

С. С. Алексеев

ВОСХОЖДЕНИЕ К ПРАВУ  
Поиски и решения

Издательство НОРМА

Москва, 2001

**А 47** Алексеев С. С. **Восхождение к праву. Поиски и решения.**  
— М.: Издательство НОРМА, 2001. — 752 с.

ISBN 5-89123-536-6 (НОРМА)

Книга представляет собой итог многолетней работы автора по теоретическим проблемам права. Обобщая данные ранее изданных трудов, настоящее издание содержит ряд новых материалов, отражающих в системном изложении поиск и постановку вопросов о таких подходах к праву, которые обосновывают его высокое место в современной жизни общества, в жизни каждого человека. Книга имеет проблемный, по ряду пунктов постановочный, дискуссионный характер.

Издание рассчитано на научных работников, преподавателей, аспирантов, студентов юридических и неюридических вузов — на всех, у кого есть интерес к проблемным разработкам о состоянии и развитии права в современном мире, его месте и роли в жизни людей, в судьбе человеческого общества.

С. С. Алексеев, 2001 Издательство  
ISBN 5-89123-536-6 (НОРМА) НОРМА, 2001

## Предисловие

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

С одной стороны — слова и лозунги о праве и законе. О их незыблемости, вплоть (как это случилось в нашей стране) до постулата о "диктатуре закона". 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.

С другой же стороны — происходящие в мире, да и, пожалуй, в каждой стране, страшные факты беззакония и попрания права. Распространенная их трактовка в отношении избранных стран — как будто бы просто "чрезмерность" или "неадекватность" властных акций. Двойной стандарт по юридическим вопросам. Отсутствие громкого и уверенного голоса правоведов по всем этим делам. В этой связи — бытующие представления о юридической науке как о некоей нужной, но все же "подсобной" дисциплине, 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.

И с этой точки зрения самое, на мой взгляд, тревожное — это то обстоятельство, что никому, кажется, и в голову не приходит поставить юриспруденцию в один ряд с другими отраслями знаний, с естественными и техническими науками, с "физиками" и "математиками". И тем

поражающий воображение взлет науки в целом, мощное проникновение человеческих знаний в неведомые секреты природы, мироздания, овладение людьми новыми природными силами и возможностями, которые наконец-то решат множество жизненных проблем.

Между тем не являются ли такого рода представления всего лишь отражением существующего состояния гуманитарных наук и правоведения, утвердившихся в них научных ориентации? В России к тому же еще — отражением непреодоленных последствий коммунистической идеологии, построенной на отрицании права как высшей гуманитарной категории, трудностей и проблем перехода к современному гражданскому обществу. На Западе же — влиянием негативных сторон узкопонимаемой рыночной идеологии, практики "рынка", настроений "конца истории", а в этой связи — все большей приземленностью юридической науки, ее сугубо прагматической замкнутостью, утратой направленности научной мысли по вопросам права на высокую теорию, и отсюда — потерей ощущения и понимания своеобразия права, его уникальной, далеко не во всем еще понятой ценности<sup>1</sup>.

Так что, думается, вполне закономерна постановка вопроса: *не настало ли время оценить существующие рубежи и потенциалы в науке права?* При всей важности и несомненной актуальности существующих в современной юридической науке подходов и рубежей, продиктованных интересами практической юриспруденции, и отчасти философскими и социологическими методологиями,

<sup>1</sup> 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" (см.: Соловьев Э. Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М.: Наука, 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" (см.: Фукуяма Ф. Конец истории? // Вопросы философии. 1990. № 3. С. 148).

не будет ли оправданным внимательно *приглядеться к праву с тех же общенаучных позиций, которые характерны для естественных и технических наук?* И не раскроются ли тогда такие рубежи теории права, которые как раз и требуются современной эпохе и, быть может, являются решающими для судеб людей, всего человеческого общества?

Поиски ответа на приведенные вопросы и привели к ряду выводов и предположений, которые, по всем данным, если и не выводят юриспруденцию на уровень современной науки в целом, то во всяком случае надо полагать, намечают некоторые предпосылки и пути для того, чтобы приблизиться к такому рубежу. Им, такого рода выводам и предположениям, формулируемым в порядке постановки научных проблем, и посвящена эта книга.

## Часть первая Догма права

---

---

### Глава первая Аналитическая юриспруденция

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

**1. 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 накапливаемого 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 (или *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 "позитивного права").

По своему содержанию юридическая догматика — научная и учебная дисциплина, имеющая характер *аналитической юриспруденции*<sup>1</sup>, представляет собой *атоми-*

<sup>1</sup> Для устранения возможных неясностей, которые автор попытается преодолеть в тексте путем придания одного и того же смысла ряду однопорядковых выражений, замечу под этим углом зрения, 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 дискредитирующих оценок ряда этих выражений ("юридический позитивизм", "юридическая догматика"), в последующем изложении будет отдавать предпочтение термину *аналитическая юриспруденция*.

стическую 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, обычаев в юридической области, прецедентов и др.), выявлении содержащихся в них юридических норм, в их толковании, фиксации присутствующих им общих, видовых и родовых особенностей, характерных черт правовых документов, юридических фактов, порождаемых ими последствий, нахождении заложенных в них юридических конструкций, принципов, смыслового значения, выработке и закреплении юридической терминологии, и в итоге — в разработке на основе обобщаемого правового материала определений, сравнительных характеристик, классификаций.

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.

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 наиме-

нование систематических аналитических проработок, основанных на достижениях римского частного права как *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 позитивизма<sup>1</sup>.

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,

<sup>1</sup> 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 нас оно ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями" (см.: *Шпенглер* О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. М.: Мысль, 1998. Т. 2. 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 обобщают 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 — дальше.

законодательства и правового обучения, а также основой обширных научных исследований (характерных для правоведения Германии, России, ряда других стран XIX—XX вв.).

**2. 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 правообразования и действия позитивного права многообразие фактов социальной действительности — и экономических, и конъюнктурно-политических, и психологических, и индивидуально-жизнейских, и многих других, которые так или иначе влияют на выносимые судьями решения.

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" "схоластике", будто бы поразивших 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*<sup>1</sup> — его понимание

<sup>1</sup> Вот краткие иллюстрации суждений ряда авторов, подтверждающие такого рода тенденцию. Холмс в книге "Общее право" (1881 г.), 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 принципы должны применяться, а также состояние умов и чаяния населения, составляющие среду, в которой эти принципы будут практически реализоваться. "Юридические монахи", которые

как 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 подводят к пониманию более общих правовых вопросов, пусть даже и ограниченных в основном своеобразным материалом англосаксонского, общего, прецедентного права).

---

проводят свою жизнь в атмосфере чистого права, безжизненной и лишеной живого человеческого слова, не могут сформулировать практические принципы, применяемые в беспрестанно меняющемся мире из крови и плоти. Наиболее логичные и блестящие обоснованные нормы могут уничтожить право при практическом применении, так как не приспособлены к среде, в которой они должны проводиться в жизнь" (см.: *Pound. The Sociological Jurisprudence* // *Green Bag*. 1907. № 19. P. 511—612).

Идеи социологической школы, развитые теорией "юридического реализма" К. Левеллин, Джером Н. Франк, 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 суды 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).

Правовая социология весьма углубленно разработана в *инструментальной теории*. Признавая исключительную важность самой идеи *инструментализма* [Ш. 4. П]<sup>1</sup>, надо видеть, что в своей "социологической 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<sup>2</sup>, 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.

3. "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

---

<sup>1</sup> Приведенные в квадратных скобках цифры обозначают, что соответствующие материалы по данной проблематике содержатся также в других частях и главах работы; при этом первая цифра (римская) указывает на часть работы, вторая главу, третья — параграф.

<sup>2</sup> См.: *Саммерс С. Р.* Господствующая правовая теория в США // Советское государство и право. 1989. № 7. С. 109—116.

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 высокозначимый собственный науковедческий статус.

Так, сравнительно-правовые исследования (тем более такие основательные, которые предприняты в последнее время на материалах частного права<sup>1</sup>) настолько существенно расширили данные по предмету юридических знаний, что это требует существенных коррективов в разработке проблем правовой теории и даже формулирования теоретических положений под углом зрения "всеобщей" теории права.

Конечно, при аналитической проработке фактических данных в историко-правовые и сравнительно-правовые исследования неизбежно вовлекается значительный неюридический — исторический и социологический — материал<sup>2</sup>. В целом же по принятым научным рубрикам и история права, и сравнительное правоведение оста-

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

<sup>2</sup> 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.

ются 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 несколько иными 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".

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.

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 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.

В о - п е р в ы х , 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"<sup>1</sup>.

И в т о р о е . В праве, каким бы ни были конкретное содержание законов, данные юридической практики, правосознание, 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 юриди-

<sup>1</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 60.

ческие нормы, у нас — прежде всего закон). И основу, каркас такой жесткой фактуры образует нечто твердое и исходное в самой правовой материи, реальная фактическая 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 звено в этой проблеме, которое следует обозначить уже сейчас. Оно важно и само 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) логикой<sup>1</sup>. И право в данном отношении выступает в качестве своего рода *обители, исконного, родного очага* формальной логики.

Самая элементарная, первичная клеточка бытия права, устремленного 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 пози-

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

тивном 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 как раз при помощи того, чтобы все элементы правовой материи, все ее "атомы" подчинялись требованиям и правилам 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 юристов*. И, кстати, вовсе не случайно методы, используемые в аналитической юриспруденции, близки к тем, которые относятся к математической логике и математическому мышлению<sup>1</sup>. Поэтому-то, надо заметить, и 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, нестыковок, 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 зако-*

<sup>1</sup> 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 эвклидовыми 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" (см.: Шпенглер О. Указ. соч. С. 69).

*нов*) 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 *самых* 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 обществе.

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.

Первостепенное значение среди этих элементов догмы принадлежит детализированному строению права, его *анатомии*, без знания которой невозможно поставить

квалифицированный *юридический диагноз*, в частности — дать *юридическую квалификацию* дела и принять необходимые юридические меры, т. е. в соответствии с правом решить юридически значимую жизненную ситуацию. Отсюда необходимость детализированной характеристики особенностей и разновидностей юридических норм, возникающих на их основе субъективных прав и юридических обязанностей, юридических фактов, юридической ответственности и т. д.

Важнейшей 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 *действие* права. То есть также особые юридические реальности, связанные с деятельностью людей по реализации и толкованию права.

**4. Особенности догмы права.** Догма права — это весьма обширный круг социальных явлений, концентрирующихся вокруг юридических норм, выраженных в законах, иных формализованных источниках, твердая и неизменная на каждый данный момент основа для решения юридических дел. Эти явления (а отсюда и складывающиеся на их основе представления о праве) отличаются логической строгостью, стройностью, отработанностью.

Следовательно, для понятия "догмы права", наряду с логической четкостью охватываемых им представлений, характерны по крайней мере две особенности:

во-первых, в центре правовых представлений, относящихся к догме права, — *юридические нормы, выраженные в законе (иных источниках)*;

и, во-вторых, "догматические" представления о праве сформировались и наличествуют главным образом в связи с *потребностями юридической практики* (и, что не менее важно, в соответствии с *требованиями законности*, необходимостью решения юридических дел на твердом, нормативном основании).

И вот, признавая содержательность и важность правовых представлений, охватываемых понятием "догма права", необходимо учитывать их своеобразие, и с этой точки зрения их известную *узость*.

Очевидно, в частности, что при формулировании общих правовых понятий, необходимо включить в поле зрения и фактические данные стран с такими правовыми системами, где закон и иные нормативные акты не занимают центрального положения среди источников права. В том числе — правовые системы стран, где действует общее, прецедентное право. И где сообразно специфике этих юридических систем основной "массив" права, основа решения юридических дел сосредоточена в судебных прецедентах.

А в этой связи (да и по иным основаниям) возникает и другой, пожалуй, более принципиальный вопрос: достаточно ли для признания должного статуса науки материалов, охватываемых одной лишь догмой права?

### § 3. Науковедческий статус

**1. Предубеждения и реальность.** Свообразие юридических явлений, их известная узость на уровне догмы права, "привязанность" к юридической практике (да к тому же 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 правоведы, основательно знающие юридическую проблематику, отмечают, что "позитивистская юриспруденция — это не более чем опи-

сательная наука, дисциплина низшего теоретического порядка"<sup>1</sup>.

Между тем юридический позитивизм (аналитическая юриспруденция) представляет собой систему знаний, занимающую достойное место в общей системе наук. Нужно лишь в полной мере учитывать специфический профиль аналитической юриспруденции как специальной отрасли знаний, имеющей *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 юридических 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, 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 соотнобразуется с особенностями позитивного права как логической системы, значением вы-

<sup>1</sup>Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 168.

текающих отсюда *формально-логических методов* обработки фактических материалов, их местом и ролью в методологическом инструментарии науки. А в этой связи, ролью науки как источника и фактора дальнейшего развития особенностей, 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.

Таким образом, правоведение на уровне аналитической юриспруденции — специальная общественная (гуманитарная) наука, одна из первых в истории 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 — "законоискусство").

**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 юриди-

ческих знаний для правоведения характерна формально-юридическая методология, основанная на законах 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 видеть 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"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кётец 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".

Отмечая сам факт использования в той или иной мере материалов юридического позитивизма, как и данные иных технико-прикладных наук, при реакционных режимах, надо видеть 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 нищете" 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 самой по своей сути противостоит тирании, — *право, отлитое в отработанные, искусные технико-юридические формы*. И эта правовая суть, "дремавшая" в обстановке нацистского 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.

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 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, якобы органически характерны только схоластика, спекулятивные построения, игра в понятия. В лучшем случае, статус описательной науки, дисциплины "низшего теоретического порядка".

**3. Итоговые положения.** 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 полновесная 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 незаменимые пласты того исходного и специфического для всего правоведения материала и ориентиров практической и научной значимости, которые являются начальной (пусть и неисчерпывающей) данностью и не имеющим 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 высоко значимая*

*отрасль специальных человеческих знаний, ее твердой и неизменной исходной и первичной основой останется 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, утонченные 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.

#### **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 деятельность, 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, все накопленное интеллектуальное богатство, относящееся к юридической материи, в особенности "права, выраженного в законе", 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 в 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, ко-

торые 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) оказывается 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 многообра-

зия 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.

## § 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* — ив 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 — *общая теория*, являющаяся составной частью аналитической юриспруденции.

Так что юридический позитивизм, подтверждая свой достойный науковедческий статус, характеризуется и тем, что в нем сложилась "своя" теория. Теория, скажу сразу, пусть и не всеобъемлющего, но все же достаточно высокого уровня, во всяком случае такого, который изначально не допускает ее характеристики как сугубо "описательной дисциплины".

Формирование и развитие общетеоретических взглядов по вопросам догмы права исторически оказались необходимыми по тем же самым причинам, которые вывели к жизни юридический позитивизм в целом, т. е. в

связи с потребностями законодательства, юридической практики и правовой учебы, а по крупному счету — соответственно 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<sup>1</sup> в юридической науке связано с именами Бен-тама и в особенности — Д. Остина, с его книгой "Чтения по юриспруденции" (1832 г.).

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 науки<sup>2</sup>, но и увидеть его общеправовую значи-

<sup>1</sup> Такое направление общетеоретических исследований в отечественной литературе получило обоснование в книге О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородского "Вопросы теории права" (М., 1961).

<sup>2</sup> 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) три:

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 конституционное, административное, 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 восприняла, 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.

мость как *особый мир* действительности, отличающийся многими, порой уникальными особенностями.

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 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-договоренного 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 данные медицины — крайне необходимы для практической деятельности людей, но и представляют собой *исходную основу* юридических зна-

<sup>2</sup> Восхождение к праву

ний, которые даже в своем элементарном виде *несут значительный интеллектуальный потенциал*. Тем более, что без своей исходной (и специфической) объективной основы, без своих незаменимых отправных реалий, выраженных в догме права, и содержащихся в ней интеллектуальных ценностей, никакие действительные юридические знания, в том числе юридические знания высокого науковедческого порядка, невозможны в принципе, по самой своей сути.

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 которых сконцентрирован опыт всего мира"<sup>1</sup>.

Отсюда — возможность *углубления* общей (аналитической) теории права, которая в перспективе призвана стать "общей" с точки зрения разнообразных юридических систем и в этом отношении — *всеобщей* 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".

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 36. К сожалению, авторы при этом 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.

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 догматики, разработанных в германской юридической науке XIX—XX вв., а затем в ряде других национальных юридических науках, в том числе в русском дореволюционном и отчасти — советском правоведении. А пандектистика — своеобразный концентрат культуры всепланетного шедевра, римского частного права, является как раз первой в истории *универсальной* системой юридических знаний, а положения юридической догматики (нашедшие воплощение в Германском гражданском уложении, в российских законопроектах по гражданскому праву, в современном гражданском законодательстве) — одним из наиболее высоких достижений юридической мысли, которое вполне обоснованно находит признание как феномен *наднационального* порядка<sup>1</sup>. И которое в этой связи является уже готовой основой для углубления общетео-

<sup>1</sup> 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 юрико-догматического характера, основанные на достижениях пандектистики. Парадокс же в таких оценках заключается в том, что Д. Остин опирался в своих научных построениях не на материал "родного" для него английского общего права, а на данные развивающихся на Европейском континенте законодательных юридических систем. В этой связи уместно еще раз сослаться на слова Д. 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".

ретических знаний на основе данных сравнительного правоведения<sup>1</sup>.

**2. Что же дальше?** Итак, поставленный ранее вопрос о достаточности материалов, охватываемых догмой права, для признания должного статуса юридической науки получает, по всем данным, утвердительный ответ. Да, юридическая догматика и характерные для нее формально-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 бы вывели правоведение на уровень основательных теоретических и философских знаний, характерных для современной науки.

Казалось бы, и по этим вопросам напрашивается утвердительный ответ. Казалось бы, и здесь вполне достаточной исходной базой, отправной основой для углубленного понимания права могут быть данные, сконцентрированные в догме права.

В этой связи в науке и были предприняты попытки в пределах позитивной теории развить такую научную

<sup>1</sup> 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 высокочтимый статус правоведения и оно не "заменяется" всего лишь "социальной технологией" — перспективной тревожной и опасной для всей системы гуманитарных знаний.

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 распространившийся 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. Этот подход исходит из того, 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 — 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 в плоскости 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 "долженствования", многоступенчатой "нормой"<sup>1</sup> — идея, в соответствии с которой каждая "нижестоящая" юридическая норма должна выводиться из нормы "вышестоящей", вплоть до "основной нормы", увенчивающей всю пирамиду позитивного права, что и влечет за собой понимание права в духе крайнего юридического нормативизма<sup>2</sup>.

Кельзен и его сторонники именуют себя приверженцами философии Канта. Но это не так. Г. Кельзен и его сторонники использовали не столько суждения знамени-

<sup>1</sup> 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 Cohens. Reading in Jurisprudence and Legal Philosophy*; *Shuchman P.* Boston and Toronto, 1979. P. 173).

<sup>2</sup> 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. In *Hans Kelsen Introduction to Problems of legal theory*. Oxford, 1992).

того 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 познания<sup>1</sup> или своеобразно толкуемые положения философа о "форме", будто бы являющиеся основой "чистой теории права"<sup>2</sup>.

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 материи<sup>3</sup>.

**4. Об импульсах в развитии науки.** Неоправданность выведения "философии" из позитивного права как нормативного образования, вытекающая из сугубо нормативистских концепций, порождает сомнение насчет того,

<sup>1</sup> Автор введения к труду Г. Кельзена, посвященному проблемам теории права, Stanley L. Paulson указывает на значение для правопознания не столько правовой философии Канта, сколько использования "отдельных частей или кусочков" его теории познания (см.: *Paulson S. L.* Op. cit).

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> 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 институционального нормативного образования, являются 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" (см.: *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".

возможна 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 отношениях. То, что вполне отвечает требованиям практической юриспруденции, а по крупному счету исконному предназначению права как нормативному регулятору — 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 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 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 отношениях).

Более подробный разговор об этом впереди [II. 4. 1]. А сейчас достаточно сказать о том, что в области юри-

дических 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 условия тоталитарного режима (существовавшего в Советском Союзе), когда правоведа, приверженца 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 20-х — начале 30-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 особое, уникальное историческое явление, своеобразный, хотя и выбивающийся из общих направлений мирового развития феномен развития человеческого духа и интеллекта по вопро-

сам 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 официальной 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 30-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 парадоксальной, в обстановке во многом ужасающей правовой действительности сумела все же на своеобразном, новом срезе пра-

вовой действительности 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 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. Покровского<sup>1</sup>).

<sup>1</sup> 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 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 правоведов 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 (см.: *Маковский А. Л. Выпавшее звено // И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 199В. С. 3*).

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

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 30-х гг. сталинского тоталитарного режима пришел конец и оживлению аналитического правоведения. Его представители подверглись жесткой критике приверженцев ортодоксальной теории, были заклеены как "догматики" и "схоласты", и само это направление правоведения в среде идеологов в правоведении признавалось, и то с трудом, лишь "терпимым". И оно соответственно 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 30-х гг., произошло явление, на первый взгляд, парадоксальное, в чем-то непостижимое — в науку права и в юридические вузы на освободившиеся места после очередной расправы режима со своими приверженцами — расправы с марксистами-ортодоксами — в области правоведения 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 высокозначимых 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 *oddo* 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, особенно 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".

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 попали 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 бу-

мом 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 правопедения в новом, перспективном направлении.

Именно в этой плоскости правопедение 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 возвышаться до обобщений высокого порядка (такого рода исследования были *выполнены* рядом советских правоведов<sup>1</sup>). 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 общества<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Такой характер имеют теоретические разработки, проведенные, в частности О. С. Иоффе, А. В. Мицкевичем, П. М. Рабиновичем, Б. В. Шейндлиным, Л. С. Явичем и др. Некоторые разработки подобного профиля, наряду с попытками найти некий философско-правовой смысл в категориях марксизма, были проведены 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.

<sup>2</sup> 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 рождении 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 минированием политической власти в обществе, стихией дикого рынка, всемогуществом олигархического, номенклатурного, полукриминального капитала. Отсюда наряду с известными достижениями — негативные

**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 правопедении, особенно в обстановке нэпа, а также в конце 30-х гг. и в последующие

процессы в российской юриспруденции, ее ущербная узкая коммерциализация, отсутствие по большей части ответственной гражданской позиции, переход в ряде случаев в состояние "придворной" юриспруденции (и на федеральном, и на региональном уровнях).

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 упростились во взглядах, построенных на пренебрежительном отношении к юридическим знаниям, в особенности 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 права? И не способствует ли сам факт отсутствия такого рода высокой теории, которая бы сопровождала юридический позитивизм, потому 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 социально-интеллектуального развития общества, которое в основном относится опять-таки к XX в., к середине двадцатого 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.

годы, получили признание общетеоретические разработки догмы права, опирающиеся на данные аналитической юриспруденции. То есть 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, объективированный 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 40-х, в 50—60-х гг. стала весьма значительно развиваться, 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 под углом зрения разграничения "права" и "закона").

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, с середины 50-х гг., не дали бы знать о себе 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 *пригнала философия*. Философия не в виде идеологических догм и интерпретаций (что как раз характерно для ортодоксального марксизма, в особенности ленинско-сталинских "гениальных идей"), в виде фундаментальных философских категорий, а главное — *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 "*механистические*" интерпретации явлений.

Это привело к неожиданным научным результатам. Оказалось, что право (даже тогда, когда правовая материя ограничивается одной только догмой права) 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, были получены 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 разработка некоторых других проблем) должна привлечь наше внимание. И по самой своей сути, содержанию, и с точки зрения того, что характеристика права как нормативной си-

стемы дает необходимые данные для того, чтобы продолжить рассмотрение вопросов юридической догматики и поиск новых подходов в теории права<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Здесь должен быть принят во внимание еще один фактор. Это — то обстоятельство, что советская юридическая наука в 50-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 пятидесятые годы, как и в дореволюционное время, овладели умами людей, возросло внимание к праву, понимание его особенностей как своеобразного, уникального явления в жизни 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, происходившими в 50—60 гг. "Деловые проработки" в юриспруденции, потребовавшие обстоятельного исследования правовой материи, стали постепенно приоткрывать ее многообразие, ее "секреты" — механистические 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 славословия 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 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 30-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 юридической догматики, как А. В. Венедиктов, М. М. Агарков, Е. А. Флейшиц, В. К. Райхер, Б. Б. Черепихин и др., во многом проводившие в своих трудах, кстати сказать, идеи И. А. Покровского с характерным для него акцентом на философской значимости правовых категорий). И что именно через них в 40—60-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.

## Глава вторая

### Философские разработки догмы права

#### § 1. Свойства права

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

Так, весьма важно использовать при характеристике догмы права категорию "свойство". И 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.

---

Отмеченные позитивные процессы в советском правоведении, явившиеся основой правового романтизма, стали своего рода предзнаменованием, неким приготовлением 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 поддала 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*.

**2. Свойства права.** Это те качественные характеристики (возможности, "способности") права, которые присущи позитивному праву как совокупности юридических норм.

В философской и юридической литературе на первое место среди таких свойств по большей части относят само по себе свойство *нормативности*, которое в позитивном праве приобретает качество *общеобязательной* нормативности.

Действительно, это свойство права раскрывает существенные особенности права. По своей сути нормативность в указанном значении представляет собой существование и действие права как социального образования, состоящего из нормативных принципов и предписаний, правил поведения общего характера, распространяющихся на всякого и каждого, на любой круг лиц в данном государстве, а также способность права в соответствии с предписаниями закона охватить по фиксированным признакам любой круг явлений и процессов.

Вместе с тем, надо полагать, необходимо наряду с общеобязательной нормативностью придать высокую значимость и таким, пожалуй, не менее важным свойствам права, выражающим его принципиальные особенности, как определенность содержания и государственная обеспеченность (гарантированность).

*Определенность содержания* представляет собой способность права (главным образом при помощи письменных нормативных документов — законов, иных источников права) предельно точно фиксировать в формализованном виде необходимые признаки жизненных ситуаций, требующих решения с позиций права, стороны и грани внешнего поведения лиц, их поступков, детали и подробности поведения, поступков, в том числе — самым точным образом определять границы внешней свободы, а также — последствия нарушения этих границ.

Это свойство права и в прошлом, и ныне, нередко с учетом значения для права его письменной формы, обозначалось и обозначается как "формальная определенность", что также вполне оправданно. Ибо иного способа предельно строгой и точной фиксации содержания, кро-

ме знаковой, письменной (в том числе — ныне выраженной в средствах и механизмах компьютерной техники), — в природе не существует. В то же время надо видеть, что предпочтительней, как все более выясняется в настоящее время, в соответствующих формулировках делать ударение не на формальном моменте, а именно на самой определенности содержания, на том, что при помощи письменных документов оказывается возможным достигнуть предельной точности, ясности, конкретности в фиксации юридических фактов, круга субъектов, прав, обязанностей, юридических гарантий, санкций, иных правовых последствий и т. д.

Определенность права по содержанию, понимаемая в таком широком значении, по сути дела, в какой-то мере охватывает и другие особенности права, в том числе свойство нормативности. Здесь нормативность выступает не только как "заглавное" свойство права, но и в виде одной из сторон определенности содержания — определенности по сфере действия, которая — и опять-таки при помощи письменной формы — как раз и обеспечивает *всеобщую* нормативность (возможность сделать строго определенные по содержанию нормы общеобязательными, установить одинаковый, равный для всех порядок в правах и обязанностях, формах и способах их обеспечения, гарантий).

Первостепенное значение принадлежит и такому свойству позитивного права, как *государственная обеспеченность (гарантированность)*, т. е. прочность, надежность, высокая гарантированность действия права, возможность сделать реальным (главным образом при помощи государственной власти, его принудительной силы) вводимый порядок прав и обязанностей, "переводить" его в реальные жизненные отношения, что позволяет обществу или личности при помощи юридических механизмов "настоять на своем", добиться реального результата, обозначенного правом.

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"<sup>1</sup>, "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 сужение философа. — С. А.). "Равновесность" понимается им скорее как правило чистого разума, привлеченного к решению пруденциальных проблем, а не как принцип разума практического"<sup>2</sup>. С этой точки зрения едва ли можно признать оправданной традиционную для философии права попытку все же связать такого рода "внеэтичный феномен" с его обоснованием с позиций морали<sup>3</sup>. В действительности, соотноше-

<sup>1</sup> См.: *Нерсесянц В. С.* Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 490.

<sup>2</sup> *Соловьев Э. Ю.* И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М.: Наука, 1992. С. 188.

<sup>3</sup> 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.

ние между рассматриваемыми категориями здесь иное, обратное общепринятому: исконное для права качество равновесности можно рассматривать в виде предпосылки, во многом определяющей моральный принцип справедливости.

**3. Свойства права и их социальное значение.** Главное же, что "дает" освещение особенностей права в качестве его "свойств", — это вытекающая из такого подхода ориентация на рассмотрение социального значения права, не сводимого лишь к тому, что продиктовано требованиями аналитической юриспруденции. Такого значения, в соответствии с которым право выступает в качестве социального института, способного обеспечить решение крупных задач в жизни людей, в том числе — 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 всемогущей 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 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 речи"<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>. Сейчас же обратим внимание на то, что перед нами, по Покровскому, определяющие 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"<sup>3</sup>.

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*

<sup>1</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 89.

<sup>2</sup> Там же. С. 106.

<sup>3</sup> Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 114.

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, противостоит им как нечто противоположное, с ними несовместимое (война, 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"<sup>1</sup>.

## § 2. Право как нормативный регулятор

**1. Ключевое, фундаментальное положение: 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 предстает в виде *нормативной системы*. То есть явления социальной действительности, которое существует и функционирует по законам целостного органического образования — *законам системы*. Да причем 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 его *функциях*.

<sup>1</sup> Новгородцев П. И. Об общественном идеале. М., 1991. С. 538.

**2. Определяющие функции права как нормативной системы.** Есть достаточные основания полагать, что право с точки зрения современных философских представлений выступает главным образом в качестве *непрерывно действующего механизма воспроизводства общих условий существования общества, его устойчивости, стабильности, упорядоченности*<sup>1</sup>.

Рассмотрение права с указанных позиций позволяет 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)<sup>2</sup>. Используя более точную научную интерпретацию положений об общественных отношениях, И. П. Малинова обратила внимание на то, что категория субструктуры (суперструктуры — *Unterbau*) позволяет рассматривать 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 упорядоченного сектора, сферы социального пространства, в котором все многообразие общественных отношений представлено (отражено) в особом ракурсе, под специфическим углом зрения — в инвариантах санкционированной юридической нормативности"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Еришов Ю. Г. Философия права (материалы лекций). Екатеринбург, 1995. С. 33.

<sup>2</sup> См.: Малинова И. П. Философия правотворчества. Екатеринбург, 1996. С. 106, 110.

<sup>3</sup> "С этой точки зрения, — говорится в книге, — такие понятия, как "правовое поле", "правовое 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 целостностью" (Там же. С. 110).

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 существования и действия во времени. И стало быть, 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 (а точнее, быть может, и не "как бы") 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 информационно-организационной стороны, реальность 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 воспроизводство 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 (в развитых юридических структурах) в единстве с законом, достигается такое положение вещей, когда данная общественная система непрерывно, не меняя своих качеств и особенностей, "крутится" и "крутится" в заданном режиме своего информационно-организационного построения.

В принципе эта миссия права в обществе уникальна и — что немаловажно — (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"<sup>1</sup>.

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 в этой связи также 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 проблема<sup>2</sup>. Тут нужна тщательная проверка и научная отработка как самой этой

<sup>1</sup> *Малиново, И. П.* Философия правотворчества. Екатеринбург, 1996. С. 105.

<sup>2</sup> 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.

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.

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"<sup>1</sup>. 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 системе 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 права<sup>2</sup> не сводится, надо полагать, только к нормативным особенностям права. По-видимому, решающую роль играют здесь такие уникальные качества права, относящиеся именно к самоорганизации общества, как его способность быть носителем и гарантом социально оправдан-

<sup>1</sup> Мамардашвили М. Кантианские вариации. М.: Аграф, 1997. С. 286.

<sup>2</sup> 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.

ной, 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].

**3. Утверждение в жизни общества нормативных начал.** 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. То есть обеспечивать реализацию принципов цикличности, кругооборота отношений и процессов, их непрерывного постоянства во всем общественном организме, притом в условиях разумной творческой деятельности индивидов. 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 гарантированное™.

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. Регулятивное воздействие: направления.** Под углом зрения углубления характеристики права как нормативной системы (и, следовательно, с признанием его миссии как средства "воспроизводства" данного социального строя, нормативных начал в жизнедеятельности людей)

необходимо вместе с тем, уже с другой стороны, уточнить направления правового регулятивного воздействия.

Да, позитивное право — мощный, уникальный, во многом незаменимый социальный регулятор. Именно в правовой форме, при помощи свойств права, всей системы правовых средств решаются в условиях цивилизации основные проблемы в области экономической, политической, социальной жизни.

Вместе с тем позитивное право — не всемогущая регулирующая сила. Иначе, при отсутствии твердой констатации приведенного положения, можно неоправданно возвеличить назначение права на "регулятивном уровне", представить его — притом в облике закона — чуть ли не в виде некоего всесильного инструмента, универсального средства решения всех жизненных задач. Парадоксально, но именно такое представление о законе (отождествляемом с правом) нередко культивируется при тоталитарных режимах, беспощадно попирающих право в его высоком гуманистическом значении, но использующих категорию "закон" для решения узкополитических задач и одновременно — для прикрытия и оправдания неконтролируемой власти, силового произвола.

В действительности же право — могучий с социальной стороны, но вовсе не всесильный "регулятор". Его регулятивное воздействие, наряду с миссией по "воспроизводству" данной социальной системы и по утверждению в жизни начал нормативности, ограничено строго определенными направлениями.

Конечно, позитивное право предполагает развитие и эффективное функционирование всех подразделений, всех отраслей объективного права. В том числе и тех, которые преимущественно направлены не только на точное и строгое фиксирование через систему прав и обязанностей границ поведения (конституционное право, гражданское право, ряд институтов административного и трудового права), но в не меньшей мере и на обеспечение этих "границ". А значит — на охрану и защиту правопорядка с помощью мер гражданской, административной,

уголовной ответственности, а также процедур и порядка применения юридических санкций. И здесь, конечно же, оказывается необходимым осуществлять юридическое воздействие, которое понимается под словом "регулировать" в самом жестком его значении — "предписывать", властно направлять поступки людей, напрямую регламентировать людское поведение и таким путем устанавливать в обществе жесткие императивные порядки (то есть то, что выпало в основном на миссию публичного права).

Главные же направления правового воздействия с точки зрения его исконной природы и, так сказать, идеала вытекают из того решающего, что характеризует исконное предназначение права — быть общеобязательным критерием правомерного поведения и в этом отношении оптимальной формой для гарантированного выражения и одновременно определения и сохранения границ свободы людей, причем в таком порядке, когда происходит согласование свободы данных лиц со свободой всех "других".

### **5. Право и регулируемые фактические отношения.**

Право в той плоскости, в которой оно выступает в качестве нормативного регулятора, реально пребывает, живет, функционирует в гуще фактических, внешних, практических отношений, является для них особой "формой". И, понятно, взаимодействует с этими фактическими отношениями, право несет на себе печать, следы такого взаимодействия, испытывает их влияние, а также влияние тех целей и задач, которые ставит при регулировании тех или иных общественных отношений государственная власть.

Здесь, по возникающей в этой области группе вопросов, до сих пор сохранились своего рода научные мифы и догмы, навеянные примитивными и ложными философскими представлениями, идеологическими фантомами. Особенно у нас, в советском и постсоветском обществе. К сожалению, они даже в современной обстановке России, когда марксистские идеологические верования, ка-

залось бы, преодолеваются, в немалой мере сохранились, а в чем-то в связи с особенностями современного русского правового развития даже окрепли.

Но сама по себе обусловленность права фактическими отношениями (а также целями и задачами, преследуемыми при осуществлении правового регулирования) — факт несомненный, очевидный. Эта обусловленность, в частности, проявляется в содержании правовых норм и институтов, в формировании всевозможных разновидностей юридических отношений, в их дроблении, разветвлении на все новые подвиды, когда особенности той или иной разновидности, подвида данных юридических отношений (допустим, подряда или аренды в гражданском праве или ответственности за кражу имущества в уголовном праве) зависят от "предмета" — своеобразия соответствующего участка общественной жизни. Допустим, от того, осуществляется ли аренда транспортных средств или же аренда жилья, произошла ли кража домашнего скарба или же кража оружия из охраняемых военных складов.

Конечно, мера, степень обусловленности права фактическими отношениями, целями и задачами, преследуемыми при юридическом регулировании, различны. И это проблема существенная, требующая обстоятельной разработки. Но уже сейчас, даже без углубленного рассмотрения данной проблемы, следует сказать, что эта обусловленность не является такой, когда юридические отношения представляют собой всего лишь "правовой слепок", "юридическую фотографию" с данного участка жизни общества, данных фактических отношений. Перед нами — обусловленность более сложного порядка, близкая по многим данным к такой (если допустима подобная аналогия), когда живые организмы, сформировавшиеся за свою долгую эволюцию, каким-то образом реагируют на изменчивую среду, приспосабливаясь и подстраиваясь под ее особенности.

В то же время будем постоянно держать в памяти и то, что обусловленность права фактическими отноше-

ями является значительной. По сути дела, то гигантское многообразие юридических институтов и отраслей, которыми характеризуются юридические системы в современном мире, — это известное отражение фактических связей, своеобразия поведения их участников, выраженного в виде "возможного" и "должного" в нормах, институтах, отраслях юридических систем.

Правовое развитие последнего времени свидетельствует о том, что под влиянием фактических отношений в ряде случаев происходит своего рода "юридическая мутация" — известные качественные преобразования в праве. Такие, которые уже состоялись (формирование трудового права, семейного права, права социального обеспечения) или происходят в современных условиях (становление таких комплексных и одновременно юридически своеобразных образований, как предпринимательское право, экологическое право, информационное право, некоторые другие комплексные подразделения юридической системы).

### § 3. Структура права

**Л Отрасли права.** Центральным звеном структуры права как нормативной системы являются *отрасли*. Именно они, отрасли права, представляют живую, действующую реальность права и выражают "групповые" особенности юридического регулирования.

Коренной вопрос здесь: от каких же факторов зависит деление права на отрасли, другие структурные подразделения? Может быть, решающую или даже исключительную роль играет в данном случае "предмет", участок юридического регулирования — те фактические отношения, которые, как мы видели, действительно влияют на содержание и характер юридического регулирования?

Такого рода подход в свое время и утвердился в отечественной юридической науке. При этом суть проблемы

не в наличии известного влияния предмета права на особенности юридического регулирования (здесь явления очевидные, в предшествующем изложении уже отмеченные), а в том, что в советской юридической науке "предмету" было придано исключительное и основополагающее значение по идейным соображениям, отсюда в понимании права вообще и в первую очередь в понимании своеобразия основных подразделений права — отраслей.

Произошло это в советском обществе во второй половине 30-х гг., когда началось возвеличивание официально пропагандируемого "советского права" и потребовалось определиться в обстановке тотального господства коммунистической идеологии с коренными юридическими проблемами. И тогда сообразно идеологическому клише, настроенному на утверждение "простых истин" в духе марксистских постулатов, да еще в условиях полного отрицания деления права на публичное и частное, официальным правовым идеологом А. Вышинским было провозглашено, что надо решительно отказаться от всяких "буржуазных юридических премудростей". И пора теперь, по его словам, просто-напросто подразделять принципиально новое социалистическое право "по предмету" — существуют административные отношения и вот тебе — административное право, есть сфера трудовых отношений и тут — трудовое право, победил колхозный строй и перед нами — колхозное право, развиваются социалистические имущественные отношения и их регулирует некое частное право, а наше советское гражданское право, и т. д.

С той поры положения о "предмете", да к тому же еще изображаемые в качестве примера марксистских взглядов о базисе и надстройке, приобрели в нашей юридической науке значение неких непререкаемых истин, не подлежащих обсуждению. И хотя была очевидной ограниченность действительного влияния "предмета" на особенности юридического регулирования, авторы, концентрирующие свои разработки на специальных право-

вых вопросах, неизменно проводили их под углом зрения "предмета"<sup>1</sup>.

К сожалению, и ныне, когда отечественная наука как будто распрощалась с догмами советского времени и по вопросам правовой системы возвращается к идеям частного и публичного права, идеологически гиперболизированные представления о "предмете" дают о себе знать. Так, нередко особенности современного гражданского права, построенного на частноправовых началах, объясняются главным образом тем, что оно сложилось в соответствии с требованиями рыночной экономики (подчас частное право вообще именуют "рыночным правом") и что именно в этом качестве гражданское право стало источником и обителью основных устоев правовой культуры, оказав в таком отношении благотворное влияние и на публичное право.

Между тем отрасли права отличаются как раз тем, что для них характерно юридически своеобразное регулирование с точки зрения самой их *природы и специфического юридического содержания*. Наша юридическая наука, пройдя через ряд дискуссий о системе права, к счастью (и к чести отечественной науки), подошла к неизбежному выводу о том, что отрасли права — не просто зоны юридического регулирования, не искусственно скомпонованные совокупности норм "по предмету", а реально существующие и юридически своеобразные подразделения в самом юридическом содержании права.

В чем состоит специфика содержания права с юридической стороны — вопрос особый, предполагающий довольно основательную проработку проблем права как объективной реальности [I. 5. 2]. Впрочем, примечатель-

<sup>1</sup> Именно в таком ключе строились в то время и диссертация, и другие мои работы по общей теории права и по теории гражданского права (в том числе "Предмет советского социалистического гражданского права" // Ученые труды СЮИ. Свердловск, 1959). И хотя эти работы почти целиком были посвящены специальной юридической проблематике, теперь я вижу, что ограниченность и ущербность общего философского подхода, сориентированного на "предмет", не позволили с достаточной основательностью разобраться и с сугубо юридическими вопросами.

но, что использование философских данных и вытекающая отсюда логика характеристики системы права уже давно вывели на центральную категорию такой проработки *правовой режим*, концентрирующий юридические особенности того или иного участка правового регулирования.

**2. Система отраслей права (система права).** Развитая правовая система — сложный, спаянный жесткими закономерными связями организм, отличающийся многоуровневым характером, иерархическими зависимостями.

Наиболее общим образом отрасли права в современных юридических системах 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 неизблемым, 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 специ-

фике 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*, а затем, так сказать, "два раза по три".

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 правоохранительной 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, опосредующих "новые слои социальности", таких, как предпринимательское право, при корректных, впрочем, трактовках последнего) [Ш. 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.

### 3. Структура права и система законодательства.

От структуры *права* нужно отличать структуру его *источников* (т. е. того, что относится к внешней форме права), в частности, *систему законодательства*. Если первое — это объективно существующее деление внутри самого права, в рамках его юридического содержания (внутренней формы), то второе представляет собой состав, соотношение, построение источников, внешней формы права, в том числе нормативных актов, наличие в них подразделений, обособляемых главным образом по предметному и целевому критерию.

В то же время обе указанные структуры, выражая глубокое органическое единство "двух форм" в праве (внутренней и внешней), тесно связаны между собой. С одной стороны, в системе источников (законодательства) в той или иной мере, хотя, разумеется, и не зеркально точно, *проявляется*, обнаруживается структура "самого" права. С другой стороны, система источников (законодательства) как бы проникает в структуру самого права, и через нее правотворческие органы могут влиять на эту структуру, способствовать формированию тех или иных подразделений правовой системы. Однако такое влияние — не автоматический результат любого обособления той или иной сферы законодательства, а главным образом результат правотворческой работы, причем в обстановке, когда созрели соответствующие социальные условия и потребности. Особенно результат кодификационной работы, в итоге которой оказывается возможным формулировать и развивать системные нормативные обобщения, что и может повлечь за собой те или иные структурные преобразования в собственном содержании права, в составе и компоновке его подразделений.

## § 4. Другие разработки

**1. "Философское видение" права.** Научно конструктивным оказался сам факт "философского видения права". Использование философских данных при освещении традиционных правовых явлений позволило с новых, более престижных науковедческих позиций "увидеть" право, обозначить эти явления в соответствии с философской лексикой и понятиями более высокого науковедческого ранга.

Нередко все это производит впечатление всего лишь "философского переодевания" традиционных юридических категорий (даже с такими прозвучавшими в юридической литературе предложениями, как заменить специальный термин "источник права" на философски более корректное терминологическое обозначение "форма права").

Но по большей части "вторжение философии" в область специальных юридических знаний оказывается полезным — во всяком случае с научной стороны. Представляется важным, в частности, характеристика права и с точки зрения "формы", притом с разграничением формы "внешней" и формы "внутренней" (структуры). И даже, как мы видели (§ 1 этой главы), — рассмотрение особенностей права в качестве не просто "признаков", а *свойств*, что существенным образом влияет на характеристику таких особенностей права, как определенность содержания, государственная обеспеченность, понимание их значения в жизни людей.

Наиболее же существенным оказалось рассмотрение права с "механизменной" стороны.

**2. "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 плодотворными — 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 урегулирования*. 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 стали открывать глаза правоведам на то, что и иные традиционные правовые явления и формулы нередко свидетельствуют о сложных правовых построениях, связях и соотношениях. Так, оказалось, что на первый взгляд некие, казалось бы, всего лишь 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 еще одним путем ведут к пониманию весьма сложного арсенала правовых средств и многообразных механизмов воздействия права на поведение людей, на всю жизнь общества.

**3. Юридическая норма как "комплекс".** Хотелось бы в качестве еще одного примера продуктивного характера использования на материалах догмы права философских категорий отметить возможность более основательной трактовки такого, казалось бы, простейшего явления в области догмы права, как юридическая норма.

Дело в том, что и юридическая норма с точки зрения ее "плоти", когда она рассматривается под углом зрения целостной нормативной системы, представляет собой, можно предположить, насыщенные, богатые явления действительности — предстает в виде своеобразного регулятивного комплекса.

Вот несколько соображений на этот счет, формулируемых в порядке постановки вопроса.

Известно, что отдельное, изолированно взятое нормативное предписание, как правило, не выступает в качестве регулятора в реальных жизненных отношениях. И *дело* не только в том, что реальное воздействие на общественную жизнь оказывают целостные комплексы нормативных положений.

Тут еще два момента.

Во-первых, в действии того или иного нормативного положения или их ассоциации, нередко в скрытом виде, проявляется и действие нормативных положений более высокого ранга, находящихся как бы за их спиной. Речь, в частности, идет о принципах права, в особенности отраслевых, об особых отраслевых правовых режимах. Все это в определенной мере оставляет след на данных конкретных нормативных положениях, прямо или в виде "следа" участвует в правовом регулировании. С этой стороны правовые нормы и их ассоциации оказываются богатыми, юридически насыщенными регулятивными феноменами, которые в процессе регулирования демонстрируют и свою силу, и силу проявляющихся через них принципов, общих правовых начал, иных общих положений. А это помимо всего иного означает, что даже с рассматриваемой стороны первичные частицы правовой материи не просто и не только нормы как таковые или их ассоциации, а нечто более богатое и многогранное в нормативном смысле. И когда мы говорим, что право есть система юридических норм, то, даже оставаясь в плоскости нормативного видения права, мы упрощаем проблему, обрисовываем первичные частицы правовой материи в урезанном, "обескровленном" виде.

Во-вторых, действие каждого нормативного положения или целой их ассоциации сопровождают не только явления более высокого ранга, хотя такого же нормативного класса (принципы права, общие правовые начала), но и явления, относящиеся к другим секторам целостной нормативной системы. Норма или ассоциация норм как бы окутана "облаком" правосознания, правовой идеологии, через которое те или иные стороны нормативного материала получают специфическое выражение (и это происходит даже тогда, когда при помощи правосознания не исправляется, не корректируется содержание действующих норм, а лишь сообразно правосознанию раскрывается та или иная грань нормативного регулирования).

Не меньшее, а, пожалуй, большее значение имеет практика применения нормативных положений, их ассоциаций. При этом практика присоединяется к нормативному материалу не только в виде "облака" правовой идеологии, правосознания (в частности, профессионального), но и в виде так или иначе объективированных ее форм, в том числе *правоположений практики*, содержащихся в актах суда, других правоприменительных органов. Причем в ряде случаев эти правоположения носят формально выраженный нормативный характер, что делает их явлениями, близкими к юридическим нормам в традиционном их понимании (таковы, например, нормативные положения, содержащиеся в актах высших юрисдикционных органов, в частности постановлений Пленума Верховного Суда, Пленума Высшего Арбитражного Суда в нормативной их части).

Итак, что же получается? Вместо "голового" нормативного положения или ассоциации таковых перед нами оказывается *сложный регулирующий комплекс*, включающий и компоненты правосознания (порой — правовые идеи, иные духовные категории), и объективированные *положения практики*.

Отсюда возникает следующее предположение: не слишком ли упрощается проблема права, когда даже в нормативном ракурсе его видения мы по большей части говорим о нем как просто о "системе норм"? Не точнее

ли, как уже упоминалось, утверждать, что первичными частями развитой системы права являются вот эти самые *регулирующие нормативные комплексы*? И быть может, при более тщательном анализе окажется, что структура таких комплексов на микроуровне воспроизводит структуру правовой системы в целом, где наряду с центральным элементом — позитивным правом, совокупностью действующих общеобязательных норм — присутствуют и правосознание (правовая идеология), и юридическая практика.

Очевидно, высказанное предположение нуждается во всесторонней проработке. Но, как говорится, игра стоит свеч: возможно, рассмотрение явлений правовой действительности сквозь призму первичных частиц права, имеющих комплексный характер, позволит поднять осмысление особенностей права на новый, более высокий теоретический уровень.

