это не сразу и не без труда было воспринято (подобного рода попытки предпринимались сразу после Октября 1917 г., но были встречены в штыки правоведами ортодоксально коммунистической ориентации¹), такое терминологическое нововведение в 1930-х гг. утвердилось повсеместно. Затем к термину «советское» был прибавлен другой, более величественный и связанный с новым идолом, а в этой связи и с переключением права на более высокую ступень в существовавшей в то время шкале ценностей: с середины 1930-х гг. оно стало называться еще и «социалистическим».

И именно с той поры — характерно, что как раз в годы самого страшного большого сталинского Террора! — началось не просто тотальное оправдание, апологетика действующего законодательства и существующей юридической практики, но, более того — их безудержное восхваление, обоснование того, что они представляют собой совершенно новое, невиданное в мире, замечательное право. Вводятся и по любому поводу используются другие престижные обороты — «социалистическая законность», «социалистический правопорядок». Определение «социалистическое» начинает прилагаться к любому юридическому явлению — «социалистическое правоотношение», «социалистическая правовая норма» и т.д., и т.п.

Своеобразным апофеозом такой рекламно-пропагандистской кампании стала атмосфера восторга и славословий вокруг новой, «сталинской» (поистине сталинской!) Конституции 1936 г. В текст этого документа, объявленного «самой демократической в мире Конституцией», были включены — впрочем, в общей декларативной форме и в сопровождении социалистической фразеологии — «демократические права граждан», «требования законности», «правосудие» и многое-многое другое, как будто бы соответствующее передовым зарубежным кон-

¹ П.И. Стучка писал, что после революции «появилось слово «советское» право, скорее по нашей революционной привычке прибавлять слова «красное», «советское», «революционное... Очень солидные коммунистические ученые тогда высказались вообще против советского права, есть-де только единое право...» (*Стучка П.И.* Указ. соч. С. 59).

ституционным документам. И плюс к тому включено и то, что по рекламно-пропагандистским заявлениям намного превосходит все «буржуазные конституции», – социально-экономические права: право на труд, право на отдых, право на образование и др., что очаровало, увы, немалое число зарубежных и тем более наших отечественных специалистов и до сего времени будто бы демонстрирует замечательные достижения «общества социализма».

Теперь о п р а в е - н е в и д и м к е.

Надо видеть, что не отдельные недостатки и пороки действовавшей в советском обществе юридической системы (хотя на практике, в жизни они, понятно, трагически сказывались на жизни людей) выражают коренные особенности права в советском обществе, придающие ему качество «другого», крайне негативного полюса правового прогресса человечества, другого полюса философии права.

Суть дела в том, что созданная Лениным – Сталиным, их соратниками всесильная партийно-идеологизированная государственность, мощная модернизированная военно-коммунистическая система тиранической власти включала в состав своих сложных механизмов как раз упомянутое выше «двухэтажное» право. То есть включала не только официальную юридическую систему, так сказать, видимое право, именуемое «советским, социалистическим» со всеми его плюсами и минусами, какими-то достоинствами и одновременно чудовищными пороками, мистификациями, «византийско»-изошренным словесным дурманом, но и *н е в и д и м о е п р а в о* – *сердцевину всей системы власти, право-невидимку*, которое никогда, в отличие от революционных времен, не преподносилось как официальная юридическая реальность, но которое в действительности неизменно оставалось высшим революционным правом, всемогущим суперправом, служащим по воле вождей и партийного аппарата делу коммунизма – направляющим и регламентирующим, жестко и непререкаемо, воистину по-большевистски беспощадно, жизнь и развитие всего общества.

И такое «право» – право-невидимка имело свою нормативную основу, выраженную не только в партийно-нормативных актах (партийных программах, уставах, директивах, постановлениях, инструкциях и др.), но и непосредственно в произведениях, выступлениях и речах «классиков марксизма-ленинизма» – Маркса, Энгельса, Ленина, «гениальных» высказываниях Сталина, а после его смерти (взамен их) – высказываниях очередного вождя – Хрущева, Брежнева, Андропова, Черненко. А в практической жизни на первый план реальной юридической действительности выступили «инструкции», секретные нор-

мативные акты и «персональные» директивы и указания, по большей части ведомственные, но по своей действительной значимости превосходящие силу закона.

Надо полагать, именно данный пункт является, возможно, самым главным в понимании природы коммунистических порядков, существовавших в советском обществе, — пункт, по-должному до сих пор не оцененный, но по-прежнему влияющий на жизнь общества. Ведь само существование сталинской машины всевластия и функционирование порядков, в соответствии с которыми все основные вопросы жизни общества императивно решались в партийных инстанциях, находит обоснование именно в том, что «партия», которая ведет народ к светлому лучезарному будущему и неустанно печется об интересах людей труда, будто бы в п р а в е во имя этого делать все что угодно — идти на любые акции по «преобразованию общества», «переделке человека», «физической ликвидации врагов».

Знаменательно, что такого рода высшее революционное право коммунизма, начиная с 1930-х гг., стало в советском обществе хотя и всем известным, но все же тайным, открыто не афишируемым. Если после большевистского переворота 1917–1918 гг. и в 20-е гг. оно в виде «революционного правосознания» и «революционной законности» открыто претендовало на то, чтобы как бы заменить оставшееся от прошлого отмирающее «буржуазное юридическое право», то теперь, когда восторжествовала замечательная советская социалистическая юридическая система, высшее революционное право во всей своей реальной плоти и реальном значении ушло в тень, за кулисы официальной государственно-юридической жизни, стало воистину *подпольным, подковровым правом*. В официальных документах, в Конституции, иных официальных актах остались лишь символы, некоторые формальные «зацепки», позволявшие с формальной стороны как-то оправдывать это право-невидимку (путем указания на «руководящую и направляющую» роль партии или на то, что партийные организации образуют «ядро» государственных органов и общественных объединений).

И еще один весьма существенный момент. Хотя в 1930-х гг. советское право как нормативная юридическая система получило серьезное развитие и заняло заметное место в жизни советского общества, тем не менее высшее революционное право большевистского всевластия реализовалось в основном напрямую, минуя всю эту канитель с Советами, с юридическими институтами, процедурами и иными ненужными формальными премудростями. И для этого как раз и были выработаны ленинско-сталинским гением — действительно, гени-

ем! — безотказно работающие механизмы всевластной машины, костяк которых образовывало прямое (прямое!), помимо каких-либо советских учреждений и юридических институтов, безусловное подчинение вооруженных сил, всех силовых ведомств и карательных учреждений непосредственно высшим партийным инстанциям — генеральному секретарю, первым секретарям обкомов (такое прямое подчинение находилось под эгидой опять-таки высшего революционного права, в какой-то мере отражалось в секретных ведомственных актах и воинских уставах — порядок, увы, перескочивший после 1993 г. и в практику «конституционной» жизни).

Таким образом, сложившаяся в советском обществе официально действующая юридическая система, имевшая ряд технико-юридических и иных достоинств и некоторые положительные социальные институты и позитивные юридико-социальные разработки, вместе с тем представляла собой в целом *ущербное, уродливое, юридически неразвитое право*.

По основным своим характеристикам оно в сопоставлении с правом царской России стало не только «шагом назад» в общемировом правовом прогрессе, но и являло собой необычное по современным критериям уникальное юридическое образование. Необычное, уникальное, к сожалению, под углом зрения того, что во многом носило фальсифицированный, мифоподобный характер, а по реальному юридическому содержанию все дальше отдалялось от достижений и тенденций российского дореволюционного права, а еще более — от основных линий правового прогресса, идеалов и ценностей гуманистического права в демократически развитых странах в более позднее время. Оно (как формальная юридическая система) занимало маленький, мало значащий или прямо игнорируемый «уголочек» во всем комплексе институтов, направленных на регулирование общественных отношений, находилось в гигантском отдалении от того, что могло бы быть названо «верховенством права».

4. Обобщающая формула — «социалистическая законность». Адекватной юридической категорией, характеризующей состояние и особенности права в советском обществе начиная с середины 1930-х гг., стала формула (и одновременно лозунг, некий принцип, идеологический постулат) — «социалистическая законность».

Формула «социалистическая законность», сам подход к правовым вопросам под углом зрения этой категории нередко представлялись в пропаганде, науке, общественном мнении тех лет и в более позднее время не только как достижение в разработке вопросов социалисти-

ческого права, но и как изменение самой концепции права, самого видения правовых вопросов в марксизме, призванное в обобщенном («знаковом») виде представить новый правовой облик «победившего социализма», «развитого социалистического строя».

Между тем *идеология социалистической законности, создавая видимость юридического благополучия в обществе, причем благополучия высокого порядка (социалистического!), на самом деле не только прикрывала, оправдывала, представляла в фальсифицированном виде, но и, по сути дела, в новом облике утверждала и возвеличивала те реалии и процессы, которые в действительности происходили в обществе.* Реалии и процессы — как по канонам «византизма», так и по беспощадным постулатам диктатуры пролетариата, не ограниченной никаким законом, революционно-правосознания (при всей формальной смене лозунгов на этот счет).

Ведь все вопиющие бесчинства, массовая расправа над «провинившимися» народами и невинными гражданами, классово чуждыми людьми и былыми сотоварищами — все ужасы большого Террора, ГУЛАГа, кэзэбистского беспредела с середины 1930-х гг. происходили в обстановке, когда торжествовало, по всем официальным заявлениям и провозглашенным лозунгам, великое социалистическое достижение — «строжайшая социалистическая законность»!

Более того, когда после смерти Сталина, в 1953–1955 гг., устранялись крайности сталинского режима и под видом «осуждения культа личности» подвергалась аккуратной критике сталинская тирания, чудовищные факты большевистского произвола официально оценивались только в качестве неких «отдельных» «нарушений социалистической законности».

И в отношении нашей сегодняшней действительности не упустим из поля зрения то обстоятельство, что реально основополагающие догмы марксизма, большевизма, в первую очередь догмы коммунистической философии права сохранились, пусть и не в полном объеме и не в первозданном виде. И поныне остаются неизменными главные из требований и порядков, порожденных коммунистической правовой философией и утвердившихся в условиях сталинской и неосталинской идеологии, — приоритет и доминирование всесильного государства, его верховенство в отношении всех сфер жизни общества, допустимость и оправданность во имя его господства и незыблемости исповедуемых им идей и идолов использования любых средств, вплоть до применения самого жесткого вооруженного насилия.

Именно с этих позиций, по мнению автора этих строк, должны оцениваться обе чеченские войны (1994–1996, 1999–2002 гг.), где факты бандитизма на чеченской земле, использование сепаратизмом и си-

лами международного терроризма возникшей на этой земле ситуации повлекли за собой применение методов войны – регулярной армии с ее тяжелой техникой, авиацией и новейшими средствами массового поражения, повлекшее за собой массовое нарушение прав человека, тяжкие материальные разрушения¹.

А завершающий тезис, перекликающийся с исходными положениями настоящей главы, таков. В соответствии с постулатами коммунистической философии права официальная юридическая система не только *не имела верховенства*, не только не была тем единственным («одним») в стране признаваемым в обществе *правом в строго юридическом и одновременно гуманистическом значении*, на основе которого только должны определяться правомерность или неправомерность поведения и выноситься юридически обязательные решения, – единственным основанием для применения государственно-принудительных мер, но, более того, была «унижена», загнана в дальний закоулок социальной жизни и общественного признания. Маркс и Энгельс (которых все марксисты почитают в качестве классиков и «основоположников») без обиняков говорили так: «Что касается права, то мы, наряду со многими другими, подчеркнули оппозицию коммунизма против права как политического и частного, так в его наиболее общей форме – в смысле права человека»². Что ж, все так, как и предрекали основоположники ортодоксального марксизма, и произошло в юридических системах социалистических стран, утвердилось в коммунистической философии права.

§ 4. Современные реалии

1. Итог противоборства. Столкновение двух претендовавших в XX в. на господство социальных систем – системы свободного демократического общества и общества коммунистического – в соответствии с логикой перехода человечества к последовательно демократическим, ли-

¹ Нельзя сбросить со счета и предать забвению то обстоятельство, что Советское государство, преемницей которого является современная Россия, легализовало «красный террор», придало ему всеобъемлющий, внутригосударственный и международный характер, не так давно в массовом порядке готовило отряды террористов, преемники и последователи которых под именем «марксистских», «коммунистических» действуют и поныне. И хотя изменение международной и общеполитической ситуации, когда после трагических чудовищных терактов в США в сентябре 2001 г. Россия вступила в антитеррористическую коалицию демократических государств, означает, по всем данным, разрыв с политикой прежних лет, это не освобождает от необходимости четкой и честной оценки нашего прошлого и одного из истоков современного терроризма.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 3. С. 197.

беральным цивилизациям к концу XIX в. с концептуальной стороны завершилось. Коммунизм как социальная система и тотальное идеологическое мировоззрение не состоялся. Факт, ставший к настоящему времени вполне очевидным, достоверным, многократно подтвержденным, перешедшим в разряд достояния истории.

Вместе с коммунизмом рухнули и основы коммунистической философии права, само ее существо как идеологии, принципы и постулаты.

Весьма симптоматично, что в ту же историческую эпоху (и даже несколько раньше по времени, в середине XX в., в 1940-х гг.) была разгромлена система нацистского фашистского режима (и режимов, к ней примыкающих) — система еще более страшная и исторически порочная, вознамерившаяся не только сделать насилие образом жизни господствующей нации, но возродить рабство «неполноценных» наций, более того — стереть с лица земли целые народы.

Но здесь — как, впрочем, и по некоторым другим сторонам идеологии и практики коммунизма и фашизма — не все так просто. Пусть не всегда явно, не всегда в лобовом столкновении, но противоборство насилия и права (в том числе и в виде противостояния полярно противоположных философско-правовых систем) продолжается и ныне.

Проявления такого противоборства многообразны. Они касаются даже некоторых сторон правового развития, культуры и правовой мысли в передовых демократических странах. Это наряду с настроениями будто бы нескончаемого благополучия и безмятежности (во всяком случае до жутких терактов в сентябре 2001 г. в США) — тенденция в общественном мнении, в развитии правовой мысли «благополучных» западных стран, выражающая общий настрой рыночной идеологии — коммерциализацию науки, ее прямую подчиненность потребностям рынка и оплачиваемым запросам государственных инстанций, а также своего рода «заигрывание» с социалистическими ценностями¹.

¹ И не только потому, что опасность коммунизма (иных движений, оправдывающих насилие, терроризм), которая, конечно же, беспокоит демократически настроенных граждан, замыкается по большей части, так сказать, на макроуровне — на том, в частности, чтобы оградить цивилизацию от крайних проявлений исламского фундаментализма.

К тому же, следует заметить, многим невдомек, что беззаботные академические заигрывания с идеями «социального государства», с «социалистическими» ценностями, необходимость учета «социалистических начал» и т.д. (без одновременного четкого отсечения от такого рода в общем-то оправданных формул идеологии коммунистического права, органически с ними связанной) на известных поворотах жизненных проблем ведут к возрождению идей и практики внеправового насилия, террора. Что, кстати сказать, нет-нет да и прорывается в практике, казалось бы, самых передовых развитых демократических обществ. Отсюда же терпимое, примирительное отношение к нарушениям основных прав человека, требований правозаконности в странах, объявивших о переходе

Следствием этой тенденции является концентрация внимания на сугубо практических вопросах того или иного довольно узкого участка деятельности или правовых интересов, нарастающее смещение юридических и неюридических (экономических, социологических, психологических и иных) знаний и отсюда — утрата ощущения действительного положения с правом в стране и понимания его ценности, в том числе ценности, свидетельствующей о том, что именно оно, право, призвано и способно на деле с успехом противостоять насилию и произволу в обществе.

2. Терроризм. Главное же, что активизировало и обострило ситуацию с насилием в последние десятилетия, — это появление и формирование в устойчивую реальность *терроризма* — беспощадного, систематического и масштабного насилия, создающего в обществе атмосферу ужаса, страха и реально приводящего к многочисленным жертвам невинных людей.

Уходящий своими корнями в кровавые коммунистические и фашистские режимы, современный терроризм оказался неотъемлемой чертой организованной преступности, в особенности наркобизнеса. Наиболее же прискорбное при этом заключается в том, что он находит известное оправдание в как будто бы извечном противоборстве Запад — Восток (в чем-то сместившееся в нынешних условиях на столкновение Север — Юг) и — что особенно печально — в религиях и философии Востока. Причем в таких интерпретациях (а порой и в безапелляционных утверждениях), когда наиболее одиозные и отвратительные проявления терроризма в современных условиях, в которых участвуют жители стран Востока, зачастую именуется «исламским терроризмом».

Такого рода настрой приобрел чуть ли не общезначимый характер, когда случились чудовищные акты террора, совершенные, кажется, выходцами из стран Востока, на территории США в сентябре 2001 г. и произошло объединение демократических сил в борьбе с международным терроризмом (что объективно может привести к устранению бен Ладена и террористических организаций типа «АльКаиды» и отсюда к стратегическому поражению международного терроризма и самой идеологии насилия). Приходится сожалеть только, что такая борьба,

на путь демократического развития. Легкие «уступки» на этот счет во имя политических и экономических расчетов, а то и по неким личностным соображениям. Добавим сюда и то (и это, быть может, главное, что вызывает тревогу в связи со сдержанным отношением на Западе к серьезной философско-правовой проблематике) отсутствие должного понимания угрозы современной цивилизации со стороны «негативов либерализма», ряда других тенденций, свидетельствующих о «грядущей анархии» — всего того, что неизбежно потребует со временем обращения к силе права в его высших значениях [III.16.4].

в тех формах, в которых она осуществляется ныне, порой приобретает сугубо «восточную ориентацию», а в практическом отношении сама далеко не во всем согласуется с требованиями и идеалами современного права, трактуется как «возмездие», допускает применение методов войны, влечет нарушение прав человека, обостряет негативное отношение к исламу.

Между тем в своем классическом виде ислам – великое религиозное и философское учение, в сущности не уступающее по своему гуманитарному содержанию христианству. Только лишь отдельные этические постулаты, в особенности ее крайних разновидностей, выраженных в исламском фундаментализме, ваххабитских вариантах, позволяют придать импульсам, продиктованным жизненными интересами, требованиями и страстями (действительно, рожденными на стыке острейших проблем), качество слепой веры, жертвенной одержимости, готовности идти на бессмысленные жертвы, порой перерастающей в беспощадный фанатизм (что нередко подпитывает терроризм как таковой, превращает его чуть ли не в самоцель и символ веры, создает ложное представление о прямой обусловленности терроризма, получившего распространение на Востоке, исламом).

Жаль только, что некоторые черты ислама, как и других религий и философских систем Востока, на почве указанного ранее противоборства невольно приводят к принижению юридических ценностей, по своим истокам уходящих в греко-римскую культуру. Отсюда – довольно распространенное представление о том, что достижения правовой культуры, получившие развитие на Западе, якобы всего лишь «основаны на римском праве» и будто бы не имеют значения для «восточных стран». При этом совершенно не принимается в расчет то обстоятельство, что на современной стадии развития цивилизации уже сложились и развиваются общезначимые правовые ценности (в том числе и те, которые по своим источникам связаны с греко-римской культурой), притом ныне они обрели огромное позитивное значение, в особенности в их связи с культурой прав человека [III.15.4], и готовы, кстати сказать, к интеграции с соответствующими правовыми ценностями культуры Востока [III.15.4–III.16], что, быть может, дает единственную и небезосновательную надежду на преодоление глобального кризиса, который возник в результате противостояния права и насилия, опирающихся на постулаты и ценности разных культур, цивилизаций.

3. Остаточное противоборство. Особо следует сказать о проявлениях «остаточного» противоборства двух полярно противоположных философий права, которые проявляются в *сложных, противоречивых*

тенденциях реформирования России (и соответственно — других бывших социалистических стран).

В современных условиях характер некоего непрерываемого постулата приобрело мнение, в соответствии с которым преобразование бывших социалистических стран — переход от коммунистической системы к свободному демократическому обществу (от социализма к капитализму) — сводится к внедрению двух фундаментальных начал — демократии и рынка.

Но демократия и рынок, стыдливо прикрывающие тот строй, который «держится в уме», — капитализм, формулы общие и по многим параметрам неопределенные, противоречивые. Причем настолько, что в понимании и в практических действиях отдельных реформаторов, особенно из числа наиболее решительных, радикальных, относящих себя к числу «продвинутых» или «младореформаторов» (но, увы, далеко не всегда основательно теоретически подготовленных, точных и аккуратных в своих расчетах и действиях), формулы «демократия» и «рынок», проводимые без надлежащих мировоззренческих ориентиров, приводят на практике к неудачам в преобразованиях и дают, пожалуй, один реально значимый результат — стихию свободы и тотальное разрушение основ «империи зла» — социалистической плановой экономики.

Между тем возьму на себя ответственность сказать, что решающим звеном, своего рода «золотым ключиком» в неимоверно сложном процессе возвращения былых социалистических стран на путь естественного цивилизационного развития, перехода к свободному демократическому обществу является именно фактор мировоззренческого и одновременно правового порядка — решительный, безоговорочный разрыв с философией и практикой коммунистического права и обретение ценностей и идеалов философии гуманистического права, идей правозаконности.

Неудачи в реформировании социалистических стран, прежде всего России, претендующей на миссию некоего «передового отряда» в таком реформировании (и по-прежнему «великой державы»), объясняются как раз недоучетом или, точнее сказать, игнорированием этого фактора, относящегося к философии права, что, надо полагать, и стало главной причиной слабой результативности реформ, провалов, нередко жестких кризисов, новых бед, обрушившихся на людей.

С этой точки зрения хотелось бы привлечь внимание к тому, что «юридическая материя», ее надлежащее понимание и использование — это не только одно из важнейших условий успеха реформаторских мер. Это центральный, узловый, ключевой пункт, от которого решающим

образом зависит переход от коммунистической системы к свободному демократическому обществу, утверждение в России, в других бывших социалистических странах основ и принципов современного гражданского общества.

Именно *безоговорочный разрыв с коммунистической правовой идеологией и строгое и последовательное утверждение в духовной жизни и на практике принципов и идеалов гуманистического права определяет сам принцип и стержень действительного реформирования коммунистической системы, переход к реальному формированию свободного демократического общества*, характеризующегося устойчивым прогрессивным экономическим и духовным развитием, благополучием общества и каждого человека.

Для такого поворота в понимании общественного развития (к которому ныне передовые, «благополучные» страны шли не менее двух столетий и утвердились, пожалуй, только к 1950–1960-м гг.) требуется существенное изменение в науке, в общественном мнении, в общем восприятии гуманистического права как цели и высшего принципа общественной жизни.

А в этой связи, разумеется, требуется соответствующее, сообразующееся с указанным поворотом в мировоззренческом понимании права, развитие позитивного права, законодательства, профессионально-го и массового правосознания, правосудия, юридической практики.

Увы, в этом направлении в России, в других бывших социалистических странах сделаны только первые, не всегда уверенные и последовательные шаги. В России – такие, как Конституция 1993 г. (со стороны ее демократического потенциала), Гражданский кодекс РФ 1994–1996 гг., Уголовно-процессуальный кодекс 2000–2001 гг., ряд других законов, некоторые другие меры по совершенствованию правосудия.

В целом же юридическая система России – та, которая существует сейчас, в первые годы XXI столетия христианской эры, даже спустя более чем десятилетие после начала демократических перемен – явление противоречивое. Для нее характерна своего рода «континентальная противоречивость», выраженная в феномене византийского права. Ее *внешне европеизированные формы*, наличествующие и развитые в ряде законодательных документов и процессуальных процедур, находятся в резкой несовместимости с ее *азиатско-державными силовыми характеристиками*, началами, построенными на доминировании силовых методов.

Отсюда и две тенденции, характерные для современного российского права, – тенденция, ориентированная на демократически-гума-

нистические начала, и тенденция силового господства, осуществляемого и напрямую, по-коммунистически, и с использованием соответствующих юридических средств и механизмов.

В этом ныне характерном для российского общества противостоянии «двух философий» ощутимо дает о себе знать тенденция, в соответствии с которой при сохранении и признании на словах, казалось бы, последовательно либеральных лозунгов в сложных, конфликтных ситуациях верх во многих случаях берет линия на властно-силовое решение проблем. Вновь в несколько необычном ракурсе опять-таки побеждает, условно говоря, «право силы» — тот фланг противоположной тенденции, который и так в современных условиях является преобладающим.

Так случилось не только при решении конституционного конфликта в Чечне. Подобная тенденция проявляется и при решении ряда сложных практических проблем хозяйственной жизни (например, использование в области энергетики и теплоснабжения, формально подпадающих под действие гражданско-правовых институтов, силовых методов).

Здесь первостепенное значение принадлежит уже существующим реалиям, связанным с «первыми шагами» в создании российской демократической системы — тем «островкам» *последовательно гуманистического права, которые уже сейчас существуют в Конституции, в законодательстве, в правосудии*. Если не представится возможности юридически упрочить и развить их (а это в ближайшее время в полной мере вряд ли реально: конституционные и иные фундаментальные законодательные проблемы закручены ныне, как и раньше, вокруг власти, ее усиления и дележа между «ветвями», новыми тенденциями к концентрации власти, формирования ее «вертикали», а также вокруг насущных острых проблем все еще кризисной ситуации в стране), то важно сделать их незбылемыми, реально работающими.

И вот тут, возможно, существенную позитивную роль должны сыграть *традиции российской юридической науки и российского юридического образования*, устремленные на подготовку высококвалифицированных, высокогражданственных правоведов. Без таких правоведов, бойцов и проповедников передового права — носителей высоких человеческих ценностей — правовое развитие, ориентированное на гуманистические начала, невозможно.

Кто знает, быть может, судьба, будущее российского права наряду с надеждой на постепенное реальное утверждение в России начал современного гражданского общества находится ныне в руках настроенных на высшие юридические ценности российских правоведов, и тех,

которые получили «по цепочке» от своих учителей и наставников богатство профессиональной культуры, гражданственности и мужества досоветской поры, и тех, которых в трудностях и мучениях воспитало нынешнее «перестроечное» время.

4. Наметки к прогнозу. К концу XX в., к рубежу нового тысячелетия во многом определились общие тенденции в развитии права на нашей планете, его судьба, его будущее.

Характерное для нынешнего времени общее признание права в качестве неперемennого условия нормального существования людей, феномена исконно цивилизационного порядка, достижения человечества, его культуры во многом утвердилось, стало общепризнанным началом жизнедеятельности людей. Этому способствовало и то, что «силовая идеология», выраженная в коммунистической философии права, в фашизме — если не во всем и не во всех модификациях, но в принципе, по исходным, базисным своим основам — потерпела крах.

В настоящее время — пусть опять-таки еще не во всем, не по всем условиям и направлениям, но все же в главном — открылся простор и создались необходимые условия для развития и утверждения в реальной жизни все большего числа стран высших ценностей и идеалов гуманистического права.

В то же время нужно четко видеть те препятствия, которые стоят на этом пути.

Наверное, главное из них — это феномен терроризма во всех его разновидностях и формах (в том числе государственной), который с опорой на прошлые постулаты «силовой идеологии» обрел новую энергию, в ряде случаев нашел точки соприкосновения с фанатизмом и сам освоил его слепоту и напор, присвоил себе мессианское предназначение в связи с непреодоленными бедами человечества, а подчас выступает с позиций религиозных верований (или новых политических течений — таких, как «антиглобализм»).

К сожалению, меры борьбы с терроризмом, хотя и решают одну из коренных задач устранения из жизни общества самых жестоких и отвратительных проявлений насилия и произвола, сами порой выливаются преимущественно в методы войны (и даже с элементами колониальных войн), что в свою очередь приводит к утратам ценностей гуманистического права, а порой — при провозглашении принципа «возмездия» — вообще отбрасывает общество на более низкую ступень правового развития.

Но как бы то ни было, законы Истории неумолимы, а право сохранило свое историческое предназначение. И с этой точки зрения можно

утверждать, что именно праву уготовано оптимистическое будущее — оно переходит в новое, третье тысячелетие с достаточным запасом энергии и силы и призвано играть достойную, высокозначимую роль в жизни человеческого сообщества. В том числе — в решении глобальной, всепланетной задачи — преодолении насилия и произвола в жизни людей.

Таковы, надо полагать, в чем-то далеко не во всем ясные, не до конца определившиеся, в чем-то и трагические, обескураживающие, но в итоге несомненно позитивные последствия противостояния и противоборства не только «двух философий» в области права, но и двух начал, которые определяют судьбу и будущее человечества, — насилия и права. А отсюда во многом — и та перспектива развития права, о которой пойдет речь в заключительной главе этой книги [III.16.1–6].

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ ЧИСТОЕ ПРАВО

§ 1. Идея чистого права

1. Чистое право. После освещения основных направлений развития права и философско-правовой мысли в связи с идеями естественного права настало время вернуться к сути коренных философско-правовых проблем. Исходный пункт здесь вслед за категорией естественного права — идея *чистого права*.

Идея «чистого права» привлекала внимание ряда крупных мыслителей, философов и правоведов. Весьма важно при этом, что характеристика права как *такового*, «*права в его собственной плоти*», освобожденного от «всего иного», — одна из главных сторон собственной логики права и — что не менее важно — его истории, когда право в процессе своего функционирования и развития все более выступает *в своей собственной плоти*.

Вовсе не случайно в этой связи, что философские основы такого подхода к праву связаны с именем Канта — философа, который не только открыл новую эпоху философии (совершив в ней своего рода «коперниковский» переворот), но отличается как никто другой из философов тонким и основательным пониманием особенностей правовой материи. К тому же и рассмотрение аналитической юриспруденцией догмы права (именно догмы, а не чего-то иного) — это пусть в каких-то моментах и зауженная, ограниченная, но все же рожденная самой жизнью, практикой концентрация внимания на собствен-

ной материи права — на том, что с философских позиций может быть определено в качестве *внутренней формы (структуры)* юридической организации фактического содержания права, его содержательной структурированности.

2. Одна из самых значительных идей во взглядах Канта на право. Рассуждения Канта о чистом праве нередко вызывают предубеждение, а то и *apriori* неприятие¹.

Может быть, и впрямь рассуждения Канта о чистом праве, в особенности в сопоставлении с его реалистическими представлениями о праве как о явлении публичного, принудительного порядка, всего лишь игра великого философского ума, никому не нужные заумные абстракции, а то и повод для некоторых правоведов конструировать свою «чистую теорию», действительно, по многим позициям — как верно отмечено в литературе — оторванную от нашего реального бытия?² Не потому ли правоведы (да и в немалой мере философы) по большей части оставляют в стороне, будто бы не замечают рассуждения Канта о «чистом праве»? Или же — как это сделали ряд правоведов, приверженцев крайних сугубо позитивистских взглядов на право — связали с ними (лишь по терминологической схожести) свою «чистую теорию», крайний вариант юридического нормативизма?

Между тем есть серьезные основания утверждать, что положения Канта о чистом праве — это вслед за категорией естественного права *ключевой пункт действительной философии права, открывшего научную перспективу его основательного философского понимания, постижения наиболее «высоких», решающих его характеристик — его смысла и назначения.* Во всяком случае, думается, материал второй части этой книги — свидетельство того, что только право в «своей собственной плоти» (чистое право) в полной мере раскрывает свои особенности,

¹ Здесь прежде всего дает о себе знать наше укоренившееся, труднопреодолимое ощущение чуждости, оторванности от живой жизни самого понятия «чистое» в отношении явлений социальной жизни, до сих пор воспринимаемое как нечто такое, что оторвано от нашего реального бытия, нужд людей, близкое, скажем, к идеологии «чистого искусства», так долго и с такой яростью проклинаемого в советском обществе.

И плюс к этому — широко распространенное, ранее уже упомянутое и тоже, пожалуй, прочно утвердившееся мнение о праве как сфере сугубо практического, прикладного порядка, да к тому же во многом приземленной, связанной с политическими интересами и политической идеологией, не самой престижной, обыденной прозой жизни. И с этой точки зрения представляется: что-что, но вот правовая материя уж никак не может быть неким «чистым» фантомом. Во всяком случае, в реальных, практических делах. Тем более что право действительно пребывает в самой гуще общественной жизни и во многом обусловлено фактическими отношениями.

² См.: Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. С. 209 и сл.

свою специфическую логику и что только тогда оно отвечает требованиям Истории, раскрывает свою силу, цель и назначение в жизни людей. И только тогда, надо добавить, с точки зрения своей научной перспективы право может получить весьма конструктивную разработку под углом зрения его «математического видения»¹.

Что же касается философских воззрений Канта, то примечателен вот какой момент. Если верны предположения о том, что Кант — хотя бы поначалу — обратился к предмету своих «критик» (чистому разуму, практическому разуму, способности суждения) по той причине или поводу, что этого потребовала необходимость основательно разобраться со свободой в связи с правовыми вопросами², и с тем расчетом, чтобы затем к этим вопросам вернуться на обогащенной философской основе, то надо видеть, что именно тут, в идеях чистого права, кроется и исходный пункт и наиболее значимый, действительно внушительный эффект от подобного, «обходного» пути в развитии кантовских взглядов.

Примечательно, что такой подход к юридическим вопросам, когда решающим пунктом основательного их постижения является категория чистого права, прямо вписывается в контекст кантовской методологии критической философии, предполагающий исследование явлений в их собственной плоти, т.е. так, как это и требуется для того, чтобы вывести исследование на плоскость разработок так дорогих Канту «естествоиспытателей и геометров» — подход, который именно сейчас, на современной стадии развития мировой науки, точка в точку совпадает с возможностью и с реальной перспективой возвышения гуманистических (в особенности правовых) знаний на современный уровень науки, соответствующий требованиям нынешнего времени.

В этой связи уместно в постановочном порядке высказать некоторые соображения по кантовской методологии. Прежде всего — критической методологии в отношении права. Но возможно, соображения, по предположению автора этих строк, имеющие и более широкое значение.

¹ Говоря о том, что «правовое мышление ближайшим образом родственно математическому», О. Шпенглер пишет: «И то, и другое желает отделить от того, что представляется зрению, все чувственно-случайное, чтобы найти здесь мыслительно-принципиальное: чистую форму предмета, чистый тип ситуации, чистую связь причины и действия» (Шпенглер О. Указ. соч. С. 69).

² Германский исследователь творчества Канта Х. Оберер высказал соображения о том, что сама проблема свободы возникла у Канта при разработке вопросов права. Но как раз проблема свободы под углом зрения об антиномиях дала толчок к разработке идей чистого разума, его критики. Таким образом, полагает Х. Оберер, именно кантовское учение о праве было исходным пунктом и конечной целью всей его критической философии (Oberer H. Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre // Kant-Studien. В. 1973. Jg. 64).

Понятие «чистое» в критической философии Канта обычно рассматривается применительно к «разуму» (в контексте его фундаментального труда «Критика чистого разума») и под этим углом зрения понимается как разум, свободный от опыта¹, чувственных побуждений, склонностей, эгоистических пристрастий, предубеждений (когда, кстати сказать, разум «оказывается общественным сознанием, общественным разумом»²).

Но что имеется в виду под понятием «чистое», когда оно употребляется в отношении именно права? Может быть, в таком же значении, как и чистый разум, т.е. право, взятое независимо от чувственных побуждений, склонностей, опыта? В известном смысле — да, в таком значении, в особенности, если имеются в виду «чувственное», выраженное через интересы и волю в действиях власти, других лиц, от которых зависит право. Подобный взгляд уже высказывался в литературе³.

Дело же, однако, в том, что, по Канту, чистое право — это право, рассматриваемое независимо не только от опыта, чувственных факторов, но также и от «цели», «материального принципа», «предмета», которые оказывают существенное влияние на содержание правовых установлений. В практической жизни, говорит Кант, при использовании потенциала права нужно начинать не с материального принципа, не с цели, не с поставленной задачи, а с формального принципа, относящегося к праву⁴, т.е. права как такового, в его соб-

¹ По мнению В. Хёсле, «чтобы не возникло никаких ложных толкований, надо сразу же сказать: Кант не исключает, а как раз утверждает, что генетически всякое познание привязано к опыту. Но из этого не следует, что в теоретическом плане всякое познание можно было свести к опыту, — в этом строгом различии генетического и теоретически значимого измерения заключается одно из важнейших нововведений Канта по сравнению с представителями метафизики раннего этапа нового времени» (*Хёсле В. Гении философии нового времени*. М., 1992. С. 75).

² *Ойзерман Т.И.* К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // *Вопросы философии*. 1996. № 6. С. 69.

³ См.: *Oberer H.* Op. cit. S. 48.

⁴ Здесь, допустимо предположить, перед нами такая сторона критической философии Канта, которая порой в какой-то мере ускользает из поля зрения. Дело тут вот в чем. Нередко чуть ли не вершиной философского мышления при постижении явлений окружающего нас мира выставляется (в недавнем прошлом в обстановке тотального господства марксистско-ленинских догм, да к тому же упрощенно пересказанных Сталиным в «Кратком курсе» партии) тезис о взаимосвязи и взаимообусловленности этих явлений. Верный и очевидный сам по себе такого рода тезис, однако, имеет ограниченное значение в отношении глубины познания. Взаимосвязь и взаимообусловленность явлений приводит к тому, что каждое из них получает как бы отпечаток от всех других, начинает нести на себе следы других явлений, находящихся с ним во взаимосвязи, и это при всей значимости такой взаимообусловленности становится одновремен-

ственной плоти («цель же, — замечает в скобках Кант, — может быть какой угодно»¹).

Очевидно, такой подход, кажется, единственный с познавательной стороны, позволяющий представить право в качестве самостоятельной сущности (внутренней формы как таковой), независимой от всего того, что «примешивается», вызвано преходящими потребностями, меняющимися интересами, волевыми решениями, политикой, идеологическими устремлениями, особенностями предмета его регулятивного воздействия и т.д. и, стало быть, не сводимой ни к чему иному (воле, интересам, политике, меняющейся практике повседневного бытия, идеологическим догмам, текущей конкретике материальной жизни и т.д.).

Именно тогда, надо думать, оказывается возможным перейти тот «узкий горизонт», который характерен для права, рассматриваемого в сугубо позитивистском плане, т.е. в единстве с законом (объективного права, отличающегося в целом публичным, принудительным характером), — горизонт понимания права, во многом связанный с практикой, опытом, общественными интересами и потому замыкающийся на качестве права как регулятора, на его регулятивных свойствах, юридических особенностях правовой материи, изучаемых в основном юридическим позитивизмом. И следовательно, оказывается возмож-

ной преградой к пониманию своеобразия данного явления, его самобытной природы (что в конечном счете не дает возможности в полной мере выявить специфику и существующих здесь взаимных отношений и взаимообусловленностей).

Поэтому есть основания полагать, что критический метод Канта — это способ мышления, в соответствии с которым то или иное явление не только берется независимо от опыта, чувственных факторов, но и вообще предстает в своей собственной плоти, в «чистом виде», вне тех отпечатков, следов, которые оставляют на нем при многообразном взаимодействии другие явления, предметы, процессы. И такое рассмотрение явления в «чистом виде», в его собственной плоти, когда познавательная мысль отвлекается от опутывающих и затеняющих его связей и влияний, позволяет постигнуть его глубины, его определяющие сущностные характеристики и определения, а затем уже понять все его связи и опосредования, решать другие мировоззренческие и прикладные проблемы (как это мы увидим в отношении права). Этот метод, надо полагать, имеет широкие, далеко еще не использованные наукой возможности. В том числе и при рассмотрении коренных проблем философии. Автор этих строк в свое время имел возможность убедиться в этом, когда при освещении ценности права попытался с предельной осторожностью (неизбежной при отсутствии философских претензий и в условиях всеохватного доминирования марксистского материализма) выйти за пределы жесткой диалектико-материалистической догмы «материя-сознание» и, продолжая придерживаться известных социалистических догм, все же вычленил в качестве «чистых» сфер мироздания «Космос» — «Жизнь» — «Разум» — «Общество» — сфер или уровней, каждый из которых не сводим к другому и требует при обилии взаимосвязей особого научного подхода (Алексеев С. С. Перед выбором. М., 1990. С. 39—50).

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 449.

ным выйти на тот рубеж, с которого открывается возможность истинно *философского постижения права*, его тайн, его глубокого смысла, его исторического предназначения, можно предположить, глубокой сокровенной роли в судьбе и будущем людского рода, человечества.

И как раз по творчеству Канта можно проследить ход его мысли: зафиксировав и «отдав должное» единству закона и права, его характеристике как наличного «сущего», он затем настойчиво обращает внимание на чистое право, что в результате последующего анализа и позволило охарактеризовать важнейшие особенности права, его смысла и предназначения.

В этой связи, помимо всего прочего, следует еще раз сказать о том, что внешне по ряду моментов схожая с кантовской концепцией «чистая теория» права Г. Кельзена и его сторонников, несмотря на терминологические совпадения и на все претензии на философский статус «кантианства» или «неокантианства», в действительности очень далека от правовых воззрений знаменитого философа.

Отличие от такого рода «чистой теории» Кант при рассмотрении права отвлекается от фактических отношений, чувственных факторов, моральных критериев поведения не для того, чтобы «замкнуться» на сугубо нормативно-правовой сфере, а для того, чтобы постигнуть «собственную плоть» и отсюда глубокую духовную суть права, в том числе в соотношении с тем нравственным «законом», который находится в самых недрах, глубинах духовной, трансцендентной природы человека. Все это позволяет на философском уровне реально увидеть *идеальный образ* права. А отсюда определить и другие стороны истинно философского подхода к праву, прежде всего его характеристики как бытия Разума, права человека и цели общества.

Наконец, в качестве известного резюме в отношении изложенного по рассматриваемому вопросу следует со всей определенностью сказать о том, что данный подход к праву — это не столько известные императивы критической философии, сколько непосредственные требования жизни (уже отраженные в самом понятии «догма права»). Ибо без такого подхода не только невозможно постигнуть смысл и предназначение права, его глубокие, сущностные грани, но и полно, во всех потенциях раскрыть силу права, рассматриваемого в единстве с законом, потенциальные возможности объективного права в нашей сегодняшней жизни, в будущем людского сообщества. И вовсе не случайно само развитие права в условиях развивающейся цивилизации состоит как раз в том, что (пусть и не сразу, с трудом, не до конца) право, обретая свою собственную плоть, «высвобождает»

ется» от всего того, что к нему «примешивается», в том числе от морали и политической власти [II.6.3–4].

Весьма примечательно, что и Кант (вопреки довольно распространенным представлениям) отделяет «собственную» характеристику права даже от этики, от требований его знаменитого категорического императива («пожелать, чтобы максима поведения», которой «во всякое время» руководствуется человек, «была всеобщим законом»). Здесь важно то обстоятельство, что при всех глубоких этических корнях категорического императива существенна его, так сказать, «устремленность» к праву, и то, что категорический императив вместе с тем само по себе не обуславливает, не предопределяет феномен права, его сильные и уникальные свойства. Моральные по своей содержательной основе положения категорического императива («пожелай», «поступай только так», «чтобы было», даже положение о «всеобщем законе») — все это лишь *требует права*, но само по себе не выводит на «плоскость права» как особого социального образования в области внешних отношений, не определяет своеобразие его свойств.

А это значит, что категории этики, даже такие фундаментальные, которые относятся к кантовскому категорическому императиву, не способны что-то объяснить в феномене права как таковом. И значит, для того, чтобы понять право, объяснить суть и природу этого уникального институционального образования, нужно пока отвлечься от морали, от категорического императива и рассмотреть право как таковое, в его собственной плоти, т.е. в «чистом виде».

3. Здесь же и требование логики права. Этот момент был уже упомянут в самом начале главы. Но он достоин особого акцента и несколько более подробной характеристики — понимания того, что категория «чистого права» основывается не только на соображениях общеправового, методологического порядка, но и на данных теории права.

Сама необходимость категории «правовые средства», а еще более особенности их становления и развития свидетельствуют о том, что логика права такова, что правовые средства олицетворяют собой *собственную* материю права. Ход исторического развития способов социального регулирования в условиях цивилизации таков, что средства (механизмы, типы) регуляции все более высвобождаются, дифференцируются от моральных, корпоративных, религиозных компонентов, все более обретают исконную («юридическую») суть, что во многом и выражает «свою» собственную историю права (что, как ни поразительно, и позволяет увидеть действительные связи, взаимодействия права с указанными категориями).

Таковы и другие процессы в области позитивного права. В том числе — наблюдающиеся в настоящее время процессы конвергенции, интеграции различных юридических систем, одним из существенных моментов которых является заложенная в правовой материи «заданность» на их *оптимизацию*. На то, чтобы при всех многообразных связях права с иными формами социальной регуляции во все большей мере раскрывались собственные потенции права. Причем так, чтобы происходил своего рода «сбор» оптимальных правовых средств, сложившихся и утвердившихся в различных юридических системах [III.16.5].

Таким образом, и философские методологические соображения, и данные, относящиеся к функционированию и истории права, дают основание — пусть и с известными допущениями условности и метафоричности — утверждать, что в правовой материи наличествуют своего рода импульсы, так сказать, к самоутверждению в своей собственной плоти, т.е. в виде *чистых юридических форм*. Именно тогда в праве в полной мере раскрывается его собственный потенциал, его юридическая сила. И именно тогда, следует добавить, обнаруживаются наиболее оптимальные его связи с другими («неюридическими») способами социальной регуляции, в том числе формы взаимодействия с моралью, религией, корпоративными способами регулирования.

4. Форма в праве и чистое право. Одна из примечательных, бросающихся в глаза особенностей идей Канта по правовым вопросам, предваряющим его подходы к категории «чистое право», состоит в том, что философ настойчиво, безапелляционно и резко отделяет в праве форму от содержания. При этом он пишет так, что будто бы бросает вызов общепринятым представлениям, явно вызывая «огонь на себя». И надо сказать, преуспел в этом деле: за Кантом прочно закрепился ярлык формалиста, отрывающего право от «живой жизни» (и не только в марксистском советском правоведении, где в связи с указанной позицией философа его предавали разносной критике). И это, увы, как раз и привело к тому, что в юридической науке, даже в разработках, казалось бы, философских последователей Канта по вопросам права, в сочинениях Г. Кельзена и его сторонников, представителей иных аналогичных течений значительный интеллектуальный потенциал, выраженный в идеях чистого права, так и не был раскрыт.

При этом, когда Кант, например, говорит о том, что «право как выражение всеобщей воли может быть только одно и касается только формы права, а не его материи или объекта, на который я имею пра-

во»¹, причем «независимо от блага или зла, которое может из этого возникнуть»², то имеет в виду позитивное право в целом. Здесь, стало быть, речь идет не о внешней форме, его выражении в источниках права, а о *внутренней* форме, его структуре, и значит, вообще о праве в его собственной плоти, собственном содержании.

И вот сила права как формы (по выражению М. Мамардашвили, «возможность структуры», «нечто относящееся к полноте» и др.) — это сила собственной материи права [II.4.2]. И это наряду с мыслью о высокой значимости формы вообще выражает идею о собственной ценности права как особой объективной (практической) реальности.

Приходится крепко пожалеть о том, что такой подход к явлениям правовой реальности³, открывающий для правоведения, в том числе и для философии права, широкую и во многих отношениях плодотворную, дальнюю, заманчивую научную перспективу, не получил развития.

Напротив, под обаянием ряда модных послекантовских философских и социологических учений, претендующих на универсальность, мысль исследователей нередко сразу же сосредоточивалась на духовных и политических высотах, «перескакивая» через рутинную и заскорузлую юридическую материю (догму права), оставляемую для юридической дисциплины весьма низкого по сложившемуся мнению науковедческого уровня — юридического позитивизма, юридической догматики.

Между тем объективное право по отношению к предметам, процессам, задачам и целям, которые оно опосредствует, конечно, может быть охарактеризовано как определенная форма. Но эту «форму» нельзя сводить — как это получается при общем, порой примитивном взгляде на юридические реальности — к «внешней форме» — к одним лишь, да и к тому же не очень-то, казалось бы, нужным документам, формальным актам, другим чуть ли не к формально-канцелярским бюрократическим вещам, в лучшем случае — просто к законам, к доволно простым требованиям и нормативам юридической техники.