## Глава третья Догма права: потенциал и пределы

### § 1. Продвижение вперед

1. Потенциал. Использование философских положений на материале догмы права показывает, что здесь может быть, образно говоря, "высечена теоретическая искра" • — достигнуто существенное продвижение вперед теории права.

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 уже "схватывает" важнейшие пла-

сты 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, достойно достаточно высокой социальной оценки.

Данные аналитической юриспруденции позволили еще дореволюционным правоведам рассматривать право в качестве *социальной ценности*<sup>1</sup>. Такой взгляд уже в советское время получил развитие на основе ряда философских разработок (да плюс к тому — с использованием философских положений по аксиологии). Наряду с аксиологическими характеристиками, философские разработки на материалах догмы права, предпринятые в советское время в 60—80-х гг., вышли на такие (не совсем еще ясные с точки зрения научной перспективы) проблемы, как стадии и процесс правового регулирования, механизм, типы и формы правового воздействия и т. д.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998.

<sup>2</sup> 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. 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..."<sup>1</sup>

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 духовно и этически возвеличить "понятие права" и одновременно *потерять право вообще*. Право в нашей прозаической, рутинной, повседневной, тяжелой и прекрасной жиз-

<sup>1</sup> Будь лицом: ценности гражданского общества. Томск, 1993. Т. 1. 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"*.

ни — 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. не исходить из данных законодательства и практики его применения — того, что научно осваивается юридическим позитивизмом, аналитической юриспруденцией<sup>1</sup>. 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.

**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, синергетике, управленческих процессов.

И это относится не только к праву в целом, его отраслям, проблемам публичного и частного права, но и к 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, порой на первых порах как будто только "философическую") значимость; с

<sup>1</sup> Как подчеркивал Б. А. Кистяковский, "только догматическая юриспруденция создает полноту разработки понятий, точность и устойчивость их" (см.: Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общая теория права. М., 1916. С. 40).

тем, однако, чтобы подобные философские разработки догмы права не сводились к всего лишь "философскому переодеванию" известных, уже добытых наукой данных.

## § 2. Пределы. Разрыв в науке

**1. Узкое видение.** При всех достоинствах рассмотрения правовой теории на основе фактических материалов догмы права нужно не упускать из поля зрения и своеобразие этих фактических материалов, и с этой 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 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 рамки 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 — "механизм правового регулирования", где юридические нормы, правоотношение и акты реализации выступают в качестве однородных 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 становится понятие "регулирующая система", "механизм", "агрегат", который одинаково и с равнозначными результатами работает 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, стало быть — вывод опять-таки сугубо технического, "механизменного" порядка. Пожалуй, даже с неким негативным 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" трактовке<sup>1</sup>, но и увидеть то позитивное и незаменимое для

<sup>1</sup> Между тем "защищенность" привычных в юридической науке представлений на праве как регуляторе, да притом в его "механистической интерпретации", вводит 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" (см.: *Мамардашвили М.* Кантианские вариации. М.: Аграф, 1997. С. 294—295)Г"

углубленного понимания права, которое на материалах юридической догмы дают философские 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 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.

**2, Ориентации в развитии философии права.** Ограниченность юридической догматики (а еще точнее — прочно утвердившиеся негативные оценки юридического позитивизма, пусть даже и "философски возвышенного") стала почвой для весьма специфических ориентации в развитии философии права.

Их суть в том, что философия права, с позиций такого рода ориентации, 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 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 с рассматриваемых позиций непосредственно реализовать высокие свершения философской мысли, неизменно связывающие право с такими категориями, как

"свобода", "справедливость", "моральные критерии добра и зла" \

С высот 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 это, конечно же, не "догматика" и "формалистика", не всякого рода "юридические закрученности", канцеляреподобные схемы и формулы, а требования 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 науковедческого уровня (пусть и нужная в прагматическом плане и с какими-то попытками "философских разработок"). С другой же стороны, философия права, реализующая применительно к правовому материалу философские и социологические ценности высшего порядка — "свободу", "справедливость", "моральные критерии добра и зла".

<sup>1</sup> Конечно, чем выше уровень общетеоретических 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.

### § 3. Вехи

**1. Новые данные.** Как бы ни было заманчиво при преодолении "узкого горизонта юридической догматики" сразу же обратиться к высшим духовным и гуманитарным ценностям, путь все же 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 по этой теме говорилось лишь о том, 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 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, то, 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 *просвечивают не просто новые, а некие глубинные 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 дозвоительного 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 де-

ление 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 "дозвоительную направленность".

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

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

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

Словом, за такой скучной, формализованной, близкой к канцелярщине 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 неизвестными 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 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 — везде 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 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 порою только кажущейся простоте, элементарности, уже образуют новую, принципиально важную ступень глубокого теоретического освоения этого сложного истинно "человеческого" феномена — права?

**3. Суть идеи.** Пришло время в полной мере объясниться с читателем — сказать о самой сути, замысле этой книги.

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. 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. через постижение самой материи права.*

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, гуманистичес-

кой, моральной культуры (они, могу 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 матери и 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 четвертая

#### 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, — потребности капитализма, "деловой практики". В области науки, имеющей технико-прикладной характер, эти потребности концентрируются на том, чтобы выйти за рамки, продиктованные предшествующими условиями античности и средневековья, увидеть реальные явления во всей их полноте и "обнаженности". А это, как показало последующее развитие естественных и технических наук, и выводит науку (через своего рода "повороты" и "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 ними<sup>1</sup>) подходит к праву

<sup>1</sup> 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 существует и встречный процесс — восприятие последними достижений аналитической юриспруденции, методов и приемов анализа объективных фактических данных.

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 норма*. Все иные правовые явления, охватываемые понятием "догма права", — законы, другие источники права, юридическое толкование, акты применения — 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) 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 прида-

вать такую ориентацию философско-правовой мысли, когда она устремлена на реализацию высоких свершений философии, неизменно связывающих право с такими категориями, как "свобода", "справедливость", "моральные критерии добра и зла".

Но каково же при таком развитии событий в науке оказалось место в системе научных знаний собственной 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 [Л 3. 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, показались немалому числу правоведов, и тем более — специалистам иных отраслей знаний, своего рода "теоретическими излишествами", заумными изысками на поприще "науки ради науки", никчемными философскими рассуждениями. 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.

И вот тут следует как раз принять во внимание, что в чем-то похожее парадоксальное сцепление обстоятельств и импульсов для углубления научных знаний 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 интеллектуальных увлечений на поприще "науки ради науки", лженаучных сбоев (алхимия, астрология) до жестко эгоистических "заказов" промышленного капитализма и истребительных потребностей войны.

Что ни говори, здесь определяющее значение приобретает сам результат научных разработок. В том числе тех разработок, производящих впечатление неких схоластических философических упражнений, которые в области правоведения *дают новые данные в отношении "самой" юридической материи*.

Значит, в указанном выше сцеплении событий нет ничего странного. 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, 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 отноше-

нии, так как отвечают потребностям новой эпохи развития человечества.

**2. От юридической догмы, 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 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 уже оказалась 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 режим", "механизм правового регулирования", "правовая система", — обнаруживается, что некоторые уже известные "по юридической догме" пра-

новые явления — субъективные права, юридические санкции, индивидуальные акты и др. оказываются фрагментами действительности, которые не поглощаются представлениями о юридических нормах, а занимают в правовой материи свое, самостоятельное место и играют в ней свои, самостоятельные функции (место и роль, не уступающие положению и функциям центрального звена юридической догмы — юридическим нормам).

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 могут получить сообразно требованиям времени теоретическое осмысление во всей своей полноте как таковые (в единстве всего комплекса правовых явлений) 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 право-

вая материя, не сводимая к одним юридическим нормам, а представленная во всем своем объеме, во всей своей многогранности, позволяет осуществлять углубленную теоретическую разработку правовых проблем, обнаружить особую "изюминку" в предмете правовой теории рассматриваемого уровня — *логики права* [П. 9. 1].

А отсюда — понимание того, что с точки зрения подобного подхода *сама по себе правовая материя*<sup>^</sup> в особенности рассматриваемая под углом зрения юридической логики, демонстрирует даже на технико-юридическом, инструментальном уровне *с в 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 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, 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 80-х и в 90-е 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, в начале нового тысячелетия, уже с достаточной четкостью обозначились и все более утверждаются такие мировоззренческие, духовные предпосылки (в идеологии современного гуманизма, персоналистической философии, 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. Новые подходы 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", как 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 (метаюридического) 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*.

Может возникнуть вопрос: в чем же тогда дело? Каково тогда, спрашивается, различие инструментальной теории, обосновываемой в данной работе, и одноименной концепции социологического профиля?

А в -том, надо пояснить, что научная мысль и научные обобщения, характерные для инструментальной концепции социологического профиля, рассматривают как юридические, так и многообразные неюридические явления *в одном ряду* и вследствие этого *покидают уникальную почву права*, его специфический материал — 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.

В 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 *остаётся в сфере права*; дело лишь в том, что эти данные не ограничиваются одними юридическими нормами, а охватывают все многообразие правовых явлений, выступающих в качестве инструментов правовой регуляции (притом независимо от того, являются ли они в каком-то отношении "производными" от норм);

во-вторых, это широкая "инструментальная" фактура права является исходной основой для характеристики уникальных особенностей правовой материи, ряда ее принципиально новых характеристик и прежде всего своеобразной *логики права*.

## § 2. Ступени общей теории права

**1» Две ступени (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 *атомистического* профиля, нацеленной на своего рода анатомическое препарирование правовой материи, анализ ее элементов, "атомов" при помощи общих для всех отраслевых теорий понятий.

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 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 и в настоящее время весьма полезны, и в будущем, вне сомнения, принесут весомые научные результаты — имеют высокозначимую перспективу как в теоретическом, так и в прикладном отношении.

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 разработке указанных теоретических конструкций констатируется существование широкого круга правовых явлений, не сводимых к юридическим нормам, и предметом научной разработки *становится правовая материя в целом, весь спектр юридического инструментария как таковой*.

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 обязательствами), 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, как бы *дают новое качество*. Они, правовые средства, во всем своем многообразии, выражают, с одной стороны *новый объективированный облик права* (систему правовых средств, образующих целостную правовую материю), а с другой, сцепляясь между собой, — *процессы* в праве, что-то близкое к *технологии* (или даже, если угодно, к "социальной физиологии") в области правовой действительности.

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: соци-

альная, 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"<sup>1</sup>. Возможно, взрывное время XX в. спрессовало вот это самое "не менее столетия" на рубеже тысячелетий в "краткий исторический миг" нынешних переломных лет.

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

*общую теорию инструментального уровня* — теорию, основанную на инструментальном подходе и призванную с опорой 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, одинаково, каждый по-своему важен для решения прак-

<sup>1</sup> 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".

тических задач и для постижения права, его особенностей и "секретов".

По своему науковедческому профилю общая аналитическая теория остается в рамках юридического позитивизма, догмы права (понятно, с точки зрения строго научных подходов — отторгая существующие в теории позитивного права крайности, в том числе претензии быть некой 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 (и к такого рода взгляду некоторое время тому назад был близок автор этих строк, когда в ряде работ проводил подобную мысль), что указанные ранее "философские разработки" правовых явлений 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, по своей основе, и здесь остается в рамках аналитической юриспруденции (юридического позитивизма), т. е. реальных, объективно существующих явлений правовой действительности. Общая теория права

и в данном ракурсе, в кон\* -- ю м счете, так или иначе устремлена 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 [Ш. 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 самому 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 материи данного социального явления, бытие формальной логики [L 1. 2].

А теперь — главное. Позитивное право характеризуется не только тем, что оно, как никакое иное социальное явление, воплощает в самой своей органике требования и правила формальной логики и подчиняется математическим методам, но также и тем, что ему *присуща своя, особая логика — 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" [I 2. 3].

Но каковы основания такой 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 наличие-

ствуют не только известные связи, в том числе формально-логического порядка, но и в самих этих связях дает о себе знать *своеобразная логика, характерная только для права*.

Иначе говоря, для позитивного права как своеобразного социального явления характерны одновременно "две логики". Одна — формальная логика. Другая — особая логика права. Они существуют одновременно и 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, ни 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? 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 ве-

дут (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, неизбежен ответ, 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 соответственно особой логике — логике права.

Но все то, о чем только что говорилось, — это проявления особой, юридической логики *в пределах 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 ("нормам 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 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. 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 *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).

Каково же существо и основания логики права?

**4. 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 под известным углом зрения даже не столько о том, *что есть, реально существует*, а о том, что

*должно быть* (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, ко-

торые выражают жесткие требования цивилизации ("императивы цивилизации"), а при более широком подходе, при рассмотрении юридических систем, носят характер диалектически-противоречивых процессов, раскрывающих уникальные особенности и свойства права.

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 и охватывается *инструментальным подходом* к праву (понятно, в том понимании "инструментальность", которое обосновывается в этой книге).

**5. Узловые пункты.** Думается, наша наука еще не в полной мере раскрыла все многообразие связей и соотношений, которые выражают особую логику права, подчас только подошла, 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 *субстанцию* 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 зави-

*симось, жесткое следование их друг за другом, их неизбежные, "неотвратимые" сцепления.*

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 и тут 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 конструкциях различного уровня, является "знаком" и выражением глубинных начал права — ничем 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, а относится уже напрямую к философии права в точном и строгом значении этого понятия.

Отмеченные узловыe пункты во многом определяют последовательность изложения в данной части книги, которая:

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" (главы 5, 6, 7);

продолжается при рассмотрении динамики, проблем правового регулирования (глава 8);

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

6. 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" уровня) рассматриваются, казалось бы, одни и те же проблемы. Например, структура права или соотношения власти и права, 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 — на ступень "философии права") происходит высвечивание новых граней права, обогащение всей суммы общетеоретических знаний.

Так, при освещении структуры права на уровне первичных юридических знаний ("азбуки 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 ударение делается на публичном, государственно-властном характере права, его обусловленности принудительной силой государственной власти, т. е. приоритет придается власти как определяющей силе 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], дают о себе знать уникальные, важные и в научном, и в практическом отношении закономерные связи в структуре права. 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.

Еще более существенные, по сути поразительные особенности выясняются 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 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 [III. 13. 2; III 16. 2]. 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 углом зре-

ния, который обусловлен обоими уровнями теории права, и тем подходом к юридической материи, который вытекает из философии права.

## Глава пятая

### Право — объективная реальность

#### § 1. Право как объективная реальность

**1. Постановка проблемы.** 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.

Да, право (притом — позитивное, действующее право как людское творение!) — это не просто и не только мысль. Не просто и не только известные идеи и воля, суждения о должном и возможном поведении или о нормах вообще. Право в том или ином обществе — это на каждый данный момент *внешняя реальность, строгая объективная данность*, которая имеет свое "тело" — *corpus juris*, как говорили юристы Древнего Рима. То есть такая реальность, объективная данность, которая существует и действует как наличный факт нашего бытия, нечто обособленное и "внешнее" для каждого человека и для всех иных социальных институтов, если угодно, в известном смысле — для общества в целом (на языке философии — явление *отчужденное*).

И если об этом в настоящей главе приходится говорить специально и относительно развернуто, то не только потому, что, оттеняя гуманитарные характеристики права, научная мысль нередко уводит трактовку права в сферу 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 научной разработки, такой, которая бы отвечала общему уровню развития науки в современную эпоху.

**2. Особенности.** Исходный пункт рассматриваемой проблемы — это особенности права как объективной реальности.

Вот что на этот счет говорит русский правовед дореволюционного времени Б. А. Кистяковский: "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..."<sup>1</sup>.

Попытаемся разобраться с этой, на мой взгляд, важной, до сих пор недостаточно осмысленной в науке характеристикой позитивного права.

Надо начать с того (если воспользоваться сравнениями, о которых говорит Б. А. Кистяковский), что реальности "второго вида" культурных благ (произведения литературы и музыки) это тоже весьма определенные социальные факты, тоже из числа обособленных явлений духовной жизни — реально существующие культурные ценности, часто неповторимые, уникальные, выраженные в романе, повести, симфонии, оратории, вошедшие в нашу жизнь, нетленные, объективированные реалии. Вместе с тем (обратим внимание!) — такие реалии, которые не образуют какого-то единства с самими по себе предметами, в которых они выражаются, — рукописями, записями нот (известно — рукописи горят, а творе-

<sup>1</sup> Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. IVL, 1916. С. 336.

ние поэта вечно). Такого рода вещественные предметы (рукописи, записи нот, тем более их последующие издания) всего лишь *внешняя* форма произведения, его фиксация.

Между тем такие продукты творчества, как произведения скульптуры и живописи (то, что Б. А. Кистяковский назвал реальностями "первого вида" культурных благ), характеризуются как раз тем, что здесь *результат творчества органически слит с данным объектом* — с наличным, строго индивидуализированным ("одним") экземпляром творчества, выраженным в конкретном, точно определенном предмете — монументе, изваянии, картине. И это не просто внешняя форма, внешняя фиксация культурного блага, а само его бытие. Все остальное в рассматриваемом круге культурных благ, если это не иной вариант произведения, — всего лишь копии. И точно такое же положение вещей — как это ни покажется на первый взгляд парадоксальным — характерно для позитивного права: его нормы, его существование, реализация, при всей сложности существующих здесь соотношений, по своей основе органически *слиты с определенными формами, выражены в них*. И как раз по этой причине позитивное право, как и произведения скульптуры и живописи (что и подметил Б. А. Кистяковский), оставаясь явлением из духовного мира, имеет одновременно (пусть и не в целом, но все же в чем-то имеет) *слитый со своей формой* и отсюда *внешне наличный (объективированный), подчас зримый* характер. И отчасти поэтому (наряду с другими причинами) во многом, пусть и не всегда и не во всем, действует в практической жизни и воспринимается людьми в качестве *догмы, твердых реалий* — строгих, точных, постоянных и в принципе неизменных в нашей действительности, что и *позволяет делать определенные выводы, давать четкую оценку событиям, совершать действия, поддерживаемые властью*.

При этом принципиально важно обратить внимание, что "слитность с формой" следует понимать не в смысле

отождествления указанных явлений с "материалом" (мрамором и холстом в отношении скульптуры и живописи; с законами, другими письменными документами в отношении права), а главным образом в смысле *организации этого "материала", воплощенных в его форме ценностей*.

Таким образом, позитивное право как наличная объективная реальность представляет собой такой продукт мысли и воли людей, который *опредмечен, воплощен в ценностной форме* и вследствие этого возведен в такую степень "твердой реальности", которая превращает его в *особое социальное бытие* — устойчивое, строго определенное.

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 отграничивается 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, объективированной данностью*.

**3. 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 функционирова-

ния. 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, самодетельные 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.

**4. "Объективное" и "субъективное" в праве.** Характеристика права в качестве институционального 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?

Прежде всего, само восприятие людьми права как реальности (некой "догмы") включает известные субъективные, даже психологические моменты. Это своеобразие позитивного права подметил И. А. Покровский, отметив, что "... юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность"<sup>1</sup>, он обращает внимание на то, что существование права "ощущается всеми": "...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"<sup>2</sup>, что как раз и характе-

<sup>1</sup> См.: Покровский И. Л. Указ. соч. С. 147.

<sup>2</sup> Там же. С. 60.

ризует важнейшую его особенность как объективной реальности<sup>1</sup>.

И 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 колебаний и сомнений знает, ощущает, своим особым человеческим зрением видит, что в официальной, публичной жизни общества есть (или безусловно должен быть) жесткий стержень, такая "твердая реальность" — не зависящие от мнений и хотения отдельных людей законы, юридические нормы, обусловленные ими юридические права и обязанности, действия милиции, судов и пр.

Самое же существенное при рассмотрении субъективного и объективного в праве заключается в том, что позитивное право — да, реальность! — но оно, позитивное право, все же *образовано* людьми и находится в "руках людей". Позитивное право, при всей существенности 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

<sup>1</sup> См.: Покровский И. А. Указ. соч. С. 147. Автор пишет: "Думается, что юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность". И поясняет этот тезис на феномене, который привлек внимание цивилистов и стал предметом довольно обстоятельных обсуждений в литературе, — объяснении реальности юридического лица (в сопоставлении с лицом физическим). При этом И. А. Покровский, продолжая свою мысль об особой юридической реальности, затрагивает даже реальность 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.".

Это обстоятельство далеко не всегда принимается во внимание в науке. Даже таким крупным и оригинальным мыслителем, как О. Шпенглер, когда он утверждает, что до настоящего времени правовое мышление строится на античных представлениях о "телесной вещи" (см.: Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 85).

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 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.

## § 2. Право как "форма"

**1. Содержание и форма в праве.** Ключевой пункт в понимании особенностей права как объективной реальности (институционального образования) — это *единство, точное — в о п л о щ е н и е права в определенной форме — слитность* с ней.

В любом предмете (явлении) не только по строгим канонам философии, но и по нашим простым житейским впечатлениям различаются *содержание* и *форма*, притом особо могут быть *выделены* форма *внегения* и форма *внутренняя*.

Принято считать, что в любом предмете (явлении) главное, самое существенное — 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*, или даже "специфическое правовое содержание").

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 — исконно 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*.

Наиболее очевидным является единство права с *внешней формой* — законами, судебными прецедентами, иными источниками юридических норм.

Причем здесь, в данной плоскости, позитивное право выступает как зримая реальность в самом грубом, чувственном значении: его можно "увидеть глазами" (на столе лежит книжечка, озаглавленная "Уголовный кодекс", в каждой статье которого — норма), можно даже "поддержать его в руках" (взять книжечку в руки, полистать

ее, найти нужную статью). Словом, доступный для наших ощущений, такой наглядный предмет.

Вместе с тем нужно сразу же заметить, что со стороны своей внешней формы — это именно *источник*, своего рода *вместилище фактического содержания* и в не меньшей мере — *внешний информационный знак*, наиболее очевидное свидетельство его существования и действия как особого институционального образования (впрочем, учтем и то, что в процессе формирования права, его конституирования как особого образования, да и в реальном функционировании права роль закона, иных внешних форм является значительной<sup>1</sup> — об этом п. 4 настоящего параграфа).

Главное же, что выражает "слитность" права с его формой, его воплощение в этой форме, относится к форме *внутренней*. То есть — к *организации* правового материала, к разнообразным *юридическим структурам*, точнее даже — к самой возможности структуры. И именно это, указанные моменты внутренней формы, в основном и характеризует правовую материю. Самое же примечательное здесь заключается в том, что именно структурные характеристики права, как мы увидим в пос-

<sup>1</sup> Здесь, думается, уместно сказать о том, что крайний формализм действий и документов в древнейших и средневековых юридических системах имеет свой, весьма глубокий социальный смысл. Именно через предельно строгую письменную форму, нередко обставляемую известными ритуалами (отчасти имеющими религиозные предпосылки), как раз и происходит логически и исторически обоснованный процесс — придание позитивному праву должной институциональности. Ведь этот "крайний формализм" (древнеримского права, права средневековой Англии) фактически означает, по сути дела, то, что тот или иной жизненный вопрос лишь при соблюдении жестких формальных требований, выраженных в "формулах", "предписаниях", "реестрах", в строго формализованных и даже ритуальных процедурах, получает саму возможность юридической защиты, юридического признания. И, стало быть, именно тогда, при соблюдении необходимых строгих форм и процедур, появляется на свет вот это самое "институциональное образование" — те жесткие, внешне выраженные и в силу этого строго определенные нормативные критерии, на основе которых могут и должны действовать принудительные учреждения власти, и соответствующий порядок отношений становится твердым, устойчивым, гарантированным (что, по мнению некоторых авторов, более всего реально и выражает институциональность права).

ледующем [II. 7. 3], и стали в истории формирования права как особого социального регулятора основными реальными показателями его становления и развития.

**3. Основа силы права.** А теперь — внимание! — главный пункт, раскрывающий смысл институциональности (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*. И те положения, "записи", которые, казалось бы, можно было бы именовать "правом", *не смогли бы выполнить функции права, его предназначение* в жизни общества. Словом, какие-то нормативы и решения, не будь они возведены на уровень объективированного, структурного образования, фактически не были и не могли бы быть *действительным, реальным правом*. И тем более эти положения, "записи", нормативы не могли бы быть поняты в качестве значительного, многогранного, сложного по своей органике *социально богатства*.

Не скрою, понять, постигнуть рассматриваемую особенность права (его неотделимость от внутренней формы, структурных характеристик), тем более до рассмотрения становления права в соответствии с требованиями (императивами) цивилизации, не просто. Особенно нам, правоведам, свывшимся с категориями догмы права и формально-логическим стилем мышления.

Поэтому призову на помощь одного из наиболее видных философов нашего времени — М. Мамардашвили.

Вот что по тематике рассматриваемого вопроса, раскрывая кантовские идеи, 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"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Мамардашвили М. Указ. соч. С. 90.

И характеризуя в этой связи миссию права в обществе в качестве формы, которая способна не давать основания для зла и несправедливости<sup>1</sup>, М. Мамардашвили — достойный внимания момент! — привлекает в качестве примера институты суда и судопроизводства, когда у участников судопроизводства существует даже инстинкт правды<sup>2</sup>. "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"<sup>3</sup>.

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, оче-

<sup>1</sup> См.: Мамардашвили М. Указ. соч. С. 90.

<sup>2</sup> 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)..."

<sup>3</sup> Там же. С. 91. При этом М. Мамардашвили замечает: "Это ощущение формы — не только продукт философствования, но продукт определенного рода культуры".

видно, 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?"<sup>1</sup>.

, Отсюда, помимо всего иного, как раз следует что само право (именно как форма! — вот такой здесь парадокс) имеет *свою* материю — *материю* права, выраженную главным образом в *его структурных характеристиках*. И отсюда же следует, что сила права как формы (по выражению М. Мамардашвили, "возможность структуры", "нечто относящееся к полноте" и др.) — 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), 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 *писанным правом*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Мамардашвили М. Указ. соч. С. 93.

<sup>2</sup> Надо заметить при этом, что, так сказать, письменный компонент характерен также и для прецедентного права, правовых систем англосаксонского типа (о чем дальше пойдет еще речь). 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" (см.: Кросс Р. Прецедент в английском праве / Пер. с англ. М., 1985. С. 29).

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", и 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, возможности 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 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 по отношению 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 и как 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, обеспечения, а отсюда — обеспечения действительности и защищенности соответствующих материальных благ [Ш 7. П]<sup>1</sup>.

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 "институциональное 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.

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

Конечно же, нет, не означает. Право и закон, как мы видели, — явления различные, разнопорядковые, относящиеся к различным срезам правовой действительности. Закон, все другие нормативные документы, все

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

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, институционального образования существует и действует как форма.

**5. 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, свойственные единству закона и права негативные стороны, если угодно, пороки.

Такого рода негативные стороны и социальные пороки, точнее, их возможность, таятся 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") — несправедливого, не отвечающего высоким требованиям гуманистического правопонимания, характеризующего 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. Нерсесянца, В. А. Туманова и др.), о принципиально важном разграничении "права" и "закона"<sup>1</sup>.

Такое жесткое разграничение имело существенный политико-социальный смысл 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, противополо-

<sup>1</sup> См., в частности: Нерсесянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 10 и ел.

ложение "действительного права" и существующего "закона" (пусть как угодно возвеличиваемого) отвечает реальному положению дел и демократическим устремлениям, существующим и в обстановке тоталитарного строя.

Не следует думать, что ситуация по рассматриваемой проблеме резко изменяется в условиях признания в науке и в общественно-политической жизни (в нашей стране по мере освобождения от коммунистических ортодоксальных догм) категорий естественного права. В этих условиях решающее значение имеет не обособление "права" и "закона" (оно с юридической стороны очевидно, в научном отношении элементарно, если — не возводить его в некий абсолют или не давать ему некой особой авторской интерпретации), а разграничение естественного права и позитивного права; по ряду же пунктов — разграничение и даже противоположение позитивного права (права в гражданском обществе) и "естественного состояния" ("естественного" в данном случае — в значении *доправового*)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Впрочем, если приглядеться к указанным, казалось бы, столь несовместимым теоретическим построениям (одно из которых "разводит" закон и право, а другое их "сводит"), то при внимательном анализе выясняется, что проблема здесь — в немалой степени терминологическая. И потому — как это бывает в научной среде, когда тот или иной термин "привязывается" к научному имени, — изначально предельно острая, не решаемая по одним лишь научным аргументам. При использовании терминов "право" и "закон" дискутирующие авторы нередко вкладывают *свой* (авторский) смысл, понимая с позиций одних авторов под словом "закон" в основном нормативный юридический документ, а с позиций других — все позитивное право, выраженное в законе, других источниках.

В первом случае какой-либо сложной проблемы по существу нет никакой; если закон — это нормативный юридический документ, то хочешь-не хочешь приходится, наряду с правом как явлением свободы, признавать наличие и действующего объективного права (называемого "позитивным", "внешним" и т. д.). Именно права, с которым связаны права людей, юридическая практика, правопорядок и др., словом, все реально существующее правовое бытие. Позиция, которой последовательно придерживаются многие мыслители, придерживались и неизменно придерживаются юристы, действительность которых сопряжена с реально функционирующим правом.

Во втором же случае, при достаточно жестком "разведении" указанных категорий "права" и "закона", вся реальная правовая проблематика сосредоточивается вокруг широко и нетрадиционно понимаемого "закона", а "право" оказывается выведенным за пределы реальной правовой жизни трансцендентным феноменом, понимаемым в качестве явления (или даже "математики") свободы, в сущности — тем, что имеет характер естественного права.

Важно при этом то, что соотношение здесь совсем другое — фундаментальное, более тонкое, взаимно значащее, нежели разведение "права" и "закона" — работающее на элементарном уровне в пределах правовой материи или в особой социально-политической ситуации (как это было характерно для советского общества).

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

Видимо, здесь нужно сближать позиции. Не тратить силы на взаимоистощение в науке (печальное, труднопреодолимое, введшееся 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 реальной жизни 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.

**6. Условия. Симптомы.** Исторические данные (да и данные современной действительности) свидетельствуют, что право как институциональное образование складывается при наличии ряда непереносимых условий социального и юридического порядка.

Первое из них — это формирование соответствующих регулятивных средств "в государстве" — *под эгидой и авторитетом действенной государственной власти* (имеющей надлежащие учреждения и способы, именуемые по современной терминологии "правоохранительными"). Причем наряду с настроенностью власти "на право" решающее значение в этой связи имеют существование единой и мощной судебной системы и наличие сложившегося и авторитетного слоя квалифицированных юристов, если угодно, их "сословия" со своим *кодексом морали и достоинства* — судей, адвокатов, "знатоков" права достаточно высокого (университетского) уровня и одновременно не оторванных от "живой жизни", практики.

Далее. Важным условием формирования права как институционального образования является, как это ни покажется странным, *объем* установлений и положений, претендующих на то, чтобы быть "юридическими". Эти установления и положения должны стать достаточно обширным, объемным регулирующим массивом, у которого вследствие этого появляется "собственная жизнь" со своими чертами и особенностями, в том числе качество известного приоритета, доминанты в регуляции общественных отношений.

Вот одна иллюстрация из сравнительно недавней истории колониальной Индии (о которой в общей форме уже упоминалось). Ко второй половине XIX в. в Индии уси-

лия судей, имеющих в основном подготовку в английских учебных заведениях, были направлены на то, чтобы "примерить" английское общее, прецедентное право и местное индуистское право, притом с приоритетом первого — общего права. Но это удалось лишь тогда, когда "*число судебных решений достигло необходимого уровня* (курсив мой. — С. А.), позволяющего судьям считать их имеющими обязательный характер в соответствии с принципом "придерживаться ранее принятых решений" (*stare decisis*)"<sup>1</sup>. И именно тогда "в судебной практике место классического индуистского права постепенно заняло так называемое "англо-индуистское право", которое очень скоро перестало нуждаться в опоре непосредственно на традиционные источники писаного права, приобрело характер чисто прецедентного права и в качестве такового стало использоваться индийскими судами"<sup>2</sup>.

Наконец, о главном, определяющем условии обретения правом особенностей институционального образования. Это *качество* действующего правового материала, и прежде всего его *структурированность* (т. е. его особенности как внутренней формы), а отсюда — разработанная, стройная система юридических категорий, в том числе таких, которые выражают предметные (телесные) реалии правовой действительности<sup>3</sup>.

В итоге же характеристики показателей права как объективной реальности следует указать на наличие *объек-*

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 467.

<sup>2</sup> Там же. С. 468.

<sup>3</sup> Отрицая универсальный характер выработанных в античности (главным образом в римском частном праве) понятий, О. Шпенглер пишет: "Египетское право периода гиксосов, китайское "времена борющихся царств", индийское "Дарма сутры" должны были строиться, в отличие от античного права на "совершенно иных понятиях, нежели телесные личности и вещи". И добавляет: "Когда немецкой науке удалось это установить, то было великим освобождением от давления со стороны римских "древностей" (см.: Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 78). Между тем именно "телесный" момент, отраженный в понятиях о собственности, вещных прав, статуса субъектов и т. д., имеет принципиальное значение для конституирования представлений о праве, имеющем дело со строго объективированными явлениями окружающего нас мира, что, на мой взгляд, имеет существенное значение для понимания права как институционального образования.

*тивных закономерностей существования и развития права* — того, что и образует его логику. Ибо логика права есть не что иное, как закономерности, характерные для позитивного права, причем закономерности не только в виде известных тенденций развития, но и в виде жестких структур, "неотвратимого следования"<sup>7</sup> в данных закономерных связях, в которых так или иначе пропадает смысл и предназначение права.

### § 3. Исходное начало науки

**1. Наука должна быть наукой.** Характеристика права как институционального образования позволяет увидеть в праве твердую, устойчивую реальность, которая представляет собой особую, подчас своенравную и неподатливую данность, имеющую свою жизнь, свою логику существования и развития.

И вот тут необходимо со всей определенностью сказать, что только при признании того, что предметом юридической науки, всех юридических знаний являются не сами по себе фактические отношения, не акты произвольного усмотрения власти, не требования той или иной идеологии, а твердая объективная реальность (выраженная, пусть и в своеобразных рамках, в догме права, а при более широком подходе во всем комплексе правовых средств структурного порядка типа "жесткого организма"), только при признании этого возможна действительная, истинная наука, имеющая дело с реальными, объективированными фактами окружающей нас действительности. То есть такая же в принципе наука, как все иные отрасли знаний, да к тому же призванная практически и теоретически осваивать такие реальные факты действительности, которые в той или иной мере и виде опредмечивают и вводят в практическую жизнь людей разумные начала, духовные ценности.

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

И этот же подход к юридическим знаниям является, помимо всего иного, также и предупреждением против легкого (порой авантюрного, "силового") отношения к праву, к бытующим представлениям, согласно которым возможно 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, который не поддается вольному манипулированию. Через право, законы, всю систему юридических институтов возможно решать различные жизненные задачи, реализовывать многие жизненные интересы. Но материя права такова, что ее структурные особенности, ее сложные, математического типа соотношения и механизмы и тем более выраженная в ней юридическая логика не позволяют 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, идите на это, но знайте — будут крупные издержки, потери, не исключено — непоправимые".

**2. Значение.** 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, сведе-

ние права к субстанции сугубо духовного порядка) 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 трактовке юриспруденции как дисциплины "низшего сорта", одного лишь "юридического позитивизма"<sup>1</sup>. Таким образом, характеристика позитивного права в качестве институционального образования (социальной ре-

<sup>1</sup> 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 (см.: 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 продуцирование 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". И О. Шпенглер формулирует такой вывод, согласующийся с самой сутью его исследования 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).

альности) представляет собой *наиболее значимое* положение правовой теории из того, что принадлежит к *высшим знаниям* о праве. Следующая ступень правовых знаний — это уже философия права в строгом и точном значении этого понятия.

В то же время это положение является *исходным* для всей правовой теории, а также и для философии права. Не только догма права (относящаяся к практической юриспруденции и начальным фазам правового обучения, к "азбуке права"), но и теория более высокого, инструментального уровня, научные взгляды об особенностях права как институционального образования, его свойствах, структуре, функциях словом, вся сумма теоретических знаний о праве только тогда могут быть признаны *истинно научными*, когда их фактической основой являются объективные реалии — наличная объективная реальность ("жесткий организм"), отличающаяся как внутренней формой строгими структурными характеристиками.

Положение о праве как объективной реальности, строгой — в каждый момент — наличной данности, имеющей качества "жесткого организма", является исходным пунктом и для последующего анализа. В данной книге — для характеристики новых подходов к праву.

Положение о праве как объективной реальности и есть с авторских позиций первый, а с научной стороны — решающий пункт таких подходов.

## Глава шестая

### 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 и необходимость рассмотрения 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".

И здесь на помощь правоведению, наряду с непосредственно философскими данными, приходит также современное обществоведение в целом, общесоциологические разработки, исторические материалы, уже во многом 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 непреложностью 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 организма<sup>1</sup>, 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 *политивного права*).

С рассматриваемой точки зрения следует различать:

<sup>1</sup> Сопряженным и перекрещивающимся с понятием "социальное регулирование" является понятие "социальное управление". Последнее характеризует, в принципе, то же самое явление и также 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.

а) доцивилизационное (*доправовое* — в смысле позитивного права) состояние 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) состояние цивилизации — общества, в которых существует позитивное право, в своем становлении и развитии проходящее несколько фаз — сначала фазу *аморфной* стадии (предыстории 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, позволяющие 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 является 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 первобытно-общинной, родо-племенной 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) моно-

*норм-обычаев*<sup>1</sup>, 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", коренящаяся в природных, а быть может, и в более глубоких основаниях, выступала 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 производящему хозяйству и, соответственно, развития всей социальной жизни, в особенности в условиях

<sup>1</sup> 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).

начавшегося перерастания родо-племенной 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. регулирование при помощи общих правил, норм. При помощи общих правил оказывается возможным достигнуть единого, непрерывно действующего и вместе с тем экономичного порядка в общественных отношениях, подчинить поведение людей общим и одинаковым условиям, продиктованным требованиями экономики, власти, идеологии, всей социальной жизни. Нормативное регулирование, как мы увидим [Ш. 11. 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), отличается монолитностью<sup>1</sup>, 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 активности<sup>2</sup>.

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*, приобретающая затем, особенно в праве, определяющее значение.

Что это за "структура"? Система социального регулирования, складывающаяся из мононорм, уже отлича-

<sup>1</sup> В работе "История первобытного общества", Эпхад2ервоь1Тнрй родовой общины" (М.; 1986. С.,545) подчеркивается "как бы диффузный, синкретный характер первобытной нормативности, включающей в себя и мораль, и этикет, и зачатки права, и даже религиозные предписания и запреты".

<sup>2</sup> 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" (см.: История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. С. 394, 554).

лась по своим регулятивным особенностям, в частности тем, что в ней уже различима "троица" (вспомним, она, эта "троица", дает о себе знать в догме права [1.3. 3]) — запреты, дозволения, позитивные обязывания.

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 дозволения<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> См.: Явич Л. С. Право и социализм. М., 1982. С. 12—13.

писывающего порядка). Более того, можно предположить, табу явились предпосылкой формирования в последующем таких существенных элементов структуры права, как *общие* юридические запреты.

Достоин 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 родо-племенную общественную организацию, можно увидеть 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 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 уничтожения непокорного, не знающего предела и пощады, — проявления, которое, кажется, в доцивилизационную эпоху 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, отдельной автономной личности, 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 вытекающая отсюда нерасторжимость, и даже относительная 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"<sup>1</sup>, 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

<sup>1</sup> Как одно из первичных такого рода "прав" в литературе называется право доступа к пище (см.: История первобытного общества. Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза. С. 312).

праву как особому, внешне объективированному, институциональному 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 и качественно иное явление, чем строго юридическое регулирование, т. е. иметь неюридическое значение, в данном случае значение *естественного права*.

Этот термин в рассматриваемом ракурсе обозначает не институциональный 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, позволяющие индивиду, иному субъекту действовать, предполагать, требовать по принципу "имею право"), феномен, который — скажу еще раз — является неотъемлемым атрибутом человеческого общества с момента его возникновения.

Все дело лишь в том, что на заре существования человеческого рода, многие тысячелетия, общий запретительный или запретительно-предписывающий характер социального регулирования в "традиционных" первобытных обществах заслоняет, перекрывает некоторые приходящие и ему дозволительные элементы, обозначаемые термином "право". Тем более что такого рода элементы

по большей части выступали в первобытных обществах в качестве оборотной стороны запретов и предписаний, и проявлялись в рамках иерархических структур властной родо-племенной организации, обозначая статус и возможности особей 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, автономного человека*. И именно в данном отношении формирующаяся в недрах первобытнообщинного строя свобода поведения человека выступает предпосылкой и предвестником не только перерастания родо-племенной 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 означает того, что в обществе возникло и вошло в его структуру позитивное право — особое институциональное 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 (индивидуализированной собственности, рыночной экономики, политической власти, институтов духовной жизни), происходит

то, что может названо *явлением* позитивного права, во всех смысловых значениях и оттенках этого выражения. То есть явления в смысле исторического события 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;

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 вошел в *условия цивилизации*, и жизнь людей стала строиться не только на основе суровой природной необходимости и некоторых социально организованных элементах первобытного общества, но и (притом со временем все более и более) 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. То есть в условиях, 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 общество<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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. Эти факторы, являющиеся проявлениями и поразительными (выбывающими 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, "стратовым". Отсюда распад некогда монолитного "целого" — первобытнообщинного строя, трансформация родо-племенной 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.

Именно потребности закрепить, сделать незыблемыми отношения, складывающиеся в условиях цивилизации, прежде всего закрепить, сделать незыблемой персонафицированную (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, именно эти потребности, 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. Потому-то здесь и потребовался принципиально новый, несравненно более *мощный и стабильный регулятор*, который был бы рассчитан на разумное существо — человека и 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, неимоверно сложных, подвижных, хрупких условий жизнедеятельности достигались и гарантировались *стабильность, устойчивость, надежность всего социального 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 позитив-*

*ного права*. Причем такой регуляции, которая в отличие от морали и обычаев должна иметь и действительно имеет характер *всеобщности* (притом в значении *общеобязательности*) — способность разом и единообразно распространяться на всех субъектов в пределах данного сообщества, сколь бы велико оно ни было.

И 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" все более переходит к социальным образованиям "больших обществ" — обществ территориально обширных и этнически многоликих государств, их объединений, империй. И когда — что еще более существенно — значение "нормативного" в связи с развитием цивилизации стало все более раскрываться в высоком социальном значении — как средство преодоления беды и проклятия общества, антипода права с принципиальной гуманитарной стороны — произвола, насилия.

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 здесь сложных ситуаций, столкновений интересов, конфликтов. Причем так, чтобы сама по себе конфликтная среда (конкуренции, соревнования), являющаяся, как показал И. Кант, наряду с ее негативными характеристиками, главной движущей силой саморазвития общества, сохраняла свой позитивный потенциал.

**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 (инсти-

туализации) и надлежащего использования *своеобразных средств регуляции*. Таких средств, которые отличались бы по своим исходным характеристикам по крайней мере следующими *тремя* качественно специфическими чертами:

во-первых, *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 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 — в следующих пунктах);

во-вторых, *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-третьих, *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*.

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*.

Вот все это — твердость, строгая определенность, надежная публичная гарантированность (а также нормативность, государственная суверенность) — как раз и является тем, что придает реальность и доминирующее 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 что 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 действии 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. О главных императивах.** Продолжая рассмотрение императивов цивилизации, которые вызвали к жизни позитивное право, и сделав в связи с этим акцент на первичных императивах (требованиях твердости, определенности, гарантированности<sup>TM</sup>), необходимо вместе с тем обратить повышенное внимание на то, что в ходе общественного развития все более дают о себе знать другие,

с точки зрения цивилизации поистине ключевые, главные императивы", раскрывающие смысл, историческое предназначение права, 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 твердость, определенность и гарантированность социального регулирования, его государственную суверенность (а значит, стабильность, надежность всего социального организма), на первый план выступают и иные, более социально и юридически 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 глубинной социальной предосновой, его особой логикой и его исконной исторической предопределенностью служить свободе человека, противостоять произволу, насилию.

**9. Социальная предпосылка — конфликтная среда.** Но приглядимся на основе ранее изложенного материала-

ла: какова социальная обстановка (среда), обусловившая в условиях цивилизации возникновение права?

В настоящее время все более утверждается отрицательное отношение к теоретическим взглядам (остро, в крайних вариантах проповедуемых ортодоксальным марксизмом, особенно в его ленинско-сталинской интерпретации), в соответствии с которыми право сложилось на основе раскола общества на классы и потому имеет классовый характер, является орудием классового господства в обществе. Что же, действительно, такой узкоклассовый, идеологизированный подход к праву, ориентированный на неразвитые юридические системы и на обоснование будто бы неизбежного тоталитарного режима власти типа "диктатуры" (в идеале по марксистско-ленинским догмам — диктатуры пролетариата), не согласуется с истинно научным пониманием права, его функций и социальной ценности как института и механизма цивилизации, его исконно гуманистическим предназначением.

Вместе с тем момент в социальной жизни, который может быть назван "классовым" (а точнее — в более широком контексте — тот, который выражает деление общества на большие группы, слои, страты), при характеристике права должен быть все же принят во внимание.

Если не упрощать проблему, не сводить ее к идеологическим фантомам, к одному лишь или преимущественно классовому господству, то следует учитывать, что дифференцированное строение социальной жизни, ее общностей и институтов есть одна из существенных, и притом естественных, необходимых характеристик структурированности общества, вступившего в эпоху цивилизации. В таком, дифференцированном строении общества выражаются расстановка и соотношение общественных групп, слоев населения страны (или даже в международном плане) по ряду коренных признаков функционирования общества и жизнедеятельности людей в условиях цивилизации, в первую очередь по их отношению к собственности. Дифференцированное строение дает возможность не только увидеть глубинный срез общества как саморегулирующейся системы, соответствующей по сво-

им характеристикам современным данным синергетики, но и выявить движущие силы общественного развития, взаимодействующие между собой. В то же время нельзя упускать из поля зрения и то, что в результате нарастающих процессов отчуждения групповые, классовые, этнические и иные отношения приобретают нередко антагонистичный характер, выливаются в острую борьбу за власть; и тогда они, преимущественно через государство, партии, иные звенья политической системы, начинают нести немалый заряд остро негативного порядка — того, что осложняет, деформирует естественное общественное развитие, делает его еще более чуждым человеку, реанимирует и обостряет тенденции к уродливым деформациям, энтропии, распаду.

В чем же состоит связь права с дифференцированным строением общества, со всеми его неизбежными последствиями? И вот тут требуется расширить угол зрения и рассматривать указанные выше антагонизмы как одно из проявлений более широкого и глубокого явления, свойственного сообществу существ, строящих свою жизнь в условиях свободы, — *конфликтной среды*. Причем такого рода среда (она может быть названа по-кантовски и средой "постоянных антагонизмов" [Ш 11. 2]), выражающая одну из сторон новых социальных сил, — не просто некое отрицательное явление в общественной жизни, а явление в условиях цивилизации неизбежное *Р1* даже необходимое.

Дифференцированные же отношения с рассматриваемой точки зрения создают в обществе принципиально новую социальную обстановку: на первый план, в особенности в условиях антагонистических конфликтных отношений, политических и этнических страстей, выдвинулись групповые и личностные столкновения, конфликты, противоборства, жестокая борьба за власть. И это расширяет и ожесточает "конфронтационное поле" в жизни людей. Общественные связи, объединяющие сообщество людей, начинают испытывать повышенные нагрузки — на однобокое, деформированное развитие, "на разрыв", "на саморазрушение", ведущие сообщество разумных существ к стагнации, распаду, самоуничтожению.

И вот в обстановке такой "конфликтной среды", обостренной групповой и личностной борьбы и потребовался своего рода противоес — формирование особой общественной силы, притом мощной силы, которая по самим своим исходным свойствам была бы направлена на то, чтобы обеспечивать всеобщее упорядочение общественных отношений, их умиротворение, гарантировать стабильность и устойчивость общественных связей, введение в необходимые рамки поведения людей, справедливое и разумное бытие людей. И притом всеобщее упорядочение, включая справедливое и разумное решение конфликтов, которое осуществляется по принципу "имею право", — реальное и надежное.

Такой новой общественной силой, противовесом возникших в обществе негативных, разрушительных тенденций и стало *позитивное право*.

**10. 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 затрагивают тот компонент глубинной структуры социального регулирования, который выражен в *дозволениях*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 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

Еще в обстановке первобытного общества дает о себе знать тенденция обретения дозволениями особой и притом все более возрастающей роли. Если на начальных ста-

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, выражало доминирование 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, не только вводящие активное поведение субъектов 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.

дях развития первобытного общества права отдельных членов коллектива и органов самоуправления представляют собой главным образом обратную сторону запретов (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 все более 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 — статус субъектов на началах равенства, правовой суверенности<sup>1</sup>.

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);

<sup>1</sup> 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).

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 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 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 ра-

нее 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 *институционального нормативного образования, без которого невозможно сделать постоянной реальностью указанные юридические средства и механизмы.*

**11. 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 логически) является частное право.* То есть 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 показательным, 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 интенсивных, во многом преимущественно "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, право 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 волей" 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 руслам — публичного и частного права. И поскольку в любом обществе (понятно, в различном соотношении, в разных пропорциях) существуют государственные и частные интересы, дела, соответствующие облас-

ти 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 обусловлено тем, насколько развита каждая из указанных сфер, что решающим образом влияет и на понимание права в целом, и на состояние практической юриспруденции<sup>1</sup>. 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 односторонности, ущербности, а отсюда и к сбоям, нарушениям, порой весьма значительным и драматичным, во всей жизни общества, в перспективах его развития.

**12. Историческая и логическая неизбежность.** Теперь — существенный 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.

С момента своего возникновения позитивное право, благодаря отмеченным выше исходным чертам (твердости, определенности по содержанию, 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 важного фактора его существования и развития, его судьбы. Иными словами, приобрело значение *неизменной в условиях цивилизации основы нормального, упорядоченного существования человеческого*

<sup>1</sup> 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..." (см.: Покровский И. А. Указ. соч. С. 38).

*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, не очень-то 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 предназначения 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 сменяющихся одна другую на протяжении тысячелетий общественных и государственных образований, "строев", культур, целых эпох именно *премущественность 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, ча-

стного производственного дела и рынка, и отсюда — *изначально однотипные формы регуляции поведения*. Обстоятельство, которое и 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 русло. То есть правовые формы, действующие "изнутри", через разум и свободу самих субъектов, их интересы<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Обо всем этом свидетельствует история Древнего Рима. 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. — Бисмарк, 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 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.

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, механизмом претворения их в жизнь, обеспечивающим "самоподдержание" общества, его естественное поступательное развитие*.

## § 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 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), да к тому же в облике, несущем следы, а подчас и прямое присутствие категорий и ценностей ушедших в прошлое культур и цивилизаций. И в этой связи — наглядно и убедительно подтверждающих то-обстоятельство, что именно в праве концентрируется "связь времен"<sup>71</sup>, 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 виду то обстоятельство, что основное значение в мире правовых явлений принадлежит 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 "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 (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"<sup>1</sup>, а также, преимущественно в описательном плане, отмечены и "другие виды" (мусульманское право,

<sup>1</sup> 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" (см.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1996. С. 21). Думается, сейчас, спустя десятилетие, "ход событий" уже определился, 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.

право Индии, правовые системы Дальнего Востока, правовые системы Африки и Мадагаскара)<sup>1</sup>.

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 типа — традиционные, неотдифференцированные системы)<sup>2</sup>. 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 — собственно содержания права. Крупный шаг в этом направлении сделан такими учеными, как Арминджон, Нольде, Вольф, которые, как признается в литературе, отказались от преимущественного использования внешних признаков, ибо, по их мнению,

<sup>1</sup> См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988.

<sup>2</sup> 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").

"рациональная классификация современных правовых систем требует изучения их содержания". В этом направлении строятся со ссылкой на только что упомянутых правоведов исследования других авторов, в том числе К. Цвайгерта и Х. Кётца, которые в качестве критерия типологии юридических систем выдвинули на материале частного права многоэлементный критерий, на мой взгляд, по своей сути довольно конструктивный (хотя, возможно, и требующий известных содержательных и терминологических уточнений, а главное — соединения с другими более основательными критериями), под общим наименованием *стиль* — понятие, применимое как в отношении отдельной национальной юридической системы, так и групп правовых систем<sup>1</sup>.

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 содержания.

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

<sup>1</sup> 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" (см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 107).

своеобразием правовые институты; 4) правовые источники и методы их толкования; 5) идеологические факторы"<sup>1</sup>.

Вместе с тем теория стилей нуждается, надо полагать, в известной корректировке, в развитии. Главное здесь вот что. В порядке развития указанной идеи 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 отношении — классических юридических типов*.

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, практику его применения и безоговорочно признаются, почитаются в качестве непреложных, непререкаемых;

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.

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.

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 108.

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 тип*<sup>1</sup>) 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)<sup>2</sup>, основанное на судебных прецедентах;

<sup>1</sup> 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 возникнет опасность того, что рассмотрение будет ограничено лишь относительно абстрактными элементами общности, которые эти правовые системы, если сравнивать их с общим правом, действительно имеют" (см.: Цвайгерт К., Кетц 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.

<sup>2</sup> 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 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" (Там же. С. 285).

— *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 и 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 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 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, английское право, американское право, исламское право, индуистское ("индусское") право.

Возвращаясь к основному, базовому ряду юридических систем, хотелось бы сначала 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* (отдифференцирован-

ной) 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*.

А вот своеобразие 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) от такого влияния.

**3. Начальные стадии развития права — процесс "отдифференциации".** Формирование и развитие национальных юридических систем, их семей (юридических типов) обусловлены многообразными факторами.

Если же исходить из императивов цивилизации, вызвавших к жизни само явление права, то весьма определенно вырисовывается присутствующий здесь, по выражению Канта, "замысел природы" и вытекающая отсюда весьма определенная логика права. Ее суть в том, что позитивное право призвано функционировать и развиваться как "рабочий", даже "черновой" механизм, т. е. по сугубо прагматическим, деловым основаниям — разрешать жизненные ситуации, требующие юридического решения, твердости, определенности по содержанию, 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 уделом иных социальных регуляторов — морали, религии, корпоративных нормативов.

Вместе с тем, если обратиться к начальным стадиям формирования и развития позитивного права, то оно повсеместно, во всех регионах мира, выступало в *аморфном* состоянии. Это означает не только то, что оно еще в

неполной мере отделяется от социального регулирования, характерного для первобытного общества, несет на себе следы некогда единых "мононорм", но и в этой связи неотделимо 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, в "одном пакете" с бытием или небытием всего, так сказать, "комплекса" — юридических и *яеюридических* компонентов.

Вместе с тем по мере развития общества со все большей жесткостью дают о себе знать рассмотренные ранее императивы цивилизации, "замысел природы", соответствующая логика права и, значит, потребность специально юридической ("чисто правовой") регламентации, необходимости решения возникающих жизненных ситуаций на строго юридических основаниях.

*Причем поистине поразительно, что по-настоящему высоким интеллектуальным, духовным правовым началам суждено "прорваться" именно через чистую материю права* [Ш. 14. 1]. Отсюда, в том числе и с учетом только что отмеченного момента, следует, что *одна из важнейших сторон логики права характеризуется тем, что для социального регулирования, и по мере развития общества, все более и более, свойствен процесс от д и ф ф е р е н ц и а ц и и* — 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.

Наиболее выразительно, чуть ли не в "классическом" варианте такой процесс отдифференциации произошел еще в античности. Это формирование в исторически короткое время непревзойденного юридического шедевра — римского частного права. Такой же процесс — хотя и не в столь стремительных темпах и впечатляющем варианте, — шел и во многих других странах в условиях античности и средневековья (наиболее эффективно, как это ни парадоксально, в Англии, где выделение отдифференцированных юридических форм, повторяя древнеримский путь, реализовалось через судебную систему путем формирования прецедентного права).

Взрывной же характер — пусть и не во всех регионах мира — процессы отдифференциации права как строго юридического феномена приобрели в новейшей истории, в условиях начавшегося перехода человечества к последовательно демократическим цивилизациям либерального типа, мощного развития экономики, небывалого научно-технического прогресса, сопряженного с этим бурного развития социальных и интеллектуальных, духовных сфер жизни общества.

Примечательно, что именно в отдифференцированном праве, как только оно обретает собственное, самостоятельное бытие, начинается и свое, собственное развитие. Именно тогда в нем в полной мере раскрывается особая юридическая логика (подчас имеющая, в противовес формальной логике, диалектический характер, чуть ли не по классическому закону "отрицания отрицания"<sup>1</sup>).

<sup>1</sup> Приведенная формулировка ("закон отрицания отрицания") никого не должна пугать, как это происходило во все времена после объявленного великим немецким философом Гегелем данного диалектического закона. Она не должна усложнять существа явлений, обозначенных в столь, на первый взгляд, терминологически экстравагантном словоупотреблении. Здесь — впрочем, при некотором упрощении — все предельно точно и, надо полагать, предельно ясно. Всякое действительное развитие всегда вносит нечто новое (и в этом смысле является "отрицанием" чего-то предшествующего), но в последующем, на новом витке развития это новое вновь "отрицается" (и именно в этом смысле является "отрицанием отрицания"), причем развитие идет как бы по спирали — новое как бы вбирает положительное из ранее, на предшествующих стадиях, отвергнутого "старого".

В то же время в странах, где не произошло такого качественного и структурного обособления юридических форм, их принципиального отрыва от всей системы духовно-морального регулирования (а это "не произошло" в обществах с традиционными цивилизациями, преимущественно в странах Востока, ряде других регионов), утвердились своеобразные, *неотдифференцированные* правовые системы. Эти правовые системы, хотя в немало числе случаев чуть ли не в первоначальном виде перешли в наше время из древних эпох, так или иначе приспособились к новым условиям и сохраняют по-прежнему значительный регулятивный потенциал, а потому продолжают и сейчас оставаться в качестве "работающих".

Вот и получилось в современном мире (да к тому же в исторических условиях, когда в человечестве происходит глобальный перелом — его переход к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа), что существует, наряду и в сочетании с ранее обозначенными классификациями (и прежде всего указанной ранее классической — трехчленной), *два класса* правовых систем. Это:

*в о - п е р в ы х*, "*суверенные*", *самостоятельные юридические системы*, которые в ходе исторического развития отдифференцировались от социального регулирования данного общества в целом, обрели свое собственное бытие и развитие, на этом пути в тех или иных формах интенсивно раскрывают потенциал позитивного права. Такие системы по исходным, базовым характеристикам могут быть причислены к юридическим системам современной западной правовой культуры, т. е. романо-германское и общее, прецедентное право — два классических юридических типа (со многими, в том числе смешанными подвидами, развивающимися с юридической стороны на их основе), семьи юридических систем, выражающие магистральные пути мирового правового развития. При этом процесс "отдифференциации" в этих юридических системах оказался неостановимым: "вырвавшись" в основном из структуры традиционно-духовных регулятив-

ных факторов, национальные юридические системы указанных двух классических юридических типов не остановились на этом, а постепенно, по мере развития демократии в обществе стали обретать самостоятельность по отношению к своему естественному "напарнику", в принципе неотделимого от права института — государственной власти. Материалы, относящиеся к этим двум группам юридических систем, прежде всего данные романо-германского права, были и остаются основным предметом рассмотрения в книге;

*в о - в т о р ы х*, *традиционные неотдифференцированные юридические системы* (в основном — право стран Востока, точнее Дальнего Востока, ряда других регионов — исламское право, индуистское право, действующие и в Азии, и на Африканском континенте, и др.). Это с точки зрения состояния права в современном мире — особый класс, специфический юридический тип, находящийся в ином ряду по сравнению с романо-германским и общим, прецедентным правом. К его особенностям, частично вытекающим из ранее приведенных данных, мы будем обращаться при последующем рассмотрении общетеоретических и философских проблем права. Некоторые существенные вопросы, относящиеся к этому классу юридических систем, будут охарактеризованы и в этой главе.

**4. Духовные основы права — противоречивая судьба.** При рассмотрении становления и развития права мы встречаемся с одним из существенных противоречивых процессов, относящихся к классическим юридическим типам юридических систем (романо-германскому и общему, прецедентному праву), — магистральному пути правового развития.

Суть этого противоречия в том, что позитивное право сложилось на духовной основе, но его последующее развитие в процессе отдифференциации, обретения собственного бытия и развития как бы "уходит" от этой основы, "вырывается" из нее, ее в этом смысле "отрицает".

О духовной, интеллектуально-ценностной, моральной основе позитивного права ранее, уже в этой главе, говорилось [II. 1.1]. Позитивное право как нормативная основа решения жизненных ситуаций неизбежно имеет "вторую ипостась" ("второе измерение") — содержит, наряду с юридическими критериями и через них, также и 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*. То есть так, чтобы в жизни людей торжествовали правда, справедливость, высокие моральные начала, что находит свое выражение в элементах, зародившихся еще в эпоху, которую можно назвать предисторией права, в нормах, содержащихся в обычаях, судебных прецедентах. То есть все это 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 обязанностях, юридическое равенство; впрочем, все эти вопросы — предмет последующего рассмотрения). В данном отношении есть известные основания полагать, что позитивное право *начинается* с духовных начал.

И в то же время тут есть и другая сторона проблемы, свидетельствующая о существующем здесь противо-

речии. Процесс "отдифференциации", выражающий потребность специально 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. Притом агрегат преимущественно оформительского порядка, призванный 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, либерального типа, исконной природой права.

А в этой связи вопрос: не означает ли все это (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 попытки более внимательно, детально 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 со-

временную 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 понимании 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 те ее районы, где утвердились исламское, а отчасти и индуистское право).

Было бы ошибочным рассматривать традиционные неотдифференцированные системы только и исключительно в качестве архаичных рудиментов далекого прошлого или как выражение идеологических режимов (хотя именно тут — важная сторона их определяющих, "контрастных" особенностей, тем более там, где архаичные духовные начала в их особой интерпретации становятся порой некой 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, особенно в семейных и наследственных делах, вполне, во всяком случае до поры до времени, дает *эффект права* — твердость, определенность, гарантированность, окон-

чательность решений жизненных ситуаций. Именно поэтому такого рода системы регуляции по самой своей природе имеют характер не только "традиционных", но именно *неотдифференцированных* (т. е. таких, напомним, где сугубо юридические элементы не обособились, не имеют собственного бытия и в этом как раз 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 экономики — собственности, иных вещных прав, договоров, внедоговорных обязательств 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 на человечество обрушились потоки мощного научно-технического прогресса, постиндустриальная технотронная экономика, массовое производство, взлет 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", необходимую точность, определенность, надежность и плюс к тому еще *должную квалифицированность* решений.

Вот и пришлось странам, вставшим на путь модернизации, индустриального (а затем и постиндустриального)

развития, идти на вычленение сугубо юридического регулирования<sup>1</sup>, в том числе на восприятие юридических 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 начи-

<sup>1</sup> 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.

Да в иных системах социального регулирования Востока, отличавшихся неотдифференцированным правом (шариат, индуистское право), примечательно, что 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 сферах общества существуют обширные блоки отношений, которые не могут обойтись без позитивного права в строго юридическом значении. 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 твердо, 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.

нают 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 когда, 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 целом<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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, сообразно 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,

Тем не менее, при всех указанных тенденциях, имеющих в современную эпоху глобальное значение, не упустим из поля зрения 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.

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 юриди-

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 "тот 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" (см.: 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 малозначущих, 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", т. е. 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).

ческому регулированию, имеют в основном особенности и силу институтов публично-правового порядка. Действительная сила рассматриваемых юридических систем, в том числе исламского права, 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 "опубличенным" 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 строгого 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, соответствующей интерпретации, 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 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 [Ш. 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 весьма существенной, помимо иных причин, потому, что развитие современных, весьма продвинутых по пути правового прогресса юридических систем столь 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.

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 за-

метить 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 [Ш. 12. 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 его византийском варианте, и плюс к тому еще господства долгие века на российской территории теократических, восточно-деспотических порядков, связанных с татаро-монгольским "игмом" и "братанием" (да, не только с "игмом", но и с "братанием"), так сказать, сдвинулась на Восток. Она утвердилась в конце концов, после удельной княжеской раздробленности и годин тяжелой 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 года византий-

ское право и коммунистическая правовая идеология со- впади 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" и "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 сердцевиной 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*. Со своими изощренными приемами властвования, интригами, всевластным "двором", подковровыми схватками элит, применением метода войны против непокорных, ложью и фальсификациями.

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 остается в области внешних форм и, в определенной мере влияя на жизнь общества, все же в основном проскальзывают по поверхности социально-экономической и по-

литической 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, облагороженные 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. Власть и право

**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 — **государство и мораль.**

Сначала, в этом параграфе, — о власти (государстве) в ее соотношении с правом.

**2. Право и государство (как элементы системы социального регулирования).** Если ограничиться рассмотрением права на уровне догматической юриспруденции, то может сложиться впечатление, что право вообще есть явление государственного (всецело "публичного") порядка, и не более того. Оно в этой книге и определялось с самого начала именно так. На основании фактических данных оно и ранее, и сейчас рассматривается в качестве официального, государственного образования, когда благодаря именно государству определенный комплекс социальных средств, норм поведения обретает такие свойства (официальный, публичный характер, высокую государственную гарантированность), которые реализуют в практической жизни императивы цивилизации — обеспечивают такое разрешение жизненных ситуаций, которое отличается твердостью, определенностью по содержанию, надежной гарантированностью, а также "суверенностью", окончательностью. И, что особо существенно, строятся на нормативной основе, выступают в качестве нормативного регулятора, отличающегося всеобщностью (общеобязательностью).

Право под рассматриваемым углом зрения (т. е. как явление государственное, публичное) может быть охарактеризовано в качестве *силового института*, способного с опорой на мощь государственного принуждения "навязывать волю", проводить в жизнь определенные нормативы, программы поведения, предписания власти на территории всей страны. При этом в структуре позитивного права есть отрасли, которые с еще большим основанием напрямую можно именовать "силовыми" — такие как уголовное право, уголовно-исполнительное право, административное (полицейское) право.

Причем существует весьма обширный слой правовой материи, который, выражая властную природу государственной деятельности в сфере права, непосредственно и наиболее последовательно реализуется в одном из элементов нашей "троицы" (дозволения, запреты, позитивные обязывания). Это позитивные обязывания (предпи-

сания), которые вообще представляют собой прямое продолжение государственной власти, т. е. государственные веления, облеченные в юридическую форму.

Да и те связи и соотношения в правовой материи, которые могут быть названы "логикой права", также, казалось бы, коренятся чуть ли не исключительно в силе государства, в строгой обязательности его юридических велений, их формальной определенности, государственной обеспеченности. Именно здесь, в зависимости правовой материи от силы государства видятся во многом истоки характерного для права долженствования.

Но дело-то как раз в том, что логика права, оставаясь в общей "зоне государства" и во многом в своих истоках опираясь на его силу, обнаруживает, и по мере развития права все более и более, особенно в исконных для права сферах, где доминируют два других элемента "троицы" — дозволения и запреты, рассматриваемые в единстве, нечто *свое, самобытное, относящееся именно к праву как особому и уникальному явлению*.

Это "свое", "самобытное" свелось в истории права, в его многосложном развитии к двум противоречивым, парадоксальным тенденциям. К тому, чтобы право неизменно сохраняло связь с государством, со всем безусловно необходимым, что оно дает праву, и одновременно — чтобы был продолжен отмеченный ранее процесс дифференциации (теперь — в сферах, соприкасающихся с политикой), все большего отчуждения права от иных, генетически "родных" для него социальных регуляторов. И чтобы на этом пути происходил как можно более значительный отрыв права от других социальных регуляторов, в том числе (а по ряду отношений и "прежде всего") от власти как таковой, обретение правом своего собственного "суверенного" бытия и развития — такого, когда бы право могло возвыситься над властью и в этой плоскости реализовать свой собственный (непосредственно правовой) потенциал как социального регулятора, свое исконное предназначение.

Поэтому право, упорядочивая, "цивилизуя" государственную деятельность, в конечном итоге, на высокой степени своего развития и само оказывается регулятором высокой социальной значимости, не уступающим, а в ряде отношений *превосходящим регулятивную силу государственной власти как таковой*. Для конкретизации и пояснения только что приведенных соображений — несколько подробнее о власти и праве.

3. Право и власть. Надо сразу заметить, что здесь и дальше понятие "власть" рассматривается в достаточно строгом, а не в широком значении. Понятием "власть" охватываются не все виды господства, в том числе не экономическое и не духовное подчинение людей (которые нередко также именуются "властью"), а только господство в области организации общественных отношений и управления, т. е. господство в значении системы подчинения, при которой воля одних лиц (властвующих) является императивно обязательной для других лиц (подвластных).

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 в указанном выше значении — 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 воле властвующих общеобязательный характер. Наиболее пригодными для осуществления таких целей, наряду с

церковными установлениями (и понятно, карательно-репрессивными "рычагами власти"), оказались как раз законы, учреждения юрисдикции, иные институты позитивного права, которые в этой связи — с немалым ущербом для "суверенности" права и понимания его собственной силы и логики — представляются в качестве всего лишь "элемента государственной власти".

Политическая, государственная власть — и по логике вещей, и по фактам истории, реалиям нашего сегодняшнего бытия — действительно стала таким мощным фактором в обществе, который способен раскрыть возможности, силу и предназначение позитивного права. Политическая, государственная власть как бы по самой своей природе предназначена для того, чтобы давать жизнь позитивному праву и через систему правоохранительных учреждений, институтов юрисдикции обеспечивать строгую и своевременную реализацию юридических норм и принципов.

В рассматриваемой плоскости связь политической, государственной власти с правом — связь органичная (конститутивная), создающая сам феномен права и придающая ему значение реального фактора в публичной 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 всеобщую нормативность, возможность строгой юридической определенности содержания регулирования, с более широких позиций — качество институционности, а в этой связи — публичное признание и общеобязательность;

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 поря-

док их деятельности, что и дает значительные гарантии реализации правовых установлений.

Но вот парадокс — политическая, государственная власть, которая и делает "право правом", в то же время представляет собой явление, в какой-то мере с ним, с правом, несовместимое, выступающее по отношению к праву в виде *противоборствующего, а порой чуждого, остро враждебного фактора*.

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 обладает "рисковыми", коварными, потенциально опасными качествами — тенденциями к "самовозрастанию", к неуправляемой централизации, нетерпимости к любой иной власти. И это создает условия и импульсы для того, чтобы в процессе утверждения и упрочения власти порог социально оправданных величин нередко оказывался 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 силы.

И суть дела не в "хороших" или "плохих" людях, стоящих у власти (хотя отчасти и в них тоже). Суть дела в самой органике власти, ее внутренних закономерностях, их противоречивой и коварной логике (здесь уже в логике власти).

Эти закономерности проистекают, по-видимому, из того обстоятельства, что власть без стремления к посто-

явному 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*.

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, некой 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 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 цивилизаций.

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.

И вот на этом 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 — право.*

Чем это объяснить? Двумя основными причинами.

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 усмотрением<sup>1</sup>.

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.

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 противоборствующего 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.

<sup>1</sup> 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" (см.: Государственное право Германии. Т. 2. М., 1994. С. 185).

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 *умеряет* 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 самоумирение 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 усмирять 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 его 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").

И наконец, 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 объясняется 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 усмирить 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 всемогущему 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 правом в таком обществе, 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, 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 становления 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

**1. Право и мораль (как элементы социального регулирования).** 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.

Более детальная характеристика приведенного положения предполагает развитие и уточнение ряда общетеоретических вопросов. В том числе о дифференцированном подходе при освещении соотношения морали и права, о более основательном освещении, с одной стороны, единства, а с другой — различий между этими взаимосвязанными явлениями социальной действительности.

**2. Аспекты дифференциации.** Характеристика морали в ее соотношении с правом требует в первую очередь того, чтобы с необходимой строгостью различать те или иные стороны и внутренние подразделения рассматриваемых явлений. Иначе — ориентировка на одну лишь, нередко абсолютизированную их сторону лишает возмож-

ности выработать обобщенные характеристики, необходимые для последовательно научных разработок.

Прежде всего следует держать в памяти то своеобразное, что характерно для двух близких, частично перекрещивающихся категорий — *морали* и *нравственности*. С позиций юридической догматики, казалось бы, для правовой науки преимущественное внимание должно быть обращено непосредственно на нравственность (она, освещающая "нравы", сосредоточена на самих этических категориях: справедливость, добро, зло и др.). Однако при нацеленности на рассмотрение современного права, все более связывающего свое бытие с автономной личностью, ее внутренним миром, на первый план выступает мораль, *которая* через "эгоцентризм", "мое телесное"<sup>1</sup> выводит философско-правовой анализ на плоскость жизненных реалий, весьма значимых для права на современной стадии развития общества.

В самой же морали представляется крайне существенным различать ее *уровни* (причем так, что уровень вовсе не предопределяет большую или меньшую значимость морали *для* права; соотношение здесь, как мы увидим, нередко парадоксальное, обратное очевидному).

В морали решающее значение имеет уровень элементарных моральных (нравственных) требований, императивов, максим, заповедей<sup>2</sup>. Ядром их в обществах с христианской культурой являются Христовы заповеди-откровения, сконцентрировавшие в предельно кратких формулах сокровенные ценности истинно духовной человечности.

Как это ни покажется странным, настороженное, а в чем-то и критическое отношение должны вызывать моральные ценности и идеалы, часто получающие религиозную или иную идеологическую интерпретацию и соответствующую оценку в качестве "высоких", "высших"; такие как Спасение, Освобождение от зла, Всеобщее

<sup>1</sup> *Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 14.

<sup>2</sup> Там же. С. 15—16. Автор замечает: "Моральные заповеди — это категорические, или безусловные, императивы, прямо выражающие значение нормы или имплицитно имеющие к ним отношение" (С. 16).

счастье, иные, порой мессианские определения. Их соотношение с правом — острая проблема, требующая более подробного разбора и "выхода" на действительно высшие моральные ценности и идеалы (об этом — дальше).

Необходимо держать в поле зрения и *дифференциацию в праве*, своеобразии его структурных подразделений.

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, ближайшим 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 по-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-ка-

рательных 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 первоначальных, 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).

**3. Вопросы единства морали и права.** С точки зрения общей системы ценностей, сложившейся в современном обществе, право должно отвечать требованиям морали<sup>1</sup>. 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?

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

<sup>1</sup> 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" (см.: Туманов В. А. Правовой нигилизм в историко-идеологическом ракурсе // Государство и право. 1993. № 3. С. 68).

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 основа-

нии 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 виду 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 обусловлен-

ность 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 счастьее 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. 2].

**4. Существенные различия.** При всем глубоком 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.

Три характерные черты, отличающие мораль и право, являются наиболее существенными:

*во-первых*, мораль целеустремлена на то, чтобы идеалы справедливости, добра, иные моральные требования воздействовали на человека преимущественно *изнутри*, через его сознание, его духовный мир, при помощи стимулов сознания и общественного мнения. Право же — преимущественно регулятор *внешний*, он призван регламентировать людские, поступки в сфере внешних, практических отношений. Причем главным образом путем установления формально-определенных, писаных норм, содержащихся в законах, иных нормативно-обязательных документах и формах, поддерживаемых властью;

*во-вторых*, мораль — это область *чистого сознания*, замкнутая на духовной жизни людей и не требующая обязательного внешнего, объективированного выражения (хотя закрепление моральных требований в известных документах, прежде всего религиозных писаниях, канонах, усиливает силу их воздействия). Право же — *институционный* регулятор; оно в развитом обществе выступает как *писаное право*, входящее в жизнь общества в

виде объективированной реальности, устойчивой догмы, всей системы правовых средств, не зависящей от чьего-либо усмотрения (что является предпосылкой самой возможности стабилизирующего действия права — предпосылкой законности);

*в-третьих*, содержание морали ближайшим образом сосредоточено 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 ударение. И это важно, помимо иных причин, потому, что широко распространено и порой считается чуть ли не аксиоматичным, 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 не в чем ином, как 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 использу-

ет — 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, напомним — 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 регулирования 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 дифференци-

руются, 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 взаимодополняемость.

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, 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 возвеличивающая 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 есте-

ственной и надежной обителью прав, а второе (мораль) — 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 всеильного 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"<sup>1</sup>.

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 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 упорядочивается властно-принудительная де-

<sup>1</sup> Ершов Ю. Г. Философия права (материалы лекций). Екатеринбург 1995. С. 30.

тельность 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 — признание приоритета и доминирование 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) могут 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 "принудительного требования реализации определенного минимального добра"<sup>1</sup>, определенного "минимума нравственности"<sup>2</sup>.

Нетрудно заметить, что в данном случае сама формула права как "минимума 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 (как выражения минимального добра), "права на достойное существование"<sup>3</sup>.

Уже в ту пору, когда увидели свет приведенные суждения, они встретили серьезные возражения у правоведов либеральной ориентации.

<sup>1</sup> Соловьев В. С. Собр. соч. М., 1988. Т. 1. С. 450.

<sup>2</sup> Там же. Т. VII. С. 382, 509—522.

<sup>3</sup> При характеристике этого "права" В. С. 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" (Там же. С. 355) — положения, невольно вызывающие ассоциации с константинопольскими записями (и это, как мы увидим, вполне объяснимо) сталинского времени.

И это вполне обоснованно. 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 отметить подмеченное русскими правоведами единство между идеями католической теократии и государственного социализма<sup>1</sup>, 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 правоведы, 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, бесправия личности.

<sup>1</sup> См.: Чичерин Б. Н. Вопросы политики. М., 1905. С. 114.

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*"<sup>1</sup>.

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, взаимодополняемость 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, взаимодополняемость и взаимодействие морали и права не *должны* приводить к подмене одного другим, когда разрушается целостное и одновременно 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 са-

<sup>1</sup> Франц А. Б. Мораль и власть // Философские науки. 1992. № 3. С. 11.

мостоятельную, "суверенную" трактовку и обоснование, и одновременно его понимание 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].

## § 5. Ступени "восхождения" права. Эпохи права

**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 "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.

Именно с данной стороны позитивное право, оставаясь все время мощным социальным регулятором, "силовым" инструментом, 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, о "ступенях" на пути такого цивилизационного восхождения.

**2. "Восхождение" права.** С учетом двух "измерений" права могут быть выделены ступени позитивного права,

стадии его "восхождения", когда с переходом со ступеньки на ступеньку растут 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.

С этой точки зрения 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 предполагает необходимость четкого определения тех критериев, на основании которых выделяются известные ступени.

С рассматриваемых позиций представляется привлекательным высказанный сравнительно недавно взгляд, в соответствии с которым следует выделять в историческом плане три группы правовых систем: во-первых, сословное право, во-вторых, формальное (абстрактно равное) право и, в-третьих, социальное право (последнее, по мысли автора, сохраняет общечеловеческие ценности равного права, но преодолевает "формализм буржуазного права при помощи общегосударственной системы гарантий, особенно же льгот и правовых преимуществ для социально обездоленных слоев общества"<sup>1</sup>).

По ряду пунктов постановка таким образом вопроса о развитии права заслуживает внимания. Вместе с тем следует заметить, что момент равенства, которому в приведенной классификации придано решающее значение, требует уточнения в двух отношениях:

во-первых, он должен получить строго юридическую интерпретацию и тогда, за исключением некоторых правовых принципов (таких как равенство всех перед законом и судом), он находит свою жизнь в юридической области в начале равновесности, в особенностях права как "равной меры";

во-вторых, момент равенства приобретает, как и в иных сферах жизни, основательный социальный смысл лишь тогда, когда он рассматривается в контексте сущности права, которое реализует основную цель цивилизации, в современных условиях — цивилизаций последовательно демократического, либерального типа, обеспечивая свободу человека, утверждение его достоинства и неотъемлемых прав.

Таким образом, при рассмотрении развития права, ступеней его "восхождения" оказывается необходимым

<sup>1</sup> Лейст О. Э. Сущность и исторические типы права // Ковского университета. Сер. 11. Право. 1992. С. 4 и ел.

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 правового прогресса должны быть характерны праву 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. 11. 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. Таким образом, хотя обозначению указанных стадий характерен известный метафорический оттенок (повидимому, неизбежный при рассмотрении явлений и процессов, не освоенных в достаточной мере наукой), главное здесь — само содержание, логика развития позитивного права, начиная с той стадии (право сильного), когда лишь зарождались некоторые начальные элементы позитивного права.

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*<sup>1</sup>.

Обратимся теперь к краткой характеристике указанных четырех ступеней права, рассматриваемых с точки зрения присущего им гуманитарного содержания.

**П р а в о с и л ь н о г о** — это по своему источнику и первым фазам своего развития еще *доцивилизационная* стадия (во многом — с доминированием биологических, зоологических компонентов). О ней приходится гово-

<sup>1</sup> 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.: БЕК, 1995. С. 126 и ел.), 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.

ритель 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.

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 сохраняется и удерживается 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 действительного или воображаемого конкурента и целеустремлены на утверждение безусловного и беспредельного господства победителя (то "право войны", которое нет-нет да прорывается и в нынешнее время, в, казалось бы, 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.

**Право власти** — это позитивное право более развитых ступеней цивилизации, когда в обществе все более утверждается светская власть (феодалное обще-

ство 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 монополично 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, приобретая, наряду с "повышенной", освящаемой 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 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 и насилия над людьми.

Конечно, категорию права власти не следует трактовать упрощенно. В юридических системах, которые можно отнести к рассматриваемой категории, значительное место — пожалуй, со времен позднего 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.

Одно из 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, — это последствие идеологического характера (таких 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*, то есть представления 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. 3. 2]), связываются с философией юридического этатизма, препятствующего постижению исторического предназначения и истинной ценности права в жизни людей<sup>1</sup>.

**П р а в о г о с у д а р с т в а .** В обществе, в котором утверждаются 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, ра-

<sup>1</sup> См.: Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. М.: Наука, 1971. С. 161 и ел.

ботающую силу в политической жизни, другое, государство, — всеобщее территориально-институциональное, 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.

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, пре-

пятствовать заложенным в ней потенциям к неограниченному властвованию, диктатуре, произвольным действиям.

И вот в обстановке, когда власть при помощи указанных механизмов становится "умиренной", 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 преобладающим 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 реализуется и обосновывается теми же самыми формами и началами, которые предназначены для демократического умирения власти, прежде всего конституционным началом — "волей наро-

да", 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. В праве еще не оказалось таких элементов, которые в конечном счете оказались бы независимыми от власти, ее изолированного, прикрытого юридическими формами произвола.

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 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 "самых" 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 "претензию на роль равноправной с государством державы с правом суверенитета на некоторой собственной территории"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 309—310.

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 соответствии 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.

Таковы основные ступени гуманитарной истории права, когда оно движется 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), на каждой из них, 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.

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-й и последующие годы), увы, подтверждают сложность и противоречивость происходящих здесь процессов, в том числе тенденцию, состоящую как раз в доминировании права власти, да притом с той еще российской спецификой, которая выражена в феномене "византийского права".

Только утверждение права гражданского общества 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.** Представление о ступенях восхождения права (с гуманитарных позиций) позволяет определить его главные исторические *эпохи*.

Вопрос о категории, которая в данной работе названа "эпохи права", непрост, 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 в научном обиходе большой сложности — путем обоснования этой 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 акценты 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 для юридической науки значение 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 оправданно в отношении *юридических типов* — основных, классических семей юридических систем [П. 6. 2],

Тем не менее существуют весомые основания полагать, что есть альтернатива понятию "исторический тип",

которое имеет существенное общетеоретическое значение. Это понятие — "*историческая эпоха права*". Оно, можно предположить, призвано отразить *основные, если угодно, глобальные стадии в развитии "самого" права* 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 общественной 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 дозволительному (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).

## Глава седьмая Правовая материя

### § 1. Правовая материя: особенности, элементы, методологические подходы

**1. Постановка проблемы.** Право как явление цивилизации — образование сложное, многогранное (со своими "ипостасями", "измерениями"), когда в его существовании и действии немалую роль играют духовные начала, моральные принципы, прямые интеллектуальные "включения". То есть те его характеристики, которые, при всей их важности (порой даже изначальности) сами

по себе не образуют его "вещество" и не могут получить математически точной констатации, строго научной интерпретации в качестве *материи*.

Между тем, коль скоро в научном исследовании взят курс на рассмотрение права как объективной реальности, т. е. такой же, как и в любой действительной науке, основой научного исследования должно стать именно "вещество", "тело" права, его *corpus juris* — особая, во многом "невидимая" социальная реальность, выражающая структурированность права, "юридическую организацию" его содержания. И это как раз именно то, что общим образом может быть названо *правовой материей*.

**2. "Догма права" и "правовая материя": соотношение.** Что же образует правовую материю?

*Предельно точно отвечает характеристикам, вытекающим из понятия "правовая материя", догма права.* В этой связи нет ничего удивительного в том обстоятельстве (которое современными авторами по большей части игнорируется или трактуется в сугубо историческом ракурсе), что именно догма права представляет собой важнейшую основу юридических знаний вообще. Тем более что в юридической догме центральное звено, своего рода фокус — это юридические нормы; все другое, иные юридические явления — и источники права (законы), и действие права — жестко, императивно "привязаны" к нормам, трактуются в качестве "формы" юридических норм или их реализации. Такой нормативно-аналитический подход к праву, раскрывая важнейшую сторону материи права, принципиально значим как в научном, так и в практическом отношениях. Именно юридические нормы, тем более нормы, выраженные в законе (кодексах), концентрируют важнейшие особенности права как такой реальности (догмы), с которой имеют дело юристы, все люди, соприкасающиеся с правовыми вопросами.

При таком (нормативном, формально-юридическом) взгляде на право можно с формально-логической сторо-

ны разобраться с основными тонкостями юридической материи, со многими практически важными вопросами — классификациями юридических норм, их построением, формами их закрепления, практического применения, толкования. Словом, всем тем, что образует первичные юридические знания, необходимые для юридической практики и правового обучения, выработки первичных, азбучных знаний о праве и законе, и дает отправные точки для философского осмысления права (потому-то на материалах догмы права и стало возможным проводить довольно продуктивные философские разработки).

И все же, как мы видели, при попытках более основательного, углубленного анализа позитивного права на основе новейших философских данных оказывается, что, так сказать, "фактура права" не может быть сведена к одним только юридическим нормам, даже при всем их многообразии и формах проявления — источникам права, его действию, применению.

Причем речь идет не о более глубоких социальных явлениях (выраженных "в" нормах или находящихся "за" или "рядом" с ними — свободе, справедливости и т. д., тут особый, метаюридический, философский подход), а о самой юридической материи, ее научной проработке с использованием современных философских данных. Такой же вывод вытекает при рассмотрении права с позиций современных представлений об обществе и цивилизации. И тут — притом уже в новом науковедческом ракурсе — оказывается, что и требования (императивы) цивилизации предполагают более широкий подход к правовым явлениям, не сводимый только к нормативной регуляции общественных отношений.

Значит, при всем значении юридических норм, необходимо "освободиться" от того, чтобы все правовые явления трактовались только под углом зрения норм (что характерно для юридической догматики), и рассматривать правовые явления как таковые, в их собственной плоти.

Рассмотрение права как явления цивилизации вывело на основную категорию, которая позволяет с широких позиций рассматривать правовые явления. Эта категория — *правовые средства* — категориальная основа инструментальной концепции права.

**3. Правовые средства — ключ к новым подходам к праву.** Выражение "правовые средства" применяется не только в популярных публикациях (дабы упростить усложненный юридический язык), но в последнее время довольно широко используется в юридической науке, утверждается в юридической лексике.

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 снижается (оно подспудно низводится до положения некоего "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 значимость<sup>1</sup>. Нужно только не упускать из поля зрения того, что перед нами всего лишь некоторые образные выражения, фразеологический 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 (инструменталь-*

<sup>1</sup> См.: *Белых В. С.* Сущность права: в поисках новых теорий или "консерватизм" старого мышления // *Российский юридический журнал.* 1993. №2. С. 53.

ный) *подход к праву*. Такой подход, когда рассмотрение юридических вопросов опирается на юридическую догму и вместе с тем выходит за ее пределы, охватывая *юридическую материю в целом*, 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 отношениях.

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.

Следовательно, здесь меняются подходы к праву — *метод его рассмотрения*, при котором позитивное право как бы "обнажается целиком", открывается путь к его закоулкам и тайникам, 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.

**4. 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" — 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 обязывания, 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".

Хотя правовые средства есть явления субстанциональные, в них, в самом их бытии присутствует 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*<sup>1</sup>. С правовых средств (их необходимости при наличии правовых ситуаций) право в *своем реальном регулятивном назначении начинается*. Из правовых средств (разного содержания, уровня) и *складывается вся правовая материя* — "тело" права.

**5. 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 реально "увидеть", "взять в руки". Но такой, чуть ли не вещественный облик право, как это было отмечено ранее [Ш. 5. 2], имеет только со стороны своей внешней формы, т. е. со стороны своих источников — законов, иных документов, знаков и символов. Но суть 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.

<sup>1</sup> 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.

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, организацию его содержания с сугубо юридической стороны<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 повнимательней приглядеться к любым жизненным случаям, требующим решения на основании юридических норм, как 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), 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 необходимым 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 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.

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*.

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 как институционному образованию *необходимую 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 [Ш. 5. 4]). В том, что еще римские юристы обозначали как "бестелесная вещь"<sup>1</sup>.

**6. 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 основательным 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

<sup>1</sup> См.: Мурзин Д. В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. М.: Статут, 1998. С. 67—68.

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 разработаны в соответствии с данными юридической культуры (отражающими в основном достижения римского частного права) основные логически строгие юридические понятия, категории европейской юридической науки. По-

нятия, категории, которые в свою очередь со временем получают закрепление в нормах закона<sup>1</sup>.

Теперь о своеобразии правовой материи ("вещества" права) в *юридических системах общего, precedente-ного права (common law)*. Здесь тоже есть "зримые"

<sup>1</sup> 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 заидеологизованного 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 англо-американской 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 в значительной степени континентальную Европу и уже в той или иной степени имевшей соответствующие правовые традиции.

знаки — определенные внешние формы, выраженные, в частности, в писаных 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), 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 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)"<sup>1</sup>.

"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 формируются системные структурные подразделения (договорное право, наследственное право и др.), складываются юридические конструкции.<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 405.

При этом примечательно, что нередко показателями такого рода объективно существующей структурированности являются не результаты кодификации, иной официальной правотворческой систематизации, а сам факт неофициальной систематизации, которая раскрывает "реальную упорядоченность" 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 актов"<sup>1</sup>. 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 человека<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т.1. С. 297.

<sup>2</sup>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 на чалами, 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 идея конфуцианства (китайское право, традиционное японское право, во многом право Кореи, Индонезии и др.), внешне выражаются в основном в публичных законах — уголовных, административных, а вопросы

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;*

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.*

Таким образом, своеобразие правовых средств в системах общего, прецедентного права отличается тем, что

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, которые 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 старорабский 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 правоведов, 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.

в ней судебные решения непосредственно (помимо норм закона, иных писаных форм объективизации) раскрывают свою суть регулирующего фактора, имеющего нормативный характер<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> В связи с особенностями общего, прецедентного права уместно заметить, что самобытный 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 продвигаться 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.

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 указанных 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.

Вырабатываемые же в этих целях судами идеи и принципы регулирования в виде прецедентов (юридических норм) *сразу же, напрямую* входят в содержание действующей юридической системы<sup>1</sup>.

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 первоизданном 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.

<sup>1</sup> Тут нужны некоторые пояснения.

Рассматривая особенности правовых средств данной семьи юридических систем, необходимо прежде всего преодолеть упрощенное, пожалуй, примитивное понимание прецедентного права, когда его сущность и значение сводятся всего лишь к тому в общем-то очевидно-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, бытующее в английской доктрине, *stare desisis* — *мнение нормообразующего характера*.

Но и это еще не все.

Общее, прецедентное право (*common law*) — это не просто некая 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 не посредственный регулятивный характер. 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".

## § 2. Правовые ситуации

**1. Понятие "правовая ситуация".** Исходный пункт при рассмотрении права с точки зрения "правовых средств" — это *правовые ситуации*.

В науке при объяснении права, его сути и причин "появления на свет" (здесь и дальше, напомним, речь идет о позитивном праве) в контексте тех или иных теоретических доктрин выделяются различные факторы из числа тех, которые сложились и приобрели существенное значение в условиях цивилизации. Такие как политическая власть, частная собственность, рыночная экономика, научно-техническое развитие, а также под углом некоторых мировоззренческих доктрин — классы и классы-антагонизмы, социальное регулирование как обобщающая категория. Словом, факторы и категории, относящиеся к фундаментальным устоям существования и

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 *такое*, во многом является *неписаным*, 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 писаных 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*.

функционирования человечества, человеческой цивилизации.

Все эти факторы и категории и ряд других, такого же основательного значения, действительно, должны быть приняты во внимание при ответе на вопросы — *что* и *как* вызвало к жизни позитивное право в условиях, когда существуют иные действенные способы социальной регуляции, способные упорядочивать поведение людей, — мораль, обычаи, традиции, корпоративные правила. Указанные факторы и категории в той или иной мере рассмотрены в предшествующем изложении под углом зрения ближайшей предосновы позитивного права, названной "императивами цивилизации".

Но все же при всей важности указанных факторов и категорий необходимо под углом зрения концепции правовых средств вычленить и сосредоточить внимание на *исходном и вместе с тем предельно простом пункте*, показывающем, с каких реальных обстоятельств в мире конкретных явлений и процессов юридическое регулирование *начинается*. Том пункте, который с высот философских и общенаучных доктрин спускает нас "на землю", на *почву действующего* права, и без учета которого объяснить феномен права и, в особенности, своеобразие и "фактуру" правовой материи, со строго научных позиций совершенно невозможно. Это — *ситуации, требующие права (правового решения)*, сокращенно — "правовые ситуации"<sup>79</sup>.

Правовые ситуации по своим внешним характеристикам и с точки зрения традиционного понятийного аппарата юриспруденции, в центре 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 рассматри-

вать проблему с точки зрения различных юридических систем и 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 по данной проблеме было бы единственным и окончательным в данном сообществе, "ставило бы точку" в вопросе о *правомерном гизи 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, государственно-властными, публично-правовыми последствиями).

Вот простейшие примеры. Если представить жизненные обстоятельства из обыденной 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-землевладельцу; выяснилось, что вещь, принадлежащая одному человеку, оказалась в обладании другого сообщинника 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, значит, 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, особый "поворот" в делах и событиях. То есть 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".

Как правило, это *конфликт ИЛИ* положение во взаимоотношениях людей, *грозящее конфликтом*, с внешней стороны — *спор*, сшибка интересов, соперничество мнений и намерений. Причем в условиях цивилизации, когда волей и страстями людей начинают руководить жесткие индивидуальные интересы, особенно те, которые выражают императивы власти, собственности и идеологии, такого рода конфликтные ситуации становятся *постоянно существующей средой*. Теми, по словам Иммануила Канта, проявлениями "необщительной общительности", "постоянного антагонизма" и "раздора", которые выражаются в соперничестве, состязании, конкуренции и которые, нередко выплескиваясь в разрушительных проявлениях, в то же время имеют значение, как это ни поразительно, незаменимого стимула активности и энергии — основы общественного прогресса<sup>1</sup>.

А так как подобные конфликтные ситуации, даже при известных положительных своих характеристиках, неотделимы от каких-то реальных или потенциальных свойств "раздора", "постоянного антагонизма", здесь, при решении таких ситуаций, нет альтернативы тому, чтобы

<sup>1</sup> Эта проблема подробнее будет рассмотрена в третьей части книги [III. 11. 1]. И все же, забегая вперед, не могу не привести удивительные по точности и глубине проникновения в суть вещей слова философа: "Не будь этих, хотя и непривлекательных самих по себе свойств необщительности, порождающих сопротивление, на которые каждый неизбежно должен натолкнуться в своих корыстолюбивых притязаниях, живи люди (внимание! — С. А), как аркадские пастухи в условиях полного согласия, довольства и взаимной любви, — все таланты остались бы навсегда скрытыми в зародыше; люди, столь же кроткие, как овцы, которых они пасут, вряд ли сделали бы свое существование более достойным, чем жизнь их домашних животных..." И Кант восклицает в этой связи: "... 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 состояния нерадивости и бездельного довольства и окунулся в работу и трудности" (см.: *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. I. М., 1994. С. 93).

решение конфликтной ситуации имело обоснованный и вместе с тем твердый, определенный по всем позициям, окончательный, неизменный на "сейчас" и будущее и, что особо существенно, предельно надежный, гарантированный характер. То есть характер *правовой*, освященный и поддерживаемый авторитетом и силой самого мощного в обществе института — *авторитетом и силой государственной власти (государства)*.

**2. Правовая суть жизненных ситуаций.** Таким образом, даже в отдельных фрагментах действительности, в ситуациях, предопределяющих необходимость сугубо юридического 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, губительными 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.

Надо полагать, что по данному кругу вопросов весьма глубокими, основательными являются суждения О. Шпенглера, считающего, что в юридической области самое главное, глубинное, что может быть отнесено к праву, *"подразумевается... само собой"*. По его словам, "самое существенное *всякое право предполагает* (здесь и

далее курсив мой. — С. А.), этого не оговаривая; право обращено к людям, а люди и *помимо статутів внутреним образом понимают* то, о чем нет нужды говорить, понимают именно в силу этого и прекрасно себе представляют, как им пользоваться". Вот почему, и это соответствует воззрениям автора этих строк, "всякое право есть по преимуществу обычное право..."<sup>1</sup>.

### 3. Правовая ситуация как исходное звено права.

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 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 закреплен 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 сис-

темах континентальной Европы (романо-германское 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.

## § 3. Основные правовые средства

**1. Первичные элементы.** 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 правовых явлений, весь их комплекс, в своем единстве образующих позитивное право, вырисовывается по законам строгой *логики*.

При этом, однако, нужно различать, во-первых, *логику формирования права*, неумолимо действующую во всех регионах и уголках нашей планеты, где утвердился и начал развиваться человеческий род и он стал входить в условия развивающейся цивилизации, а во-вторых, *логику бытия права, его строения*.

<sup>1</sup> Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2, С. 85.

Вслед за отправным звеном — правовой ситуацией, в логической цепи ф о р м и р о в а н и я права его *центральной* звеном становится *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.), выносятся решения о выплате компенсации за причиненную смерть или увечье, об обязанности скотовода возместить ущерб землевладельцу, о признании собственности за тем или иным лицом и т. д.

При этом решения ситуации для сообщества людей, даже для такого, которое только-только выходит из первобытного состояния, в новых, наступающих "цивилизационных" условиях должны быть (коль скоро речь идет о позитивном праве) решениями, которые вносят 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.