Здесь есть основания и по данному вопросу отметить весьма конструктивные теоретические позиции, которые занимали русские право-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 289.

² Там же. С. 329.

³ В.С. Нерсисянц, возражая Гегелю, утверждавшему, что у Канта нет «материи закона», пишет: «... в кантовском практическом разуме как раз присутствует «материя», а именно — **правовая «материя» (принцип правового равенства)**, адекватным выражением чего и является категорический императив» (*Нерсисянц В.С. Философия права: Учебник для вузов.* С. 490).

веды в годы расцвета отечественного правоведения кануна Октября 1917 г. В исследованиях ведущих русских правоведов (таких как Б.А. Кистяковский, И.А. Покровский) довольно определенно, притом, судя по всему, не под обаянием кантовских идей, а в силу самой логики права («стихийного кантианства»), давали себя знать идеи чистого права, значимости такого понимания права. Так, Б.А. Кистяковский пишет, что для понимания истинной значимости права в обществе нужно обратиться не к социальному содержанию, а к «понятию права в его чистом виде». И тогда, продолжает правовед (логика мысли и сути дела здесь точь-в-точь как у Канта), выясняется, что действительное «право только там, где есть свобода личности. В этом смысле правовой порядок есть система отношений, при которой все лица данного общества обладают наибольшей свободой деятельности и самоопределения»¹. Аналогичные суждения высказываются и в современной литературе.

Представляется необходимым со всей определенностью сказать: собственная материя права как особой реальности в обществе (в том числе догма права) — это значительное, многогранное, сложное по своей органике с о ц и а л ь н о е б о г а т с т в о, без понимания и должной оценки которого все последующие научные философские характеристики лишаются своей основы и подчас по этой причине превращаются в одни лишь околонучные спекуляции или в «философское переодевание» давно известных, порой тривиальных, сугубо азбучных положений.

Итак, форма в отношении к праву в целом — категория фундаментальная, существующая как практическая реальность и имеющая определяющее значение для фактического содержания явлений, предметов, процессов. И с этой точки зрения нужно видеть в праве как таковом (как «форме») своего рода самоценность, самостоятельную суть и смысл, высокозначимый социальный, точнее, даже природно-социальный институт, отличающийся значительным юридическим богатством и — что не менее важно — способностью реализовать потенциал силы и богатства духовной, интеллектуальной культуры.

§ 2. Категории чистого права

1. Постановка вопроса. По той же самой причине, по какой в философско-правовой мысли до настоящего времени так и не утвердилось само понятие «чистое право» (т.е. по причине сведения права к экономике, к политике, к другим явлениям «вне-юридического» или «ме-

¹ Вехи: Сборник статей о русской интеллигенции. М., 1990. С. 112.

таюридического» порядка), в юридической науке не было проведено и сколько-нибудь обстоятельных исследований о категориях, в которых — как можно предположить — выражается чистое право.

Что это за категории?

Самое примечательное и, пожалуй, даже поразительное заключается в том, что категории чистого права по своей сути есть не что иное, как (возведенные на философский уровень) *элементы, механизмы материи права, выражающие его логику*. В том числе то, что характеризует «заданность», своего рода «предназначенность» правовой материи, ее особенности, «стягивающие» все ее элементы к центральному звену — субъективным правам, и отсюда ее органическая устремленность к основополагающим началам и ценностям жизни людей.

Следовательно, оказывается, что право, очищенное от всего того, что к нему «примешивается» в практической жизни (но именно в силу органических ее потребностей, требований), раскрывается как раз в тех характеристиках, которые и выражают особую логику права. При этом если при рассмотрении юридических форм непосредственно в практических делах и отношениях дают о себе знать отдельные элементы и механизмы, свидетельствующие о собственной логике права [II.10.2–3], то здесь, возведенные на философский уровень, они предстают в виде фундаментальных категорий, характеризующих право в целом. Право в его чистом виде.

Не претендуя на сколько-нибудь полное освещение указанных категорий (сама проблема находится на начальных стадиях ее разработки), можно отнести к их числу:

- «всеобщий правовой закон»;
- всеобщие структуры;
- специфические правовые идеи и принципы.

2. «Всеобщий правовой закон». Знаменательно (и в то же время вполне закономерно), что автор идеи чистого права — Кант — выделил и основную его категорию, которую он назвал «всеобщим правовым законом». Его суть состоит в требовании: *поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого сообразно со всеобщим законом*¹.

Конечно, в самом определении такой категории чистого права выражена в принципе та же идея, которая заложена в кантовском категорическом императиве, содержащем этические по своей основе требования к поведению людей (необходимо поступать только по такой

¹ См.: Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 140.

максиме, относительно которой ты в то же время можешь желать, чтобы она во всякое время стала всеобщим законом¹).

Но важно то, что в приведенном определении основной категории чистого права сделано ударение на таких сторонах требования о поведении людей, которые имеют существенное значение в сугубо юридическом отношении. Даже многозначная формула «всеобщий закон» приобретает здесь юридическое звучание², связывается как с философской сутью права («моя свобода»), так и с особенностями правовой материи. Это следует из того, что в указанном определении представлен «полный набор» свойств и особенностей материи права. Это и строгое определение адресатов требований («каждый»³), и скоординированность, равновесность позиций субъектов, характерных для права («было совместимо»), и связанные с этим выраженные в праве начала «меры» и «своего». К тому же в данном случае Кант видит во всеобщем законе особенности права как самостоятельного явления, обладающего (притом как «форма» — «внутренняя форма») своей спецификой, особыми свойствами, своей самобытной природой, если угодно — *особым нравом*. И потому, связывая право с идеей категорического императива, Кант как бы оговаривается — да, «совместимость», «согласие», но все же — «насколько это возможно по всеобщему закону».

Как существенна эта оговорка! Тут отчетливо различимо то обстоятельство, что всеобщий закон, выступая своего рода продолжением на почве права категорического императива, должен в реальной жизни соотносываться с логикой права, особенностями его догмы, всей системы правовых средств.

Помимо всего иного, указанная оговорка (во всяком случае, в области внешних отношений, сугубо юридических категорий) — свиде-

¹ См.: Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 143.

² Нужно иметь в виду, что «закон», «законодатель», «законодательство» — понятия, которые имеют несколько значений, и что они часто употреблялись в кантовские времена в значении моральных категорий — в «том широком смысле, который был характерен для политической литературы XVII—XVIII вв.» (Соловьев Э.Ю. Указ. соч. С. 108). А у Канта к тому же — в смысле категорий духовного мира, находящихся по «ту сторону» представлений о природе, когда человек делает известные требования для себя «всеобщим законодательством».

³ Категорический императив, полагает Э.Ю. Соловьев, «должен был появиться на свет прежде всего в значении принципа автономии (Соловьев Э.Ю. Указ. соч. С. 99). Жаль только, что это верное замечание автор связывает с идеей «самозаконности», тогда как — и судя по другим публикациям, такой же позиции придерживается и Э.Ю. Соловьев — начала автономии, раскрываемые через личность, — характерная особенность именно права как объективного феномена социальной действительности.

тельство признания того, что закон, объективное право обладают своими жесткими особенностями, своей неподвластной любому производству природой, своей логикой, неподатливыми свойствами, с которыми следует считаться даже творцу тех или иных всеобщих законов — законодателю, выразителю всеобщей воли.

Есть здесь сторона проблемы высокой общественной, политической значимости. Требование «свободы» (и чем «шире», чем «больше», тем лучше) всегда было неизменным лозунгом кардинальных преобразователей, революционеров. Но жизнь свидетельствует: *если реализация такого требования (больше свободы!) не сопровождается формированием прочного правового устройства, в котором так или иначе реализуется «всеобщий правовой закон», то в обществе под лозунгами свободы воцаряются либо бесконтрольная вольница, анархия, либо тирания, авторитарный режим власти.*

3. Всеобщие структуры. Если рассматривать категории чистого права под углом зрения особенностей материи права, то главное здесь — это *структурные особенности*, то, что непосредственно относится к внутренней форме права, «внутренней» организации его содержания. И то, надо добавить, что также как «всеобщий правовой закон» имеет *всеобщий* характер, т.е. выражает специфику права в целом, представляя его общие (всеобщие) черты.

Сюда, по данным научных разработок настоящего времени, относятся:

- нормативно-юридическое построение регулирования;
- начала частного и публичного права;
- юридические конструкции.

4. Нормативно-юридическое построение социального регулирования.

Право формирует институциональное образование, состоящее из постоянно действующих общеобязательных норм, которые создают возможность строгой определенности поведения людей, его государственной гарантированности, а также «всеобщего» регулирования, реализацию в нем принципов равновесности, «равной меры».

Именно эта всеобщая структура (нормативно-юридическое построение) делает возможным и реальным создание в обществе на основе опыта и разумных решений надежной, непрерывно действующей непротиворечивой системы поведенческих моделей, способных (при надлежащей организации и состоянии данной юридической системы) определять поведение людей на неопределенно длительное время вперед и в любых масштабах охватываемых этой системой отношений, да притом с возможностью реализации *начал всеобщности*,

принципа равновесности, «равной меры». И все это так (при всех немалых издержках, связанных с возможностью произвольного использования юридического инструментария), что правовая материя остается неизменно *настроенной* на свободу людей, на их созидательную активность, творчество.

5. Начала публичного и частного права. Обычное разграничение (деление права на публичное и частное) рассматривается не более чем общий классификационный критерий, позволяющий отнести все нормы национальной юридической системы к одной из этих двух классификационных сфер¹.

Между тем это разграничение имеет фундаментальное для права значение, выражает глубокие, исходные его начала, а отсюда — принципиальные (чистые) его особенности². Что, надо полагать, и позволяет, как показывают исторические данные, в полной мере раскрыть потенции, заложенные в праве, прежде всего потенциал частного права — обстоятельство, свидетельствующее, помимо всего иного, о том, что не только в науке, но и в реальных жизненных отношениях «чистые» явления и предметы с наибольшей полнотой обнаруживают свою специфику и возможности.

И вот здесь, обращаясь к философской значимости деления права на публичное и частное, оправданно предположение о том, что именно в нем, этом делении, скрыты и реализуются сами основы и принципы права как института цивилизации, приуроченного историей («провидением», «замыслом природы») для «либеральной жизни» людей — в идеале, в историческом измерении — для последовательно демократической, либеральной эпохи. По мнению В.А. Бублика, именно выделение публичного и частного права в их чистом виде позволяет охарактеризовать их как «глобальные активные правопорядки, индус-

¹ Обзор литературы и разработку проблем публичного и частного права см.: *Черепанхин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1926.

² История права свидетельствует о том, что долгие века юридические системы Древнего мира имели примитивный, неразвитый характер, и это, помимо иных моментов, выразилось как раз в том, что они отличались аморфностью своей структуры, нерасчлененностью по сферам — тем, что юридические установления были представлены в юридических документах и практике как нечто одинаковое, качественно неразличимое с правовой стороны. Правовой прогресс, и довольно интенсивный, исторически начался, в сущности, лишь тогда, когда произошло за несколько веков до христианской эры структурное и понятийное обособление в национальных юридических системах частного и публичного права (особо впечатляющее в правовой системе Древнего Рима). Именно с той поры правовые институты как бы выкристаллизовались в «чистом» виде и в таком виде вырвались на путь собственного развития, своей собственной истории.

цирующие свое влияние на любые правовые отрасли...»¹. А исходный пункт такой трактовки права, его расчлененности — это раскрываемый через частное и публичное право потенциал рациональной организации жизни людей.

Частное право с этой точки зрения — это та сфера объективного права (права, органически единого с публичным законом), в которой непосредственно воплощается в системе юридических институтов, а через них в области внешних отношений естественное «право свободы». Причем таких институтов, которые представляют собой искусные и отработанные правовые построения в сфере собственности, гражданского оборота, свободы договора, гражданско-правовых мер защиты и т.д.

Поэтому именно в цивилистике, в гражданском праве, прежде всего и особенно в гражданском праве Древнего Рима в пору его расцвета в II—III вв. христианской эры (когда в юриспруденции было сильно влияние выдающихся юристов), стали складываться, кристаллизоваться, притом как будто бы спонтанно, как будто в силу одних требований практической жизни выраженные в материи права начала, относящиеся к «равновесности» юридических позиций субъектов, их автономии, преимуществу договорных начал в юридическом регулировании (диспозитивность). Не случайно поэтому позже, в средневековую пору, римское частное право было воспринято как обитель разума, и его разработка глоссаторами в европейских университетах долгое время рассматривалась как «право университетов».

Публичное право с рассматриваемых позиций — это вообще-то другой юридический мир, иная «юридическая галактика», и по «мирозданческим меркам» — сфера (публичной власти, государственности) не менее значимая, чем право само по себе. По своей сути оно представляет собой продолжение только что указанного высокозначимого социального феномена — государства, публичной власти со всеми ее позитивными и негативными потенциями, также находящими выражение в достоинствах права, хотя и иного «качества» — публичного.

Эти достоинства в результате демократизации общества реализуются в принципах подчиненности власти закону, юридических процедурах ее осуществления, а в более широком плане — в принципах разделения властей, республиканской форме правления и, наконец,

¹ Бублик В.А. Публично- и частноправовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 12.

в государственном обеспечении прав человека. Словом, в категориях правового государства. Таким путем формы и институты из другой «юридической галактики» как бы втягиваются в единую юридическую систему демократического общества, становятся совместимыми с частным правом и начинают выступать в нем в качестве однопорядковых и взаимодействующих подсистем¹.

Так что по всем данным необходимо рассматривать правовую культуру и правовой прогресс в обществе не только в обобщенном виде, но и расчлененно, дифференцированно. При известной общности культуры и прогресса в сферах публичного и частного права все же основные тенденции и ценности, важные для общества и права, их развития и будущего, изначально складываются и реализуются отдельно, по указанным фундаментальным сферам. В публичном праве — это такие категории и ценности, как «компетенция», «дисциплина», «подчиненность», «ответственность»; в частном праве — «договор», «диспозитивность», «защита», «реституция».

В то же время взаимное проникновение этих категорий и ценностей из одной сферы в другую (например, конструирование в частном праве категории «ответственность» штрафного характера или применение в публичном праве конструкции «договор») не должно заслонять того решающего обстоятельства, что каждая из них имеет свою первородную обитель, по своим исходным свойствам коренится либо в естественном «праве свободы» индивида, либо во властно-государственных началах, и именно там, в «своей сфере», в полной мере разворачиваются, получают адекватное и интенсивное развитие, и потому с учетом особенностей своей первородной обители и одновременно новых условий должны рассматриваться

¹ Хотелось бы уже сейчас обратить внимание на такой момент, который в отношении частного права подробнее будет рассмотрен в последующем. При всей близости понятий «частное право» и «гражданское право» (так же, как и близости понятий «публичное право» и «административное право»), между ними — как мы увидим — нельзя ставить знак равенства. Если частное и публичное право выражают начала права, связанные с разумом, его смысл, то гражданское право (так же, как право административное, трудовое, социального обеспечения и т.д.) — это уже отрасли национальной юридической системы, складывающиеся в соответствии с требованиями предмета регулирования, политических интересов, иных факторов. Поэтому отрасли позитивного права могут по-разному выражать те или иные исходные правовые начала. Например, гражданское право — как это было в советском обществе — имело в основном опубличенный характер. Но и при последовательном выражении частных правовых начал в гражданском праве всегда наличествуют известные публично-правовые элементы, а порой и целые институты (например, институты опеки, регистрации юридических лиц и т.п.).

наукой¹, воплощаться в законодательстве и применяться в юридической практике².

Какие же начала частного и публичного права можно отнести ко всеобщим — тем, которые имеют столь существенное значение для права, правовой культуры? Самым общим образом на этот вопрос можно ответить так.

Частноправовые начала, являющиеся основой частноправовой культуры, по своей сути сводятся к такому *юридическому порядку, в соответствии с которым отдельное, частное лицо вправе сама отстаивать ее, автономно, по своей воле и по своему интересу, независимо от усмотрения государственной власти о пределять юридически значимые условия своего поведения*, а учреждения государственной власти — как это ни парадоксально — обязаны признавать, конституировать и принудительной силой поддерживать эту юридическую значимость и обеспечивать решение всех спорных вопросов независимым судом³.

Нетрудно заметить, что частное право — это ближайшее выражение того, что применительно к объективному праву может быть отне-

¹ Здесь уместно и такое еще замечание. В отношении научных разработок, сделанных правоведами в условиях советского общества (в них, как уже отмечалось, — немало позитивного, вполне соответствующего мировому уровню науки), нужно постоянно иметь в виду, что они — даже в позитивных своих гранях — сориентированы все же на публично-правовую культуру. Эти разработки, особенно обобщающего характера, зачастую не принимают во внимание данные и ценности частноправовой культуры, которые по многим фундаментальным проблемам правовой теории (например, договорной формы юридического регулирования) призваны служить отправным пунктом научного анализа.

² Выскажу здесь в постановочном порядке общетеоретическое соображение на возможную и, не исключено, конструктивную перспективу разработки проблемы.

Краткая характеристика частного и публичного права позволяет, думается, наметить контуры сложного многозвенного пути движения природно-социальных процессов от природных предпосылок к праву. Это движение

от природных предпосылок, которые выражены, с одной стороны, в обособлении отдельных особей из «социально-биологического целого», а с другой — в поддержании иерархической системы подчинения,

через появление соответствующих объективных требований формирования «своего» закрепления и гарантирования за каждой особью,

к образованию частного и публичного права, которые становятся результатом уже разумного восприятия и осмысления указанных требований людьми (и потому выступают под данным углом зрения в качестве продукта разума).

³ Отсюда вытекают все остальные принципы, характерные для частного права, которые выражаются в российском гражданском законодательстве (ст. 1 ГК РФ): юридическое равенство субъектов, их однопорядковое правовое положение, доминирование в их взаимных отношениях свободы договора, недопустимость вмешательства кого-либо, и в первую очередь власти, в юридически значимую автономию субъектов.

сено к чистому праву в целом, в том числе и с точки зрения категорического императива практического разума — «всеобщего правового закона». При последовательно демократическом общественном строе эти чистые начала — пусть на практике при необходимости в сочетании с властно-императивным порядком — представляют собой необходимый и важнейший элемент организации жизни людей, которая имеет характер «правового гражданского общества».

Иные исходные начала характерны для публичного права, для собственного ему пласта правовой культуры. Это *порядок* (обобщенно говоря, порядок «власти — подчинения»), *в соответствии с которым лица, обладающие властью, вправе односторонне и непосредственно, в принципе, без учета воли адресатов и без каких-либо дополнительных решений иных инстанций, определять поведение друг и х лиц (подвластных, подданных)*, и сообразно этому вся система властно-принудительных учреждений обязана силой принуждения обеспечивать полную и точную реализацию приказов и команд власти, а «все другие» лица (адресаты команды) безусловно им подчиняться¹.

Характеризуя частное и публичное право как «чистые начала» правовой материи, уместно сделать вот какое замечание, о чем в общей форме уже говорилось. Не следует смешивать, отождествлять частное и публичное право как «чистые» категории, с одной стороны, а с другой — отрасли объективного права, даже такие близкие к указанным категориям, как гражданское и административное право. В настоящее время по данному кругу проблем в литературе приведены новые весьма существенные соображения, в соответствии с которыми публичное и частное право, с одной стороны, а с другой — административное и гражданское право представляют собой «парные» явления, не совмещающиеся в полной мере друг с другом². Об этом (применительно к частному праву), а также о причинах, обосновывающих неизбежность разграничения, с одной стороны, публичного и частного права, а с другой — указанных фундаментальных отраслей см. в § 3 данной главы.

¹ С этим связаны и другие принципы публичного права: различие, разнопорядковость правового статуса лиц, иерархичность положения и разный объем властных правомочий у властвующих лиц, наличие своей, «ведомственной» юрисдикции, отсутствие ориентации на решение спорных вопросов независимым судом. По мере развития демократии, как уже говорилось ранее, эти принципы обогащаются институтами демократического порядка (гарантиями для граждан, демократическими процедурами и др.), становятся совместимыми со всеми другими подразделениями гуманистического права, но это не меняет саму исходную суть, саму природу публично-правовых начал.

² См.: Бублик В.А. Указ. соч. С. 12.

6. Юридические конструкции. Ранее, при рассмотрении правовой материи, уже говорилось о том, что юридические конструкции — это не нечто внешнее в праве, не некое юридико-техническое его «оформление» в юридических актах, а сама особая, «собственная» плоть права [П.8.1]. Сейчас же, пожалуй, следует сказать еще определеннее. Юридические конструкции, выражающие в каждом случае особые типовые соединения прав, обязанностей, ответственности, юридических фактов, это вообще *основное и решающее, что характеризует структуру права в наиболее высоком, совершенном ее значении*. И что, следовательно, выражает своеобразие и богатство права как особого социального феномена.

Понимание и постижение права — это во многом понимание и постижение выраженных в нем юридических конструкций, в частности «право собственности», «деликт», «обязательство», конструкции различных договорных типов, составы преступлений и т.д.

С этой точки зрения надо видеть, что юридические нормы со своей логической структурой, субъективные юридические права и обязанности в их многообразных сочетаниях и многое другое, относящееся к юридической догме, представляет собой (если, понятно, вычесть из всего этого некоторые общие правила и приемы делопроизводства, оргтехники и субъективные недоработки, промахи, так сказать, «формалистические излишества») объективированные, отлитые в строгие логические формы юридические конструкции — итог практики, обобщения опыта, и в этом отношении — достижения правовой мысли. Главное же заключается в том, что юридические конструкции как высшие, совершенные феномены структуры имеют для права *всеобщий* характер — касаются всех отраслей права, права в целом, раскрывают его особенности и в основательном философском, и в математическом отношении.

§ 3. Чистое право и реальное право

1. Категории чистого права и реальные правовые явления. Категории чистого права (которые, напомним, выражают его идеальный образ) тогда приобретают фактическое жизненное значение, когда они претворяются в живой материи права — в содержании действующей правовой системы. И следовательно, когда они становятся наличной социальной реальностью.

Но как эти категории претворяются (могут и должны претворяться) в реальных правовых институтах и отраслях права? Ведь реаль-

ная, живая ткань права формируется и развивается под воздействием многообразных факторов. Наряду с особенностями данной национальной юридической системы, ее юридического типа на реальное право влияет вся сумма конкретно-исторических условий и импульсов жизнедеятельности — экономических, политических, идеологических, в том числе (а во многом — прежде всего) предмет правового регулирования. Плюс многообразное, порой решающее влияние факторов субъективного порядка. Словом, реальное право — право (под углом зрения особенностей категории «чистое») во многих отношениях «нечистое».

Более того, ряд научных воззрений вообще связывают право *исключительно* с такого рода факторами, преимущественно экономическими, которые не имеют сколько-нибудь существенного значения для правовой материи как таковой, а касаются чуть ли не исключительно фактического содержания действующего права.

Именно такой подход в понимании права, в истолковании исключительной роли его предмета утвердился и приобрел, пожалуй, даже аксиоматический характер в советской юридической науке. Тем более что он напрямую в официальной идеологии связывался в прошлом с марксистскими постулатами об определяющей роли в жизни общества «экономического базиса».

Не менее жесткую позицию по данной проблеме (по-видимому, не без влияния марксистских взглядов, но, к счастью, без его идеологических интерпретаций) занимает и О. Шпенглер. Он вообще рассматривает право исключительно в контексте «общественного и экономического опыта», видит в нем «произвольную форму существования», «вне зависимости от того, было ли оно признано на уровне чувств, импульсивно (неписаное право, обычное право, *equity*) или абстрагировано посредством обдумывания, углублено и приведено в систему (*закон*)»¹. И под углом зрения своей генеральной концепции («заката Европы»), ведущей, в частности, к отрицанию общей интеллектуальной ценности категорий римского частного права, О. Шпенглер отстаивает свою идею права как элемента чисто практической жизни эпохи и пишет: «Римское право... ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями. Оно может научить нас тому, как на основании *собственного* опыта выстроить собственное право»².

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 380.

² Там же. С. 86.

Научные соображения об органической связи предмета правового регулирования, общественного и экономического опыта с «органикой» права достойны серьезного внимания.

Да, реальное («живое») право неотделимо от социальной и экономической жизни, живет и действует в самой его гуще. И в этом отношении предмет регулирования, как и все фактические отношения, оказывает влияние на особенности их юридического регулирования, в том числе и на юридическую специфику отраслей права, влияние подчас весьма существенное. Особенно в области формирования и действия комплексных отраслей, когда в ходе социального и правового развития происходит своего рода «юридическая мутация» в структуре права. И здесь соображения О. Шпенглера об исключительном своеобразии современной эпохи и ее влиянии на юридическую материю в принципе вполне справедливы (об этом — несколько дальше).

Но если даже рассматривать правовую систему современного общества в целом, во всех ее многообразных сторонах и подразделениях, необходимо все же исходить из того, что право не может быть сведено к одному лишь общественному и экономическому опыту и что в этой плоскости сам по себе «предмет» права не является единственным, а по главным пластам правовой системы — не главным, определяющим фактором, обуславливающим деление объективного права на отрасли, а тем более самую суть, природу права. Соотношение здесь другое — более тонкое, сложное и даже драматичное. Ключом к пониманию такого соотношения и стали категория чистого права, потенциал разума, с которыми напрямую связано формирование и бытие права.

С этой точки зрения, надо заметить, нет и в принципе не может быть «собственного — для данного общества — права», не построенного на ценностях общей правовой культуры. В основе правового «словоупотребления», точнее, правового категориального аппарата, лежат вовсе не исключительно текущая и трепетная жизнь данного времени, как полагает О. Шпенглер¹, а прежде всего, во всяком случае в плоскости фундаментальных основ права, такие *структурные построения (категории внутренней формы), которые благодаря силе разума и культуры концентрируют в категориях чистого права глубинные ценности жизни*. И это уже относится не просто к правовой логике (тем более не к логике словоупотребления), а к тем пластам нашего бытия, которые выражают и опосредствуют в правовых категориях его *смысл*.

¹ См.: Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 85.

Другой вопрос, что категории чистого права необходимо рассматривать *в соотношении* с теми правовыми явлениями, которые продиктованы общественным и экономическим опытом, требованиями, вытекающими из данных фактических отношений, прежде всего – предмета правового регулирования, цели регулирования и т.д. И в этой плоскости рассматривать в таком сложном соотношении категории чистого права в качестве «естественной» (в смысле естественного права как идеи разума) основы, определяющей *«дух» права*, его *основополагающие начала*, его особенности как *жесткого организма и живого права* [II.7.6]. Именно здесь нужно констатировать существенно важную роль, которую играют в правовой системе такие фундаментальные отрасли, как гражданское и административное право.

В этой связи – о гражданском праве в его соотношении с правом частным.

2. Частное право и гражданское право. Нередко в современных исследованиях по цивилистике в качестве чуть ли не само собой разумеющегося звучит положение о том, что гражданское право – это «рыночная отрасль» (увы, в печати сейчас проскальзывает и с восторгом произносится выражение «рыночная демократия»; впрочем, кто знает, быть может, для сегодняшней российской обстановки слово «рыночное», притом в примитивном значении, и верное).

Дело, однако, обстоит иначе. Гражданское право (цивилистика) как отрасль национальной юридической системы действительно складывается и развивается на основе требований рынка, точнее, имущественных отношений, формирующихся в условиях товарно-рыночной экономики, отношений собственности, гражданского оборота. Именно рынок, его требования обуславливают необходимость того, чтобы право собственности имело абсолютный характер, чтобы способом, определяющим взаимоотношения между субъектами, был договорный метод, чтобы существовал беспристрастный суд – независимый институт решения разногласий, споров, конфликтов и т.д. Словом, требования рынка обуславливают необходимость существования сферы, где вопросы решаются по воле и в соответствии с интересами участников рыночных отношений, занимающих юридически равные позиции.

Но гражданское право по мере развития прогресса, все большего утверждения разума в реальной жизни, совершенствования институтов демократии все чаще выступает в качестве прямого выражения частного права как продукта и высшего проявления разума. Той, повторю, первородной обители частноправовых начал, которая первично реализует важнейшую природную, естественную сторону биосоци-

ального основания права, коренящегося в свободе человека, в его естественном праве свободы.

Подходя к обсуждаемой проблеме с несколько более широких позиций, допустимо сказать так. «Чистая юридическая форма», представляющая оцивилизованную свободу (или в другой области внешних отношений, в области публичного права, — иерархические порядки подчинения), может совпадать с «предметом», его требованиями, например с существующими рыночными или управленческими отношениями, а может и не совпадать.

В гражданском праве то и другое в основном совпало. И исторически развивалось во взаимодействии и во взаимном влиянии. Хотя не полностью и не во всех ипостасях. Например, отмеченными обстоятельствами объясняется тот обычно труднопонимаемый и неуклюже интерпретируемый наукой факт, что гражданское право регулирует личные неимущественные отношения, в том числе (в реальном правовом бытии) те, которые никак не связаны с отношениями имущественными да и по своей сути далеки от рынка, порой не совместимы с ним.

Отсюда же — особенности российского Гражданского кодекса, в статье первой которого, например, при формулировании основных начал гражданского законодательства наряду с частноправовыми принципами — равенством, свободой договора, автономией и др. (принципами, имеющими самостоятельное значение и лишь «отвечающими» требованиям рыночной экономики) назван принцип «восстановления нарушенного состояния» — принцип, напрямую обусловленный прежде всего особенностями имущественных отношений рыночного типа.

Так что частное право — не продукт рынка. А гражданское право — не просто его продукт, а прежде всего отрасль — обитель «чистых» частноправовых начал, в наибольшей мере отвечающая требованиям и условиям товарно-рыночных отношений. И потому вмещающая нормативные положения рыночного характера не только без отторжения и сопротивления, но даже «с охотой» и притом в юридических формах и конструкциях, оптимальных для рыночной экономики. И плюс к тому еще содержащая определенные элементы публично-правового характера (например, «публичный договор»)¹.

Вместе с тем истории права известны и иные соотношения. Такие, когда, например, правовые формы, рожденные частным правом, не воспринимают и, более того — отторгают и сопротивляются навязываемому им «предмету». В этом и состоит истинная драма совет-

¹ Бублик В.А. Указ. соч. С. 6–15.

ского гражданского права, особенно в той его части, которая строилась по конструкциям Гражданского кодекса 1922 г., воспринявшего через дореволюционные проекты достижения мировой частноправовой культуры. Гражданское право советской эпохи находилось в непреодолимом противоречии (настойчиво сглаживаемом советскими цивилистами) с «планом», «приоритетом государственной собственности» и другими управленческими, административными юридическими реалиями советского времени, упорно вводимыми официальной догмой в содержание гражданского права как отрасли социалистической правовой системы.

3. Новые «пласты социальности» и право в современную эпоху. Ранее уже отмечалось, что гигантский научно-технический прогресс, с которым человечество подошло к концу второго тысячелетия христианской эры, породил новые сложные проблемы, вызвал к жизни новые «пласты социальности», в частности экологические отношения, широкие и многообразные участки объективированных духовных ценностей (интеллектуальная собственность), управленческие и информационные структуры, которые во многом «втягивают» строго вещные отношения, своеобразные формы предпринимательской рыночной активности, специфические отношения по услугам — медицинским, сочетающим значительную социальную значимость и высокий профессионализм, требованиям современной техники.

Но следует ли из этого, что ныне возникла потребность и уже складывается «собственное» — для новой эпохи — право, которое имеет дело не с «телами» (предметами, объективированными реалиями) и в этой связи не с прежней правовой культурой, а с «функциями» и «энергией» (О. Шпенглер) и отсюда — с неким «новым правом»? Думается, нет, не следует.

Право — такой своеобразный институт социальной жизни, который по самой своей природе (а отсюда и «породе») сопряжен с внешними объективированными отношениями. *Его предназначением и является регулирование этих, опредмеченных, практических отношений.*

Право, отвечающее требованиям современной постиндустриальной эпохи, призвано заниматься не чем-то «другим», т.е. вовсе не социальными делами и процессами, ему по рождению и по органике не свойственными. Напротив, его смысл и предназначение и в новой обстановке — в связи со сложностями, опасностями и бедами этой обстановки — состоят в том, чтобы по-прежнему решить «проблемы статики» — создать *строго определенную, нормативную и твердую основу для всего комплекса современных отношений, в том числе и для их динамики.*

Вместе с тем нужно видеть, что сложные экономические и социальные проблемы постиндустриальной эпохи, в особенности новые «пласты социальности» (в широком смысле – «предмет»), весьма основательно влияют на содержание права, на юридические особенности его отраслей и институтов. Влияют в двух основных направлениях.

В о - п е р в ы х, новые реалии в экономической и социальной жизни в той или иной степени преобразуют юридические формы и конструкции в традиционных отраслях права, в том числе в таких фундаментальных, как гражданское право и административное право (например, в области гражданского права трансформируют отношения собственности: наряду с собственностью в значении вещных прав предопределяют необходимость формирования интеллектуальной собственности; через ценные бумаги, их бездокументарный оборот, «интернетные» формы коммерческой деятельности предопределяют необходимость возрождения и нового прочтения понятия «бес-телесной вещи»¹, известного еще римскому частному праву).

В о - в т о р ы х, новые реалии в экономической и социальной жизни современной эпохи приводят к тому, что начинают складываться целые отрасли права, которые призваны стать основой для решения сложных экономических и социальных проблем, юридически опосредствовать новые «пласты социальности». Такими отраслями права (в настоящее время – комплексными) являются, в частности, экологическое право, информационное право, предпринимательское право, медицинское право.

И процессы преобразования в современных условиях традиционных юридических форм и юридических конструкций, и в не меньшей мере – формирование в системе права новых структурных подразделений, – все это требует повышенного внимания юридической науки, по ряду направлений выработки новых подходов для научно-корректного и основательного осмысления фактов современной действительности.

Вместе с тем новые экономические, социальные, правовые реалии современной эпохи вовсе не предполагают того, чтобы «отбросить все старое» и создавать в области права все заново, формировать юридические понятия и конструкции с «чистого листа», опираясь на один лишь нынешний экономический и социальный опыт. Напротив, по всем данным, плодотворное осмысление фактов современной действительности может быть достигнуто на *основе достижений мировой правовой культуры, фундаментальных научных ценностей*, выработанных

¹ См.: Мурзин Д.В. Указ. соч. С. 67–89.

ных интеллектом и талантом специалистов многих поколений на основе трудной практики, в кропотливом труде, порой в нелегкой борьбе, в столкновении интересов и разных подходов.

Вот почему наиболее адекватной в научном и практическом отношениях характеристикой новых отраслей права (экологического, информационного, предпринимательского, медицинского) является их определение в качестве *вторичных, комплексных отраслей*. И не только потому, что они — во всяком случае, на первых порах, до того как они в полной мере еще не выявили свою юридическую специфику и не нарастили свой, самобытный правовой материал (и пока еще нет основательных данных, свидетельствующих о том, насколько это вообще возможно) — представляют собой комплекс разноотраслевых элементов. Главное, что предопределяет их оценку в качестве вторичных, комплексных, заключается в том, что они даже в сферах своих специфических отношений напрямую воплощают те правовые начала, которые характерны другим отраслям, прежде всего базовым — гражданскому и административному праву, отраслям процессуального права.

Например, в области предпринимательства уже сейчас могут быть обособлены специфические отношения, требующие юридически своеобразного опосредствования. О. Шпенглер справедливо пишет: «...для нас организатор, изобретатель и предприниматель являются *творящей силой*, которая воздействует на другие, *исполняющие силы*, придавая им направление, намечая цели и средства для их действия. И те и другие принадлежат экономической жизни не как владельцы вещей, но как носители энергии»¹.

Здесь перед нами действительно специфические, внутриадминистративные (внутрихозяйственные) отношения. Но юридическое своеобразие их регулирования не может быть понято без того, чтобы не взять за исходную основу такого понимания саму суть предпринимательской деятельности с правовой стороны — не административно-властные принципы, а начала свободы и диспозитивности, которые в соответствии с ценностями гражданского права определяют исходные юридические позиции для «творящей силы». Они-то и реализуют экономические отношения, выраженные в слове «энергия». Стало быть, новые в данной области правовые явления следует рассматривать в качестве *продолжения и развития* фундаментальных правовых категорий и ценностей, выраженных в достижениях гражданско-правовой культуры, а не как нечто такое, что должно войти в юриспруденцию *взамен* их.

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 86.

Высказанные соображения касаются не только фундаментальных начал права, прежде всего права гражданского, но и характерных для него юридических конструкций, являющихся достижениями мировой юридической культуры. Так, юридическая природа такого, казалось бы, ультрасовременного экономического и правового явления, как бездокументарный оборот ценных бумаг, не может получить достаточно развернутую, убедительную трактовку, если не взять за основу такого понимания конструкцию «бестелесной вещи», выработанную в римском частном праве¹ — том праве, которое, как говорилось ранее, стало уже в условиях античности воплощением чистого права.

А все это — свидетельство того, что и здесь, на, казалось бы, специфических участках современного правового бытия (где будто бы надлежит все строить и научно интерпретировать «заново»), основополагающее значение принадлежит достижениям многовековой правовой культуры, а через них — и началам чистого права.

§ 4. Чистое право и вопросы практики юриспруденции

1. Предубеждение, помноженное на сложность. Нет никакой уверенности в том, что идеи чистого права получают сколько-нибудь быстрое и единодушное признание в науке и в практической жизни. Уже два столетия мысли Канта, других философов и правоведов на этот счет — пусть и не развернутые и не «пропущенные» через специальную юридическую проблематику — не привлекали должного внимания. А если как-то и были использованы в правоведении, то, увы, для обоснования философской самодостаточности крайних вариантов юридического позитивизма. Идеи чистого права и по сей день, наверное, молчаливо причисляются к неким не очень-то значимым философским причудам кенигсбергского затворника как некий отзвук его общепризнанных идей о чистом разуме.

А здесь, в этой книге, кантовские мысли и основанные на них теоретические выводы и предположения (и вдобавок близкие идеи и раздумья других авторов, российских правоведов в том числе) усложнены к тому же еще и другим — положениями о своеобразной логике права,

¹ Д.В. Мурзин, отметивший это обстоятельство, пишет, что вопрос о бестелесных вещах «вторгается, пожалуй, в сферу психологии античной и современной цивилизации: бестелесное имущество появилось в римском частном праве в силу его непревзойденной логичности... бестелесное имущество было отвергнуто постантичным гражданским правом из-за практицизма западной цивилизации и ее излишнего увлечения философией материализма» (*Мурзин Д.В. Указ. соч. С. 70*).

сведениями из юриспруденции, имеющими, по мнению многих людей, абстрактный, оторванный от живой жизни схоластический характер. Прибавим сюда своеобразные участки социальной жизни нового постиндустриального времени (экология, объективированные формы интеллектуальной жизни, управленческих и информационных структур, предпринимательской деятельности, особые услуги в социальной сфере). И плюс к тому еще сложности, связанные с изложением нового, непривычного для нашей науки материала, которые автору, понятно, не удалось во всем преодолеть, как не преодолеть, скорее всего, и аналогичных по истокам трудностей восприятия этого материала.

Но как бы то ни было, от всего того, что связано с идеями чистого права, в конечном счете никуда не уйдешь. И коль скоро праву, по всем данным, уготована основательная перспектива и его действительная роль в жизни людей будет неуклонно возрастать, то независимо от наших предубеждений и трудностей надо вести упорную разработку теоретических проблем, связанных с миссией права, которой и ныне, и в будущем нет альтернативы. Тем более что научная основательность (выводящая правопведение на уровень всей суммы современных наук), а также истинная привлекательность, научная красота и изящество этих проблем намного превосходят упомянутые предубеждения и трудности.

В каких же направлениях идеи чистого права могут проявить себя — положительным образом сказаться на реализации предназначения права в жизни общества?

Таких направлений два. Одно — практического порядка, связанное главным образом с законодательством. Другое направление, раскрывающее потенциал идей чистого права, — принципиально теоретического, концептуального характера, относящееся к постижению действительной ценности права в жизни людей, его смысла.

2. «Нет ничего практичней хорошей теории». На первый взгляд, приведенные слова великого ученого в области естественных знаний меньше всего относятся к сфере права, еще менее — к практической правовой деятельности, даже к такой ее разновидности, как законотворчество.

В самом деле, если даже видеть в праве значительное явление в жизни людей, то все же представляется очевидным, что такая сугубо практическая работа, как подготовка проектов законов, их текстов (дело, понятно, непростое, предполагающее необходимость напряженной, сосредоточенной работы, использование определенной суммы данных и знаний), требует прежде всего практического опыта и здравого смысла и касается, в первую очередь, знаний экономического, политического характера, данных психологии, этики, этологии. И если

тут полезна «хорошая теория», то это, казалось бы, не некая правовая философия, а прежде всего — теория, которая бы помогла определить действительные потребности общества и человека, задачи законодателя, способствовала учету особенностей регулируемых отношений, моральных предпосылок и требований.

А юридические знания? Если судить по некоторым внешним приметам, характерным для порядков и нравов многочисленных законодательных (федерального и «областных») собраний России конца XX в., то это знания, не очень-то сложные, не относящиеся к высокой теории. И хотя почти все члены федерального и региональных законотворческих учреждений часто употребляют выражение «прописать закон» (выражение, не так давно используемое исключительно правоведами-профессионалами, участвовавшими в подготовке законопроектов), такое «прописывание» понимается, как правило, в технико-юридическом смысле, в смысле подгонки текстов под юридический стиль, создания внешнего антуража современного законодательного документа, в лучшем случае как работа по устранению противоречий в законах, по их согласованию.

Что ж, верно, законоподготовительная работа — дело, действительно, во многом практическое и прозаическое, требующее владения многообразными данными и знаниями: экономическими, политическими, психологическими, порой сугубо техническими. Нужны и технико-юридические знания, которые при всей их сложности не представляют собой все же достаточно значимых высот правовой философии, тем более некой теории «чистого права».

И ясно, что никому не придет в голову, скажем, приступая к подготовке проекта закона, начинать это многотрудное дело с данных теории философского уровня, абстрактных, казалось бы, чуть ли не на грани заумного сочинительства, отвлеченных положений об «основном правовом законе», типах регулирования, юридической структуре и о многом другом, столь же абстрактном, отвлеченном. При подготовке любого законопроекта исходными и неизменно главными остаются требования и факты самой жизни, запросы практического порядка, экономические, политические расчеты, порой расчеты чисто бухгалтерского свойства и соответствующие данные, знания и прогнозы научного характера.

Тем не менее можно с весьма большой степенью категоричности утверждать, что использование на практике данных правовой философии, в том числе данных теории «чистого права», — это необходимый и важный этап или элемент законоподготовительной работы. Этап или элемент, скажу еще раз, в практической деятельности не исходный, не самый первый, но все же совершенно необходимый и исклю-

чительно важный, предопределяющий саму возможность того, чтобы действующее право достигло высокого современного уровня.

В практическом отношении суть дела в том, чтобы при подготовке законопроектов участвовали и имели при этом весомое слово специалисты-правоведы, основательно знающие и умеющие применять на практике данные правовой философии и, по-видимому, прежде всего данные теории «чистого права» (впрочем, кто знает, быть может, со временем окажется необходимой и практически возможной особая экспертиза по вопросу соответствия проекта закона требованиям, вытекающим из идеи чистого права).

Принципиально важно, чтобы специалисты-правоведы в каждом случае подготовки законопроекта могли ответить, в частности, на такие вопросы.

Не ущемляет ли предоставление субъективных прав определенным лицам свободу других людей?

Является ли проектируемый законодательный порядок по своей основе частноправовым или же публично-правовым?

Если в законопроекте говорится о «предоставлении прав», то достаточны ли и весомы ли в проекте предусмотренные на этот счет юридические гарантии?

Если же говорится об обязанностях, то следуют ли за этим должны меры юридической ответственности?

Если вводится общий запрет, то достаточно ли он «обставлен» условиями и исключениями?

Если создается новое построение прав и обязанностей, то сообразуется ли оно с логикой юридических конструкций?

И так далее.

Требуются убедительные и конкретные ответы на все другие вопросы, которые по своей сути есть вопросы «техники», но вопросы такой «техники», которые представляют собой прикладную сторону философской проблематики.

При тщательном, углубленном анализе принятых в России законов (особенно на региональном уровне – в областях, краях) выясняется, что основные их огрехи касаются вовсе не вопросов сугубо технического и терминологического свойства и даже не согласованности законов, в том числе соответствия региональных законов федеральным (хотя таких недостатков немало и потери от таких недостатков громадные), а отсутствия во многих из них основательной правовой культуры и, стало быть, учета данных высокой правовой теории и с этой точки зрения юридической техники высокого уровня.

Весьма показательным в этом отношении является явный недоучет в законотворчестве теоретических положений о частном и публичном праве, о юридической специфике отраслей права, типов регулирования, основополагающих юридических конструкций, самой категории «юридическая конструкция» [П.7.1–4]. Хотя законодательные акты, и действующие и проектируемые, имеют по большей части комплексный характер, при решении любого юридического вопроса существенно важно с самого начала определить «отраслевую основу» намечаемого решения: от этого зависят адекватность, отработанность и действенность всего применяемого в данном случае юридического инструментария, носящего по своему содержанию отраслевой характер.

Сама жизнь, например, в настоящее время требует обратить повышенное внимание на ту сферу современной социальной действительности, которая относится к медицине. Ведь здесь – весьма специфические отношения по услугам, сочетающие значительную социальную значимость и высокий профессионализм, требования современной техники. И вполне естественно возникает ориентация на то, чтобы построить медицинские услуги на сугубо публично-правовой основе. По всем данным, на многих участках медицинского дела такая ориентация оправдана, и опыт мирового значения (в социалистических странах – СССР, Кубе и в странах со свободной рыночной экономикой) весьма убедителен. В то же время медицина в развитом гражданском обществе при всех своих «публичных» характеристиках не может функционировать в отрыве от общей инфраструктуры частноправовой (рыночной) конкурентной экономики. И потому в самой организации медицинского дела, и тем более – на отдельных ее участках (сопряженных, в частности, с внедрением новейшей техники, с поддержкой инициативной деятельности, с оказанием ряда специфических медицинских услуг, профилактикой и т.д.), возможно внедрение коммерческих начал, а отсюда – построение складывающихся отношений на частноправовой основе. Каково в этом случае оптимальное соотношение публично-правовых и частноправовых элементов? Каковы юридические формы соответствующих отношений, их гарантирования, правового обеспечения? Ответы на все эти и аналогичные им вопросы требуют как углубленных знаний о фундаментальных началах публичного и частного права, так и четких представлений о комплексных структурах, причем таких, которые способны учитывать разнообразие и разноплоскостные факторы социальной жизни.

Возьму на себя риск высказать мнение о том, что практически значимая грань есть и у самых, казалось бы, абстрактных положений идей

о чистом праве — положения о кантовском «основном правовом законе». С этой точки зрения возникающие порой проблемы при подготовке законопроектов, трактуемые подчас по рубрике «социальных» или «экономических», с юридической стороны затрагивают вопросы философского порядка, в том числе «всеобщий правовой закон». Они, к сожалению, именно в таком качестве сразу же не вычлениются и не получают должного разрешения потому, что не принимается во внимание принципиально-юридическая сторона дела.

Так было, например, когда разрабатывалась конструкция аренды как способа приватизации, в соответствии с которой арендаторами становились не трудовые коллективы (как при последующей официальной приватизации), а самостоятельный субъект — организация арендаторов, формируемая из активных работников-трудяг данного коллектива. При подготовке законопроекта об аренде, могу засвидетельствовать, так и не был поставлен и решен вопрос, относящийся к идее философского «основного закона»: не ущемляет ли порядок предоставления государственного имущества арендаторам из числа работников коллектива прав (и свобод) других членов коллектива? И если да, то каково возможное решение трудностей, возникающих при реализации закона? И верно, трудности подобного свойства в последующем действительно были. Об этом ныне приходится говорить еще и потому, что аналогичные по важности и трудности проблемы возникают при совершении сделок, предметом которых являются имущественный комплекс (предприятие в целом), включающий работающих там людей — персонал¹.

Можно, пожалуй, утверждать, что участие в законоподготовительных работах специалистов-правоведов, владеющих знаниями высокой правовой теории, и достойное авторитетное их место в таких работах — это верный показатель уровня юридической культуры в данной стране. Таким показателем является и признание того, что критерием высокой классности юриста-профессионала должно считаться знание и умение применять на практике такого рода знания. А значит, и их разработанность в юридической науке, а также соответствующая указанным требованиям организация подготовки юристов-профессионалов, их ориентация (деловая и официальная) на такого рода деятельность.

Если приведенные соображения верны для законоподготовительной работы, то они тем более справедливы для деятельности в области государственно-правовой жизни более высокого порядка.

¹ См. по этому вопросу разработки С.А. Степанова (Предприятие как имущественный комплекс по Гражданскому кодексу Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000).

По всем данным, идеи и категории чистого права должны быть признаны основополагающими в государственной и правовой политике — в сложных процессах формирования и развития государства и законодательства, а также при решении вопросов о соответствии принимаемых законов общим правовым принципам. И. Кант поясняет: «Эти принципы не столько законы, которые дает уже образовавшееся государство, сколько законы, единственно на основании которых и возможно образование государства в соответствии с исходящими из чистого разума принципами внешнего человеческого права вообще»¹.

К сожалению, надо признать, что в современной России в многочисленных и обширных рассуждениях о «строительстве правового государства», о «правовой реформе» и не менее — в практических действиях, совершаемых как будто бы в этом направлении, вопрос о «принципах чистого права вообще» даже не ставится. И, понятно, в практической плоскости не ставится сейчас, когда в политической жизни порой реанимируются авторитарные, силовые тенденции.

3. Необходимая ступень постижения права. Научным положениям о чистом праве принадлежит существенное, возможно, незаменимое значение и в философском, концептуальном отношении.

Суть вопроса в том, что эти положения вплотную подводят к постижению истинного смысла права, его, если угодно, «мирозданческого» предназначения в жизни людей, их судьбе, их будущем.

Ведь идеи о чистом праве — пусть в каком-то смысле романтизированные, даже с налетом мечты и плюс к тому сформулированные на высоких уровнях научных абстракций, — обращены к тем сторонам исконной природы права, которые коренятся в глубинных основах жизнедеятельности, в высших проявлениях естественного права.

Такова же суть других идей, которые, по всем данным, могут быть отнесены к чистым правовым началам. В том числе — о частном и публичном праве, о дозволительной структуре и об общедозволительном типе юридического регулирования, которые сориентированы на свободное поведение человека [II.8.2].

Подобная оценка положений о чистом праве, возможно, представит еще более обоснованной, если рассматривать эти положения под углом зрения юридической логики, в том числе структуры собственного содержания права — той определяющей стороны этой структуры, когда центром собственного содержания права (его внутренней формы), «стягивающим» к себе все частицы правовой материи, выступа-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 285.

ют субъективные права участников общественных отношений, причем права, по терминологии юриспруденции, «на собственное поведение» и, стало быть, открывающие простор для активности, творческой самодетельности людей. Не менее значима такого рода постановка вопроса при характеристике высшего, совершенного слоя правовой материи — юридических конструкций.

Словом, именно идеи чистого права выводят на те теоретические позиции, с которых открывается путь к постижению других основополагающих положений философии права, прежде всего — и это особо существенно — к рассмотрению права как объективированного бытия Разума и права человека (...права людей).

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ ПРАВО — БЫТИЕ РАЗУМА

§ 1. Разум в праве. Путь к разгадке

1. Капитал интеллекта. Вполне удовлетворительный и простой ответ на вопросы о важнейших особенностях права (и о его тайне — П.9.3) можно получить, если связать правовую материю с интеллектом людей, с рациональными началами при решении жизненных ситуаций.

Мы уже видели при характеристике наиболее совершенных юридических форм, правовых конструкций, что здесь происходит своеобразное соединение реальности (ее требований), опыта и ума — интеллектуальной деятельности высшего порядка. Причем так, что этот сплав реальности, опыта и ума воплощается в моделях (типовых схемах), т.е. строгих типовых построениях, определяющих статус субъектов, состав и содержание их правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, юридических фактов [П.7.1]¹.

Недаром же в области юриспруденции действуют «мудрецы» — законодатели, судьи, умудренные в юридических делах советники пра-

¹ Знаменательно при этом, что формирование оптимальных правовых средств и эффективных юридических конструкций происходит в обстановке, в чем-то близкой к «естественному отбору» — в жестком столкновении интересов, противоборстве всех «за» и «против», процедурах опротестования уже принятых решений, их последующем пересмотре и одновременно — в поиске компромиссов, взаимных уступок, мучительной выработке взаимоприемлемых вариантов. К тому же те или иные интеллектуальные положения должны вписаться в уже существующие юридические формы, структуры права, параметры и требования целостного юридического организма как объективной реальности.

вителей, а в частном праве — искушенные коммерсанты и банкиры, юрисконсульты и адвокаты. Да и само участие государства в формировании и развитии юридических институтов в той или иной мере сообщает действующему праву отработанность государственных решений, силу «коллективного ума».

Правда, эта же самая зависимость права от государства нередко приводит к тому, что в сферу действующего права вторгается своекорыстие власти, ограниченность и самодурство правителей, невежество законотворцев и судей, а требования реальной жизни блокируются крайностями юридического формализма. Подобный же результат порой наступает и при иных зависимостях права от «мудрецов» в юриспруденции, в том числе при ложных и опрометчивых выводах юридической науки, когда спорные или даже ошибочные мнения ее глашатаев и представителей напрямую воспринимаются в законодательстве, в практике юриспруденции.

Тем не менее в конечном итоге — пусть и не сразу и не в полной мере — неизбежно срабатывают жесткие законы своего рода «естественного (в данном случае — интеллектуального) отбора» в той, понятно, мере, в какой они характерны и для общества. Вследствие этого материя права, его *corpus juris* (правовые средства, юридические конструкции, система нормативно-юридического регулирования как таковая) все более становится в области практической жизни людей *средоточием рациональных начал* и таким путем накапливает интеллектуальные, духовные достижения, напрямую затрагивающие практику человеческих отношений.

Так что будет вполне оправданным видеть в правовой материи то, что в области практической жизни может быть названо и «капиталом интеллекта», и «копилкой ума», и «кладезем рационального» (не упуская, разумеется, из виду, что здесь немало и того, что относится к сиюминутным, ошибочным, порой идеологизированным решениям и выводам). И если подобные характеристики не выходят за пределы юридических знаний как таковых, то в общем дают достаточно приемлемые ответы на вопросы об особенностях права и даже о его тайне (тем более если рассматривать право в его *чистом виде*).

Но вот пункт, который все же должен привлечь наше внимание. Думается, вовсе не случайно правоведы, постоянно общающиеся с правом, его глубинами, ценностями, не ограничиваясь ссылками на «интеллект» и «рациональное», нередко прямо связывают право с *разумом*. Причем такую характеристику получают прежде всего юридические системы, отличающиеся совершенством юридического инструментария, правовых конструкций, других правовых структур. Такие си-

стемы, как римское частное право, за которым уже давно закрепилось наименование «писаного разума» (*ratio scripta*). Да и сама юридическая деятельность нередко сопрягается в юриспруденции с уяснением «разума законов» (*ratio legis*).

И вот здесь возникает вопрос — не тут ли, в связи права с разумом, кроется и более глубокое, поистине философское обоснование особенностей права, названных в этой работе его «тайной»? И прежде всего понимание того, почему в праве, в этой «копилке интеллекта», на первое место выдвинуты именно субъективные права («свобода в праве»), а за оптимальными правовыми средствами и отработанными юридическими конструкциями как бы на втором плане просматриваются и другие значительные социальные ценности — духовные, гуманитарные [II.9.2]?

2. Право как «явление Разума». С тем чтобы попытаться уже с философской стороны обосновать особенности права, его назначение в жизни людей, представляется оправданным в порядке постановки вопроса (и с формулированием соответствующих положений на уровне *гипотезы*¹) обратиться к характеристике права как к явлению Разума. Причем Разума, так сказать, с большой буквы — феномена вселенского порядка. Стало быть, обратиться к самой, по-видимому, сокровенной, далеко не во всем еще понятой и раскрытой изюминке философской проблематики — о сути «появления на свет» и бытия людей как разумных существ. О том основательном и первичном, что позволяет человеку и сообществу людей (при всей противоречивости разума как психофизического явления) через мысль и волю проникнуть в глубь вещей и процессов, выбирать и решать, познавать и творить, соединяя мечту, духовные ценности, расчет и созидательное дело. И при этом реализовать предназначение людей как носителей Разума — высшего явления (творения) мироздания, Вселенной.

И тут (повторю — это лишь гипотеза) есть по крайней мере два момента, которые через посредство Разума в таком его глубоком понимании во многом помогают с философской точки зрения понять особенности права, его смысл и назначение.

¹ В отличие от первого издания книги, где излагаемые в тексте положения сформулированы в качестве итоговых, здесь, во втором издании, автором после дополнительной проработки данной темы как бы «дан обратный ход». В отличие, в частности, от проблематики чистого права (к которой независимо от философских разработок ряд правоведов пришли по логике самого правового материала) по данной группе вопросов в юриспруденции намечаются только предпосылки такой их постановки, когда требуется обращение к сложным философским разработкам о Разуме в глубоком, «мирозданческом» его понимании. Поэтому соответствующие положения формулируются во втором издании в качестве постановочных, претендующих только на научный статус гипотезы.

П е р в ы й. Разум по отношению к каждому индивиду – это не что иное, как *свобода* человека. Разум представляет собой способность делать собственный выбор, решать жизненные проблемы *самому*. И значит, способность выйти за пределы жестких, императивных, непрекаемых природных порядков и зависимостей, принимать решения по своему усмотрению, руководствуясь идеальными представлениями, принципами, началами, в том числе – к счастью, высокими духовными идеалами, относящимися к основополагающим моральным ценностям внутреннего духовного мира человека.

И т о р о й. Именно Разум и только он способен «заложить» в право такую ориентацию, которая находится на другом полюсе по отношению к «умным» деяниям людей, сопряженным с биологическими и социальными негативами человеческого бытия. Что с рассматриваемых позиций изначально и определяет нацеленность правовой материи в области практических отношений не только на свободу и активность человека, но и на высокие духовные ценности и идеалы.

Нельзя не заметить, что в рассматриваемом отношении право как эффективный и целесообразный нормативный регулятор демонстрирует свою параллельную схожесть с другим носителем рациональных начал (если угодно, тоже своего рода «явлением разума»). Таким прежде всего, как материальная техника, технология, причем и здесь так, что интеллектуальные свершения выражены в строго определенных объектах. Но в праве есть и нечто такое, что определяет его уникальность (регуляция в области внешних, практических отношений) и принципиально возвышает его как явление Разума и в чем как раз через Разум воплощаются высшие духовные, гуманитарные, моральные ценности и идеалы.

В научном отношении рассмотрение права с позиции Разума позволяет выйти на уровень *математического (инструментально-математического) его понимания*. То есть таких характеристик, которые в области юридической догматики по большей части выступают в качестве своего рода «математического инстинкта», свойственного выдающимся юристам – практикам и теоретикам, а ныне, при широком подходе к праву, открывающего на уровне теории перспективу основательного и глубокого постижения правовой материи как некоего разумного алгоритма, механизма, призванного служить людям и используемого специалистами (юристами высокого класса) на строго научных, математических началах.

Насколько такая характеристика права как объективированного бытия Разума представляется существенной, может быть подтверждено рядом доводов.

Вот один из них. Необходимость разумного регулирования и разумного управления в обществе, причем такого, когда реализуются самые высокие значения Разума, во все века, при всех социальных системах, политических режимах и правителях выдвигалась в качестве неизменно высшей задачи, будто бы при данной власти реально осуществляемой. Во все века все правители неизменно изображали и рекламировали свои решения в качестве «единственно разумных». Но никогда, ни при каких социальных системах, политических режимах и правителях такая задача реально, практически не реализовалась и не могла быть реализованной по определению. Ибо какие бы ни предпринимались усилия для того, чтобы регулирование и управление в обществе возвести в ранг «разумного», они неизбежно подвержены воздействию чувственных факторов, влиянию времени, переменчивого опыта, личностных, нередко корыстных мотивов, страстей, иллюзий, мифов, догм, прямых сбоев в ходе рассуждений, избранных критериев.

В реальной, практической жизни людей, общества существует *только один институт*, который в сфере регулирования (управления) внешних, практических отношений способен – к тому же при наличии многих обязательных условий (да и то, скажем так, не до конца, не предельно) – сделать Разум соответствующим самым высоким его показателям, т.е. чистым. *Это право*.

Притом право, которое даже в качестве «чистого», оставаясь идеальным образом и не претендуя на то, чтобы реально и в полном объеме стать некой идеальной юридической системой, *тем не менее остро нуждается в практической реализации в ходе демократического и правового развития общества в виде осуществления ряда принципов, требований*. Иначе говоря, должно стать *образцом, эталоном* для практического действия. Кант говорит, что мы приходим к повергающим в отчаяние выводам, «если не допустим, что чистые принципы права имеют объективную реальность, т.е. если не допустим их осуществимость»¹.

И не это ли предрекаемое знаменитым философом отчаяние, соединенное с пониманием великой миссии права в жизни людей, ощущается в словах И.А. Покровского, сказанных им в 1918 г., уже после большевистского переворота, что критерий права «доминирует над критерием интереса и составляет такое понятие, без которого мы не можем ни мыслить, ни действовать»?² Наверное, это так, тем более

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 459.

² Из глубины: Сборник статей о русской революции. М., 1918. С. 232.

что отзвуки первых впечатлений о коммунистическом строе слышатся и в таких словах русского правоведа: «Как бы ни рисовался нам будущий желательный социальный строй, он должен быть оправдан как строй правый и справедливый; без этого он будет ощущаться всеми, даже теми, для кого он выгоден, как голое насилие»¹.

3. На подступах к пониманию тайны права. Характеристика общетеоретических проблем под углом зрения логики права, показала, что сама органика правовой материи, рассматриваемой с сугубо инструментальной стороны как система правовых средств, такова, что она *неизбежно выводит на субъективные права*. На то, что в центре механизма правового регулирования, в сердцевине сложных соотношений, сцеплений правовых средств (типов, систем, моделей) неизменно оказываются правовые возможности, связанные с собственным свободным поведением субъектов, гарантиями таких возможностей [II.9.2].

При рассмотрении этой проблемы мы ранее, в предшествующем изложении, оказались в тупике. Теория права (как на аналитическом уровне, так и на уровне инструментальном – теории правовых средств) сама по себе не дает ответа на вопрос об основаниях этой, в сущности главной особенности материи права, по сути – ее тайны, которая приобрела в этой связи чуть ли не мистический оттенок.

Но вот сейчас сам ход рассмотрения философско-правовой проблематики – теперь уже по логике науки – определил перспективу решения указанной проблемы.

Ключевой момент здесь (вслед за характеристикой права как «копилкой интеллекта») – это как раз научные представления о *чистом праве в его соотношении с Разумом* (тоже *чистым*). Именно эти представления раскрывают указанную ранее тайну правовой материи, ее органическую «устремленность» к субъективным правам (а за ними, «на втором плане», высокие духовные ценности), позволяют увидеть как раз в этой «устремленности», изначальной «заданности» исконный смысл и историческое предназначение права в жизни людей.

Источник же такой органической «устремленности» правовой материи кроется именно в том, что право (чистое право) с философской стороны – это, как можно обоснованно предположить, объективированное *бытие Разума*. Разума, атрибутом и смыслом которого в отношении каждого индивида является свобода человека, которая в юридической области неотделима от субъективных прав.

¹ Из глубины: Сборник статей о русской революции. С. 230.

Вот и получается, что *своеобразное сцепление частиц правовой материи, когда оно объективно, как бы само собой выстраивается в направлении субъективных прав* (ее, казалось бы, неведь откуда взявшаяся собственная логика), а на «втором плане» вообще встают высокие духовные, гуманитарные ценности, — не нечто хаотически случайное и не некое мистическое «предначертание», а *вполне понятное, вполне объяснимое проявление высоких требований Разума*.

И здесь, с рассматриваемых позиций, иной «заданности», иной «устремленности» в правовой материи, даже анализируемой с сугубо инструментальной стороны, вообще, надо полагать, быть не может. *Правовая материя только так — с «настроенностью» на субъективные права — возникла и только так может существовать в человеческом сообществе*. Именно *для э т о г о (во имя этого)* оно, право, и появилось на свет. Причем — как это ни парадоксально — независимо от практического использования правовой материи. Давая о себе знать в самых прозаических переплетениях практической жизни. Даже при таком использовании правовых форм, когда в них на первое место выдвигаются юридические обязанности, меры ответственности, пусть даже самые что ни на есть жесткие (хотя в этом случае и происходят немалые деформации в правовой материи).

Такая изначальная «предназначенность» права — явление не только объяснимое (даже с самых что ни на есть материалистических позиций), но и вполне закономерное, нормальное — такое, которого и не могло не быть в сообществе существ разумных — людей. Мораль появилась на свет во имя утверждения духовных ценностей и идеалов в жизни каждого человека и всего сообщества. Государственная власть — для обеспечения организованности и порядка в социальной жизни в отношении населения, проживающего на данной территории. Искусство — для воплощения и реализации духовно-эмоциональной жизни людей. И так далее. А вот право появилось на свет во имя того, чтобы утвердилось и реализовались такая система социальных отношений, в центре которой — *права*. Со всеми характеристиками и последствиями, вытекающими из предназначения этого социального явления.

§ 2. Рациональные начала права

1. О правовых идеях. А сейчас, оставаясь в теме настоящей главы, настало время спуститься с философских высот непосредственно на поприще практической юриспруденции и попытаться ответить на вопрос такого порядка. Ну хорошо, право — «бытие Разума» (если, понят-

но, справедливы, пусть и на уровне гипотезы, только что высказанные соображения). Но спрашивается, в чем же реально в плоскости тех отношений, где действует позитивное право, выражена эта действительно важнейшая характеристика права?

Прежде всего требует к себе внимания то обстоятельство, что все категории чистого права – это под известным углом зрения не что иное, как продукт Разума. И не только «всеобщий правовой закон», эта по сути дела максима в регуляции внешних, практических отношений. Указанное определение в полной мере относится к юридическим конструкциям, которые, как говорилось, представляют собой «сплав опыта и ума», и к другим юридическим формам, выражающим структуру права.

Да и нормативно-юридическое построение социального регулирования, характерное для права, без феномена Разума объяснить, пожалуй, невозможно. Юридические нормы представляют собой своего рода «модели на вечность». С их помощью оказывается возможным создать в обществе на основе опыта и разумных решений надежную, непрерывно действующую непротиворечивую систему поведенческих моделей на началах всеобщности, принципа равновесности, «равной меры». И притом так (при всех немалых издержках, связанных с возможностью произвольного использования юридического инструментария), что правовая материя остается неизменно *настроенной* на свободу людей, на их созидательную активность, творчество. Разве все это не «сам объективированный Разум» в области практической жизни? И что еще, какой другой «социальный механизм» сравним в этом отношении по степени «разумности» с правом?

И все же главное, что выражает особенности права как «бытия Разума», состоит в другом. В том, что в самой что ни на есть прозе жизни, опосредствуемой практической юриспруденцией, спонтанно, как бы само собой складывается такая правовая материя, в которой *рождаются и развиваются правовые идеи*. И именно они, правовые идеи (точнее, идеи и принципы), как уже отмечалось [II.6.4], представляют собой саму суть, стержень юридической организации правового материала, его структуры – правовых форм, конструкций, процедур.

Что характерно для правовых идей, «растворенных» («спрятанных») непосредственно в правовом материале – законах, судебных решениях, иных правовых реалиях?

Конечно, главным образом то, что правовые идеи спонтанно рождаются и оттачиваются в обыденной, приземленной прозе жизни, притом в столкновении мнений и страстей, заблуждений и откровений, коварных расчетов и благородных порывов. В итоге они становятся

оптимальным выводом из проб и ошибок, отработанными, рожденными в муках и борьбе, нередко лишь на исходе ее, выстраданными, а потому как раз тем, что несет в себе потенциал Разума в его высшем значении, — и к тому же неотделимыми от всей правовой материи.

Об этом уже говорилось при рассмотрении центрального звена в материи права, в немалой мере на материале древнеримского частного права и средневекового английского права [II.9.2]. Об этом же, с более детализированным анализом исторического материала и уточняющими характеристиками, необходимо сказать еще раз. Теперь — по рассматриваемой в данной главе группе проблем. И начать здесь, думается, лучше всего с примера.

2. От перипетий жизненной практики — к высокой правовой идее. В настоящее время в юриспруденции многих стран — и в практическом деловом обиходе, и в господствующем правовом мышлении — утвердился институт доверительной собственности. Особенно в национальных юридических системах общего, прецедентного права (Великобритании, США), где этот институт стал чуть ли не «визитной карточкой» этой правовой семьи, ее достоинств. Ныне институт доверительной собственности, так сказать, в адаптированном виде получает распространение и в романо-германском праве, в том числе на территориях, где в «окружении» общего права продолжает действовать право романского типа¹.

Самое поразительное, что может быть отмечено в отношении этого института, заключается в том, что в современном его содержании и значении он не был придуман, не был сочинен за письменным столом правоведа-профессора. Точнее, он был «придуман» в средневековой Англии, но первоначально по сугубо прагматическим мотивам, причем как своего рода юридическая уловка юристов-практиков с целью известного обхода существующих юридических порядков, а затем в ходе самой практики, с опорой на право справедливости, воплощен в весьма конструктивную, пожалуй, уникальную, уточненную правовую идею.

Дело в том, что в Англии в XII и XIII вв. вассалы, пытаясь избежать феодальных зависимостей, связанных с использованием полученного от лендлорда поместья, передавали его по договору другому лицу — доверительному собственнику (trustee). Этот доверительный собственник считался по общему праву полноправным владельцем данного поместья, а практически по договору обязывался уступить вассалу имение

¹ Речь идет о штате Луизиана, США. Любопытно вместе с тем, что, хотя Единообразный торговый кодекс США не вступил в этом штате в действие, институт доверительной собственности, являющийся одной из наиболее отличительных черт общего права, воспринят в штате, впрочем, как полагают специалисты, «в слегка измененном виде».

во владение и пожизненное пользование и — что особо существенно — после смерти вассала или по достижении его наследниками совершеннолетия обязывался распоряжаться имением строго определенным образом в интересах третьего лица, именуемого «бенефициарием».

Но тут возникли трудности. В XII—XIII вв. по общему праву не существовало типового формуляра, на основании которого было бы возможным возбудить судебное дело против недобросовестного «доверительного собственника» с целью заставить его выполнить взятые в соответствии с договором обязательства по добросовестному управлению имуществом, по определению его судьбы. И тогда, как отмечается в литературе, «на помощь лицам, передающим имения в доверительную собственность (и бенефициариям), пришел лорд-канцлер. Он рассматривал нарушения договоренностей доверительными собственниками как бессовестное и аморальное поведение, как «преступление против чистой совести». А потому и настаивал на той точке зрения, что, хотя спорное имение и принадлежит доверительному собственнику «по закону», т.е. в соответствии с нормами общего права, но, согласно праву справедливости, он в то же время обязан так распоряжаться имением, как было оговорено в договоре о доверительной собственности. И вот именно «эта основополагающая идея была постепенно подробнейшим образом разработана в судебной практике лорда-канцлера и уже после отмирания феодальных отношений стала активно использоваться в различных отраслях права. Причем значение доверительной собственности стало столь велико, что в наши дни институт доверительной собственности является наиболее характерной отличительной чертой стиля англо-американского права»¹.

Что в этом сложном процессе формирования института доверительной собственности особо примечательно? А то, что указанный институт в современном его виде и значении сложился спонтанно, в ходе судебной практики, в процессе судебной деятельности по принципу «обоснования от прецедента к прецеденту», в итоге в движении от юридической уловки к фундаментальной идее.

Причем здесь — прошу обратить на это внимание! — наряду с потребностями экономической и социальной жизни («диктатом бытия») проявилась и жесткая *юридическая логика*, о которой при характеристике правовых средств говорилось ранее. Та логика, которая во многом определяется (по предположению автора этих строк) заложенной в правовой материи органической настроенности на идеалы и ценности высшего порядка. И которая в силу этого спонтанно выводит юри-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 286.

дическую материю на *субъективные права* лиц, отсюда — и на *фундаментальные, основополагающие идеи и принципы*.

Действительно, по самой сути складывающихся правоотношений по доверительной собственности центром этих отношений стали субъективные права лиц (и лиц, передавших имущество в доверительную собственность, и бенефициариев), а эти права сообразно условиям социальной жизни «потребовали» — именно как юридические возможности — своего правового упрочения, обеспечения их надежности и юридической силы. Тогда-то в ходе самой прецедентной практики и была постепенно выработана действительно крупная *правовая идея распределения (дележа) между рядом лиц прав на имущественные блага* в области многообразных отношений собственности (вещных отношений)¹.

3. «Писанный разум». При всей важности мирового опыта (в том числе того, который касается общего, прецедентного права) магистральная линия правового развития, в ходе которого рождаются и оттачиваются правовые идеи, — это путь, идущий от римского частного права к современному праву, в основном романо-германского типа. Именно здесь со всей очевидностью подтверждается вывод о том, что юридическая материя является *поприщем* для мыслительной, разумной деятельности и что она в немалой степени может быть охарактеризована в виде ее *результата* и — это особо существенно — в качестве *носителя рациональных начал*. Причем сама по себе практика юриспруденции, опыт сугубо прагматического порядка спонтанно и с неумолимой закономерностью приводят к тому, что право как объективная реальность становится высоким, а в чем-то, быть может, и высшим объективированным выражением рациональных начал.

Исходный пункт такого магистрального (классического) правового развития — римское частное право. Вообще, то обстоятельство, что классификации, формулы, термины, выработанные две тысячи лет то-

¹ Как отмечается в современной литературе, в основе доверительной собственности «лежит до гениальности простая идея. Имущественными правами на какой-либо определенный предмет наделяется несколько лиц таким образом, что одно из них может управлять и распоряжаться им в качестве доверенного лица, в то время как другие — часто в порядке временной очередности — обладают определенным объемом прав на часть доходов от этого предмета. Эта основополагающая концепция обобщающего характера применяется в различных отраслях общего права: в семейном праве, наследственном праве, праве компаний и даже в отношении неосновательного обогащения. Словом, в англо-американском праве с помощью одного лишь этого правового института удовлетворяются потребности также правового оборота, которые, разумеется, известны праву континентальной Европы. Но удовлетворяются они с помощью гораздо большего числа правовых институтов, совершенно различных по своей природе» (*Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 56).

му назад в Древнем Риме (и в не меньшей мере характерный для римского общества «дух права» — а это главное!), сохранились и имеют существенное значение в правовой жизни современного общества, — факт поразительный. По сути дела, перед нами живой, первозданный элемент культуры античности, перешагнувший через тысячелетия, и именно в таком виде — в виде своего рода «кусочка» Древнего мира (не единственный ли это случай в мировой культуре?) действует в наши дни. Чем все это можно объяснить?

И вот здесь необходимо сделать ударение как раз на том, что правовые ценности римского частного права — это в основном ценности выработанных в то время *правовых идей*. Появление же на свет этих идей связано с двоякого рода обстоятельствами.

Прежде всего — со свободой духа, мысли и интеллекта, проявившейся в Древнем Риме вслед за Древней Грецией во многих сферах духовной жизни. Во многих, но главным образом все же в области юриспруденции, ставшей источником ряда других направлений развития науки, гуманитарной творческой мысли (в частности, риторики, литературной речи, словесности). Решающую роль наряду с особенностью позитивного права, с необходимостью тщательной отработки его письменной формы сыграли здесь высокий престиж и высокое социальное положение римских правоведов, в особенности в «золотой век» римской юриспруденции (II—III вв. н.э.), когда открылись широкие возможности во имя почета, престижа — *jus honoris* — проявить по вопросам права силу утонченного и оригинального ума. Этим и отличались знаменитые древнеримские правоведы, такие в первую очередь, как Гай, Папиниан, Ульпиан, Павел, Модестин.

Главное же, что определило значение идей, характерных для римского частного права, заключается в том, что они не плод свободного сочинительства, не результат произвольных умствований и коллективных усилий законотворцев и правоведов-классиков, а выводы из судебной практики, судебных прецедентов, вычлененные из них реальные правовые категории.

Основное содержание многочисленных сочинений древнеримских юристов (по свидетельству историков, многие юристы Древнего Рима оставили по несколько сотен «книг», равных по современным стандартам 30—40 томам) состояло в «мастерском решении разнообразных случаев жизни» и в этой связи — «в анализе правовых норм и в определении юридической природы конкретных правоотношений»¹. А это озна-

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 206, 207.

чает (внимание!), что положения классической юриспруденции Рима по своей основе и сути представляют собой начала и принципы, которые *уже содержались в самой материи римского частного права, его конструкциях, видах правоотношений*. И стало быть, перед нами теоретическое выражение таких правовых реалий, в которых уже заложена исконная юридическая логика, а эта логика неизбежно «выходит» на субъективные права, их гарантии, их судебное обеспечение, значит, на юридически обеспеченную свободу субъектов, на исключение из практической жизни произвола, насилия¹.

Словом, теоретические положения знаменитых римских правоведов вовсе не их свободное творчество, не их всего лишь искусное сочинительство (и тем более не проявление, как полагают отдельные авторы, новой арабской культуры), а в научном отношении адекватное формулирование в сжатых формулах того, что *уже реально было в практической юриспруденции*, — реально сложившихся юридических конструкций, фактической разделенности правоотношений на различные структурные части, их юридического своеобразия (юридической природы).

В то же время положения классической римской юриспруденции и опирающиеся на них последующие разработки в свою очередь *обратно* влияют на фактически существующие юридические отношения, на их совершенство. В особенности это касается структуры права, системы складывающихся норм и правоотношений. Тем более если видеть характерные черты этой системы под историческим углом зрения, с позиций той научной систематики, которая была дана и в учебнике Гая, и, в особенности, — уже в более позднее время — в Дигестах, содержащихся в кодификации Юстиниана, а в Новое время — в современных кодификациях гражданского законодательства.

Ведь само существо *пандектистики* — пандектной системы (в отличие от системы институционной, ограничивающейся простой класси-

¹ Вот почему мне еще раз (после краткой ремарки в книге «Философия права», с. 39) представляется важным сказать о несправедливости высказанного в философской литературе мнения о том, что римское право представляет собой всего лишь «протоправовой» феномен; «прото» — по той причине, что в праве Древнего Рима не было еще такого определения права собственности, которое сопрягалось бы с «естественными правами», и значит, с неотъемлемыми правами человека (Право. Свобода. Демократия: Материалы круглого стола // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 7). Именно в римском праве со значительным опережением объективных исторических процессов получила развитие и утвердилась *исконная юридическая материя*, в которой заложена тенденция развертывания в ней указанных гуманистических ценностей. Тем более в римском праве — и опять-таки уже на уровне юридических категорий достойное место заняло и естественное право (*jus naturale*).

фикацией основных юридических институтов по главным практически значимым рубрикам – «лица», «вещи», «иски») состоит в *обобщении их весьма высокого порядка*, которые утверждаются спонтанно, в судебной практике или вырабатываются на уровне науки, а затем «переносятся» в живую юридическую материю. Причем представляется важным еще раз обратить внимание на то, что с рассматриваемой точки зрения пандектистика вовсе не сводится к одному лишь выделению во всей системе гражданско-правовых норм «общей части» (как это подчас трактуется в литературе по гражданскому праву), а характеризуется наличием и в научных построениях, и в самой материи права известных «обобщенных конструкций». Таких, как, например, конструкция «обязательство», отразившая как нечто единое то общее, что характерно и для договорных, и для внедоговорных правоотношений. И это – следует добавить – ориентирует сообразно «логике и духу пандектики» к новым обобщениям высокого уровня, которые приводят в итоге к формированию «общей части» и в обязательственном праве, и в праве собственности, в других подразделениях.

Таким образом, своеобразие и сила правовых идей, выросших на основе римской юриспруденции, заключается в том, что это *идеи, существующие в плоти самой материи объективного права* (либо складывающиеся в ней спонтанно, преимущественно в виде прецедентов, либо переносимые в нее наукой, в свою очередь также отражающей те или иные реалии самого юридического бытия).

Словом, что ни говори, утвердившаяся многие столетия тому назад оценка римского частного права как «писаного разума» – вовсе не образная гипербола, а схваченная знатоками юриспруденции важнейшая сущностная черта этой древнейшей юридической системы. И не только со стороны ее интеллектуального содержания, но и со стороны материи права.

4. Правовые идеи в истории права. Судьба правовых идей, источником которых стало римское частное право, драматична.

После «открытия» в средневековых университетах Европы в начале второго тысячелетия христианской эры казалось бы уже ушедшего в небытие римского частного права и проработки его конструкций и идей глоссаторами и постглоссаторами, возникшее в этой связи «право университетов» предстало по своим внешним характеристикам в виде некоего собрания научных абстракций по юриспруденции, оторванного от потребностей судебной практики, реальной деловой жизни.

И вот в средневековой Европе, особенно в германских землях, сложилась и к XVI–XVII вв. утвердилась в качестве господствующей юрис-

пруденция, опирающаяся на идеи римского права. И эта юриспруденция, выдвигающая на первый план юридические конструкции и содержащиеся в них правовые идеи, стала восприниматься как «арифметика понятий», ориентированная на теоретизирующих и далеких от мирских забот университетских профессоров.

Юриспруденция в этой связи обрела дурную славу дисциплины низшего сорта, заскорузлой догмы права, пандектистики, оторванной от реальной жизни и практики, — поприща рафинированной, схоластической, бессодержательной игры ума. Как отмечается в современной литературе, «римское право появилось на «сцене средневековья» как «профессорское право», вновь «открытое» профессорами североитальянских университетов. Позднее уже другие профессора стали шлифовать его и развивать далее на основе принципов гуманизма и с помощью методов схоластики. И наконец, опять же только профессора преподавали римское право... Поэтому после рецепции римского права оно приобрело академически-теоретический, а не судебно-практический характер, как в Англии»¹.

Эта дурная слава в какой-то мере перенеслась и на замечательное кодификационное свершение XIX в. — Германское гражданское уложение, которое до сей поры нередко оценивается как «дитя немецкого пандектного права и его глубокомысленной... учености»². Для ГГУ, по мнению многих людей, характерен к тому же топорный канцелярский стиль, чрезвычайно сложное построение фраз, прямо-таки готическая громоздкость изложения.

Но если это верно (или хотя бы именно такова доминирующая характеристика ГГУ), то, спрашивается, откуда и почему в отношении этого же кодификационного документа отмечаются оценки и факты совсем иного рода? И не только характерные для Уложения точность, ясность и исчерпывающая полнота при регулировании отношений собственности и обязательств, но и вообще отмеченные рядом специалистов его превосходные интеллектуальные достоинства, вплоть до того, что это, по словам одного из видных правоведов, — «лучший в мире кодекс» и что по оценкам того же автора «...никогда еще до сих пор в законодательный акт не было вложено столько первоклассной интеллектуальной мощи»³.

Более того, в юридической литературе в отношении ГГУ отмечается, что «трудно отыскать феномен, подобный созданному немецкими пандектистами «общему учению» и разработанной на его основе

¹ Цвайгерт К., Кётиц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 384.

² Там же. С. 222.

³ Там же. С. 228.

Общей части ГГУ, который нашел бы столь горячий отклик за границей»¹. И действительно, правовые идеи, содержащиеся в ГГУ, сыграли существенную роль для правовых доктрин, законодательства и судебной практики Италии, Австрии, Швейцарии, государств скандинавского региона, ряда других стран, в том числе стран Южной Америки.

И быть может, самый примечательный факт: как свидетельствуют исторические данные, теоретический потенциал ГГУ оказал значительное «упорядочивающее» влияние на представления, восприятие и, пожалуй, на само состояние исторически первого звена европейских кодификаций – гражданское право Франции (благодаря разработкам французских правоведов об «общем обязательственном праве» во Французском кодексе и теории волеизъявления) и – что совсем поразительно – на юридическую материю из другой «системы координат» – английское общее, прецедентное право. Благодаря разработкам Джона Остина, основанным на общетеоретических идеях, утвердившихся на Европейском континенте в связи с пандектистикой, и английское право стало восприниматься как целостная, упорядоченная нормативная система².

А теперь – главное. Спрашивается: в чем же кроется могущество правовых идей, выраженных в кодифицированном германском законодательстве? В том ли только, что одной из существенных черт немецкой культуры XVIII–XIX вв. стала основательность философских, общетеоретических разработок, глубина абстрактной мысли? Нет, не только, и в области юриспруденции, пожалуй, даже не столько.

Сила правовых идей, раскрывшихся в германском гражданском законодательстве, заключается прежде всего и главным образом в том, что *они, базируясь на уникальных достижениях римско-правовой мысли, выражают в системе обобщений высокого уровня удивительное своеобразие «самой» правовой материи, ее специфическую логику, только ей присущие свойства*. А отсюда – и глубокое историческое предназначение права вообще, его органическую настроенность на идеалы и ценности высокого общечеловеческого порядка.

5. «Онаученное» право. С учетом роли идей в истории права есть, надо полагать, весьма серьезные основания для того, чтобы придавать процессу «онаучивания» права, происходившему в Европе в XVIII–XIX вв., не негативный оттенок, как это заметно в суждениях ряда специалистов в области сравнительного правоведения последнего времени, а значение в высшей степени положительного явления крупномасштабного порядка.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 227.

² По словам Д. Остина, английский юрист, уезжая на континент «покидает империю хаоса и тьмы и прибывает в мир, кажущийся ему страной порядка и света».

В этой связи — еще ряд штрихов о ярком (и по-настоящему выдающемся) примере достоинств и сопровождающих их недостатков закона, выраженных в «онаучивании» права, о ГГУ, пришедшем на смену ранее действовавшему кодифицированному акту — Прусскому всеобщему земскому праву.

По мнению немалого числа видных правоведов, ГГУ в противовес возвышенности французского ГК, ясности и здравому смыслу австрийского ГК, наглядности и жизненности швейцарского законодательства, отличается тем, что в нем как бы воплотилась, реализовалась через закон *сама наука*. В литературе отмечается: «С точки зрения языка и юридической техники, структуры и понятийного аппарата ГГУ, учитывая все вытекающие отсюда преимущества и недостатки, — дитя немецкого пандектного права и его глубокомысленной, точной и абстрактной учености». Этот кодекс гражданского права «обращен не к гражданам, а к экспертам права. Он труден для восприятия и понимания, лишен просветительского воздействия на читателя, поскольку в нем отсутствует наглядность и конкретность в подходе к предмету регулирования. Наоборот, материал изложен языком абстрактных понятий, который должен казаться непрофессионалу, а часто и иностранному юристу во многом непонятным»¹.

Германское гражданское уложение подчас определяется как некий «совершенный юридический арифмометр» — законодательный документ, в котором «за высший критерий оценки берутся точность, ясность и исчерпывающая полнота норм, что, однако, достигается часто с помощью топорного канцелярского стиля, сложного построения фраз и прямо-таки готической громоздкости даже в тех случаях, когда живой и наглядный стиль был бы более уместен...»².

На мой взгляд, в приведенных суждениях и оценках, как говорится, краски сгущены, по ряду пунктов — весьма существенно. Отмеченные минусы ГГУ, связанные с восприятием и доходчивостью закона, конечно же, есть. И в этой связи можно понять, почему ГГУ как таковое, в своем, так сказать, натуральном виде, в отличие, например, от ГКФ, не был рецепирован другими странами (за исключением, пожалуй, России — в проекте российского уложения, ГК РСФСР 1922 г., да в какой-то мере странами в «пространстве Австро-Венгрии» — в довоенных Польше, Венгрии, Югославии, Чехословакии). Но мне представляется, что все эти минусы, неизбежные при всех проявлениях действительной науки,

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 222.

² Там же. С. 222, 223.

с лихвой перекрываются тем интеллектуально высоким и в чем-то неповторимо положительным, что дало здесь, в содержании ГГУ, «онаучивание права» – его *интеллектуальной мощью*, получившей, как уже говорилось, широкое признание и распространение в мире.

6. Из прошлого – в настоящее. В подтверждение (и в какой-то мере – в развитие) только что высказанных соображений о месте и роли правовых идей и об их специфике можно привести свидетельства того, что эти идеи в своем «первозданном виде», т.е. в виде конструкций и принципов «самого» римского частного права как такового продолжают реально действовать и в настоящее время. Да, именно так, римско-правовые конструкции, принципы, выработанные более двух тысяч лет тому назад, *продолжают действовать в современных экономических и социальных условиях.*

Вот эти свидетельства.

Одно из них, ранее уже упомянутое, – использование категорий римского частного права в Индии, когда еще в обстановке колониального господства в процессе становления англо-индуистского права эти категории оказались необходимыми для адаптации к индийским условиям норм общего, прецедентного права.

Вообще, при внимательном анализе сложных процессов становления национальных юридических систем создается впечатление, что в ряде случаев римское частное право, появившееся на свет в условиях античности, проявляет свою силу и в последующие исторические эпохи, нередко выступая как некая «волшебная палочка» в решении сложных проблем правового развития.

Пример тому – Гражданский кодекс Чили. Как и в ряде других стран Южной и Центральной Америки, освобождающихся из-под колониальной зависимости, в Чили в качестве образца для построения национальной юридической системы был взят французский кодекс, как было принято считать, – «кодекс Великой революции». Но ГК Чили, ныне один из лучших гражданских кодексов (в свою очередь ставший образцом для других стран – Колумбии, Эквадора), в чем-то превзошел исходный образец, в частности, его структура оказалась более совершенной, чем структура ФГК, юридические конструкции более отработанными, причем язык в своеобразных латиноамериканских условиях отличается такой же ясностью и выразительностью. Почему же это произошло? А потому, по мнению аналитиков права, что в Кодексе благодаря искусству составителей его проекта удалось, как уже упоминалось, «сплавить воедино французские источники и традиционные институты римского

права»¹ (и плюс к тому еще — и это обстоятельство из того же ряда — использовать достижения германской пандектистики, выраженной в Общей части ГГУ).

Наиболее же впечатляющее свидетельство регулятивного потенциала и интеллектуальной силы римского частного права, проявляющейся и в современных условиях, — это его фактическое многостороннее действие в Южно-Африканской Республике (единственный, по всем данным, пример в нынешнюю эпоху).

Характеризуя это действие, придется сначала заглянуть в одну не очень-то известную страницу истории, заслуживающую внимания теоретиков права, — в феномен старонидерландского права, который и сам по себе представляет значительный научный интерес.

Дело в том, что в Голландии, наиболее влиятельной провинции Нидерландов (страны, которая и в современных условиях может гордиться высокой юридической культурой, а также одним из лучших в мире гражданским кодексом), в Средние века сложилась весьма своеобразная юридическая система. Наряду со староголландским обычным правом и в сочетании с ним там действовало римское право, притом в том виде, какой ему придали глоссаторы и комментаторы, и прежде всего знаменитые голландские правоведы, мыслители (Гуго Гроций, Арнольд Винний, Иоганн Вёт и др.). И здесь уместно взять на заметку то обстоятельство, что именно римское право, его потенциал оказались достойным поприщем интеллектуальной деятельности крупных мыслителей — таких как Гуго Гроций, и то не менее важное обстоятельство, что обогащенное интеллектуальным «вливанием» крупных мыслителей это римско-голландское право вполне отвечало требованиям нового времени, на тысячелетие ушедшего вперед от эпохи Древнего Рима.

И вот случилось так, что на землю организованного голландскими колонизаторами в 1652 г. и быстро разросшегося поселения на мысе Доброй Надежды вместе с переселенцами пришло и римско-голландское право метрополии. Более того, это своеобразная юридическая система сохранилась — примечательный и поразительный факт! — и после того, как территория голландской колонии перешла к англичанам, которые стали утверждать в Южной Африке, и отчасти с успехом, систему своего общего, прецедентного права (и когда, надо добавить, и в самих Нидерландах на место староголландского права пришло кодифицированное законодательство, ориентированное на французский образец). И вот самое существенное. Римско-голландское право сохранилось

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 176.

и после того, как в начале XIX в. британская колония и бывшие бурские республики объединились в Южно-Африканский Союз. И хотя в новом государственном образовании действуют известные принципы и ряд институтов общего, прецедентного права – и такой «симбиоз» явление также знаменательное, – на первый план в правовой жизни ЮАР, и в деятельности южноафриканских университетов, и в практической юриспруденции выступают «живые» (или, точнее, «ожившие» в своей первоизданности) конструкции и принципы римского частного права¹.

В особенности в сфере отношений собственности, вещных прав, возникающих в связи с ними проблем. Здесь, при определенном влиянии общего права, реально действующее («живое») право «сохранило понятийную основу римского права, и часто при решении отдельных вопросов используются с большой эффективностью и к месту дигесты и тексты старых голландских юристов»².

С этой точки зрения весьма примечательно – как свидетельствуют имеющиеся в литературе данные, – что южноафриканские судьи и адвокаты в своих аргументах по соответствующим делам постоянно оперируют такими понятиями римского права собственности, как завладение (*occupatio*), приращение (*accessio*), приращение во владении путем обработки и придания вещи нового вида (*specificatio*), передача вещи (*traditio*), приобретение владения через представителя (*constitutum possessorium*).

И вот, быть может, самое поразительное, что характеризует римское частное право как «живое». Это то, что очень модный в нынешнее время и действительно юридически богатый институт доверительной собственности, сложившийся в англо-американском праве и все более используемый на Европейском континенте, так и не был воспри-

¹ В современной литературе отмечается, что с обретением ЮАР независимости «прослеживается четкая тенденция повышенного внимания южноафриканских судов к текстам старых голландских юристов и (внимание! – С.А.) к правовым нормам, для которых они послужили источником. Эти тексты тщательно обрабатывались и применялись к современным условиям». И если, продолжают авторы, в ряде правовых сфер – административном, торговом праве, сохранилось влияние общего, прецедентного права, в том числе – принцип связанности прецедентом, то в семейном, наследственном и вещном праве «решающая роль римского права в формулировании доктринальных взглядов неоспорима. Примером этого может служить понятие единства собственности, которое отличают от понятия ограниченных вещных прав и от понятия владения. Столь резкое разграничение этих понятий неизвестно общему праву. Дается также четкое разграничение между сделками, направленными на создание права собственности, и сделками, связанными с его передачей, для признания действительности которых требуется наряду с передачей (или квазипередачей) этого права еще и обоюдное согласие сторон» (Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 351).

² Там же. С. 352.

нят в Южной Африке. Вместо этого институту судам удастся решать соответствующие проблемы во многом с помощью понятий римского права. Так, как будто бы уже вошедшая в жизнь западных стран конструкция доверительной собственности по завещанию конструируется по образу фидеикомисса, фигура доверительной собственности по устному поручению (*inter vivos*) — как вербальный договор в пользу третьего лица (*stipulatio alteri*), доверительная собственность, учреждаемая в общественно-благотворительных целях, — как дарение на благотворительные нужды (*donatio ad pias causas*).

Так что — как отмечается в литературе — следует признать «удивительным... тот факт, что в решениях южноафриканских судов преэминентность римского права в его эволюционном развитии — от классических римских юристов через Юстиниана, глоссаторов, Вёта и Винния до современности — прослеживается гораздо явственнее, чем в наши дни на Европейском континенте, где эта преэминентность благодаря посреднической миссии гражданских кодексов если и не прервана, то в значительной мере исчезла из сознания юристов»¹.

7. Рациональные начала права и особенности правовой материи. С учетом юридической сути приведенных исторических данных можно сделать по крайней мере два вывода обобщающего характера об особенностях материи права.