Итак, перед нами *второй* первичный элемент "правовой материи" — *решение юридического дела*<sup>1</sup>, точ-

<sup>1</sup> Представляется важным сразу же обратить внимание на то, что в противовес характеризуемой "логикой первичных элементов" в общей теории права в аналитическом ее понимании (когда, напоминая, "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 не исходного звена, а в виде завершающего элемента правовой материи, выражающего "применение права". Поскольку речь идет о сложившихся, тем более развитых юридических системах (особенно системах, построенных на "законе"), и в такого рода утвердившейся в аналитической юриспруденции последовательности правовых явлений, конечно же, также есть логика — *логика формальная, 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.

нее, *акт* решения (в смысле резульативного действия правителя, суда, иного компетентного учреждения или лица), разрешающего в соответствии с требованиями права данную жизненную ситуацию.

А вслед за "решением" и в нераздельном единении с ним может быть определен и следующий, по логике формирования права *третий* первичный элемент "правовой материи". Это как раз и есть *правовое средство*.

Да такой вот тут "поворот событий". По логике формирования права — это третий элемент, а по логике бытия, строения права, самого его существования и действия — это элемент, образующий само "правовое тело", специфическое "вещество" права. Из правовых средств и складывается содержание позитивного права, отвечающее потребностям общества, названным ранее "императивами цивилизации" (твердости, определенности по содержанию, надежной государственной гарантированности), и позволяющее при решении жизненных ситуаций "поставить точку" — раз и навсегда, на властной, государственной основе окончательно и в единственном для данного сообщества варианте разрешить данную ситуацию и фактически реализовать принятое решение.

## 2. Правовые средства как элементы материи права.

Итак, как только позитивное право начинает рассматриваться под углом зрения указанной общей и универсальной категории "правовые средства", так сразу же обнаруживаются изначальные особенности правовой материи — *первичные правовые средства*.

Здесь нужно, разумеется, еще раз сказать — да, в более или менее развитой юридической системе решающие, ключевые функции несут юридические нормы. Но все же вспомним, при широком подходе к праву, когда в поле зрения исследователя оказываются все "частицы" правовой материи, главное, что характеризует "тело", "вещество" права, это его *слитность с формой*, с формой внешней (так сказать, в знаковом, информационном, "видимом" отношении) и главным образом — с формой

внутренней, характеризующей *юридическую организацию* содержания, его *особую правовую структурированность*. А это уже *не только* юридические нормы и даже, в историческом отношении, не нормы *прежде всего*.

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, например, объявить то или иное лицо виновным и ответственным за известные поступки, признать человека владельцем (собственником) имущества, вернуть 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., и т. п.

На первый взгляд, правовые средства, содержащиеся в решениях тех или иных юридических дел (в особенности, если рассматривать начальные фазы формирования права), представляют собой некое множество разнообразных и разнохарактерных мер принудительного порядка.

Несмотря на такого рода разнообразие и даже разнорядковость принудительных мер, которые представляют собой правовые средства, уже правоведами Древнего Рима 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*).

В последующем, в ходе развития практической юриспруденции и связанной с ее потребностями необходимостью точных научных обобщений стали со все большей определенностью вырисовываться некоторые более общие,

"юридически чистые" и "юридически контрастные", по сути — фундаментальные категории, суммирующие разнообразные юридические средства.

И вот в конце концов оказалось, что наиболее общим образом, как выясняется на современном уровне юридических знаний, правовые средства в области юридического регулирования существуют в виде проявлений (нередко весьма своеобразных, модифицированных) нашей "*троицы*". Именно той "*троицы*", которая при анализе догмы права — видов юридических норм, форм реализации права и т. д. (даже при сугубо нормативном подходе к праву и аналитическом его истолковании) то и дело на различных участках юридической догмы дает о себе знать в качестве высокозначимого пласта правовой материи. Это — *позитивные обязывания<sup>1</sup>, запрещения, дозволения*.

**3. "Троица" — глубинные элементы правовой материи.** Чем же можно объяснить определяющее значение этой "*троицы*" в правовой материи? Тем, что она предопределяет деление регулятивных юридических норм на три основные группы — обязывающие, запрещающие, управомочивающие? И что от нее, этой вездесущей "*троицы*", зависит деление форм реализации права также на три разновидности — "исполнение", "соблюдение", "использование" и так далее? И что это вообще такое (как юридические категории) — позитивные обязывания, запреты, дозволения? Ведь они не могут быть подведены ни под одно из понятий, выделяемых аналитической юриспруденцией, хотя *со* всеми ними тесно связаны и в них выражены. Они — *ни* нормы права, *ни* правоотношения, *ни* юридические факты, *ни* элементы юридической техники.

Позитивные обязывания, запреты, дозволения действительно не подпадают ни под один из элементов дог-

<sup>1</sup> "Позитивными" обязывания в данном случае названы потому, что запреты — тоже обязывания; здесь же имеется в виду лишь обязанность к активному поведению (что-то сделать, уплатить и т. д.).

мы права. Но это происходит не потому, что они не принадлежат к правовой материи, а потому, что они относятся к *более глубокому ее слою*, который *дает о себе знать при детальном ее анализе под углом зрения правовых средств, их структурных и "механизменных" особенностей, в процессе действия права, в правовом регулировании*. Потому-то, кстати сказать, они до последнего времени, притом вполне обоснованно, рассматриваются в качестве *способов правового регулирования*, т. е. путей юридического воздействия, которые выражены в юридических нормах, в других элементах правовой системы.

В то же время нужно иметь в виду, что позитивные обязывания, запреты, дозволения, так же, как и юридические нормы, правоотношения — все то, что может быть названо "правовыми средствами", хотя и выполняют функции способов регулирования, но по своей сути носят, как мы видели, *субстанциональный* характер, образуют "вещество", "тело", "материю" права как объективной реальности. С той лишь существенной разницей, что они относятся к глубинам правовой материи, образуют, как уже отмечалось, *протоматерию, протовещество* — тот первичный, исходный материал, который так или иначе проявляется в различных юридических классификациях и из которого складываются основные конструктивные построения позитивного права, типы регулирования.

Это наглядно проявляется при характеристике отраслей права. Конечно, решающее значение для разграничения отраслей права имеют характерный для них правовой режим, методы централизованного или децентрализованного регулирования. Вместе с тем деление права на отрасли во многом зависит и от комбинации первичных элементов (способов) регулирования, которые характерны для той или иной отрасли права и которые, надо добавить, концентрированно выражаются в отраслевых методах и режимах регулирования.

Для отраслевых методов, где доминирует централизованное регулирование (административное право, финансовое право, уголовное право и др.), относящихся в

основном к публичному праву, в комбинации указанных трех элементов превалируют позитивные обязывание и запрещение; в отраслевых же методах, выражающих диспозитивное начало (гражданское право, семейное право, трудовое право и др.), относящихся в основном к частному праву, превалирует дозволение<sup>1</sup>.

Вот и получилось то, что может быть зафиксировано в данный момент. Поставив задачу рассмотреть специфическую логику права, мы, казалось бы, неожиданно встретились с самыми что ни на есть "первичными" элементами правовой материи. С теми элементами, которые обнаружили себя при характеристике догмы права, являются "первичными" при решении любого юридического дела, а теперь оказываются такими, которые относятся к самым глубинам юридической материи (даже, как уже отмечалось, образуют самые глубины того "вещества", из которого состоит позитивное право).

И здесь еще одно соображение. Позитивные обязывания, запреты, дозволения (всю эту "троицу") можно рассматривать как *суммирование* и в этом смысле как известное *обобщение* разнообразных мер, имеющих характер правовых средств. Но в действительности это та-

<sup>1</sup> На значение позитивного обязывания, дозволения и запрещения для характеристики методов правового регулирования в свое время, независимо друг от друга, обратили внимание В. Ф. Яковлев и В. Д. Сорокин (см.: Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972; Сорокин В. Д. Административно-процессуальное право. М., 1972).

Однако, в отличие от В. Ф. Яковлева, В. Д. Сорокин не связывал конструируемые им методы со структурой права, с юридическим своеобразием ее главных подразделений — отраслей. Такая позиция, получившая развитие в другой книге автора — "Метод правового регулирования (теоретические проблемы)" (М., 1976), характеризуется недооценкой "субстанциональности" позитивных обязываний, запретов, дозволений, их значения в правовой действительности. Справедливые соображения по этому поводу высказаны Л. С. Явичем (см.: Явич Л. С. Общая теория права. С. 130) и С. Н. Братусем (см.: Система советского законодательства / Под ред. И. С. Самощенко. М., 1980. С. 46—47).

В последнее время В. Ф. Яковлевым с опорой на современное российское гражданское законодательство высказаны новые развернутые соображения о дозволильной природе гражданского права (см.: Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право. М., 2000. С. 136 и ел.).

кие "обобщения" (факт в высшей степени знаменательный, высоко значимый для понимания права как чистого права и как явления разума! [Ш. 13. 2]), которые *реально существуют в глубинах всей системы правовых средств, в недрах самого "тела" права.*

Таким образом, позитивные обязывания, запрещения, дозволения, в силу только что указанного их места в материи права являются не только первичными, но и **основными, фундаментальными** 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 обязываниям, дозволениям.

И вот здесь представляется важным обратить внимание на то, что эти первичные средства регуляции, выраженные в позитивных обязываниях, запретах, дозволениях, характеризуют *юридическую организацию (внутреннюю форму)* содержания права и в силу этого *получают в праве специфическое ("юридическое") выражение.* Это значит, что они существуют в особых построениях, в цепочке правовых средств, которые уже сами по себе характеризуют глубинные начала права, его особую, юридическую логику. В том числе позволяют уже на первичном уровне регуляции увидеть то обстоятельство, что они относятся к первичным элементам именно *права.*

Так, запрещения, которые в первобытном обществе 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* (принадлежащими другим лицам и призванными обеспечить соблюдение запретов) и 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 немислимы 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).

И вот — внимание! — наиболее впечатляющее, что характеризует рассматриваемую "троицу" как юридическое явление, заключается в том, что здесь, пусть и с разным значением, существенное место в указанных юридических построениях неизменно во всех случаях занимают *права* лиц.

Выходит, разбор анатомии первичных юридических средств точка в точку совпадает с общими представлениями о праве. Даже начальные слои юридической материи, построенные на первичных элементах — позитивных обязываниях, запрещениях, дозволениях объясняют не только этимологию слова "право", но и то обстоятельство, что юридическая материя даже в своих начальных звеньях существует и действует по своим "законам", своей особой юридической логике.

**4. Общие дозволения и общие запреты.** Особое место в составе основных правовых средств занимают *общие* юридические дозволения и *общие* юридические запреты. Они отражены в двух широко известных формулах (более подробный разговор о них впереди): первая — "*дозволено все, кроме запрещенного законом*", вторая — "*запрещено все, кроме дозволенного законом*" (другая интерпретация второй из приведенных формул — "*дозволено только то, что разрешено законом*").

Сразу же нужно отметить главное: "общее" применительно к запретам и дозволениям понимается в том

смысле, что соответствующее нормативное положение является *исходным и направляющим правовым началом* 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 характер<sup>1</sup>.

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 изначальное, относящееся к "праву народов", и даже такое, что органически связано с понятием "мир".

<sup>1</sup> 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.

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 XIV, фрагмент 1).

В современных условиях, судя по всему, общие дозволения и общие запреты наиболее часто встречаются и, следовательно, с наибольшей вероятностью могут быть найдены там, где: а) право прямо "выходит" на права и обязанности, прямо опосредствует поведение людей через дозволения и запреты; б) существует необходимость воплотить в самом регулировании его социально-политические, нравственные начала, его направленность — дозволительную или запретительную.

Выполняя функцию общих регулирующих начал, общие дозволения (именно дозволения!) могут непосредственно порождать юридические последствия как таковые, 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 поведение<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Но вот общие запреты (именно запреты!) непосредственно не могут 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).

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 не входят, пожалуй, только на начальных стадиях их общетеоретического осмысления, логики их бытия и построения. Помимо ряда иных вопросов, требует тщательной разработки проблема самой сути связки "дозволение-запрет", по всем данным относящейся к самой сути, исконной природе права, и, кроме того, такие относящиеся к ним категории, как "условия" и "исключения"<sup>1</sup>.

**5. Усложнения.** По мере развития общества происходит усложнение состава и содержания правовых средств.

Одно из таких "усложнений" только что рассмотрено. Это общие дозволения и общие запреты.

К другим, из числа важнейших "усложнений", относятся разнообразные модификации некоторых изначаль-

<sup>1</sup> Поразительно, что перспективу такой разработки *более двух столетий* тому назад наметил не искушенный в юридических тонкостях правовед, 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..." (см.: Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. М., 1994. Т. 1. 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, поясняет 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* — уточненный, 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 [И. 6. 3].

но, порой спонтанно, вырабатываемых на практике мер, принимаемых по юридическим вопросам юрисдикционными учреждениями, связанными с ними учреждениями власти<sup>1</sup>.

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 отвечает 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

<sup>1</sup> 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, скопированным системой строгих формуляров, которые устанавливали перечень правовых средств — различного рода запретов, дозволений, обзываний 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, опасаящийся 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 устанавливая 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 повлиявшие, как мы увидим, на развитие права.

вынесении решений опирались на весь комплекс осново-274 полагающих правовых начал<sup>1</sup>.

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*.

Наиболее существенных из таких процессов два.

Во-первых, это *типизация правовых средств*, при которой начали формироваться правовые конструкции и системные структурные подразделения.

Во-вторых, это приобретение правовыми средствами (и на первичном уровне, и на уровне правовых конструкций, структурных подразделений) *нормативного характера*.

И тот и другой из указанных процессов "усложнения" правовых средств нуждается в специальном рассмотрении.

## § 4. Юридические конструкции. Другие структуры

**1. Типизация в праве.** 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*

<sup>1</sup> 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 (см.: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 2. С. 74).

жизненных ситуаций, требующих правового разрешения.

Как это ни парадоксально, исторически указанный процесс оказался связанным с, казалось бы, 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 таковой), получало самостоятельное и интенсивное развитие, правовая защита уже на ранних стадиях формирования позитивного права *стала предоставляться 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 предоставлялась 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 чем 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 ис-

ковых 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 "исковой формуляр" (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 формуляров, 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), исторический факт, сам по себе удивительный<sup>1</sup>, не получило, однако, в науке должной оценки как в высшей степени значимое и закономерное явление. Более того, при точной констатации исторических 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"<sup>2</sup>.

Между тем, отметив недостатки "формулярного по-

<sup>1</sup> В исследованиях по сравнительному правоведению подчеркивается "интуитивный параллелизм" древнего римского и средневекового английского права. Один из авторов подобных взглядов, процитированный 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" (см.: *Buckland — McNair Roman Law & Common Law*. 1952.

<sup>2</sup> *Цвайгерт К., Кёту Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 282.

рядка"<sup>1</sup>, надо принять во внимание и то, что перед нами — один из наиболее существенных процессов в истории и логике 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*.

2. Юридические конструкции как категории содержания (внутренней формы) права. Здесь сразу же уместно зафиксировать одно из ключевых, фундаментальных положений настоящей монографии в целом. Его суть в том, что юридические конструкции, выражающие качественное усложнение правовых средств, их типизацию, представляют собой вообще наиболее примечательный "слой" правовой материи.

Точнее даже так: "тело" права в более или менее развитой юридической системе воплощено главным образом в *построении (конструкции) частиц правовой материи*, являющихся результатом типизации в праве. Имен-

<sup>1</sup> 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 порядок 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" (см.: *Цвайгерт К., Кёту Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 511).

но 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. 5. 2]. Именно здесь, в юридических конструкциях, — основа и уникальности права, и его силы, и его незаменимости в условиях цивилизации. И стало быть, тут же — главный показатель совершенства права, уровня его развитости со стороны его *corpus juris*.

Ведь даже первичные средства регуляции (позитивные обязывания, запреты, дозволения) в области права существуют и функционируют, как мы видели, в особых юридических построениях, в цепочке правовых средств, т. е. уже в виде юридических конструкций.

И на практике, в жизни каждое правовое средство — задержание лица, взыскание убытков, судебное признание факта принадлежности участка земли тому или иному лицу и т. д. — это по сути дела (что впоследствии детально разработано аналитической юриспруденцией) 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", "юридические гарантии" и пр. Они приобретают строго правовой характер и начинают действовать как *правовые средства* в цепочках, в связях, словом, в виде юридических конструкций.

Причем и тут сразу же обнаруживается своеобразная *юридическая логика*: если у какого-то лица существуют права (правомочия), то, значит, есть и лица, которые к чему-то юридически обязаны. Если возникли известные обстоятельства, имеющие значение юридических фактов (они-то и характеризуют с юридической стороны "правовую ситуацию"), то, значит, неизбежно наступление определенных юридических последствий, в том числе, например, юридической ответственности. И так далее.

Главное же — на основе логики эти элементы юри-

дической материи соединяются в *с в о е о б р а з н ы е построения*, в *о с о б ы е юридические конструкции*, которые и выражают как специфику "тела" права, так и его уникальную силу.

И вот, как показывают данные истории, при выработке, например, исковых формуляров в юридической практике Древнего Рима и средневековой Англии уже происходит своего рода отбор, обособление, конструирование и фиксация (формальное обозначение) определенных юридических построений, связей и соотношений указанных выше "молекул". Отражая повторяющиеся, типовые правовые ситуации, исковые формуляры одновременно конституируют строго определенную *модельную схему* или *типовое построение* правомочий, обязанностей, ответственности, процедур.

И это как раз есть то, что имеет характер *юридической конструкции*.

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 называемых 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. 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 не собственником", с довольно строгой схемой возникающих здесь прав и обязанностей, зависимой от того или иного "набора" юридических фактов, в том числе в зависимости от того, выбыла ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли. Эта юридическая конструкция утвердилась через исковой формуляр, который в силу некоторых исто-

рических причин, связанных с древними ритуалами притязаний лица на свою вещь, получил название "виндикационного иска". Этот термин сохранился и поныне. Требование невладельца к владельцу не собственнику и сейчас юристами называется "виндикационным иском". Хотя, надо заметить, при этом имеется в виду не непосредственно "иск" в современном, процессуальном его понимании, а именно своеобразная конструкция защиты права собственности, которая, впрочем, в качестве одной из составляющих конструкции включает, понятно, и возможность обращения за защитой в суд в исковом порядке.

И вот какой парадокс из области теоретических положений, выработанных аналитической юриспруденцией, может быть отмечен в данном случае. Само понятие "юридическая конструкция" давно известно и плодотворно используется в юриспруденции. Но оно, как правило, а порой и исключительно, причисляется правоведами к разряду чуть ли не второстепенных, сугубо "технических" характеристик, относящихся к технике формулирования юридических норм в законах, иных нормативных документах. Причем таких "элементов техники", которые через законы привносятся искусными правоведами в рутинную материю права, будто бы существующую без каких-либо "конструкций".

Между тем при более углубленной научной проработке правовой материи становится очевидным, что юридические конструкции представляют собой *органический элемент собственного содержания права, его внутренней формы*, рождаемый на первых порах спонтанно, в самой жизни, в практике в результате процесса типизации. Причем, надо сказать еще раз, — *ключевой, определяющий элемент именно собственного его содержания (или структуры)*, когда оно выходит из состояния начальных, примитивных форм и получает развитие как самостоятельный и весьма своеобразный феномен человеческой цивилизации, имеющий свое, особое содержание

(внутреннюю форму) и готовый к тому, чтобы на основе нового опыта, данных науки, силы разума получить дальнейшее развитие, новый уровень совершенства.

Примечательно при этом, что в соответствии с потребностями жизни начинает "работать" особая юридическая логика, когда вслед за одной сформировавшейся юридической конструкцией на свет как бы "по цепочке" появляются другие конструкции. Например, применение виндикационного иска к третьим лицам (когда собственник напрямую истребует вещь у того лица, которое ее приобрело по сделке купли-продажи не у собственника) потребовало того, чтобы был введен порядок "регресса": новая конструкция, при помощи которой покупатель, утративший вещь, по виндикационному иску мог бы получить возмещение от недобросовестного продавца. А дальше оказывается необходимым формирование конструкций "односторонней реституции", "негативного иска". И так далее — "по цепочке" требований жизни и юридической логики.

И вот тут, кстати говоря, оказывается, что в развитии права, в его истории довольно четко вырисовываются два взаимодействующих, но все же параллельных процесса: во-первых, развитие права, прямо обусловленное потребностями и волей государственной власти (этот процесс касается главным образом публичного права и в целом охватывается историей власти — и в данном сообществе, и в человеческом обществе в целом), и, во-вторых, спонтанное правовое саморазвитие, обусловленное в соответствии с требованиями жизни логикой права, что соотносится с глубинными тенденциями саморегуляции в обществе (этот процесс касается главным образом частного права). Именно тут, в сфере, где доминирует юридическая логика, и обнаруживается самобытная история права, своеобразное правовое развитие, не сводимое к общей истории, к истории государства, государственной власти. А это все, как мы видим, представляет собой исторический процесс, в котором важнейшую, незамени-

мую роль сыграли формализованные компоненты правовой материи — исковые формуляры<sup>1</sup>.

Итак, *собственное развитие права, его самобытная история, его уникальная материя и сила* — это под важнейшим для правоведа углом зрения во многом *и есть история становления, развития и совершенствования юридических конструкций* являющихся одним из наиболее значимых результатов собственного развития права — типизации правовых средств.

**3. Другие структуры.** 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 первоначально 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

<sup>1</sup> Вот, надо полагать, достойные внимания исторические факты и литературные свидетельства о значении исковых формуляров в конституировании юридических конструкций (впрочем, и здесь авторы упомянутых свидетельств не употребляют термин "юридические конструкции", хотя в сущности говорят именно о них).

В 1873 году в соответствии с идеями Иеремии Бентама в Англии был принят Закон о судостроительстве, который отменил типовые формулы исков. Тем не менее, как отмечается в современной литературе, "с принятием закона о судостроительстве традиционное процессуальное мышление не было искоренено. Даже в современных условиях материалы дел, связанные с договорным или деликтным правом, неосновательным обогащением или правом собственности, все еще часто делятся в зависимости от традиционных типовых формул исковых заявлений. Так что формы исков утратили свое процессуально-техническое значение, но сохранили свою функцию как *средство упорядочения и обработки материального права*" (выделено мною. — С. А.) (см.: Цвайгерт К., Кётиц Х. Указ соч. Т. 1. С. 302). В этой связи приведу слова видного английского правоведа, содержащиеся в цитированном издании: "Мы похоронили типовые формулы исковых заявлений, но они руководят нами из могилы" (см.: Maitland. Forms of Action at Common Law. P. 2).

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 в той подотрасли гражданского права, которая посвящена отдельным видам обязательств, или институты особенной части уголовного права, посвященные различным разновидностям (видам и подвидам) преступных деяний и санкций за их совершение.

## § 5. Юридические нормы как правовые средства

**1. Возведение правовых средств на уровень юридических норм.** Наряду с "усложнением" правовых средств, развитие права, связанное с процессом типизации, ха-

растеризуется 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) *нормативного характера*.

Хотя в данном месте книги о нормативности говорится после "юридических конструкций", иных структурных построений (и это оправдывается уровнем "сложности" в процессе формирования права), реально возведение правовых средств на уровень юридических норм происходило одновременно с указанным конструктивным развитием. Да и вообще "нормативность" — это тоже типизация, причем типизация весьма *высокого* порядка. И лишь в интересах того, чтобы процесс обретения правовыми средствами нормативного уровня не заслонил другие первичные процессы (что как раз по большей части и происходит в науке), автору этих строк пришлось, так сказать, "сдерживать себя" и рассматривать конструктивное развитие обособленно, в чистом виде, все время *отвлекаясь* от формирования права как нормативной системы.

Между тем возведение правовых средств на уровень юридических норм, *по* всем данным, решающая ступень развития собственно 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 *универсальная*<sup>1</sup>, пусть даже в

<sup>1</sup> *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. М.: Юрист, 1999. С. 201.

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 поколений<sup>1</sup>.

Но вот обстоятельство, которое, как мне представляется, еще недостаточно учитывается наукой. Обычай становится *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, типические жизненные случаи. Как верно подмечено в лите-

<sup>1</sup> 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" (см.: *Покровский И. А.* История римского права. СПб., 1998. С. 53).

ратуре, "обычай меняются, меняются часто при помощи судебных решений, которые затем делаются прецедентами..."<sup>1</sup>, 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 *прецедентное*. 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*"<sup>2</sup>.

В результате всех этих сложных (параллельно идущих или накладывающихся друг 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 "нор-

<sup>1</sup> Покровский И. Л. Указ. соч. С. 52.

<sup>2</sup> Там же.

мативности"<sup>1</sup> (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 "наращивают" 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*.

**2. Соотношение 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.

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

<sup>1</sup> 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).

реально не отстающей от всех других, а главное — очень существенной, знаменующей крупную ступень в формировании позитивного права. Если угодно, наиболее существенный качественный переворот в правовой материи.

Почему? Да потому что "норма", вбирая первичные элементы и заполняя собой содержание права, вводит в жизнь людей систему типизированных решений, моделей, образцов (не требуется каждый раз вновь во всей полноте решать дело, снова раз за разом определять для повторяющихся ситуаций необходимые юридические средства, юридические конструкции — какими и в каком соотношении должны быть взаимные права, обязанности, ответственность субъектов). Возникает возможность сразу, для всех и на неопределенное время вперед, чуть ли не "навсегда" определить единый порядок в общественной жизни.

Нормы, следовательно, воспроизводя естественную, природную повторяемость, цикличность в жизни людей, открывают возможности, свойственные нормативности [I. 2. 2], — возможности единой и целостной упорядоченности в многообразных человеческих отношениях. Притом в области позитивного права — на твердой, единственной и признанной для данной общности основе, в надежно реализуемом порядке и, что не менее существенно, с вводимыми в жизнь моментами прогноза, предвидения будущего.

Более того. Именно в нормах права и через них в немалой степени реализуются "главные императивы цивилизации", о которых упоминалось ранее, — историческое предназначение права как оптимальной формы высших цивилизационных ценностей. Сама по себе юридическая норма — это уже некоторое (пусть еще начальное, потенциальное, зависящее от многих других факторов, далеко не всегда реализуемое) необходимое правовое средство для решения задач развивающейся цивилизации, в том числе связанных с преодолением произвола и насилия в жизни людей.

Так что возведение юридических средств решения правовых ситуаций в ранг юридических норм — дело не только переломное для характеристики содержания позитивного права, но и великое для развития и судьбы цивилизации, одно из самых крупных. 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 ориентации 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, и в данной книге было 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 типичные юридические факты (правовые ситуации) и типичные последствия их наступления (правовые средства, юридические конструкции, их принадлежность в виде правового института к тому или иному подразделению — отрасли права).

Но такое (нормативное) истолкование права, наряду с отмеченными серьезными достоинствами, одновременно характеризуется существенными минусами, на первый взгляд кажущимися не очень значимыми, но все более и более дающими о себе знать при попытках углубленного рассмотрения правовых проблем.

Прежде всего — 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 обще дозволительный, разрешительный типы 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, напомню, 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" [I. 3. 2].

Особо наглядно все эти минусы обнаруживаются, как только мы от привычного правового мира, характерного для романо-германской (особенно германской) семьи пра-

вовых 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 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.

**3, 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 его абсолютизации опять-таки уводит от понимания сложных, подчас уникальных социальных процессов, которые приводят к появлению разно-

образных 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 особенное-

ти — 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).

**4. 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 — такие обобщения, которые вошли в самую плоть позитивного права, его содержание и, следовательно, стали *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 подлинной действительности, реально существующими фактами.

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 по отношению 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.

## § 6. 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 немалого числа философских и социологических концепций в области права.

Между тем место и роль правовых идей в юридической области в принципе иные.

Суть 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 само его плоть, содержание. Тем более что и само право имеет "вторую ипостась" — включает черты духовного, ценностного явления.

**2. Правовые идеи и позитивное право.** 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. Они изначально "родились" в самой правовой мате-

рии и именно там растворены, "спрятаны", являются неотъемлемыми, органическими элементами самого содержания 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 и является сутью прецедентов, приобретающих характер юридических норм.

Можно уверенно предположить, что упомянутые основополагающие правовые идеи потому и прорываются в иную, казалось бы, инородную для них среду — в само объективное право (хотя оно в развитом виде уже в немалой мере представляет собой объективированные нормативные обобщения), что правовые идеи как бы предназначены для захвата в объективном праве центрального места, его командного отсека. И происходит подобный захват по той причине, что идеи известного рода:

*либо* аккумулируют, переводят на язык правовых категорий и представляют в концентрированном виде материальные, духовные, нравственные начала данного общества, заложенные в его строе интеллектуально-ценностные установки и тенденции;

*либо* выражают узкоклассовые, групповые, этнические установки или даже (как это случилось в области коммунистической идеологии) узкодоктринерскую философскую концепцию, которая нацелена на то, чтобы попытаться подчинить себе всю правовую материю, а через нее и реальную действительность.

Указанные правовые идеи становятся своего рода визитной карточкой права данного общества. Они и реально выступают в качестве определяющего фактора для всех других слоев правовой материи, прежде всего для правового содержания юридической системы, влияют на характер, состав и содержание субъективных прав, на их соотношение с обязанностями, запретами, ответственностью, на их место во всей правовой инфраструктуре, их реальность, обеспеченность, защищенность и т. д.

Примечательно, что центральные правовые идеи юридической системы влияют даже на догму права (например, на то, в какой мере распространены и на каких участках права используются неопределенные по содержанию правовые установления, насколько широко включаются в юридические тексты декларативные "нормы", какова направленность оценочных норм и др.).

**3. Правовые идеи и особенности позитивного права.** Признание известных правовых идей составной частью самой объективированной материи права (научное положение, при всей его парадоксальности значимое само по себе<sup>1</sup>) позволяет дать углубленную трактовку ряду весьма теоретически и практически значимых проблем. В том числе таким, как проблема пробельности права и значения юридической системы как носителя известных идеологических ценностей.

Проблема *п р о б е л ь н о с т и* 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".

<sup>1</sup> Помимо иных моментов сугубо юридического порядка, представляется весьма существенным то обстоятельство, что именно через правовые идеи в самом содержании позитивного права может найти адекватное отражение *дух общественного и экономического бытия*. На необходимости такого "отражения" делает акцент О. Шпенглер, который полагает, что в отношении частного права данный момент "был совершенно упущен из виду" (см.: Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 82—83).

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 право-

вой принцип, который он как законодатель стал бы считать не противоречащим всем остальным нормам и принципам правопорядка"<sup>1</sup>. 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 законодательства (Германское гражданское уложение — 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"<sup>2</sup>.

Наряду с тем, что правовые идеи могут заполнять "пустоты" писаного права, не менее значимо в рассматриваемом отношении и то, что известные правовые идеи (в составе нормативных обобщений) могут прямо входить в правовую систему, в саму объективированную материю права, его догму.

Думается, весьма впечатляющее значение правовых идей, притом идей, выраженных непосредственно в юридической догме — в самой ткани, казалось бы, сугубо догматических хитросплетений юридических норм и принципов, продемонстрировало только что упомянутое ГГУ.

Дело в том, что абстрактные, казалось бы, абсолютно далекие от политики и идеологии, внешне схоластические конструкции и построения этого юридического шедевра немецкой юриспруденции подспудно, в глубинах содержащихся в Уложении правовых идей отражали пе-

<sup>1</sup> Huber. Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf. §. 37 (цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 269).

<sup>2</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 269—270.

редовую идеологию конца XIX в. — взгляды либеральной буржуазии того времени.

И вот тут, в ответ на то недоумение, которое слышится в рассуждениях даже со стороны глубоких современных исследователей, спрашивающих "как могло случиться, что ГГУ сумело пережить все политические, экономические и социальные кризисы новейшей германской истории, включая и полное извращение правовой жизни в период гитлеризма, и сохраниться почти в неизменном виде"<sup>1</sup>, есть, на мой взгляд, вполне адекватные аргументы, убедительные резоны. А потому, следует ответить, это "могло случиться", что правовые идеи ГГУ и тем более их мировоззренческий "подтекст" — либеральные воззрения конца XIX в., оказались "спрятанными" в юридической технике в, казалось бы, заскоруждой "юридической схоластике". И то обстоятельство, что во всей этой догматической круговерти кроются взрывные идеи, принципы и ценности истинного либерализма, по всем данным, и в голову не могло прийти партийным бонзам и идеологам нацистского рейха. Но есть что-то от добрых начал нынешней эпохи и судьбы человечества в том факте, что эти идеи, принципы и ценности либерализма, долгие годы "дремавшие" в юридической схоластике, тотчас же сработали, как только Германия во второй половине 50-х гг. освободилась от режима фашизма и, сообразно продуманной реформаторской политике, встала на путь формирования современного гражданского общества с высокоразвитой постиндустриальной экономикой и высокой правовой культурой.

Нечто похожее по некоторым исходным реалиям произошло и в советской России. И тут коммунистические вожди и их идеологи, предав анафеме частное право и попытавшись построить гражданское законодательство по большевистским канонам, проморгали тот факт, что частнопровые начала живут в самой материи и технике Гражданского кодекса (в особенности в

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кёттц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 228—229.

варианте 1922 г., построенном в основном на материалах дореволюционного проекта российского Гражданского уложения).

Жаль только, что у российских реформаторов, воспитанных идолами власти, в ходе начатых в 90-х гг. "кардинальных реформ" не оказалось нужной подготовки и соответствующей нацеленности на то, чтобы использовать чудом сохранившийся в условиях тоталитаризма потенциал гражданского права и заложенные в нем истинно либеральные идеалы и ценности для проведения последовательно демократических преобразований в реформируемом российском обществе.

## § 7. 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-

ми, 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, сегодня, 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, мятущуюся, 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 стремлениями, перекатами, порогами. И плюс к этому *все время оставаться феноменом, фактически осуществляемым, работающим, непременно завершающимся вынесением решения по данной ситуации, делу*.

Как, каким путем, при помощи каких юридических средств позитивное право, сохраняя особенности жестко-

го 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 ущербными.

Урок в понимании рассматриваемой особенности права преподал 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"<sup>1</sup>.

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 (*закону*)<sup>2</sup>. А юриспруденция — это *опытная наука единичных случаев*, одухотворенная техника. Отсюда его весьма резкие суждения и в отношении современной юриспруденции ("...то, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права"<sup>3</sup>), и в отношении современного права ("наше право в понятийном отношении бессильно перед лицом великих фактов сегодняшней экономики"<sup>4</sup>).

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 вплетаться в реально существующие и функционирующие отношения, органически входить тем самым в нали-

<sup>1</sup> Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 87.

<sup>2</sup> Там же. С. 380.

<sup>3</sup> Там же. С. 84. По мнению автора, "западноевропейский юрист становится филологом, а практический опыт подменяется основанным все цело 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 отразить 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"

<sup>4</sup> Там же. С. 84.

чествуемое на данное время экономическое, культурное, духовное бытие.

Однако такая основательная трактовка права О. Шпенглером все же не затронула той грани его понимания, которая хотя даже современной наукой постигается с трудом, но без которой невозможно раскрыть особенности позитивного права, — характерное и, пожалуй, тоже фундаментальное для него свойство *жесткого организма, его институционности* — 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 институционности 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, 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 одним 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".

Наряду с обычным правом и прецедентом<sup>1</sup>, существенное значение в этом отношении имеют "обобщения, возведенные в закон" (нормативные обобщения).

<sup>1</sup> 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, казалося бы, несовместимых 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, — вот оно, 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 юридическое 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.

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 организма. 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 *применить 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, закрепленные и получающие развитие "в законе", при всех возможных здесь негативах, способны 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 — ГГУ (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 послед-

ствиями по принципу "верни чужое". Так 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 в обоснованности такой законодательной "абстракции" и даже намечаются различные пути решения возникающих здесь проблем<sup>1</sup>.

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 функции<sup>2</sup>.

С позиций, отстаиваемых в настоящей работе, важно, в частности, обратить внимание на то, что рассматриваемый институт позволяет на твердой нормативной основе "закрывать" 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 соб-

<sup>1</sup> С опорой на проведенные основательные исследования (в частности — *Caemerer. Bereicherung u. Erlaubte Haltung, Festschrift*, 1, 1954, 333) высказано мнение о том, что с позиций сравнительного права "следовало бы создать... обобщающее понятие с единой функцией или несколько ко обобщающих понятий с различными функциями, каждая из которых, однако, включала бы регулирование проблем, вытекающих из неосновательного обогащения и аналогичных гражданско-правовых нарушений: это может быть реституция в случае неправильно произведенного платежа, посягательства на чужую собственность, неправомерно го использования вещей" (см.: *Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. I. С. 70*).

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 591—603.

ственников, иных потерпевших лиц, а также включать в круг факторов, от которых зависит решение соответствующих дел, обстоятельства морального и гуманитарного порядка (в особенности 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 — явления, казалось бы, 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 фактическому 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 судебское 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..."<sup>1</sup>. 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, тревоживших российских правоведов еще в дореволюционное время<sup>2</sup> (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" судебская деятельность в странах, в которых действует принцип верховенства закона, *должна в любом случае иметь свое обоснование в действующем объективном праве, в законе* — в общих

<sup>1</sup> Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ. М.: Норма, 1999. С. 356.

<sup>2</sup> Даже такой крупный правовед-мыслитель, как И. А. Покровский, полагал, что "теория свободного судебного правотворения включает в себе органическую и неустранимую опасность судебного произвола" (см.: Покровский И. А. Указ. соч. С. 105).

началах, принципах правопорядка, положениях общих оговорок, оценочных понятиях, рамочных законодательных установлениях, в других выраженных в законе формах, в которых могут быть выражены 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 оправданна, 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 зна-

чении 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 — правды, справедливости, соразмерности.

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 (формаль-

но — "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 прецедентов<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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." (см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 396).

## 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 *статике*, что открывает возможность охарактеризовать материю права.

Теперь настало время обратиться к этим особенностям со стороны *динамики* права. С той стороны, когда *право рассматривается в действии, в движении, сообразно заложенным в нем потенциам 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 оборот 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 динамичес-

кие 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 статье) перейти рубеж сугубо юридической догматики, столь необходимой в области юридических знаний и все же узкой по своим теоретическим потенциам.

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, *устремленную на достижение правового результата* (в конечном счете — 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 право-*

*вых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения.*

Как и понятие правового регулирования, понятие его механизма в рамках правоведения 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 должностования 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 необходимость в плоскость конкретных, адресных субъективных юридических прав и обязанностей и, следовательно, переключющие 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, или 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 основанное 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)<sup>1</sup>.

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 создателем нового права"<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> 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 "решение 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.

Достоин 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 подчинены 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.

<sup>2</sup> Кистяковский Б. А. В защиту права // Вехи. Сборник статей о русской интеллигенции. ЗВЛ: Новости, 1990. С. 125.

права осуществляется путем "обоснования от прецедента к прецеденту".

В предшествующем изложении, когда речь шла о живом праве и о "законе" в нормативной системе (при этом в отношении правовых систем всех юридических типов [Ш. 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 исходные 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 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 сторон 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 власти"<sup>1</sup>. Если же исходить из основательного понимания

<sup>1</sup> 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 общеобязательности, 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 ха-

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, раскрываются 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. 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

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).

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"<sup>1</sup>.

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,

<sup>1</sup> *Кант* И. Сочинения на немецком и русском языках. М., 1994. 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 (см.: Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юридическая литература, 1989), представляются совершенно поразительными 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.

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 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 секторы, 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), они одновременно действуют и 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 социального регулирования, именуемого "юридическим".

И здесь уместно выдвинуть на обсуждение одно весьма основательное для теории права предположение. С учетом приведенных соображений можно предположить, что в зависимости от того, является ли общий запрет "конечным", а значит, вписывается он или нет через "ограничительное условие" в общедозволительное регулирование, в зависимости от этого 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 сама-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 об-

щие, вполне согласуются с дозволильной 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, — не дает ли оснований этот факт 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, которое 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 вариаци-

ях, 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)<sup>1</sup>.

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 ре-

<sup>1</sup> 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.

гулирования, 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 проявляются 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 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 устроителей жизни в тех областях, которые охватываются гражданским правом"<sup>1</sup>.

**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 [I. 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,

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 107,

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 в литературе предпринимались попытки и общетеоретического осмысления этой категории<sup>1</sup>. 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.

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 обязанностей) 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 "связ-

ям.: Исаков В. Б. Правовые режимы и их совершенствование // XXVII съезд КПСС и развитие теории права. Свердловск, 1982. С. 34—39.

ки" 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 запреты, а еще точнее — базирующиеся на них типы правового регулирования (об этом 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 *общедозволяющие* 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 "обрастая" 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 дозволяющую 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 дозволяющие 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 обществе<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 исключения. Этот технико-юридический режим, обладающий своего рода сквозным значением (т. е. действующий во многих других правовых явлениях), образует неотъемлемую часть и общедозволяющего 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.

**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.

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 права<sup>1</sup>).

*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

<sup>1</sup> 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).

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 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 жизнедеятельности<sup>1</sup>. 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 своей сущности он имеет черты социально-правового феномена, несущего на себе отпечаток конфликтных, аномальных и в то же время массовидно-социальных ситуаций, отношений и, следовательно, степени активности социального поведения.

<sup>1</sup> См.: Кудрявцев В. Н. Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 14.

**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 каковы его детализированность, императивность, жесткость, насыщенность. А это относится к одной из существенных особенностей права, характеризующей своеобразие заложенных в нем импульсов должностования, — *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 превалируют императивные элементы, — в таких зонах 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 зап-

реты 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 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 при крайней противоречивости общественного развития, характерно как раз для российского общества с 90-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 положе-

ние "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. Потому-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 эле-

ментов 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 *общедозволительного* 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 об-

щего 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 разно-

видностей 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* (которая конструкция, если припомнить, также была определена через понятие "модель" — [И. 7.4]).

Модели правового регулирования во многом сопряжены с задачами, которые ставятся перед людьми (государством, законодателем, гражданами) 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*.

*Первая* 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, уп-

равомоченного 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, правоохранных 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 многообразие 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.

*Вторая* 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 от-

раслей права и должны приниматься во внимание в любом случае законодательной и юридико-практической работы<sup>1</sup>.

**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.

<sup>1</sup> Рассмотренные ранее типы правового регулирования (общедозвоительный и разрешительный) могут быть интерпретированы с теоретической стороны в качестве *особых разновидностей* дозволивающей и обязывающей моделей. Так, своеобразие общедозволивающего 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, подобно 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 общедозволивающим регулированием, может быть охарактеризован разрешительный тип. В понимании этого типа регулирования и в решении 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.

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 деятельности<sup>1</sup>.

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.

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

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" (см.: Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение интересов личности. С. 87).

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 буд-то 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 жестоких репрессий и фанатизма (в оборонной промышленности, в решении проблем атомной промышленности, космической техники, в особенности в критической обстановке вой-

ны), 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" загодя идти на многие отрицательные последствия в жизни общества. Впрочем, опять-таки без сколько-нибудь существенных положительных результатов в достижении главной, исходной задачи.

Но вот (кроме обязывающей) другая модель построения правовых средств — диспозитивная, дозвоительная, 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 не ясна 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 + га-

рантия 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 дозвоительную (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 дозвоительная система юридических средств, т. е. еще нет общей, устойчивой, свободно реализуемой заинтересованности организаций в использовании изобретений, технических новшеств. И такое "положительное поле" не сложилось в результате так и непреодоленного 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 инициативно-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", эффективно используются в производстве).

Примечательно, что эффективность (или неэффективность) указанных двух правовых систем — обязывающей и разрешительной — 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 широковегетательные 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 как в их "стати-

ке", так 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 (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 ними совместима и не может быть им противопоставлена). Это *особая*, 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 общим образом 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 на-

ступлению указанного "следствия" — возникновению у 358 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, характеризуя самоё суть теории права более высокого уровня, раскрывается на более широкой основе — на базе всего комплекса правовых средств, рассматриваемых как таковых, 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 "технология" 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, необходимость 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) свойственен 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 [Ш. 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 таком, 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, с другой

стороны — 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"<sup>1</sup>. Оно "есть не просто социальная сила, давящая на индивидуальную психику, а сила стремящаяся, ищущая чего-то вне ее лежащего"<sup>2</sup>. 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)"<sup>3</sup>.

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,

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 60.

<sup>2</sup> Там же. С. 60. Автор пишет на с. 61: "... всякая норма права предстает нашему сознанию не только с точки зрения ее "данности", но и с точки зрения ее "должности"; мы не только стремимся ее познать как она есть, но в то же время оценить, как она должна быть".

<sup>3</sup> Из глубины. Сборник статей о русской революции. М.: Изд-во МГУ, 1990. С. 232.

правосудия, исполнения юрисдикционных решений и др., словом — правовые средства), которые предназначены для того, чтобы положения юридических норм претворились 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 дает право людям.

Не упустим из поля зрения и то, что для мира права характерна и такая наличествующая реальность ("сущее"), отличающаяся зримыми, осязаемыми 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 норма-

тивных 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").

**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 основном — на его структурных особенностях как объективной реальности. И 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, проблемы. Наиболее важные при решении вопросов системы законодательства. С тем, чтобы соотношение между отраслями законодательства, кодексами, законами различных рангов сообразовывалось

не только с требованиями 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 становилось 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 итоге — 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, выраженной в материи права (внутренней формы), ее "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 вопрос здесь такой. Спрашивается: к чему все же ведет в конечном итоге логика права в таком высоком значении? Нет ли в материи права центрального звена, с которым сопряжена такая, 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-при-

нудительную, 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 юридические учреждения, даже те, которые обеспечивают действие права и по большей части имеют явно карательные функции, мы все же именуем правоохранительными?

Да потому, ответу сразу и как раз по существу проблемы, что *центральным звеном правовой материи (в силу — внимание! — самой ее природы) 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 prerogatives 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 и даже не сама по себе сумма обязанностей, запретов, 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 "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, и 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, политических, 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*. И соответственно этому центральным звеном правовой материи неизменно остаются субъективные юридические права. Не случайно в области права, при всех сложностях различных юридических построений, типов и моделей юридического регулирования, буквально все, можно сказать, "закручивается" вокруг субъективных прав. 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 "разре-

шительный", а не "запретительный"? А потому, что сообразно 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 эффективна оказывается другая модель построения правовых средств — диспозитивная, дозволительная, основанная на субъективных правах и гарантиях. В условиях прогрессивного развития общества диспозитивная система включает в решение 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 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 слуги, скажем, "придворного правоведа"), утрачивает свои исконные качества, становится убогим и униженным отпрыском — всего лишь "правом власти", не более чем юридизированным придатком этой самой 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 в 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 "насилием" 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 толь-

ко 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 вовсе 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 дозволения*, которые предопределяют 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 нечто с ним, на первый взгляд, 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 выражается 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 их 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 сообразно 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 — обстоятельство, а отсюда и требование, которое должно быть принято во внимание на всех участках действия права, юридической работы. Не только, что очевидно, в правотворческой работе, при определении последовательности издания законов, 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 не только ориентиром, но и непосредственной и 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 Российской Федерации 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"<sup>1</sup>. Однако справедливые соображения о том, что в соответствии с текстом конкретной статьи Конституции (76) "ни один федеральный 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 норма-

<sup>1</sup> 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. 13 янв. 2000.

тивных актов (что и в отношении ГК РФ нашло к тому же прямое отражение в ст. 3 Кодекса)<sup>1</sup>.

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, проступают 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

<sup>1</sup> 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, относятся 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 практике в соответствии с высокими требованиями современного права, его исконной природой и логикой.

по пути овладения ценностями цивилизаций последовательно демократического, либерального типа.

Этим тенденциям, в особенности второй, будет посвящена заключительная глава третьей части книги.

### § 3. Тайна права

**1. А ведь это "тайна"! И**так, при анализе права с широких научных позиций (не связанном "заданными параметрами") оказывается, что в центре юридической материи, все "пространство" которой будто бы плотно забито запретами, обязанностями, ответственностью, иными реалиями государственно-принудительного порядка, в центре этой чуть ли не "милиейско-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.

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 (окончательности, суверенности) решения жизненных ситуаций, возникающих в новых, цивилизационных условиях?

С этой точки зрения принципиально существенным основанием для возникновения позитивного права является то обстоятельство, что здесь (причем как раз через "твердость", "строгую определенность", "гарантирован-

ность") срабатывает сама 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 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 в соответствии с канонами формальной 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*, в том числе, как это ни парадоксально, в указанном основном массиве. 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. Ведь 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 связываться со свободой людей, другими высокими духовными ценностями. Говорилось, 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 не тысячелетие, да и позже, 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 так далее. 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, pop 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 глупом 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 Великобритании не только нет конституции в современном ее понимании, но и многих других законов, с которыми обычно связывают демократическое развитие (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 правовые 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 обретают 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.

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 них — 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 об-

разца 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 года 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 и самого английского права, — большей структурированности, обогащения прецедентного права кодификационными элементами, другими элементами общей юридической культуры<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> 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 анализа 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, по мнению авторов приведенного свидетельства, "в целом же нормы общего права, вне всякого сомнения, были полностью реципированы Индией, хотя часто и в несколько модифицированной форме..." (см.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 340).

характеристикам к семье общего, прецедентного права англо-американского типа.

К данному добавлю еще один примечательный факт, касающийся другого континента — Африки. Беглые рабы из США, вернувшиеся на свою историческую родину — Африку и основавшие там в 1821 году 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.

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 секторы человеческого бытия, также в общем-то относящиеся к глубинным основам жизни общества, к исходным началам естественно-го 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 реципируются 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 реализуемой; 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, с учетом 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 общечивилизационный, но и *глубинный общечеловеческий потенциал*, которому суждено придать праву еще более высокое значение в жизни людей.

**4. Несколько "почему?".** Подытожим. И притом в виде вопросов, которые позволят перекинуть мостик к следующей части книги.