Первый вывод касается особенностей правовых идей в области юриспруденции. Специалисты-правоведы, осваивающие особенности общего, прецедентного права, вполне обоснованно утверждают, что «нормы» и «общие понятия», характерные для юридических систем этого типа, совершенно иные, нежели «просто теоретические абстракции». Ибо они, базируясь непосредственно на судебных прецедентах, «предметны», в них ощущается биение «живой жизни» права.

Но ведь точно так же особенности характерны правовым идеям (поскольку они не искажены «абстрактными спекулятивными излишествами»), основанными на культуре римского частного права! Разница лишь в том, что правовые идеи, утвердившиеся в гражданском законодательстве европейского континента, продолжая интеллектуальные достижения культуры римского частного права, опираются на нормативные обобщения более высокого уровня.

Другой вывод таков. Допустимо на довольно высоком уровне научного абстрагирования сказать, что два основных начала лежат в основе права — опыт и разум. *Опыт* решения жизненных ситуаций, которые

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 352.

по самой сути нуждаются в том, чтобы на твердой, строго фиксированной, гарантированной основе были определены права (реализуемые и защищаемые). *Разум*, который в разных своих проявлениях включается для обеспечения такого рода решения на рациональной основе и в оптимальном варианте.

Здесь обнаруживается важнейшая особенность позитивного права, которая далеко не всегда принимается в расчет. В материи права по мере ее развития и своеобразия тех или иных юридических систем вырисовываются два главных слоя.

П е р в ы й – *непосредственно регулятивный*, прагматический, когда на основе практики, опыта, обычаев преимущественно с помощью прецедентов и закона вырабатываются оптимальные средства решения юридически значимых ситуаций, соответствующие юридические конструкции, структурные построения с тенденцией упорядочения, типизации, обобщений, и отсюда – возведение указанных элементов юридической материи в нормы, нередко приобретающие ранг или имя «законов».

В т о р о й слой, условно говоря, *юридико-интеллектуальный*, когда непосредственно в сети юридических средств, юридических конструкций, структурных построений дают о себе знать *правовые идеи*. Они, эти правовые идеи, также образуют в юридически развитой системе права существенный элемент ее содержания, неотъемлемую часть самой объективированной правовой материи. По большей части они, в отличие от конкретизированных юридических норм, воспринимаются в качестве *принципов* или *начал права*.

Конечно, моменты творчества, интеллекта, проявляющиеся через судебную деятельность и законы, не сводятся только к непосредственно регулятивной, прагматической, сугубо юридической стороне дела, когда непосредственно в правовой материи спонтанно, как бы исподволь формируются, выкристаллизовываются правовые идеи. Надо видеть и то, что указанный выше «второй», юридико-интеллектуальный слой правовой материи может не только «скрываться» в регулятивной прагматике позитивного права, в толще юридических средств, конструкций, структурных построений, вырастая или кристаллизуясь «внутри» их в процессе правового развития. Эти юридико-интеллектуальные компоненты позитивного права могут, кроме того, и прямо формулироваться законодателем и таким путем через законы включаться в ткань позитивного права (либо в виде положений обобщающего характера, отражающих уже наличествующие в правовой ткани принципы, либо в виде принципов-идей, которые формулируются законодателем и вводятся законом в составе целостного комплекса взаи-

моувязанных между собой юридических норм и принципов). И в этом случае искусный законодатель может усилить, обогатить юридико-интеллектуальное содержание права.

И все же не эти «интеллектуальные усиления» (при всем их значении) должны привлечь внимание науки. И уж, конечно же, не те порой содержащиеся в текстах законов положения, которые представляют собой всего лишь формулирование неких идейных или сугубо политических позиций, попытки утвердить в общественной жизни через закон те или иные идейные и политические ценности, идеалы; подобные положения вообще могут быть оценены как излишние или даже просто чуждые для юридической материи наслоения.

Главное все же — это сама правовая материя и то, что в ней в процессе «естественного», спонтанного развития формируются («вырастают», кристаллизуются) правовые идеи, принципы и начала, выражающие рациональные начала в праве, его своеобразии как объективированного бытия разума. Причем такие идеи, принципы, которые имеют для права, его развития и судьбы основополагающее значение.

Вот *три* основания, обосновывающие, на мой взгляд, изложенный в предшествующем изложении подход к праву.

В о - п е р ы х, в позитивном праве накапливается опыт разумных решений жизненных ситуаций *непосредственно в сфере многообразной практической и личностной жизни, в самой гуще практической деятельности, в ситуации конфликтов* — всего того, что представляет *живую практику человеческих отношений*. Такую практику, которая охватывает самые существенные и важные области жизни человеческого сообщества, каждого человека — отношения собственности, власти, положения личности и т.д., и все это по большей части — в конфликтных ситуациях, столкновениях интересов, страстей, противоборства «добра» и «зла». Притом здесь, в позитивном праве, отсекается, как правило, не принимается в расчет то, что может быть названо «эмоциональными» и «художественными» проявлениями и формами в практике человеческих отношений. Изначально в центре права — разумная регуляция прозы жизни, реалий нашего бытия, предстающих в неприкрытом, порой обнаженном, грубом виде, и плюс к тому — в тех сторонах и гранях, которые охватывают весь комплекс данных отношений, требующих именно юридического регулирования (чему и служит изначальная в праве категория «жизненная ситуация»).

В о - т о р ы х, в позитивном праве в конечном итоге концентрируется (после долгой, многотрудной законоподготовительной работы, совершенствования законов, кодификации, выработки прецедентов,

«обоснования от прецедента к прецеденту», вхождения в жизнь правовых традиций и т.д.) *оптимальный опыт, тщательно отработанные типовые решения жизненных ситуаций*. Вполне обоснованно поэтому формулировки, классификации, конструкции позитивного права нередко приобретают характер совершенных, нередко законченных логических построений, точно и строго соответствующих законам формальной логики. Чем еще в условиях античности во многом и прославилось римское частное право.

В - т р е т ь и х (и это хотелось бы выделить особо), в позитивном праве вот этот оптимальный опыт, охватывающий практическую жизнь людей, не только выражен в определенных, зачастую в математически точных конструкциях, но и – главное! – *объективирован, воплощен в реальной «материи», в жестком организме* и в таком объективированном («материализованном») виде *увековечен* – обстоятельство, которое в заключении этой главы будет рассмотрено особо. И, стало быть, выступает перед нами как уже *состоявшиеся свершения Разума*, оставленное на века интеллектуальное достижение предшествующих поколений.

При этом надо добавить – перед нами оказывается такое объективированное явление Разума, которое реально живет «своей жизнью». И в высшей степени существенно (здесь мы вновь возвращаемся к вопросам тайны права): собственная «жизнь» позитивного права спонтанно, в ходе естественного правового развития *«выводит» на высокие ценности и идеалы цивилизации*. Последние как бы (а быть может, и не «как бы») приурочены к высоким стадиям развития человечества, к реализации и обеспечению *свободы* человека, его особой для каждого человека *индивидуальности*, а также к реализации тоже глобальной для человечества задачи – *исключению из жизни людей произвола, насилия*.

8. Предположение. И в заключение характеристики рациональных начал в праве – замечание, явно выбивающееся из числа строго научных, высказываемое автором этих строк в порядке не очень-то очевидной гипотезы или, скорее, некоторых весьма вольных раздумий.

Суть этого замечания – вот в чем. Интеллектуальные ценности римского частного права (по справедливости, смею вновь заметить, уже давно названного «писаным разумом») нашли выражение, как уже отмечалось ранее, в *пандектистике* – своде идей и принципов, сокрытых в объективированных конструкциях, формулах, институционных построениях формально-определенных норм, их подразделенности на виды и классы. А эта пандектистика нашла свою обитель прежде всего в Германии, в науке и в законодательстве, в ГГУ, – на территории и в среде, которые в современную эпоху стали поприщем

углубленной философской мысли, классической философии – высшего проявления разума (так ярко раскрывшегося в творчестве ряда великих мыслителей – от И. Канта до О. Шпенглера). Тут все, на мой взгляд, закономерно.

А теперь – факт поистине парадоксальный. В Японии – стране, в которой глубоко утвердилась юридическая система, основанная на конфуцианстве, и во многих отношениях чуждая, порой прямо противоположная праву Запада с его древнеримскими, формалистическими императивами, казалось бы, внезапно прорвался интерес именно к пандектистике. В литературе по сравнительному праву отмечается, что, хотя в Японии еще до Второй мировой войны были приняты некоторые юридические документы и утверждались судебные процедуры по западному образцу, «писаное право и судебные процедуры оставались мертвой буквой», и тем не менее японская правовая наука вплоть до Второй мировой войны настойчиво посвящала себя бескорыстным изысканиям в области пандектистики¹.

Нечто подобное может быть зафиксировано и на российской земле. В условиях советского тоталитарного строя при всеобъемлющем господстве коммунистического права, в самый разгар тотального сталинского террора в юридической науке получили небывалое развитие позитивистские правовые исследования. И в первую очередь разработки цивилистов (тоже бескорыстные и даже находящиеся под жестким, нередко безжалостным прессом официальных марксистско-ленинских догм и их ревностных носителей) как раз по пандектистике, нацеленные к тому же преимущественно на обобщающие гражданско-правовые категории (обязательства, сделки и т.д.).

Наконец, то поистине поразительное только что отмеченное явление – действие в Южной Африке римского частного права как во многом «живой» правовой материи...

Отсюда – предположение-догадка, не претендующая даже на строго научную гипотезу. *Нет ли некоей глубокой вселенской предосновы в том, что пандектистика «прорывается» через нашу суетную жизнь и «вспыхивает» то там, то здесь, но, по большому счету, кажется, все же там, где происходят или намечаются «прорывы Разума» в жизни людей?*

Ведь Германия, Япония, ЮАР, Россия при всей разноплановости и разноликости происшедших и происходящих в каждой из этих стран событий (порой, увы, далеко отбрасывающих общество от магистрального цивилизационного развития) тем не менее отмечены вспышками

¹ См.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 443.

нестандартных, поражающих воображение интеллектуальных свершений. В том числе и по вопросам права.

§ 3. Правоведение в структуре права

1. Правоведение как юридическая реальность. Своеобразие правовых идей дает основание для того, чтобы с новых позиций подойти к определению места и назначения юридической науки и правоведов в правовой и социальной жизни общества, да и некоторых граней самого понимания права.

Коль скоро правовые идеи в истинном своем значении (а не просто общефилософские или, хуже того, спекулятивные, умозрительные суждения и фантазии гуманистичеев «по поводу» права) существуют непосредственно в материи этого социального образования и являются одним из выражений его специфики и черт, то и наука, концентрирующая такого рода идеи, — юридическая наука находится в тесном взаимодействии (и даже — внимание! — во *взаимопроникновении*) с позитивным правом, с самим его «телом», с правовой материей.

Это взаимодействие и — что особо существенно — взаимопроникновение (как показывают данные, относящиеся к различным юридическим системам) выражается не только в том, что определенные научные положения порой прямо воспринимаются законодательством, юридической практикой¹, но и в том, что научные разработки и положения, при всем их принципиальном отличии от права как объективной реальности способны *как бы представить* эту реальность.

Причем такое «представительство» материи права может быть настолько значительным, что в реальной действительности и в историче-

¹ Впечатляющий пример конструктивного «вторжения» правоведческой мысли непосредственно в материю права дала американская юриспруденция. Как это ни парадоксально, в судебной практике США, несмотря на, казалось бы, глубокие предпосылки на этот счет в американской Конституции, долгое время, вплоть до конца XIX в., не признавалась в качестве общего принципа норма о неприкосновенности частной жизни (судебная защита по данной категории дел осуществлялась по сугубо конкретизированным основаниям, связанным главным образом с фактами оскорбления репутации или чести). И вот коренной перелом в этой области произошел только после опубликования в 1890 г. журнальной статьи бостонского адвоката Уоррена в соавторстве с будущим членом Верховного суда США Брандейсом, в которой обосновывалась мысль о том, что в состоявшихся ранее решениях судов по делам о диффамации, договорных нарушениях и иных делах, по существу, уже содержится признание права на неприкосновенность частной жизни (*right of privacy*) индивида. И такого рода норма после известных колебаний в судебной практике получила по сути дела общее признание (см.: *Цвайгерт К., Кёти Х.* Указ. соч. Т. 2. С. 503).

ских оценках та или иная национальная юридическая система во многом *предстает в том виде, в каком она «выглядит» в разработках и суждениях правоведов*. И это не иллюзорная (во всяком случае — не только и по большей части, пожалуй, даже не столько иллюзорная, подчас идеологизированная) видимость существующих юридических реалий, а *одна из форм их внешнего выражения*, от которой в немалой мере зависит действие права, его применение, судебная практика. Здесь, надо полагать, научная мысль раскрывает и представляет те не очень-то наглядно, не очень-то зримо выраженные черты и особенности правовой материи, которые без соответствующих правовых идей так бы и оставались «спрятанными» в ее глубинах.

Первая же в истории развитая юриспруденция, которая к тому же приобрела наднациональное значение, — юриспруденция Древнего Рима — «представила» действующее римское право не в его сугубо реалистическом виде необозримого конгломерата бесчисленных прецедентов, преторских эдиктов, разрозненных законодательных установлений (хотя нередко именуемых «кодексами», «конституциями»), а в том упорядоченном, логически стройном облике, какой придали ему в своих многочисленных и обширных трудах разработки римских правоведов. В особенности в «золотой век» римской юриспруденции, когда суждения ведущих римских юристов через институт *jus respondendi* приобретали непосредственно нормативное значение¹. Такой облик стройной, упорядоченной нормативной системы (хотя уже главным образом под углом зрения исторических оценок) еще в большей мере «развернулся» через кодификацию Юстиниана, раскрывшую спонтанно сложившийся строго системный характер римского частного права.

Нечто подобное произошло и с современным общим, прецедентным правом, когда в Англии разработки Блэкстона позволили преодолеть представление о действующем английском праве как о «хаосе прецедентов», а в США — во многом через официозные сборники (прежде всего через Единообразный торговый кодекс) — создать даже видимость известного кодификационного единства всей системы права.

¹ Как показал И.А. Покровский, «мало-помалу не только такие формально данные *responsa*, но и иным образом высказанные мнения (*sententiae opiniones*) юристов *cum jure respondendi* приобрели большое влияние на практику, в особенности если мнения разных юристов сходились. Вследствие этого таким мнениям приписывается также сила «как бы закона» (*legis vicem*), а самые эти юристы в глазах последующего времени представлялись подлинными «создателями права» — *conditores juris...*» (Покровский И.А. История римского права. С. 197).

И там, и здесь научная мысль, доктринальные разработки в какой-то мере проникли, «вжились» в правовую материю, придали ей в восприятии людей тот облик, который как будто бы не следовал из сугубо внешних о ней впечатлений, но который на самом деле отражал действительные системные характеристики указанных юридических систем как объективированных институционных образований.

2. Правоведы в системе юридической регуляции. Специально следует отметить те исторически своеобразные случаи в мире права, когда действие юридической системы как регулирующего фактора проявляется непосредственно *через юридическую науку, через суждения и выводы правоведов.*

Наиболее показательны в этом отношении исламское право – совокупность норм, которые следуют из божественных откровений, открытых людям Аллахом через пророка Мухаммеда. Ведь его основной источник – *Коран* – представляет собой собрание заповедей, религиозных изречений пророка Мухаммеда общего религиозного порядка. То же самое характерно и для *сунн* – второго по значимости источника исламского права. И сунны являются собранием изречений и деяний, которые мусульманская священная традиция приписывает пророку и его ученикам. То и другое, и Коран и сунны, являясь источниками права, неизменно остаются носителями божественных откровений; они не кодексы в строго юридическом значении, отличающиеся в идеале по всем нормативным положениям точностью и конкретностью юридических норм. И потому своего рода «перевод» божественных откровений, которым обязан следовать верующий, в конкретные и детализированные юридические нормы, распространяющиеся на те или иные жизненные ситуации, оказался уделом правоведов, которые – надо еще раз это отметить – призваны сообразно безусловно действующей доктрине не «создавать некое новое право», а раскрывать применительно к тем или иным жизненным ситуациям и формулировать в виде конкретных норм право, дарованное Аллахом и содержащееся в Коране и суннах.

Отсюда – «повышенное» социальное и юридическое значение правоведения и правоведов в области исламского права, их интерпретаций (далеко не всегда точно согласующихся с современным мировым уровнем правовой культуры, что и служит почвой неблагоприятных, порой жестко отрицательных оценок, особенно ныне в связи с проблемами терроризма). И отсюда же следует, что вполне оправданно здесь, в области исламского права, значение источника права, вслед за Кораном и суннами, получила *иджма* – «единое мнение всей исламской общины, неспециалистов и юристов по какому-либо вопросу

исламского учения об обязанностях правоверных»¹. Причем решающее значение в соответствующих случаях придается согласованному, единому мнению ученых; именно оно в конечном счете определяет, какое положение Корана или сунны непосредственно либо по аналогии следует применять в качестве действующего права. И вместе с тем, уже начиная с IX в., возобладало мнение, что юристам нельзя принимать самостоятельные решения по какому-либо правовому вопросу, основываясь непосредственно на Коране и сунне. Их деятельность по большей части ограничивается толкованием и разъяснением правовых книг, которые отдельными школами были признаны как авторитетные источники².

Иначе сложилась миссия юридической науки в правовой системе из иного времени и юридического ареала, но также отличающейся глубоко идеологизированным характером (по византийскому образцу) — в *системе советского права*.

Здесь главным назначением науки, в особенности ее официальных и официозных подразделений, непосредственно представляющим ортодоксальную коммунистическую доктрину (в обстановке сталинизма, сталинской тирании), стала идеология мистификации, изображение советского права в качестве «самого передового», «самого лучшего и образцового в мире и во все времена». Этому способствовали некоторые позитивные элементы и в особенности формулы, включенные в советские законы, иные нормативные акты (такие, как записи о «воле трудящихся», на которых будто бы строятся законы), ряд нормативных установлений социального порядка, также рекламируемых в качестве таких, которые «служат трудящемуся народу» (тем более с учетом того, что советское социальное законодательство действительно имело известные достижения, неведомые другим странам). Увы, восхваление такого рода записей и установлений служило не столько отражением некоторых позитивных элементов, сколько декоративным прикрытием реального репрессивного коммунистического режима, который строился на насилии, догмах и практике диктатуры проле-

¹ А в этой связи существенное значение приобрел принцип суждения по аналогии *кьяс*, «то есть, — как разъясняется в литературе, — применение соответствующих норм, сформулированных в Коране, сунне или *иджме*, к новым аналогичным случаям». Более позднее и более гибкое понимание этого принципа таково: «В качестве нормы права стали признавать единое мнение, достигнутое в определенный период времени учеными всех школ или даже какой-либо отдельной школы. Этот принцип имеет в историческом плане что-то общее с древнеримским *communis opinio prudentium* (единое мнение ученых-специалистов)» (*Цвайгерт К., Кёнтц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 453).

² Там же. С. 453—454.

тариата, революционного правосознания, по сути дела философски модернизированных постулатах «византийства».

Но тут могут быть отмечены и явления парадоксального характера.

Советская юридическая система (правда, в тех областях, которые не относятся к самому коммунистическому строю, его институтам, его силовому стержню) порой становилась заложником проповедуемых в общественной науке благообразных идей. В ряде случаев при решении трудовых дел, дел по социальному обеспечению и даже уголовных (не политических) дел при решении подобных же процессуальных вопросов учреждения советской юстиции стремились продемонстрировать строгость и последовательность «социалистических завоеваний трудящихся» и решали юридические дела с опорой на упомянутые записи и установления в интересах граждан, защиты их прав.

3. Практикующие юристы. Наиболее яркий, выразительный феномен, демонстрирующий влияние юридической науки на мир права, проявился в тех вариантах исторического государственного и правового развития, когда в области юриспруденции решающее значение приобретали практикующие юристы, образующие влиятельные слои общества, особые сословия.

Именно с такими направлениями государственного и правового развития, вызвавшего формирование влиятельного сословия правоведов-практиков, во многом связано само «появление на свет» общего, прецедентного права. Прежде всего в том его классическом, «чистом» виде, как это произошло в Англии (а затем в США, в других странах англо-американской группы). Появление в Англии в XII–XIII вв. королевской юстиции с общей императивной юрисдикцией, осуществляемой профессиональными судьями, как раз и положило начало тому процессу, который в последующие столетия привел к утверждению в жизни общества мощной юридической системы, имеющей по отношению к местным обычаям единый, унифицированный характер (что и обусловило само наименование действующего права как «общего»).

Нередко при освещении своеобразия общего, прецедентного права подспудно проскальзывает мысль, что здесь, в отличие от права континентальной Европы (в особенности германского права), юридическая наука осталась в стороне от общего мирового правового развития. Да, английская юридическая система не испытала того прямого влияния, которое на континенте оказали на развитие позитивного права, в особенности на кодификационные процессы Франции, Австрии, Германии, Швейцарии, других стран, философия просветителей, теория естественного права, пандектистика.

Но в Англии произошло явление не менее значительное. Еще в средневековую эпоху в ней в связи с формулярным процессом — как тысячелетие ранее в Древнем Риме — начало складываться и развиваться, так сказать, *первородное* юридическое мышление, выраженное в ориентировке на строгие юридические конструкции, соответствующие правовые идеи и концентрируемое в устойчивых представлениях сословия юристов. Оно, это своеобразное юридическое мышление, не получило такого же, как в культуре римского права, «теоретизированного выражения» в логических суждениях юристов-классиков «золотого века» римской юриспруденции, кодификации типа юстинианской, а затем уже в Средневековье в разработках глоссаторов, в пандектистике.

Но здесь, на английской земле, в самом ходе правового развития произошло не менее значимое явление. Здесь оказались как бы кристаллизованными, заложенными в саму органику правовой жизни первородные основы истинного правоправедения, которое в силу самой по себе юридической логики неизбежно выводит на фундаментальные юридические идеалы и ценности. И надо видеть, что это тоже юридическая наука, притом в самом строгом ее значении, что впоследствии оказало столь внушительное позитивное влияние на демократическое развитие Великобритании, других стран.

Нужно дополнительно к сказанному отметить еще и то, что английская юридическая культура, в особенности в ходе начавшихся в XVI—XVII вв. известных демократических преобразований, находилась все же не только в общем потоке мирового правового развития, но и в поле общего европейского просветительского движения, взаимодействия и взаимовлияния с развитием правоправедения на Европейском континенте. А это обуславливает принципиальную идентичность результатов правового развития и в немалой степени, на мой взгляд, коренится в единстве исторических греко-римских корней континентального права и аналогичных процессов становления права в Англии — всего того, что образует современную западноевропейскую правовую культуру.

4. Правоведы в системе общего, прецедентного права США. Особенности развития общего, прецедентного права в США, так же как и в Англии, во многом связаны с сословием юристов, с тем типом юридического мышления и правопонимания, которые сопряжены с деятельностью юристов-практиков. И здесь, по словам Макса Вебера, наблюдается та закономерность правового развития, в соответствии с которой правовой стиль какого-либо определенного общества отчетливо проявляется в профессиональном образовании и деятельно-

сти, в сословных организациях и экономических интересах юристов, именуемых Вебером юристами высокого ранга (*Rechtshonoratioren*)¹.

Вместе с тем представляется весьма важным учитывать своеобразие влияния правоведения и правоведов на американскую юридическую систему, которое в свою очередь решающим образом обусловлено рядом особенностей самой этой системы. Тем прежде всего, что она как система общего, прецедентного права, воспринятая переселенцами при формировании североамериканской государственности уже в «готовом», и притом сугубо прагматическом виде, не несла в себе сформировавшихся ее исторических традиций, трудной судьбы и ценностей общеевропейской значимости. И плюс к тому еще – во многом отторгала всякого рода «юридическую казуистику», пандектистику, ее «премудрости», относимые по настроениям американских революционеров к европейской феодальной схоластике и реакционным порядкам.

С другой стороны, воспринятое в своеобразных североамериканских условиях общее, прецедентное право в его прагматической значимости сразу же получило опору в ведущем источнике писаного права – в Конституции 1779 г., которая, наряду с передовыми институтами демократической государственности, закрепила основные, фундаментальные права и свободы человека, имеющее высокое гуманистическое содержание. И потому корпус американских юристов, в первую очередь служители Фемиды – судьи, взамен «догматической схоластики» получили в качестве главного ориентира своей профессиональной деятельности и образа юридической мысли высшие духовные, гуманитарные ценности.

Все это позволило американскому правоведению по ряду позиций «вырваться вперед» в мировом правовом развитии и одновременно, к сожалению, по сути дела игнорировать или прямо отторгать «юридическую догматику», все то, что в действительности относится к самим основам юридической культуры как глобальному явлению. Последний из указанных моментов к тому же совпал как с особенностями

¹ См.: *Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft*. 1956. S. 457 ff. По утверждению М. Вебера, такого рода особенности профессионального образования и деятельности юристов-практиков, наиболее выразительно проявившиеся в английской юридической элите, связаны с процессом обучения в средневековых школах-гильдиях: «Этот способ обучения естественным образом приводит к формализму в обращении с правом, основанным на прецедентах и аналогиях. Практика применения права требует... не его систематизации, а создания списка типовых контрактов и исковых формуляров, пригодных для практических потребностей и ориентированных на постоянно повторяющиеся виды тяжб. Поэтому воспроизводится то, что возросло на почве римского права под названием «каутеларная юриспруденция» (*Kautelarjurisprudenz*)» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 292).

ми исповедуемых большинством переселенцев социально-культурных ценностей, не имеющих для переселенцев собственных корней на американском континенте (а напротив, сопряженных с насильственным уничтожением коренного населения, его культуры), так и со своеобразием американского капитализма с его жесткой направленностью на сугубо прагматические результаты рыночной экономики, первоначально — как, увы, везде — выступившей в виде «разбойничьего рынка».

Отсюда с достаточной отчетливостью можно видеть как несомненные достоинства американской юриспруденции, ее непреклонность в утверждении прав и свобод человека и придании приоритета в юридической области правосудию, так и, с другой стороны, ограниченность и односторонность юридических подходов и образа мысли, характерные для них тенденции отторжения собственно юридических ценностей, склонность к замене их категориями чисто экономико-прагматического, узкосоциального и даже личностно-психологического характера.

Именно с этим сопряжено доминирование в американской юриспруденции узкосоциологических «реалистических» интерпретаций права и сообразно этому — придание значения общезначимых постулатов таким сентенциям американских правоведов (подчас высказываемых попутно, в публицистическом жанре), как «право существует вне логики: оно основано на опыте» и само оно, право, — явление «простого пророчества, которое суды претворяют в жизнь» (Холмс), или изучением, согласно которому то, как «судьи решают споры, и есть само право» (Н. Люэллин).

Такого рода процессы в американской юриспруденции, связанные с утратой правовых идей, ценностей мировой юридической культуры¹, место которых во многом заняли требования «прагматического реализма»², стали наряду с отмеченными ранее достоинствами определяю-

¹ По мнению Паунда (которое, как и мнение М. Вебера, воспроизводится по книге К. Цвайгерта и Х. Кётца), «современный преподаватель права должен изучать социологию, экономику и политику. Он должен знать не только судебные решения и принципы, лежащие в основе их принятия, но в той же мере обстоятельства и условия, социальные и экономические, в которых эти принципы должны применяться, а также состояние умов и чаяния населения, составляющие среду, в которой эти принципы будут практически реализованы. «Юридические монахи», которые проводят свою жизнь в атмосфере чистого права, безжизненной и лишенной живого человеческого слова, не могут сформулировать практические принципы, применяемые в беспрестанно меняющемся мире из крови и плоти. Наиболее логичные и блестяще обоснованные нормы могут уничтожать право при практическом применении, так как не приспособлены к среде, в которой они должны проводиться в жизнь» (Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 368–369).

² Как отмечается в современной научной литературе, «реалисты» видели свою важнейшую задачу в том, чтобы разыскивать и анализировать фактический материал, на основе которого «слуги закона» принимают определенное решение для данного кон-

щими в правовой жизни, к тому же неоправданно возвеличиваемыми как на американском континенте, так и вне его.

Здесь, разумеется, есть позитивные элементы, важные для практики и правопонимания акценты (в том числе, например, для определения места и значения в сфере права категории «жизненная ситуация», учета при решении таких ситуаций экономических, политических, нравственных и даже психологических факторов). И определенные элементы реалистического подхода к правовым явлениям получили известное признание в европейской юриспруденции, в том числе во Франции и в Германии. Но в отличие от Германии и Франции, идеи Паунда и «реалистов» стали доминантой в правовой жизни Соединенных Штатов. «Правовые проблемы, введенные в научный оборот под названием «юридический реализм», – справедливо отмечено в литературе – «...определяли развитие правовой мысли в США на протяжении прошлого поколения и фактически стали «общим местом»»¹.

Некоторые весьма неблагоприятные, по мнению автора этих строк, тенденции в развитии юридической системы США в немалой степени сопряжены как раз со сложной, противоречивой судьбой правовых идей и всего правоведения в их взаимосвязи с развитием американской экономики и политики.

5. Теоретики права. Наряду с той значительной ролью, которую играют в мире права юристы-практики (притом, что наиболее существенно, – через сферу юридического мышления, правовых идей), необходимо отдать должное также и тому направлению развития правоведения, стержнем которого являются научные обобщения высокого уровня – теория права.

Недооценка этого направления в современном правоведении и практической юриспруденции, проскальзывающая в суждениях и оценках немалого числа философов и правоведов (таких, как суждения об «онаученном» праве или «профессорском праве»), обусловлена не только упрощенно понимаемыми потребностями в живом праве, столь необходимым в нашу прагматическую эпоху. Такая недооценка обусловлена,

кретного случая, и никакое другое. Исходным пунктом при этом служит убеждение, что традиционная правовая догматика не имеет большого значения для решения дел и часто лишь дает материал, который помогает судье дополнительно отшлифовать решение, уже найденное им ранее другим способом. По мнению «реалистов», даже связанность прецедентом более не гарантирует стабильности права и предсказуемости будущих судебных решений, что является основным постулатом ортодоксальных учений» (там же. С. 369–370).

¹ *Yntema. American Legal Realism in Retrospect*, 14 Vand. L. Rev. 317 (1960) (цит. по: *Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 370).

по всей видимости, и тем влиянием, которое по ряду геополитических причин и фактических реалий оказывает американская юриспруденция, овеянная неким ореолом ультрасовременности, на умы политических деятелей и правоведов других стран. Тем более в обстановке будто бы происходящего «заката Европы».

Между тем категории и разработки, относимые подчас с ноткой пренебрежения к «профессорскому» или «онаученному» праву (или даже, сообразно американскому научному стилю, к неким изыскам, по словам Паунда, «юридических монахов», проводящих, по его же словам, «свою жизнь в атмосфере чистого права»), достойны, несмотря на имеющиеся крайности, совсем другой оценки. Эти категории и разработки, базируясь на уникальных достижениях римско-правовой мысли, основополагающих категориях мировой юридической культуры, призваны выражать в системе обобщений высокого уровня удивительное своеобразие правовой материи, ее специфическую логику, а отсюда — «выход» права на фундаментальные ценности человеческого бытия, его настоящего и будущего, его судьбы. Что, в свою очередь, предопределяет отношение в данном обществе к праву и к правоведению в настоящее время и в перспективе.

Вот почему, как уже отмечалось, есть серьезные основания для того, чтобы придавать процессу «онаучивания» права, начавшемуся в Европе с XVIII—XIX вв., не негативный оттенок, как это заметно в суждениях и оценках ряда специалистов в области сравнительного правоведения последнего времени, а значение явления крупномасштабного положительного порядка — притом не только в отношении обогащения регулятивного потенциала современного права, но и в отношении развертывания его интеллектуально-гуманистического содержания, а также соответствующих тенденций и перспектив его развития.

Под этим углом зрения можно отметить, по крайней мере, *два* направления влияния теоретических разработок, осуществляемых в юридической науке, на правовую жизнь общества.

В о - п е р ы х, это более углубленное понимание своеобразной материи права, которое в силу самой юридической логики «выводит» на важнейшие общечеловеческие идеалы и ценности.

Конечно, понимание «глубин» юридической материи требует хотя бы адекватного восприятия самого феномена права, а отсюда — непростых специальных юридических знаний, стремления по логике системных знаний проникнуть в существо, казалось бы, простейших юридических понятий — «субъект», «объект», «правомочие», «притязание» и т.д.

Но стоит только встать на путь основательной научной проработки даже такого простейшего правового материала, как оказывается, что в юридической материи обнаруживается своя «высшая математика» – свои своеобразные свойства, сложные и тонкие связи и соотношения, для которых характерна особая юридическая логика. Эта логика, базирующаяся на сочетании «должного» и «сущего», на ряде других уже отмеченных в предшествующем изложении оснований, состоит, в частности, в том, что особенности права, характерные для него связи и соотношения неизбежно стягиваются (даже в неблагоприятной для права социальной среде) к своему центральному звену – к субъективным юридическим правам, как бы по самой юридической логике требуя в том или ином виде и значении свободы для субъектов, исключения произвола, насилия. И она, эта юридическая логика, в силу своих оснований и особенностей уже несет в себе необходимые предпосылки и перспективу движения человечества к более высоким и гармоничным ступеням цивилизационного развития.

Понятно, такого рода предпосылки и перспективу в конце концов «схватывают» и юристы-практики, овладевшие, пусть во многом и спонтанно, интуитивно тайнами юридической материи. Но путем юридической теории (коль скоро она не соскальзывает в наукоподобные спекуляции, формалистические крайности, философические лабиринты) эта «высшая математика» права может быть раскрыта во всей своей полноте, многогранности, привлекательности. И тогда под «лучами» такой углубленной теории под внешним, сугубо прагматическим, регулятивным слоем юридической материи раскрывается, расцветиваясь многоцветием культуры и свободы, ее истинный смысл и назначение в жизни людей. Те ее качества, которые в ходе развития человеческой цивилизации воплощаются в праве современного гражданского общества.

В о - т о р ы х, существенное направление влияния теоретических разработок, осуществляемых в юридической науке, на правовую жизнь общества выражено в выводах правовой теории о структуре права, его системе.

Ведь материя права – это и есть «структура» («внутренняя форма») в ее широком понимании, юридическая организация экономического, политического, духовного, иного фактического материала. В соответствии с этим позитивное право как жесткий организм (институционное образование) отличается объективно существующей структурированностью – тем, что в ходе правового развития в нем спонтанно, естественным путем складываются как юридические конструкции разной сложности и уровня, так и известные общности – отрасли, институты, иные подразделе-

ния. Но эти подразделения далеко не всегда находят внешне строгое, четко объективированное выражение (в особенности в виде отраслевых кодифицированных актов, кодексов)¹, и это весьма отрицательно сказывается на восприятии права, толковании, практическом применении.

И вот тут на «помощь» позитивному праву приходит правовая теория. В ряде случаев — и это характерно прежде всего для юридических систем, построенных на прецедентах (т.е. в настоящее время главным образом праву англо-американской группы), — для придания праву относительной системности, точнее, для «раскрытия» или формального констатирования этой системности, оказываются достаточными сами по себе теоретические разработки (как это случилось в отношении английского права еще в середине XVII в. благодаря труду У. Блэкстона «Комментарии к английским законам») или неофициальная либо полуофициальная, официозная систематизация действующего права (как это реализовалось в отношении частного, «коммерческого» права США).

По большей же части — и это характерно главным образом для романо-германского права — решающую роль играют здесь теоретические обобщения высокого уровня и правовые идеи, которые (обобщения, идеи) становятся «правовыми реальностями» *путем кодификации*. Кодексы, таким образом, выступают в данном случае преимущественно не в виде «формы систематизации» (как это принято считать), а в виде *высшей, пожалуй, даже совершенной формы законотворчества*, и в этой связи — *способа формирования четко структурированной юридической системы с высоким уровнем нормативных обобщений и, стало быть, интеллектуального содержания*. Как отмечалось в предшествующем изложении, наиболее ярким образцом такого кодифицированного акта стали Германское гражданское уложение, Гражданский кодекс России, другие российские кодифицированные законы.

Вместе с тем и для правовых систем романо-германской группы, в том числе и для российского права, существенное значение сохраняют и научные разработки по системе права как таковые, независимо от того, реализованы они или нет в законодательстве. В тех или иных научных разработках могут неодинаково, с разными акцентами отра-

¹ Вряд ли верен во всех отношениях распространенный в литературе взгляд, в соответствии с которым общее, прецедентное право в силу самой своей природы хаотично, не обладает «достаточной способностью к самоструктурированию» и не может служить основой для рациональной систематизации. Другой вопрос, что эта структурированность как бы «спрятана» в необозримом множестве прецедентов и отдельных законодательных установлений и потому не находит (и сама по себе не может находить) строго внешнего выражения.

жаться те или иные элементы и тенденции, связанные с системой права. И это соответствующим образом влияет на то, как и в каком образе «выглядит» и функционирует действующее право, как и в каких направлениях вырисовывается его развитие.

Характерный пример тому – ожесточенные дискуссии, которые в 1930–1940-х гг. проходили в условиях советского общества по проблемам системы права. Прежде всего по проблеме о месте гражданского права в «правовой системе социализма», о том, не следует ли его «заменить», как настаивали правоведаы ортодоксальной марксистской ориентации, хозяйственным правом, призванным утверждать плановые начала экономики, приоритет государственной собственности, другие принципы социализма. Несмотря на то, что доминирующую роль в советском правоведении того времени играли последовательные марксисты-ортодоксы, цивилистическая наука сохранила свои позиции, в том числе и по вопросу о фундаментальном значении в правовой системе гражданского права. И это объясняется не только научным потенциалом этой базовой науки, но также и тем, что и в советской, в целом по марксистским канонам опубликованной, юридической системе, пусть и подспудно, реально в самом тексте действующего ГК существовали частноправовые элементы, и они определенным образом «давали знать» о их перспективности, о том, что рано или поздно придет и их «время».

6. Правоведы в жизни общества. Думается, с учетом изложенного выше материала есть основания утверждать, что в связи с особенностями права (как «явления разума») правоведение и правоведаы призваны занимать высокое место в социальной иерархии общества. И не только потому, что они имеют ближайшее отношение к ключевым звеньям общества, прежде всего – к политической власти и к собственности, нередко напрямую включаясь в соответствующие политические и коммерческие структуры (обстоятельства, далеко не всегда и не во всем имеющие положительное значение). Но и потому как раз, что состояние действующего права, выступающего наряду с другими характеристиками в качестве явления интеллектуального порядка, существенным, а нередко и решающим образом зависит от состояния науки, творческой активности правоведаов: и юристов-практиков, и юристов-теоретиков.

С этой точки зрения имеются весомые основания полагать, что именно в области юриспруденции науке и специалистам-профессионалам уготовано особое, если угодно, «повышенно значимое» место, ничуть не уступающее, а в чем-то превосходящее значение науки и профессиональной деятельности в иных социальных сферах (включая экономику, управление).

Конечно, подобная оценка оправданна, во-первых, поскольку само общество реально развивается в демократическом направлении, утверждая идеалы и ценности современного гражданского общества, а во-вторых, поскольку имеется в виду *действительная независимая наука, исповедующая высокие идеалы истины, приверженности к общечеловеческим ценностям, служения людям*. И тут в сфере правоправедения есть проблемы, связанные с тем, что деятельность юристов во многих случаях (даже в обществах, объявивших себя демократическими) «замкнута» на обслуживании интересов государственного аппарата, а порой, в особенности при доминировании авторитарной власти и тоталитарных режимов, напрямую носит «придворный» характер, строится по принципу «чего изволите» и, к несчастью, подчас утрачивает даже подобие правовой деятельности в ее истинном значении.

Но как бы то ни было, в праве, даже при самых неблагоприятных условиях, имеются гуманитарные начала. А наука всегда есть наука, в ней изначально заложен «кодекс научной чести и научного подвижничества», и во все времена в правоправедении, как и в иных отраслях знаний, служили истине, ценностям и идеалам права крупные ученые, великие умы – правоведы Р. Иеринг, Л. Дюги, Г. Кельзен, Л. Петражицкий, И. Покровский, С.Н. Братусь, Э. Рабель и др. Всегда, даже в самых тяжелых политических и социальных условиях, в практической юриспруденции наряду со всем негативным и в противовес ему достойное место занимали юристы-профессионалы, теоретики высокого класса, стремящиеся утвердить в жизни – пусть и сообразно условиям и времени – идеалы и ценности права.

Такого рода оценка правоправедения и правоправедов находит подтверждение даже в таких крайне неблагоприятных условиях, в которых работали ученые и юристы-практики в обстановке советского тоталитарного режима, в сложных посттоталитарных условиях. При всех пороках и негативах советской юриспруденции в то время, порой исподволь и вместе с тем целеустремленно, шла работа не только в области догмы права (отработка и совершенствование юридических конструкций), но и по развитию глубоких правовых принципов.

Здесь есть предпосылки и для более основательных выводов. Надеюсь, не будет преувеличением утверждать, что именно истинное положение правоправедения и правоправедов в том или ином обществе является показателем действительного состояния права и законности в данной стране. Стремится ли государственная власть «приручить» правоправедов, втянуть их в свою машину властвования и сформировать податливую и щедро благодетельствованную властью «придворную» юриспруден-

цию (первый вариант), и л и ж е государственная власть (второй вариант) поддерживает самостоятельность и независимость отечественного правоведения, поддерживает его как суверенную сферу социальной жизни, «терпит» любые его основательные разработки и неизменно считается с ним в практической жизни. *Именно это является безошибочным «индикатором» фактического положения в области права данной страны, его реального демократизма, его действительных возможностей и судьбы.*

§ 4. Духовные начала права

1. Еще о тайне права. Специфическая логика права в основном своем значении (в котором правовая материя как таковая «ведет» к субъективным правам), возможно, имеет и более глубокие основания, чем сам по себе Разум, его воплощение в правовой материи.

Как уже отмечалось, в духовном мире человека, сутью и стержнем которого является Разум, немало слоев и сторон, также идущих от природы, чувственного восприятия действительности, «задатков животности человека как живого существа», импульсов зоологического характера. И это наряду со всем природно необходимым, чувственно приятным или патологически неотвратимым может при известных условиях стать также и источником пороков человека, негативных сторон его духовного мира – того, что Кант называл «пороками окультуренного разума».

Но есть в духовном мире человека грани, относящиеся к началам «по ту сторону» категорий природы, за пределами непосредственно чувственного восприятия. Кант, который, по словам М. Мамардашвили, «выявил вневременной, то есть независимый от смены состояний, от прогресса, от знания, внемыслительный характер самой бытийной основы человеческого существования»¹, и связывал с такого рода началами трансцендентальные идеи чистого разума: идеи свободы, бессмертия, Бога. Последние, надо полагать, суть те же начала, которые определяют и «замысел» природы (они, и об этом упоминалось, могут быть сопряжены с «Богом», «информационным полем», иными порядковыми категориями), но которые тут проявляются непосредственно, прямо в духовном мире человека. А отсюда и в праве.

2. «Свобода» и «произвол». Следует согласиться с высказанным в литературе мнением о том, что на первое место среди категорий, находящихся «по ту сторону» представлений о природе в самих глубинах духовного мира человека, ставится *свобода человека*. Свобода, как это

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 55.

ни странно прозвучит, даже в смысле своеобразно понимаемого произвола, т.е. свободы выбора, свободы воли, или способности ставить любые цели перед свободой человека¹. Именно в таком ключе понимал Кант понятие произвола, когда в одном из определений права утверждал: «Право — это совокупность условий, при которых произвол одного (лица) совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы». Или — при определении личного права: «Владение произволом другого как способность по законам природы определять этот произвол моим произволом к тому или иному действию»².

Примем во внимание, во всяком случае, в данном месте и в других особо оговоренных местах книги это кантовское понимание свободы — свободы в смысле произвола. В то же время будем помнить и то, что оно резко — и это тоже нужно принять во внимание — отличается от иной и к тому же широко распространенной и многократно используемой в этой книге трактовки «произвола» в негативном значении — значении, близком к русскому пониманию «вольницы» или даже просто «воли» (произвола или «вольницы» как беспредельного усмотрения, не связанного ничем анархического своеволия, не считающегося ни с моральными, ни с иными общечеловеческими критериями поведения по вольному усмотрению — по принципу «что хочу, то и ворочу»). Трактовка свободы в смысле «такого» произвола также представляется весьма важной при рассмотрении правовых вопросов.

Сначала вновь положение, которое является крайне существенным, ключевым для характеристики права в его соотношении со свободой (произволом).

Это предельно четкое различие: а) свободы *во внешних отношениях* людей и б) свободы человека *в его духовном мире*.

Отмечая основные черты права (поскольку его понятие «относится к соответствующей этому праву обязательности»), Кант в качестве первой из таких черт отмечает, что право «касается лишь внешних, и притом практических, отношений между лицами, поскольку их поступки как действия могут иметь (непосредственное или опосредствованное) влияние друг на друга»³. Право с этой точки зрения охватывает свобо-

¹ См.: Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 464.

² Там же. Т. 4. Ч. 2. С. 184.

³ Кант приведенную особенность права обозначает как его черту номер один («во-первых») и добавляет сразу же: «Во-вторых, понятие права означает не отношение произвола к *желанию* (следовательно, к чистой потребности) другого (лица), как это имеет место в благодетельных или жестокосердных поступках, а лишь отношение к *произволу* другого (лица)» (Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 139).

ду (произвол в указанном выше своеобразном кантовском значении) людей именно в области внешних отношений.

Итак, перед нами в высшей степени существенное положение, которое постоянно нужно иметь в виду при рассмотрении всех правовых вопросов: *территорией права является область внешних отношений*, свобода в действиях людей, которые могут иметь влияние друга на друга.

А духовный мир человека? Его свобода в этой области? Здесь уже — царство нравственного закона, который свободная моральная воля сама себе создает или добровольно принимает. Т.И. Ойзерман, сославшись на слова Канта о воле, подчиненной законам («свободная воля и воля, подчиненная законам, это одно и то же»¹), поясняет: «Разумеется, здесь имеются в виду законы нравственности: лишь подчинение этим законам совместимо с действительной свободной волей»². При этом, по словам Канта, «нельзя отрицать, что значение нравственного закона до такой степени широко, что он имеет силу не только для людей, но и для всех разумных существ вообще»³.

Конечно, мораль касается также внешних поступков, внешней свободы человека. Но в основном все же в той степени, в какой во внешних действиях проявляется мораль человека, доминирование в его поведении моральных принципов и идеалов. С этих позиций собственной исконной *территорией морали является внутренний мир человека*, его свобода во внутренней духовной жизни⁴. Именно здесь формируется нравственная личность и именно здесь способность воспринимать уважение к моральным принципам и идеалам выступает в качестве достаточного мотива поведения человека, а в этой связи — нравственных максим, императивов и личной ответственности человека. Словом, как раз в данной области реализуется стремление Канта возвысить «человека над самим собой (как частью чувственно воспринимаемого мира)»⁵.

Два обстоятельства при этом достойны особого внимания.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 179–181.

² Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 70.

³ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 105.

⁴ По мнению А.К. Судакова, «даже так называемые обязанности перед самим собою могут быть последовательно представлены лишь как обязанности перед той законодательной властью морального мира, силой и действием которой достоинство нравственной свободы в человеке поставлено выше всякой неразумной природы в мире» (Судаков А.К. Любовь к жизни и запрет самоубийства в кантианской метафизике нравов // Вопросы философии. 1996. № 8. С. 54).

⁵ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 1. С. 413.

П е р в о е. Моральные принципы и идеалы во внутреннем мире человека приобретают категорический характер. Вовсе не случайно поэтому мыслители прошлого времени при характеристике морали довольно часто используют термин «закон» и даже «законодательство». Это, в частности, следует иметь в виду, когда речь идет о широко известном и часто используемом кантовском положении о том, что все «видели, что человек своим долгом привязан к законам, но не догадывались, что он подчинен только своему собственному и однако же всеобщему законодательству и что он обязан действовать, только сообразуясь со своей собственной волей, всеобщезаконодательной, однако, согласно цели природы»¹. Надо заметить, что подчас этому положению неосновательно придается весьма широкое значение (распространяется и на «законодательство» в строгом юридическом значении), т.е. без учета его «территориальной» относимости только к духовному миру человека.

В т о р о е. В связи с тем, что многогранность духовного мира человека выражается и в разнородности его моральных принципов и идеалов, представляется принципиально важным особо выделить те из них, которые относятся к глубоким («трансцендентным», внечувственным) началам, высшим духовным идеалам, к свободе «по ту сторону» представлений о природе.

Философская позиция Канта по этому вопросу предстает во всей своей исключительной важности. Верно, конечно, что «если вы посмотрите рассуждения Канта о том, что первично в человеке, зло или добро, считать ли человеческое существо по природе добрым или злым, то увидите, что Кант проходит по краю пропасти этой неразрешимой проблемы»². Но эта проблема действительно неразрешима или даже, быть может, разрешима в пользу зла, если брать духовный мир современного человека в полном виде, во всей его многогранности, когда основные его пласты непосредственно обусловлены природными («биологическими» или, что то же самое, «зоологическими») факторами, сугубо чувственным восприятием окружающей действительности.

Но в плоскости трансцендентных (внечувственных) начал — начал чистого разума в духовном мире человека на первое место выступают такие духовные начала, как добро и совесть, а также, понятно, сокровенная светлая суть разума. Точно сказано: «Человек, поскольку он не только эмпирический индивидуум, но и трансцендентальный субъект, не под-

¹ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 179–181.

² *Мамардашвили М.* Указ. соч. С. 86. И тут же автор замечает: «...как философы мы можем понять, что склонности к добру в натуральном смысле этого слова не может быть».

вержен необходимости и, следовательно, свободен. И лишь в этом качестве, т.е. в своей трансцендентальности, человек выступает как разумное, разумно действующее, нравственное, свободное существо»¹.

Мы в нашем постсоветском отечестве, оглушенные «диалектическим материализмом», так до сих пор и не поняли, что без учета глубоких духовных основ нашей жизни, находящихся «по ту сторону» представлений о природе, ни о какой действительной свободе личности, свободе воли, прав человека, ответственности и личной вине не может быть и речи.

И если уж искать высокий, истинно человеческий смысл в религии, то его нужно видеть не в ритуальных церемониях и мифах, а в глубоких трансцендентных началах нашего духовного мира, понять которые, возможно, является самой трудной и самой великой задачей философии. Впрочем в то же время нужно не упускать из поля зрения и негативные стороны средневековых ортодоксально религиозных восприятий и трактовок «добра» и «совести», которые выступали в качестве основы патерналистского сознания и образа жизни.

3. Высокие духовные начала права. А теперь вопрос: насколько все же кратко изложенные положения о глубоких моральных основах духовного мира человека (положения, несомненно, спорные, в любом случае требующие осмысления, отработки, не для всех приемлемые вообще) имеют значение для понимания права, в том числе для понимания права в современную эпоху? Ведь, что ни говори, удел (территория) права – это область внешних отношений, внешней свободы людей, которая по большей части только опосредованно связана с моральной жизнью человека.

Прежде всего – гипотеза, ранее уже упомянутая [II.11.2]. Допустимо предположить, что логика мысли по проблеме глубоких предпосылок права может пойти дальше признания его известных биосоциальных корней. Ведь свобода человека («величайшая свобода»), конечно же, – не только необходимое звено восходящего развития человеческого рода. Свобода и сама по себе самодостаточная великая ценность, уходящая в область трансцендентного порядка, т.е. за пределы суровой прагматики, опыта, чувственного восприятия, словом, в область «сверхчувственного мира». Но признание этого одновременно означает – пусть пока по статусу гипотезы – что и право по своей глубинной сути может быть отнесено не только к глубинно природным явлениям, но и к категориям трансцендентального характера. Впрочем, этот вопрос требует особой и тщательной научной проработки.

¹ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

В данной же работе — всего лишь некая заявка и намек ответа на поставленный выше вопрос — соображение вот какого порядка.

В статье Т.И. Ойзермана, посвященной кантовским идеям о метафизике свободы, обращено внимание на то, что «отправным пунктом» философии права в кантовском понимании истории человечества является «противопоставление свободной моральной воли, согласующейся с нравственным законом, т.е. с законом, который она сама создает (или добровольно принимает), и незаконной, чуждой нравственной мотивации внешней свободы!...»¹. Верное, основательное соображение. К этому надо бы добавить, пожалуй, лишь то, что «беззаконность» внешней свободы (по критериям нравственных законов) или «чуждость» ее нравственным законам по своей мотивации требует по логике истории человечества того, чтобы в жизнь общества вступили *положительные законы, или внешнее, т.е. позитивное, право, обладающее мощной социальной силой и в то же время — глубоко разумными, истинно духовными моральными началами.*

И вот здесь, отмечая качественное различие исторической (мирозданческой) миссии права в плоскости «замысла» природы и в связи с духовным миром человека, надо вместе с тем видеть, что обе эти плоскости находятся в глубокой внутренней связи. И эта связь не сводится к одному лишь традиционно понимаемому взаимовлиянию права и морали (чисто внешним и не всегда корректным характеристикам) и даже к более основательной стороне их функционирования — к их взаимодополнительности (философски-глубокой и плодотворной характеристике).

Самое существенное, что в немалой степени определяет место и назначение права в жизни и судьбе человеческого рода, то, что позитивное право *способно дать опору для возвращения людям, притом в области внешней свободы, на «земле», в нашем грешном мире, где теряется нравственная мотивация поступков, н р а в с т в е н н ы х з а к о н о в, о б о г а щ е н н ы х Р а з у м о м.* Возвращения, надо обратить внимание, не в развернутом, содержательном виде, а в виде *опоры* или *ориентира* в жестком мире внешних отношений, но все же хотя бы таким путем открывающего путь к такому возвращению.

Возможно, именно тут, в данной стороне соотношения трансцендентных правовых начал и позитивного права, а также взаимосвязи морали и права, могут быть найдены наиболее глубокие основания естественного права и отсюда — те существенные стороны миссии

¹ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

позитивного права в обществе, которые относятся к действительной свободе человека¹. Причем уже при таком восприятии и понимании «добра» и «совести», «подвижничества» и «вины», когда они — в поле действия позитивного права — уже не являются основой патерналистского отношения к людям и их образа жизни.

§ 5. Право — «увековечение» разумных начал

1. О назначении права. Положения данной главы открывают научную перспективу понимания назначения права — *носителя и проводника высоких разумных начал, их претворения в реальность, в практическую жизнь людей.*

Это значит, что в ситуациях, когда те или иные жизненные вопросы решаются с «помощью права», вступает (или должен и может вступить) в работу «объективированный Разум» — нормативные формы, юридические конструкции и принципы, выражающие высокие рациональные начала и способные претворить их в практику, в реальную жизнь. Причем так, что в жизнь, в реальные жизненные отношения в той или иной мере должны войти важнейшие ценности цивилизации — справедливость, принцип «равновесности», а главное — направленность («заряженность») регулирования на субъективные права, свободу человека как носителя субъективных прав, его активность и творчество.

Словом, коль скоро на данном участке жизненных отношений действует право, то это означает, что здесь работают (или должны и могут работать) «увековеченные рациональные начала», утвердившиеся на основании опыта и отработки при решении юридических дел, а в этой связи «заряженные» Разумом на высокие цивилизационные ценности и идеалы.

Таким образом, получается, что *углубление рациональных начал в праве и есть оптимальное направление развития гражданского общества в области социальной регуляции внешних, практических отношений, утверждения в нем ценностей и идеалов свободы человека, его статуса и достоинства, условий его созидательной активности, творческого дела.*

¹ Зnamenательно, что даже в обстановке сложного отношения к Канту, характерного для советского общества, в конце концов, притом со ссылкой на слова философа о «возвышенном характере нашего собственного сверхчувственного существования» (Соч. В 6 т. Т 4. Ч. 1. С. 415), было признано и даже как-то увязано с идеями коммунизма, что, с позиции Канта, «морали и этике принадлежит особая роль в возвышении человека, в отстаивании его высокого предназначения и достоинства» (Кант и кантианцы. М., 1978. С. 332).

2. Перспектива. Конечно, право каждой страны, в том числе и стран, достигших передовых рубежей постиндустриального и демократического развития, — явление пестрое, с элементами различной культурной и гуманистической значимости. И, конечно же, различных юридических реалий, несущих на себе следы сложного исторического развития той или иной страны, состоявшихся и не оправдавшихся проектов, прозрений и иллюзий, политических страстей, влияния своекорыстных политических сил и расчетов, ситуационных катаклизмов, природных и социальных потрясений, произвола и капризов правителей, и вместе с тем выражающих значительные, порой потрясающие достижения ума и таланта.

Но, думается, при всей неожиданности и даже парадоксальности положений данной и предшествующей главы (недаром для их обоснования привлечены философские данные!) есть весомые научные основания полагать, что важнейший путь возвышения права и придания уготованного ему значения в жизни людей — это путь признания и разработки *чистого права* (которое и выражает потенциал Разума). И что здесь есть центральное звено, в обычных представлениях относимое к «заскорузлой, далекой от жизни юридической догматике» — *юридические конструкции*, а также связанные с ними специфические правовые идеи. И что как раз основанная на многообразной жизненной практике и вместе с тем углубленная, утонченная отработка оптимальных юридических конструкций и правовых идей (принципов) обеспечивает такое возвышение права, когда оно в условиях развитой юридической системы гражданского общества становится *носителем и проводником наиболее высоких цивилизационных ценностей и идеалов*.

При таких подходах и таком развитии права можно с достаточной обоснованностью предположить: неизбежно отпадут бытующие ныне настроения, в соответствии с которыми удел юристов — сугубо «оформительское» дело, всего лишь приспособливать те или иные юридические «формы» к проектным разработкам экономистов и управленцев.

Напротив, в данной области практической деятельности и знаний напрашиваются иные ориентации, требующие безусловного учета и безусловного использования специалистами всех отраслей деятельности и знаний «законов права», его логики, фундаментальных правовых ценностей и в первую очередь тех, которые выражены в отработанных юридических конструкциях, правовых идеях, принципах.

Сверх того есть серьезные основания полагать, что правоведению самой логикой развития социальной действительности и науки уготовано будущее приоритетной области знаний. Ибо все то, что относит-

ся к реальной жизни экономических и управленческих принципов, — это (коль скоро имеются развитые, совершенные формы) не что иное, как отработанные *юридические конструкции*.

Впрочем, это всего лишь попутное замечание, и, надо признать, весьма далекое от нынешних реальностей. И не только потому, что фактическая ситуация с иерархическими зависимостями между специалистами различных отраслей деятельности и знаний («экономистами», «управленцами», «правоведами»), по-видимому, еще долго по ряду причин останется такой, какой она есть сейчас, но и потому, что и само правоведение находится еще в начале пути достаточно полного и основательного овладения всем арсеналом правовых средств, всем комплексом юридических механизмов, в особенности — отработанных, совершенных юридических конструкций.

Здесь еще непочатый край для науки права, многоплановой исследовательской работы по освоению многообразных юридических механизмов. И когда О. Шпенглер в уже ранее приведенном отрывке говорит о том, что перед современным правоведением еще «не менее столетия напряженнейшей и глубочайшей работы мысли»¹, он в таком прогнозе при всей стремительности и уплотненности ныне текущего времени все же не далек от истины.

ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА

§ 1. Права человека и современность

1. Концепция. Право под углом зрения «высших характеристик» наряду с рациональными началами правовой материи, особенностями права как «явления Разума», имеет еще одну грань. Это его становление и развитие как *права человека*.

В этой связи сначала о правах человека и современности.

Принципиальные основы положений о правах человека заложены и сохранили свое значение до наших дней в эпоху Просвещения, Великой французской революции. Они выражены в декларациях, конституциях и других документах того времени. В частности, в словах: «все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотчуждаемыми правами»; «цель всякого политического союза — обес-

¹ Шпенглер О. Указ. соч. С. 84.

печение естественных и неотъемлемых прав человека» — прежде всего таких «неотчуждаемых и священных» прав, как «жизнь, свобода, стремление к счастью, собственность, безопасность личности» (Декларация независимости США 1776 г.; французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г.). Итоговая формула такого понимания прав человека закреплена уже в настоящее время в ст. 1 Всеобщей декларации прав человека: «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Они наделены разумом и совестью и должны поступать в отношении друг друга в духе братства».

2. Выстраданное. Вместе с тем надо видеть, что во второй половине XIX — начале XX в. идея прав человека в обстановке бедствий «дикого» капитализма, экономико-социальных кризисов и социалистических иллюзий начала заслоняться представлениями о приоритете «прав трудящихся» и о будто бы безусловном верховенстве в жизни общества государственной власти («социалистического государства»).

«Потребовались» (увы, приходится именно так говорить) неисчислимые жертвы и беды Второй мировой войны, смертный ужас сталинского и нацистского тиранических режимов, чтобы идея прав человека вновь заняла достойное место среди передовых взглядов, духовно-интеллектуальных свершений человечества.

Более того, эта идея к середине XX в. не только была как бы заново выстрадана человечеством, поднята на высокий уровень общественного признания, но и обогатилась новым основательным социальным содержанием. И именно в таком качестве она, начиная с 1950—1960-х гг., стала реально осуществляться — не всегда и не во всем, впрочем, последовательно — в развитых демократических странах. Причем так, что можно признать исторически доказанным фактом реальную возможность существования и успешного функционирования такого социального и государственного строя, в центре которого — человек, личность с высоким статусом, достоинством, неотъемлемыми правами (не это ли крупнейшее, не сравнимое ни с чем иным свершение человечества XX в.?). Именно в это время категория прав человека в полной мере раскрыла свое значение в качестве высшей ценности естественного права [III.11.3].

Два основных положения характеризуют это новое, современное содержание положений о правах человека.

Во-первых, именно права человека, выраженные в общественном и государственном строе общества, оказались силой — не исключено единственной надежной и действенной силой, способной стать преградой тирании и определить модернизацию общества, его восходящее развитие в интересах человека. Демократия, сводимая

(в представлении многих людей, к сожалению) до сей поры к одним лишь институтам свободных выборов, в условиях доминирования силовых методов власти, господства «большого денежного мешка» и изощренных избирательных технологий показала себя в XIX – первой половине XX в. в качестве политической структуры, вполне совместимой с авторитарными и даже тоталитарными режимами. Отсюда и необходимость поставить в центр жизни общества человека как такового, личность с высоким статусом и достоинством, неотъемлемыми правами и реализовать такую организацию социальной жизни в общественном и государственном строе страны.

В этой связи примечательно, что передовые мыслители современности особо выделяют права человека как самостоятельную и первейшую основу современной организации жизни людей. Так, Ю. Хабермас, рассматривая главное наследие Французской революции (которая по значению для развития человечества, по его словам, ни с чем «не сопоставима»), указывает на то, что именно права человека, наряду с демократией, «образуют универсальное ядро конституционного государства»¹. И что, более того – «права человека обладают нормативным приоритетом перед демократией»².

В о - в т о р ы х, права человека оказались именно тем социальным началом, которое призвано определить высокий правовой статус индивида, автономной личности, не уступающий положению государства как суверена – носителя политической власти. Причем высокий статус не только по отношению к тому или иному государственному органу или должностному лицу (как это склонны интерпретировать приверженцы приоритета «государственности»), а в отношении государства в целом.

По словам замечательного русского правоведа-мыслителя И.А. Покровского, «есть такие «неотъемлемые права человека», которые никаким законом уничтожены быть не могут, которые даже для государства в целом недостижимы. Если всякое субъективное право, – продолжает правовед, – обеспечивает личность от произвола в л а с т е й, то идея «неотъемлемых прав» направляется против г о с у д а р с т в а к а к т а к о в о г о»³.

¹ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. С. 57, 60.

² Там же. С. 34.

³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 81.

С этой точки зрения становятся понятными те основания, которые приводят к отрицанию некоторыми режимами и деятелями универсального характера самой категории неотъемлемых прав человека. Сюда можно отнести настойчивые усилия деятелей ряда стран, особенно восточных, представить категорию прав человека в качестве явлений сугубо «западных цивилизаций». Прискорбно, хотя и в чем-то знаменательно, что подобные утверждения начинают звучать и в России, когда отвергается абсолют-

3. Феномен И.А. Покровского. В связи с приведенной цитатой уместно сказать в более широком контексте о философско-правовых разработках, которые сделаны в начале XX в. русским правоведом-мыслителем, цивилистом Иосифом Алексеевичем Покровским [см. III.10.2].

Почему эти разработки достойны повышенного внимания? Да потому, что перед нами – поистине феномен, на первый взгляд трудно объяснимый прорыв мысли в такие глубины понимания проблемы, которые только сейчас, спустя почти столетие, начинают в силу требований жизни пробивать себе дорогу.

Между тем И.А. Покровский в начале XX в., в условиях, когда само понятие «неотъемлемые права человека» признавалось большинством гуманитариев с известной осторожностью (сам автор выражение «неотъемлемые права» нередко заключает в кавычки), выдвинул на основе конкретных юридических данных, связанных с гражданским правом, ряд основательных взаимосвязанных соображений. Да к тому же таких, которые заложили, по моему убеждению, важнейшие блоки *философских основ современной теории неотъемлемых прав человека, отвечающей передовым демократическим представлениям нынешнего периода – времени конца XX – начала XXI в.* и в полной мере раскрывающей свою научную и практическую значимость именно сейчас, в наши дни.

О каких же идеях по проблематике права человека, выдвинутых И.А. Покровским, идет речь? Три научных положения русского правоведа-мыслителя представляются наиболее существенными.

П е р в о е. Это – уже процитированная мысль И.А. Покровского о *соотнесении* неотъемлемых прав человека не с теми или иными «органами власти», а с *государством в целом*. Продолжая процитированные положения, автор пишет: «Самоутверждение личности достигает здесь в юридическом отношении своего кульминационного пункта. Некогда безгласная овца в человеческом стаде, она заявляет теперь

ный характер прав и свобод человека и на первое место среди социальных ценностей, будто бы согласующихся с российской историей и культурой, выдвигаются идеи «государственности», «державности».

В практической же жизни таких стран, как Россия, подобный подход, пробивавший себе дорогу при подготовке проекта Конституции, вновь уступил «государственному» и «державным» тенденциям, а категории неотъемлемых прав человека в этой связи остались в основном уделом неких будто бы второстепенных законодательных формул, пропагандистских штампов и академических рассуждений. И если порой на практике возникает вопрос о правах человека, то по большей части он связывается не с общим положением личности – «равноправной с государством державы», а со взаимоотношениями отдельного человека, во многом остающегося «безгласной овцой в человеческом стаде», с отдельными «органами власти», которые «кое-где», «порой» «нарушают».

претензию на роль равноправной с государством державы с правом суверенитета на некоторой собственной территории»¹.

Такое понимание неотъемлемых прав человека даже в передовом европейском и североамериканском политическом и правовом мышлении стало утверждаться только в 1950—1960-х гг. после чудовищных потрясений, вызванных Второй мировой войной, гитлеровской и коммунистической тиранической диктатурами. Да и то с такой определенностью, как это сделано русским правоведом в 1917 г., соответствующие положения нигде и никем не сформулированы.

Т о р о е. Выраженный в позиции И.А. Покровского основательный подход к правам человека, выводящий правовое положение личности на уровень ее взаимоотношений с государством в целом, взаимоотновязан с другой существенной проблемой. С тем, что *неотъемлемые права человека потому и касаются «государства как такового» и потому ограждают личность от произвола власти, что они по своему источнику и важнейшей стороне своей сути обращены к человеку как духовной личности и в этом отношении затрагивают не только политику (и не только «политические права», как замечает автор), а прежде всего духовные, нравственные начала людей, духовные ценности, свободы человека*².

Такая обоснованная И.А. Покровским точка зрения на неотъемлемые права человека исключительно важна потому, что она позволяет — при всей существенной остроте проблематики политики и власти — выделить во всей сумме прав человека центральное, определяющее звено, если угодно, духовную сущность прав, относящуюся к свободе ду-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 309—310.

² И.А. Покровский обращает внимание на то, что тот соответствующий духу Просвещения вариант естественного права, который «отрицает неограниченность государства по отношению к индивиду», зародился «прежде всего в борьбе за религиозную независимость, и первым правом, которое стали провозглашать неотъемлемым, было право на свободу религиозного исповедания» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 80—81). А отсюда — «...первое отчетливое формулирование идеи о пределах государственного вмешательства произошло на почве вопроса о свободе религиозного исповедания, т.е. именно в той области, которая является центром всего духовного бытия человеческой личности» (там же. С. 83). Лишь потом, замечает автор, к этому был присоединен и вопрос о неприкосновенности собственности, а ныне — к государству в целом.

При этом автор отмечает, что «...в огромном споре между личностью и обществом, думается, надо резко различать две совершенно несродные части спорной территории: с одной стороны, внутреннюю, д у х о в н у ю ж и з н ь человека, имеющую своим кульминационным пунктом его религиозное исповедание, а с другой стороны — отношения внешнего, главным образом экономического порядка. Первые, духовные интересы составляют самое содержание, самую сущность человеческой личности...» (там же. С. 84).

ха, началам высокой нравственности, основополагающим моральным принципам, свободе мысли и слова. А это в свою очередь открывает путь к тому, чтобы увидеть в развитом праве, где доминантой становятся неотъемлемые права человека, явление высшего духовного порядка, истоки которого коренятся не только в природе, но и во внечувственных, в трансцендентных сущностях мироздания. В этой связи хотелось бы сослаться на слова И.А. Покровского о том, что «нравственный прогресс может быть только делом индивидуальной свободы, и высшим назначением права может быть лишь создание такого социального порядка, в котором эта творческая свобода находила бы себе наилучшие условия для своего осуществления»¹.

Т р е т ь е. По мнению И.А. Покровского, гуманитарные воззрения, основанные на возрожденческой культуре и признании приоритета за автономной личностью, «персоной», вообще могут достигнуть более высокой ступени развития. И тогда наряду с преобразованием объективного права, призванного давать надлежащее удовлетворение «среднему, типичному человеку», на таких «более высоких ступенях развития усиливается сознание самобытности и особенности к а ж - д о й о т д е л ь н о й л и ч н о с т и и вместе с тем начинает чувствоваться потребность в праве на эту самобытность, в праве на и н д и - в и д у а л ь н о с т ь»². Вот это *право каждого человека на свою всегда уникальную, единственную на всем белом свете, неповторимую индивидуальность, на признание и защиту своей неповторимой самобытности* и представляет собой то наиболее своеобразное, что вносит русский мыслитель в теорию, да и в само понимание прав человека.

В этой связи автор отмечает «целый ряд явлений, знаменующих собой дальнейший рост признания человеческой личности именно там, где так или иначе затрагиваются ее духовные, нравственные интересы. Ставится на новую почву охрана прав личности, получает признание право на индивидуальность, право на защиту конкретных особенностей человеческой личности»³.

Приходится высказать сожаление в связи с тем, что эта идея русского правоведа — сторонника последовательно демократических, персонцентристских воззрений — не привлекла внимание ни науки, ни практики, озабоченных проблемами прав человека (и никто, насколько мне известно, не высказал таких или аналогичных по содержанию идей).

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 78.

² Там же. С. 121.

³ Там же. С. 120–121.

§ 2. Права человека: юридические аспекты

1. Миссия позитивного права. Теперь — положение, к которому хотелось бы привлечь внимание.

Возвышение прав человека во второй половине XIX в. (во всех указанных ранее характеристиках) — это наряду со всем другим не что иное, как обретение ими особенностей *юридического права*. Именно так, как мы видели, через обретение правами человека юридической значимости, и происходит становление гуманистического права, имеющего характер «революций в праве» [III.12.1].

Этот процесс, приводящий и к восхождению позитивного права на высшую ступень развития, имеет два аспекта.

Во-первых, придание неотъемлемым правам человека *непосредственно юридического действия* — основы юридически значимых последствий.

Существенный шаг в данном направлении был сделан уже в первые послевоенные годы. В декабре 1948 г. ООН приняла Всеобщую декларацию прав человека, юридически на международно-правовом уровне закрепившую эту ранее в основном декларативную категорию.

Затем конституции ряда европейских стран (притом — знаменательно! — прежде всего стран, испытавших ужасы фашистской тирании — Германия, Испания, Италия) сообщили правам человека, в первую очередь основным, фундаментальным, непосредственно юридическое действие и плюс к тому — приоритетное значение во всей данной национальной государственно-юридической системе.

Во-вторых, — и этот момент наиболее важен — права человека через национальное законодательство и юридическую практику стали постепенно воплощаться в юридических конструкциях и специфических правовых принципах. То есть обретать особенности, которые характерны для материи, «тела» позитивного права. И, стало быть, входить в новое качество, *становиться объективным правом — правом человека*.

Последний пункт представляется особо важным: он знаменует качественный поворот во всей проблематике прав человека.

2. Право человека. Категория «право человека» *принципиально новая*. Она характеризует иную плоскость правовой действительности и ее понимания, нежели понятие «права человека», трактуемое только в значении прав личности (хотя последнее — исходное звено, важнейшая и определяющая ее составляющая).

Здесь уместно напомнить азбучные положения науки, в соответствии с которыми «право» в юридической области выступает в двух качествах — «субъективных прав» и «объективного права».

Права человека в общераспространенном их понимании – это категории «личностного» порядка – *субъективные права*, т.е. возможности конкретной личности, субъекта. В эпоху Просвещения и в последующее время, вплоть до середины XX в., они так и понимались, более того, они при всем престиже этой категории, в принципе не имели юридического характера, выступали в качестве некоего духовного начала, требований естественного права в традиционном его понимании [Ш.11.3], имеющих преимущественно идеологическое, гражданственное, моральное значение.

Обретение же правами человека непосредственно юридического значения и действия (и тем более их воплощение в юридических конструкциях и специфических юридических принципах) означает, что они возвышаются *до уровня объективного права* – процесс, в результате которого и они сами, права человека как субъективные явления, становятся полнокровными *юридическими* правами, со всем набором юридических средств, механизмов, юридических процедур.

Такое преобразование, резко меняющее социальный и юридический статус рассматриваемой категории, обусловлено с юридической стороны тем, что прямое юридическое действие прав человека в качестве юридически исходного и вместе с тем определяющего звена означает их *непосредственное признание судами*. И значит – соответственно процедурам демократического общества (а по глубокой своей сути – в силу собственной логики права) – вступление в «работу» других звеньев юридической системы, когда постепенно, звено за звеном начинает реально действовать *объективное право в целом*, весь комплекс его средств, механизмов, процедур. Да так, что в конечном итоге перед нами возникает новое качество. *Явления из области сугубо личностно-субъективного порядка возвышаются до уровня объективного права*.

Именно здесь, по всем данным, перед нами *своего рода кульминация, итог принципиально нового* из всего того, что способно качественно обогатить современное понимание прав человека. Сама постановка вопроса о праве человека как об объективном праве переключает общие, нередко сугубо декларативные формулы в разряд строго юридических явлений. И, значит, вводит сюда, в сферу прав человека, *те юридические механизмы, правовые средства и процедуры, которые способны перевести устанавливаемые законом юридические возможности (субъективные юридические права) в плоскость социальной реальности*.

Есть основания утверждать – *перед нами самый главный перелом в мире правовых явлений и правовых представлений, происшедших за всю человеческую историю*. И соответственно этому – переход от понимания пра-

ва как права власти, исключительно силового явления к его пониманию как института свободы — убежища от произвола, средства свободного самоутверждения человека, выражения творческой активности людей (сохраняющего вместе с тем и даже упрочивающего на указанной основе качества эффективного общеобязательного нормативного образования).

§ 3. Проблемы

1. Обескровливание ценности. В отношении прав человека и обретения им качества объективного права в настоящее время возникли проблемы. Особо острые и болезненные в странах, в которых (после многолетнего господства коммунистической системы) только намечается становление современного гражданского общества, завоеваны лишь некоторые исходные рубежи для действительного демократического развития на основе культуры прав человека.

Первая действительно острая (но, думается, еще в полной мере не понятая) среди них — это *обескровливание, размывание* прав человека в политической жизни, в науке, в общественном мнении и, увы, в правовых, законодательных документах. Основанием для такого «размывания» — как это нередко бывает — стали реальные процессы, происходившие в XIX—XX вв. в человеческом обществе в связи с нарастающей модернизацией общества в условиях экономических и политических свобод, гигантским научно-техническим, общественным прогрессом, что потребовало углубления представлений о правах человека.

К сожалению, развитие представлений о правах человека в небольшой степени приобрело экстенсивный характер — выразилось (не без влияния коммунистической пропаганды и усилий социалистических стран) в расширении каталога этих прав, появлении так называемых прав человека «второго поколения», «третьего поколения» и т.д.¹

¹ Мало кто при этом принял во внимание то обстоятельство, что подобное расширение общепризнанной гуманитарной категории имело политизированный характер — произошло в ООН в результате прямого и настойчивого идеологического и дипломатического воздействия советского государства, руководящие инстанции которого преследовали цель лишить категорию прав человека «буржуазной» трактовки и, напротив, сообщить ей «социалистический» характер, «обогатить» ее достижениями сталинской Конституции, постулатами марксистской идеологии.

В обстановке почтительной эйфории, которая была характерна для отношения к Советскому Союзу после его победы над гитлеровским фашизмом в первые послевоенные годы (а также настойчивости и ухищрений советских дипломатов и идеологов, перетянувших на свою сторону многих представителей стран «третьего мира»), и возникли предпосылки, на основе которых наряду с причинами объективного порядка и было до-

Между тем, признавая без каких-либо оговорок важность в современных условиях всей суммы гражданских прав людей (по большей части зависимых от экономического положения и деятельности государственной власти, и притом именно *гражданских*, т.е. обусловленных гражданством данного государства), необходимо видеть исконную, первородную суть фундаментальных прав человека как таковых. Видеть то, что по исторически исходному значению неотъемлемые права человека — права прирожденные! — призваны утверждать самоценность человека, его право на жизнь, высокое достоинство и свободу, его центральное место в жизни общества, основополагающие духовные и нравственные начала личности и в этом отношении защищать человека от произвола и насилия, прежде всего от произвола самой могущественной силы в обществе — власти, ее стремления к всестороннему, тотальному господству в обществе¹.

С этой точки зрения вполне оправданно — как это сделано в ряде конституций демократических стран — *выделение и особая юридическая констатация о с н о в н ы х (фундаментальных) прав человека*. Хотя в то же время нельзя сбрасывать со счета и того факта, подтверждаемого реальной практикой, что нарушение любых гражданских прав и даже прав, вытекающих из имущественных, семейных и иных конкретных юридических отношений, может при известных обстоятельствах затронуть и основные права человека, в том числе право на жизнь, свободу, достоинство человека и др., и тогда, казалось бы, «рядовая» юридическая проблематика переключается на плоскость категорий и оценок более высокого юридиико-гуманитарного уровня.

стигнуто включение в состав неотъемлемых прав человека при записи соответствующих положений в ооновских документах социально-экономических прав «второго», а потом и «третьего» поколений (к правам «третьего» поколения обычно относят коллективные и солидарные права — права народов (право на мир, на здоровую окружающую среду, право на коммуникацию и др.), а также, по мнению отдельных авторов, такие экстравагантные «права человека», как право не быть убитым во время войны, право на сон, право на самообразование и т.д. В литературе даже высказано предположение о возможности «четвертой волны» в понимании прав человека, когда этой категорией могут быть охвачены права, связанные с запретом абортов, и право на эвтаназию).

¹ Те же социально-экономические и иные права, которые относятся ко «второму» и «третьему» поколениям, во многих случаях ставят человека не только в зависимость от уровня развития общества, его богатства, но и в зависимость от власти, от ее состояния и усмотрения чиновников. Так что, казалось бы, благое дело — расширение каталога прав человека на деле обескровливает эту основополагающую гуманитарную категорию. Приводит, если угодно, к устойчивому настроению по дискредитации самой категории прав человека — процесс, происходящий в результате включения в нее с помощью международно-правовых документов и научных деклараций все новых «поколений», вплоть до «права на самообразование», «права на сон».

2. Проблемы века. Акцент на основных (фундаментальных) правах человека тем более важен потому, что именно с ними сопряжены наиболее значимые и острые проблемы современности. В том числе и те, которые касаются «негативов либерализма», других отрицательных явлений современности. Того, в частности, что обретение людьми персональной свободы, раскрепощение личности, всплеск ее активности и связанная с этим взрывная модернизация общества, зигзаги капиталистического развития, магия потребительства, как оказалось, сопровождаются также и негативными явлениями, вызывают к жизни новые социальные трудности и беды.

С особой силой они обрушились на людей в XX в., обернулись в условиях наследия прошлого истребительными мировыми и «малыми» войнами, глобальными экономическими потрясениями, кровавыми тоталитарными режимами, вакханалиями насилия и террора, крайне острыми на почве идеологических догм, этнических страстей, распада империй, жажды присвоения власти и собственности, изощренных потребительских благ. В такой обстановке произошло «новое» (после режимов традиционных обществ) возвеличивание государственной власти, повсеместная ориентировка на «реальные политические интересы», на всемогущество государства, а отсюда — на некое «оправдание» ущемления статуса и прав личности, подспудная, а подчас открытая смена приоритетов в шкале социальных ценностей, все больший расчет на самооценку политических институтов как таковых, «крепкой государственности», «державности», силовых ведомств. Весьма наглядно продемонстрировал такой «поворот событий» варварский теракт в США в сентябре 2001 г., когда реакция на него вылилась не только в использовании методов войны (при этом с колониальным оттенком, когда сверхмощное оружие применяется против «противника», не имеющего против него средств защиты), но и в ограничении гражданских прав людей.

В этой обстановке, переходящей в XXI в., в новое тысячелетие христианской эры, оказалось в высшей степени важным не только восстановление и сохранение категорий неотъемлемых прав человека в их исконном, истинном, первородном значении (и не только, надо добавить, их развитие и конкретизация именно в таком исконном значении), но и углубление самого их понимания, раскрытие и утверждение новых граней в представлениях и практической деятельности и прежде всего в плоскости соотношения фундаментальных прав человека с политической властью.

С этой точки зрения высокий смысл есть в конституционном развитии европейских стран, переживших в 1920–1940-х гг. ужасы фашистских режимов, — Германии, Испании, Италии. Именно в этих

странах, как уже упомянуто, в отличие от всех других государств, казалось бы, с предельно совершенными, устоявшимися демократическими порядками, сразу же после крушения тоталитарных фашистских режимов, в первых послевоенных конституциях выделены в качестве решающей и действенной гарантии против тоталитаризма «основные права человека». И главное — основные права человека в конституционных текстах указанных стран поставлены на первое место (внимание! впереди общих деклараций и положений о государстве!), что *придало этим исходным гуманитарным нормам основополагающее значение в построении и в функционировании всей государственно-правовой системы.*

Попытка подобного же рода при подготовке российской Конституции не реализовалась. Заглавная статья конституционного проекта, предусматривающая непосредственное юридическое действие прав человека, оказалась после аппаратных «доработок» перенесенной в главу вторую, была заменена декларативным положением о ценности «прав человека и гражданина», а первое место в тексте заняли положения о государстве. Но она все же есть — статья 18 Конституции России — статья, предусматривающая, что права и свободы человека определяют «смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти»; и это позволяет в борьбе за права человека опираться на высокозначимое конституционное основание. Слава Богу!

3. Приоритеты. В качестве следующей крупной проблемы в области прав человека следует указать на необходимость, обусловленную требованиями времени, *повышенного общественного внимания к определенным группам прав человека, их более четкой и строгой юридической констатации, возвышения на более высокий уровень юридической конкретизации, правовой защиты.*

Здесь прежде всего имеется в виду такое фундаментальное право человека, как *свобода слова* (а в этой связи и частные ее проявления — *гласность* и «*прозрачность*» государственной жизни). Факты жизни, в том числе последнего времени, показали, что от реальности этого фундаментального права, от придания ему приоритетного значения решающим образом зависит общее состояние демократии в обществе. Отсюда — острая потребность разработки и введения в действие юридически отработанных мер, обеспечивающих автоматическую и жесткую правовую реакцию на каждый случай ущемления или умаления этого фундаментального права человека.

Еще одна проблема такого же свойства. Среди неотъемлемых прав человека в настоящее время все большее значение приобретает право, реализующее *самоценность человека*, — *право на жизнь*. Увы, именно так,

в отношении, казалось бы, самой первой и простейшей, по сути элементарной, само собой разумеющейся основы статуса личности приходится говорить как о предельно актуальной (и чуть ли не юридически утонченной) характеристике гуманитарных прав в современном их понимании.

Между тем при всей важности других современных трактовок прав человека один из непреложных выводов в рассматриваемой области из кровавых войн-боев XX в., жутких последствий тоталитарных режимов 1930–1940-х гг. (с газовыми камерами, коллективной ответственностью, уничтожением этнических групп населения, расстрелами «по спискам», ГУЛАГовским кошмаром, государственным террором) состоит как раз в придании *абсолютного значения праву каждого человека на жизнь*. Причем в самом точном и строгом смысле — таком, когда абсолютное же значение приобретает недопустимость «убийства вообще», лишения жизни, физического уничтожения (ликвидации) человека кем бы то ни было, в том числе государством, любой иной силой, какие бы мотивы и основания — идеологические, политические, нравственные — ни приводились в оправдание такого рода акций.

Отсюда — справедливо возобладавшая в последние годы линия на недопустимость терроризма во всех его разновидностях (индивидуального, группового, государственного). И одновременно — все более и более утверждающееся в современном мире (и в немалой мере уже реализованное в демократически развитых странах, кроме США) при всей противоречивости проблемы и мощных контрдоводах императивное требование об отмене смертной казни как меры наказания за преступления, определяемой ныне многими правозащитниками как «убийство под прикрытием закона».

И отсюда же — все более крепнущее (пусть пока не всегда строго формулируемое) убеждение о недопустимости использования при решении внутригосударственных проблем методов войны, когда — пусть даже в сложных, критических ситуациях, но в условиях мирного времени — вступает в прямое, полномасштабное действие регулярная армия с ее тяжелым вооружением, рассчитанным на массовое поражение людей. И конечно же с рассматриваемых позиций — необходимость новых, более строгих и жестких оценок, а в этой связи подходов к «явлению войны вообще», с ужесточением «законов войны», норм о военном и чрезвычайном положении, гарантий и ответственности в этой критической сфере человеческого бытия, которая по мере человеческого прогресса обречена в перспективе на то, чтобы перейти из области «возвышенного и героического» в область «гуманитарно-терпимого», допустимого лишь по жестким критериям «крайней необходимости».

Не будет лишним иметь в виду при этом и то, что сама оправданность «уничтожения человека», объявляемого врагом («врагами народа», «террористами», «троцкистами-бухаринцами»), представляет собой один из основных постулатов сугубо коммунистических, большевистских трактовок права. И соответственно недопустимость такого постулата — важнейшее начало права современного гражданского общества. В этой связи, как показывают события последнего времени, безошибочным показателем (тестом-индикатором), свидетельствующим о реальной приверженности того или иного лица истинным началам прав человека либо об исповедовании им идеологии силового характера, является сам факт, допускается ли этим лицом во имя каких угодно «высоких» целей сама возможность физического уничтожения людей, объявляемых без суда и современных процессуальных процедур «врагами народа и государства», «бандитами», «преступниками».

Не под влиянием ли такой идеологии возник настрой на то, что объявление какого-то лица «террористом» (пусть только по данным разведывательных учреждений, сведениям, имеющимся у одних лишь исполнительных органов и т.д.) является будто бы достаточным основанием для уничтожения или, скажем прямо, убийства этого лица (так, кстати, поступали израильские репрессивные учреждения в отношении «организаторов террористических актов»? Нечто аналогичное произошло и в Афганистане, когда в ходе антитеррористической операции, осуществляемой США и примкнувшими к ним государствами, проходившей под флагом возмездия, погибли не только «возможные террористы», но и сотни — а возможно и тысячи — совершенно невинных людей.

4. Вновь — юридические аспекты. Отмечая только что названные (и кратко рассмотренные) проблемы прав человека, не упустим из поля зрения то обстоятельство, что решающее значение по вопросам прав человека и здесь имеет их юридический аспект. И в этой связи — понимание того, что все они так и останутся острыми и нерешенными вопросами современности до тех пор, пока не будут выработаны оптимальные варианты их решения, которые неизбежно, могут заверить, «выйдут» на право. То есть пока они не воплотятся в *праве человека*, содержащем отработанные юридические конструкции и принципы, строгие, способные фактически, на деле реализовать при помощи юридических механизмов высокие гуманитарные ценности и идеалы.

Что это за юридические конструкции и принципы?

К счастью, многие из них (во всяком случае, по своим основам, «классическому» построению) уже выработаны за многовековую историю юриспруденции, стали достоянием юридической культуры. Дру-

гие нуждаются в модификации, развитии, выработке новых компонентов, соответствующих требованиям надлежащего юридического обеспечения прав человека.

Так, при решении вопросов, связанных с юридическим обеспечением свободы слова, была бы оправданной проработка возможности использования таких юридических конструкций и принципов, которые построены на признании *абсолютного характера* (по существующим юридическим определениям или с известными элементами *sui generis*) субъективного права, выражающего и гарантирующего свободу слова. И стало быть, реальным было бы такое построение, допустим, права по лицензии на телевидение, в соответствии с которым продление срока осуществления этого права на то или иное время носит автоматический характер (и следовательно, лишение указанного права может производиться только в судебном порядке в соответствии с исчерпывающим перечнем оснований, предусмотренных в законе).

Особо острый характер выработка адекватных и развернутых юридических конструкций приобретает (как свидетельствуют российские реалии нынешнего времени) в обстановке, когда абсолютный характер права собственности трактуется, притом подчас в политических целях, так, что под эгидой всевластного собственника оказываются духовно-интеллектуальная жизнь людей, права на свободу мысли и слова. Здесь вполне возможно создание и отработка юридических конструкций (с использованием договорного метода), сочетающих реализацию прав собственника и прав творческих сообществ, включающих права на соответствующую интеллектуальную собственность. При этом следует иметь в виду, что специфическое «поглощение» структурой акционерных обществ многообразных комплексов отношений собственности, иных имущественных и неимущественных отношений требует их известного обособления, обретения ими своеобразного юридического статуса, требующего использования договорных методов и специфической судебной защиты.

Аналогичные соображения можно высказать и по другой острой проблеме — по поводу исключения самой возможности «уничтожения» людей без суда, а также действия всего комплекса процессуальных процедур, неизбежно наступающего в результате использования методов войны при решении внутригосударственных проблем.

Такого социального результата можно достигнуть не только путем введения необходимых конституционных запретов (таких, как запрет на использование регулярных вооруженных сил при решении внутригосударственных проблем, предусмотренный в первых вариантах проекта российской конституции), но одновременно путем установления

юридически отработанного порядка использования регулярных вооруженных сил внутри страны. Порядка, при котором подобное использование армии допускается лишь по основаниям, строго определенным законом в исчерпывающем перечне, с констатацией их наличия в правосудном порядке, что и должно в автоматическом режиме открывать или не открывать по данным акциям бюджетное финансирование (вопрос о выработке и введении подобных законодательных установлений ставился в печати еще в обстановке первой чеченской войны 1994–1996 гг.).

§ 4. Вопросы глобализации и права человека

1. От слов – к делу. Одна из фундаментальных задач нынешнего времени (особенно для стран, освобождающихся из-под ига тоталитарных режимов и проходящих в таком многосложном процессе ряд «промежуточных стадий») – это перейти от общих деклараций и славословий по правам человека к реальному делу.

Условия, пути и способы решения возникающих здесь проблем, направленных на превращение в жизненную реальность современной культуры прав человека, многообразны. Они сопряжены со степенью утверждения в обществе начал последовательно демократической, либеральной цивилизации, институтов современного гражданского общества, природой, характером и честностью политической власти, деятельностью общественных правозащитных организаций, реальным делом и мужеством действительных подвижников правозащитного дела, со многими другими реалиями и факторами нашего сегодняшнего бытия.

Но быть может, среди этих различных условий, путей и способов есть ключевое звено?

Да, есть такой центральный пункт. Это в пределах юридических систем отдельных стран – такое *юридическое возвышение прав человека, когда они обретают качество объективного права*, а в отношении права в целом (права под углом зрения всего комплекса ныне существующих юридических систем) – *приобретение правом человека г л о б а л ь н о г о значения*.

2. Процессы глобализации и права человека. Суть дела в том, что право – явление универсальное, общезначимое для всех стран, для всего человечества. А в этой связи и в том еще, что реализация ценностей и идеалов права (и прежде всего тех, которые относятся к правам человека) должна не только получать фактическую жизнь через институты и механизмы объективного права данного государства, но и, по всем данным, *реализо-*

ваться в мировом сообществе — в международном праве, в самом законосообразном порядке внешних связей государств, а главное — в состоянии и в «настроенности» права, характерном для мирового сообщества. Процесс, который сообразно аналогичным явлениям в экономике и политике в настоящее время определяется в качестве феномена *глобализации*.

Вопросы глобализации обычно рассматриваются в отношении экономики, информационной сферы, культуры, досуга и т.д. Здесь они сопряжены с серьезными проблемами, вызывают разноплановые оценки. Нередко вполне справедливые. Особо острые в отношении экономически отсталых стран и регионов, где процессы глобализации при всей их неодолимости и всех их позитивных сторонах подчас прикрывают господствующие статус и интересы наиболее могущественных государств, деятельность транснациональных структур, их претензии на расширяющееся господство, на использование общемировых богатств с узкоэгоистических интересов.

Но есть сфера жизни, где процессы глобализации имеют безоговорочно позитивное значение и должны утверждаться в жизни людей всей планеты в качестве приоритетного (с большим отрывом) направления общественной жизни, имеющего общезначимый, конструктивный смысл. *Это право*. Причем речь идет не о праве «вообще» и тем более не о праве сильного и не о системах национального права в той их части, которые затрагивают отношения и факторы национальной культуры и истории (в частности, семейные и близкие к ним отношения). Речь идет именно о *праве человека*.

Каковы доводы, обосновывающие это положение?

Главный из них заключается не только в том, что именно от права (права человека!) решающим образом зависит реализация и других процессов глобализации в их позитивном значении, но и в том, что право — это по самой своей природе, как уже упомянуто, *универсальный* институт в жизни людей на нашей планете. А общезначимым, всецивилизационным звеном этой универсальности являются как раз общепризнанные, фундаментальные права человека.

Вполне понятно поэтому, что в странах, особенно тех, которые только вступили на путь формирования права современного гражданского общества (и тем более в экономически отсталых странах), опорными точками для такого правового развития должны стать как внутренние, существующие в данном обществе условия и импульсы, так и те планка и порог правовых ценностей, которые должны быть непреложными для человеческого сообщества на современной стадии развития цивилизации, и в этом отношении ценности *права человека*.

Весьма важно, что в этой области постепенно обозначается и такая сторона формирующегося мирового правопонимания, в соответствии с которой также и национальные правовые системы призваны действовать сообразно современным правовым ценностям.

Здесь прежде всего имеются в виду события 1998–2000 гг. по делу Пиночета, бывшего чилийского диктатора. Генерал Пиночет, глава военной хунты, совершившей в начале 1970-х гг. государственный переворот и учредившей затем репрессивный режим в Чили, был в 1998 г. во время частной поездки задержан в Великобритании по обвинению, представленному Испанией, в преступлениях против человечности.

В то время, когда пишутся эти строки, казалось бы, все точки над *i* в этом деле уже поставлены. Пиночет в связи с состоянием здоровья по сугубо гуманным соображениям не выдан Испании, а получил возможность вернуться и некоторое время тому назад вернулся в Чили.