При более детальном (и вместе с тем обобщенном, теоретическом) анализе материи права обнаруживается ряд поразительно совпадающих моментов, образующих важнейшую сторону собственной логики права. Причем таких моментов, которые при внимательном анализе права очевидны (и о них говорилось во всем предшествующем изложении), и вместе с тем таких, *оснований которых в самой материи права как будто бы нет*. И на вопрос "почему?" при попытках найти суть таких оснований сама по себе теория права не дает ответа.

В самом деле, *почему* в центре юридического содержания (структуры) правовой материи при любом ее построении в самых различных обществах оказываются субъективные права? *Почему* сама по себе правовая материя, в особенности рассматриваемая под углом зрения юридической логики, ведет к тому, что право раскрывает себя как явление высоко человеческого, гуманистического порядка? А в связи с этим разве нет какой-то загадки в том, что правовая материя сопротивляется, протестует против ее использования в реакционных, иных неадек-

ватных природе права целях? И, напротив, она 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 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 в самой что ни на есть "прозе жизни", в практической жизнедеятельности людей, в лабиринтах опыта, в потоке потребностей практики по решению многообразных жизненных ситуаций, сама по себе не содержит оснований, которые бы могли дать удовлетворительный ответ на вышеобозначенные "почему?".

Неужели перед нами нечто мистическое? Или такое, что уходит своими корнями в явления по ту сторону представлений о природе (предположение, не лишнее многих резонансов). Но ведь сверхчувственные, трансцендентные начала касаются веры, совести, добра, раскаяния и Бога, а не самой по себе свободы во внешних, практических, по большей части сугубо прозаических отношениях, с которыми имеет дело позитивное право.

Так чем же все это объяснить, что материя права по самой своей органике имеет некую гуманистическую "заданность" ("заряженность") — целеустремлена к

субъективным правам, свободе, творческой созидательной активности людей?

А отсюда 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 требует того, чтобы обратиться к следующей, наиболее высокой ступени теоретического освоения правовой материи — к философии права.*

## Часть третья Философско-правовые проблемы

### Глава десятая Философия права в системе юридических знаний

#### § 1. Философия права. Общие положения

**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 праве<sup>1</sup>.

Наиболее общим образом философию права можно охарактеризовать как область знаний о *праве в жизни людей, в человеческом бытии*, призванную дать мировоззренческое объяснение права, его смысла и предназначения для людей, каждого человека, обосновать его под углом зрения сути челове-

<sup>1</sup> По мнению Д. А. Керимова, "предмет философии права можно охарактеризовать как разработку логики, диалектики и теории познания правового бытия" (см.: 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 всеобщих диалектических законов и категорий (см.: 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" (см.: Нерсесянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 10 и ел.), он именно под этим углом зрения характеризует основные проблемы философии права.

ческого бытия, существующей в нем системы ценностей.

Именно тогда с общеправовой точки зрения удаётся, как отмечает И. А. Покровский, показать "биение в них (правовых проблемах. — С. А.) живого общечеловеческого духа, ввести их в круг идейных интересов всякого мыслящего гражданина"<sup>1</sup>.

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 ценностей и само право как важнейшая социальная ценность. И поэтому по своим итоговым выводам философия права нацелена на постижение мирозданческой "тайны" права, а отсюда стремится высветить коренные проблемы жизни общества — место и предназначение права в развитии и судьбе общества, человечества, каждого человека.

**2. Два науковедческих уровня.** Отмечая некоторые обобщенные характеристики философии права, нужно вместе с тем исходить также из того, что данная область гуманитарных знаний может строиться в двух науковедческих плоскостях и соответственно выступать в одном из двух качеств:

— в качестве исконно философской дисциплины, рассматривающей право под углом зрения и в составе определенной универсальной философской системы или системы историко-философских разработок;

— в качестве составной части правоведения, философско-правовой области знаний, когда осуществляется (достигает наиболее высокой ступени) общетеоретическая проработка правового материала.

Первый из указанных уровней философии права вполне закономерен. Право, какое бы значение этой категории ни придавать, представляет собой социальное (или природно-социальное) явление, и любая философская система, претендующая на универсальность, а так-

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 35.

же историко-философские разработки неизбежно включают в поле своего осмысления также и это явление социальной жизни.

Именно здесь возможно формирование специальной философской науки, привлекающей правовой материал, но остающейся в рамках данной системы философских знаний, строго на "почве философии".

Наиболее ярким, выразительным примером осмысления права в контексте универсальной философской системы является философия права Гегеля. При философском истолковании права Гегель, хотя по ряду позиций продолжил и углубил идеи о природно-естественной основе этого феномена, все же в основном сосредоточил мысль на его характеристике с точки зрения сути своего миропонимания — логики объективного духа<sup>1</sup>. Вот почему, кстати сказать, в гегелевской философии права (она так и названа великим философом "Философией права") столь много уделено места и внимания не непосредственно юридическим явлениям, а широкому спектру категорий: нравственности, моральности, состоянию и развитию духа — всему тому, что позволяет определять обоснованность процессов, действий, поступков, а в более широком плане — обоснованность всего сущего.

По парадоксальным, причудливым зигзагам развития человеческого духа такое воистину философское понимание "права", по всем данным, стало предпосылкой для марксистов, материалистических последователей гегелевской диалектики, о чем с ударением говорили и Маркс, и Ленин (да еще с нацеленностью на "изменение мира"), и отсюда — для формирования такого супернадчеловеческого понимания рассматриваемой категории,

<sup>1</sup> По мнению В. С. Нерсесянца, понятие "право" употребляется Гегелем в следующих основных значениях: 1) право как свобода — "идея права"; 2) право как определенная форма и степень свободы — "особое право"; 3) право как закон — "позитивное право" (см.: Политические учения: история и современность. Домарксистская политическая мысль. 3VL: Наука, 1976. С. 462).

которое характеризует коммунистическую революционную идеологию.

В т о р о й философско-правовой уровень научных знаний о праве выражен в формировании и развитии научной дисциплины, представляющей собой высшую ступень общетеоретического осмысления права, когда сама логика правового материала на основе философских данных приводит к *философскому пониманию права, его смысла и предназначения в жизни людей*.

В настоящей работе философия права строится в соответствии с этим ("вторым") уровнем, когда она предстает в качестве завершающего звена общетеоретических знаний о праве.

А это помимо всего иного означает, что основой и отправным пунктом осмысления права в рамках философско-правовой науки является не действительность в целом, не "все бытие" и тем более не "все сущее" (как это характерно при рассмотрении права в пределах универсальной философской системы), а действительность в тех значениях и пределах, в которых существует право, т. е. с о ц и а л ь н а я действительность, ч е л о в е ч е с к о е бытие, определяющие социальную обоснованность (оправданность на началах по формуле "имею право") статуса, поведения, поступков людей. По справедливому утверждению Гегеля, "в праве человек должен найти свой разум... и постигнуть мысли, лежащие в основе права"<sup>1</sup>.

Здесь, как и в других случаях использования данных философии при теоретическом осмыслении права, научные разработки не покидают "почву права" и являются *характеристиками, выводимыми непосредственно из правового материала, из его сути, специфики и логики*. По меткому выражению Ю. Г. Ершова, в данной плоскости науку "мало интересуют умозрительные конструкции, оторванные от реальных правовых процессов и яв-

<sup>1</sup> Гегель Г. В. Ф. Указ. соч. С. 57—58.

лений. В этом смысле философия права как бы "вырастет" на фундаменте всего юридического знания"<sup>1</sup>.

Отсюда следует, что философия права не есть просто интегрированная сфера знаний (как 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 дает позитивные результаты 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*.

**3. Философия и идеология права.** Философия (поскольку на деле реализуется ее суть и предназначение), как и всякая наука, призвана строиться безотносительно и независимо от политики, практических целей, тех интересов, во имя которых могут быть использованы философские положения.

От философского подхода к явлениям действительности нужно отличать подход, характерный для идеологии. Последняя, используя данные философии и других отраслей знаний, в том числе политического профиля, связывает свое содержание с определенной группой заданных

<sup>1</sup> Ершов Ю. Г. Философия права (материалы лекций). Екатеринбург, 1995. С. 9.

интересов и идей, которые начинают жить по своей (этической, религиозно-этической, эстетической, этнической, классовой, групповой или даже индивидуально-личностной) логике. Отсюда в идеологии всегда есть моменты абсолютизации, произвольного выбора и возвеличения идей, их ориентации на обслуживание *определенных* практических, политических, идейных задач — то, что в марксистском обществоведении и в политической практике социалистических стран откровенно и с гордостью именовалось "партийностью", служением классам, социальным группам, нациям, неким возвышенным идеалам.

В то же время нужно видеть, что идеология занимает свое существенное место в духовно-интеллектуальной жизни, в ее соотношении с практикой, с политикой. Вне определенного идеологического подхода (а отсюда и "вхождения в политику") мировоззренческие взгляды в современных условиях не могут получить достаточного общественного признания и тем более должной практической реализации. Так что в практической жизни наука и идеология тесно переплетены, взаимопроникают. Это и объясняет то обстоятельство, что философия, иные отрасли знаний в определенных своих сторонах и проявлениях выступают также и в качестве идеологии (и это требует того, чтобы в любой науке достаточно точно и строго те или иные положения виделись и оценивались в качестве "строго научных" и "идеологических").

Различие и вместе с тем переплетение, взаимопроникновение философских и идеологических начал, характерных для всякой гуманитарной науки, в сферах знаний, относящихся к праву, имеют существенные особенности.

Здесь два наиболее важных момента.

Первый из них заключается в том, что правовая идеология, как правило, тесно связана с государственной и партийной политикой и поэтому довольно четко отделяется от науки права как таковой. Тем более что по своей основе данные первичного звена юридических знаний — юридической догмы, как и данные всякой иной технико-юридической науки, вообще имеют "отстраненный" от идеологии характер. Они могут быть только *использованы*

на идеологическом уровне, что и практиковалось, например, в советском правоведении.

Наиболее близко примыкают к идеологии те варианты философии права, которые замыкаются разработками, не выходящими за рамки данной универсальной философской системы (например, гегелевской, марксистской). По всем данным, исторические корни идеологии права следует видеть в этических (религиозно-этических) объяснениях права, а также в таких направлениях философско-правовой мысли — что характерно для гегелевской или марксистской философии, — когда соответствующие разработки прямо "выводятся" из той или иной философской системы.

Внеидеологический характер первичных юридических знаний, тем более их трактовка в качестве "формалистики" и "схоластики" побудили ряд теоретиков при попытках формирования философии права уйти в сферу метаюридических категорий — обстоятельство, повлекшее за собой разрыв в науке, формирование "философии права" и "социологии права", резко противостоящих исходной ступени юридических знаний, дисциплине будто бы невысокого науковедческого статуса — юридическому позитивизму [Г. 3. 2].

И второй принципиально важный момент, характеризующий соотношение науки права и идеологии.

Философия права, которая ищет опору в едином потоке философской мысли (одновременно в реальных процессах развития позитивного права), по своим итоговым положениям может произвести впечатление весьма идеологизированной сферы, так как эти итоговые положения, как мы увидим, прямо связывают право с высшими социальными и духовными ценностями. В действительности же, однако, картина здесь иная. Указанные положения, опирающиеся главным образом на естественно-правовые воззрения в том их понимании, о котором дальше пойдет речь, являются выражением специфической логики права, заложенной в непосредственно "правовом материале", его направленности на социальные и духовные ценности высокого порядка.

**4. "Угол зрения" в философии права.** При рассмотрении проблем теории права уже отмечалось, что при переходе от одного уровня теории ("аналитической ступени" — юридической догматики) к уровню более высокого порядка ("инструментальной ступени" — 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 на уровне 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 "отрицания отрицания" — происходит при рассмотрении проблемы права и морали. Мораль, которая на уровне догматической юриспруденции как бы возвышается над догмой права (и право в целом подчас вообще трактуется всего лишь как "минимум мо-

рали"), а при освещении логики права, его собственное развитие отдифференцируется, "высвобождается" из-под влияния морали и других социальных регуляторов, здесь, в области 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 [II. 16. 2].

В данной части книги при характеристике права под философским углом зрения в этих же, как 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 — и под тем углом зрения, который обусловлен обоими уровнями теории права (аналитической и инструментальной), и тем подходом к юридической материи, который вытекает из философии права.

Весьма важно при этом то, что "завершающая", философская *ступень* теории позволяет поставить все точки над "i" — ответить на те вопросы, обозначенные ранее как "тайна права" [II. 9. 3], решить которые теория права как таковая (даже на уровне инструментальной концепции) не в состоянии.

## § 2. Предмет философии права

**1. "Философское правопонимание" и особенности предмета философии права (постановка вопроса).** 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", собственную, 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 назначение<sup>1</sup>.

В чем же заключается такое "расширение границ" предмета философского правопонимания?

<sup>1</sup> 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 какую-то 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.

**2. Парадоксальность научного подхода. Широкая трактовка "права".** 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 почва права*.

Не парадокс ли? Выйти за границы юридической материи и в то же время оставаться на почве права, в пределах правовой проблематики!

Есть ли выход из такой парадоксальной научной ситуации?

Да, есть. Все 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 уже упоминалось (в частности, при характеристике сложных процессов формирования позитивного права) [II. 6. 1]. Теперь настало время сказать об этом более обстоятельно. Итак, что это за "широкое" значение права?

Дело в том, что 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.). При чем используется везде так, что позволяет оценивать поведение лица с позиций "*имеет или не имеет, оно право поступать определенным образом*". И все же, несмотря на разнообразие, отдаленность областей жизни, где используется слово "право", то общее, что характерно для данного слова, 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 обособанность, о правданность статуса и определенного поведения людей, в первую очередь обоснованность, оправданность свободы (возможности) такого поведения*. Причем обоснованность, оправданность, которые так или иначе *должны быть признаны* в обществе, в его *практической 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 *достаточно основание*<sup>1</sup>.

Такое глубокое содержание, скрытое в слове "право", недрится в самой надежной и основательной копилке человеческой мудрости — принятом словоупотреблении (в том числе и строго юридическом значении 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

<sup>1</sup> Не может не привлечь к себе внимания то обстоятельство, что широкая трактовка права (перекликающаяся с суждениями авторов, обосновывающих 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 высокозначимых 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.

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 связи с этим позволяет при "выходе за границы" правовой материи оставаться все же "на почве права".

И главное — 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, увидеть 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.

**3. 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 ри-

туальная церковная идеология). Именно в этике с того времени и до наших дней находят достаточное основание и поддержку характерная для права во всех его разновидностях категория справедливости — соразмерности, меры, а также сама возможность принуждения людей к соблюдению каких-то 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 непрекаемой догмы. Ряд юридических систем традиционных восточных обществ, в том числе мусульманского права, традиционно-индусского, китайского права, в значительной мере вообще, как мы видели [II. 6. 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.

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 возвеличивает любое угодное власти (и церкви) законодательное, административное или судебное решение; или же дает безусловное основание его блокирования или корректировки, уточнения, 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 и 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 верования, обосновывающие юридические установления и порядки теократических и иных религиозных обществ, стали предпосылкой для идеологии права — той ориентации духовно-интеллектуального объяснения права, когда оно "выводится" из метаюридических категорий, мировоззренческих систем и связывается с политико-властными реалиями данного времени. К этому нужно добавить, что такого рода духовно-интеллектуальные формы так и оставались в пределах этики и религии, не образовывали 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 правосу-*

дия 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 освящение 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.

### § 3. Формирование философии права

**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 углом зрения того, 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 правовых знаний. Что и было ранее отмечено при использовании философских подходов к юридической догматике [I. 3. 1].

Еще более значимый эффект дало рассмотрение права с точки зрения категорий социальной реальности и теории систем, что во многом предопределило новые подходы к праву [II. 4. 1].

Вместе с тем и в первом, и даже во втором случаях использование философских данных не изменило природу, профиль указанных ступеней общетеоретических знаний (разве что общая теория права выступила в двух ипостасях — "аналитической" и "инструментальной" теорий, и на втором из указанных уровней теория вплотную подошла, пожалуй, даже потребовала 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 нагрузкой, 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"<sup>1</sup>.

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 (сопровождавшиеся порой предложениями заменить сложившиеся юридические термины философскими, например, "источник права" термином "форма 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 оттенить то обстоятельство, что последовательно творческое результативное использование философских положений в правовом материале само по себе если и приводит 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 и повторяющиеся данные конкретных юридических дисциплин на уровне юридической догматики, но и вся сложная, многообразная система правовых средств с характерной для нее своеобразной логикой права.

**2. Единый "поток" и моменты истины в развитии философско-правовой мысли.** Формирование и развитие философии права, выражающей состыковку философии

<sup>1</sup> Малинова. И. П. Философия права (от метафизики к герменевтике). Екатеринбург, 1995. С. 41.

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"<sup>1</sup>.

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, отбрасывали 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 ответвления* (которые нередко далеко отходят один от другого, но в конечном счете все же сходятся в едином русле).

Основу первого ответвления 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 одном направлении, связанном в основном с постижением и с утверждением 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, неотвратно двигаться в русле этого единого потока. И это значит также, что именно в таком потоке, его тенденциях и итогах кроется истина в философском постижении права.

Философски высокозначимые положения в этом едином потоке 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 крупниц разнопрофильных взглядов, которые и надлежит с необходимой корректностью вычленивать в науке, образуется исходная основа философских взглядов в правоведении.

С рассматриваемой точки зрения важно обратить внимание на то, что существует и *другое отвлечение* в этом едином потоке — развитие аналитической юриспруденции как *единого, углубляющегося и нарастающего потока (направления) специальной юридической мысли*, — сначала на уровне юридической догматики, а затем, уже в нынешнее время, также и на уровне всего комплекса правовых средств, специфической логики права.

Так что, по сути дела, перед нами в рассматриваемой области знаний оказывается два направления развития познавательного человеческого духа, которые начиная с эпохи Просвещения "вошли в контакт", стали 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 этих ответвлений единого потока развития человеческих знаний (и, что наиболее важно, в тех направлениях, которые раскрывают смысл и назначение 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.

Таковыми озарениями в философском постижении права, ключевыми звеньями, звездочками в раскрытии его смысла и предназначения стали, на мой взгляд, идеи двух мыслителей последних двух столетий — **Иммануила Канта и Иосифа Алексеевича Покровского**.

**3. Идущие навстречу друг другу.** То обстоятельство, что два этих 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 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, пра-

вовые 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".

Но вернемся к Канту и И. А. Покровскому.

Да, Кант и И. А. Покровский — мыслители и люди очень разные. Далекое по времени эпохи, Кант — конец XVIII в., 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 нынешнее российское время, когда на щит поднимаются все заметные дореволюционные юристы, далеко не всегда упоминаемый нашими коллегами-гуманитариями, да и нами, современными специалистами по правоведению<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> Блестящую вступительную статью к основному труду Иосифа Алексеевича Покровского с 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.* Указ. соч. С. 3—32).

властным персонам. И, увы, тяжкий уход из жизни: у одного после мученической болезни, угасания интеллектуальных сил, у другого — из-за мученической жизни в пору военного коммунизма, смерть у порога дома с вязанкой дров за плечами.

Наконец, роковая схожесть судеб творческих свершений по 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 предвещала 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, как Кант и И. А. Покровский — каждый со своих творческих позиций — "сблизили" бы 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 и Кант, и И. А. Покровский хорошо, досконально знали право, его конкретику, данные и достижения юридической куль-

туры. 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"<sup>1</sup> — 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"<sup>1</sup>. 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"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Покровский И. Л. Указ. соч. С. 121.

<sup>2</sup> См.: Редькин П. Г. Из лекций по истории философии права в связи с историей философии вообще. СПб., 1989. С. 395—396; Малиново. И. Л. Указ. соч. С. 14—17.

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 оценки права, когда Кант говорит о нем как о "цели общества".

И еще один штрих в творчестве И. А. Покровского, имеющий, быть может, значимость, увы, не понятого 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 ("солидарности" не по Л. Дюги, отрицавшему субъективные права вообще, а настоящей, истинно человеческой солидарности по И. А. Покровскому) [Ш. 16. 5] также так и осталась не оцененной в науке. Хотя, надо заметить, практически после Великой депрессии, поставившей капитализм на грань тотальной катастрофы, и после Второй мировой войны, предотвратившей истребление человечества тоталитарными режимами, именно она, идея действительной человеческой солидарности, вместе с идеей верховенства права воистину в кантовском его понимании практически и восторжествовала в передовых, ныне процветающих демократических странах Запада.

**4. Концепция.** 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 (жизнь права) философско-правовые идеи не просто уточняются, корректируются, а формируются, реально существуют, наличествуют, утверждаются, оказывают 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, ценностей<sup>1</sup>.

Главное же здесь вот что. Интеграция философских идей и данных правоправедения нуждается не только в том, чтобы соответствующие философские и правоправедческие знания достигли известной "критической массы", но и в том, чтобы в самой этой интеграции выделялись 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 и, что особо существенно, с его *специфической логикой* и, бо-

<sup>1</sup> Известно, например, что замечательный философ Фихте дал настолько точную, изящную философскую разработку категории прав человека и, что особо существенно, их особенностей как категорий естественного права (см.: *Фихте И. Г.* Соч. СПб., 1993. Т. 1. 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 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.

лее 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 — в с т р е т и т ь с я* в одном высокозначимом пункте, раскрывающем смысл и назначение права в жизни людей.

А это означает (и материал настоящего исследования претендует как раз на такого рода разработку) два *встречных процесса*.

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, позволяющим 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 юридической наукой, *находит свое обоснование в философских данных как своей духовной, мировоззренческой основе.*

В итоге же перед нами оказывается материал целостной интегрированной области философско-правовых знаний. И в этом материале мировоззренческие данные, об-

разующие основу философии права, не просто переключаются, 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, территорий 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 естественно-правовое настроение... приобрело в

XVII и XVIII вв., в эпоху, которой и *дается по преимуществу название эпохи естественного права*"<sup>1</sup>.

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 философское осмысление правовой действительности начинаются 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 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 значением термина "право" в широком смысле этого понятия*.

А это значение, как уже отмечалось ранее [III. 10. 2], выявляет как раз самое глубинное, существенно важное, сокровенное для права, то, что таится в самой его сути. То, скажу еще раз, что *да е т* 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 и во все последующие времена связывается именно с природой, с естественно-природными основами

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 62.

"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"<sup>1</sup>. 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 и даже из некой 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 интерпретацию<sup>2</sup>.

И вот здесь при всем многообразии взглядов по рассматриваемому вопросу необходимо с должной четкостью

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Об основных значениях категории "естественное право" и об основных взглядах по этому вопросу см.: *Четвернин В. Л. Основные концепции естественного права.* М., 1988.

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 такой 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 и увидеть *реальные основы*, точнее, быть может, *предосновы {предпочву}* права<sup>1</sup>. Причем такие основы или предосно-

<sup>1</sup> И. А. Покровский справедливо замечает, что даже при простом применении права возникает этическое чувство — справедливо—несправедливо. "На почве этого элементарного этического чувства постепенно развивается философская рефлексия, которая уже в античном мире приводит к зарождению идеи так называемого естественного права. 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 развертывается целый ряд вопросов совершенно иного порядка, чем те, с которыми имеет дело догматика права" (см.: *Покровский И. А. Указ. соч.* С. 61).

вы, 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 в области естественных наук)"<sup>1</sup>, выражает и требования разума, и императивы врожденных инстинктивных программ поведения — "желание быть свободным, потребность иметь собственность"<sup>2</sup>.

Таким образом, суть идеи естественного права 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*. К числу таких требований относятся, например, право на эквивалент в хозяйственных делах, право первенства, право старшинства, право народов на определение своей судьбы и так далее.

<sup>1</sup> Дольник В. Непослушное дитя биосферы. М.: Педагогика-пресс, 1994. С. 168.

<sup>2</sup> 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 обоснованы, оправданы в данных жизненных условиях с позиций господствующего миропонимания.

Вместе с тем на первых фазах человеческого бытия, в древние да и средневековую эпохи в качестве "естественных" нередко понимались 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 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, претендующих на универсальность философских систем.

Это и случилось, как свидетельствует история духовно-интеллектуальной жизни людей, с положениями об

естественном праве. Они получали подчас сугубо этико-религиозную трактовку<sup>1</sup>, особую интерпретацию с точки зрения той или иной религиозной или философской 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 авторов<sup>2</sup>). Или такие же особенности, которые характерны для позитивного права, т. е. построение в виде некой, 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"<sup>3</sup>.

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 Спинозы\*.

<sup>1</sup>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" (см.: *Покровский И. А.* Указ. соч. С. 62).

<sup>2</sup>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).

<sup>3</sup>*Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 35.

<sup>4</sup>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" (см.: *Спиноза Б.* Избранные произведения. Т. 2. М., 1957. С. 291).

Именно тогда оказалось возможным увидеть действительно "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 *одиопорядковую 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 идеей, 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.

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 естественных-правовых требований.

В реальном человеческом бытии некоторые элементарные требования жизнедеятельности (такие как императивы эквивалентности при обмене, "старшинства", "первенства", "очередности") действительно довольно проч-

но 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)<sup>1</sup>. Именно такая характеристика правопорядка, который должен образовать "вторую природу", характеристика, основанная на естественно-правовом подходе к юридическим явлениям, является важнейшей методологической предпосылкой для выработки основополагающей категории современного права — правозаконности.

**3. Естественно 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 естественно-го 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").

Шеллинг Ф. В. Соч. Т. 1. С. 447.

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"<sup>1</sup>).

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 естественной среды требования приобретают облик *правовых* требований и складывающиеся в соответствии с ними прообразы пра-

<sup>1</sup>Кант И. Соч. В 6 т. Т. 3. С. 502.

вил — характер *прообразов 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 — первообразов) 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 [Ш. 14. 1].

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 народовластия, неотъемлемых прав человека.

**4. Естественное право в соотношении с позитивным правом.** Исходный пункт, на который уже ранее обращалось внимание, здесь таков. *Само по себе естественное право не может (не должно по самой своей сути) выполнять функции, присущие позитивному праву: выступать в качестве общеобязательного регулятора поведения лю-*

<Эей, 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.

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 [Ш. 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"<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 60.

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 требованиях 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 правом<sup>1</sup> и которое, смею думать, во многом благодаря этому и получило определение "писаный разум". И потому, пишет И. А. Покровский, "вся цивилистическая юриспруденция проникнута романистическим духом: истинным правом, правом самого разума — *ratio scripta* — считается только римское право"<sup>2</sup>.

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 высокочисленный 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.

<sup>1</sup> И. А. Покровский пишет: ", идея естественного права уже у римских юристов приобрела серьезное практическое значение: естественное право и- справедливость, *ius 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" (Покровский И. А. Указ. соч. С. 61).

<sup>2</sup> Там же. С. 54.

Здесь мы встречаемся с такой особенностью правовой действительности, которую можно, пожалуй, именовать основной антиномией, выражающей соотношение естественного и позитивного права. Существо ее 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, произвольно, сообразно представлениям и идеологическому настрою тех или иных лиц; и вообще по самой своей сути не предназначены для непосредственной регламентации поведения людей<sup>1</sup>.

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, буд-

<sup>1</sup> 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. Математическое правоведение. Ч. 1: Естественное право. Екатеринбург, 1998). Не касаясь иных соображений, представляется существенным заметить, что 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.

то бы выраженное в каких-то архаичных постулатах, 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 специфической логики).

## § 2. Глубинные основы естественного права (постановка проблемы)

**1. О сути проблемы.** В постановочном порядке хотелось бы высказать соображения о "замысле" природы и 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;

— отношение 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. Пра-

во с этих позиций в немалой степени коренится в характерной 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 целесообразности<sup>1</sup> — 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 разум<sup>2</sup>. Разум и его носитель — человек, высшее творение природы, и являются наиболее высоким выражени-

<sup>1</sup> Кант говорит о "великой в своем искусстве природе", "в механическом процессе которой обнаруживается целесообразность" (см.: *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. М., 1994. Т. 1. С. 405), а в другом месте — о "путеводной нити природы", "таинственным образом связанной с мудростью" (Там же. С. 107).

<sup>2</sup> Впрочем, с позиций автора этих строк указанные "три варианта" (Бог, "информационное поле", закономерная логика развития объективных процессов, связанная с тем, что возник разум человека) означают по своей сути *одно и то же*.

ем этой одухотворенной целесообразности, заложенной в природе.

И вот главный пункт кантовской характеристики природы (наиболее значимой для нас, людей). В игре свободных волей людей, существ разумных, но действующих нередко по мотивам, сотканным "из глупости, детского тщеславия, а часто и из детской злобы и страсти к разрушениям"<sup>1</sup>, в конечном счете проявляется "замысел" природы, ее "предусмотрена" (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", — 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 последнюю из указанных ссылок: коль скоро высшим творением природы стал разум, 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"<sup>2</sup>.

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 живо-

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 83. Напомним, что здесь и дальше при ссылках на это издание используются материалы таких трактатов и статей, содержащихся в первом томе указанных выше сочинений 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).

<sup>2</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. NL, 1994. С. 85.

го 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 проявлениях<sup>1</sup>? Каким образом, спрашивается, при 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"<sup>2</sup>!

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"), 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 раз-

<sup>1</sup> Кант, отдавший много труда возвеличению 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 Вожъе*; история свободы — со зла, ибо она — *дело человеческое*" (см.: Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 165, 191—192, 169).

<sup>2</sup> Там же. С. 87.

вития 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 — запомним 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 действия? В чем-то — да, для этого. Но рассуждения Канта на этот счет по своему существу иные; они воистину парадоксальны.

В 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"<sup>1</sup>, (выделено мною. — С. А.). Не благодный мир, не доброе согласие и 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 жизни, 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

<sup>1</sup>Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 95.

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 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"<sup>1</sup>.

Но в этом как раз и кроется суть дела! Иначе, без такого напряжения сил, которое может вызвать только постоянный антагонизм в указанных ранее проявлениях (конкуренция, состязание и др.), не справиться со стихией "окультуренных пороков", со стремлением к беззаботной, не отягощенной трудностями жизни и не окунуться в атмосферу постоянного, 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 его рода: она хочет раздора. Он хочет жить спокойно и в свое удовольствие, а природа хочет, чтобы он вышел

<sup>1</sup>Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 93.

из состояния нерадивости и бездеятельного довольства и окунулся в работу и трудности"<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>. 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 осуждаем<sup>3</sup> (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, злорадство<sup>4</sup>).

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 93.

<sup>2</sup> 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"<sup>1</sup>.

<sup>3</sup> 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 начат 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 дальше.

<sup>4</sup> Кант И. Из Лекций по этике // Этическая мысль. 1988. С. 328.

Однако — стоп! Скажу еще раз: при всех разноплановых 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, важности для человеческого прогресса, неизбежно порождают зло<sup>1</sup>, и вообще обстановка постоянного антагонизма, необщительной общительности "грозит обществу разъединением", "многими бедствиями"<sup>2</sup>, 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 блокировать, локализовать подобные последствия, а еще лучше при помощи разума "злое" обратить в "добро"<sup>3</sup> 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*<sup>4</sup>.

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 чле-

<sup>1</sup> 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 (!!!) для применения своей свободы..." (см.: Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 22).

<sup>2</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 91—93.

<sup>3</sup> Там же. С. 347.

<sup>4</sup> Там же. С. 95.

нам 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 е 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).

*Э т о п р а в о !*

Создается даже впечатление (запомним его, тут уже шаг к пониманию тайны права!), что феномен права по своим свойствам и своей 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"<sup>1</sup>. Свобода же, не основанная на законе, свобода вне права, — это, по Канту, свобода "беззаконная", "безрассудная", "дикая", "животная", "варварская"<sup>2</sup>.

Итак, получается (если подвести некоторый итог изложенному), что право не нечто второстепенное, не вторичное и не очень обязательное в жизни сообщества людей.

В действительности 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 преодолеть

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 387.

<sup>2</sup> Там же. С. 103, 107, 395 и др.

вать негативные стороны свободы (а значит, и противоречивые проявления разума), а главное — обеспечивать оптимальное функционирование условий и стимулов, приводящих к поступательному, прогрессивному развитию человеческого рода.

И 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 идет по пути 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 правом (тем, которое служит одной лишь власти, своекорыстным групповым интересам) — общество бесперспективное, исторически обреченное на хаос, 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 — ряда философских воззрений. В том 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"<sup>1</sup>.

И в такой характеристике может быть обнаружено не только отражение одной из особенностей раннебур-

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 49—421.

жуазного просветительского мышления<sup>1</sup>, но и предположение о том, что *корни права находятся в органике человека, в его, если угодно, биосоциальной природе.*

Именно сейчас, 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, также заложенные в человеке: желание быть свободным, потребность иметь собственность (включая землю, дом, семью), запрет убивать, грабить, отнимать, притеснять слабых"<sup>2</sup>.

Думается, есть весомые основания полагать, что *органическая потребность и в этом отношении биосоциальное ощущение права, стойкое природное уважение к нему 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.

<sup>1</sup> "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 беспепелляционно превращал в природное свойство людей само их гражданское правомочие" (см.: Соловьев Э. Ю. И. Кант: взаи-модополнительность морали и права. М.: Наука, 1992. С. 157).

<sup>2</sup> Дольник В. Непослушное дитя биосферы. М., 1994. С. 169.

И вот какой момент представляется здесь существенно важным. Если верно предположение о том, что глубокие природные предпосылки 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:

во-первых (что имеет в мире "социальных животных" доминирующее значение), "свобода" и соответствующие "права" особей-звеньев сверху вниз по лестнице иерархической организации — верховного иерарха (вожака стаи), избранных им самок, "приближенных", "приживалок", "шестерок", и дальше — вниз по иерархической лестнице;

во-вторых (что в мире "социальных животных" может быть обозначено всего лишь как намечающаяся возможность), "свобода" каждой особи организованного общества, 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 жестокости, железной причинности, природной неотвратимости, неотделимости от человеческих бед, пороков, зла. И если ограничиться только такой "природной" плос-

костью 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 была определена в качестве "второго измерения" права его особенность 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, вине<sup>1</sup>. 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. 16. 2].

### § 3. Высшие ценности. Естественное право и современность

#### 1. Высшие ценности естественного права и судьба позитивного права. Развитие позитивного права и фило-

<sup>1</sup> Как справедливо отмечено в философской литературе, "антитеза свободы и природы — центральная идея философии Канта, прямое выражение постулируемой ею раздвоенности всего существующего на мир явлений, совокупность которых образует природу, и на его первооснову — мир "вещей в себе", пребывающий по ту сторону категориальных определений природы" (см.: *Ойзерман Т. И.* К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 66).

софских представлений о нем решающим образом определяется 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 гражданскому обществу, — *уже сработало*.

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, которое в науке характеризуется как период "возрождения естественного пра-

ва", последнее через категории неотъемлемых прав человека 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) 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.

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 высокому статусу, неотъемлемым правам и их роли в жизни людей, общества) здесь определяющее значение имеют еще два ряда факторов. Это:

*в о - п е р в 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, и особо — в ряде направлений и сфер жизни общества. 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 — 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 естественнонаучных 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"<sup>1</sup>;

*в о - в т о р ы х*, — *преломление требований естественного права через новые "пласты социальности"*, рожденные гигантским научно-техническим прогрессом. Такие — прежде всего 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 про-

<sup>1</sup> Мальцев Г. В. Новое мышление и современная философия прав человека // Права человека в истории человечества и в современном мире. М, 1988. С. 35.

цессы, внедряющиеся в саму органику отношений собственности и деловой жизни, и плюс к тому еще особые сферы специфических отношений по услугам, таких как медицинские, сочетающие большую социальную значимость и высокий профессионализм, достижения и требования современной техники.

Вместе с тем надо сразу же заметить (более подробные характеристики — дальше) [Ш. 13. 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 эпоху<sup>1</sup>, далеко не во всем прав (а с точки зрения понимания специфики правовой материи принципиально не прав), когда говорит: "... потому да бу-

<sup>1</sup> Отмечая понятийную ограниченность античного права, О. Шпенглер говорит в этой связи, что "достаточно бросить взгляд на немецкое частное и уголовное право", чтобы увидеть: "понятийно, 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?". Поставив ряд аналогичных вопросов, 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*" (см.: Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. М.: Мысль, 1998. 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, относящихся к пониманию реальности, специфического "тела" права), сколько для суждений самого О. Шпенглера в связи с непониманием им специфики материи права.

дет 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"<sup>1</sup>.

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 функционирует 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, грубом 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 объективированных формах, пусть и в таких своеобразных, как "бездокументарный оборот ценных бумаг", 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 своеобразие складывающихся на их основе комплексных образований — экологического права, инфор-

<sup>1</sup> 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 потребуется 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.

мационного 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). 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 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 веке 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 в. — 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 возрождению естественного

права"<sup>1</sup>. 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"..."<sup>2</sup>.

Да, можно утверждать без колебаний, что и ныне, когда человечество только вступило в третье тысячелетие христианской эры, вновь, как и столетие тому назад, перед бездной "слепоты и беспомощности" в области права приходит — будем верить — пора "*великих идей*" и "*всеобщих истин*"! Не сбиться бы только вновь с пути их постижения, основательного понимания и реального утверждения в нашей жизни...

## Глава двенадцатая Два полюса

### § 1. Гуманистическое право: идеи, ценности, реальности

**1. Предварительное замечание — о некоторых сторонах и критериях развития права.** Естественное право на всех этапах становления и развития человеческой цивилизации остается неизменной, активной, "тревожащей" предосновой позитивного права.

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 брουνсовский поток человеческих поступков и страстей все же пробивает себе дорогу "замысел" природы, все более заметными и определяющими становятся в жизни людей

<sup>1</sup> Покровский И. Л. Указ. соч. С. 75. <sup>1</sup>  
Там же. С. 76.

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 рутинные требования жизнедеятельности (требования "старшинства", "очередности", "око за око"), 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 воплощается в категориях современного естественного права — неотъемлемых правах человека.

И вот тут представляется важным обратить внимание на то, что в органической связи с указанными процессами в развитии права во все большей мере раскрывается его исконная природа и историческое предназначение. И это выражается в довольно четком объективном критерии, заключающемся *вместе, которое занимает позитивное право в системе регуляторов внешних, практических отношений — средств решения "по праву" возникающих на их основе жизненных ситуаций.*

Коренной вопрос здесь: *каково место и 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 [П. 6. 1], тенденция, в соответствии с которой доминантой в социальной жизни все более 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 потенциалы?

При рассмотрении сложных процессов становления и развития философии права, неизменно опирающейся на

реальные процессы в позитивном праве, пусть этот объективный критерий будет постоянно в поле нашего зрения.

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 юридических критериев, их приспособления к требованиям современного общества, но и процессы консервации традиционных начал или даже превращения неюридических принципов и норм под прикрытием современных правовых форм в приоритетный, доминирующий социальный регулятор (коммунистическое право).

**2. 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, происходившего в человеческом обществе в XVIII—XX вв., 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, европейскому Возрождению и его кульминации — эпохе Просве-

щения, формирования свободной рыночно-конкурентной экономики и связанного со всеми этими процессами демократического переустройства человеческого общества.

Решающая основа указанных глобальных процессов — переход от традиционных (властно-силовых) к персонцентристским цивилизациям, который, по утверждению А. С. Ахаезера, представляет собой общую, глобальную, 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"<sup>1</sup>.

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.

<sup>1</sup> Ахаезер А. С. Россия: исторический опыт. М., 1991. Т. 1. С. 332—333. Весьма симптоматично, что идея общего глобального перехода человечества к последовательно демократическим (либеральным) цивилизациям, как говорится, "висит в воздухе", находит в различных теоретических построениях и словесных формулировках признание многих мыслителей. Она, как мне кажется, 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" (см.: Бергсон Л. Два источника морали и религии. М., 1994. С. 305, 306). По всем данным, приведенные суждения вполне распространены на разграничение культур на соци(системо-)центристские и персонцентристские (об этом речь впереди), на ряд других философских и политических разработок последнего времени.

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.

**3. Центральное звено. О философских взглядах Иммануила Канта.** 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 — выступила 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 *выбора по своему собственному усмотрению, поступать сообразно своей воле и своему интересу*, 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 — Ф. М. Вольтер, Ш. Монтескье, Д. Локк, другие мыслители-гуманисты, 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 право<sup>1</sup>, 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 Канта<sup>2</sup>.

Почему Канта? И почему — как уже отмечалось ранее [Ш. 10. 3] — философские взгляды этого мыслителя, вместе со взглядами русского правоведа И. А. Покровского, образуют важнейшие, определяющие стороны философской основы настоящей работы в целом?

При ответе на эти вопросы необходимо для начала заметить, что именно "Кант оказался первым из немецких мыслителей, который определил право не просто через понятие юридической свободы, но через понятие свободы именно в философском смысле"<sup>3</sup>. А это, в свою очередь, объясняется по крайней мере двумя причинами.

<sup>1</sup> 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" (см.: *Ершов Ю. Г.* Философия права (материалы лекций). Екатеринбург, 1995. С. 33).

<sup>2</sup> Достоинство 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.* 1VL, 1994. С. 29—30).

<sup>3</sup> *Баскин Ю. Я.* Очерки философии права. Сыктывкар, 1996. С. 17.

Во-первых, основательностью философских взглядов этого родоначальника немецкой классической философии, явившихся основой философской революции, свершившейся на пороге и в начале XIX в. и представлявшей в области философских знаний своего рода "коперниковский переворот". Обратим внимание — "тсоперниковский 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, и что как раз — вслед за философией — именно сейчас необходимо правоведению.

Во-вторых, глубина и ценность философских взглядов Канта на право обусловлена и тем, что его творчество выпало на период самого крупного качественного перелома в истории человечества, когда историческая ситуация "взорвалась" и начался реальный и уже необратимый переход от традиционных к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям — переход, ознаменованный глобальным революционизирующим влиянием на духовную и социальную жизнь людей Французской революции<sup>1</sup>.

В противовес получившему широкое хождение, особенно в обстановке господства марксистской идеологии, изречению Маркса о том, что философию Канта можно считать "*немецкой теорией Французской революции*"<sup>2</sup>, концепция Канта должна ставиться в соответствие вовсе не с немецкой, а с эпохальной, общеевропейской политической тенденцией<sup>3</sup>. С учетом ранее изложенных соображений есть основание сказать определеннее: учение Кан-

<sup>1</sup> По справедливому мнению Ю. Хабермаса, именно Франция является страной, которая воплотила главную линию сознательного исторического развития — благодаря революции избрала для мира демократическую культуру и вследствие этого "буржуазные революции, имевшие место ранее, а именно: голландская, английская, американская, только благодаря французской революции обрели свой облик в *качестве* революций" (см.: *Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 62).

<sup>2</sup> *Маркс К.* Соч. Т. 1. С. 88.

<sup>3</sup> См.: *Соловьев Э. Ю., И. Кант: взаимодополнительность морали и права.* М.: Наука, 1992. С. 39.

та, в том числе его взгляды на право, на политическое и правовое устройство общества, вполне могут претендовать на то, чтобы они были признаны *основополагающими идеями, заложившими философские основы последовательно демократических, либеральных цивилизаций*, притом заложившими основы, в эпоху которых после Французской революции реально вступило человечество<sup>1</sup>. Кант, территориально отдаленный от Французской революции в европейском пространстве, в своем легендарном "кенигсбергском затворничестве"<sup>2</sup> осмыслил впечатляющие последствия 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 виде<sup>3</sup>. И именно это (вместе с "коперниковским" подходом), как ни парадоксально, и сделало взгляды Канта по правовым вопросам остро актуальными и в настоящее время — время перехода 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 такого рода определениях, основанных на философии

<sup>1</sup> Х. Оберер пишет, что Кант не только использовал терминологию и "фактуру" правовых идей Гоббса, Локка, Юма, Монтескье и особенно Руссо, но и принял многие социально-философские идеи Французской революции (см.: *Oberer H. Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre // Kant-Studien*. В. 1973. Jg. 64. Н. 1).

<sup>2</sup> 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" (см.: *Соловьев Э. Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права*. С. 5).

<sup>3</sup> "Эпоха Канта — эпоха Просвещения, которому Кант придает новую, обогащенную самокритикой разума, историческую форму" (см.: *Ойзерман Т. И. Этикотеология Канта и ее современное значение // Вопросы философии*. 1997. № 3. С. 111).

Канта и по ряду характеристик уже отмеченных в предшествующей главе. Это: *понимание свободы как основополагающего элемента бытия к а ж д о г о 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 источника восходящего развития человечества<sup>1</sup>.

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.

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, — *р а з у м о м*.

<sup>1</sup> 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" (см.: *Гегель Г. Ф. В. 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" (см.: *Гегель Г. Ф. В. Соч. М., 1935. Т. XI. С. 444*).

*А разум по своей сути и есть свобода*; свобода — его, разума, неотъемлемые и, если угодно, само собой разумеющиеся проявления и атрибут. Разум, поскольку он не является одним лишь инструментом одновариантных биологических импульсов и страстей, "зовом" подсознания, поскольку он не замкнут всецело на них (что также нельзя упускать из поля зрения), как раз и представляет собой способность сделать собственный выбор, решать жизненные проблемы с а м о м у . И значит — способность выйти за пределы жестких, императивных, непререкаемых 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 еще одно соображение, прямо выводящее "проблематику разума" на право. Ведь разум в только что обрисованных характеристиках (и прежде всего по механизмам перевода свободы в активность, в творческую созидательную деятельность человека) — источник не только радостного, светлого и возвышенного в жизни людей, но и по своим теневым сторонам, особенно в случаях его прямой подчиненности биологическим импульсам и страстям, "зовом" подсознания, — источник того, что находится на самой грани негативного в нашей жизни, а подчас и прямо равнозначно злу и бесовщине: произволу, своеволию, бесчинствам и насилию. Всему тому, что выражается в "полном антагонизме", столь неотвратимо конструктивном в условиях свободного общества и одновременно — страшном и гибельном.

Потому-то (и именно тут раскрывается величие кантовской мысли) "сам" разум ввиду указанной и тоже вселенской опасности *не может не упорядочить себя*, не может не породить такую истинно человеческую свободу, которая находит свое выражение в институте своего

строгости и точности "определения границ" и "обеспечения". То есть в праве.

*Ибо именно право по своей исходной сути представляет собой образование из жизни людей, которое логически и исторически предназначено быть институтом, призванным реализовать свободу — свободу каждого человека, придавать ей определенность и обеспеченность (а также согласованность со свободой всех других индивидов), а отсюда — человеческое содержание, истинно человеческую ценность.*

Вот и получается, что праву (притом сообразно самой его логике) уготована роль верховного, высшего регулятора в обществе. И это в соответствии с требованиями социальной жизни на известной стадии развития цивилизации "ведет" к такому состоянию общества, когда неизбежно должен восторжествовать принцип верховенства права: его безусловно доминирующая роль в области внешних, практических отношений людей, его монополия при рассмотрении ситуаций, требующих решений "по праву".

Слов нет, юридическая система, существующая в обществе, регулирует всю сумму складывающихся в нем общественных отношений во всем их многообразии, исторической и ситуационной специфике.

При этом, вполне понятно, в юридических установлениях и практике их применения находят выражение разнообразные основания и условия жизнедеятельности данного сообщества, прежде всего экономические, хозяйственные (что стало доминирующим постулатом марксистской коммунистической доктрины, придавшей всепоглощающую значимость воздействию на право "экономического базиса"). Велико и прямое персональное или узкогрупповое воздействие на право людей, наделенных властью и способных в силу этого превратить юридическую систему в инструмент власти, средство решения идеологических задач.

Но при всем при том, не упуская из поля зрения ни один из экономических, политических, этнических и иных

факторов, воздействующих на позитивное право, учитывая при этом значительную зависимость юридических установлений и практики их применения от произвола власти, диктата идеологии, лично-группового произвола, принимая во внимание все это, следует все же при истолковании феномена права исходить в первую очередь из философского его видения. Из того исторического (в известном смысле — мирозданческого) предназначения права, которое состоит в конечном итоге в *утверждении в жизни людей свободы каждого человека в ее глубоком, истинно человеческом смысле и значимости*<sup>1</sup>.

Надо заметить, что с конца XVIII — первых десятилетий XIX в. начался относительно долгий, многоступенчатый, порой мучительный процесс обретения складывающейся философией права необходимых для нее материалов с "юридической стороны", накопления в реальной действительности правовых данных — конструкций и институтов, объективно, в силу логики жизни адекватных существу указанных философских разработок.

Здесь уместно напомнить ту принципиально существенную черту философии права как науки, в соответствии с которой ее исходные философские идеи находятся в единстве и во взаимодействии с развитием "самого" права. И, кстати, изложенные весьма существенные философские положения, связанные с философски-

<sup>1</sup> Приведенные определения свободы, построенные на воззрениях Канта, могут быть дополнены суждениями других великих мыслителей.

Здесь, на мой взгляд, прежде всего следует сказать о взглядах по рассматриваемому вопросу Шеллинга. И в них, во взглядах Шеллинга, есть ключевой пункт, который нельзя упускать из поля зрения. Если позитивное право через свое предназначение — "сохранять границы и обеспечивать" — становится необходимым для свободы, дающей простор "постоянному антагонизму", то оно не может быть случайным, неустойчивым и зыбким, не преграждающим произвол эгоистических влечений и не зависящим от какой-либо иной объективной необходимости. Вот что пишет на этот счет Шеллинг: "Для самой свободы необходима предпосылка, что человек, будучи в своем действовании свободен, в конечном результате своих действий зависит от необходимости, которая стоит над ним и сама направляет игру его свободы... Посредством моего свободного действия для меня должно возникнуть также нечто объективное, вторая природа, правовое устройство" (см.: Шеллинг Ф. В. Соч. В 2 т. Т. 1. С. 458).