Но как бы то ни было, главное, что имеет принципиальное значение для права на рубеже нового, третьего тысячелетия христианской эры, *уже произошло*. Это главное заключается в том, что нарушение прав человека в любой стране получает оценку в качестве деликта надгосударственного порядка. А это значит, что *права человека становятся действующим правом в глобальном отношении* — на «наднациональном» уровне. И что, следовательно, права человека обладают, скажем так, *универсальной юридической силой*. И главное — в соответствии с приоритетом международного права каждая национальная юридическая система призвана строиться сообразно принципам и критериям *права человека*.

Приведенные положения получают новое подкрепление в связи с тем, что в 2000–2001 гг. судебные инстанции Чили лишили Пиночета парламентской неприкосновенности и привлекают бывшего диктатора к юридической ответственности (именно в связи с нарушениями прав человека возглавляемой генералом военной хунтой, притом более чем десятилетней давности). Значит, и на уровне национальной юрисдикции идея верховенства прав человека, притом в отношении ответственности недавнего политического лидера, становится ведущим правовым началом демократического общества, согласующимся с универсальным, надгосударственным значением общепризнанных прав человека.

Тут нужны еще вот какие дополнительные пояснения. В мировой юридической практике и до дела Пиночета права человека уже начали получать признание в качестве непосредственно действующих, обладающих прямой юридической силой, независимо от установлений той или иной национальной юридической системы. Еще в 1996 г. судебные инстанции Германии посчитали возможным на основании

положений о правах человека привлечь к ответственности деятелей «другого», притом уже несуществующего государства — бывших деятелей ГДР, за действия, которые они совершали по существовавшему в свое время (но к рассмотрению юридического дела утратившему силу) «социалистическому» законодательству.

Здесь же, в Великобритании, при рассмотрении дела Пиночета такого рода линия не только получила завершение в виде признания глобального, надгосударственного юридического статуса прав человека, но и в соответствии со спецификой общего, прецедентного права нашла отражение в самом содержании действующей юридической системы. Ибо (сторона проблемы специального характера, не всегда принимаемая в расчет) право Великобритании характеризуется как раз тем, что в нем как в системе общего прецедентного права демократические правовые ценности и идеалы не просто учреждаются декларациями «сверху» (что во многих случаях на долгое время оставляет их сугубо «бумажными» или даже пропагандистскими формулами), а формируются и утверждаются в самом процессе решения юридических дел, судом, судебной практикой, в самой плоти юридического бытия и по своим результатам прямо «входят» в действующую юридическую систему, а отсюда и в практику правовой и политической жизни.

3. Перелом. Не будет, на мой взгляд, преувеличением сказать о том, что *приобретение правами человека столь высокой — только что отмеченной — социальной и, главное, юридической значимости — с а м о е з н а ч и т е л ь н о е явление в процессе преобразования (точнее, перенастройки в соответствии с требованиями современного гражданского общества) за всю историю человечества.*

Вместе с тем нужно отдавать отчет и в том, что сейчас, при вступлении человечества в новое тысячелетие, при всей значительности самого этого качественного перелома в мире права мы пока находимся в первых фазах указанного процесса. Сам переход человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа происходит в ходе сложнейших столкновений, противоречий, переплетения разнообразных факторов, социальных сил, исторических зигзагов. И это, конечно же, накладывает свою печать на правовое развитие, нередко резко осложняет, деформирует его. Но принципиально важно, что «рубикон» пройден, сам этот «качественный перелом» в мире права определен с должной строгостью, а главное — *уже реально происходит.*

В настоящее время, надо думать, все более важное значение приобретает отработка соответствующих юридических механизмов, всего правового инструментария — и сообразно инструментально-мате-

математическому пониманию права, и в соответствии с идеалами и критериями права человека. Не менее важно, как показывают факты после событий в Югославии 1999 г., терактов в США и последующей войны на Востоке, сохранить, даже в критической ситуации, незыблемость основополагающих правовых ценностей. И хотя здесь перед нами — многотрудная работа, которая, по всем данным, потребует долгих лет упорного труда, уже сейчас просматриваются определенные элементы такого рода юридических механизмов, складывающихся в данной сфере юридических конструкций.

Эти элементы подтверждают общезначимость общих принципов права (таких, как «абсолютность» соответствующих требований, «автоматизм» наступления правовых последствий). И вместе с тем в данной сфере очевидны перспективы дальнейшего углубленного исследования права как под углом зрения его гуманитарного содержания, так и с инструментально-математических позиций, отработки и совершенствования юридического инструментария, юридических конструкций, специфических правовых идей и принципов.

§ 5. Еще одна сторона высшего назначения права

1. Постановка вопроса. Материалы данной главы подводят нас к необходимости рассмотрения еще одной стороны высшего назначения права.

Право способно быть не только носителем и проводником высоких рациональных, разумных начал в практической жизни людей, но и одновременно призвано стать *прямым выражением, носителем и проводником свободы человека, его высокого статуса, созидательной активности, творческого дела.* То есть с т а т ь, а затем и б ы т ь п р а в о м ч е л о в е к а.

Указанная перспектива в условиях формирования современного гражданского общества уже напрямую отвечает потребностям социальной жизни и должна становиться реальностью. И значит, должна привести в действие потенциал права, его инструментарий, соответствующие юридические конструкции (принципы) и — что не менее важно — развить и усовершенствовать их, обогатить весь арсенал правовых средств и юридических механизмов новыми элементами, позволяющими решать сложные вопросы жизненной практики.

Ранее при рассмотрении юридических аспектов прав человека уже отмечена необходимость использования таких, в частности, правовых механизмов, как конструкции «абсолютных прав», «договора» (при

обеспечении свободы слова) или принцип «автоматизма» юридических последствий при наличии определенных фактов (в целях недопущения использования методов войны при решении внутригосударственных проблем).

2. Сложные социальные проблемы и право. Инструментальный потенциал права свидетельствует, что *нет ни одной проблемы в области прав человека (да и любой иной проблемы современности), которая при достаточном овладении механизмами и правовым инструментарием не могла бы найти достойного решения в соответствии с потребностями гражданского общества и логикой права.*

Вот перед нами, казалось бы, безнадежная, нерешаемая ситуация в области электроснабжения в сложной экономической обстановке России 2000–2001 гг. Монопольная организация РАО ЕЭС ввело в практику порядок отключения от электроснабжения региональных и ведомственных потребителей, задерживающих оплату электроэнергии (которые в свою очередь обеспечивают электроснабжение населения, других «конечных» потребителей). И хотя эта практика опирается на положения действующих нормативных документов о взаимных санкциях в случае невыполнения обязательств, само это «отключение» в 2000–2001 гг. приобрело характер одностороннего административного усмотрения, а главное — оно фактически ударило по «конечным» потребителям — гражданам, в том числе по тем, кто аккуратно и полно вносит платежи по электроснабжению региональным и ведомственным потребителям.

И что же? Кроме жалоб в Центр (центральные ведомства, Правительству, Президенту) да громких заявлений — безусловно справедливых — о «грубых нарушениях прав человека», какой-либо иной реакции на подобную практику не последовало.

Между тем суть проблемы состоит как раз в том, чтобы ввести в действие комплекс правовых механизмов (цепочку отработанных юридических конструкций), которые обеспечили бы и надлежащую оплату электроснабжения, и применение взаимных санкций, и исключение потерь, которые несли бы граждане, исправно выполняющие свои обязательства. Нет слов, здесь — сложные вопросы юридико-конструктивного характера. И потому по этим вопросам нужна углубленная специальная проработка и, возможно, как и в любом конструкторском деле, оригинальные решения (например, есть основания рассматривать электроэнергию в отношении жизнедеятельности граждан в качестве своего рода «публичного объекта» со строгим юридическим режимом, не допускающим какие-либо односторонние действия).

Но принципиально важно то, что все эти вопросы при использовании потенциала науки и надлежащих усилиях специалистов могут получить удовлетворительное решение. И значит, получит решение сложная социальная проблема нашей действительности.

Такого же рода выводы следуют из драматических ситуаций весны — лета 2001 г., когда сложные властно-идеологические процессы, в ходе которых произошла смена собственников и соответствующих информационных ориентаций одного из популярных телеканалов (НТВ), обернулись столкновением «абсолютности» права собственности и одного из ключевых прав человека — свободы слова, прав творческих коллективов. И здесь права собственности и права творческих коллективов (а также права в области интеллектуальной собственности) при все сложности, связанных с вопросами собственности в акционерных обществах, могут получить адекватную их природе реализацию путем разработки и практического применения искусных юридических конструкций.

3. Перспектива. Если попытаться обозначить один из существенных итоговых пунктов изложенного в этой и предшествующей главах, то закономерен вывод о том, что в составе существующих человеческих знаний есть наука правоведение, содержащая такой значительный, пожалуй, поистине гигантский интеллектуальный капитал прикладного характера, который уже сейчас (и тем более в перспективе, при углублении научных знаний, дальнейшей отработке, наладке юридических механизмов, рассмотрении ряда научно-организационных вопросов), способен стать ключом к решению сложных проблем современности, причем именно в том направлении, которое строго соответствует требованиям Времени — перспективам развития цивилизации, всему тому, что относится к жизни и судьбе людей в современную эпоху.

ГЛАВА ШЕСТНАДЦАТАЯ

ПРАВО В НАШЕЙ ЖИЗНИ, В СУДЬБЕ ЛЮДЕЙ

§ 1. Право как цель

1. Право — цель общества. По утверждению Канта, на историческую долю которого выпала разработка важнейших философских основ перехода человечества к современному правовому гражданскому обществу, право в мироздании, в существовании и в развитии чело-

вечества представляет собой *цель общества, находящегося в гражданском состоянии*¹.

По мнению Канта, гражданское устройство, воплощающее право, которое «само по себе есть цель», составляет «безусловный и первейший долг во всех вообще внешних отношениях между людьми»². По его словам, право — это «высший принцип, из которого должны исходить все максимы, касающиеся общества»³, и, стало быть, оно, право, призвано получить в обществе «верховную власть»⁴.

Надо признать, что эти суждения и оценки знаменитого философа у большинства людей не могут не вызвать по крайней мере сомнения. Если уж применима категория «цель» в отношении общества, то разве не экономика, не устойчивое, восходящее экономическое и социальное развитие, а отсюда — материальное и социальное благополучие граждан составляют цель в общественной жизни? К этому же, к цели общественной жизни, несомненно, относится демократия, решение социальных проблем, затрагивающих все население страны. Ясно также, что первостепенное значение в жизни человека имеют совесть, добро, высокая мораль, для многих людей — вера в Бога, Христовы заповеди, высшие моральные критерии поведения в соответствии с постулатами других религиозных верований.

Обратим, однако, внимание на то, что Кант, придавая праву столь высокое значение, говорит об обществе, *находящемся в гражданском состоянии*. То есть речь идет не столько о назначении права в отношении любого общества — назначении, также, конечно, весьма важном (обеспечение организованности, дисциплины, порядка, борьба с преступностью), сколько о г р а ж д а н с к о м о б щ е с т в е, которое характеризуется утверждением в нем последовательно демократических, либеральных ценностей и идеалов.

И вот тут, соглашаясь с идеями Канта о праве как цели, нужно видеть, что право в своих высших значениях, т.е. как право человека (и только оно!) способно осуществить коренную историческую миссию цивилизации на высоких ступенях развития человеческого рода — дать главное, что «делает» человека личностью, обеспечить свободу людей, раскрепостить активность человека и невиданную силу Разума, а от-

¹ Как полагает немецкий философ Б. Тушлинг, комментирующий философскую суть сочинений Канта, последний вообще «анализирует право как конечную цель человеческого рода» (*Кант И. Сочинения на немецком и русском языках*. Т. 1. С. 35.).

² Там же. С. 281.

³ Там же. С. 307.

⁴ Там же. С. 421.

сюда — привести к всесторонней и глубокой модернизации общества, всех сторон жизни людей, к достижению высокого уровня благосостояния общества, достойной жизни каждого человека на высоких гуманистических началах, полной — насколько возможно — реализации его индивидуальности.

Есть достаточные основания полагать, что именно здесь, в своей «исторической предназначенности» стать целью общества, право в полной мере и раскрывает свои *уникальные социальные возможности (способности)* и, следовательно, при их практической реализации — *уникальные, не имеющие альтернатив функции*. То есть все то, во имя чего оно, право, во всем комплексе социальных институтов и появилось на свет.

Таких функций у права в обществе, находящемся в гражданском состоянии, *три*.

В о - п е р ы х, право способно и призвано быть *носителем и гарантом свободы человека в оптимальных разумных формах*. Иного института регуляции, кроме права, способного по максимуму выразить, закрепить, гарантировать и тем самым обеспечить в соответствии с высокими требованиями цивилизации реальность индивидуальной свободы каждого человека в жизни общества, в составе его институтов просто нет. Ни морали, ни корпоративным нормам, ни обычаям и традициям, никаким иным способам социальной регуляции осуществление такой задачи «не дано» — не под силу, не это их предназначение.

В о - в т о р ы х, назначение права — *определить условия и границы свободы человека, «отсекая» от нее «явления зла и несчастья»* — вольницу, злоупотребления, преступления во всех их разновидностях. И дело не только в том, что в праве заложена потенция противостоять произволу, насилию, и вместе с тем юридические институты создают надлежащие, цивилизационные условия для профилактической и карательной деятельности правоохранительных государственных органов, оформляют эту деятельность с максимальным учетом прав людей, но и в значении самой формы (права как формы), которая, по словам М. Мамардашвили, именно в правовом своем значении не содержит в себе «оснований зла и несчастья»¹.

В - т р е т ь и х (пункт, к которому хотелось бы привлечь внимание), право оказывается способным — и это тоже качество уникального порядка — *переводить «свободу вообще» в деловую активность, в творчество, в созидательное дело*. Сами по себе правовые институты собственности, контрактного права, возмещения причиненного вреда, компенсаций и многих других (в силу конструктивной *расстановки* прав, обя-

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 93.

занностей, ответственности, существующих здесь условий и гарантий), стягивая людей при оформлении и реализации тех или иных отношений в соответствующие юридические конструкции, вводят их в такие социальные структуры, где оптимальным вариантом поведения является созидательная деятельность по достижению позитивного результата.

Достоинно внимания, что уже в наше время (причем характерно — в годы пришествия на российскую землю большевизма с его коммунистическим правом) глубокое единство свободы и права отмечено русскими философами, правоведами-мыслителями. По мнению И.А. Ильина, «свобода должна быть принята, взята и верно осуществлена снизу», и «человек должен понять ее природу: ее правовую форму, ее правовые пределы, ее взаимность и совместность, ее цель и назначение», и если этого не будет, то он превратит свободу в произвол, в «войну всех против всех» и в хаос. И трагедия ее утраты начнется сначала¹. Приведу и слова И.А. Покровского, произнесенные в 1918 г. (как бы в подтверждение его ранее, до большевистского переворота сформулированных идей о ценности права), о том, что любой желанный социальный строй (значит, провозглашаемый как «свободный») «должен быть оправдан как строй правый и справедливый»; без этого он будет ощущаться всеми «как голое насилие»².

2. Есть доказательство! Существуют достаточные основания полагать, что события второй половины XX в., происшедшие в демократических странах после окончания Второй мировой войны, дали убедительное доказательство могущества современного права — права человека! — в решении сложнейших проблем экономического и социального развития.

Ведь во второй половине XIX — начале XX в. в условиях продолжающегося процесса перехода человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа все более стали проявляться пороки, изъяны промышленного капитализма, базирующегося на экономической свободе по стандартам «вольницы». И становилось очевидным, что сами по себе существовавшие в то время демократические институты и гражданские законы при всем своем позитивном значении во многом оказываются бессильными, немощными. Раскрыв широкий простор для экономической свободы, они вместе с тем развязывают и разрушительную стихию, не в состоянии в полной мере переключить «энергию свободы» в творческое, созидательное русло и тем самым способствовать устойчивому восходящему развитию

¹ Ильин И.А. Путь к очевидному // Собр. соч. Т. 3. М., 1994. С. 510.

² Из глубины: Сборник статей о русской революции. С. 230.

и одновременно стать преградой на пути разрушительных последствий, нарастающих губительных процессов, порожденных необузданным демоном «вольного», а точнее — дикого, разбойничьего капитализма.

Словом, человечество в конце XIX в. и в первые же десятилетия XX в. оказалось перед вызовом времени. Этот вызов во всей своей жуткой наготе выступил в виде кровавой бойни Первой мировой войны, Великой депрессии начала 1930-х гг., подведшей человеческое общество к черте тотального разрушения цивилизации, ее ценностей, разложения культуры и морали. «Обанкротились» и те течения общественной жизни, которые в представлении немалого числа людей, казалось бы, давали ответ на вызов времени, — коммунистический строй и фашистские режимы. Напротив, тот и другой варианты общественного развития, при всем их действительном и кажущемся различии, породив некоторые приметы модернизации, а еще более видимость благополучия и даже иллюзию будто бы близкого «грандиозного будущего», обернулись на деле порядками диктатуры, беззакония и мракобесия. Режимом рабства и истребления целых народов, наций — по идеологии и практике фашизма.

И уж совсем похоронным маршем общественному прогрессу стала новая мировая бойня 1939–1945 гг., по сути — кровавая схватка фанатичных идей, безумия вооруженного насилия, принявшая невиданный в истории истребительный характер. К счастью, в согласии с логикой Истории эта новая мировая бойня завершилась в 1945 г. разгромом цитадели насилия и истребления народов, наций — фашизма. В какой-то мере оказалась подорванной и коммунистическая идеология, так как борьба Советского Союза с фашистской Германией, сыгравшей в разгроме фашизма решающую роль, проходила в союзе с демократическими странами под общими лозунгами «свободы» и «демократии».

Но в целом все же многие регионы нашей планеты после Второй мировой войны оказались в состоянии разрухи, тотального экономического упадка, морального падения.

И вдруг спустя одно-два десятилетия после окончания разрушительной Второй мировой войны в ряде демократических стран (при этом оказавшихся «полем» наиболее обширных разрушений, и прежде всего стран, сбросивших иго фашистских диктатур, — Германии, Италии, Испании) началось стремительное возрождение, быстрое восстановление экономики, переход ее на постиндустриальную стадию, на стадию устойчивого экономического и социального развития.

В чем дело? Каковы причины этого поразительного феномена?

Конечно, одна из причин — это то, что еще в предвоенные годы и во время войны начал набирать силу, а в 1950–1960-х гг. ворвался

в жизнь общества многих стран могучий поток научно-технической мысли, открытий, изобретательских свершений во всех сферах техники, охватывающий источники энергии, материалы, машинную технику, электронику и т.д., а главное — технологию, информатику, управленческое дело. И это стало существенным фактором резкого повышения производительности труда, экономии энергии и материалов, быстрой и плодотворной «товарной отдачи» от производительной активности, предприимчивости, творчества.

Но каковы все же основания для этой производительной активности, предприимчивости, творчества, особенно в обстановке той ужасающей разрухи, которая наступила после Второй мировой войны?

И вот здесь, на мой взгляд, в условиях утверждающихся демократических институтов, ценностей, идеалов и *проявило свою творческую энергию истинное право, которое как раз в 1950–1960-х гг. стало все более утверждаться в качестве права человека.*

Важно то, что в условиях мощного научно-технического прогресса упрочилась объективная потребность в развитом гражданском обществе. И — что особо существенно — упрочился *настрой на право*, а значит — на *правовое* гражданское общество. Причем такое право и такое правовое гражданское общество, центром которого должен стать человек-творец и созидатель — гражданин, личность с высоким статусом, достоинством и неотъемлемыми правами.

Вот и совпали, совместились — как это часто происходит в Истории — два, казалось бы, довольно отдаленных друг от друга процесса в жизни общества — мощный взлет научно-технического прогресса со всеми вытекающими из него поразительными экономико-социальными последствиями, и одновременно — развитие культуры прав человека.

Получилось, стало быть, что ключевыми, поворотными для права в середине и во второй половине XX в. оказались события 1950–1960-х гг., явившиеся как результатом общего постиндустриального прогресса общества, так и процессом утверждения гуманистических ценностей, своего рода правовой реакцией на кровавый кошмар фашистского и сталинского тоталитаризма. Именно тогда и произошли крупные перемены в праве, оказавшие столь существенное влияние на выход экономико-социальных систем из тупика и последующее всестороннее общественное развитие. Перемены, затронувшие юридические системы развитых демократических стран и означавшие по сути дела не что иное, как их вхождение в принципиально новую стадию, отвечающую требованиям новой эпохи, — в стадию, как было показано ранее, *права человека* как объективной реальности.

И главное здесь — то, что культура прав человека в том виде, в каком она стала выстраиваться в 1950–1960-х гг., *резко возвысила, придала новое высокое качество юридически защищенному статусу человека, сообщила прочность и надежность его «суверенности», самостоятельности и независимости, уверенность во всех сторонах его активного творческого поведения.* В том числе поведения в сфере современного рынка, основанного на риске и персональной ответственности человека за результаты его деятельности.

Словом, в экономическую и социальную жизнь общества вступил *надежно защищенный и высокоответственный человек со значительным потенциалом энергии, активности, гражданского долга.* Человек, действующий в «поле» и в согласии с началами современного гражданского общества.

И именно здесь (наряду и в связи с гигантским взлетом научно-технического прогресса) следует видеть одно из главных оснований, которое вслед за стабилизацией политической жизни, упрочением демократических ценностей, необходимыми упорядочивающими государственными мерами стало решающим фактором для преодоления тупика, порожденного промышленным капитализмом, а затем и для нынешнего экономического и социального успеха в демократических странах.

Выходит, в действительности передовую экономическую и социальную значимость имеет не «просто рынок», а рынок, развивающийся на основе научно-технического прогресса, в условиях утверждающегося современного гражданского общества и потому *облагороженный современным правом, единым с культурой прав человека* (когда корректнее вести речь не о рыночной экономике, а *о частной правовой организации* народного хозяйства, о чем еще в начале XX в. говорил замечательный русский правовед-мыслитель И.А. Покровский).

Благодаря такому праву экономическая свобода (свобода защищенной, уверенной, ориентированной на право личности) не соскальзывает по некому общему бесовскому проклятию в базарно-разбойничью вольницу, а в полной мере оказывается способной раскрыть природные творческие силы человека, его производительную активность, нацеленность на напряжение сил и ума, его нацеленность идти на риск во имя экономического успеха, его персональную ответственность за результаты собственного дела.

Если промышленный капитализм определяет при помощи демократических институтов и классических гражданских законов главным образом рамки для произвольного экономического поведения со всеми возможными и, увы, сбывающимися отрицательными последствиями, то гражданские законы на новой стадии развития права — законы,

возвышенные культурой прав человека, играют для экономики социальной жизни более глубокую и притом изначально позитивную роль. Здесь экономическая свобода по своим потенциям и «настроенности» *переводится* в созидательную активность, напряжение сил и ума, экономический риск и творчество, соединенные с персональной ответственностью за результаты собственного дела. Да и необходимое упорядочение, «обуздание» экономической свободы происходит в этом случае не только через внешние государственно-властные меры, а преимущественно через самого человека, его творческую активность, которая сама по себе представляет собой мощное внутреннее регулирующее начало.

В итоге — поразительные результаты частнопредпринимательской экономики демократически развитых стран во второй половине XX в. — это, повторю, не просто эффект рынка, а результат функционирования рыночной экономики как составной части современного правового гражданского общества (в соединении с гигантским научно-техническим прогрессом), где на первое место вышел Человек, его достоинство и неотъемлемые права.

3. Роковой просчет. В связи с изложенными положениями о роли права в современной модернизации общества — о главной (с точки зрения автора этих строк) причине неудач реформирования России.

По-видимому, важнейший из просчетов при разворачивании в 1991—1992 гг. «кардинальных рыночных преобразований» состоял прежде всего в недоучете того обстоятельства, что к этому времени основные условия и факторы естественного, частнопредпринимательского развития общества оказались в России, как это и планировали коммунисты, «до основания» разрушенными, изничтоженными строем коммунизма. И это при вдумчивом, основательно научном подходе к сложившейся ситуации требовало не стремительного рывка в процветающий капитализм, а в первую очередь аккуратного восстановления условий и факторов нормального, естественного частнопредпринимательского развития — воссоздания производительной — пусть пока мелкой и средней — частной собственности, элементов конкуренции, предпринимательского дела, формирования хотя бы первичных элементов гражданского общества¹.

¹ Но дело не только и, пожалуй, даже не столько в разрушенности, порой в полном отсутствии после многодесятилетнего коммунистического господства условий и факторов естественного, частнопредпринимательского развития общества. А в том еще (что вскоре, как только начались «кардинальные реформы», приобрело решающее значение), что на их месте в советском обществе в результате насилия и фанатизма, упорной работы по «строительству социализма и коммунизма» была создана искусственная, уродливая и вместе с тем всеохватная огосударствленная экономико-социальная система, названная строем «победившего социализма». То есть в сущности утвердилась система «одной фабрики», где отдельные предприятия представляют собой не более чем «единицы» од-

А вот теперь (в связи с только что сказанным) — о наиболее ответственном просчете. О наиболее роковой причине неудач.

ного хозяйственного организма. Где его основой под именем «всенародной государственной собственности» стало присвоение властью всего прибавочного неоплаченного продукта каторжного труда людей, которым через бюджет — как и природными ресурсами, иными богатствами — бесконтрольно распоряжаются высшие круги партнократической власти. Где в плотном единении с такой «одной фабрикой» функционирует уже упомянутая ранее гигантская социальная инфраструктура, настроенная на предоставление социалистических льгот, благодатных милостей от «партии и государства». И где господствуют не персональные инициатива, реальный успех в труде и ответственность, а преданность вождям и руководителям, угодничество, формальные показатели «успехов», бумажная отчетность и рапорты.

Главное же — все эти элементы всеохватной огосударственной экономико-социальной системы основательно укоренились в жизни. Советские люди в основном приспособились к всевозможным гарантиям и минимуму благ, которые они во многом получают независимо от реальных результатов труда и персональной ответственности (пусть этот «минимум» — и не более чем некая «пайка», квартира в блочном доме да участок в коллективном саду, и к тому же — при отсутствии действительных гражданских прав и свобод).

А наиболее существенное с точки зрения сути и перспективы реформ вот что. Скромные политические преобразования в конце 1980-х гг. в СССР, затем — более решительные, в ходе всплеска демократического движения и борьбы за власть в начале 1990-х гг. в РСФСР (России) не затронули указанную махину, само содержание грандиозной экономико-социальной системы в целом. Эта система по главным своим параметрам и элементам сохранилась, да и в силу своей укорененности в сознании, в нравах и образе жизни большинства людей не могла не сохраниться; причем по всем данным — на относительно долгое время, во всяком случае — до той поры, пока ей на смену не придут более благоприятные условия для нормальной жизни человека.

При такого рода обстоятельствах самые что ни есть «кардинальные меры» по «созданию рынка» сами по себе ничего не могли решить. Более того, первая и наиболее решительная из таких мер — введение в январе 1992 г. «свободных цен», породив рыночную вольницу, привела к такому положению дел в огосударственной экономике, когда при отсутствии необходимых законов возобладало «право сильного» — фактическое господство в хозяйстве номенклатуры и криминала, сосредоточивших в своих руках основные устои национального богатства, собственности. Неудачной оказалась и позднее проведенная официальная приватизация, она не затронула основу государственной собственности — саму налогово-бюджетную систему; плюс позор ваучеров и сплошное акционирование, заведомо ущербное, так как акционерные общества — правовая форма, вообще не приспособленная и по самой своей сути не способная быть способом приватизации. И потому приводящая по преимуществу к одной смене вывесок, да к бесконтрольному хозяйствованию чиновников и директоров, неважно — «красных» или «белых».

В такой обстановке поначалу успешное дело — стабилизация рубля, как продемонстрировал август 1998 г., в конце концов не дало ожидаемых результатов. Неудачная приватизация не привела к росту производства, курс рубля пришлось поддерживать внешними заимствованиями да финансовыми пирамидами типа ГКО. Бюджетные же расходы по поддержанию сохранившейся грандиозной социальной махины (дабы еще более не углубить обнищание людей, не вызывать еще большего всплеска страстей, в итоге того страшного, что именуют «социальным взрывом») оказались столь значительными, что надежды и на финансовую стабилизацию в полной мере не оправдались.

На мой взгляд, главная причина неудачи идущих в нашей стране реформ наряду с упречным пониманием либерализма вообще и отсутствием действительно научного подхода к реформам — это *недооценка права*. Права как решающего средства и важнейшего элемента формирующегося гражданского общества. А отсюда — и как решающего средства формирования и определяющего элемента *современной рыночной экономики (частноправового хозяйства)*.

Это значит, что в России не оказалось необходимой социально-правовой основы для сколько-нибудь существенных, действительно демократических преобразований, для свободной конкурентной цивилизованной рыночной экономики. Той основы, которая выражается как раз в *фактическом прочном утверждении в реальной жизни современного гражданского законодательства, построенного на частном праве*.

Ибо к 1991—1992 гг., хотя и было издано несколько «рыночных» законов, но вся укорененная в реальном бытии машина огосударственной экономико-социальной системы сохранилась. Когда же в 1994—1996 гг. Гражданский кодекс России (в двух основных своих частях) был издан, он уже не сыграл (и не мог сыграть) той роли, которая уготована ему историей и самой логикой формирования современного гражданского общества.

Поражает, что и ныне (в 2000—2001 гг.) приверженцы либеральных взглядов, сетуя на нарушение прав человека в российском обществе, объявляют себя сторонниками существующей власти при осуществлении либеральных, как они полагают, экономических реформ. Неужели до сих пор невдомек им, что в современных условиях действительное экономическое реформирование, отвечающее требованиям гражданского общества, возможно только при том непереносимом условии, когда в полной мере утверждаются права и свободы человека?

§ 2. Убежище

1. Еще одна (незаменимая) функция права. Не хотелось бы, продолжая рассмотрение права в современную эпоху, приводить в данном месте иные свидетельства его роли в жизни и судьбе людей. Думается, приведенное «доказательство» является уже достаточным для того, чтобы перейти к принципиальной стороне проблемы, связанной с парадоксами либерального развития.

Но один пункт хотя бы в самом кратком виде нужно все же обозначить. Тем более что он сопряжен с широко распространенными и по ряду

позиций вполне обоснованными представлениями о праве как явлении из области криминальных проблем. Это — то, что именно право даже в условиях сложившегося гражданского общества (и тем более в сложной обстановке его формирования) является *убежищем для человека*.

Слова об «убежище» представляют собой своего рода «знак» служения права конкретному человеку в его сложной, полной превратностей и бед жизни. В том числе «знак» защиты от бед, проистекающих от его же, человека, творения — государственной машины принуждения, самой мощной в обществе силы, призванной по своей глубокой сути быть стражем людских интересов (именно государственная власть нередко вопреки своему истинному предназначению обрушивается на человека самую страшную, неотвратимую беду — государственный произвол, своеволие, расправы, бесчинства чиновников)¹.

А вот в условиях развитой юридической системы гражданского общества человек *именно в праве (притом, конечно же, в праве человека) может найти — коль скоро такое право действительно утвердилось в обществе — надежное «убежище» от социальных невзгод, от насилия и произвола, в том числе самого страшного — государственного насилия и произвола.*

О рассматриваемой стороне гражданского предназначения права с ударением приходится говорить потому, что в современных условиях «жесткие» и «решительные» акции государственных инстанций (фактически приводящие к произволу, нарушениям прав человека) подчас обосновываются необходимостью обеспечения в обществе дисциплины и порядка, освящены святым делом — борьбой с преступностью, особенно в ее наиболее злостных и коварных разновидностях, — с организованной преступностью, коррупцией, терроризмом.

2. Краткое замечание о борьбе с преступностью, о правоохранительной деятельности. Да, юридические институты призваны создавать

¹ Не скрою, автору этих строк существо положения об «убежище» как своего рода знаке служения права человеку подсказал писатель, ГУЛАГовский мученик и гуманист Ю. Домбровский. Его роман «Факультет ненужных вещей», потрясающий рассказ об ужасах гэбистских застенков, о всеохватывающем страхе людей, низости и изувеченности служителей сталинской «юриспруденции», подлости и коварстве попорченной Фемиды, казалось бы, и должен быть обозначен как повествование о подноготной сталинского тоталитарного режима. А вот сам автор в одном из интервью о сути своего романа совершенно неожиданно сказал, что это — *романо право*. Писатель устами одного из героев романа говорит, что именно при сталинском режиме «право — факультет ненужных вещей» — ненужных при тоталитаризме. И заключает словами, полными глубокого смысла и тревоги: «Во всей нашей печальной истории нет ничего более страшного, чем лишить человека его естественного убежища — закона и права. Падут они и нас унесут с собой».

надлежащие, благоприятные условия для профилактической и карательной деятельности правоохранительных государственных органов. Но не меньшая их миссия – обеспечивать эту деятельность с максимальным учетом прав людей. И в этой связи – создавать такие гарантии прав человека (в том числе прав подозреваемых в преступлениях, подследственных, подсудимых), которые бы позволяли любому лицу «спрятаться» от произвола, найти именно в праве «охранителя» и «защитника», быть уверенным в том, что любой человек при любом повороте событий (при множестве, казалось бы, неопровержимых подозрений, даже при признании подозреваемого виновным в судебном порядке) будет защищен от расправы, других проявлений произвола.

Вот и получается, что право человека самой системой правосудия, строгими процессуальными процедурами, недопустимостью применения вне этих процедур государственного принуждения, порядком опротестования и обжалований, презумпцией невиновности и другими развитыми и отработанными юридическими формами и конструкциями призвано создать барьер непробиваемой защиты, барьер огражденности человека от насилия и произвола. А с учетом неотделимой от истинного права социальной солидарности – барьер защиты от превратностей судьбы обездоленного человека.

Думается, наряду с впечатляющей ролью права в сфере современной экономики, именно характеристика развитых юридических систем как надежного «убежища для человека» является – как показывает практика передовых демократических стран – важнейшим показателем достигнутой ими ступени цивилизационного развития.

§ 3. Право и высокие духовные ценности

1. Мораль – основа оценки права. Характеристика права как цели связана с его общественным признанием, которое основывается на морали.

Хотя в ходе общественного развития происходит высвобождение (отдифференциация) правовых средств от иных средств регуляции, и прежде всего от моральных императивов [II.5.3], моральные критерии остаются основой оценки права. И как это ни парадоксально, именно через моральные идеалы и ценности *происходит общественное признание права*.

Ведь мораль не только регулятор; она одновременно выступает в качестве *высоких духовных идеалов и ценностей*. А это уже не только ка-

тегории общечеловеческого и высокого, трансцендентного духовного мира, законы духовной свободы, но и в этой связи – принципы, призванные придавать надлежащий духовный ранг, духовный статус тем или иным явлениям. В том числе в области внешних отношений, внешней свободы.

И самое знаменательное здесь заключается в том, что мораль, которая в немалой степени отторгается правом на уровне регуляции внешних отношений (такова уж логика права!), *дает праву максимально высокую социальную оценку, придает ему высокую духовную значимость.*

Такой эффект достигается на основе особой категории, выражающей моральную оценку права, – *правового долга.*

2. Категория «правовой долг». Приведу сначала выдержку из сочинения Канта «К вечному миру», а затем в ходе разбора суждений философа попытаюсь обосновать мысль о том, что именно через категорию «правовой долг» реализуется высшая моральная оценка права.

Вот что пишет Кант: «И любовь к человеку, и уважение к *праву* людей есть долг; первое, однако, только *обусловленный*, второе же, напротив – *безусловный*, абсолютно повелевающий долг; и тот, кто захочет отдаться приятному чувству благосклонности, должен вначале полностью убедиться, что он не нарушил этого долга». И вслед за тем: «Политика легко соглашается с моралью в первом смысле (с этикой), когда речь идет о том, чтобы подчинить право людей произволу их правителей, но с моралью во втором значении (как учением о праве), перед которой ей следовало бы преклонить колени, она находит целесообразным не входить в соглашение, предпочитая оспаривать всю ее реальность и всякий долг истолковывать лишь как благоволение». И здесь, замечает Кант, дает о себе знать «коварство боящейся света политики»¹.

Необходимо сразу же заметить, что, по Канту, уважение к праву для людей не просто долг, а долг *безусловный, абсолютно повелевающий*. Более того, Кант довольно жестко противопоставляет его долгу «любить человека» – одному из центральных постулатов христианской религии, рассматривает его в качестве лишь «обусловленного долга», словом, возвышает долг людей в плоскости права (в другом месте он прямо называет его «правовым долгом»²) даже над важнейшим и поистине великим религиозным началом, относящимся к самой сути христианства.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 475.

² Там же. С. 455.

Почему же именно правовой долг имеет безусловный, абсолютно повелевающий характер? Тем более в условиях, когда происходит и закономерно нарастает разъединение морали и права¹.

И вот здесь обретает глубокий смысл то обстоятельство, что конструирование понятия «правовой долг» оказывается возможным и оправданным только в гражданском обществе — в том обществе, где в силу природы и логики его экономической, политической и духовной жизни право, раскрывая смысл последовательно демократической, либеральной цивилизации, становится целью общественной жизни. В том обществе, в котором право возвышается над властью (политикой), ставит в центр общественной жизни человека, его достоинство, высший статус и неотъемлемые права. И именно тогда в сфере морали право и реализуется в долге, имеющем безусловный, абсолютно повелевающий характер.

Выходит, мораль, выраженная в правовом долге, в безусловном и категорическом уважении права людей, есть мораль гражданского общества — высшая мораль, мораль-максима.

Но долгие века в человеческом сообществе в условиях традиционных цивилизаций, в которых доминировали власть и ритуальные религии, господствующее положение имела адекватная им традиционная мораль, в которой первое место занимают власть (политика) и ритуальная религия, во многом подчиняющие себе и поглощающие и право. И стало быть, мораль, открывающая путь к тому, чтобы — по словам Канта — подчинить право людей произволу их правителей, когда господствует с точки зрения современных представлений «право власти».

И когда Кант вполне справедливо говорит о том, что «политика должна преклонить колени перед правом человека»², речь идет не о праве вообще, а именно о *праве человека*.

И не менее примечательно то обстоятельство, что это строгое, недвусмысленно определенное выражение в отношении политики (власти) — «преклонить колени» — Кант слово в слово применяет и в от-

¹ Отметив происшедшее в Европе «разведение» морали и права как факт, свидетельствующий о преодолении моральной нетерпимости (выступавшей в качестве духовной санкции насилия), А.А. Гусейнов считает, что такое «разведение» выразилось в «возведении права в мораль государства» (*Гусейнов А.А. Моральная демагогия как форма апологии насилия. Материалы конференции «Российско-германский диалог: насилие в посттоталитарных обществах» // Вопросы философии. 1995. № 5. С. 12*). Последнее из приведенных суждений требует, на мой взгляд, известных корректив. Оно, думается, приобретет положительное ценностное звучание, если «моралью государства» станет не вообще право, а *право человека*.

² *Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 461.*

ношении морали, выраженной в правовом долге, в «учении о праве»¹. Красноречива и такая деталь: с точки зрения Канта (вполне обоснованной, последовательной), политика, а значит, и власть «легко соглашается с моралью», когда она освещает подчинение права людей произволу их правителей. А вот перед правом человека и моралью, выражающейся в правовом долге (моралью гражданского общества), власть, политика сникают, тушуются, робеют, понимая, что это большая, могучая, по логике общества доминирующая сила — явление ей, власти, органически чуждое, претендующее на первенство. Потому-то в отношении «такой морали» (или «учения о праве») политика не спешит «преклонять колени», а переводит дело в иную плоскость — «находит целесообразным не входить в соглашение, предпочитая оспаривать всю ее реальность и всякий долг истолковывать как благоволение»², когда, по Канту, и раскрывается коварство «боящейся света политики».

В другом месте, в комментарии древнеримской формулы «*fiat iustitia, pereiat mundus*» (пусть погибнет мир, но торжествует правосудие) Кант обращает внимание на такую грань соотношения права и морали, связанную с правовым долгом. Он пишет, что политические максимы должны исходить «из чистого понятия правового долга (из долженствования, принцип которого дан *a priori* чистым разумом)»³. Подчеркивая таким образом приоритет правовых категорий по отношению к политическим, он поясняет суть правового долга через моральное понятие «долженствование», но такое долженствование, основу которого образует принцип, данный *a priori* чистым разумом. То есть принцип чистого права, высоких чистых правовых начал, безусловного уважения права человека.

А теперь такое соображение. Одна из проблем жизни человеческого общества начиная с глубокой древности и до наших дней — это проблема взаимоотношений политики (власти) и морали, моральность политики.

Сам по себе «спор» морали и политики бесперспективен: политика и мораль имеют свои основания общественной значимости, свои особые ниши бытия и могут каждая в «своей» сфере с немалым успехом отстаивать «свой приоритет» (увы, не считаясь — ибо при этом нет ущерба — с соседствующей сферой).

Но этот «спор» находит удовлетворительное решение, как только в него включается право, притом именно право человека как цель общества. В таких условиях мораль, призванная придавать священный характер праву, занимает должное высокое место по отношению

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 475.

² Там же.

³ Там же. С. 457.

к власти, к политике. И тогда, по словам Канта, «истинная политика не может сделать шага, заранее не воздав должного морали». И тогда в любых жизненных перипетиях «право человека должно считаться священным, каких бы жертв ни стоило это господствующей власти»¹.

Достоин упоминания еще один штрих, характеризующий моральность власти, политики. И вновь толчок к размышлениям по данному вопросу дают идеи Канта о праве. Для Канта, как и многих других мыслителей эпохи Просвещения, были очевидными негативные стороны, коварство и тяготы власти. И вытекающая отсюда необходимость умирения власти и даже — коль скоро речь идет о правителе как «наместнике Бога» — смирения в его душе.

И вот при обосновании такой необходимости (когда философом и была высказана мысль о праве как о «самом святом из того, что есть у Бога на земле», о чем речь впереди) Кант говорит о наиболее тяжелой миссии для правителя — блюсти право людей². Да, верно, «наиболее тяжелой» во все времена и особенно ныне, когда «права людей» выдвинулись в самый центр жизни общества и когда «соблюдение прав стало для многих правителей вовсе не «миссией», а некой обременительной повинностью.

Отсюда — предположение. *Не в этой ли миссии — блюсти право людей, когда недопустимо даже «чем-либо задеть» со стороны правителя эту святыню — надо видеть высшее предназначение государственной власти в обществе?* Если это предположение справедливо, то оно может служить еще одним подтверждением того высокого предназначения права, когда «природа неодолимо хочет, чтобы право получило в конце концов верховную власть»³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 461.

² Там же. С. 383.

³ Там же. С. 419. И еще один знаменательный момент, выражающий жесткую позицию в отношении людей, попирающих неотъемлемые права человека. По обоснованному утверждению Канта, нарушение прав человека — явление отвратительное. Такое нарушение, по его словам, «есть зло и им остается, в особенности, в преднамеренном взаимном нарушении самых священных человеческих прав», «которое нельзя не ненавидеть» (с. 333).

Но какой должна быть реакция на подобное нарушение прав человека? В свою очередь причинить нарушителям зло? Нет, говорит Кант, признание нарушения прав человека явлением отвратительным «не означает причинять людям зло, это значит к а к м о ж н о м е н ь ш е и м е т ь с н и м и д е л а (разрядка моя. — С.А.)» (там же).

Да, именно так. Именно с такой философской, истинно человеческой, глубоко моральной стороны должна быть реакция на нарушителей священных прав человека. *Как можно меньше иметь «с ними», такого рода правителями, дело!* С правителями, несущими бремя власти, которая по самому своему назначению призвана утверждать и охранять права людей как незыблемую святыню.

3. Общепринятые формулы и оценка высокого смыслового значения.

В настоящее время прочно вошли в обиход, и на научном и на публицистическом уровне, такие формулы, относящиеся к современному развитому гражданскому обществу, как «верховенство права» или «правление права». Формулы, в которых и содержится лестная для приверженцев права оценка этого социального института.

И все же наиболее яркое и точное, на мой взгляд, определение ценности права выражено в кантовском положении о том, что *право человека является самым святым из того, что есть у Бога на земле.*

Вовсе не случайно в сочинениях Канта, затрагивающих вопросы права, неизменно присутствует слово «святое». Оно уже прозвучало в лекциях 1780–1782 гг., прочитанных в Кенигсбергском университете. «Наш долг, – говорил Кант, – состоит в том, чтобы глубоко уважать право других и как святыню чтить его»¹. В последующих своих работах философ в ряде случаев использует указанное определение также в отношении субъективных прав – прав отдельных личностей, общностей и даже всего человечества (Кант утверждает, например, что отказ от просвещения тем более для последующих поколений означает нарушение и попрание священных прав человечества). Вместе с тем такую возвышенную характеристику Кант со временем все более распространяет на в с ю п р а в о в у ю м а т е р и ю, на объективное право.

Это относится и к обобщающему положению о том, что «право человека должно считаться священным»². А главное – к тому приведенному выше положению, которое представляет собой оценку наиболее высокого смыслового значения, – к положению о праве как самом святом из того, что есть у Бога на земле³.

Эту оценку наиболее высокого смыслового значения не следует понимать в ортодоксально-религиозной интерпретации. Тема Бога появилась у позднего Канта вообще как «тема согласованности множества частных и разнообразных, разнородных законов; согласованности, которая может быть приписана лишь воспроизводству некоторой производящей основы всех этих законов»⁴.

С таких позиций, возможно, есть основания утверждать и то, что ссылка на Бога при характеристике ценности права позволяет придать человеку как разумному существу и праву человека значение своего рода «представителя» или носителя ценностей «производящей осно-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 271.

² Там же. С. 141, 461.

³ Там же. С. 383.

⁴ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 151.

вы» духовного мира людей в области внешних, практических отношений. Весьма примечательно также и то, что в приведенном выше положении Кант столь возвышенно оценивает право в сопоставлении со «священностью» власти, правителя. Он утверждает, что есть известный резон в суждениях, в соответствии с которыми «правитель — наместник Бога». Почему? Да потому, что такого рода, казалось бы, славословные суждения должны вызывать «в его душе смирение», так как — внимание! — вообще-то он, правитель, «взял на себя миссию слишком тяжелую для одного человека, а именно взялся блюсти право людей (самое святое из того, что есть у Бога на земле) и ему постоянно следует опасаться чем-либо задеть эту зеницу Господа»¹. (Да-да, именно так — «зеницу Господа»!)

В какой-то мере такое терминологическое обозначение ценности права, отражая особенности общепринятой лексики конца XVIII в., имеет в кантовских суждениях сугубо светское, мирское значение. Оно под этим углом зрения призвано выразить отношение к праву — стать определяющей категорией, ключевым звеном правосознания людей в гражданском обществе. Ведь по сложившемуся с конца позднего Средневековья (и до наших дней) словоупотреблению нет другого словесного символа, другого терминологического обозначения, кроме слова «святое», которое бы выражало высшее, самое высокое отношение к тому или иному предмету. Отношение предельно уважительное, почтительное, не допускающее никаких исключений. (Показательно, что в России даже в первые годы после Октябрьского переворота, когда открыто провозглашался и проводился в жизнь откровенно атеистический режим диктатуры пролетариата, Ленин говорил о том, что нужно «свято» соблюдать законы и предписания советской власти.)

Главное же, что предопределило столь возвышенное отношение Канта к праву, — это, надо еще раз сказать, сама суть философских воззрений Канта, его философских идей о праве, его смысле. Идей, посвященных не только праву как звену «замысла» природы, в частности, тому, что относится к глубинным, природным корням права, той «путеводной нити природы», которая «таинственным образом связана с мудростью»². Решающее значение и в данном отношении имеют философские представления Канта о внутреннем духовном мире человека, находящемся «по ту сторону» представлений о природе, когда — кстати будет замечено — он в связи с характеристикой прирожденных, необходимо принад-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 383.

² Там же. С. 107.

лежащих человеку и неотчуждаемых прав говорит о том, что здесь человек выступает «гражданином сверхчувственного мира»¹. Именно в таком ключе Кант пишет о том, что «человечество в нашем лице должно быть для нас самым *святым*, так как человек есть субъект *морального* закона, стало быть, субъект того, что само по себе свято»².

А теперь в краткой, наиболее сжатой характеристике суть проблемы — ответ на вопросы, относящиеся к приведенному выше кантовскому положению, — почему «у Бога» и почему «самое святое»?

Потому ответу предельно кратко, что *человек, с у в е р е н н а я л и ч н о с т ь, — существо, наделенное разумом, — это и есть самое великое, самое «божественное», выражение или воплощение на земле самого Бога* (хотя у человека немало и того, что имеет и «бесовской», темный характер — из мира зла и дурного). Такое божественное, по нашим конфессиональным доминантам — христианское понимание личности как раз, надо полагать, и было обосновано Н.А. Бердяевым³ — одним из крупных философских умов последнего столетия. И вот *само-то положение человека, разумного существа, человека как личности может быть «дано» — закреплено и охраняемо — именно правом, правом человека.*

Таким образом, дело не только в том, что именно через право на цивилизованных началах реально утверждается самое великое благо для человека — свобода, и притом — в современных цивилизационных значениях (хотя эта миссия права достойна достаточно высоких оценок). Наиболее существенное заключается в том, что на основе права индивид *становится личностью* — факт, действительно относящийся к разряду «святых», а институт, обеспечивающий его наступление и поддержание, право, — «самое святое» из того, что есть на нашей грешной земле у разумных начал нашего бытия, которые могут быть названы «Богом».

И тут в обоснование приведенных положений представляется важным обратиться к одной из определяющих особенностей права человека, вытекающей из идей другого мыслителя, взятых за основу в этой книге, — И.А. Покровского. Именно потому, что человеческие права, лежащие в основе права современного гражданского общества, раскрываются как право на индивидуальность каждой человеческой личности, надо отдавать себе отчет в том, что на земле нет иных социальных институтов и средств — кроме объективного права, — которые были бы способны

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 375.

² Там же. Т. 3. С. 645.

³ Н.А. Бердяев пишет: «Идея Бога есть величайшая человеческая идея. Идея человека есть величайшая Божья идея. Человек ждет рождения в нем Бога» (*Бердяев Н.А.* Указ. соч. С. 195).

реализовать, претворить на деле эту наиболее высокую гуманитарную цель сообщества разумных и потому свободных существ — людей, цель, состоящую в конституировании и возвышении личности, реализации ее индивидуальности. А это и предполагает, что именно право как объективированное бытие разума — именно под только что указанным углом зрения — приобретает качество основного звена решения жизненных проблем людей. И оно в данном отношении не может не быть самым святым из всего того, что есть у Бога на земле.

4. Трансцендентная сторона вопроса. При рассмотрении права с точки зрения высоких духовных ценностей есть и такая сторона вопроса, которая требует дополнительных характеристик. Это — понимание места и роли права в жизни и в судьбе людей — права с точки зрения категорий, находящихся «по ту сторону» представлений о природе, выраженных в духовном мире человека, — трансцендентальных идей чистого разума: свободы, бессмертия, Бога. То есть того внутреннего духовного мира человека, в котором господствуют идеалы и высшие начала морали, начала добра и совести, вины и раскаяния, светлые начала разума, формируется нравственная личность и «в своей трансцендентности, человек выступает как разумное, разумно действующее, нравственное, свободное существо»¹.

При всей (вполне оправданной) сложности такого подхода к действительности, трудностях его восприятия традиционным мышлением надо отдавать ясный отчет в том, что без учета глубоких духовных основ нашей жизни, находящихся «по ту сторону» представлений о природе, идеи свободы личности, ее прирожденных неотъемлемых прав, личной ответственности и личной вины лишаются каких-либо оснований. И значит, отпадает возможность самой постановки вопроса о праве как об объективированном бытии разума и тем более о праве человека, праве в высоком духовном человеческом значении, способном возвыситься над властью, стать целью и под углом зрения высоких духовных, нравственных начал.

Вместе с тем здесь, наряду с допустимой, думается, гипотезой о, возможно, трансцендентных, сверхчувственных корнях самого феномена права [II.11.2], требуется известный разворот аргументации, перевод ее в иную плоскость, к учету того факта, что позитивное право охватывает внешние, практические отношения, область прозаических, грубых, эгоистических интересов и страстей. Но эти фактиче-

¹ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

ские, суровые и жесткие особенности сферы внешних, практических отношений людей не только не устраняют, но как раз предопределяют то обстоятельство, что именно право является — как это ни парадоксально — образованием, наиболее близким к духовному миру человека, адекватным, совместимым с ним.

Ибо именно право в земной, прозаической жизни призвано быть носителем чистого разума, выступать в качестве права человека. И поэтому именно право (при реализации заложенных в нем потенциалов) должно не только быть прочной и твердой опорой для активности, творчества, самостоятельной деятельности людей *на земле*, в сфере внешних отношений, но и «сделать человека центром людского сообщества — личностью, и в этой связи *о п о р о й* (именно опорой, не более и не менее того) для утверждения во взаимоотношениях между людьми высоких духовных, моральных начал, идеалов, ценностей».

В сфере внешних, практических отношений иной сравнимой по социальной силе, энергетике и органике опоры для утверждения и реализации духовных, моральных ценностей человека среди социальных образований не существует. Именно отсюда раскрывается уникальное значение права, состоящее в том, что при помощи права оказывается возможным распространять высокие проявления разума, трансцендентальные ценности — духовные, моральные начала, идеалы — на область внешних, практических отношений. То есть создавать условия, быть стартовым пунктом, опорой для того, чтобы «возвращать» их людям в сфере отношений, наполненных антагонизмами, конфликтами, страстями, суровыми и трудными буднями. При этом возвращать эти человеческие ценности не в виде одного лишь милосердия, блаженной любви, сострадания, других категорий патерналистского сознания и традиционных порядков, а в виде свободы человека, выраженной в субъективных правах и охраняемой законом.

При этом следует учесть обстоятельство, на которое обратил внимание М. Мамардашвили. «Декарт и Кант (а также некоторые философы XX в., например Шпенглер), — говорит он, — понимали идеальное, идеал не как нечто существующее в оценочном отношении человека, а как реальное явление, событие». И отсюда — «проблема ценностей у Канта — это не проблема веры человека в идеалы, высшие ценности. Речь у него идет о другом — об участии человека с его усилием в реальной жизни, отличной от нашей, в реальной жизни некоторых онтологических абстрактных порядков или так называемых высших, или совершенных объектов»¹.

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 276, 277.

И здесь вновь следует сказать о «переключке» идей Канта и И.А. Покровского. Приведу в этой связи ранее уже упомянутую мысль русского правоведа: «Борьба личности за свои права является... борьбой за свободное целеполагание, за нравственную свободу. Человек хочет свободно искать Бога и его правды, ибо только свободно признанный Бог есть Бог; принудительно навязанным может быть только идол»¹. Одна лишь авторская корректура к сказанному: человек как существо разумное и моральное и есть *выражение Бога на земле* (или «носителя», или «представителя» Его сущности — дело не в словах, а в самой сути того великого и человеческого, о чем идет речь).

Итак, возьмем еще на заметку то обстоятельство, что только тогда, когда человек утверждает себя как личность и существуют надежные средства и механизмы обеспечения прочности и надежности его высокого статуса и неотъемлемых прав, только тогда становится в полной мере возможным реальное осуществление великих духовных и высоких моральных начал — совести, добра, веры. И только тогда, надо добавить, реально могут быть осуществлены начала свободы человека, его творческий потенциал, созидательная активность, самобытная индивидуальность. А значит, реализуются и основные идеалы современной цивилизации.

§ 4. Парадоксы либерального развития. Основная идея

1. Тяжкие реалии. Уготованная Историей миссия права в современную эпоху и те впечатляющие рубежи, которых оно уже достигло в нынешнее время, сталкиваются с иными, противостоящими им реалиями, тенденциями и направлениями в общественной жизни. Эти реалии и тенденции в ряде случаев оказываются настолько значительными, что они таят в себе опасность грозных последствий — тяжелой беды для людей, для самой, казалось бы, вполне благополучной, оптимистичной перспективы общественного развития. Да не только опасность — но и уже саму беду, ее очевидные знаки, приметы, тяжкие проявления.

В этой связи — замечание более общего характера, о чем под несколько иным углом зрения уже говорилось при освещении прав человека [III.15.3].

Было бы ошибочным рассматривать переход человечества от традиционных к либеральным цивилизациям в качестве некоего общего и непрерывного потока позитивных перемен, осложняемого лишь некоторыми «издержками».

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 85.

Действительные процессы, происходящие в современном мире, намного сложнее. Исторически закономерный переход тех или иных стран, народов к демократии, к правовому гражданскому обществу не только бывает порой очень длительным, но и в этой связи характеризуется тем, что в реальной жизни сохраняются, а порой вновь и вновь реанимируются, утверждают свою жизнеспособность, адекватность существующим экономическим, социальным, этическим отношениям социальные структуры и порядки, типичные для традиционных цивилизаций. В ряде случаев – рудименты весьма древних эпох, феодального или раннекапиталистического строя, да притом нередко в таких своеобразных социальных и политических вариантах авторитарного или тоталитарного типов, когда они прикрываются внешне современными, казалось бы, передовыми юридическими институтами.

И вот здесь (после позитивных оценок экономического и социального развития, происходящего в современную эпоху) пора сказать о сложности, противоречивости самого процесса перехода человечества к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, о наличии в этом процессе «теневых» сторон, условий и факторов, которые могут привести к новым трудностям и бедам, – того, что условно можно назвать «негативами либерализма», его побочными продуктами.

Суть вопроса вот в чем. Наряду с тем поистине великим, порой фантастически грандиозным, что принесла новая эпоха, раскрепостив человеческую активность и силу Разума (и что стало основой взрывной модернизации общества), эта же эпоха породила – пусть и в виде возможности, потенции, но все же породила – явления негативного характера. Это и восприятие людьми свободы как состояния вольницы, и настрой на несвязанность поведения внешними ограничителями, и неодолимая тяга ко все более изощренному ненасытному потребительству, и новый всплеск магии власти, и простор для вспышек этнических и сепаратистских страстей. Да и многое другое, что сопряжено с отрицательными сторонами человеческого разума [III.12.1].

Отсюда – нарастающие стремления овладеть путем насилия собственностью и властью. Нередко – так, что архаичные, тиранические институты оказываются «зараженными» все новыми соблазнами, порывами к достижению все более и более изощренных благ современного потребительского общества (часто переходящими грань норм морали, да и простого здравого смысла, здорового образа жизни). И тут же – разочарования в институтах политической демократии, парламентаризма, системы свободных выборов, при помощи которых (а чаще под прикрытием которых) в ряде стран устанавливались диктатор-

ские, тиранические режимы власти, поддерживались авторитарные политические структуры. Словом, в мире заговорили (по выражению одного из современных мыслителей) о *грядущей анархии*.

Особо сложными и трагичными эти обстоятельства дали о себе знать в тех странах, в которых радикальные силы вознамерились в ускоренных темпах, чуть ли не одним прыжком перескочить из одной крайности в другую — от тоталитарного строя (да к тому же азиатско-византийского образца) к передовому гражданскому обществу с развитой рыночной экономикой. Что, увы, в силу ряда причин и произошло в России, когда в тяжелейшей схватке за власть в 1991—1992 гг. был взят курс на «кардинальные рыночные реформы».

2. Соблазн «простого решения». Думается, именно с позиций реальных процессов, связанных с переходом права в новое состояние и с «негативами либерализма», и следует рассматривать одну из ключевых и сложнейших проблем нынешнего времени — проблему путей и способов преодоления трудностей и бед, с которыми встретилось человечество в современную эпоху.

К сожалению, в обстановке усиливающейся остроты этих «проблем эпохи» в практических делах ряда стран и в общественном мнении возрождается былой *расчет на власть как таковую, ее силу — силу бюрократического, полицейского аппарата, вооруженных сил всей системы силовых ведомств и спецслужб*. И отсюда — известное возвеличивание власти как первостепенной социальной ценности (когда во имя дела, его успеха, во имя экономических и политических расчетов можно пренебречь иными «формальностями», правами некой «отдельной личности»). Именно с властью, с ее сильными и решительными акциями связываются в представлениях многих людей решение острых проблем нашей действительности, сам образ «крепкой государственности»¹. В особенности

¹ Ведь и впрямь выход из Великой депрессии начала 1930-х гг. сообразно знаменитому новому курсу Рузвельта был найден в ряде решительных государственных мер по упорядочению экономических процессов. И уже совсем показалось поучительным «императивное государственное регулирование» экономических и социальных процессов в предвоенное и военное время. Затем — усиление и расширение социальной деятельности государства, в особенности в послевоенных условиях. Что ни говори, при всех очевидных и в то время минусах коммунизма есть все же — как это под напором массивной пропаганды казалось в 1930—1940-е гг. — великолепный опыт СССР, создавшего на твердой государственной основе коллективное сельское хозяйство, передовую индустрию, гигантский современный промышленный потенциал и решивший в невероятных сложных условиях войны экономические проблемы. Это факты, получившие широкую известность во всем мире!

Как тут не признать основательными теоретические выкладки Кейнса и его сторонников о необходимости усиления экономической и социальной деятельности го-

в странах (таких, как Россия), где стремление в быстрых темпах достигнуть «капиталистического рая», а затем и преодоление новых трудностей и бед, порожденных «кардинальными реформами», стало чуть ли не всеми реформаторами, объявившими себя «либералами», сопрягаться с властью авторитарного, пиночетовского типа. Линия тем более объяснимая, что она один в один согласуется с укоренившимися в обществе царистскими и большевистскими нравами и догмами.

В этом отношении происходит даже своеобразная реанимация взглядов и убеждений из прошлых времен, из идеологии тоталитарных режимов, далеких от ценностей и идеалов демократического развития и верховенства гуманистического права, но таких, которые создают впечатление о легкости и быстроте достижения некоего желанного образца — безупречного «порядка и дисциплины». Или же — что не менее страшно и пагубно — быстрого формирования рыночной экономики «по-пиночетовски», силовыми методами.

Что ж, нынешнее состояние общества, да и общие требования демократического развития нуждаются в надежной эффективной государственности. Крепкая, эффективная государственность необходима и при переходе от тоталитарного строя к строю современного гражданского общества. Необходима в том числе и для обеспечения функционирования действенной юридической системы, включая решительную борьбу с насилием, преступностью, особенно организованной преступностью, мафией, терроризмом.

Вместе с тем нужно отдавать ясный отчет в том, что само по себе разбухание и возвеличивание власти как таковой, ее выходы за рамки социально оправданного порога [II.5.3], а тем более «вторжение власти» в экономическую и социальную жизнь возвращает общество к пройденным фазам развития, к общественным порядкам, построенным на доминировании власти с ее пороками и коварством и отсюда — со всеми отрицательными последствиями для общественного развития, прогресса общества, его будущего, судьбы. И что это направление социального развития (наиболее остро и зловеще проявившееся как раз в коммунизме и фашистских режимах) противоречит общим тенден-

сударства даже для свободного общества! И вообще — обоснованность взглядов о «социальном государстве», признание целесообразности всестороннего государственного планирования народно-хозяйственной жизни! Недаром именно в то время, в послевоенные годы, получила распространение среди передовых умов не только склонность откорректировать либеральные взгляды идеями «консенсуса», вплоть до теории «социалистического либерализма», но и концепция конвергенции, предполагающая соединить преимущества социализма (плановую экономику) и достижения западного общества (политические свободы).

циям развития человеческой цивилизации, необходимости модернизации общества на основе демократии, переходу в ходе этого процесса социальных систем к правовому гражданскому обществу.

Да и в практическом отношении «вторжение власти» в экономическую и социальную жизнь, даже социально оправданное, смягченное общим государственным регулированием и облагороженное правом (и тем более выбивающееся за необходимые «меру» и «пределы» и с существенными огрехами по вопросам права), неизбежно сопряжено со многими отрицательными явлениями. Прежде всего с безудержным ростом чиновничьего аппарата, бюрократии, приоритетом силовых ведомств и спецслужб, расширением и ужесточением властно-императивных начал в жизни общества, тенденциями к доминированию командно-административного управления. А значит, с укоренением бюрократических сторон функционирования аппарата, стремлением к чиновничьему всемогуществу, дальнейшими порывами к вмешательству во все и вся и, как показывает жизненная практика, с ростом злоупотреблений властью, коррупцией, мздоимством.

И это все не только не устраняет существующие ныне трудности и беды, но и в совокупности с другими ранее отмеченными негативными факторами делает реальной перспективу «грядущей анархии».

В этих невероятно сложных исторических условиях существуют и даже набирают силу не только реалии и тенденции, противостоящие глобальной линии на возвышение права в современную эпоху (в секторах и рудиментах «старого», в тех или иных «издержках»), но и феномен, который является *прямым антиподом права*, более того — его исконным, кровным врагом, антагонистом, преодоление которого стало судьбой права. Речь идет о подлинной беде и проклятии человечества — о *насилии, произволе*. Особенно насилии, которое часто оказывается в самом центре негативных процессов современности. О произволе, направленном против человека как личности, его достоинства, высокого статуса, свободы, и отсюда — о не знающих преград и сдержек покорении, сокрушении человека или даже целого сообщества людей, силовом низведении человека, группы людей, сообщества до безропотно покорных исполнителей воли насильника — невольников, рабов или крепостных, и по логике вещей — об оправдании возможности (без каких-либо правосудных процедур) уничтожения человека.

Конечно же, все эти отрицательные явления далеко не во всем представляют собой «негативы либерализма» (хотя так или иначе с ними состыковываются, перекрещиваются). Здесь перед нами феномены особого рода, о которых ранее уже упоминалось. Это наиболее жесто-

кие проявления насилия, выраженные в терроризме, которые требуют особого рассмотрения (что и будет сделано в п. 4 настоящей главы).

3. Основная идея. «Умерение» свободы через свободу же. Как же быть?

И вот здесь, отдавая отчет в губительности легких, простых и быстрых решений, в особенности тех, которые реализуются непосредственно через силу власти, *необходимо вернуться к праву*, к пониманию его природы, особенностей и логики его «материи», его уникальных функций и возможностей в решении острых жизненных проблем. И в этой связи — видеть драматизм современного социального развития, основанного на либеральных ценностях и идеалах, когда нарастающие беды и трудности нынешней эпохи сопряжены с упомянутыми ранее «негативами либерализма».

И вот г л а в н ы й в ы в о д из всего предшествующего изложения. *У человечества нет иного пути и иного способа решения глобальных проблем и трудностей, грозящих тяжкими последствиями для человеческого рода, как поставить в самый центр жизни людей современное право.*

Только оно, право, способно противостоять вполне возможной катастрофе, которая грозит человечеству в обстановке «грядущей анархии», «вольницы» ненасытного и изощренного потребительства, притом, увы, в условиях, казалось бы, близкого всеобщего процветания.

И если принять во внимание изложенные ранее данные, ясен ответ на возникающий в связи с приведенными утверждениями вопрос *почему?*

Да по той простой причине, что *именно праву* (и никакому иному социальному институту) *«дано» быть гарантированным носителем свободы людей, определителем ее границ, а главное — способом переключения в творческую, созидательную активность.* Иного пути и иного способа упорядочить свободу, отсекая от нее «негативы либерализма», — упорядочить *через свободу же!* — в природе, в арсенале социальной действительности *просто нет.* А право в высших своих значениях как будто бы специально (а быть может, и не «как будто»), представляя собой явление Разума, приспособлено для решения задач как раз того времени, когда реализуются ценности и идеалы свободы и когда, увы, появляются на свет и грозят людям тяжкими последствиями «негативы либерализма» и вдобавок к ним еще негативы нашего человеческого бытия.

4. Сверхзадача. Но есть один пункт в острых проблемах современности, решение которого в принципе созвучно только что сформулированным положениям (а под известным углом зрения может быть также интерпретировано в качестве «негативов либерализма»), однако по своей остроте и «нерешаемости» он нуждается в особом подходе, а главное — в новом преодолении упомянутых ранее «простых решений».

К великому огорчению, последний век второго тысячелетия отличился не только поразительным взлетом человеческого духа и интеллекта, но и одновременно абсолютно противоположным — *взрывом насилия*.

Причем таким «взрывом», который, помимо иных симптомов, выразился в небывало остром проявлении насилия — *в терроризме*. И пусть, повторю, такого рода «проявления» имеют исторические корни в самом факте существования в прошлом тиранических режимов власти (в том числе коммунистического, нашего отечественного, к счастью, с великими муками преодоленного), феномен терроризма нашел ныне себе опору в неких идеологических предпосылках, в ряде случаев приобрел фанатичный характер, вплоть до того, что его исполнителями стали фанатики-смертники и перед нами по сути дела оказываются акты войны (впрочем, «война» и «террор» — явления однопорядковые). Не случайно поэтому само выражение «террорист» приобрело крайне одиозное значение, предполагающее только одну реакцию — уничтожение носителя террора (потому-то, замечу кстати, в годы сталинского террора бывлых товарищей по партии, обреченных на смерть, неизменно именовали не только «врагами народа», но и «террористами» — знак того, что ничего иного, кроме смерти, среди карательных мер ему не видать).

Создается впечатление, что Провидение на самом рубеже нового тысячелетия решило, скажу жестко и грубо, *ткнуть нас носом* в такую тяжкую прозу жизни, которую мы в череде обыденных дел не видим (а если видим, то главным образом скандальные подробности и политические характеристики), но в которой, однако, отчетливо просматривается что-то глубокое и основательное — трудное, порой драматическое, не во всем еще утвердившееся становление основополагающих ценностей современной цивилизации, связанных помимо всего иного с противостоянием между правом и насилием.

Конечно, акты терроризма могут быть и взрывами отчаяния людей, загнанных в угол, и порывами истинного безумия в обстановке нескончаемых бед, и примкнувшими к этому проявлениями чисто бандитского разгула. И конечно же, на все это нельзя закрывать глаза, все это требует тщательного научного разбора, неотложных решений — это же беда и забота всего человечества.

Но террористические события, происшедшие в сентябре 2001 г. на американской земле, продолжающаяся и обострившаяся вакханалия террора на Ближнем Востоке, в Израиле, других регионах (и даже, казалось бы, на этом фоне «безобидные» хулиганствующие выступления то тут, то там, но обязательно на публике, антиглобалистов) имеют более глубокие основания. Это не столкновение «двух цивилизаций» (по-

нимание в чем-то верное, но все же упрощенное), а тот факт, что в обстановке сохраняющихся на нашей земле экономических и социальных трудностей для обездоленных и радикальных людей не оказалось иных способов реакции на мощное развитие передовых демократических стран, их достижений на пути экономического и демократического либерального развития. Под влиянием ряда факторов (в том числе ошибок и просчетов, гордыни и величия ряда развитых стран Запада, Севера) в радикальных кругах, подогретых фанатизмом ответвлений некоторых восточных философий, возник фанатичный безоглядный настрой на оправданность неких силовых действий в отношении «завравшихся» экономически передовых западных стран.

Все это — порывы и эмоции внешнего плана. Что ни на йоту не устраняет ужас и несправедливость содеянного. Того, что, по большому счету, разрушает человеческую цивилизацию, ее ценности и идеалы. Да так, что знаком и символом такого разрушения стал терроризм (тем более что в памяти нашей неизменно остаются венцы насилия — носители самого страшного, государственного, терроризма — тоталитарные режимы и выпестованные ими последователи).

Отсюда возникла и приобрела характер своего рода «сверхзадача», в особенности после варварских актов невысказанного террора на американской земле в сентябре 2001 г., стремление (которое пробрело в США, ряде других стран статус государственной политики и установок высшего порядка) *тотального уничтожения терроризма*.

5. Неотложные проблемы. Коварство «простых решений». Нацеленность на решительное искоренение терроризма представляется безусловно оправданной, жизненно необходимой. Быть может, именно упомянутые чудовищные его акты позволяют нам «стряхнуть» настроения успокоенности и благодушия и настроят на твердую и последовательную политику, от которой, по всем данным, зависит будущее и судьба человечества.

Два момента представляются здесь в высшей степени важными.

В о - п е р ы х, теракты в Нью-Йорке в сентябре 2001 г. — один из самых неприкрытых, циничных актов расправы над самым святым, что образует саму основу прав человека, такое уничтожение «символов капитализма», при котором «между прочим» лишаются жизни тысячи людей. Потрясающий симбиоз средневекового варварства и фашиствующего тоталитаризма! И потому они — несомненная основа, если позволительно так сказать, для *вселенского, божественного возмездия* (наверное, такое возмездие в нынешних условиях только и может быть оправданно). Это предопределяет необходимость объединения сил великих демократических держав — таких как США, Великобри-

тания, Россия, ряда стран Востока (терпимых, как принято считать, к насилию) — для того, чтобы в конце концов искоренить из жизни общества главное проклятие господства силы, насилия — терроризм. А такое искоренение означает самое главное, что, быть может, и знаменует собой одну из величайших вершин цивилизационного развития в данном отношении — решительную победу права над насилием!

В о - т о р ы х, необходимость безотлагательных мер, таких как резкое повышение уровня безопасности на авиалиниях, активизация поиска очагов подготовки террористов-смертников, мобилизация всех сил для выявления тех факторов и условий, которые способствуют росту числа террористов, финансовых потоков, их поддерживающих, и т.д. Помимо всего иного здесь крайне важно понять неизбежность терроризма в нынешних драматических условиях, когда целые народы не видят выхода из тяжелейшего экономического и социального положения, считают себя изгоями, а в ряде случаев и действительно оказываются загнанными в угол.

Но вот пункт, требующий повышенного внимания.

При самых негативных социальных оценках, при всем эмоциональном и моральном потрясении, вызванном указанными терактами (и аналогичными, близкими по характеру терактами в Израиле), эти теракты сами по себе в современных условиях *не могут служить поводом для «возмездия» в практическом отношении*, не считая, разумеется, безотлагательного и решительного применения полицейских мер и мер самозащиты, предусмотренных для данных ситуаций законом.

При отсутствии для каждого случая надлежащего правового основания, подтвержденного в правосудном порядке в соответствии с действующими процедурами, не легитимируют при отсутствии иных предусмотренных правом оснований применение к той или иной стране *методов войны*, которые неизбежно влекут за собой жертвы среди мирного населения, убийства невинных людей, насильственное перемещение людей (беженцы), материальные разрушения, нарушения экологической среды. Да что там говорить, когда в высших официальных кругах прямо признается некая оправданность при осуществлении указанных операций невинных жертв! Как это и произошло в Афганистане. И как это чуть ли не с прямого заморского «благословения» осуществляется в Израиле.

Вызывает горькое сожаление то, что в деятельности ведущих демократических государств задача уничтожения терроризма как своего рода глобальное, вселенское предназначение человечества, призванного заменить насилие правом, «опустилась» до обычных актов войны, да к тому же с немалым привкусом нравов колониальных войн. При этом,

несмотря на все оговорки и разъяснения, остается впечатление, что «международный терроризм» неизменно трактуется так, что он имеет «восточную окраску», характеризуется будто бы неизбежными для ряда культур элементами фанатизма восточного образца.

В этой связи жгучую тревогу вызывает то обстоятельство, что страны, осуществляющие ныне военные акции в Афганистане (и готовые, опять-таки во имя борьбы с терроризмом, распространить их и на другие восточные государства), — это страны передовой демократической цивилизации, своего рода эталоны правового развития в условиях перехода человечества к цивилизациям либерального типа: США, Великобритания, Канада, ряд других стран, близких по уровню цивилизационного развития. Именно им самой Историей было предназначено задавать планку правового развития, которая соответствует современной эпохе, тенденциям перехода к цивилизациям либеральных типов.

Особую горечь в этой связи вызывает то обстоятельство, что в США, ряде других стран уже подготовлены (вступили в действие) нормативные акты, которые вопреки Конституции существенно нарушают права человека (особенности личной неприкосновенности, личной жизни каждого человека). Вплоть до того, что по одному из проектов (чуть ли не президентскому) США вознамерились учредить особые трибуналы по вопросам терроризма, осуществляющие свою деятельность в отношении иностранных граждан.

При этом следует иметь в виду, что весьма коварной оказалась здесь сама формула «возмездие». Объявление же беспощадной борьбы с международным терроризмом с акцентом на возмездие, на возможность и оправданность применения методов войны против всех, кто укрывает «террористов» (объявляемых таковыми без суда и следствия), исторически возвращает нас далеко назад, в хаос варварства, в доправовое состояние, когда основой расправы, реакцией на правонарушение становится месть (возмездие) или знак порочности — такой, как принадлежность к разряду неверных.

6. Драма права. Вопросы права в современных условиях отличаются не только своей остротой (во многом сопряженной с противостоянием права и насилия), но и тем, что в нынешнее время происходит *драма права*.

Эта драма — читатель, надеюсь, увидит — истинная драма! — не сводится лишь к тому, что само право во многих странах и регионах продолжает существовать в отсталых, нередко весьма архаичных формах, еще нередко доминируют примитивные, а порой прямо реакционные юридические порядки, взгляды и представления, процесс утвержде-

ния права в высших его значениях идет с трудом, и он к тому же в основном затронул страны с утвердившимся демократическим режимом, развитой юридической культурой.

Суть истинной драмы права – в другом. В том, что юридические формы и принципы в своих высших значениях (т.е. как права человека) *могут стать предпосылкой и даже опорой для явлений антиправового характера* и – что особенно прискорбно – для новых витков спирали насилия, нарушений основных прав и свобод человека. Такое же значение могут приобрести некоторые принципы и знаки, связанные с деятельностью государства («право нации на государственное самоопределение»).

По ряду существенных моментов действия стран НАТО, выразившиеся в начавшихся с весны 1999 г. систематических бомбардировках Югославии, ее военных и стратегических гражданских объектов, имеют в принципе те же «оправдательные» основания, что и в деле Пиночета (задержанного на английской земле для привлечения к ответственности за нарушение прав человека); и они являются реакцией на нарушения основных прав и свобод человека в югославской провинции Косово, на происходящие в этой провинции военные акции югославской регулярной армии против «сепаратистов» и «террористов», вылившиеся в этнические чистки.

Но есть здесь, по моим представлениям, и предвестники другой беды. Большой беды. Причем, обнажая ситуацию, взглянем на нее уже не с позиции требований о защите прав человека, а опираясь на категории, *непосредственно обращенные в прошлое*. Речь идет о том, что взвинтивший почти все американское население настрой на «возмездие» после трагических сентябрьских событий 2001 г., оказался в немалой степени понятным в самом прямом стародавнем значении, если угодно в обыденном, прямом, воинственном смысле. В смысле – идти войной на виновников или «причастных» (пусть только предполагаемых «подозреваемых»).

И вот не прошло одного-двух месяцев после трагических событий в США, как на одну из восточных стран – Афганистан, господствующая элита которой признается главным покровителем международных террористов (и к тому же не выдает США «главного подозреваемого»), оказалась под ударами сверхмощной авиации, ракетной техники, нарастающими наземными ударами с гигантскими разрушениями, людскими потерями, десятками тысяч беженцев.

И хотя в данном случае международная поддержка совершаемых военных акций со стороны мирового сообщества является значительной (и даже найдены некие правовые основания подобных акций в Уставе и в пункте о «самообороне», в резолюциях ООН, впрочем без совершен-

но необходимой для данного случая конкретизации), все равно, к приоритету военных действий склонились страны, принадлежащие к числу демократически развитых. Причем вершителями судеб в происходящих событиях стали не действующие законные порядки, а непосредственно ведущие державы мира — США, Великобритания, их союзники по НАТО. Присоединилась к этому и Россия, а также другие государства.

И что же получается сейчас?

До последнего времени — пусть и с трудом, с зигзагами, многовековыми остановками, «поворотами назад» — шло медленное восхождение человечества к праву. Шаг за шагом человечество отвоевывало у насилия одну позицию за другой. За последние десятилетия, век-другой это развитие приобрело более целеустремленный и решительный характер. Уже казалось вот-вот — и право как одно из величайших свершений человечества, его Разума будет наконец-то всецело торжествовать в жизни людей.

Более того, именно на последние годы приходится одно из самых значительных достижений в правовом развитии (из тех, о которых можно мыслить вообще) — неотъемлемые права человека стали обретать непосредственно юридическое значение, основы всего государственно-юридического построения общества.

И вдруг — сброс.

У самой, казалось бы, вершины правового развития человечества стали происходить события, не просто отбрасывающие нас назад, в прошлое, но отбрасывающие общество в такое прошлое, в котором рядом находится бездна, где по-прежнему господствует насилие. При этом в ряде случаев коварство (или издевка?) ситуации состояло в том, что неким поводом для такого насилия, «сброса к краю бездны» стало наиболее высокое достижение гуманитарного развития — возвышение неотъемлемых прав человека, придание им непосредственно юридического значения. Речь здесь идет о Югославии, куда «в ответ» на массовые нарушения прав человека в провинции Косово, где регулярная югославская армия с использованием тяжелого вооружения начала «наводить порядок», страны НАТО, не считаясь с действующими нормами о применении силы в международных отношениях, обрушили мощные ракетные и авиационные удары (увы, и здесь промелькнули некоторые симптомы колониальных войн).

Когда же в сентябре 2001 г. на американской земле произошла вакханалия террора и тысячи людей превратились в пыль, сгорели в адском пламени зла, то наряду с братством людей, поклявшихся покончить с наиболее отвратительным порождением насилия — терроризмом, вновь, пусть и в ином обличье, вырвалось прошлое — настрой на

военное возмездие. Настрой на то, чтобы покарать «причастные» страны, как-то (порой на уровне «может быть», «наверное») причастные к ужасу происшедшего террора. И значит – на то, чтобы мы вновь оказались в обстановке правового варварства. Допустимости права войны. Военного возмездия. Вновь на переднем крае оказалось право силы.

Мне порой кажется, что сейчас, когда происходят конкретные военные операции против такой страны, как Афганистан, по принципам «военного возмездия» (с добавлениями насчет «баз» и «лагерей»), организаторы этого бесчеловечного безумия радостно потирают руки. Задуманное во многом удалось. В результате идущих военных операций возмездия, осуществляемых демократическими странами (этими эталонами соблюдения права), величественное, казалось бы уж возведенное по основным очертаниям здание современного Права оказалось если не «рассыпавшимся», то во всяком случае сотрясенным, с поврежденными стенами и фундаментом. А вокруг оказался все тот же бушующий океан насилия. Словом, как раз – то, что и потребно тоталитаризму как явлению международного порядка.

А отсюда – не будет ли слишком дерзким преувеличением утверждать, что в жесточайшей вселенской схватке борьбы между насилием и правом победу на данном этапе человеческого развития вопреки, казалось бы, немолимым историческим тенденциям и ожиданиям все же о д е р ж и - в а е т насилие, право силы? И это – в историческую эпоху, когда по всем данным происходит исторический процесс перехода человечества к цивилизациям либерального типа!

Не почувствовали ли мы все это? Недаром же само слово «право» в последнее время стало больше ходячим штампом, чем реальным выражением великих человеческих ценностей? Да и произносим мы это слово что-то все реже и реже.

7. Право победит! И все же право победит!

В этой связи пора сказать главное.

В борьбе с международным терроризмом (с насилием в его противостоянии с правом) должны быть выделены меры стратегического порядка. Это меры двоякого порядка.

Во-первых, было бы оправданным – коль скоро провозглашена война международному терроризму – немедленно объявить (лучше всего через тотчас же собранную Ассамблею ООН) международный терроризм таким же деянием, как преступления против человечности, равным геноциду; с установлением для всех государств обязанности немедленного задержания по документам Интерпола любого лица, подозреваемого в терроризме (с введением на случай наруше-

ния этой обязанности соответствующих надзорных комиссий и жестких экономических санкций, а главное — включением в этот процесс юрисдикционных органов, судов).

И во-вторых, со стратегической стороны первостепенное значение в борьбе с международным терроризмом должно быть придано п р а в у, формированию единой международной «антитеррористической» правовой хартии. Введение в жизнь надлежаще санкционированной и обязательной для всех государств целостной системы правовых ценностей, принципов, юридических механизмов и конструкций, навсегда исключаящих терроризм как наиболее грубое и нетерпимое проявление насилия из жизни людей. Прежде всего такого насилия, которое относится к деятельности государственной власти — государственному терроризму.

Выработка и введение в жизнь такой единой «антитеррористической» правовой хартии, которая вслед за международными пактами о правах человека призвана занять определяющее место во всех национальных системах права, окажутся возможными с юридической стороны только при соединении (вполне допустимом по концептуальным и содержательным основаниям) юридических ценностей греко-римской правовой культуры, с одной стороны, и философско-правовых основ достижений культуры Востока — с другой.

Пройдет год-другой. Минут десятилетия. Многие детали дела Пиночета, конфликта в Югославии, терактов в США, других странах в чем-то забудутся, сами эти случаи в той или иной мере уйдут в историю, будут перекрыты другими событиями. Но, на мой взгляд, основные идеи и глубокие человеческие ценности, которые, как выясняется, вытекают из указанных жизненных ситуаций, останутся с людьми навсегда, станут непреложными постулатами человеческого жития. Пусть даже сначала в качестве таких идей и ценностей, которые будут получать все большее признание, все больше утверждаться в нашей жизни и делах. Это — безусловная святость основных прав и свобод человека, недопустимость их попрания ни под каким предлогом и принципиальная невозможность уклонения от ответственности за такого рода деяния в будущем, в том числе под прикрытием формул о государственном суверенитете, должностных регалий, официозного статуса и, казалось бы, оправдательных мотивов; допустим, как «борьба с коммунизмом» или создание «эффективной рыночной экономики» и даже «борьба с терроризмом».

Можно уверенно предположить, что именно право в современном его понимании — это и есть тот данный Историей и, если угодно, Богом, институт, который предназначен обеспечить на твердой, строго определенной, гарантированной основе решение жизненных ситуаций,

конфликтов; и притом непременно так, чтобы *исключить при таком решении произвол, прежде всего произвол, обращенный против самого человека, его свободы*. В этом отношении право представляет собой также и институт, под эгидой которого необходимые действия власти по пресечению насилия, в том числе войны и терроризма, не оборачиваются явлениями такого же порядка, теперь уже со стороны власти, ибо только в праве и через право принудительные акции могут быть «приняты» цивилизацией, стать правовым принуждением. И плюс к тому — право в высших своих значениях (таких, как право человека) призвано создавать основу для действия высших духовных сил — антиподов насилию на уровне духовной жизни общества и человека, веры, основополагающих моральных критериев поведения людей.

Так что *право и насилие* — это не только два наиболее остро противостоящих один другому антипода, но и социальные силы, *именно в нынешнее время столкнувшиеся в жесткой схватке*. И стало быть, именно сейчас, на начальных фазах нового тысячелетия, во многом решается судьба человечества. Прежде всего, надо полагать, решается коренной вопрос: возобладает ли в схватке между насилием и правом указанная ранее линия на возвышение правовых начал в жизни людей и займет ли право в своих высоких значениях — в современных условиях право человека — *центральное место в жизни общества*? Или же произойдет трагический для человечества поворот назад — к порядкам права силы, к нравам (по-византийски приукрашиваемых благообразными лозунгами и формулами) произвола, насилия, террора.

§ 5. Право нового тысячелетия

1. «Право цивилизованных народов». Право третьего тысячелетия может быть названо *правом цивилизованных народов*.

Эти слова «право цивилизованных народов» еще в первой половине прошлого века прозвучали в одной из работ немецкого правоведа, специалиста по цивилистике сравнительному правоведению, в сущности нашего современника — Эрнста Рабеля. Приведу их (оборвав фразу многоточием) в одном из оригинальных переводов с немецкого¹: «Переливающиеся многоцветием под лучами солнца и трепещу-

¹ В данном фрагменте автор воспользовался переводом, сделанным проф. Ю. Юмашевым в книге: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 53. В отличие от дословного перевода, который будет приведен в последующем, Ю. Юмашеву удалось, на мой взгляд, теоретически и терминологически более строго выразить саму суть идей Э. Рабеля (во всяком случае, в тех ее гранях, которые относятся к содержанию настоящей работы).

щие от дуновения ветра живые организмы права цивилизованных народов составляют вместе единое целое...»¹

По первым впечатлениям, как будто бы фраза как фраза, некая, пожалуй, даже нарочитая красивость. Я же смею утверждать, что перед нами — одна из самых основательных, спрессованных в одну фразу характеристик права *в современную эпоху, притом под углом зрения передовых научных взглядов.*

Э. Рабель завершает приведенную фразу так. После слов «составляют вместе единое целое» он утверждает: целое, «которое еще никому не удавалось обозреть во всей полноте». Да, при жизни Э. Рабеля, действительно, не удавалось. «Во всей полноте» — не удалось, по имеющимся материалам, и до сей поры. Но уже то, что специалисты сумели «обозреть» к настоящему времени, и то, что уже освоено наукой, прежде всего современным сравнительным правоведением, дает основание для постановки и проработки весьма существенных, на мой взгляд, передовых, в немалой степени *прорывных* идей для отвечающего нынешнему времени пониманию права, его природы, смысла и назначения в обществе.

Важнейшей из таких идей является сама мысль о *живых* (и притом вибрирующих) организмах *«права цивилизованных народов»*, которые различны в каждой стране, в разных ареалах права и в то же время «составляют вместе единое целое». Центральный пункт этой идеи, которая, в полной мере согласуясь с самой сутью разрабатываемых в настоящей книге теоретических положений и, смею полагать, с современным уровнем и перспективой развития науки в целом, касается принципиальных особенностей права на современной стадии цивилизации — «права цивилизованных народов».

Конечно, выражение «право цивилизованных народов» — условное, с некоторым даже этически небесспорным, проблемным акцентом (потому и поставленное в кавычки). Но оно все же с необходимой определенностью обозначает особенности ныне существующих юридических систем, которые уже состоялись как «демократические» и «правовые». Притом состоялись на достаточно продвинутой стадии перехода к либеральным цивилизациям, существуют и функциони-

¹ *Rabel E.* Op. cit. S. 5. Дословный перевод данного фрагмента, предложенного в приведенном ранее русском издании, таков: «В тысячах форм отливается и трепещет под солнцем и на ветру право каждого цивилизованного народа. Все эти вибрирующие организмы вместе образуют единое целое, которое еще никому не удалось охватить взглядом».

руют в качестве реально высокочащимого звена современного гражданского общества¹.

2. Основные особенности. Три момента в таком понимании «права цивилизованных народов» с юридической стороны являются наиболее существенными.

Во - п е р в ы х, это то, что у них уже состоялась или, во всяком случае, с достаточной строгостью определилась *перенастройка* юридической системы в соответствии с *началами права человека*. Состоялась или определилась не в декларациях, лозунгах, объявленных намерениях, а на деле, в самом «живом организме права», т.е. в действующих юридических механизмах, принципах, нормах, в конечном итоге – в решениях судов, иных юрисдикционных органов по конкретным жизненным ситуациям. Следовательно, «право цивилизованных народов» – это по своей общей социальной характеристике последовательно *гуманистическое право* (в том значении понятия гуманистическое, когда оно означает приоритет и высшую юридическую значимость неотъемлемых прав и свобод человека).

Такое значение, по всем данным, имеют – как мы видели – решения судебных инстанций Великобритании в 1998–1999 гг. по делу Пиночета (а в 2000 г. также и Верховного суда Чили), аналогичные по значимости решения Конституционного суда и других высших судебных инстанций Германии. Как отмечается в литературе по сравнительному правоведению, в Германии вообще указанное понимание права связывается не только с правонарушениями; оно касается права в целом, распространяется и на частное право. Так, «в решениях Верховного федерального суда... развивается принцип посильного возмещения ущерба в случае нарушения основных прав человека». Примечательно (и это в полной мере согласуется с идеей права цивилизованных народов), что «этот принцип Верховный федеральный суд (Германии. – С.А.) защищал ссылкой на то, что (далее приводится выдержка из решения суда. – С.А.) «почти во всех правовых системах, в которых, как и в нашей, ценности отдельной личности отводятся центральное место, возмещение морального ущерба за оскорбление

¹ Хотя – тут же замечу – вряд ли было бы оправданно точно, «поименно», в исчерпывающем перечне обозначить «списочный состав» стран, в которых в большей или меньшей мере сформировались юридические системы указанного уровня. Даже в самых развитых в демократическом и правовом отношениях странах «право цивилизованных народов» в полном значении рассматриваемого понятия еще не утвердилось и, реально существуя в тех или иных проявлениях демократически развитых стран, так или иначе уживается с иными элементами и структурами предшествующих эпох, не столь высокого цивилизационного, гуманитарного уровня.

и унижение, физическое и моральное, признается в качестве гражданско-правовой санкции»¹. Вот и сейчас, в наши дни, судебные и иные государственные инстанции Германии с опорой на требования права человека на достаточно прочной правовой и финансовой основе решают правовую ситуацию, связанную с компенсациями за рабский труд, использованный немецкими фирмами и иными организациями при фашистском режиме.

Во-вторых, «право цивилизованных народов» с юридической стороны характеризует *центральное положение права как регулятора в обществе*. Центральное — и с точки зрения признания общезначимости права во всем обществе, во всем «народе» (когда только и возможно говорить о «праве народа» или «народов»). И одновременно центральное — с точки зрения положения права во всем комплексе институтов и средств социальной регуляции. Прежде всего (и притом с атрибутами «абсолютно», «безусловно») в сфере принуждения, особенно государственного, которое в гражданском обществе в условиях демократического режима должно выступать исключительно в виде *правового принуждения*, со всеми присущими ему характеристиками — ответственностью за персональную вину на единых для всех субъектов юридических основаниях, реализуемой только в строгих процессуальных процедурах, и т.д. Здесь требуется такая отработанность и главное — такое состояние действующих юридических форм, которые исключают из жизни общества произвол, и в особенности насилие, не допуская ни под каким видом и предлогом легализацию и использование насилия для решения жизненных проблем, в том числе и применение методов войны с использованием регулярной армии и ее тяжелой техники для решения внутренних дел, конфликтов (за исключением, понятно, пресекательных и оперативных полицейских действий и военных действий в действительных ситуациях войны; и там и здесь, впрочем, жестко «обставленных» законодательными ограничениями и процедурами).

В-третьих, современное право характеризует концентрация в юридических системах развитых демократических стран *оптимальных юридических средств и механизмов*, в том числе соединение «чистых» правовых форм с культурой прав человека, а в итоге — явление крупномасштабного порядка, которое может быть охарактеризовано как процесс *правовой конвергенции*.

Это значит, что развитие правовых систем (в особенности в странах, «продвинутых» по пути модернизации, демократического разви-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

тия, на Западе – в романо-германском праве и в общем, прецедентном праве) идет, хотя в разных темпах и с различными вариациями, но все же в *одном направлении*. Причем так, что происходит взаимное обогащение права в различных ареалах и в конечном итоге – своеобразная *интеграция* в праве, при которой соединяются в единые правовые образования, в целостные юридические конструкции преимущества и достижения различных сфер права, разных систем. Подчас такие преимущества и достоинства, которые, казалось бы, отличаются чуть ли не полярной противоположностью, несовместимостью.

Происходящая в настоящее время правовая конвергенция имеет общую для всех демократически развитых стран исходную причину «мирозданческого» порядка – глобальный перелом в развитии человеческой цивилизации, развитие и утверждение цивилизаций последовательно демократического, либерального типа и, значит, современного гражданского общества, центром и смыслом которого является Человек, его достоинство и высокое положение в социальной системе, его неотъемлемые права.

Весьма отчетливо эта обусловленность в развитии права от глубинных процессов развития общества в нынешнее время может быть прослежена в сфере публичного права. И в странах с традиционно монархической формой правления, и в странах с республиканским государственным устройством при всем, казалось бы, качественном различии существующих здесь государственных систем одинаково вместе с развитием демократии складываются в принципе однотипные юридические режимы, основанные на принципах народовластия, свободных выборов, разделения властей, приоритета прав и свобод человека и гражданина.