утонченным пониманием свободы, вовсе не predeterminedили еще того, в общем, закономерного (но зависимого от правового материала) их развития, которое привело в конечном итоге к формированию философии права в ее современном виде, т. е. в виде философии гуманистического права.

**4. Персоналистические философские взгляды.** Возрождение и его кульминация — Просвещение, разработки философов-классиков, прежде всего Канта, заложили исходные 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).

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 — "принцип личности как высшей ценности, ее независимости от общества и государства, от внешней среды"<sup>1</sup>.

Впрочем, досадно, что именно Н. А. Бердяев, наряду с идеями персонализма обосновавший как никто другой божественную природу свободы, имеющей, как мы видели, ближайшее отношение к праву, придавал остро негативное звучание всему тому, что сопряжено с легализмом и "законничеством"<sup>2</sup>. Тем более что во взглядах Н. А. Бердяева есть глубокие суждения об ограниченности демократии в ее упрощенном понимании и о том, что

<sup>1</sup> Бердяев Н. А. Самопознание. М., 1991. С. 104, 226.

<sup>2</sup> Там же. С. 89, 136.

отвлеченно-демократическая идеология сняла ответственность с личности, с духа человеческого, а потому и лишила личность автономии и неотъемлемых прав"<sup>1</sup>.

Попутно следует заметить, что эта беда коснулась не только философов, но и других обществоведов, в том числе — как это ни странно — самих правоведов. Даже такой видный правовед, как Б. А. Кистяковский, говорит о миссии права в знаменитых "Вехах" со многими оговорками, как бы извиняясь, относит право к "формальным ценностям", уступающим "нравственному совершенству" и "личной святости"<sup>2</sup>, а на перспективу приветствует соединение права с социалистическими порядками<sup>3</sup> (что в первые же дни Октябрьского переворота 1917 г. и сразу же с иными, жуткими реалиями и оценочными знаками, было продемонстрировано большевиками-ленинцами).

В этом отношении на должной высоте (опережающей господствующую философскую мысль) оказались суждения ряда передовых русских правоведов-цивилистов, и прежде всего правоведа-мыслителя И. А. Покровского. Он так же, как и Н. А. Бердяев, обосновывал идею персонализма, но в отличие от него, 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"<sup>4</sup>. 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

<sup>1</sup> Бердяев Н. Л. Философия неравенства. Письма к недругам по социальной философии. М., 1970. С. 212.

<sup>2</sup> Вехи. Сборник статей о русской интеллигенции. 1909. С. 101.

<sup>3</sup> См.: Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. М., 1916. С. 579.

<sup>4</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 77.

бы себе наилучшие условия для своего осуществления"<sup>1</sup>. Более конкретный и яркий вид противоположность между этими двумя воззрениями, заключает правовед, приобретает "в известном вопросе о взаимоотношении между личностью и государством точки зрения пределов власти этого последнего"<sup>2</sup>.

На мой взгляд, упомянутое выше отношение к праву как к "легализму", а отсюда и ущербность в понимании философии права, стало в немалой степени продуктом обожествления гегелевских схем и в не меньшей мере — эйфории социализма, точнее, социалистических иллюзий, охвативших Россию и другие страны в конце XIX — начале XX в. (к счастью, такая эйфория из числа упомянутых русских мыслителей миновала И. А. Покровского, а также ряд других передовых русских правоведов, например, В. Н. Дурденевского). Только кровавый ужас братоубийственной гражданской войны в России, а затем советского тоталитаризма 20—50-х гг., возвращенного на насильственно внедряемых социалистических представлениях, привел во второй половине XX в. к распаду социалистических иллюзий и верований, к краху философских основ коммунистической идеологии.

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 Западе<sup>3</sup>, идеалы свободы конкретизированно раскрылись в *идее правозащитности* — центрального, определяющего, как видно теперь, звена современной либеральной теории, сочетаемого с идеей человеческой солидарности (а также гуманистической философии пра-

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 78.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> См.: Мунье Э. Персонализм. М., 1992.

ва), 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"<sup>1</sup>.

**5. В потоке событий. Революция и право.** Развитие философско-правовых взглядов, их вхождение в жизнь, огранка, *восхождение* на новые, более высокие ступени сопровождалось "своим", развивающимся временем, когда 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 — наука по своей основе технико-прагматическая.

С этих позиций важно видеть и то, что, прогремев 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

<sup>1</sup> Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 128.

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 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. Насилия 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 своим верным сынам и слушателям (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 настроя, 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 называли 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 уничтожением людей, в том числе неизбежно невооруженных и непричастных людей, — 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", — там, где господствует хаос произвола, беспредельное бесчинство и своеволие (оправдываемые при особых переломных исторических обстоятельствах только так, как может быть оправдана 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 знаком обаяния лозунгов и романтической атмосферы Французской революции, с другой стороны — в какой-то мере легализовали практику захватнических войн и повлекли чудовищные жертвы, в противовес ценностям возрожденческой культуры реанимировали средневековые стандарты традиционного общества, низвели лишение человека жизни до некой "просто потери".

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 власти. 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 и крох 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 — гигантское, неконтролируемое усиление власти, ее террористические нравы, беспредельные самоуправство 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 потрясений<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 упречность, 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, при этом признано относительно допустимым только при несовершенстве юридической системы, неспособной обеспечить смену власти, и невозможности легально добиться такого совершенства.

Насильственное устранение тирана и при указанных обстоятельствах может быть социально оправдано (под углом зрения права в широком

Конечно, все это — уроки. Но они ничего не стоят, если из них не делаются надлежащие практически значимые выводы.

И вот из всех невероятной сложности хитросплетенных 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.

*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 услови-

---

смысле) только так, как может быть оправдана неподконтрольная разуму стихия или самый крайний случай, да притом с таким непременно последствием, когда происходит не простая "смена лиц" на властвующих тронах, а наступает конец порядку, когда судьба общества зависит от одной лишь "смены лиц". И когда в соответствии с этим все участвующие в такого рода акции лица-революционеры не становятся властвующими персонами (при таком, увы, обычно принятом повороте событий в системе властеотношений все вскоре возвращается на круги своя), а навсегда покидают область жизни, где господствует власть, или отдают себя в руки демократического правосудия, действующего на основе международно признанных юридических установлений при безусловном доминировании неотъемлемых прав человека.

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.

ях свободные выборы (плебисциты, референдумы) — да к тому же, как свидетельствуют уже современные данные, при развитии изоощренных "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, закона. При этом — такого позитивного права, такого закона, которые способны 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. То есть требует обретения демократическими лозунгами и принципами *правовой плоти*: их реализации в виде системы отработанных юридических конструкций, институтов, которые были бы способны сделать указанные лозунги и принципы *реальностью*.

**6. 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, уготовленного 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 по-

зитивного права с его человеческой основой — естественным правом и с властью.

Ключевым звеном в этом многосложном процессе стали *гражданские законы* (*общее, прецедентное право* в его *цивилистической значимости*).

Развитие законодательства, всего комплекса институтов позитивного права в Европе, в странах Америки, Азии в XIX—XX вв. представляет собой пеструю, многоплановую картину, охватывающую все сферы общественной жизни — от конституционного регулирования до юридической регламентации фабрично-заводских порядков, бытовых и семейных отношений. Но, спрашивается, что все-таки может быть отмечено как наиболее важное, существенное, что произошло в характере и содержании законов, во всем позитивном праве после того, как в эпоху Просвещения в громогласных революционных документах — Декларациях, Конституциях прозвучали лозунги и формулы свободы, их верховенства, неотделимости от личности? И в чем должна была бы состоять миссия позитивного права, чтобы придать реальность указанным лозунгам и общим формулам? И не допустить те беды, которые обрушились на общество?

Такого рода вопросы тем более оправданны, что по внешним показателям юридический быт позднего европейского средневековья отличался как раз таким максимально развернутым, казалось бы, предельным насыщением многообразных юридических документов, регламентов, уставов, дотошно регламентирующих "все и вся", что создавалось впечатление, что возможности позитивного права вроде бы полностью исчерпаны.

И вот решающую роль среди законов, имевших по своему значению эффект *прорыва* в праве континентальной Европы, а затем и всего мира, сыграли как раз *гражданские законы*. Это — французский Гражданский кодекс 1804 г. (Кодекс Наполеона) и Германское гражданское уложение 1896—1900 гг. (а вслед за ними ряд других гражданских законов, таких, как швейцарский Гражданский кодекс; и, что не менее важно, соответствующая цивили-

листическая, 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 (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.

Здесь следует отметить ряд существенных моментов.

Прежде всего гражданские законы, как ничто иное, выражают "связь времен", причем по основополагающим институтам человеческой культуры. Ведь гражданские законы Франции и Германии, как и гражданские законы других стран (вся цивилистическая, гражданско-правовая культура), — это прямые преемники одного из великих шедевров культуры, заложенных в античности, — *частного права*, его уникального, непревзойденного юридического богатства, выраженного как в идеях частного права, так и в отточенных юридических конструкциях, строгой и точной лексике, математически стройных формулах и классификациях. Можно с достаточной определенностью утверждать, что юриспруденция оказалась, в сущности, единственным участком современной культуры, который напрямую, по большей части чуть ли не в первозданном, готовом виде воспринял одно из высших достижений культуры античности, выраженное в римском частном праве.

И в этой связи — еще один существенный момент. Гражданские законы стали восприимчивыми такими достижениями культуры, которые обогащены разумом. Большинство древнеримских юридических формул и сентенций — не результат сглаженной и усредненной коллективной проработки, характерной для законодательного правотворчества, а плод сильного и оригинального ума. Но не ме-

нее существенно и то, что древнеримские конструкции и формулы стали уже после периода расцвета древнеримской правовой культуры во II—III вв. предметом интеллектуальной обработки, раскрывшей их значение "писаного разума", — сначала в юстиниановской систематике (VI в. н. э.), а затем, спустя столетия, в проработках глоссаторов и постглоссаторов, приведших к формированию нового интеллектуально-правового шедевра — "права университетов" средневековой Европы.

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.

Ведь частное право — "частное" не потому, что оно касается "частной жизни", сугубо личностных, интимных сторон человеческих дел и отношений (хотя оно охватывает и эти участки нашего бытия), а главным образом потому, что оно юридически закрепляет равный *для* всех, автономный, суверенный статус личности и свободу личности в ее, данной личности, делах. В последующем ход изложения в этой книге еще приведет к более подробной (и в чем-то, быть может, неожиданной) характеристике частного права, связанной с категорией *чистого права* [III. 13. 2]. Сейчас же важно обратить внимание на

то, что именно в частном праве возникает парадоксальная ситуация, которая и делает "право правом" — возвышает юридическую систему над государством, его произволом.

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 и воспроизводятся в нашей безостановочно повторяющейся повседневности. Изюм 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 самую прозу наших жизненных дел. А значит, и *включить людей — всех людей!* — в атмосферу реальной, обеспеченной, цивилизованной 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.

Словом, свобода человека — отдельного, автономного человека! — при помощи гражданского права входит в быт, в повседневность. И это, быть может, является наиболее надежным показателем современной западноевропейской (причем персонцентристской) культуры, того, что в жизни общества возникла устойчивая, твердая пра-

вовая почва для практической свободы отдельного, автономного человека, личности и, следовательно, для существования и развития современного свободного гражданского общества.

Можно, пожалуй, утверждать, что именно гражданское право воплощает в адекватной нормативно-юридической форме ту "игру свободы", которая, по мнению Шеллинга, выражает наиболее существенную сторону миссии права в современном обществе. Обратим внимание — не "правила игры" (они выражены во всем праве), а именно цивилизованную *игру свободы*, которая и раскрывает наиболее мощные позитивные творческие, созидательные силы в жизни людей. Как справедливо отмечено И. А. Покровским, "гражданское право исконно и по самой своей структуре было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения. Здесь впервые зародилось представление о человеке как субъекте прав..."<sup>1</sup>.

Франция, Германия, Швейцария, Нидерланды, другие западные страны (ряд стран других континентов — таких, как 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 сломками в политико-правовой жизни, когда в таких странах, как Германия, Италия, Испания, 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 вовсе 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.

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 309.

**7. Революции в праве.** В цепи реальных событий XVIII—XX вв., ставших основой формирования и развития гуманистического права и соответствующих философско-правовых идей, есть события наиболее значительные, поворотные, обозначившие начальную и завершающие фазы становления европейской (западной, персонцентристской) правовой культуры.

Конечно же, как уже упоминалось, решающую роль сыграла здесь вся возрожденческая культура, эпоха Просвещения, процесс перехода к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, к демократическому переустройству стран, вставших на путь модернизации. Все это и привело к таким крупным переменам в политико-юридической сфере жизни общества, которые с полным основанием можно назвать *первой* (антифеодалной) "революцией в праве" — реальным прорывом в право новой эпохи, современного гражданского общества (права дозволильного порядка)<sup>1</sup>.

И если в эпоху Просвещения к концу XVIII — началу XIX в, в Европе и Северной Америке произошли буржуазные революции со всей гаммой присущих им противоречивых свойств, то одним из безусловно положительных последствий таких революций является как раз "революция в праве".

Основой такой "революции в праве" стали отмеченные ранее социальные и политические процессы, в соответствии с которыми человек как личность начал высвобождаться из-под рабско-крепостнических оков власти и религиозной идеологии. Именно тогда великие просветители той поры выдвинули идеи, связывающие закон, право, правосудие не только с общими этическими и рели-

<sup>1</sup> Сразу же оговорюсь: термин "революция" в отношении права с учетом сути революций в обществе, неотделимых от насилия и террора (о чем говорилось в предшествующем изложении), используется с немалой мерой условности. И конечно же, в данном случае имеются в виду не какие-то насильственные акции и даже не сопровождающая их романтическая героика, а только то, что позволяет использовать термин "революция" в естественных и технических науках, — скачкообразный переход из одного качественного состояния в другое.

гиозно-этическими началами, но и сообразно идеям естественного права с самими основами человеческого бытия — со свободой отдельного, автономного человека.

Революция в праве, основанная на "духе" и идеях Французской революции, нашла выражение в *категориях естественных прав человека*. Причем (и это главное!) из множества прав, обусловленных разнообразными условиями и требованиями жизнедеятельности (прав нередко полумифических, ритуальных, иллюзорных или зависящих от конкретного состояния общества или даже усмотрения власти), *выделились именно не о т ь - е м л е м ы е п р а в а ч е л о в е к а, которые стали непосредственным выражением — прошу внимания! — с а м о й с у т и человеческого бытия, сокровенной основы сообщества людей — с в о б о д ы во всех ее многообразных жизненных проявлениях: свобода слова, неприкосновенность личности, право выбирать своих правителей и др.*

Достоинство пристального внимания то обстоятельство, что в соответствии со взглядами ряда видных мыслителей неотъемлемые права человека должны рассматриваться, причем наряду с демократией, в качестве основы современного гражданского общества, правового, конституционного государства. Ю. Хабермас, например, рассматривая главное наследие Французской революции (которая по значению для развития человечества, по его словам, ни с чем "не сопоставима"), указывает на то, что "демократия и права человека образуют универсальное ядро конституционного государства"<sup>1</sup>. И вот здесь особо важно то, что современная либеральная теория институализирует равные свободы для всех и понимает их как субъективное право. Поэтому для сторонников либеральной теории — именно в данном месте обратим повышенное внимание на этот момент — "права человека обладают *нормативным приоритетом перед демократией*"<sup>2</sup> (курсив мой. — С. А.).

<sup>1</sup> Хабермас Ю. Указ. соч. С. 57, 60.

<sup>2</sup> Там же. С. 34.

Сказанное относится к концу XVIII — началу XIX в., к тому времени и к тем событиям, которые названы первой "революцией в праве".

Прошло более столетия.

Ключевыми, поворотными для развития права в середине и во второй половине XX в. оказались события 50—60-х гг., во многом явившиеся не только результатом общего постиндустриального социального развития, но и своего рода правовой реакцией на кровавый кошмар фашистского и сталинского тоталитаризма. Именно тогда вновь произошли крупные перемены в праве. Перемены, затронувшие юридические системы развитых демократических стран и означавшие по сути дела не что иное, как *в т о р у ю (антитоталитарную) "революцию в праве"*.

Основой таких перемен стало возрождение естественного права, и не просто возвращение в сегодняшние дни того, что было ранее, а возрождение, означающее *н о в у ю ж и з н ь е с т е с т в е н н о г о п р а в а*.

Главное, что характерно для возрожденной теории естественного права, это такая ее характеристика, когда естественное право разворачивается не непосредственно к проблемам власти как таковой, а напрямую, сообразно идеологии свободы Французской революции, *к человеку*, концентрированно выражается в неотъемлемых правах личности. Да так, что естественное право — обратим внимание на этот пункт! — *приобретает непосредственное юридико-регулятивное значение*<sup>1</sup>.

Ведь в первые десятилетия XX в. прирожденные права человека еще не стали в демократических странах первоосновой демократической правовой системы. Более того, в обстановке социалистических иллюзий они начали заслоняться представлениями о приоритете "прав трудящихся", а затем были отодвинуты на периферию общественного мнения грозными опасностями, связанными с

<sup>1</sup> См.: Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 508.

гитлеровскими и коммунистическими экспансионистскими акциями 30—40-х гг., ужасами сталинского и нацистского тиранических режимов, бедами Второй мировой войны.

Но именно эти ужасы и беды вызвали к жизни новую и, к счастью, более продуктивную фазу возрождения естественного права в послевоенное время, которая и стала мировоззренческой основой такого крупного перелома в правовом развитии, когда *возрожденное естественное право обретает непосредственное юридико-регулятивное значение*. Так что последовательно правовой путь, реализующий возрожденную естественно-правовую концепцию, поднятую на высокий уровень общественного признания после Второй мировой войны, в развитых демократических странах Запада на деле начал реально осуществляться в 50—60-х гг.

Все это и отличает решающую сторону трансформации позитивного права на современной стадии демократического развития. Стадии, отражающей наиболее значимую, по всем данным, социальную потребность послевоенного времени, когда со всей остротой дала о себе знать необходимость *такого* преобразования действующего права в демократических странах, которое *положило бы конец самой возможности установления режима тирании и беззакония*. И именно тогда идеи прав человека, имевшие характер общих деклараций, переступили порог сугубо декларативных положений, начали обретать известную институционность и выступать в качестве регулятивных юридических принципов — непосредственной основы наступления юридически значимых последствий.

Существенный шаг в этом 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, испытывших на себе ужасы фашистской тирании — Германии, Испании, Ита-

лии) придали правам человека, в первую очередь основным, фундаментальным, непосредственно юридическое действие и плюс к тому — приоритетное значение во всей данной национальной государственно-юридической системе.

С 50—60-х гг. естественное право в его современном понимании, наряду с его общим "философским бытием" в области духовной жизни общества, перешло в плоскость жизненной практики, практической свободы людей. Это и нашло свое выражение в неотъемлемых правах человека, в их прямом юридико-регулятивном действии.

Такой подход к правам человека не только позволяет в какой-то мере "институализировать" естественное право, преодолеть его известную неопределенность, многозначность, но и, с другой стороны, придать категории неотъемлемых прав человека необходимую философскую обоснованность и в этой связи *устранить саму возможность их этактической (государственно-державной) интерпретации*. Той интерпретации (кстати, привычной для общего советского правопонимания), когда права людей понимаются не как данные самой природой, самим человеческим бытием, не зависимые от усмотрения власти, а как нечто такое, что "предоставляется" государством, обусловлено его "доброй волей", "даруется" властью.

Поставим здесь точку. Более подробный разговор о правах человека — дальше, в одной из последующих глав [Ш. 15. 2—4].

**8. Идея правозаконности.** В настоящее время, судя по многим показателям, по философско-правовым вопросам уже накоплена такая сумма знаний, 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.*

И самое, пожалуй, поразительное здесь — это то, что с такой сутью и направлением философской мысли пункт в пункт по конечным итогам 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.*

Одним из наиболее выразительных образцов соединения философской мысли и правовой реальности стало уже отмеченное в предшествующем изложении развитие в XIX—XX вв. гражданского законодательства. Ведь капиталистический строй в экономической жизни потребовал, как это ни странно прозвучит, свободы в строго кантовских ее определениях. То есть такого простора в вольном поведении участников экономических отношений, при котором развертываются "полные антагонизма" — конкуренция, экономическое соревнование, состязательные начала (это и есть рынок) и который в силу этого предполагает "самое точное определение и сохранение границ свободы" (Кант), "игру свободы" (Шеллинг), что как раз и дают отработанные искусные гражданские законы.

Именно соединение передовой философской мысли о сути человеческого бытия и реального развития политико-правовой действительности в последние два столетия дает надежное основание для вывода о том, что суммой философско-правовых идей (концепцией) о праве в жизни людей, отвечающей требованиям нынешней стадии человеческой цивилизации, должна стать *ФИЛОСОФИЯ ГУМАНИСТИЧЕСКОГО ПРАВА - ФИЛОСОФИЯ ПРАВОЗАКОННОСТИ*.

И сразу же два пояснения в отношении использованных в приведенных итоговых положениях понятий и терминов.

**П е р в о е .** Определение "гуманистическое" по отношению к праву (использованное отчасти ввиду отсутствия других, более адекватных, по представлениям автора, сути рассматриваемой категории) в данном контексте — не рядовой, привычный, в немалой степени затертый, потерявший изначальный смысл эпитет, широко к месту и не к месту употребляемый наряду с такими, скажем, понятиями, как "демократия", "прогресс" и им подобные. Он использован в строго точном, изначальном значении — в смысле характеристики явлений в жизни общества, сконцентрированных вокруг человека, человеческих ценностей и интересов, т. е. в строго *персоноцентристском* значении.

**И в т о р о е** пояснение, относящееся к другому, параллельно используемому понятию, — *правозаконность*.

Суть дела здесь вот в чем. Реальность права, его действительность раскрывается через законность — строжайшее, неукоснительное претворение в жизнь действующего права, закона. Но сам по себе термин "законность", при всей его важности, мало что говорит. Сам по себе этот термин характеризует всего лишь одно из имманентных и безусловных свойств любого 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 термину добавляется слово "право" ("правозаконность")? Казалось бы, ничего, не очень-то нужный словесный повтор, тавтология, "масло масляное". 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 право, рассматриваемое "вообще", — обратим внимание на этот момент! — может быть "революционным" и крайне реакционным, 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 недостаточно.

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* (о них речь — дальше), 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), а как *известная модель, теоретический образ*.

К этому идеалу ряд национальных систем приблизился на довольно близкую дистанцию. В национальном праве таких демократически развитых стран, как Великобритания, Франция, США, Норвегия, Нидерланды, Швейцария, ряда других, многие элементы, если не большинство, современного гуманистического права уже наличествуют, другие находятся рядом, как говорится, "на подходе" (хотя и здесь происходят своего рода *срывы, сбои*, когда на первый план, "отодвигая" право, выступают геополитические, экономические, а подчас и непосредственно военные интересы как таковые).

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 развития права, непосредственно следующую за ступенью, которая доминирует в нынешних условиях во многих странах, в том числе и в ряде демократических, — "правом государства" [Ш. б. 5].

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 — гуманистического права, которое призвано господствовать, править в обществе*.

Несколько слов о достоинствах приведенной формулы. Правозаконность потому может стать итоговой характеристикой философии гуманистического права, ее сим-

волом, что по самой своей сути приведенное положение в сжатом ("свернутом") виде содержит все главные ее особенности, о которых говорится в этой главе.

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 исторически происходивших метаморфозах (в том числе и таких, о которых пойдет речь в следующей главе, — "революционная законность", "социалистическая законность"), остается именно законностью, порядком, строем или устройством строжайшего соблюдения действующего позитивного права, выраженного в законах, других юридических источниках. А коль скоро в современном гражданском обществе правовой порядок, или, иначе говоря, правовое устройство, призванные выражать законность, основываются на гуманистическом праве и, стало быть, прежде всего на естественных неотъемлемых правах человека, то и сам строй юридических отношений должен приобретать своего рода естественно-природный характер. То есть становиться столь же необходимым и жестким, как и сама природа.

Поразителен в этом отношении один из примеров (еще один) совпадения взглядов юриста и философа.

Знаменитый российский правовед Н. М. Коркунов полагал, что прочный общественный строй предполагает установление такого правового порядка, который "будет подчинять себе стремление отдельных личностей с такой же безусловностью и беспощадностью, как законы природы"<sup>1</sup>.

С еще большей, притом глубоко философской основательностью по рассматриваемому вопросу развернул свои суждения Шеллинг, когда он выдвинул идею о правовом устройстве как о "второй природе" (и не упустим из поля зрения то, что все эти суждения великий философ связывает со свободой человека), — таким устрой-

<sup>1</sup> Коркунов Н. М. Общественное значение права. СПб., 1898. С. 69.

стве, когда "свобода должна быть гарантирована порядком, столь же явным и неизменным, как законы природы"<sup>1</sup>. В этой связи Шеллинг пишет: "Над первой природой должна быть как бы воздвигнута вторая, и высшая, в которой господствует закон природы, но совсем иной, чем в зримой природе, а именно закон, необходимый для свободы"<sup>2</sup>, — причем — такая природа, такая "железная необходимость", которая "стоит над" человеком и "сама направляет игру его свободы"<sup>3</sup>.

С рассматриваемых позиций надо отдавать ясный отчет в том, что общие рассуждения о праве в самом высоком (гуманистическом) его значении мало чего стоят, если идея права не соединена, не спаяна накрепко с идеей законности — такого правового устройства, которое функционирует столь же твердо, непоколебимо, явно и неизменно, как закон природы.

Обо всем этом приходится с такой настойчивостью говорить еще и потому, что, как показывают события самого конца XX в. (в особенности события в Югославии 1999 г.), при всем значении правозаконности как *принципа*, игнорирование требований законности как таковой опять-таки приводит *на практике* к произволу, в том числе к использованию методов войны с новым витком непростых проблем, о которых пойдет речь в заключительном параграфе этой главы.

9. Идея правозаконности и верховенство права. Идея правозаконности как выражение требований последовательно демократической, либеральной цивилизации и соответствующего ей современного естественного права означает в качестве своей важнейшей итоговой характеристики, что позитивное право, основанное на неотъемлемых правах человека, становится доминирующим регулятором внешних, практических отношений.

Оно не просто занимает "первое место" во всей системе социального регулирования, но *приобретает моно-*

<sup>1</sup> Шеллинг Ф. В. Соч. Т. 1. С. 456.

<sup>2</sup> Там же. С. 447.

<sup>3</sup> Там же. С. 458.

*польное положение для решения всех ситуаций "по праву"*.

Помимо всего иного, идея правозаконности означает, что у позитивного права при решении жизненных конфликтов, предполагающих возможность применения официального принуждения, "нет конкурентов". Ни мораль, ни религиозные догматы, ни иные "идеологические ценности"\*, ни тем более соображения целесообразности, политические интересы не могут противостоять требованиям, положениям, процедурам позитивного права.

В этой связи особо существенно обратить внимание на то, что *идея правозаконности означает по своей сути безусловный приоритет права в отношении власти, государства* и знаменует собой — как уже отмечалось ранее [II. 6. 5] — более высокую *ступень* в правовом развитии, чем те, которые выражены в формулах "право власти" и даже "право государства". А отсюда следует признать, что наиболее адекватной формулой, соответствующей самой сути верховенства права в условиях правозаконности, является положение — *правление права* (rule of law).

И в заключение вновь скажу: кратко изложенные идеи правозаконности, соответствующие требованиям современного гражданского общества, — не более чем идеалы — обобщенный образ, суммированный на основе тенденций и достижений законодательства и юридической практики демократических 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, светлыми человеческими потребностями и устремлениями. И — что особо существенно — именно они, идеалы правозаконности, или *идея права*, способны при-

дать 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 невероятно 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 прискорбно, быть может, то, что Россию во многом сломала, искалечила тоже система взглядов на право, претендующая на то, чтобы быть "философией", — коммунистическая правовая философия.

## § 2. Коммунистическая философия права

**1. Сломанная судьба.** Хотя в конце XIX — начале XX в. в России определился по многим признакам правовой путь развития, этот путь изначально содержал и такие подспудные элементы ("червоточины"), которые грозили если не срывом, то по крайней мере существенными трудностями его реализации, причем в обстановке как будто бы обнадеживающих симптомов, но больше, увы, обманчивых иллюзий.

Корни этих подспудных элементов — в своеобразии российской юридической системы, ее истории, в ее особенностях как права "византийского" публично-юридического строя [Ш. б. 2].

На первый взгляд, как будто бы "византийство" российского права, 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 императивам "византийства" во многом проскальзывали по поверхности социальной жизни, в весьма малой степени затрагивая ее суть, ее основные слои, таилась угроза срыва, 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", полярно 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) — *силовой природе*. Той силовой природе, в которой нашла обитель, поприще для воплощения в жизнь ортодоксальная доктрина марксизма-ленинизма.

**2. 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 научного освещения и оценки со стороны права. 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.<sup>1</sup>

Между тем, когда Маркс возвестил о том, что задача философов не объяснять действительность, а изменять ее, он тем самым уже сообщил философскому обоснованию действительности значение достаточного основания — такого, когда философские, научные выводы "дают право" известному слою людей (пролетариату) на

<sup>1</sup> См., например: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1998. С. 514 и ел.

практические действия. И с этих позиций "социальный мандат" на революционное преобразование — все то, что в соответствии с марксистско-большевистскими взглядами лежит в основе кардинальных революционных действий пролетариата — *есть не что иное, как право*. Право в том *широком значении*, которое выражает обоснованность, оправданность соответствующих действий революционных сил, наличие у них достаточного основания.

Марксизм, таким образом, может быть охарактеризован как *философское и политическое учение, обосновывающее высшее революционное право, своего рода супер-право пролетариата на коренное преобразование мира* (что прямо или косвенно утверждалось всеми сторонниками революционного марксизма).

Ведь по Ленину, наиболее верному последователю Маркса, основателю большевизма, *главное в марксизме — идея диктатуры пролетариата, 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 счастья<sup>1</sup>.

По привычной, распространенной номенклатуре правовых явлений обосновываемое ортодоксальным марксизмом высшее революционное право ближе всего к понятию правосознания — к субъективным представлениям людей, их групп о реальном, желаемом и допустимом праве.

<sup>1</sup> 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).

Но фактически оно означает нечто значительно большее, чем просто "сознание", представляет собой *что-то вроде революционного естественного права*, так как, по представлениям коммунистов-ортодоксов, оно, такое высшее революционное право, находится "впереди" закона, любых иных юридических формальностей — непосредственно позволяет то, что не допускает ни одна из систем позитивного права и никакое сознание, содержащее категорию "право" в строго юридическом его значении. Марксистская доктрина допускает (и даже возвеличивает) — *прямое во имя коммунизма насилие*, 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: захватывать путем заговора и вооруженного насилия власть, идти на реализацию утопии, на фантастический эксперимент в отношении всего народа, физически уничтожать "врагов народа", 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 опре-

делить судьбу обвиняемого. В этом смысл и сущность красного террора"<sup>1</sup>.

**3. Высшее революционное право в России.** А теперь — вопрос. Вопрос о том, почему именно Россия, ее юридическая система воплотили (в том специфическом виде, о котором речь впереди) высшее революционное право, построенное на марксистской философской доктрине?

Прежде всего, разумеется, потому, что Россия в силу уникального совпадения многих объективных и субъективных обстоятельств стала в начале XX в. носительницей 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 варианте. И в соответствии с этим именно на российской земле начиная с октября 1917 — декабря 1918 гг. 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

<sup>1</sup> 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*, находившаяся — 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, устранявшее процессуальные гарантии по "контрреволюционным" делам и т. д.).

даже в условиях развивающегося капитализма и восприятия некоторых передовых юридических форм продолжала господствовать юридическая система со многими чертами "византийства". Да к тому же с обоюдными силовыми методами прямых кровавых расправ — и со стороны власти (массовые расстрелы демонстрантов, бесчинство охранки), 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).

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 программам 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, 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 следствия<sup>1</sup>.

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 — конца 20-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"<sup>2</sup>. То есть "право" в значении непосредственного неконтролируемого революционного действия, прямого насилия, возможности отступления от своих же юридических установлений по мотивам революционной целесообразности<sup>3</sup>.

Правда, в конце 20-х — начале 30-х гг. в марксистских воззрениях на право, как во всей системе марксистско-ленинской, большевистской идеологии, произошли из-

<sup>1</sup> Впечатляющий 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, закланных 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. Цалачи и жертвы*. М.: Олма-пресс, 1998. С. 131).

<sup>2</sup> 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" (см.: *Стучка П. И. Избранные произведения*. С. 227).

<sup>3</sup> Там же. 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).

менения (точка в точку совпавшие с канонами византийства). Отсюда — соответствующие изменения и в коммунистической философии права, которая, сохранив императивы ортодоксальной теории, в чем-то преобразовалась, по ряду существенных позиций сменила саму систему координат, и особенно ее символов, идолов, терминологических обозначений.

Это произошло в условиях, когда, одолев всех других претендентов на верховную власть в обществе (и по единодержавным восточно-византийским нравам физически уничтожив их), 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 всесильной 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 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 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.

Чем же можно объяснить такого рода поворот?

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 всесильной 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, населения, каждого человека совершать любые, 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 ста-

линской единой державной 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 воспламенились было живой романтикой), сколько с существованием и функционированием модернизированной военно-коммунистической системы власти, выраженной в социалистической державной государственности.

Отсюда можно понять, почему в советском обществе с середины 30-х гг. в официальных документах и коммунистической пропаганде внимание все более концентрируется не на коммунизме, а на "социалистическом государстве", "функциях государства", "государственной дисциплине", "государстве при коммунизме".

И именно потому, что основное в модернизации власти и всей военно-коммунистической системы с 30-х гг. состояло в сохранении в новом, осовремененном варианте марксистско-ортодоксальной сущности коммунистической идеологии, выраженной в высшем революционном праве на кардинальное ("во имя коммунизма", но теперь — по воле вождя и партии) преобразование общества, государственность, ее возвеличивание и усиление неизменно понималась как:

партийно-идеологизированная власть, центром, ядром которой является коммунистическая партия, практически — генеральный секретарь, политбюро, секретари ЦК, первые секретари обкомов (и все это стало синонимом определения "социалистическое государство");

власть, единая с идеями коммунизма (в "обоснование" этого Сталин в конце 30-х гг. дополнил марксистские догмы положением о "сохранении государства при коммунизме");

власть всесильная — такая, которой как главному орудию строительства коммунизма с опорой на карательно-репрессивный и чиновничий аппарат "по плечу" решение любых задач и которой напрямую, при сохране-

нии верховенства партии, подконтрольны все сферы общественной жизни, в том числе экономика, культура, духовная жизнь;

власть, которой дозволено все — применение любых насильственных действий против тех или иных лиц, физическое уничтожение и отдельных людей, и целых групп населения, переселение народов, любые "преобразования" природы и т. д.

При этом при функционировании такой всесильной 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 межгосударственных 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 оди-

наково 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 "всех других братьев") подобная угроза социализму возникла.

Аналогичный аргумент — "угроза социализму" — оказался решающим при использовании вооруженных сил для подавления народных протестов и внутри страны Советов — в Новочеркасске (1962 г.).

Да и последняя по времени 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".

**4. Опоры в социальной системе.** Принципиальные основы коммунистической философии права коренятся в ортодоксальном марксизме, в большевизме. Ее суть, как мы видели, заключается в *придании безусловно верховного значения революционному праву, служащему коммунизму, дающему непосредственное обоснование и оправдание каким угодно акциям в отношении всего общества, всего населения, любых его групп, любого человека, вплоть до физического уничтожения человека, объявленного "врагом"*.

Здесь перед нами — один из крайних, предельных по меркам истории фантом бесчеловечной идеологии. Той идеологии, которая по своим глубоким историческим основам коренится в "классовой этике", религиозно-этических представлениях, идеологизированных философских системах и взглядах — таких, как платоновский взгляд на идеальное государство, воззрения Ж.-Ж. Руссо о народном суверенитете, католических представлениях о спасении, марксистских утопиях о полном коммунизме,

для достижения которого все средства хороши и допустимы<sup>1</sup>.

Наряду со значением идеологических догм для марксистского понимания права надо видеть и то, что философия и практика революционного права утвердились как составная часть всего коммунистического эксперимента, созданных в ходе его проведения устоев коммунистической системы. Здесь, наряду с упорно проводимым на практике принципом равенства в коммунистической его трактовке<sup>2</sup>, особого внимания требует феномен государствен-

<sup>1</sup> Знаменательно, что некоторые направления религиозной идеологии по известным параллелям смыкались с коммунизмом. Эта сторона религиозных воззрений и коммунизма справедливо была подмечена русскими либеральными правоведо-философами, а в области художественного творчества — Ф. Достоевским. Как верно отмечено в современной литературе, "в глазах Чичерина (одного из самых видных русских правоведов либерального направления, критиковавшего Соловьева за увлечение католицизмом. — С. А) общей чертой католицизма и социализма было стремление к насильственной организации Добра; в этом пункте он полностью соглашался с Достоевским... Социализм и коммунизм, по его словам, это явная попытка возврата к теократическим устремлениям католического средневековья, т. е. насильственного насаждения Царства Божия, исключительно опасного ввиду развития современного государственного аппарата. Удача такого эксперимента была бы огосударствлением всего и повлекла за собой всеобщее порабощение и экономическую катастрофу". И дальше: "Соловьев обвинялся Чичериным не только за увлечение католическим теократизмом, но и за прокладывание дороги социализму и даже коммунизму" (см.: *Валицкий А* Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX — начала XX века // Вопросы философии. 1991. № 8. С. 3).

<sup>2</sup> Как это на первый взгляд ни поразительно (хотя по существу — вполне логично), коммунистическая трактовка равенства и неравенства на практике привела точно к тем же результатам, что и само существо большевизма — к возникновению социальной системы и политического режима бесчеловечной тирании. Ибо на практике стремление коммунистической власти хоть к какой-нибудь реализации и оправданию лозунга равенства в положении трудящихся означало введение государственно-обязательных мер по "уравнению" и отсюда утрату стимулов к активности и инициативы у людей, порождение угодничества, прислужничества перед властью — всемогущим владельцем жизненных благ, послужило толчком к систематическому применению насилия в экономике, в других сферах жизни общества. И тут же свою негативную роль сыграли принципы организации политического режима как "власти людей труда" и социалистической правовой системы, сразу же узаконившие привилегированный слой людей — сословие правителей, уже формально — через своих активистов, коммунистическую партию, ее вождей — как будто бы уполномоченных на всевластное правление.

ной собственности — то, к чему он привел на практике в соответствии с коммунистической идеологией<sup>1</sup>.

Коммунистическая идеология увидела в негативных сторонах частной собственности, а затем и в ней самой главное зло в человеческом обществе. И потому, придав анафеме частную собственность, объявила в качестве основы счастливой жизни людей собственность общественную, прежде всего — государственную, названную в конституциях и законах советского общества "всемирным достоянием".

Между тем реальная жизнь советского общества, в котором была осуществлена тотальная национализация собственности, показала, что сама по себе общественная (и в особенности государственная) собственность не стала — как это ожидалось — источником прогрессивного общественного развития, всеобщего благосостояния, а напротив, при всей неизбежности ряда ее институтов во имя интересов всего общества, в целом как тотальное явление породила многие беды, тупики, процессы, ведущие к нарастающему упадку, разложению всей общественной системы<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> По данной проблеме прежде всего будут уместны некоторые общие замечания о собственности. Главное здесь то, что вся история человеческого рода подтвердила, что собственность, которая служит человеку, — это частная собственность. Только частная собственность (абсолютное право на вещи и интеллектуальная собственность — исключительное право на нематериальные блага) дает ее обладателю наиболее широкие права обладания и в этой связи способна оказывать на него, на его волю и интересы, мощное и многообразное воздействие. Такое воздействие, которое активизирует личность, ее активный творческий потенциал и таким путем приносит благо и самому человеку, и всему сообществу людей. В этих своих качествах частная собственность, хотя и является источником и поприщем ряда негативных сторон в жизни людей, вместе с тем включается, как и право, в жесткие механизмы поступательного развития общества.

<sup>2</sup> Здесь надо видеть, что государственная собственность — явление точки зрения особенностей и черт собственности эфемерное, в человеческом отношении — безличное, персонифицированное, "выходящее" на волю лишь интересы чиновников, властвующих лиц. И потому в известном смысле — мутант, противоестественный гибрид того, что выражает известные стороны власти собственника, и одновременно того, что свойственно произволу государственной власти. В государственной собственности отпадают решающие достоинства собственности как фактора ответственности и стимулирования, и остается та ее

При этом оказалось, что из самой природы государственной собственности следует, что она сама по себе неизбежно предполагает мощное использование власти, создание небывалой по масштабам и всемогуществу бюрократической административной чиновничьей системы, без которой "всемирное достояние" не может ни существовать, ни функционировать. Для нее становится неизбежным применение (взамен естественных стимулов, ранее — пусть и противоречиво — вполне решаемых частной собственностью) систематического принуждения к труду; когда труд становится на одном полюсе рабским, крепостническим, а на другом — административно-командным, надсмотрщицким.

В целом же государственная собственность из формы обладания вещами и благами, в какой-то мере переходящей в постиндустриальном обществе в объективированные информационные структуры, становится сложной системой отношений, соединенной с властью. В рамках всего огосударственного хозяйства происходит формирование своеобразной, по-своему уникальной, властно-организационной инфраструктуры собственности (обнажившейся в России при приватизации), включающей: 1) финансовые потоки из государственной казны, бюджета и формы доступа к природным богатствам; 2) "точки опоры" во властных органах, открывающие возможность беспрепятственного использования финансовых потоков и природных ресурсов; 3) обретение природных ресурсов через "приватизацию" предприятий добывающих отраслей.

И все это, наряду с коррупцией, казнокрадством, существует и функционирует в обстановке, когда широ-

черта, которая выражает наиболее полное, абсолютное обладание предметами, благами, и, следовательно, при тотальной национализации открывает возможность государственной бюрократической системе осуществлять бесконтрольную деятельность по произвольному распоряжению материальными и интеллектуальными богатствами общества. Словом, как раз та черта собственности, которая в условиях господства коммунистического режима и "требуется" для осуществления широкомасштабных социальных проектов — создания в быстрых темпах коммунизма — общества всеобщего счастья.

ко — и вновь благодаря самой же государственной собственности — распространяется паразитизм, растрачивание народного добра, брошенность объектов, нерадивость и безответственность в хозяйственных делах.

Если принять во внимание эти органические пороки государственной собственности, то само ее создание в качестве основы всего народного хозяйства, вездесущего начала всей жизни общества — это поистине преступление коммунизма перед людьми и Историей. Ее многодесятилетнее существование — национальная беда всей страны. И к тому же — беда в условиях современной России и реформируемого российского общества, когда и после "приватизации" (ваучерного, в сущности просоциалистического распределения части государственного имущества, формального акционирования) сохраняются почти все основные звенья ее инфраструктуры и отсюда — все зло государственной собственности, основные ее пороки<sup>1</sup>.

**5. "Двухэтажное" право: официальная юридическая система и право-невидимка.** В результате сложного, многоэтапного развития — развития, которое все время опиралось на коммунистические догмы, на свои непоколеби-

<sup>1</sup> В этой связи следует заметить, что довольно популярный ныне лозунг "многообразия собственности", когда государственная собственность ставится в один ряд с частной, — ложен, коварен. Государственная собственность изначально, по определению — органически порочна, неэффективна, растратна, бременем ложится на общество. Она может быть оправдана лишь общественной необходимостью, когда общество намеренно во имя устранения иной, более крупной национальной беды, другой, иначе не решаемой потребности идет на известные жертвы. Ее пороки, неэффективные последствия могут быть смягчены тем, что в режим и порядок ее функционирования могут быть "привиты", всегда с немалыми потерями, отдельные формы и институты, развившиеся в условиях частнособственнических отношений (самоокупаемость, хозрасчет, оперативное управление, хозяйственное ведение). Но только — смягчены, не более. Примечательно, что и после сплошного акционирования, проведенного в России под флагом "приватизации", формально акционированные предприятия — ничуть не меньше, чем предприятия, находящиеся на статусе хозрасчета или хозяйственного ведения, — фактически так и остались пребывать в том реальном режиме, который характерен для государственной собственности (разве только — оказались развязанными руки у "директоров", да и сами предприятия стали беспрепятственным объектом для игр воротил номенклатурного финансового капитала — отечественного и зарубежного).

мые опоры в идеологии и социальной системе, в советском обществе сложился поразительный, невиданный в истории (и судя по всему — неповторимый) юридический феномен, который не назовешь иначе как *двухэтажное право*. Право, которое включает в себя два разнородных слоя: официальную юридическую систему и право-невидимку — "высшее право".

Официальная юридическая система, 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 — да, 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" права<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См.: Пашуканис Е. Б. Общая теория права и марксизм // Избранные произведения по общей теории государства и права. М., 1980.

Взгляд на право в революционно-российских условиях едва ли имел безобидный характер некоего экзотического изыска, простого интеллектуального заблуждения, как это пытаются представить некоторые западные авторы. К сожалению, этот взгляд стал не только отражением наивно-утопических представлений о благостном "полном коммунизме" в облике библейского рая (с потреблением благ "по потребностям"), но и жестко-суровой наукообразной констатацией действительных советских реалий — приниженого, убогого фактического положения правовых форм (положения некоего соединения "фигового листа" и "юридического уродца") в условиях господства всемогущей партократической власти.

И такого рода оценка вовсе не смягчается тем, что в области социального законодательства (трудового, семейного, по социальному обеспечению) в России после 1917 г. вводились известные прогрессивные — пусть во многом формальные, с изъятиями и со "своими" мину сами — положения, прежде всего те, которые по предположениям должны были обеспечить защиту интересов людей труда, малообеспеченных, обездоленных, т. е. по положений, в известной мере отвечающих 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, 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 партократического 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 регулятивная цель в коммерческих делах, и то, как говорится, "до поры до времени" (и впрямь — только до конца 20-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, беспартийно сформулированной Лениным, из Кодекса была устранена его душа, его гражданственная и социальная суть — его назначение быть носителем, хранителем и защитой важнейшего устоя 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 — такого рода директивная идеологическая установка была внедрена во все сферы правовой жизни, стала везде непререкаемым постулатом (хотя само по себе введение в жизнь гражданско-правовых инсти-

тутов, пусть и подспудно, означало некую легализацию начал частного права)<sup>1</sup>.

Вместе с тем надо учесть и то, что новая полоса развития советского общества, утверждение в нем новых коммунистических идолов (всемогущей государственности, идола социализма) — все это непосредственным образом отразилось на официальной советской юридической системе, вызывало и в ней известную смену координат, символов и лексики. Если до 30-х годов право, существовавшее в советской России, и в официальной пропаганде, и в официальной марксистской науке единодушно рассматривалось как не преодоленный еще "остаток прошлого", 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".

<sup>1</sup> Понятно, сам факт издания в советской России Гражданского кодекса, даже при указанной политической интерпретации и идеологической атмосфере, имел все же положительный эффект. Гражданский кодекс, пусть в урезанном, обкромсанном 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 20-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. Черепахин 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.

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 ориентации<sup>1</sup>), такое терминологическое нововведение в 30-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 30 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", "требо-

<sup>1</sup> 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..." (см.: Стучка Я. И. Избранные произведения. С. 59).

вания законности, правосудие и многое-многое другое, как будто бы соответствующее передовым зарубежным конституционным 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, придают ему качество "другого", крайне негативного полюса правового прогресса человечества, другого полюса философии права.

Суть дела в том, что созданная Лениным—Сталиным, их соратниками всемогущая 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 суперпра-

вом, служащим по воле вождей и партийного аппарата делу коммунизма, — направляющим и регламентирующим, жестко и непререкаемо, воистину по-большевистски беспощадно, жизнь и развитие всего общества.

В связи с этим попутное замечание, В настоящее время власть и управление в советском обществе довольно часто, даже под углом зрения искренних и честных научных позиций, представляются уж слишком упрощенно. Вот, дескать, "при социализме" в обществе существовали официальные Советы, официальные законы и т. д., но они были только ширмой, в действительности всеми делами в обществе ведала номенклатура, партийные чиновники, которые вмешивались во все и вся, мешали работать, высказывали некомпетентные суждения и пр., и пр. В таких представлениях, во многом верных, содержатся все же довольно-таки примитивная схема, порой явно ошибочные оценки (были среди партийных чиновников и весьма компетентные люди, и вмешивались они в жизненные ситуации подчас по делу).

Но, увы, при этом упускается из вида самое главное — то, что номенклатура, партийные чиновники и активисты не просто своевольничали, действовали в немалом числе случаев по своей прихоти, куражились (хотя наличествовало и такое), а были, прежде всего, служащими высшего и непререкаемого революционного права коммунизма. Обратим внимание — служащими, пусть и далеко не всегда искренними и верными, часто действовавшими своекорыстно, но все же служащими, нередко непреклонно фанатичными, своего рода "законодателями", "прокурорами", "судьями" и "исправниками", обязанными делать все что угодно (соблюдая лишь внешние юридические приличия, а нередко — вне их, по "законам" криминального мира, когда, по чекистскому жаргону, решались задачи кого-то "убрать", "ликвидировать"), но добиваться полного осуществления коммунистических идеологических предначер-

таний или же просто прямых указаний коммунистических вождей<sup>1</sup>.

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. В практической же жизни на первый план реальной юридической действительности выступили "инструкции", секретные нормативные 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 коммуни-

<sup>1</sup> Вот один из ставших известными в последнее время примеров понимания "права" в контексте коммунистической идеологии.