Аналогичные процессы происходят в сфере частного права. Здесь наукой раскрыто в общем-то поразительное явление, которое получило название *презумпция идентичности*. Дело в том, что при всем многообразии, универсальности правовых средств в частном праве существуют на каждом этапе развития общества «единые правовые потребности»¹, которые обуславливают необходимость выработки адекватных правовых решений. И вот – поразительное явление (называемое подчас «основным законом сравнительного права»). Суть этого явления в том, что «различные правопорядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функцио-

¹ Например, как подмечено специалистами, все развитые правовые системы мира должны содержать нормы, защищающие права приобретателя или залогодержателя недвижимости в первую очередь от ущерба, который может быть нанесен этим правам законными, но неизвестными им притязаниями на данную недвижимость третьих лиц.

нирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы, вплоть до мельчайших деталей, одинаково»¹.

Понятно, при этом нужно принять во внимание, что на содержание юридического регулирования оказывают влияние различные факторы, нередко сугубо субъективные или этические, религиозно-философские. Но «если исключить эти сугубо субъективные и этически обусловленные вопросы — преимущественно семейного и наследственного права, — а к остальным областям права применить в сравнительном плане «неполитическое» частное право, то вновь подтвердится констатация: одни и те же юридические проблемы одинаково или в значительной мере сходно решаются во всех развитых правовых системах мира». Это и позволяет говорить о «презумпции идентичности» (*presumptio similitudinis*), причем даже «как инструменте для принятия практических решений»².

3. Непреходящие правовые ценности. Отмечая принципиально новые черты права наступающего тысячелетия, необходимо вместе с тем обратить внимание на следующее.

Высокое положение права в жизни общества предполагает в целях обеспечения строго правового порядка, в том числе прежде всего по вопросам государственного принуждения, сохранение и упрочение непреходящих, «вечных» юридических ценностей, максимальное использование всего богатства юридической культуры, всех накопленных человечеством достижений в области юридических гарантий и юридических средств, обеспечивающих действительную реализацию правовых идеалов и ценностей. А отсюда — признание на практике твердыми и незыблемыми действующих юридических принципов и механизмов, выражающих такого рода правовые идеалы и ценности.

Первое место среди таких идеалов и ценностей занимает *принцип законности*.

Здесь мы по ряду пунктов помимо всего иного (в сложном переплетении социально положительного и негативного) вновь возвращаемся к глубокой *драме права*. Это, как уже отмечалось, возможность произвольного в ответ на факты геноцида югославских властей, терактов на американской земле (притом в правосудном порядке не констатированных) применения вооруженной силы в отношении суверенного государства.

¹ Цвайгерт К., Кёtz X. Указ. соч. Т. 1. С. 58–59.

² Там же. С. 59. При этом авторы специально обращают внимание на то, что эта презумпция «неприменима в тех областях права, которые несут слишком сильный отпечаток политических и моральных представлений данного общества» (с. 60).

Отсюда необходимость более точной, более корректной характеристики передовых правовых форм, свойственных «праву цивилизованных народов», праву человека как объективной реальности и в особенности принципу правозаконности.

Надо полагать, что, как бы ни были значительны основания для реакции на факты нарушения права человека, указанные соображения ни на йоту не устраняют фундаментальную значимость основных достижений мировой юридической культуры — начал законности как таковой, других «вечных» правовых ценностей, включая требования правосудия, изначального равенства всех в праве, действующие юридические порядки (в том числе действующий порядок применения вооруженной силы в международных отношениях). А в итоге при игнорировании этих правовых ценностей и порядков перед людьми, всем обществом вновь открывается, быть может, самая страшная в жизни людей беда и проклятие — *бездна произвола*, а значит, и *насилия*, и еще горше — *терроризма*. Со всеми губительными последствиями, имеющими здесь, как и в иных случаях, игнорирование глубинных законов человеческого бытия, неизбежный характер, — такими, в частности, последствиями, как безвинные людские жертвы, гигантские материальные потери, экологические беды.

И вот на данной стадии мирового правового развития, когда на первый план выступают гуманистические характеристики современного права («права цивилизованных народов», или, что то же самое, гуманистического права), его существенной неотъемлемой чертой наряду с рассмотренными ранее передовыми юридическими формами должно по-прежнему являться требование строжайшей законности как таковой. К этому следует добавить и иные аналогичные принципы, коренящиеся в сложных, противоречивых явлениях прошлого, такие прежде всего ведущие правовые начала, как принцип правосудия (при установлении истинности фактов и определении юридических последствий), принцип равенства в праве, презумпция невиновности.

4. Правовые ценности и материя права. И еще замечание общего характера. По тем же только что охарактеризованным основаниям, касающимся парадоксальной противоречивости правовых реалий прошлого, надо видеть, что авангардные, вырывающиеся вперед достижения юридической культуры на соответствующем этапе исторического развития лишь *тогда имеют реальное юридическое значение, когда они находят то или иное строго конструктивное выражение в институтах действующего права, его принципах, началах правосудия* (например, таких, как равенство в праве, необходимость правосудного фиксирова-

ния фактов для признания их истинности и достаточности как основы применения государственно-принудительных действий). И такого рода юридические институты и правовые принципы имеют непреходящее значение, сохраняют свою юридическую силу и в новых условиях, в том числе и тогда, когда на первое место («впереди всего другого») самой логикой жизни и общественным сознанием выдвинуты неотъемлемые права и свободы человека¹.

¹ Так что, хотя на современной стадии развития цивилизации права человека становятся юридической реальностью и напрямую входят в позитивное право, они до тех пор, пока не нашли конструктивного выражения в тех или иных юридических институтах (а такова генеральная тенденция правового развития в демократических странах), остаются *обцими началами, определяющими, базовыми ориентирами для действующего права*. Не более того! Они призваны быть основой правовой политики страны, направлять правотворческую деятельность, усилия по воплощению прав человека во всем комплексе юридических норм, правовых порядков и процедур. Они имеют значение в качестве критерия при толковании права, еще более — в формировании правосознания, общего отношения к праву со стороны всех субъектов, прежде всего — всех граждан, должностных лиц, государства в целом.

Но они, права человека как таковые (т.е. не выраженные в действующих юридических институтах, в юридических конструкциях), *не могут быть достаточной юридической основой для совершения юридически значимых действий управленческими, исполнительными органами власти*. И прежде всего, как это ни парадоксально, именно по фактам, свидетельствующим об их, правах человека, нарушениях, даже таким фактам, как геноцид, преступления против человечности. То есть фактам, по самой своей сути требующим жесткой реакции, при необходимости — мер государственного принудительного, даже вооруженного воздействия.

В соответствии с принципом законности есть только один путь (кроме, понятно, законодательных нововведений) для того, чтобы такого рода факты приобрели значение достаточного основания для юридически значимых действий. Это их признание в качестве юридически значимых и в этом отношении юридически достаточных *органами правосудия*. Именно суд, действующий в надлежащих процессуальных процедурах, по своему месту в юридической системе, статусу и возможностям может устанавливать истину по данной ситуации, и именно ему «дано» непосредственно определять юридические последствия по данным, в правосудном порядке установленным фактам — ситуациям, требующим правового реагирования.

Следовательно, *права человека как таковые могут служить непосредственной юридической основой для вынесения юридически значимых решений только для органов правосудия*. А уже затем эти решения могут или, скажем жестче, должны стать достаточным юридическим основанием и для надлежащих действий управленческих, исполнительных органов всех рангов.

Мы видели, что именно так, именно таким путем, т.е. через суды права человека как идеологическая категория реально «входят» в действующее право, свидетельствуя о его глубокой «перенастройке», об обретении действующей юридической системой качества права человека как объективной реальности, о фактической реализации требований правозаконности.

Причем и в деятельности судов в рассматриваемом отношении могут быть отмечены некоторые важные особенности. Одна из них заключается в том, что органы правосудия

И конечно же должен прочно утвердиться в современном правосознании и в действующих правовых порядках такой жесткий настрой, связанный с приданием непосредственного юридического значения правам человека, когда бы абсолютно (на уровне безоговорочного «табу») исключалась сама возможность с одной лишь ссылкой на «права человека» и другие гуманитарные мотивы (и тем более мотивы негуманитарного порядка, уходящие в прошлое; например, возмездие) внесудебного применения государственно-принудительных мер и в особенности использования по одному лишь усмотрению управленческих, исполнительных органов вооруженных сил для решения внутрисудебных — политических и иных — проблем.

5. У нас, в России. Отмеченные выше процессы развития права в современную эпоху, в том числе процессы правовой конвергенции затрагивают в основном передовые, демократически развитые страны, которые существенно продвинулись в утверждении ценностей последовательно демократических, либеральных цивилизаций. Да и здесь, как это проявилось в связи с событиями в Югославии 1999 г., еще немало сбоев, явлений, выбивающихся из общего потока такого рода процессов. Передовые интегрированные правовые структуры довольно быстро утверждаются и в ряде других стран, прежде всего «молодых» государственных образований, твердо вставших на путь современного демократического и правового развития.

В немалом же числе стран, особенно экономически и социально отсталых, указанные процессы только намечаются. Либо даже в лучшем варианте могут рассматриваться в качестве более или менее отдаленной перспективы.

развитых демократических стран принимают указанные решения, ориентируясь при этом на общее состояние утверждающегося в таких странах «права цивилизованных народов». Здесь можно привести выдержки из решений Федерального суда Германии, где возмещение морального ущерба, связанного с нарушением прав человека, обосновывалось, помимо иных аргументов, общей линией правовых систем, «в которых, как и в нашей (речь идет о современном немецком праве. — С.А.), ценности отдельной личности отводятся центральное место». С этой точки зрения становится понятным, почему в другом решении суд ограничил возмещение морального ущерба лишь случаями особо тяжелого нарушения прав личности. По данному вопросу Федеральный суд ФРГ ссылался на швейцарское право, которое при сравнении с законами других стран, в том числе Германии, «придает правовой защите личности большее значение, чем ГК ФРГ...» (*Цвайгерт К., Кёту Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 34).

Другая особенность судебной практики по проблемам прав человека состоит в том, что высшая юридическая значимость прав человека (по сравнению с некоторыми формальными установлениями, иными юридическими реалиями) неизменно передается в ситуациях, когда судом фиксируются грубые нарушения прав людей, их погромы — пытки, геноцид, иные факты, дающие основания видеть в этих фактах преступления против человечности.

Особо сложной в этом отношении является ситуация в государствах, которые не имеют прочных, укоренившихся во всем строе и образе жизни людей перспективных правовых традиций; тем более если в этих странах естественный ход цивилизационного развития оказался прерванным, произошел сброс в обстановку тоталитарных фанатичных режимов и ныне идет трудный и мучительный процесс освобождения от наследия прошлого и освоения институтов и ценностей современного гражданского общества.

Из этих стран, быть может, наиболее сложной является обстановка в России. В этой связи — несколько кратких замечаний о возможностях и перспективах восприятия и реализации в российском обществе процессов, характерных для идущего в настоящее время мирового правового развития. В том числе тех процессов, которые выражают утверждение в жизни общества права человека, институтов, принципов и идеалов «права цивилизованных народов».

Прежде всего было бы опрометчивым и губительным для перспективы цивилизационного развития России встать на путь ускоренного, одним по-большевистски мощным броском, выхода в области права на уровень передовых демократических стран. Результаты проведенных в подобном темпе и устремлениях в 1992—1996 гг. «кардинальных» экономических реформ, которые привели не к формированию свободной конкурентной рыночной экономики с устойчивым постиндустриальным экономическим развитием, а к одному из вариантов номенклатурного полукриминального капитализма, должны быть для нас горьким поучительным уроком.

Вместе с тем сама логика перехода от тоталитарного строя советского образца к современному гражданскому обществу требует известных «опережающих» акций именно в области права — авангардного достижения тех рубежей, которые могли бы стать ориентиром и надежной основой для плодотворного экономического и социального продвижения вперед в общем направлении демократического реформирования.

Но такое «опережение» — внимание! — должно происходить все же в соответствии с *существующим состоянием правового развития страны* (в том числе в области правовой культуры, правосознания), а главное — в согласии с *позитивными юридическими реалиями, которые выражают уже определившиеся в прошлом и вошедшие в жизнь типовые характеристики, принадлежность к той или иной семье права*. Пусть даже эти юридические реалии и характеристики — как это произошло в России — во многом, а при советском строе — чуть ли не исключительно имели преимущественно внешний характер, не очень-то затрагивающий реальную политическую и социальную жизнь.

Это значит для российского общества в условиях, когда оно только-только начинает выходить из строя всепоглощающего коммунистического тиранического режима, не осуществление некоей «правовой конвергенции», во всяком случае в полном ее объеме, а в первую очередь максимальное, насколько это возможно, использование ценностей одного из магистральных направлений мирового правового развития — *ценностей права романо-германского (в основном германского) типа* — это путь, на который Россия уже твердо встала и по которому стала развиваться начиная с XVIII—XIX вв. И на котором, надо добавить, в результате реформ Александра II и самой логики общественного развития достигла ко времени большевистского переворота пусть и скромных, но все же заметных успехов (что и было использовано для внешне престижного антуража, характерного для «византизма» советского коммунистического режима).

С этих позиций нужно видеть, что те скромные достижения в направлении «опережающего» правового развития, которые можно отнести к «плюсам» проходящих ныне российских реформ (это, по многим данным, Конституция 1993 г. в основном с ее гуманитарно-правовой стороны, Гражданский кодекс, Гражданско-процессуальный кодекс, ряд других законодательных документов, первые шаги реформирования судебной системы), — это главным образом реализация ценностей «права, выраженного в законе». А отсюда — в полном соответствии с первыми фазами такой реализации, которую прошли или проходят все страны, где утвердилось право романо-германского типа — возвеличивание закона, признание его абсолютного и безусловного верховенства (вплоть до проповедования в качестве некоего высшего правового идеала порядков, обозначаемых как «диктатура закона»). И одновременно — настороженное или прямо отрицательное отношение к судебным прецедентам, сведение назначения суда к одной лишь функции строгого и неукоснительного проведения в жизнь «воли законодателя».

С этих же позиций следует признать, что и на ближайшее, быть может, и на более отдаленное время именно *культура закона* при всех «коварствах» закона, других его недостатках останется при благоприятных политических и социальных условиях (и это, скажу еще раз, неизбежная фаза правового развития страны с юридической системой романо-германского типа) *оптимальным направлением отечественного правового прогресса*. Именно здесь, на таком направлении отечественного правового прогресса, произойдет, будем надеяться, интеллектуальное обогащение права, повышение его структурированности, наращивание его особенностей как объективной реальности — все то, что не-

обходимо для твердой законности и одновременно для постепенного обретения российской юридической системой качеств права человека.

Вместе с тем такого рода направленность современного правового развития России, ориентированного на максимальное использование потенциала культуры закона, вовсе не исключает известных шагов также и в направлении повышения значимости судебной практики, подготовки к тому, чтобы в перспективе поставить на службу формирования современной юридической системы России также и достижения прецедентного права. И конечно же, и «на сегодня», и «на завтра» задача первостепенной важности — это возвышение права, придание ему значения цели и идеала социального развития.

А как на некоторый кульминационный пункт или ключевое звено перспектив правового развития в российском обществе следует указать на важнейшее звено самой первоосновы права — *правоведение и правоведов*. Именно от уровня социальной и профессиональной значимости нашего правоведения, от его состояния и реального места в жизни общества, а в этой связи — от усилий, гражданственности и мужества российских правоведов решающим образом зависит как решение всех упомянутых выше задач, составляющих суть предстоящей действительной российской правовой реформы, так и в целом судьба права в России.

§ 6. Идеи социальной солидарности и право

1. Проблема эпохи. Равенство в государстве. Трудности и беды, связанные с переходом человечества к правовому гражданскому обществу, да и просто многообразные вопросы современной эпохи выдвинули в качестве острой проблемы преодоление крайностей индивидуализма, «социального дарвинизма» и одновременно повышение социальных начал в жизни людей.

В связи с идеями усиления в жизни общества социальных начал особого внимания заслуживает проблема равенства в условиях гражданского общества.

Что ж, своего рода непреложной аксиомой является положение о том, что политическое и юридическое равенство людей (и прежде всего равенство перед законом и судом, равенство в стартовых позициях в социально-экономической жизни) — это непременный, обязательный атрибут политического режима демократии, гуманистического права, правозаконности. В условиях современного гражданского общества оно было конкретизировано принципом равных свобод

для всех и пониманием их как субъективных прав¹, — словом, равенства в гуманистическом праве.

Корень вопроса равенства людей в современном обществе — в *фактическом* равенстве людей, в необходимости его обеспечения, в том числе путем соответствующей деятельности государства («социального государства»!).

И если в отношении помощи, льгот и преимуществ таких социально обездоленных людей, как старики, дети, инвалиды, другие нетрудоспособные, социально-обеспечительная деятельность государства по своей оправданности не вызывает ни тени сомнения, то нужно с предельной строгостью сразу же пояснить, что вопрос о фактическом равенстве, опирающийся на постулаты коммунистической идеологии, касается в основном *уровня материальных благ людей в связи с функционированием свободной конкурентной рыночной экономики*.

Впрочем, тут нужны еще два пояснения.

Первое. Поставленный вопрос в очень малой степени затрагивает функционирование рыночной экономики в связи с нынешним положением людей в России. Сложившееся в последние годы кричащее фактическое неравенство людей в российском обществе (с поражающей весь мир безумной роскошью новорусских богачей и с социальной обездоленностью большинства населения) — не результат функционирования рыночного хозяйства (его в России в сложившемся виде еще нет), а последствие — за немногими исключениями — присвоения гигантских национальных богатств активистами партийно-комсомольской номенклатуры и криминализированного теневого капитала, воспользовавшимися для быстрого, поистине сказочного обогащения широкой свободой, неотработанными формами приватизации и отсутствием надлежащего общего государственно-правового регулирования.

Второе. За пределами рассматриваемого вопроса остается та сфера действительности, которая не может и не должна быть подвластна рыночным методам, законам купли-продажи, — сфера воспитания, обучения, гражданственности. То есть сфера, где в соответствующей социальной деятельности государства господствуют принципы справедливости, тенденции к фактическому равенству.

Возвращаясь к вопросу о фактическом равенстве людей (и роли в этой области государства) в связи с функционированием свободной рыночной экономики, представляется важным в первую очередь определить исходный принцип, обозначающий соотношение «эконо-

¹ См.: *Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. С. 34.

мической свободы» и «вмешательства государства в свободную экономическую деятельность» и связанное с этим соотношением социальное неравенство людей.

На мой взгляд, указанное соотношение с необходимой четкостью раскрыл крупный русский мыслитель-правовед Б.Н. Чичерин. Он со всей определенностью сформулировал положение *о безусловном приоритете в экономике свободы и о недопустимости вмешательства государства в экономическую жизнь*. И при господстве экономической свободы возникающее при этом неравенство становится закономерным результатом *движения промышленных сил* (обратим внимание на эти слова!). Обосновывая такой подход к вопросу о свободе и равенстве, Б.Н. Чичерин пишет: «Таков общий закон человеческой жизни, закон, действие которого может прекратиться только при совершенном немислимом всеобщем уничтожении свободы»¹.

В другой работе ученый обращает внимание на еще одну сторону проблемы – на то, что именно человеческая свобода является основой действительного равенства. Как бы пророчески предвосхищая ситуацию, наступившую в результате «социалистической революции», когда упомянутое им немислимое всеобщее уничтожение свободы реально произошло, Б.Н. Чичерин пишет, что у социалистов «...во имя равенства уничтожается то, что составляет саму его основу – человеческая свобода. Большого внутреннего противоречия с истинной природой человека невозможно представить»².

Приведенные суждения, как мне представляется, ничуть не противоречат ни идеи И.А. Покровского о праве каждого человека на существование, ни мысли П. Новгородцева о необходимости уравнивания социальных условий жизни. Ибо такое «уравнивание», в том числе в области обучения, а также в нашей постсоветской обстановке – в условиях обретения собственности – это именно *равенство в стартовых условиях*, которые обеспечивают приоритет свободы в самом глубоком ее понимании, т.е. как поприще для конкуренции, экономического состязания, без чего нет свободного конкурентного рынка. В таком же направлении строились мысли ряда других русских философов-правоведов последовательно демократической ориентации. Как справедливо подмечено в современной литературе, «они принимали идею «права на достойное существование», понимая под этим законно гарантируемое право на прожиточный минимум и образование. Либералы счи-

¹ Чичерин Б. Собственность и государство. Ч. 2. М., 1883. С. 326.

² Чичерин Б. Философия права. М., 1900. С. 118.

тали это не уступкой «государству», а устранением фактических препятствий на пути развития личной свободы граждан; не ограничением свободы конкуренции, но соблюдением правил «честной игры»¹.

Это же поистине замечательно, что фундаментальные положения об экономической свободе (да притом в соотношении с равенством) заложили именно русские философы-правоведы, по ряду принципиальных позиций предвосхищая идеи Хайека и Фридмана.

В этой связи еще раз слово Б.Н. Чичерину, который, подчеркивая роль государства в обществе, вместе с тем соглашается с Гумбольдтом в том, что «излишней регламентацией» и «вмешательством государства во все дела» «подрывается самодеятельность и тем самым умаляются материальные и нравственные силы народа, который привыкает во всем обращаться к правительству, вместо того, чтобы полагаться на самого себя»². Ну, а если углубиться в еще более основательные слои духовных ценностей, то и без необходимой конкретизации возьмем на заметку слова замечательного русского философа Н.А. Бердяева о том, что «равенство есть метафизически пустая идея и социальная правда должна быть основана на достоинстве каждой личности, а не на равенстве»³.

2. Идея социальной солидарности в государстве. Но если требования достижения (с помощью государственной власти) общего равенства индивидов в экономике и сфере распределения не согласуются с самой сутью современного гражданского общества, то спрашивается: в каких же все-таки принципах, государственно-правовых началах должны найти выражение императивы нынешней эпохи, современной цивилизации, гигантского научно-технического прогресса, начала современного гуманизма, истинно демократического общества, в центре которого должен быть человек?

Смею со всей определенностью сказать, что и на эти вопросы достойный, увы, до сей поры по-настоящему не понятый и не оценен-

¹ Валицкий А. Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX — начала XX века // Вопросы философии. 1991. № 8. С. 41. Автор приводит примечательное высказывание русского правоведа С.И. Гессена: «Оказывая содействие лицам, не по своей воле находящимся в положении, которое в силу крайнего неравенства в фактической мощи уничтожает конкуренцию как конкуренцию, право как бы говорит борющимся: боритесь, конкурируйте друг с другом, но в этой борьбе победу должен одержать не тот, кто, воспользовавшись беспомощным положением слабого и превратив его в простое орудие своих целей, освободит самого себя от творческих усилий» (Гессен С.И. Основы педагогики. Берлин, 1923. С. 164).

² Чичерин Б. Собственность и государство. С. 201.

³ Бердяев Н.А. Самопознание. Ч. 2. С. 213.

ный ответ дала в начале XX в. российская наука и, прежде всего, не могу не заметить с гордостью, русские правоведы.

Наибольшую теоретическую и практическую значимость имеют здесь *идеи социальной солидарности в государстве*.

Знаменательно, что, начиная свое главное теоретическое исследование, И.А. Покровский ссылается на известного мыслителя Ренана. Комментируя слова Ренана о том, что «политика подобна пустыне; в ней идут наугад — то на север, то на юг; но никто не знает, где добро, где зло», он говорит: «Мы же думаем, что, как для пустыни, так и для политики есть свой компас. Стрелка этого компаса всегда поворачивается к одному пункту — именно к тому, где сходятся свобода и социальная солидарность»¹.

Нужно сразу же со всей строгостью сказать, что идея солидаризма в трактовке И.А. Покровского не имеет ничего общего с теми взглядами, с которыми по традиции сопрягается термин «солидаризм», — с солидаристским учением французского ученого Л. Дюги. Ведь учение Л. Дюги направлено не на утверждение прав людей, последовательных правовых начал в их жизни, а на некое коллективистское «преобразование» права, отрицание значимости субъективных прав, необходимости их «замены» социальными функциями на коллективистических основах².

С этих позиций есть вполне достаточные основания утверждать, что взгляды на солидаризм И.А. Покровского представляют собой *самостоятельную, оригинальную, по-философски мощную теорию, отвечающую требованиям современной эпохи*, — теорию, которая вполне может стать альтернативой социалистическим воззрениям, ее «либеральным вариациям».

Ее суть — в необходимости *органического соединения свободы к а ж - д о г о человека и солидарности м е ж д у л ю д ь м и*. Причем такого соединения, которое реализуется «в государстве» через всю систему правовых институтов, в том числе частного права.

И.А. Покровский убедительно показал оптимальные юридические формы соединения свободы человека и солидарности людей в таких специальных институтах права, как право собственности, вещные пра-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 36.

² См.: Дюги Л. Общие преобразования гражданского права. М., 1919. В.А. Туманов приводит любопытное высказывание наиболее последовательного ортодоксального идеолога марксизма по вопросам права Е.Б. Пашуканиса, который писал: «Если марксисты говорят об отмирании государства после захвата власти пролетариатом..., то Дюги обещает эту эволюцию современному капиталистическому и милитаристическому государству» (цит. по: Туманов В.А. Указ. соч. С. 119).

ва, обязательства из причинения вреда, институты наследственного права. В современных юридических построениях этих и других институтов права, пишет автор, «чувствуется, что нельзя бросить на произвол судьбы человека, пораженного случайным несчастьем, и что полное равнодушие к беде ближнего не может считаться идеалом культурного общежития»¹. И вот вывод более общего порядка на примере наследственного права: «...и в области наследственного права мы имеем ту же борьбу между тенденцией к «индивидуализации» и тенденцией к «солидаризации»... Отрешаясь от исторической солидаризации в союзах родовых или общинных, развивающееся общество переходит к *солидаризации в государстве* (курсив мой. — С.А.)»².

Самое существенное во взглядах И.А. Покровского на социальную солидарность (на что хотелось бы обратить повышенное внимание) — это *внутренняя связь солидаризма с углубленной трактовкой неотъемлемых прав человека, их пониманием как статуса, равного со статусом «державы», и их развитием в право на индивидуальность*. Именно потому, что каждый человек имеет высокозначимое и неотъемлемое право на индивидуальность, именно поэтому (наряду со всеми другими основаниями) должен быть в современном государстве защищен и обеспечен высокий статус *каждого* человека как разумного существа и носителя присущей ему индивидуальности. В том числе и в виде *неотъемлемого права каждого человека не только на жизнь, но и на существование* е.

Иного пути, замечает И.А. Покровский, как сделать крупный шаг — осуществить «право на существование» каждого человека, у человечества просто нет. «Осуществим ли этот шаг при сохранении частноправовой организации народного хозяйства или нет, это покажет будущее; во всяком случае только признание права на существование может еще дать нравственную поддержку для сохранения этой организации»³. Тем более что только «при осуществлении подлинной солидарности человек возвращается, действительно, на присущее ему место — «меры всех вещей». Человеческая личность возвышается: не общество превращает ее в средство, а напротив, само общество в целом становится хранителем и гарантом ее существования»⁴.

К сказанному, пожалуй, нужно добавить лишь то, что идеи социальной солидарности в государстве исчерпывающим образом решают вопрос и о всемерном учете в государственно-правовой жизни об-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 295.

² Там же. С. 308.

³ Там же. С. 321.

⁴ Там же.

условленной современной эпохой необходимости возвышения в обществе социальной ответственности. Последний из указанных факторов ни в коей мере не должен повлечь за собой — как может показаться на первый взгляд — «новые ограничения» неотъемлемых прав человека (международно признанный перечень таких ограничений, предусмотренный п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, имеет «предельный» характер). А вот социальная солидарность в государстве и адекватные этому требованию современности юридические формы, которые как раз должны строиться на твердом фундаменте неотъемлемых прав человека, позволяют утвердить и усилить социальную ответственность всего общества и каждого человека за прогрессивное общественное развитие, судьбу человечества.

§ 7. Борьба за право

1. Иного не дано. Право, по словам знаменитого немецкого правоведа Рудольфа Иеринга (на мой взгляд, юриста от бога, одного из немногих мыслителей, глубоко и тонко понимающих сам феномен юридической материи), не в пример «растению», произрастает не само собой — не само по себе раскрывается в истории. Мысль о необходимости борьбы за право, справедливая сама по себе, становится еще более значимой и в чем-то очень острой и тревожной, если видеть в праве объективированное бытие Разума, средоточие интеллектуальных богатств, высокозначимых юридических механизмов и конструкций, от которых самым непосредственным образом зависит решение сложных проблем современности.

Необходимость последовательной борьбы за право в современных условиях заключается еще и в том, что ему, праву, и в особенности праву, которое должно служить человеку, противостоят могущественные противоборствующие силы. Силы, скажем так, антиправовые по своей сути. То есть такие, для которых право представляет собой ненужное и даже вредное явление. А если в чем-то нужное и полезное, то не в развитом виде, не в своем исконном предназначении в сообществе разумных существ — служить человеку, но всего лишь в своих усеченных, ограниченных качествах, главным образом в виде права власти, верной и безропотной «службы» упомянутых могущественных сил, «крыши» для оправдания любого своеволия, некоего сугубо «оформительского» служебного подсобного инструментария в политической и деловой жизни, где главными силами являются власть и деньги.

2. Составляющие. Борьба за право во всех гранях и ипостасях этого трудного дела включает ряд составляющих, которые охватывают и уровень развития институтов гражданского общества, и состояние культуры и гражданственности в стране, и характер утвердившейся политической власти, и темпы экономического развития, и особенности всего общественного сознания, и многие другие факторы, касающиеся в сущности всех сторон развития общества, включая особенности человека, его природы¹.

И все же, при всей важности только что отмеченных и иных факторов хотелось бы выделить (с учетом разработок в этой книге) два ключевых звена.

3. Высшее и всеобщее признание. Первое, что необходимо для победы права в жизни общества, — это *интенсивная разработка идей права, обретение ими высокого научного и гражданского признания.*

Идеи права в современном их понимании достойны того, чтобы они стали одним из центров интеллектуальной, духовной жизни общества, ничуть не уступающим науковедческому статусу передовых естественно-научных и технических знаний.

Ведь общества же, в которых утверждаются последовательно демократические, либеральные цивилизации, — это постиндустриальные, технологически и информационно развитые общества, и в не меньшей мере — общества свободные, самоуправляющиеся, сутью и стержнем

¹ С учетом приведенных данных, в литературе по вопросам этиологии обращается внимание на то, что демократический строй (а вместе с ним и право человека), имеющий известные природные предпосылки, все же не м о ж е т «возникнуть сам собой, на основе инстинктивных программ»; демократический строй и соответствующее право «это *продукт разума* (курсив мой. — С.А.), продуманная система коллективного воспрепятствования образованию иерархической пирамидальной структуры...» (*Дольник В.* Указ. соч. С. 228–229). И отсюда — «демократию нужно все время поддерживать политической активностью граждан, не позволяя прийти к власти «паханам» и «шестеркам» (там же. С. 168).

В этой связи следует отдать должное точности суждений В. Дольника — автора приведенных выше положений, — когда, отметив, что «демократия — продукт борьбы разума с животными инстинктами, толкающими их (людей. — С.А.) самособираться в жесткие авторитарные иерархические режимы», он уже прямо по вопросам права пишет: «Государство, построенное ради защиты прав человека и основанное на законах, стоящих выше государства и любого человека, — это демократическое государство» (там же. С. 169).

Но именно такое демократическое государство — это и есть воплощенное в демократическую организационную структуру право человека — право, представляющее собой объективированное выражение Разума и призванное служить человеку. Если верно, что поднять человека «со дна», вывести его из «зоологического состояния» может «свобода и собственность», а последние вместе с Разумом находят концентрированное выражение как раз в праве человека, также верно и то, что создание столь совершенного образования — права человека — и борьба за него представляют собой однопорядковые задачи высшей значимости и задачи к тому же высшей степени сложности.

которых становится право. Право, которое позволяет людям утвердиться в великих демократических ценностях и, используя могущественный потенциал юридического инструментария, справиться с «негативами либерализма», с вырывающейся на простор вольницей, со вседозволенностью в потребительских страстях, сделать свободу в высшем цивилизационном понимании исходным началом и стержнем достойной жизни людей, обратить ее в человеческую активность, творчество, свершения ума — основу восходящего развития человеческого рода¹.

Именно тут можно ожидать утверждение позиций подвижников, активных и искренних приверженцев идей права, непреклонных борцов за правовые идеалы и ценности.

4. Ключевое звено. Это понимание, разработка и использование всего потенциала права — уникального юридического инструментария, юридических механизмов.

Сейчас становится все более очевидным, что использование потенциала права по «запросам эпохи» не сможет сколько-нибудь су-

¹ А это все предполагает необходимость, как уже отмечалось (и если в данном случае уместно еще раз использовать возвышенные категории), *новой эпохи в понимании права* — такого развития, пожалуй, даже *поворота* в правопонимании, который бы в полной мере отвечал принципиально новым потребностям последовательно демократических, либеральных цивилизаций.

Уже сейчас, думается, вырисовываются некоторые направления такого поворота в понимании и характеристиках права, которые способны преодолеть традиционные трактовки и дать ответ на требования времени. О них и говорилось в данной книге. Это, в частности:

- характеристика права *с мировоззренческих позиций*, т.е. его понимание как *особого «мирозданческого» явления* — самостоятельного, самобытного, уникального звена в процессах бытия и развития человечества. Причем такого звена, которое имеет свои, незаменимые функции и свое предназначение, не сводимое ни к категориям государства, ни к категориям морали, и, быть может, еще и такого, которое обладает качествами природного по своим основам, корням явления;

- рассмотрение права как *объективной реальности* — сильного и действенного фактора в жизни людей, в самой материи которого заложена специфическая логика, «целестремленная» к свободе человека, ее обеспечению;

- понимание права в высших его значениях как *права человека*, которое, несмотря на все метаморфозы, «приговорено» служить людям и — что особо существенно — способно осуществить, казалось бы, невыполнимую задачу — не только преодолеть негативные стороны величайшего дара человека — свободы, но и обратить ее в активность человека, его творчество, свершения ума;

- характеристика права как *феномена Разума и высоких истинно человеческих начал*. Причем таких начал (относимых к числу духовных, идеальных), которые, быть может, наиболее близки к самой сути человека как высшего, великого создания природы, что и предопределяет саму возможность оценки права как *святыни* в жизни человека;

- оценка права в качестве *цели гражданского общества*, высшего критерия общественной жизни.

шественно продвинуться вперед, если по-прежнему ограничиваться одними общими положениями о праве (даже теми, затронутыми в этой книге, которые касаются известного поворота в самом понимании права). Необходимо основательное проникновение в глубины, тайны правовой материи. А отсюда — в богатейший арсенал юридического инструментария и правовых механизмов, которые — как все более и более выясняется в настоящее время — способны обеспечить решение коренных задач экономического, политического и социального развития. Тем более что именно при таком подходе в полной мере раскрывается и смысл права, его назначение в жизни людей.

И здесь на основе научных данных, соответствующих требованиям нынешней эпохи, постепенно вырисовывается главная сфера научно-прикладных исследований и практической деятельности по использованию потенциала права. Это разработка (и на общетеоретическом уровне, и во всех специальных юридических дисциплинах) *оптимальных юридических конструкций*, которые на основе основополагающих правовых идей, мировой юридической культуры и нынешнего практического опыта способны обеспечить утверждение ценностей последовательно демократической цивилизации, торжества Разума, права человека.

Не могу не заметить в этой связи, что определяющую роль в рассматриваемых гранях борьбы за право призваны сыграть знатоки юриспруденции, овладевшие высотами и тонкостями юридических знаний, для которых утверждение ценностей и идеалов права в жизни общества стало не только самой сутью миропонимания и сферой утонченных научных знаний, но и смыслом жизни, личной судьбы.

В своих мечтаниях (возможно, не очень далеких от делового прогноза) мне представляется в перспективе область юридических знаний не только в виде институтов, объединяющих правоведов-теоретиков различных направлений, но и в виде коллективов правоведов-конструкторов, совершенствующих юридическую материю и по текущим запросам практики и в модельных заготовках на перспективу. При этом правоведов-конструкторов, работающих в конструкторских бюро и иных объединениях. Точно таких же, по моему разумению, как и современные конструкторские подразделения, занимающиеся разработкой новейшей материальной техники.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таковы мои соображения о юридической науке, о тех новых подходах к ее предмету — праву, которые, надо полагать, продиктованы современной эпохой.

Разработки, содержащиеся в книге, являются итогом моей более чем пятидесятилетней работы.

По мере достижения известных данных, представлявших интерес в научном, учебно-педагогическом, популяризаторском отношениях, они публиковались в отдельных изданиях. Теперь, при подготовке книги, призванной свести воедино результаты многолетней работы, весь этот материал после многократной проработки, нередко основательного переосмысления объединен в соответствии с целостной, как мне представляется, научной концепцией.

Не скрою, наряду с необходимостью подтвердить какие-то итоги долголетней работы, дополнить их новыми материалами, появившимися после опубликования первого издания (а также наряду с необходимостью еще раз сказать о своей работе в прошлом, дать ему авторскую оценку¹), главным поводом к появлению на свет данного издания стали *жгучая тревога* и *глубокая надежда* автора.

¹ Суть этой «личной причины» в том, чтобы сказать о моей собственной оценке той исследовательской работы в области права, которую мне довелось провести в советское время.

Замечу сразу, в моих работах той поры немало такого, что должно уйти в прошлое. И что навсегда останется для меня предметом горечи, стыда, очищения и покаяния. Но было в работах правоведов того времени и другое. Наряду с той показушной мишурой, цитатной обязаловкой, слепым преклонением перед коммунистическими идолами, которых не избежали и мы, молодые правоведы (в немало числе — недавние солдаты Отечественной войны), решающим в моей работе и судьбе стал сам факт *возвышения* и даже *возвеличивания права*, и в еще большей степени — знакомство с ним через отработанный понятийный аппарат, а затем *погружение* в материю права, ее тонкие, подчас ювелирные связи и соотношения — *поразительные юридические конструкции*. Тем более — поскольку речь идет о моей персоне — что этот импульс веры и настрой на овладение тонкостями материи права был сообщен при первых же шагах в научных исследованиях моими учителями, профессорами дореволюционного времени Б.Б. Черепахиным и А.М. Винавером, да и самим предметом моих творческих увлечений — цивилистикой, гражданским правом.

Эти же романтические начала и некоторые знания тонкостей правовой материи помогли в не менее тяжкие (и такие счастливые!) годы начавшихся в нашей стране перемен, когда на мою долю выпало участие в первых шагах, неуверенных и драматичных, по созданию истинных правовых основ жизни нашего общества.

Жгучая тревога — потому что положение с правом и в нашей стране, и во всем мире стало хуже, чем должно было бы быть на современной стадии развития современной цивилизации. Прокатившиеся же по земле акты террора, особо жуткие на американской земле в сентябре 2001 г., перевели планету в состояние «войны», «полного искоренения терроризма», да притом в такой форме, что военные действия (такие, как в Афганистане) окрасились жутью «возмездия», нравами колониальных войн, когда все более и более стало господствовать право силы.

Но может быть, ужасы и тревоги последнего времени — это и *знак надежды*. Того, что даже мировая суэта малых и больших дел, благостное роскошное житие экономически развитых стран отрезвит нас, потребует не только кары для виновников бедствий, но и большей строгости к самим себе. С тем чтобы мы объединили свои силы для борьбы с общей бедой — вакханалией насилия. Потому что не случись этого, не восторжествой на всей земле Право — сгореть всему человечеству в огне насилия.

Примечательно, что в Афганистане, где развернулись наиболее мощные вооруженные силы антитеррористической коалиции, все реже говорится о «возмездии», а решаются прагматические задачи ликвидации баз и лагерей террористов, обнаружения организаторов террористического безумия.

Одним из препятствий духовно-философской значимости, которое необходимо как можно скорее преодолеть на пути Восхождения к Праву, является распространенное мнение, что будто бы Запад — это римское право, а вот Восток — это, дескать, «исламские террористы». Но ведь слова великого философа о том, что *самое святое, что есть у Бога на земле, — это право человека*, сказаны всем нам и одинаково, без единого исключения значимы для всех конфессий, всех верований, всех философских учений, восточных и западных, которые всегда своей сутью, смыслом выходят на человека.

Все мы рано или поздно **БУДЕМ ЖИТЬ ПОД ПРАВОМ, ПРИ ВЕРХОВЕНСТВЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА.**

Иного не дано.

Именно вера в Право, а также настрой на овладение тонкостями юридической материи позволили и в обстановке тоталитарного режима (во многом, скажу еще раз, благодаря интеллектуальной силе цивилистики и наставничеству моих учителей) встать на путь углубленного рассмотрения права как объективной реальности, а отсюда его структуры, ценности, механизма правового регулирования, — всего того, что ныне в результате дальнейших творческих поисков выводит на новые подходы к праву, на понимание его главных особенностей и ценностей, его — будем верить — ключевой роли в настоящем и будущем людей, всего человеческого сообщества.

ПРИМЕЧАНИЯ К ТОМУ 6

В шестой том собрания сочинений вошло второе, переработанное и дополненное издание монографии С.С. Алексеева «Восхождение к праву: Поиски и решения», опубликованное в 2002 г. московским издательством «Норма». Первое издание этого произведения увидело свет годом ранее, также в издательстве «Норма».

«Восхождение к праву: Поиски и решения» является одним из главных, фундаментальных трудов С.С. Алексеева по проблемам теории и философии права периода 1989–2009 гг. В данном исследовании наиболее полно, последовательно и системно раскрыта основная научная концепция автора: право как объективная реальность, как величайшее достижение человеческой цивилизации, единственно способное противостоять произволу и насилию.

Книга существенно углубляет и развивает положения фундаментальной монографии «Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования» (М.: Статут, 1999), которая не включена в настоящее собрание сочинений. «Восхождение к праву...», как и «Право: азбука — теория — философия» раскрывает право на «трех уровнях», но не суммирует предыдущие работы автора, а представляет читателю принципиально новую ступень и ракурс философско-теоретического анализа права.

Как отмечает С.С. Алексеев в предисловии ко второму изданию, «в первом издании книги осторожно говорилось о противоречивом положении права в нашей стране и во всем мире, о его недооценке, о существующих здесь двойных стандартах, о равнодушии правоведов к острым проблемам нынешнего времени и обо всем другом в том же (преимущественно спокойном, академическом) духе, то сейчас, после сентябрьского кошмара в Нью-Йорке, а затем военных акций в Афганистане, нужны не только спокойные и строгие академические рассуждения на сей счет, но главным образом твердое и решительное изменение самого взгляда на право на деле, на его миссию в жизни людей».

Основные положения и выводы монографии «Восхождение к праву: Поиски и решения» в кратком, концентрированном виде получили выражение и в произведениях, составляющих четвертый том настоящего собрания сочинений, в первую очередь в работе «Тайна и сила права».

Текст работы воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С.* Восхождение к праву: Поиски и решения. 2-е изд., перераб. и доп. М.: НОРМА, 2002.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	8
Часть первая. Догма права	11
Глава первая. Аналитическая юриспруденция	11
§ 1. Аналитическая юриспруденция (истоки, содержание, ответвления)	11
§ 2. Догма права.....	18
§ 3. Науковедческий статус.....	22
§ 4. Теоретические аспекты. Общая (аналитическая) теория права.....	29
§ 5. О философских разработках догмы права.....	46
Глава вторая. Научный потенциал и пределы догмы права.....	58
§ 1. Продвижение вперед	58
§ 2. Пределы. Разрыв в науке.....	61
§ 3. Вехи.....	65
§ 4. Концепция.....	68
Часть вторая. Теория права. Новые подходы	70
Глава третья. Общая (инструментальная) теория права	70
§ 1. Новые подходы к праву – постановка проблемы	70
§ 2. Ступени общей теории права.....	78
Глава четвертая. Право – объективная реальность	90
§ 1. Право как объективная реальность	90
§ 2. «Тело» права (право как «форма»).....	95
Глава пятая. Императивы цивилизации и право	106
§ 1. Право как явление цивилизации	106
§ 2. Юридические системы.....	129
§ 3. Право – власть и мораль	147
§ 4. Восхождение права. Эпохи	164
Глава шестая. Правовая материя.....	179
§ 1. Правовая материя: особенности, элементы, методологические подходы	179
§ 2. Основные правовые средства.....	194
§ 3. Методологические аспекты	200

§ 4. Идеи и принципы.....	216
§ 5. Правовая материя – жесткий организм и живое право.....	219
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ	229
§ 1. Юридические конструкции (основные характеристики).....	229
§ 2. Разновидности. Уровни	236
§ 3. Юридические конструкции как явления науки.....	239
§ 4. Юридические конструкции: совершенствование и перспективы развития права	242
ГЛАВА ВОСЬМАЯ. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ.....	249
§ 1. Правовое регулирование: категории динамики права.....	249
§ 2. Типы и другие структуры правового регулирования	271
ГЛАВА ДЕВЯТАЯ. ПРОБЛЕМЫ ЛОГИКИ ПРАВА	280
§ 1. Логика права в статике и в динамике	280
§ 2. Центральное звено	287
§ 3. Тайна права.....	296
Часть третья. Философско-правовые проблемы	309
ГЛАВА ДЕСЯТАЯ. ФИЛОСОФИЯ ПРАВА В ОБЩЕЙ СИСТЕМЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЗНАНИЙ	309
§ 1. Особенности философского подхода в области права	309
§ 2. Формирование философского подхода в области правовых знаний	317
ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ. ПЕРВООСНОВА	326
§ 1. Естественное право: основные характеристики	326
§ 2. Глубинные основы естественного права (постановка проблемы)	337
§ 3. Высшие ценности. Естественное право и современность.....	347
ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ. ДВА ПОЛЮСА.....	352
§ 1. Полюсы – право и насилие.....	352
§ 2. Гуманистическое право: идеи, ценности, реальности.....	355
§ 3. Коммунистическая философия права.....	371
§ 4. Современные реалии.....	387
ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ. ЧИСТОЕ ПРАВО.....	395
§ 1. Идея чистого права.....	395
§ 2. Категории чистого права.....	404
§ 3. Чистое право и реальное право.....	413
§ 4. Чистое право и вопросы практики юриспруденции.....	421

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ. ПРАВО — БЫТИЕ РАЗУМА.....	428
§ 1. Разум в праве. Путь к разгадке.....	428
§ 2. Рациональные начала права.....	434
§ 3. Правоведение в структуре права.....	453
§ 4. Духовные начала права	467
§ 5. Право — «увековечение» разумных начал.....	473
ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ. ПРАВО ЧЕЛОВЕКА.....	475
§ 1. Права человека и современность.....	475
§ 2. Права человека: юридические аспекты	481
§ 3. Проблемы	483
§ 4. Вопросы глобализации и права человека.....	490
§ 5. Еще одна сторона высшего назначения права	494
ГЛАВА ШЕСТНАДЦАТАЯ. ПРАВО В НАШЕЙ ЖИЗНИ, В СУДЬБЕ ЛЮДЕЙ.....	496
§ 1. Право как цель.....	496
§ 2. Убежище	505
§ 3. Право и высокие духовные ценности.....	507
§ 4. Парадоксы либерального развития. Основная идея.....	517
§ 5. Право нового тысячелетия.....	531
§ 6. Идеи социальной солидарности и право.....	542
§ 7. Борьба за право.....	548
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	552
ПРИМЕЧАНИЯ К ТОМУ 6.....	554

Сергей Сергеевич АЛЕКСЕЕВ

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ

В десяти томах

Том 6

Восхождение к праву

Редактор *Т.Б. Дегатькова*

Корректор *Т.Н. Немчинова*

Художественное оформление: *В.В. Самойлова*

Компьютерная верстка: *С.В. Родина*

Подписано в печать 20.10.2010. Формат 60х90 ¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 35. Тираж 2000 экз.

Заказ №

Издательство «Статут»:

119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;

тел./факс: +7(495) 649-18-06

E-mail: book@estatut.ru

www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-0708-8



9 785835 140708 8