В конце 1989 г. опубликовано обращение суперсекретного деятеля госбезопасности И. Судоплатова, в то время находящегося в заключении в основном "за связь с Берией", Президиуму XXIII съезда КПСС, в котором чекист — и это уже после "разоблачений фактов беззакония в годы культа личности Сталина"! — говорит о своей "невинности" и о своих заслугах. В том числе с гордостью — о том, что в 1946—1947 гг. под его руководством (далее цитаты из текста обращения):

"... 1) По указанию Политбюро ЦК ВКП(б) и 1-го секретаря ЦК КП(б) Хрущева... в гор. Мукаево был уничтожен Ромажа — глава греко-католической церкви...

2) По указанию Сталина в Ульяновске был уничтожен польск. гр-н Самет...

3) В Саратове был уничтожен известный враг народа Шумский...

4) В Москве, по указанию Сталина и Молотова, был уничтожен американский гр-н Оггинс...

...Абакумов по всем этим операциям докладывал в ЦК ВКП(б)".

А теперь заключительные слова чекиста: "Не признаю я себя виновным ни в чем. Обвинительный приговор по моему делу — это чудовищная несправедливость и тяжелая судебная ошибка. Не могу понять, как в наше время могут держать в советской тюрьме человека, вся жизнь которого, с ранней юности, была борьба с врагами социалистической революции..." (см.: Совершенно секретно. 1998. № 11).

тических порядков, существовавших в советском обществе, — пункт, до сих пор не оцененный как должно, 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 30-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 двадцатые годы оно в виде "революционного правосознания" и "революционной законности" открыто претендовало на то, чтобы как бы заменить оставшееся от прошлого "буржуазное юридическое право" (и в этом — глубинная подоплека идеи о его якобы неизбежном отмирании), 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, подковверным правом*. В официальных документах, в Конституции, иных официальных актах остались лишь символы, некоторые формальные "зацепки", *позволявшие* как-то с формальной стороны 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 здесь еще такой весьма существенный момент. Хотя в 30-х гг. советское право как нормативная юриди-

ческая система получило серьезное развитие и заняло заметное место в жизни советского общества, тем не менее высшее революционное право большевистского всевластия реализовывалось 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, гением! — 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, да в какой-то мере отражалось в секретных ведомственных актах и воинских уставах).

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, 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) занимала маленький, мизерный, малозначащий 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".

Конечно, у советской юридической системы были некоторые собственные функции (разрешение имущественных, трудовых, семейных споров, уголовных дел по бытовым преступлениям, установление некоторых юридических фактов и др.). И как раз для областей жизни, где реализовывались такого рода функции, провозглашались требования строжайшей законности, правосудия, твердого правопорядка. Здесь порой встречались институты (например, в отношении сроков содержания подследственных лиц под стражей), которые по уровню процессуальных гарантий оказались более совершенными, чем порядки, которые утвердились в обстановке "демократических преобразований".

Но в целом, особенно в случаях, когда те или иные отношения затрагивали власть, фундаментальные проблемы общества и вступало в действие революционное право, служащее коммунизму и устанавливающее порядки, неподвластные закону и суду, формально существующая советская юридическая система выполняла в основном дополнительные, вспомогательные задачи, к тому же имитационного порядка, по канонам коммунизированного "византийства". Эти задачи состояли, главным образом, в том, чтобы: а) с внешней стороны замкнуть "революционные" акции "на себе", оправдать их, создать видимость юридической законности, юридически прикрыть ситуацию; б) снять отдельные крайности, несообразности, юридически облагородить совершенные акции; в) служить благообразным, респектабельным фасадом для всего общества, представлять его, как будто бы оно "такое же", столь же "правовое", как общества развитых стран Европы и Америки.

Таким образом, советское право представляло собой уникальное нормативное образование, существующее в рамках коммунистической идеологии, ее осовремененных идолов — всесильной партийно-идеологизированной государственности, социализма.

**6. Обобщающая формула — "социалистическая законность". Метаморфозы теории.** Адекватной юридической категорией, характеризующей состояние и особенности права в советском обществе начиная с середины 30-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 социалистического права, но и как изменение самой концепции права, самого видения правовых вопросов в марксизме, призванной в обобщенном ("знаковом") виде представить новый правовой облик "победившего социализма", "развитого социалистического строя".

Такое положение о законности, ставшее выражением, казалось бы, новой правовой идеологии советского общества (идеологии социалистической законности), по большей части вызывает к себе у ряда людей благожелательное отношение. Все же "какая-никакая, а законность". По сравнению с открыто провозглашенным и открыто проводимым режимом диктатуры пролетариата и революционного правосознания, она — какой-то шаг вперед, предполагает установление в обществе правопорядка. Да к тому же очень благородного, воплощающего высокие идеалы, чаяния трудящихся масс, простых людей, — социалистические идеалы и надежды. Тем более что получали все большее распространение ее научно-литературные интерпретации, сообразно которым социалистическая законность в представлениях ряда советских пра-

ведов связывалась с правами и свободами личности, и даже — с благоприятствованием ей<sup>1</sup>.

Между тем социалистическая законность, вся обозначаемая ею социалистическая правовая идеология, хотя и являла в чем-то "шаг вперед", все же по главным своим характеристикам — не более чем химера. Такая же, как и многие другие марксистские категории (да и, пожалуй, марксистская идеология в целом) — иллюзорно-соблазнительная, скрывающая совсем иные реалии, уродливо-страшная по своему реальному существу и по последствиям.

Дело в том, что *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 "византийства", так и по беспощадным постулатам диктатуры пролетариата, не ограниченной никаким законом, революционного 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 30-х гг. происходили в обстановке, когда торжествовало, по всем официальным заявлениям и провозглашенным лозунгам, великое социалистическое достижение — "строжайшая социалистическая законность"!

<sup>1</sup> По мнению В. М. Горшенева, например, определяющий смысл социалистической законности реально "сводится к тому, что соблюдение законов и иных нормативных актов в деятельности органов государства, и особенно должностных лиц, должно обеспечивать в конечном счете создание обстановки всеобщего благоприятствования личности" (см.: *Горшенев В. М.* Теория социалистической законности в свете Конституции СССР 1977 г. // Советское государство и право. 1979. № 11. С. 16).

Более того, когда после смерти Сталина, в 53—55-х гг., устранялись крайности сталинского режима и подвергалась аккуратной критике сталинская тирания под видом "осуждения культа личности", чудовищные факты большевистского произвола официально оценивались только в качестве неких "отдельных нарушений социалистической законности".

И здесь хотелось бы привлечь внимание к положению, которое, как представляется автору, позволяет, быть может, наиболее строго и точно выразить состояние права и философских представлений о нем, с которыми российское (советское) общество подошло к середине 80—90 гг. — к эпохе восстановления, демократического воссоздания, перехода на нормальное цивилизационное развитие России. Положению, которое и представляет формулу "социалистическая законность". Суть его в следующем: *идеология социалистической законности не только представляет собой нетронутую по своей основе и сущности коммунистическую философию права, но и выражает ее в модернизированном, утонченном виде — наиболее изощренно коварном и в этом отношении крайне опасном для людей, общества, его будущего.*

Если в годы гражданской войны, в 20-е гг. коммунистическое, революционное дело осуществлялось, открыто утверждая "революционное правосознание" и "революционное право", непосредственно через "пролетарский суд", ВЧК, латышских стрелков, красногвардейские патрули, продотряды, революционные трибуналы, комитеты бедноты — через все "приводные ремни" беспощадной большевистской диктатуры, то в обстановке утвердившейся военно-коммунистической системы власти, сталинской единодержавной тирании и притом при более или менее сложившемся советском позитивном праве ситуация изменилась.

На первое место в такой новой обстановке в государственно-юридической жизни вышли признанные в цивилизованном обществе институты и формы — народный суд, прокуратура, следственные органы, учреждения об-

щественного порядка. Для поддержания военно-коммунистической власти, имперской государственности оказалось в основном достаточным того, чтобы официально, "гласно" все участники государственной и общественной жизни "просто" строжайшим образом соблюдали советские законы, впрочем, всегда с использованием "телефонного права" (и негласно сохранялась беспрепятственная возможность действия под предводительством партгосаппарата революционного права, в том числе режима репрессий, террора, применения прямого вооруженного насилия, физического уничтожения человека).

Именно в таких условиях как раз и стало возможным осуществлять политические и экономические задачи, диктуемые коммунистической идеологией, под эгидой социалистической законности. И социалистическая законность именно тогда выступила в качестве прямого выражения марксистской философии права.

А это помимо всего иного означает, что *социалистическая законность*, вопреки своему респектабельному фасаду и даже элементарному значению понятия "законность" (с позитивным во всех случаях потенциалом) *стала носителем того антигуманного, античеловеческого, что ранее выражалось в формуле революционного правосознания или революционной законности.* Прежде всего — носителем (и одновременно прикрытием, благообразным оправданием) такого "права", когда оказывается возможным и оправданным для существующей власти, ее вооруженных сил, карательно-репрессивных органов, не считаясь с действующими законоположениями, творить произвол, идти во имя высокой цели на любые акции, любые кардинальные действия, вплоть до вооруженного насилия, террора, ведения войны.

И от такой трактовки центрального звена идеологии социалистической законности (которая является центральным звеном всей системы советского права, центральной идеей в праве) никуда не уйти, поскольку эта категория связывается с марксизмом, с коммунистическим пониманием права.

Надо отдать должное советской коммунистической пропаганде, которой с помощью советской общественной науки удалось создать представление о том, что именно "социалистическая законность" представляет собой знак и выражение отказа общества, построенного на постулатах марксизма, от пороков, изображаемых в виде "просто" безобразий и "просто" недостатков и неких крайностей сталинского режима. И хотя страшные приметы ленинско-сталинского бесчеловечного строя фактически так и не отступили ни на шаг и до сих пор проступают то там, то здесь, словеса и заклинания, закрученные вокруг иллюзий, порожденных идеологией социалистической законности, во многом скрыли и скрывают до сей поры страшные реалии советского и постсоветского строя. И это не очень-то благоприятный факт нашей действительности, так как для людей, десятилетиями своей жизни и деятельности связанных с советской действительностью, формулы и лозунги социалистической законности прочно укоренились, стали какими-то аксиомами, чуть ли не императивами подсознания — и впрямь неотступными, вездесущими, нетленными химерами, порождающими обманные иллюзии.

Важнейшая, по всем данным, определяющая характеристика юридической системы, вытекающая из коммунистической философии права и выраженная в формуле "социалистическая законность", — это то, что советское право (даже в ореоле пропагандистских восторгов о "торжестве социалистического права, самого передового в мире") неизменно оставалось " *п р а в о м н а с и л и я*". Именно эта характеристика советской юридической системы с предельной очевидностью выдает действительную сущность коммунистической философии права — той решающей части марксистской идеологии в ее ленинско-сталинском, большевистском истолковании и практическом применении, которой — как и всей идеологии марксизма — официально придавался, особенно в 50-е и в последующие годы, благообразный, европеизированный, чуть ли не либеральный облик.

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 первоизданном 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 всеильного государства, его верховенство в отношении всех сфер жизни общества, допустимость и оправданность во имя его господства и незыблемости исповедуемых им идей, использования любых средств, вплоть до применения самого жесткого вооруженного насилия.

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 и 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 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"<sup>1</sup>. Что ж, все так, как и предрекали основоположники ортодоксального марксизма, и произошло в юридических системах социалисти-

<sup>1</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 3. С. 197.

ческих стран, утвердилось в коммунистической философии права.

### § 3. Исторический итог

1. Итог. Противоборство двух претендовавших в XX в. на господство социальных систем — свободного демократического общества и общества коммунистического — в соответствии с логикой перехода человечества к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям к концу XX 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.

Но здесь — как, впрочем, и в отношении других сторон идеологии и практики коммунизма — не все так просто. Пусть не явно, не в лобовом столкновении, но противоборство двух полярно противоположных философско-правовых систем продолжается и ныне.

Проявления такого противоборства многообразны.

Одно из них касается *некоторых сторон правового развития и правовой мысли в передовых демократических странах.*

Здесь представляется важным отметить две противоречивые особенности современного правового развития и правоведения демократических стран с развитой политической и правовой культурой, проявляющиеся, впрочем, не более чем как тенденции.

**В о - п е р в ы х**, это то, что для современного правового состояния и правовой мысли многих развитых, "благополучных" стран Запада характерно превращение либеральных правовых ценностей в само собой разумею-

щееся "общее место" — такие очевидные реалии и постулаты, которые не требуют ни особой озабоченности, ни каких-либо утонченных научных обоснований, ни сколько-нибудь значительного научного развития, тем более — борьбы.

К таким реалиям и постулатам относится в общем благополучное по утилитарным соображениям фактическое состояние законодательства и правосудия, а также — правовые идеи и правовые критерии поведения, относящиеся к частной собственности, правам и свободам человека, парламентарной демократии, независимому правосудию. Складывается впечатление, что в отношении этих реалий, идей и критериев порой проскальзывают настроения равнодушия и даже утрачивается своего рода гражданственная настороженность, — широкое хождение получают рассуждения о необходимости преодоления "абсолютизации" указанных идей и критериев, потребности их "ограничения", большего учета социальных факторов, социалистических начал, — соображения, ведущие при потере должной духовной щепетильности к принципиальной смене мировоззренческих координат. Отсюда смиренное принятие правоведами бытующего представления о невысоком науковедческом статусе правоведения, исключаяющее саму постановку вопроса о том, что оно может занять достойное место во всей системе знаний, вступающих в новое, третье тысячелетие в состоянии небывалого, фантастического развития.

**В о - т о р ы х**, это тенденция в развитии правовой мысли "благополучных" западных стран, выражающая общий настрой рыночной идеологии — коммерциализацию науки, ее прямую подчиненность потребностям рынка и оплачиваемым запросам государственных инстанций. Следствием этой тенденции является дробление юридических знаний, концентрация внимания на сугубо практических вопросах того или иного довольно узкого участка деятельности или правовых интересов, нарастающее смешение юридических и неюридических (экономических, социологических, психологических и иных) знаний и от-

сюда — утрата ощущения и понимания своеобразия права как высокозначимой социальной реальности, его мировоззренческой, интеллектуальной и практической ценности.

Не означают ли эти явления в западном мире отражения в общественном мнении и 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"<sup>1</sup>?

Если такого рода оценки справедливы, *то* подобная ориентация в состоянии общественной жизни и мысли, поскольку они приводят к равнодушию к вопросам права, правозаконности, — факт тревожный.

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. Невдомек многим людям и деятелям, что беззаботные академические заигрывания с идеями "социального государства", с "социалистическими" ценностями, необходимостью 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 жизненных поворотах 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

<sup>1</sup>Фукуяма Ф. Конец истории? // Вопросы философии. 1990. № 3. С. 148.

нарушениям основных прав человека, требований правозаконности в странах, объявивших о переходе 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 (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 [Ш. 16. 3].

Другое проявление "остаточного" противоборства двух полярно противоположных философий права — это *сложные, противоречивые тенденции 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 (увы, далеко не всегда основательно теоретически подготовленных, точных и аккуратных в своих 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 невероятно сложном процессе возвращения бывших 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.

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. Здесь вообще — *центральный, узловой, 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 определяют сам принцип и стержень действительного реформирования коммунистической системы, переход к реальному формированию свободного демократического общества, характе-*

ризующегося 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 50—60-м гг. XX в.) 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, профессионального 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. Такие в России, как Конституция 1993 г. (со стороны ее демократического потенциала) и Гражданский кодекс РФ 1994—1996 гг., ряд других законов, некоторые меры по совершенствованию правосудия. В целом же юридическая система России, существующая 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 в ряде законодательных документов и процессуальных процедур, находятся в резком несогласии 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-гуманистические начала, и тенденция силового господства, осуществляемого и напря-

мую, 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 при решении конституционного конфликта в Чечне. Такая же тенденция проявляется и при решении ряда практических проблем сложной народно-хозяйственной жизни (в том числе в области налогового законодательства, точнее, соотношения и приоритета в народном хозяйстве гражданско-правовых и фискальных начал, использование в энергетике и теплоснабжении, формально подпадающие 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 вряд ли реально: конституционные и иные фундаментальные законодательные проблемы закручены ныне, как и раньше, вокруг власти, ее усиления и дележа между "ветвями", новых тенденций к концентрации власти, а также вокруг насущных острых проблем все еще кризисной ситуации в стране), то важно сделать их незыблемыми, реально работающими.

И вот тут, возможно, существенную позитивную роль должны сыграть *традиции российской юридической на-*

*уки 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 немногих — к сожалению, немногих 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.

2. Последствия. К концу XX в., к рубежу нового тысячелетия во многом определились общие тенденции в развитии права на нашей планете, его судьба. И это, наряду с другими причинами, обусловлено в немалой мере как раз принципиальным исходом противостояния "двух философий".

Характерное для нынешнего времени общее признание права в качестве неперемennого условия нормального существования людей — феномена исконно цивилизационного порядка, достижения человечества, его культуры — во многом сопряжено с тем, что "силовая идеология", выраженная в коммунистической философии права — 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.

И именно в таком качестве и в таком значении 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.

Таковы, надо полагать, в чем-то не совсем ясные, не до конца определившиеся, в чем-то и трагические, даже обескураживающие, но в итоге несомненно позитивные последствия противостояния и противоборства "двух философий" в области права. А отсюда во многом — и та перспектива развития права, о которой пойдет речь в заключительной главе этой книги [III. 16. 1—5].

## 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 проблем философии права. 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* у 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 собственной материи права — того, что с философских позиций может быть определено в качестве *внутренней формы* — юридической организации фактического содержания права, его структурированности.

**2. Одна из самых значительных идей во взглядах Канта на право.** Рассуждения Канта о чистом праве нередко вызывают предубеждение, а то и изначально — *a priori* — неприятие<sup>1</sup>.

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 — ото-

<sup>1</sup> Здесь прежде всего дает о себе знать наше укоренившееся, трудно-преодолимое 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 проклинаясь 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-то, 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.

рванную от нашего реального бытия?<sup>1</sup> 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", крайние варианты юридического нормативизма?

Между тем есть серьезные основания утверждать, что положения Канта о чистом праве — это, вслед за категорией естественного права, *ключевой пункт философии гуманистического 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, свою специфическую логику и что только тогда оно отвечает требованиям Истории, раскрывает свою силу, цель и назначение в жизни людей.

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 вопросами<sup>2</sup>, и с тем расчетом, чтобы затем к этим вопросам вернуться, то надо видеть, что именно тут, в идеях чисто-

<sup>1</sup> См.: Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 209 и сл.

<sup>2</sup> 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 антиномий 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 (см.: *Оберер Я. Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre // Kant-Studien.* В. 1973. Jg. 64.).

го права, кроется и исходный пункт и наиболее значимый, действительно внушительный эффект от подобного "зигзагообразного" 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, предполагающей исследование явлений в их собственной плоти, т. е. так, как это и требуется для того, чтобы вывести исследование в 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 естественных и технических наук, 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.

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 опыта<sup>1</sup>, чувственных побуждений, склонностей, эгоистических пристрастий, предубеждений (когда, кстати сказать, разум "оказывается общественным сознанием, общественным разумом"<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> 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" (см.: *Хёсле В. Гении философии нового времени.* М., 1992. С. 75).

<sup>2</sup> *Ойзерман Т. И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии.* 1996. № 6, С. 69.

Но что имеется в виду под понятием "чистое", когда оно употребляется в отношении права? 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 имеется в виду "чувственное"\*<sup>1</sup>, выраженное через интересы и волю в действиях власти, других лиц, от которых зависит право. Подобный взгляд уже высказывался в литературе<sup>1</sup>.

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 праву<sup>2</sup>, т. е. права как такового, в его собственной плоти ("Цель

<sup>1</sup> См.: *Oberer H. Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre // Kant-Studien. B. 1973. Jg. 64. N. 1. S. 48.*

<sup>2</sup> 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-ленинско-сталинских догм, выставлялся императивно) 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 приводят 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 одновременно преградой к пониманию своеобразия данного явления, его самой бытной 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 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

же, — замечает в скобках Кант, — может быть какой угодно<sup>1</sup>).

Очевидно, такой подход — единственный, позволяющий представить право в качестве самостоятельной сущности (внутренней формы как таковой), независимой от всего того, что "примешивается", вызвано преходящими потребностями, 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 пересечь 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 воз-

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 научкой 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, каждая из которых не сводима к другой и требует при обилии взаимосвязей особого научного подхода (см.: *Алексеев С. С. Перед выбором. М., 1990. С. 39—50*). <sup>1</sup> *Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 449.*

возможным 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 следующий 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.

В 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 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 требова-

ния 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, "высвобождается" от всего того, что к нему "примешивается", в том числе — от морали и политической власти [П. 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, целеустремленность к праву, и то, что категорический императив вместе с тем сам 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 отвлечь-

ся от морали, от категорического императива и рассмотреть право как таковое, в его собственной плоти, т. е. в "чистом виде".

**2. Требование логики права.** Этот момент был уже упомянут, в самом начале главы упомянут. Но он достоин несколько более подробной характеристики — понимания того, что категория "чистого права" основывается не только на соображениях общефилософского, 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, отдифференцируются от моральных, корпоративных, религиозных компонентов, все более обретают свою исконную ("юридическую") суть, что во многом и выражает "свою", собственную историю права.

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 [Ш. 16.4].

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.

**3. 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, иных аналогичных течений, значительный интеллектуальный потенциал, выраженный в идеях чистого права, в науке 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 право"<sup>1</sup>, причем "...независимо от блага или зла, которое может из этого возникнуть"<sup>2</sup>, имеется в виду позитивное право в целом. Здесь, стало быть, речь идет не о внешней форме, его

<sup>1</sup> Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 289.

<sup>2</sup> Там же. С. 329.

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. Мардашвили, "возможность структуры", "нечто относящееся к полноте" и др.) — это сила собственной материи права, ее собственного содержания [Ш. 5. 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 реальности<sup>1</sup>, 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 к тому же не очень-то нужным документам, формальным правилам, формальным актам, дру-

<sup>1</sup> В. С. Нерсесянц, возражая Гегелю, утверждающему, 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" (см.: *Нерсесянц В. С. Философия права: Учебник для вузов.* М., 1997. С. 490).

гим чуть ли не формально-канцелярским бюрократическим вещам, в лучшем случае — просто к законам, к довольно простым требованиям и нормативам юридической техники.

Здесь есть основания и по данному вопросу отметить весьма конструктивные теоретические позиции, которые занимали русские правоведы 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 кантинианства"), давали себя знать идеи чистого права, значимости такого понимания права. Так, Б. А. Кистяковский писал, 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"<sup>1</sup>. Аналогичные суждения высказываются и в современной литературе.

Представляется необходимым со всей определенностью сказать: собственная материя права как особая реальность в обществе (в том числе — догма права) •—• это значительное, многогранное, сложное по своей органике **социальное богатство**, 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.

<sup>1</sup> Вехи. Сборник статей о русской интеллигенции. М.: Новости, 1990. С. 112.

Итак, форма в отношении к праву в целом — категория фундаментальная, существующая как практическая реальность и имеющая определяющее значение к фактическому содержанию 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 (принципы) 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 "внеюридического" или "метаюридического" 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?

Здесь вновь приходится обратиться к Канту, к его разработкам о "всеобщем правовом законе".

**2. "Всеобщий правовой закон".** Этот закон непосредственно, надо полагать, вытекает из кантовского категорического императива, притом в его стандартной формуле. Если сообразно этой формуле *необходимо поступать только по такой максиме, относительно которой ты в то же время можешь желать, чтобы она во всякое время стала всеобщим законом*<sup>1</sup>, то спрашивается: какие выводы применительно к праву следуют из такого этического по своей основе требования к поведению людей?

См.; Кант И. Указ. соч. Т. 3. С. 143.

В самом деле, что означает ключевая часть формулы категорического императива — "желать, чтобы максима поведения", которой, притом "во всякое время", руководствуется человек, — "была всеобщим законом"? Обратим внимание — "всеобщим законом" и "во всякое время"!

Конечно, 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."<sup>1</sup> 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". И понятно, в области морали пожелание того, чтобы данная максима поведения была всеобщим законом, относится к людям как к субъектам морали.

С сугубо же юридической стороны из кантовского категорического императива с непреложностью следует что в юридическом плане в области внешних, практических отношений общий (всеобщий) закон должен строиться так, чтобы он был *одинаков для всех, равно, на соразмерных началах, на началах равновесия отмерял каждому меру его свободы поведения*.

Правовая ориентация категорического императива с высокой степенью очевидности и наглядности раскрывается в его "юридическом продолжении" — том главном требовании к праву, которое Кант называет напрямую "всеобщим правовым законом", — *поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразно со всеобщим законом*<sup>2</sup>. Здесь представлен уже "полный набор" свойств и особенностей права — и строгое определение адресатов

<sup>1</sup> Са/ювьев Э. Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 108

<sup>2</sup> Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 140.

требований ("каждый"<sup>1</sup>), и скоординированность, равновесность позиций субъектов, характерных для права ("было совместимо"), и связанные с этим выраженные в праве начала "меры" и "своего".

При этом Кант и прямо формулирует ряд конкретизированных положений, вытекающих из категорического императива. Наиболее существенными из них являются следующие два.

Первое положение названо философом "всеобщим правовым законом" (и, пожалуй, такое терминологическое обозначение для данного случая предпочтительнее других), или категорическим императивом чистого практического разума: "...поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразно со всеобщим законом"<sup>2</sup>.

Второе положение выражено в такой формуле: "Право есть ограничение свободы каждого условием согласия ее с такой же свободой каждого другого, насколько это возможно по всеобщему закону"<sup>3</sup>.

Смысл всех этих высказываний в принципе один — свобода каждого человека должна быть совместимой или, что то же самое, находиться в согласии (в соразмерном

<sup>1</sup> Категорический императив, полагает Э. Ю. Соловьев, "должен был появиться на свет прежде всего в значении *принципа автономии*" (см.: 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.

<sup>2</sup> Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 140.

<sup>3</sup> Эта выдержка из кантовской работы "О поговорке..." дана в переводе Э. Ю. Соловьева (см.: Соловьев Э. Ю. Указ. соч. С. 171). По справедливому мнению автора, содержащийся в ряде изданий русский перевод этого текста не вполне точен (например, IV. Ч. 2. С. 78).

При этом автор замечает: "Это один из великих девизов классической философии права, и если бы меня попросили привести одно и только одно высказывание, выражающее общий смысл цивилизованного новоевропейского правопонимания, я привел бы именно эти слова" (Там же. С. 171—172).

состоянии) со свободой каждого другого человека, гражданина, быть в этом отношении одинаковой — "такой же".

Взяв на заметку, что Кант — и это весьма примечательно — говорит о необходимости совмещать свободу данного лица со свободой отдельного, автономного человека — "каждого" (именно "каждого!"), обратим внимание на то, что во всех случаях философ связывает такое ограничение или совмещение свободы не с чем иным, как с категорией, имеющей в оптимальном выражении юридический характер, — со всеобщим законом ("всеобщий закон" — это уже, надо полагать, если не изначально, то по крайней мере по существенным своим чертам или по оптимальным своим характеристикам, касающимся области внешних отношений, — фундаментальная правовая категория). Значит, здесь выражаются, находят себе реальную жизнь принципиальные особенности права; причем, наряду с качеством "всеобщности", также, надо добавить, и качество "равновесности". Дает о себе знать здесь и признак "своего": совместимость свободы данного лица со свободой каждого другого с юридической стороны находит выражение в реализации начала "каждому свое".

К тому же в данном случае Кант видит во всеобщем законе, а также в качестве "равновесности" особенности права как самостоятельного явления, обладающего (при том как "форма") своей спецификой, особыми свойствами, своей самобытной природой, если угодно, *характером*. И потому, возвышая всеобщий закон, 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, и в этом отношении становится *результатом интеллекту-*

альной деятельности, стало быть, — продуктом разума.

Помимо всего иного, указанная оговорка (во всяком случае, в области внешних отношений, сугубо юридических категорий) — свидетельство признания того, что закон, объективное право обладают своими жесткими особенностями, своей неподвластной любому произволу природой, своей логикой, неподатливыми свойствами, с которыми следует считаться даже творцу тех или иных всеобщих законов — законодателю, выразителю всеобщей воли.

Есть здесь проблема 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 воляница, анархия, либо тирания, якобинский разгул, большевистские порядки.*

Какое реальное, практическое значение, кроме отмеченных моментов, имеет только что рассмотренный общий принцип чистого права, названный Кантом "всеобщим правовым законом", — с этой стороной проблемы еще предстоит разобраться в последующем. А сейчас такой вопрос: исчерпываются ли приведенными положениями те принципы, начала, которые могут быть отнесены к числу общих, т. е. распространяющихся на право в целом?

И вот здесь хотелось бы в постановочном порядке высказать предположение о том, что, возможно, есть основания для того, чтобы пополнить положения о "всеобщем правовом законе" (который действительно а priori продиктован разумом) некоторыми другими общими принципами и категориями, тоже базирующимися на главных

устоях человеческого бытия — разуме и неразрывно связанной с ним свободе, но уже в какой-то мере напрямую, в самой юридической материи соприкасающимися с правом, с его исконным содержанием.

Не претендуя на бесспорность и исчерпывающие характеристики, представляется возможным высказать мнение о том, что к числу таких общих принципов (категорий) относятся, прежде всего, следующие:

во-первых, принципы частного и публичного права;  
во-вторых, начала, выражающие две главные модели юридического регулирования, два типа построения правового материала — диспозитивный и обязывающий.

Ранее (во второй части книги) и то и другое рассматривалось в качестве логики права. При более же внимательном анализе на основе основательных философских данных оказывается, что указанные категории — да и сама логика права — представляют собой категории чистого права.

**3. Принципы частного и публичного права.** Сначала несколько общих соображений о частном и публичном праве — в дополнение к тем, которые были изложены в первых частях книги.

Формальные критерии границ этих двух правовых сфер — порой весьма зыбких, подвижных, стертых реальной жизнью, законодательством и юридической практикой — обрисованы аналитической юриспруденцией довольно основательно и убедительно (о них уже говорилось: "власть-подчинение" и "субординация" для публичного права; "юридическое равенство" и "координация" для частного права<sup>1</sup>).

Самое же существенное заключается в том, что рассматриваемое разграничение имеет фундаментальное для права значение, выражает глубокие, исходные его начала, а отсюда — принципиальные (чистые) его особенности. Какие особенности?

<sup>1</sup> Обзор литературы и разработку проблем публичного и частного права см.: Черепухин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1926.

История права свидетельствует о том, что долгие века юридические системы древнего мира имели примитивный, неразвитый характер, и это, помимо иных моментов, выражалось как раз в том, что они отличались аморфностью своего содержания, 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 пусть собственного развития, своей истории. Что, надо полагать, и позволило 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> И другой пример, уже близкий нашему времени. Ущербность юридической системы, существовавшей в советском обществе, состояла не только в ее заидеологизированном и репрессивном характере, но еще и в том, что в ней сообразно коммуно-большевистской догме существовала нацеленность на изничтожение, полное искоренение частного права в основных областях общественной жизни (напомним ленинские слова: "мы ничего признаем"). Благодаря этому советское право приобрело однобоко публичные содержание и направленность, и это стало характерным даже для такой, казалось бы, исконной обители частного права, как гражданское право, цивилистика. Частные же начала (частное право в своем чистом виде) сохранились в советских условиях, и то ограниченно, только в области бытовых отношений, а в основном они были загнаны в тень, во многом криминальную экономику, где утратили цивилизованно юридический характер, превратившись в обыкновения дикого, криминального рынка-базара (такого рода обыкновения во многом продолжают господствовать в России и после 1992 г. в условиях будто бы созданной, а в чем-то и действительно созданной "современной рыночной экономики").

И вот здесь, обращаясь к философской значимости деления права на публичное и частное, оправданно высказать предположение о том, что именно в нем, этом делении, скрыты и реализуются сами основы и принципы права как института цивилизации, приуготовленного историей ("провидением", "замыслом природы") для "либеральной жизни" людей — в идеале, в историческом изменении — 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 правовые порядки, индуцирующие свое влияние на любые правовые отрасли..."<sup>1</sup>. А исходный пункт такой трактовки права, его расчлененности — это раскрываемый через частное и публичное право потенциал рациональной организации жизни людей. Такой организации, в которой реализуются высокие начала разума<sup>2</sup>.

Частное право с этой точки зрения — это та сфера объективного права (права, органически единого с публичным законом), в которой непосредственно, ближайшим образом 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.

<sup>1</sup> Бублик В. А. Публично- и частнопровые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности. Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 12.

<sup>2</sup> Представляется важным еще раз сослаться на слова И. А. Покровского о том, что юриспруденция "инстинктивно чувствует" в различении публичного и частного права "...глубоко принципиальное; она смутно улавливает глубокую разницу в самом духе права публичного и частного..." (см.: Покровский И. А. Указ. соч. С. 38). Знаменательно, что при этом замечательный русский правовед отмечает, характеризуя особенность частного права в отличие от публичного: "Ведь государственная власть принципиально не может допустить в этих областях рядом с собой никакой другой воли, ничьей другой инициативы".

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, а в действительности — в силу могущества разума выраженные в материи права начала, относящиеся к "равновесности" юридических позиций субъектов, их автономии, преимуществ договорных начал в юридическом регулировании (диспозитивность) и др. 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 само по себе право. По своей сути оно представляет собой продолжение только что указанного высокозначимого социального феномена — государства, публичной власти со всеми ее позитивными и негативными потенциалами, 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, — 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 подсистем<sup>1</sup>.

Так что, по всем данным, необходимо рассматривать правовую культуру и правовой прогресс в обществе 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 развертывается, получает адекватное и интенсивное развитие, и потому с учетом особенностей своей первородной

<sup>1</sup> Хотелось бы 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 отрасль национальной юридической системы. Отрасли же 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 частноправовых начал в гражданском праве всегда наличествуют известные публично-правовые элементы, а порой и целые институты (например, институты опеки, регистрации юридических лиц и т. п.).

обитатели и одновременно — новых условий должна рассматриваться наукой<sup>1</sup>, воплощаться в законодательстве и применяться в юридической практике<sup>2</sup>.

После приведенной краткой характеристики частного и публичного права обратимся к тем чистым началам, которые выражены в этих сферах права. Сферах, которые — скажу еще раз — выражают не столько классификационные критерии и в этой связи — не столько жестко формально разъединенные участки правовых систем, сколько разные, в чем-то полярные "юридические миры", отличающиеся друг от друга, в первую очередь, как раз исходными правовыми началами.

Что это за начала, принципы? 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 от-*

<sup>1</sup> Здесь уместно и такое еще замечание. В отношении научных разработок, совершенных 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.

<sup>2</sup> 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).

*дельное, частное лицо вправе с а м о с т о я т е л ь н о , автономно, по своей воле, независимо от усмотрения государственной власти о п р е д е л я т ь 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 судом.*

Отсюда вытекают и все другие принципы, характерные для частного права, которые выражаются в гражданском законодательстве (в российском гражданском законодательстве — ст. 1 ГК): 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.

Нетрудно заметить, что частное право — это ближайшее выражение того, что применительно к объективному праву может быть отнесено 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".

В отношении же фактов истории нельзя вновь не сказать об удивительном феномене римского частного права, которое в незапамятные времена — два тысячелетия тому назад, в преддверии и в самом начале христианской эры, уже по многим своим характеристикам "явило собой" как раз чистое право, что и предопределило столь мощное его влияние на все последу-

ющее мировое правовое развитие, на весь правовой прогресс<sup>1</sup>.

Иные исходные начала характерны для публичного права, для свойственного ему пласта правовой культуры. Это, обобщенно говоря, порядок "власти—подчинения", т. е. *порядок, в соответствии с которым лица, обладающие властью, вправе односторонне и не посредственно, в принципе без каких-либо дополнительных решений иных инстанций определять поведение других 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 безусловно им подчиняться.

Отсюда вытекают и все 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 высокого демократического порядка (гарантиями для граждан, демократическими процедурами и др.), становятся совместимыми со всеми другими подразделениями гуманистического права, но это не меняет самой сути, самой природы публично-правовых начал.

<sup>1</sup> О. Шпенглер, характеризуя римское частное право, говорит о необходимости "знания античного права, причем не как образца значимых ныне понятий, но как блестящего примера права из чисто *практической жизни эпохи*" (см.: *Шпенглер О. Закат Европы. Очерки мифологии мировой истории*. М.: Мысль, 1998. Т. 2. С. 86). Это мнение несправедливо. Римское право "блестящий пример", неповторимый и исторический, прежде всего возникновения и кристаллизации *чистой мысли*, в особенности по пониманию *логики права*, закладываемой в понятийный аппарат и юридические конструкции.

Не скрою, несколько странное впечатление производит мнение О. Шпенглера (ранее уже упомянутое), когда он во имя обосновываемого им мнения в отношении римского частного права с одной лишь ссылкой на то, что "классические юристы (160—200) Папаниан, Ульпиан и Павел были арамеями", относит выработанные ими теоретические конструкции к... арабскому праву (Там же. С. 73).

А теперь один из самых непростых для обоснования (и кажется, понимания) пунктов в рассматриваемом вопросе, о котором 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 другом<sup>1</sup>.

Так, скажем, административное право наряду с государственным правом в традиционно-юридическом значении представляет собой ближайшее и прямое воплощение публично-правовых начал, их адекватное претворение в материи объективного права. Но одновременно:

а) административное право в известной мере отражает в ткани юридического регулирования также и особенности "предмета" — построение органов административного управления, своеобразие их соподчинения, определяемое законом и т. д.;

б) по мере развития демократии в данном обществе административное право (а еще более государственное право в традиционном его понимании, т. е. по нынешней юридической лексике — конституционное право) использует определенные положения, как это ни покажется странным, частного права. Внимание — не цивилистики, не гражданского права, а именно частного права, когда в соответствии с требованиями развивающейся демократии оказывается необходимым обогатить и порядки "власти—подчинения" такими методами, формами, которые своим источником имеют объективированные начала сво-

<sup>1</sup> Бублик В. А. Указ. соч. С. 12.

боды личности, других субъектов. В связи с этим и складываются в административном праве институты, в чем-то сходные с институтами гражданского права, — институты административного договора, процессуальных гарантий и даже подведомственность некоторых административных споров независимому суду.

Весьма сложные вопросы возникают при рассмотрении с указанных позиций такой фундаментальной отрасли объективного права, как гражданское право. Об этих вопросах, а также о причинах, обосновывающих неизбежность разграничения публичного и частного права, с одной стороны, а с другой указанных фундаментальных отраслей, — в следующем пункте данного параграфа главы.

**4. Диспозитивное и обязывающее построение правового материала.** Здесь перед нами такие категории, которые во многом основываются на частном и публичном праве и даже воспроизводят их существенные черты, но которые всё же имеют самостоятельное значение, представляя собой две о с о б ы х м о д е л и построения правовой материи. Именно самой правовой материи, ибо в данном случае речь идет о "чистых" категориях сугубо юридического характера, о двух типических разновидностях, двух общих моделях построения правового материала, различаемых в зависимости от того, *что* лежит в основании такой модели — является ли ее центром субъективное право или же юридическая обязанность.

Поразительно, но в данном случае логика права, выраженная в правовом регулировании [П. 8. 2], полностью совпала с категориями чистого права и — что не менее существенно — связывается здесь с их определяющими началами — принципами частного и публичного права.

Ведь одна из таких моделей (дозволительное и диспозитивное построение правового материала: его схема — субъективное право + юридические гарантии) основывается на частном праве. Ее суть в предоставлении

лицу возможности самому, своей волей определять свое поведение, что открывает простор для действий лица по своему усмотрению, по своей воле и своему интересу.

Характерно, что с рассматриваемых позиций и общедозволительный тип правового регулирования ("дозволено все, кроме запрещенного законом"), который также выражает своеобразную логику права, представляет собой особую разновидность дозволистского регулирования. Разновидность, специфика которого заключается в том, что лицо имеет не просто субъективное право, а *общее* право.

Такого же рода суждения могут быть сделаны и в отношении другой модели (обязывающего, императивного построения правового материала: его схема — юридическая обязанность + юридическая ответственность). В ее основе публичное право, и ее суть в обеспечении организованности, строгого порядка в жизни общества, во взаимоотношениях людей, в обеспечении необходимой общественной дисциплины. Здесь также есть особая разновидность, синхронно в зеркальном соотношении перекликающаяся с общедозволительным регулированием, — разрешительный тип, находящий выражение в другой общеизвестной формуле: "запрещено все, кроме прямо разрешенного законом".

Указанные две модели построения правового материала, и в особенности общедозволительный и разрешительный типы регулирования (и то и другое обрисовано в этой книге в самых общих чертах) представляют собой в юридическом отношении еще более "чистые формы", нежели частное и публичное право. Они, по-видимому, в меньшей степени отражают природно-естественную основу права; но зато они затрагивают само юридическое существо правового регулирования, его логику, имеют универсальное значение для всех отраслей права.

**5. Отраслевые начала.** О следующей группе принципов, относящихся к категориям чистого права, можно, пожалуй, говорить только в сугубо постановочном порядке.

Суть вопроса здесь вот в чем. Рассмотренные ранее принципы имеют общий характер, то есть, как можно предположить, распространяются на право в целом. Но возникает предположение: нет ли подобных принципов на отраслевом уровне — таких, которые распространяются только на ту или иную отрасль права или группу отраслей?

Известные предпосылки для возможно положительного ответа на это предположение содержатся в разработках правоведов, предпринятых — вновь перед нами уже ранее отмеченный парадокс! — в советском обществе. Неудовлетворенность немалого числа советских правоведов тем, что по официальной догме все особенности права должны находить объяснение в "предмете", находила выход в том, что их научный поиск все более сосредоточивался на анализе своеобразия "юридической формы", обозначаемой в большинстве случаев в качестве особого "метода" регулирования — второго, как было принято считать, после "предмета" критерия той или иной отрасли. И этот поиск приводил не только к тому, что происходило возвращение — пусть и в эзоповском словесном обличье — к идеям частного и публичного права (это касается в основном гражданского и административного права), но и к тому, что в рамках указанных и других отраслей обнаруживались и подвергались научному осмыслению их отраслевые юридические особенности.

К сожалению, этот уникальный научный поиск (поиск, не имеющий в мировой науке аналогов и до сего времени по достоинству не оцененный) не был завершен. Начавшиеся в советском обществе демократические и рыночные преобразования, как это, на первый взгляд, ни странно, захлестнули ростки передовых научных взглядов по данной группе вопросов иными тенденциями — политическими страстями, стремлением некоторых правоведов сохранить "доброе марксистское старое", а других правоведов — скорее-скорее избавиться от "всего старого" и уподобиться западной юриспруденции, отличающейся в немалой степени жесткой коммерциализацией,

узкой практической специализацией и скепсисом в оправданности абстрактных теоретических разработок.

Между тем исследования по вопросам "юридической формы", проведенные советскими правоведами, в том числе в отношении отдельных отраслей права, явились не только своего рода отдушиной для ученых в обстановке тяжелой идеологической марксистской, ленинско-сталинской идеологической тирании, но, как видно теперь, объективно оказались такими по своей сути и в перспективе, что в немалой степени сообразуются с некоторыми гранями передовых и конструктивных философских представлений о праве, его месте и роли в судьбе и будущем человечества. В особенности с тем блоком передовых представлений, которые были намечены Кантом в его идее чистого права.

С наибольшей выразительностью приведенные соображения могут быть, пожалуй, продемонстрированы на примере разработок специалистов по гражданскому праву — обители исходной фактической основы указанных исследований, "юридической догматики". Именно в подобных разработках были проведены исследования по, казалось бы, идеологически нейтральным проблемам, которые привели к осмыслению таких чистых (по своей исходной основе) цивилистических категорий и принципов, как "юридическое равенство", "диспозитивность", "автономия" и др., а суммарно — к пониманию юридической специфики метода гражданско-правового регулирования<sup>1</sup>. Определенные шаги по нахождению своего "особого метода" были сделаны в сфере трудового права, семейного права, других отраслей. Они шаг за шагом подводили к мысли, что каждая реально обособившаяся в правовой системе отрасли права обладает неким специфическим юридическим режимом регулирования, который, судя по всему, и состоит из "чистых" отраслевых категорий и принципов.

<sup>1</sup> См.: Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений - Свердловск, 1972; его *лек.* Россия: экономика, гражданское право. М., 2000. С. 49 и ел.

Пока обо всем этом приходится говорить в сугубо постановочном порядке. Вместе с тем нужно твердо знать, что как раз на данном пути научных исследований, и притом в условиях, когда оказывается возможным использовать научный потенциал теорий частного права и уже не требуется "оглядываться" на тотально господствующую систему коммунистических догм, могут открыться значительные, еще не использованные резервы правоведения как одной из высокозначимых гуманитарных наук. И, следовательно, именно здесь кроется важнейший потенциал правоведения, перспектива использования его данных для решения проблем, относящихся и к углубленной проработке острых современных проблем, и к более широкому кругу вопросов о судьбе человеческого общества, его будущего.

### § 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 живой социальной реальностью.

Но как эти категории претворяются (могут и должны претворяться) в реальных правовых институтах и отраслях права? Ведь реальная, 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 уг-

лом зрения особенностей категории "чистое") во многих отношениях "*не чистое*"

Более того, ряд научных воззрений вообще связывает 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 (повидимому, не без влияния марксистских взглядов, но, к счастью, без их 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}"<sup>1</sup>. 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, в частности: "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"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 380.

<sup>2</sup> 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 ее 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, лежит вовсе не исключительно текущая и трепетная жизнь данного

времени, как полагает О. Шпенглер<sup>1</sup>, 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*.

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* [П. 7. 7]. Именно здесь нужно видеть существенно важную роль, которую играют в правовой системе такие фундаментальные отрасли, как гражданское и административное право.

Об этом уже говорилось в отношении публичного и административного права... Теперь о гражданском праве в его соотношении с правом частным.

**2. О соотношении частного права и гражданского права.** 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 нашей сегодняшней российской обстановки, притом в примитивном значении слова "рыночное", и верное).

<sup>1</sup> Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 85.

В действительности дело 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, способом, определяющим взаимоотношения между субъектами, был договорный метод, существовал беспристрастный суд — независимый институт решения разногласий, споров, конфликтов и т. д., словом, обуславливают необходимость существования сферы, где вопросы решаются по воле и в соответствии с интересами участников рыночных отношений, занимающих юридически равные позиции.

Но гражданское право, прежде всего и все более по мере прогресса, все большего утверждения разума в реальной жизни, развития институтов демократии, выступает в качестве прямого выражения частного права как продукта и высшего проявления разума. Той, скажу вновь, первородной обители частноправовых начал, которая первично реализует важнейшую природную, естественную сторону биосоциального основания права, коренящуюся 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 трудно понимаемый 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 преимущественно особенностями имущественных отношений рыночного типа.

Так что, частное право не продукт рынка. А гражданское право не только продукт рынка, а прежде всего отрасль-обитель "чистых" частноправовых начал, в наибольшей мере совпавшая с требованиями и условиями товарно-рыночных отношений. И потому вмещающая нормативные положения рыночного характера не только без отторжения и сопротивления, но и в юридических формах и конструкциях, оптимальных для рыночной экономики. И плюс к тому еще содержащая определенные элементы публично-правового характера (например, "публичный договор")<sup>1</sup>.

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 советского гражданского права, особенно в той его части, которая строилась по конструкциям ГК 1922 г., воспринявшего

<sup>1</sup> Бублик В. А. Указ. соч. С. 6—15.

через дореволюционные проекты достижения мировой частноправовой культуры. Оно 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". Такие, как 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, таким, как медицинские, сочетающим большую социальную значимость и высокий профессионализм, требования 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 сопряжен с внешними, объективированными отношениями. *Его природное предназначение — статика, регулирование внешних, "предметных", 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 решать "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, определяют необходимость формирования интеллектуальной собственности; через ценные бумаги, их бездокументарный оборот определяют необходимость возрождения и нового прочтения понятия "бестелесной вещи"<sup>1</sup>, 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 опосред-

<sup>1</sup> См.: Мурзин Д. В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. М.: Статут, 1998. С. 67—89.

ствовать 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 возможно лишь на *основе достижений мировой правовой культуры, фундаментальных научных ценностей*, выработанных 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 отношении характеристикой новых отраслей права (экологического, информационного, предпринимательского) 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 выявят свою юридическую специфику и нарастят свой самобытный правовой материал (и пока еще нет основательных данных, свидетельствующих о том, насколько это вообще возможно) — представляют собой комплекс разноотраслевых элементов. Главное, что пре-

допределяет 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"<sup>1</sup>.

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.

Высказанные соображения касаются не только фундаментальных начал права, прежде всего права гражданского, но и характерных для него юридических кон-

<sup>1</sup> Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 86.

струкций, 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 праве<sup>1</sup>, 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,

<sup>1</sup> 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" (см.: Мурзин Д. В. Указ. соч. С. 70).

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, 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 тут есть сложности, связанные с трудностями изложения нового, непривычного для нашей науки материала, которые автору, понятно, не удалось во всем преодолеть, как не преодолеть, можно ожидать, и аналогичные по истокам трудности его восприятия.

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 хочешь не хочешь надо вести упорную разработку теоретических проблем, связанных с миссией права, которой и ныне, и в будущем нет альтернативы. Тем более что научная основательность (выводящая правоведение 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 — раскрывающее потенциал идей чистого права, — принципиально теоретического, концептуального характера, относящееся к постижению действительной ценности права в жизни людей, его смысла.

**2. "Нет ничего практичной 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 порядка, данных психологии, этики, этологии. И если тут полезна "хорошая теория", то это, казалось бы, не некая правовая философия, а в первую очередь — теория, которая помогла бы определить действительные потребности общества и человека, задачи законодателя, способствовала бы 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, еще лет пять-шесть тому назад 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 — работы 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 исключительно важный, предопределяю-

щий 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).

Главное — 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 должные меры юридической ответственности?

Если вводится общий запрет, то достаточно ли он "обставлен" условиями и исключениями?

И так далее. Требуется убедительные и конкретные ответы на все другие вопросы, которые по своей сути есть вопросы "техники", но вопросы такой "техники", которая представляет собой прикладную сторону философской проблематики.

При тщательном, углубленном анализе принятых в России законов (особенно на региональном уровне — областях, краях) выясняется, что основные их огрехи касаются вовсе не вопросов сугубо технического 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 законодательстве теоретических положений о частном и публичном праве, о юридической специфике отраслей права, типов регулирования, основополагающих юридических конструкций. 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 помимо иного 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 высокую социальную значимость и высокий профессионализм, требования современной техники. И здесь 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 (и 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, поддержкой инициативной деятельнос-

ти, оказанием ряда специфических медицинских услуг и т. д.) вполне оправдано 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 разнообразные 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 — таких, как положения о кантовском "основном правовом законе". С этой точки зрения возникающие порой проблемы при подготовке законопроектов, трактуемые подчас по рубрике "социальных", с юридической стороны затрагивают вопросы философского порядка, в том числе "всеобщий правовой закон". Они, к сожалению, именно в таком качестве сразу же не вычлениаются 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 права (и свободе) других членов коллектива? И если да, то каково возможное решение

трудностей, возникающих при реализации закона? И верно, трудности подобного свойства в последующем действительно были. И об этом ныне приходится говорить еще и потому, что аналогичные по важности и трудности проблемы возникают при совершении сделок, предметом которых является имущественный комплекс (предприятие в целом), включающий работающих там людей — персонал<sup>1</sup>.

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.

По всем данным, идеи и категории чистого права должны быть признаны основополагающими 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

<sup>1</sup> См. по этому вопросу разработки С. А. Степанова (Предприятие как имущественный комплекс по Гражданскому кодексу Российской Федерации. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000).

чистого разума принципами внешнего человеческого права вообще<sup>1</sup>.

К сожалению, надо признать, что у нас, в современной России, в наших 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 степень 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 высших 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.

Подобная оценка положений о чистом праве, возможно, предстанет еще более обоснованной, если рассматривать эти положения под углом зрения юридической логики, в том числе структуры собственного содержания пра-

<sup>1</sup>Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 285.

ва, той определяющей стороны этой структуры, когда центром собственного содержания права (его внутренней формы), "стягивающим" к себе все частицы правовой материи, выступают субъективные права участников общественных отношений, причем права, по терминологии юриспруденции, "на собственное поведение", и, стало быть, открывающие простор для активности, творческой самостоятельности людей.

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 ближайшего объективированного бытия разума и права человека (права людей).

## Глава четырнадцатая Право — бытие разума

### § 1. Разум в праве. Путь к разгадке

**1. Право как объективированное бытие разума.** Настала пора сказать о том главном, к чему в предшествующих главах подводили суть и сам ход ранее рассматриваемых вопросов — становления и развития гуманистического права как естественного, предопределенного логикой Истории процесса.

Это главное таково. *По своим коренным особенностям право выступает в качестве продукта разума в области внешних, практических отношений, а в идеале, по заложенным в нем потенциям (реально — по мере перехода человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа, реализации в обществе высокой юридической культуры) — "самого" бытия разума.*

И вот здесь (во всяком случае, хотя бы здесь, в качестве исходной констатации авторской позиции) необходи-

мо оттенить то обстоятельство, что право представляет собой продукт Разума с большой буквы, т. е. не в одной лишь плоскости высших психофизических особенностей индивида — существа биологического мира, а как выражающего эти особенности вселенского явления (творения) мирозданческого порядка.

Качество права как объективированного бытия Разума в области *внешних* практических отношений проявляется в следующем.

В о - п е р в ы х , в том, что конструируемое Разумом представление о праве выступает в виде чистого права, т. е. идеального образа права, *"освобожденного" (путем логической операции) от воздействия и влияния опыта, чувственных факторов, предмета, изменчивых фактических отношений — от всего того, что к нему в реальной жизни "примешивается"*, т. е. от политических и экономических целей, от классовой, национальной, иной групповой воли, политических интересов, диктата власти, эгоизма и каприза правителя, требований, вытекающих из экономических и политических интересов, практических соображений, и т. д.

В о - в т о р ы х , оно выступает как "чистое" в связи с только что отмеченным обстоятельством также и потому, что Разум *обнаруживает в этом идеальном образе смысл права, его логику и предназначение*, обусловленные его мирозданческой природой, местом и ролью в жизни людей.

И наконец, в - т р е т ь и х , в нем в свою очередь реализуется, находит объективированную жизнь не просто разум, а разум как вселенское явление и притом *чистый Разум*, его достоинства высшего вселенского явления (творения) мирозданческого порядка, его сила, мощь, богатство, проявляющиеся в высоких свершениях ума, созидания, творчества. То есть такие феномены Разума, которые находятся на другом полюсе по отношению к "разумным" деяниям людей, сопряженным с биологическими и социальными негативами человеческого бытия и нередко дающим о себе знать в изощренном

коварстве, предумышленном злодействе, изворотливой хитрости, иных людских пороках.

Скажу сразу, конечно же, подобного *стерильно чистого права* (да к тому же, скажем так, "дважды очищенного" — и на уровне права, и на уровне разума) как некой реально функционирующей юридической системы в нашей земной жизни не было, нет и не будет никогда. Право по самой своей природе призвано пребывать в самой гуще сложного, прекрасного и грешного, бытия и функционировать в системе реальных, практических жизненных отношений. Оно всегда существовало и неизменно будет существовать в противоречивой паутине экономических, политических, нравственных отношений, в переплетении с ними, во взаимосвязи с идеологией и властью, а также под воздействием воли и страстей конкретных земных людей, которые в свою очередь подвержены влиянию, проникновению в них многообразных чувственных факторов, импульсов подсознания, увлечений, эмоций, заблуждений, иллюзий, мифов.

Да и сам вопрос о таком праве (т. е. о праве как явлении Разума) не возникал и не мог возникнуть до того, как в человечестве, в его бытии не назрела острая необходимость фактического перехода народов к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям и не сложились предпосылки и условия для этого перехода. Словом, до того, как идеи, дух, идеалы Французской революции (а также первые шаги по конституированию демократической политической системы в Северной Америке и в Европе к концу XVIII в.) потребовали того, чтобы среди человеческих ценностей в противовес произволу, самочинному господству власти, страстей и капризам правителей было возвышено право как институт цивилизации и был определен тот образ (понятие) такого права, которое необходимо для новой, последовательно демократической, либеральной эпохи в истории человечества. Такой образ, которого даже в сугубо практической жизни "требуется сам разум", притом "...чистый, a priori

законодательный разум, не принимающий в соображение ни одной из эмпирических целей"<sup>1</sup>.

Смею утверждать, что такое никем конкретно не поставленное и не сформулированное "задание Истории" и было реализовано философской мыслью конца XVIII в., обосновавшей идеальный образ чистого права. А затем — пусть и не всегда в адекватной терминологии и без философских констатации — подхвачен и продолжен другими мыслителями, в основном правоведами, исследовавшими, казалось бы, абстрактные юридические построения, конструкции. И именно в них, в абстрактных юридических построениях, конструкциях, обнаруживающих высшие, утонченные интеллектуальные свершения, затрагивающие как раз "прозу жизни" — многообразные практические отношения.

Стало быть, чистое право — это не выдумка идеалиста, не продукт простого кабинетного сочинительства. Оно — прежде всего найденный философией и правоведением продукт Истории и Времени, который реально воплощается в практической жизни.

Здесь, как уже упоминалось, перед нами эффект своего рода "двойного очищения": образ права, освобожденный от чувственных и иных влияний, выступает в качестве продукта Разума, который в свою очередь также "очищен" от всего чувственного, преходящего. В этом отношении "чистое право" представляет собой по своей сути реальное бытие ч и с т о г о Разума, притом, как можно предположить, *чистого Разума в его высшем выражении, которое возможно в реальной (внешней), практической жизни людей.*

Насколько такая характеристика чистого права представляется существенной, может быть подтверждено рядом доводов.

Вот один из них. Необходимость разумного регулирования и разумного управления в обществе, причем тако-го, 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. Да и в жизни 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, догм.

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, стать образцом, эталоном для практического действия. Кант говорит, что мы придем к повергающим в отчаяние выводам, "если не допустим, что чистые принципы права имеют объективную реальность, т. е. если не допустим их осуществимость"<sup>1</sup>.

Да, иначе действительно неизбежны весьма грустные выводы ("повергающие в отчаяние"). Ибо чистое право как идеальный образ в реальном последовательно демократическом, цивилизационно-либеральном развитии, необходимая, и притом ключевая ступень, открывающая путь к формированию правового общества в соответствии с требованиями современного естественного права, его современного "юридического выражения" — права человека, что и предопределяет высокое место права в нашей жизни.

И не это ли предрекаемое знаменитым философом отчаяние, соединенное с пониманием великой миссии права в жизни людей, ощущается в словах И. А. Покровского, написанных им в 1918 г., уже после большевистского переворота, о том, что критерий права "доминирует над критерием интереса и составляет такое понятие, без которого мы не можем ни мыслить, ни действовать"<sup>1</sup>? Наверное, это так, тем более 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"<sup>2</sup>.

Что же представляет собой чистое право по своей природе, если оно является — хотя и нуждающимся в осуществлении — идеальным образом? По известной номенклатуре правовых явлений оно, по всем данным, может быть охарактеризовано в качестве правосознания. Но правосознания как активной силы<sup>3</sup>, и притом силы особо-

<sup>1</sup> Из глубины. Сборник статей о русской революции. М.: Изд-во МГУ. С. 232.

<sup>2</sup> Там же. С. 230.

<sup>3</sup> См.: Соловьев Э. Ю. Указ. соч. С. 191. Отметив, что в правосознании содержится мощный активный потенциал, автор пишет: "Правосознательный ригоризм настоятельно необходим для ныне переживаемого нами этапа общественного обновления. На мой взгляд, он важнее даже таких безусловно ценных и желательных установок, как чуткость и милосердие. И никто не учил ему лучше создателя трансцендентальной этики".

го рода. Такой силы, основу и существо которой образуют естественные потребности общества, если угодно, естественное право на современном этапе развития человечества. И значит, правосознания, которое в соответствии с особенностями чистого права, необходимости его реального осуществления выражается в определенных категориях (принципах), имеющих характер требований, от реализации которых решающим образом зависит наше будущее, формирование и развитие правового гражданского общества.

Эти требования и находят, как мы видели, выражение в категориях (принципах) чистого права, что имеет существенное значение для реального, действующего права, его развития, практики юриспруденции [II. 13. 2].

**2. 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) неизменно оказываются правовые возможности, связанные с собственным поведением субъектов, и гарантии 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 тайны материи права, которая приобрела в связи с этим чуть ли не мистический оттенок.

Но вот сейчас сам ход рассмотрения философско-правовой проблематики — теперь уже по логике науки — определил путь решения указанной проблемы, перспективу ее вполне научно обоснованного решения.

Определяющий момент здесь — это как раз научные представления о *чистом праве в его соотношении с Ра-*

зумом (тоже *чистым*). Именно эти представления раскрывают указанную ранее тайну правовой материи, ее органическую "устремленность" к субъективным правам, позволяют увидеть как раз в этой "устремленности", изначальной "заданное<sup>TM</sup>" исконный смысл и историческое предназначение права в жизни людей, обусловленные его мирозданческой природой,

Источник же такой органической "устремленности" правовой материи кроется именно в том, что право (чистое право) с философской стороны — это объективированное *бытие Разума*. Притом Разума, здесь уместно сказать об этом еще раз, не с точки зрения одних лишь психофизических особенностей индивидов как существ биологического мира, во многом связанных у людей с зоологическими, сугубо эгоцентрическими интересами, зовами подсознания, эмоциями и страстями, а именно *чистого Разума*, в котором раскрываются высшие начала жизни людей. Начала, среди которых, напомним, *первое место занимают идеалы и ценности свободы*.

Вот и получается, что *своеобразное сцепление частиц правовой материи, когда оно объективно, как бы само собой выстраивается в направлении субъективных прав* (ее, казалось бы, невесть откуда взявшаяся собственная логика) — 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, и быть не может. *Она, правовая материя, представляя позитивное право как объективированное бытие Разума, только так — с "настроенностью" на субъективные права — и может существовать в человеческом сообществе*. Причем, как это ни парадоксально, независимо от практического использования правовой материи. В самых прозаических переплетениях практической жизни. Даже такого использования, когда в ней на первое место вы-

двигаются юридические обязанности, меры ответственности, пусть даже самые что ни на есть жесткие (хотя в этом случае и происходят немалые деформации в правовой материи).

## § 2. Рациональные начала права

**1. О "базисе" права.** При рассмотрении истоков права (права в его собственной плоти, т. е. в качестве чистого права) приходится затронуть представления, имеющие до настоящего времени известное распространение в науке, в общественном мнении. Особенно в нашем Отечестве, в России.

В соответствии с постулатами ортодоксального марксизма в правоведении, безраздельно господствовавшего в условиях советского общества в течение многих десятилетий, в качестве исходной и решающей философской основы для понимания права неизменно рассматривались положения о "базисе и надстройке". Даже сейчас, когда общественные науки в России все более и более освобождаются от идеологических фантомов и ортодоксальных догм, эти положения оцениваются в представлениях ряда авторов как нечто положительное, что и в новых условиях может быть воспринято от марксизма. Да и вообще признание заслуг Маркса в обосновании зависимости характера общественного развития и самой сути институтов общества "от экономики" ("экономического базиса") до нынешнего времени довольно широко распространено в мире, в том числе среди философов и правоведов различных мировоззренческих ориентации, включая специалистов по проблематике права и веры<sup>1</sup>.

Между тем положения о "базисе и надстройке" в том виде, в каком они были канонизированы марксизмом, нуждаются, следует думать, в основательной критической проверке, в переосмыслении. Особенно с точки зре-

<sup>1</sup> См.; Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 514 и сл.

ния предмета этой книги — реальных процессов, характерных для возникновения, функционирования и развития такого важнейшего института общества в условиях цивилизации, как право.

Нет слов, экономика, экономическое положение данного общества — важный фактор, определяющий реальное состояние общества, саму возможность и перспективу его развития (и в позитивных и, увы, негативных направлениях), а отсюда содержание и направленность политики в данном обществе, практических действий людей, условия и возможности формирования тех или иных институтов. Экономика, ее основы и механизмы (рыночные, государственно-властные) накладывают свою печать на институты общества: демократию, парламентаризм, право, партийную систему и другие общественные институты, стороны общественной жизни. И такое влияние, как это отмечалось при рассмотрении права-регулятора, может быть значительным<sup>1</sup>. И при решении конкретных проблем — ключевым, определяющим (общим местом в

<sup>1</sup> Рассматривая первооснову права, вполне оправданно пойти даже дальше разделяемой многими мировоззренческими доктринами формулы о бытии, его определяющем значении для права, и видеть в праве органический и глубинный элемент самого социального строя данной страны, его цивилизационных устоев. В чем-то, плюс к тому, еще и связанных с природной средой.

Например, ряд специалистов по сравнительному праву соотносит сам феномен общего, прецедентного права в его классическом, английском образце с "матросским образом жизни" англичан, исключая строгое планирование на будущее, жесткую регламентацию в заранее отработанных нормах закона изменчивых общественных отношений. Не меньше оснований связывать с суровой северной природой своеобразие юридических систем стран, относящихся к скандинавской (в широком смысле) группе — Швеции, Норвегии, Финляндии, Дании. В том числе стремление этих стран к правовой интеграции, "деловой и единообразной настрой" в решении сложных юридических проблем.

Главное же — это то обстоятельство, что проникая в самые глубины, недра социального строя, всей народной жизни, юридические порядки становятся каким-то неотъемлемым, неподатливыми для какого-либо внешнего влияния элементом жития, быта, самого образа жизни людей, сложившегося в данной общности. Некоей твердой *константой* в потоке бурной, суетной, текущей изо дня в день жизни, ее условий — порой весьма существенных, казалось бы, — таких, которые как будто бы должны кардинально и разом поменять условия и характер всего поведения человека, а отсюда и юридическую регламентацию этого поведения.

законотворческой деятельности стал сам по себе факт бесплодности каких-либо законодательных новаций в пользу людей, если они не обеспечены финансовыми ресурсами).

Вместе с тем необходимо с предельной строгостью проводить принципиальное различие между таким общим (именно общим!) влиянием экономики на жизнь данного общества, на его состояние и возможности, с одной стороны, а с другой — постулируемым значением экономики в качестве *фактора, создающего, формирующего его институты*. Суть вопроса в том, что сами институты, из которых складывается общество, в том числе право, формы государства, институты духовной жизни и др., при всей их зависимости от внешних факторов и условий — прямую, пусть и "в конечном счете", не выводимы из экономики. Их "появление на свет", их бытие не вписываются в то соотношение между разнообразными элементами общества, когда бы экономика в виде производственных отношений образовывала некий "базис", а все остальное в жизни людей (многообразные институты, формы нравственной, духовной, интеллектуальной жизни) составляло всего лишь "надстройку" над этим экономическим базисом.

Соотношение здесь — и современная гуманитарная мысль все более и более утверждает в этом — сложное, основанное на действии многих факторов, в том числе духовных, нравственных, которые взаимодействуют друг с другом, порой меняются местами, когда одни из них возвышаются, другие теряют свою силу, сходят со сцены.

При этом подробное исследование права подтверждает то обстоятельство, что, наряду с фактором преимущественно экономического порядка (собственностью, рынком) на жизнь общества решающим образом влияют еще две силы — "власть" и "идеи"<sup>1</sup>. И это, понятно, еще не все. Размышляя над проблемой о "научном идеале" понимания права, о факторах, влияющих на право, Э. Рабель

<sup>1</sup> См.: Проблемы теории права. 2-е изд. М., 1995. С. 24—27.

говорит: "Материалом для размышления о проблемах права должно служить право всей земли, прошлое и настоящее, связь права с почвой, климатом и расой, с историческими судьбами 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 ни один феодализм, либерализм, социализм — производит 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"<sup>1</sup>.

И если уж оправданно утверждать, что в обществе среди многообразных факторов, влияющих на общественную жизнь, — всего того, что может быть названо *диктатом бытия*, должен все же наличествовать какой-то исходный "базис", то надо видеть, что для человека, для сообщества людей — существ разумных — подобный "базис" (в особенности, в отношении институтов общества, самого их "появления на свет") следует искать в *Разуме*, в его высших проявлениях, в разумной деятельности людей<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. S. 3ff.* На русском языке: *Равель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения / Пер. под научн. ред. Б. М. Гонгало. Екатеринбург, 2000. С. 16—17.* При всей основательности приведенных суждений, обращает на себя внимание то обстоятельство, что и они главным образом имеют ударение на внешних факторах и условиях, которые также охватываются общей формулой — "диктат бытия". Даже такие, казалось бы, обстоятельства субъективного порядка, как "связь с религиозными и этическими представлениями", "воздействие различных духовных течений", "последовательность избранных путей развития права", представляют собой не только факты существующей действительности, но и в конечном итоге вполне обоснованно поставлены автором в зависимость от существующего строя, от социального, экономического "оформления".

<sup>2</sup> И не потому ли, возникает предположение, Кант, встретившись с необходимостью раскрыть секреты права, вполне оправданно обратился именно к разуму (чистому, практическому, способности суждения) и, когда затем вновь вернулся к вопросам права, именно с разумом связал само его, права, существование и развитие?

Если это верно, то в чем тут дело? Не в том ли, что влияние любой внешней силы на поведение человека, его образ действия, поступки, включая те, которые идут от экономики, собственности, власти, а ближайшим образом — от естественного права, так или иначе проходит "через его голову" — его мысль, чувства, другие стороны духовной жизни. Да, отчасти в этом. Но не только и, пожалуй, даже не столько в этом.

Суть дела в другом. В том, что именно в результате разумной деятельности людей известные формы этой деятельности *объективируются, обретают самостоятельное автономное бытие, отчуждаются в самостоятельные объективированные образования*, то есть как раз становятся *институтами*, — процесс, в котором существенную роль играет важнейшее проявление разумной деятельности — письменная речь, письменность, дающая, по приведенному ранее свидетельству Рикёра, эффект "семантической автономии".

И хотя в результате институализации известных форм человеческой деятельности сложившиеся в этой связи институты по современным критериям и оценкам могут иметь негативное, антисоциальное значение (скажем, институты государства, выраженные в тираническом режиме власти, объединения тоталитарного толка), принципиально важным для человечества, его судьбы является то, что сами по себе эти институты, изначально, по своей сути, и особенно в своем развитом виде, несут в себе позитивный потенциал Разума. И что именно в таких институтах высшие проявления Разума, самые значимые его ценности могут *объективироваться*, входить в мир наличных реальностей, отсюда *закрепляться, накапливаться, обогащаться и получать в таком качестве непрерывное бытие во времени как феномены культуры для всех людей, для будущих поколений*.

Принципиальная важность существования и развития самого феномена "институты" под углом зрения содержащегося в них потенциала Разума состоит помимо всего иного в том, что именно с данной стороны они способны

помочь человеку не только противостоять случайностям и хаосу бытия, но и таким исторически заложенным в человеке биосоциальным программам поведения людей (по своей силе и инерции имеющим, увы, по большей части доминирующее значение в людских поступках), как стремление к господству в системе иерархии, агрессивность, подавление слабого, захват и присвоение окружающих предметов, сфер и объектов господства. Именно с данной стороны институты, объективирующие требования Разума в его высших значениях, способны воспринять, сделать практическими реальностями другие природные задатки — те, которые выражают стремление к свободе, своей собственности, творчеству, наконец, к тому, что может быть названо "правом", уважением к нему. А в связи с этим обеспечивать *стабильность* (постоянное воспроизводство) социальной системы и статуса людей, которое построено на идеалах и ценностях Разума, высших духовных начал.

*Социальным институтом, содержащим и накапливающим позитивный потенциал Разума, в условиях цивилизации и является право.*

**3. Догма права (система правовых средств) как объективированное выражение чистого разума.** Правовая материя, характеризующая его строение, внешние формы бытия и реализацию, — не нечто "примитивное", "формалистичное" и "схоластичное", что-то близкое к канцелярщине и буквоедству (что подспудно, а иной раз и открыто звучит в суждениях, критикующих юридический позитивизм), а, напротив, интеллектуально высокое и значимое явление.

Такая характеристика и такие оценки относятся прежде всего к догме права, т. е. к праву в нашей реальной, практической жизни, в которой отработанные документальные формы, закрепляющие юридические нормы, соединены с интеллектуальными конструктивными построениями, выработанными на практике, наукой, в законодательстве.

Сами по себе юридические нормы со своей логической структурой, многообразными разновидностями, субъективные юридические права и обязанности в их многообразных сочетаниях, складывающиеся на их основе сложные юридические конструкции и многое другое, относящееся к юридической догме, представляют собой (если, понятно, вычесть из юридических норм, содержащихся в нормативных документах, некоторые общие правила и приемы делопроизводства, оргтехники, ну и субъективные недоработки, промахи, так сказать, "формалистические излишества") *не что иное, как объективированные, отлитые в строгие логические правовые структуры достижения ума, свершения мысли.*

Если даже не идти дальше самой по себе догмы права во всех ее разновидностях и проявлениях (строения правовой материи; юридических норм во всех их разновидностях; их внешних форм, источников права; форм реализации), то и в этом случае есть весомые основания утверждать о ее высоком интеллектуальном статусе, отличающемся рядом особенностей.

Одна из таких особенностей — высокий уровень объективизации сложных и тонких правовых структур, который в ряде случаев (в сфере источников права) достигает даже степени чувственно осязаемой ("грубо-вещественной") реальности. Другая особенность — категории догмы права представляют собой одну из наиболее высоких разновидностей интеллектуальной деятельности вообще, деятельности по созданию и введению в единую систему нормативных обобщений.

Если же расширить угол зрения и рассматривать всю систему правовых средств, то и здесь — пусть и не так наглядно (вследствие отсутствия во всех случаях такой отработанной внешней формы, как в догме права) — перед нами предстает так или иначе объективированная правовая материя. И здесь заключенный в правовой материи потенциал долженствования, в котором имеется "заряженность" на то, чтобы "должное" становилось сущим, относится к самым *глубинным императивам разумной*

жизни (кажется, далеко не во всем постигаемой нами, людьми).

Самая же существенная из особенностей правовой материи в целом состоит в том, что здесь Разум, свершения ума и мысли в ходе общественного развития объективировались в сфере внешних, практических отношений, преломились через требования оптимального их регулирования, становятся по мере общественного и правового прогресса своего рода сплавом ума и опыта, принципов и практики, их кристаллизации и обобщений. При этом — обратим внимание на этот пункт — в данном случае вполне оправданно говорить именно о *чистом Разуме*, ибо отмеченный "сплав ума, принципов, опыта и практики" потому и находит себе обобщенную объективированную жизнь в устойчивых, твердых формах и конструкциях, что последние рассчитаны на постоянное, непрерывное использование в отношении самых различных конкретных ситуаций, случаев и общественных связей.

Не затрагивая другие особенности догмы права и всей системы правовых средств (они требуют самостоятельного подробного освещения), важно в виде некоторого итога сказать о том, что *догма права и вся система правовых средств представляют собой не только саму по себе реальную правовую жизнь и отсюда исходную и в этом отношении незаменимую основу правовых исследований самого высокого науковедческого уровня (общетеоретических и философских), но и сами по себе, с учетом ранее сделанных пояснений и оговорок, есть не что иное, как реальное, личное бытие Разума.*

**4. "Писанный разум".** В связи с характеристикой права как объективированного бытия Разума следует напомнить ту специфическую черту правовой материи, в соответствии с которой в ее состав входят *правовые идеи* [Ш. 7. 6]. Под этим углом зрения особого внимания заслуживают *юридические ценности римского частного права*. Конечно, то обстоятельство, что классификации, формулы, термины, выработанные две тысячи лет тому назад в Древнем Риме (и в не меньшей мере характер-

ный для римского общества "дух права"), 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 вот 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?

Ведь само по себе римское частное право имело прецедентный характер, представляло собой, по выражению О. Шпенглера, "право мгновения", казалось бы, в этой связи касалось сугубо практической жизни древнего общества, давным-давно ушедшего в прошлое, в небытие?

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, 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 сообразно 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"<sup>1</sup>. А это означает — 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, насилия<sup>2</sup>.

Словом, теоретические положения великих римских правоведов — вовсе не их свободное творчество, не их

<sup>1</sup> Покровский И. А. История римского права. СПб., 1998. С. 206—207.  
<sup>2</sup> 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 тако-го определения права собственности, которое сопрягалось бы с "естественными правами", и значит, с неотъемлемыми правами человека (см.: Право. Свобода. Демократия. Материалы "круглого стола" // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 7). Именно в римском праве со значительным опережением 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*).

всего лишь искусное сочинительство (и тем более не проявление, как полагают отдельные авторы, новой арабской культуры), а в научном отношении адекватное закрепление 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 классификацией основных юридических институтов по главным практически значимым рубрикам — "лица", "вещи", "иски") состоит в *обобщениях 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 еди-

ное то общее, что характерно и для договорных, и для внедоговорных правоотношений. И что, следует добавить, ориентирует сообразно "логике и духу пандектистики" 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 эти *идеи, существующие в плоти самой материи объективного права* (либо спонтанно, преимущественно в виде прецедентов складывающиеся в ней, 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 поистине существенная черта этой древнейшей юридической системы со стороны ее интеллектуального содержания.

**5. 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 юриспруденция, опирающаяся на идеи римского права. И эта юриспруденция, выдвигающая на первый план юридические конструкции и содер-

жащиеся в них правовые идеи, стала восприниматься как "арифметика понятий", ориентированная на теоретизирующих и далеких от мирских забот университетских профессоров. Юриспруденция в связи с этим 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"<sup>1</sup>.

Эта дурная слава в какой-то мере перенеслась и на замечательное кодификационное свершение XIX в., на ГГУ — Германское гражданское уложение 1896 (1900) г., которое до сей поры нередко оценивается как "дитя немецкого пандектного права и его глубокомысленной." учености"<sup>2</sup>. Для германского Уложения, по мнению многих людей, характерен к тому же топорный канцелярский стиль, чрезвычайно сложное построение фраз, прямо-таки готическая громоздкость изложения. Такого рода не очень-то благоприятные оценки как будто бы подтверждаются также тем, что ГГУ как таковое в отличие от других замечательных достижений кодификационной культуры XIX в. не было воспринято (реципировано) в других странах.

Но если это верно (или хотя бы именно такова доминирующая характеристика Уложения), то, спрашивается, откуда и почему в отношении этого же кодификаци-

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кёзтц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 384.

<sup>2</sup> Там же. С. 222.

онного 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 Мейтланда, "лучший в мире кодекс" и что по оценкам того же автора, "... никогда еще до сих пор в законодательный акт не было вложено столько перво-классной интеллектуальной мощи"<sup>1</sup>.

Более того, хотя германское Уложение не было как законодательный образец воспринято в других странах, сами идеи ГГУ имеют иную судьбу. В юридической литературе в отношении Уложения отмечается, что "трудно отыскать феномен, подобный созданному немецкими пандектистами "общему учению" и разработанной на его основе Общей части ГГУ, который нашел бы столь горячий отклик за границей"<sup>2</sup>. 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 Германского уложения оказал значительное "у"орядочивающее" влияние на представления, восприятие и, пожалуй, само состояние исторически первого звена европейских кодификаций — гражданское право Франции (благодаря разработкам французских правоведов об "общем обязательственном праве" в ГКФ и теории волеизъявления) и, что совсем поразительно, на юридическую систему из другой "системы координат" — английское общее, прецедентное право. Благодаря разработкам Джона Остина, основанным на общетеоретических иде-

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 228.

<sup>2</sup> Там же. С. 227.

ях, утвердившихся на Европейском континенте в связи с пандектистикой, и английское право стало восприниматься как целостная, упорядоченная нормативная система<sup>1</sup>.

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. В этом отношении есть и очевидные минусы, так сказать, "абстрактные спекулятивные излишества", отзвуки схоластических крайностей, которые во многом и давали основания утверждать о немецком правоведении как об "арифметике понятий".

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, в теоретических абстракциях удивительное своеобразие 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.

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.

<sup>1</sup> По словам Д. Остина, английский юрист, уезжая на континент "покидает империю хаоса и тьмы и прибывает в мир, кажущийся ему странной порядком и света".

Но ведь точно так же особенности характерны правовым идеям (поскольку они не искажены "абстрактными спекулятивными излишествами"), основанным 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. С этой точки зрения 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, притом не только в отношении обогащения регулятивного потенциала современного права, но и развертывания его интеллектуально-гуманистического содержания, а также реализации соответствующих тенденций и перспектив его развития.

**6. "Онаученное" право.** Теперь еще ряд штрихов о ярком (и по-настоящему выдающемся) примере достоинств и сопровождающих их недостатков закона, выраженных в "онаучивании" права, о Германском гражданском уложении — ГГУ (1896—1900 гг.), 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". А отсюда этот кодекс гражданского права "обра-

щен 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"<sup>1</sup>.

ГГУ 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...",<sup>2</sup>

На мой взгляд, в приведенных суждениях и оценках, как говорится, краски сгущены, по ряду пунктов — весьма существенно. Отмеченные минусы Германского гражданского уложения, 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 реципирован 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, 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.

<sup>1</sup>Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 222.

<sup>2</sup>Там же. С. 222—223.

**7. Рациональные начала права: аспекты, некоторые обобщающие положения.** Из всех ранее приведенных данных можно сделать вывод о том, что одна из характерных черт юридической материи состоит в том, что она является *поприщем* для мыслительной, разумной деятельности, в немалой степени может быть охарактеризована в виде ее *результата* и, что особо существенно, в качестве *носителя рациональных начал*.

При этом указанная черта позитивного права не сводится лишь к тому, что вся юридическая деятельность сплошь пронизана мыслительными операциями (от исследования правовых ситуаций, нахождения нужной нормы, "обоснования от прецедента к прецеденту" до итогового акта — вынесения решения по юридическому делу). И даже не в том только, что, например, в ходе и результате искусной законодательной деятельности подчас удается выработать интеллектуально мощные типовые решения, создать оригинальные и эффективные юридические конструкции, обогащающие юридическую материю. Да так, что складывается и функционирует жесткий и одновременно живой организм права, выражающий высокие, нередко утонченные и изящные, достижения человеческого ума. И все это, будем иметь в виду, входит в реальную правовую жизнь, преломляясь через не очень-то податливый на "внешнее" воздействие существующий жесткий юридический организм, действующую юридическую систему.

Главное, что раскрывает саму суть интеллектуальных элементов в праве, заключается все же в другом. *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*. А отсюда и тем, что было предметом подробного обоснования в предшествующем изложении, — своеобразием права как *объективированного бытия Разума*.

Последнее из приведенных положений — одно из ключевых в данной части книги — нуждается еще в некоторых (ранее не упомянутых или не развернутых) пояснениях и конкретизации.

Начну с примера.

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 типа<sup>1</sup>.

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 правоведов-профессоров. 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, утонченную правовую идею.

Дело в том, что в XII и XIII вв. вассалы, пытаясь избежать феодальной зависимости, связанной с использованием полученного от лендлорда поместья, передавали его по договору другому лицу — доверительному соб-

<sup>1</sup> 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".

ственнику (trustee). Этот доверительный собственник считался по общему праву полноправным владельцем данного поместья, а практически по договору обязывался уступить вассалу имение 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", то есть 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"<sup>1</sup>.

Что в этом сложном процессе формирования института доверительной собственности особо примечательно?

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ, соч. Т. 1. С. 286.

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 настроенностью на идеалы и ценности высшего порядка. И которая в силу этого спонтанно выводит юридическую 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 надежности и юридической силы. Тогда-то в ходе самой прецедентной практики и была постепенно выработана действительно крупная *правовая идея распределения (дележа) прав на имущественные блага* в области многообразных отношений собственности (вещных отношений)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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" (там же. С. 56).

Еще один 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 иным делам, 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<sup>1</sup>.

С учетом юридической сути приведенных примеров (число таких примеров нетрудно умножить) можно сделать вывод обобщающего характера, который по ряду моментов конкретизирует ранее сформулированные положения о праве как объективированном бытии Разума.

Этот 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 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 та-

<sup>1</sup> См.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 2. С. 503.

кого рода решения на рациональной основе и в оптимальном варианте.

И вот на этой основе в ходе развития (судебной практики, прямого законотворчества) формируется "правовая материя", в которой действует *своя логика*. А эта логика (свидетельствуя о главной "тайне" права, о его органической "настроенности", и отсюда, можно предположить, его глубоком мирозданческом предназначении) "ведет" право как явление рационального порядка к *смыслу цивилизации* — к обеспечению *свободы* человека, раскрывающей *индивидуальность* человека как духовной личности, а также к *исключению из жизни людей "бесовского" зла* — произвола, насилия.

А в связи с этим 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 в соответствии с указанными основаниями также два главных слоя.

Первый — *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".

И второй слой — *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 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", юрико-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 юрико-интеллектуальные компоненты позитивного права могут, кроме того, и прямо формулироваться законодателем и 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 взаимоувязанных между собой юридических норм и принципов). И в этом случае искусный законодатель может усилить, обогатить юрико-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, выражающие рациональные на-

I

чала 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.

Во - п е р в ы х , в позитивном праве аккумулируется и накаливается опыт разумных решений жизненных ситуаций *непосредственно в сфере многообразной практической и личностной жизни, в самой гуще практической деятельности, в ситуации конфликтное* — всего того, что представляет *живую практику человеческих отношений*. Такую практику, которая охватывает самые существенные и важные области жизни человеческого общества, каждого человека — отношения собственности, власти, положения личности и т. д., и все это по большей части в конфликтных ситуациях, столкновениях интересов, страстей, противоборстве "добра" и "зла". При этом 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 изначально в праве категория "жизненная ситуация").

Во - в т о р ы х , в позитивном праве в конечном итоге концентрируются (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, классици-

кации, 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 математически точных конструкциях, но и — главное! — *объективирован, воплощен в реальной "материи", в жестком организме* и в таком объективированном ("материализованном") виде *увековечен*. 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 что в высшей степени существенно (здесь мы вновь возвращаемся к вопросам тайны права) — эта 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 *индивидуальности*, а также к реализации тоже глобальной для человечества задачи — *исключению из жизни людей произвола, насилия*.

**8. Сила права как объективированного бытия Разума.** 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-пра-

вовые 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 от колониальной зависимости, в Чили в качестве образца для построения национальной юридической системы был взят французский Гражданский 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 ГКФ, 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"<sup>1</sup> (и плюс к тому еще — и это обстоятельство из

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 176.

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 обратиться к одной из не очень-то известной страницы истории, заслуживающей внимания теоретиков права, — феномену 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 одновременно 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, эта своеобразная юридическая сис-

тема 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. Такое, по своей основе римско-голландское, право сохранилось 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 права<sup>1</sup>.

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 осно-

<sup>1</sup> 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 отличается 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" (см.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1.С. 351).

ву римского права, и часто при решении отдельных вопросов используются с большой эффективностью и к месту дигесты и тексты старых голландских юристов"<sup>1</sup>.

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 воспринят в Южной Африке. Вместо этого института судам удается 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 преемственность римского права в его эволюционном развитии — от классических римских юристов через Юстиниана, глоссаторов, Вёта и Винния до современности — прослеживается гораздо явственнее, чем

Цвайгерт Я., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 352.

в наши дни на Европейском континенте, где эта преемственность благодаря посреднической миссии гражданских кодексов если и не прервана, то в значительной мере исчезла из сознания юристов"<sup>1</sup>.

**9. Предположение.** И в заключение характеристики рациональных начал в праве (и в связи с этим о праве как явлении Разума) замечание, явно выбивающееся из числа строго научных, высказываемое автором этих строк то ли в порядке не очень-то очевидной гипотезы, то ли 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 обьективированных 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 Германском гражданском уложении — 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, где 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 утверж-

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 352.

дались судебные процедуры по западному образцу, эти "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 пандектистики<sup>1</sup>.

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 пресом официальных марксистско-ленинских догм) 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 некой глубокой вселенской предосновы в том, что пандектистика "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 нестандартных, поражающих воображение интеллектуальных свершений. В том числе и по вопросам права.

<sup>1</sup> См.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 443.

### § 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 гуманистических "по поводу" права) проникают непосредственно в материю этого социального образования и являются одним из выражений его специфики и черт, то отсюда следует, что 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) являются настолько значительными, что в реальной действительности и в исторических 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, сколько идеологизированная) видимость существующих юридических реалий, *сама по себе юридическая реальность*, 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 значение<sup>1</sup>. 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.

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

<sup>1</sup> 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*." (см.: Покровский И. А. История римского права. СПб., 1998. С. 197).

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 показательным 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 строгом 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 оттенить — 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"<sup>7</sup> социальное и юридическое значение правоведения и правоведов в области исламско-

го права, их интерпретаций (далеко не всегда точно согласующихся с современным мировым уровнем правовой культуры, что и служит почвой неблагоприятных, порой жестко отрицательных оценок). 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"<sup>1</sup>. 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 источники<sup>2</sup>.

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 представляющих ортодоксальную коммунистичес-

<sup>1</sup>А в связи с этим 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)" (см.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 453). <sup>2</sup> Там же. С. 543—454.

кую 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 которой 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 пролетариата, 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 заложницей проповедуемых в науке идей. В ряде случаев при решении трудовых споров, дел по социальному обеспечению и даже уголовных (не политических) дел, как и при решении подобных же процессуальных вопросов учреждения советской юстиции стремились продемонстрировать строгость и последовательность "социалистических завоеваний трудящихся" и рассматривали 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 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. Правда, оно, это своеобразное юридическое мышление, не полу-

чило такого же, как в культуре римского права, "теоретизированного выражения" в логических суждениях юристов-классиков "золотого века" римской юриспруденции, 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 самую органику правовой жизни первородные основы истинного правоведения, 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 правоведения 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 оп-

ределенного общества отчетливо проявляется в профессиональном образовании и деятельности, в сословных организациях и экономических интересах юристов, именуемых Вебером юристами высокого ранга (*Rechtshonorationen*)<sup>1</sup>.

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 сформировавших ее исторических традиций, трудной судьбы и ценностей общеевропейской значимости. И плюс к тому еще 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, имеющие

<sup>1</sup> *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*)" (см.; *Цвайгерт Я., Кёту Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 292).

высокое гуманистическое содержание. И потому корпус американских юристов, в первую очередь служители Фемиды — судьи, взамен "догматической схоластики" получил 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 исповедуемых большинством переселенцев социально-культурных ценностей, не имеющих для переселенцев собственных корней на Американском континенте, 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 придания 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 тенденциям 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 сентенциям, согласно которым 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 культуры<sup>1</sup>, место которых во многом заняли требования "прагматического реализма"<sup>2</sup>, стали наряду с отмеченными ранее достоинствами определяющими в правовой жизни.

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 европей-

<sup>1</sup> По мнению Паунда (которое, как и мнение М. Вебера, воспроизводит ся 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 так же 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" (см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 368—369).

<sup>2</sup> 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 конкретного случая, и ни какое 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" (см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 369—370).

ской 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 жизни прошлого поколения и фактически стали "общим местом"<sup>1</sup>.

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 (при том, 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, 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".

<sup>1</sup> *Yntema. American Legal Realism in Retrospect*, 14 Vand. L. Rev. 317 (1960). Цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 370).

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 "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 и способствовать выходу 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 в 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 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" — 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 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) 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 человек-

кой цивилизации воплощаются в праве современного гражданского общества.

Во-вторых, 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 (институциональное образование) отличается объективно существующей структурированностью, тем, что в ходе правового развития в нем спонтанно, естественным путем складываются как юридические конструкции разной сложности, так и известные общности — отрасли, институты, иные подразделения. Но эти подразделения далеко не всегда находят внешне строгое, четко объективированное выражение (в особенности в виде отраслевых кодифицированных актов, кодексов)<sup>1</sup>, 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 для права англо-американской группы) — для придания праву относительной системности, точнее для ее раскрытия или формального констатирования, оказываются достаточно самими по себе теоретические разработки (как это

<sup>1</sup> 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) строгого внешнего выражения.

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 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 стало 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 отражаться те или иные элементы и тенденции, связанные с системой права. И это соответствующим образом влияет на то, как "выглядит" и функционирует действующее право, как и в каких направлениях вырисовывается его развитие.

Характерный пример тому — ожесточенные дискуссии, которые в 30—40-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 "замене-

нить", как настаивали правоведа 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 своей 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 правоведа 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. 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 правоведов: 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 про-

фессиональной деятельности в иных социальных сферах (включая экономику, управление).

Конечно, подобная оценка оправданна, во-первых, поскольку само общество 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 правоведения 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 правоведении, как по своей проблематике и в иных отраслях знаний, служили истине, ценностям и идеалам права крупные ученые-правоведы, великие умы, такие, как Р. Иеринг, Л. Дюги, Г. Кельзен, Л. Петражицкий, И. Покровский, 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, стремящиеся утвердить в жизни — пусть и сообразно условиям и времени — идеалы и ценности права.

Такого рода оценка правоведения и правоведов 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 и в- то время, порой исподволь и вместе с тем целеустремленно, шла работа по развитию глубоких правовых принципов. Один из примеров такой работы уже отмечен в предшествующем изложении.

Здесь есть предпосылки и для более основательных выводов. Надеюсь не будет преувеличением утверждать, что именно истинное положение правоведения и правоведов в том или ином обществе является показателем действительного состояния права и законности в данной стране. Стремится государственная власть "приручить" правоведов, втянуть их в свою машину властвования и сформировать податливую и щедро облагодетельствованную властью "придворную" юриспруденцию (первый вариант) или же 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 действительных возможностей и судьбы.*

## § 4. Духовные начала права

**1. Еще о тайне права.** Специфическая логика права в основном своем значении (когда правовая материя как таковая "ведет" к субъективным правам), возможно, имеет и более глубокие основания, чем сам по себе Разум.

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"<sup>1</sup>, связывал с такого рода началами трансцендентальные идеи чистого разума: 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 однопорядковыми категориями), но которые 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, выдвигается *свобода человека*. Свобода, как это ни странно прозвучит, даже в смысле своеобразно понимаемого произвола, т. е. свободы выбора, свободы воли, или способности ставить любые цели перед свободой человека<sup>2</sup>. Именно в таком ключе понимал Кант понятие произвола, когда в одном из определений права пишет: "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"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 55.

<sup>2</sup> См.: Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 464.

<sup>3</sup> Там же. Т. 4. Ч. 2. С. 184.

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). 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 внутреннем 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"<sup>1</sup>. Право с этой точки зрения охватывает свободу (произвол в указанном выше своеобразном кантовском значении) людей именно в области внешних отношений.

<sup>1</sup> 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)" (см.: *Кант И.* Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 139).

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"<sup>1</sup>), поясняет: "...разумеется, здесь имеются в виду законы нравственности: лишь подчинение этим законам совместимо с действительной свободной волей"<sup>2</sup>. 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"<sup>3</sup>.

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 жизни<sup>4</sup>. Именно здесь формируется нравственная личность и именно здесь способность воспринимать уважение к моральным принципам и идеалам выступает в качестве само по себе достаточного мотива поведения человека, а в связи с этим нравственных максим, императивов и личной от-

<sup>1</sup> *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 179—181.

<sup>2</sup> *Ойзерман Т. И.*, К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 70.

<sup>3</sup> *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 105.

<sup>4</sup> 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" (см.: *Судаков А. К.* Любовь к жизни и запрет самоубийства в кантианской метафизике нравов // Вопросы философии. 1996. № 8. С. 54).

ветственности человека. Словом, как раз в данной области реализуется стремление Канта возвысить "человека над сами собой (как частью чувственно воспринимаемого мира)"<sup>1</sup>.

Два обстоятельства при этом достойны особого внимания.

**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 использует 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"<sup>2</sup>. 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

<sup>1</sup> Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 1. С. 413.

<sup>2</sup> Кант И, Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 179—181.

человеческое существо по природе добрым или злым, то увидите, что Кант проходит по краю пропасти этой неразрешимой проблемы"<sup>1</sup>. 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 подвержен необходимости и, следовательно, свободен. И лишь в этом качестве, т. е. в своей трансцендентальности, человек выступает как разумное, разумно действующее, нравственное, свободное существо"<sup>2</sup>.

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 фи-

<sup>1</sup> 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".

<sup>2</sup> Ойзерман Т. И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

лософии. 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.

В данной же работе — всего лишь некая заявка и намек ответа на поставленный выше вопрос, соображения 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."<sup>1</sup> Верное, основательное соображение. К этому надо бы добавить, пожалуй, лишь то, что "беззаконность" внешней свободы (по критериям нравственных законов) или "чуждость" ее к ним по своей мотивации требует по логике истории человечества того, чтобы в жизнь общества вступили *положительные законы, или внешние, 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, в том, 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, — тем не менее способно дать опору для в о з в р а щ е н и я и сюда нравственных законов, обогащенных Разумом.*

Возвращения, надо обратить внимание, не в развернутом, содержательном виде, а в виде *опоры* в жестком

<sup>1</sup> Ойзерман Т. И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

мире внешних отношений, но все же хотя бы таким путем открывающей 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 позитивного права в обществе, которые относятся к действительной свободе человека<sup>1</sup>. 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.

## Глава пятнадцатая Права человека

### § 1. Права человека — противоречивая, тревожная судьба

**1. Противоречивая судьба.** Права человека с давних времен традиционно понимаются в сугубо "личностном" значении — как статус, прирожденные, неотъемлемые права и свободы личности, индивида.

В этом своем значении права человека получили высокое общественное признание и имеют качество исторически знаковой категории. Они выражают на языке права поворот в развитии человечества от традиционных к пос-

<sup>1</sup> Знаменательно, 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" (см.: 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" (см.: Кант и кантианцы. М.: Наука, 1978. С. 332).

лдовательно демократическим, либеральным цивилизациям, к персонцентристскому обществу, и поэтому трактуются начиная с эпохи Просвещения, особенно Французской революции, в качестве знамени Свободы.

Раскрывая свою естественно-правовую природу в определениях "неотъемлемые", "прирожденные", права человека при таких определениях "звучали" в общепринятом для личности юридическом значении — в виде права на жизнь, права на свободу слова, права на творчество, права на свободу получения и использования информации, права на частную жизнь и т. д., словом, в виде *субъективных прав* — возможностей индивида, неотделимых от конкретной личности.

После Французской революции (и утверждения североамериканской демократической государственности в конце XVIII в.) развитие идей о неотъемлемых правах человека пошло в нескольких направлениях. Главное из них — *позитивные тенденции*.

К ним относится прежде всего утверждение в общественном сознании в качестве непреложных основных ценностей по правам человека, рассматриваемых ныне в качестве аксиоматических. И надо признать, что есть нечто по мирозданческим меркам глубокое, исторически и по своей сути знаменательное в том, что определенные неотъемлемые права и свободы человека, получив значение *фундаментальных* (или *основных*) прав сразу же в эпоху Великой Французской революции, сохранили свое значение до настоящего времени. Это слова Декларации независимости США 1776 г.: "Мы исходим из той самоочевидной истины, что все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относятся жизнь, свобода и стремление к счастью". Это и положения, содержащиеся во французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: "Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах", при этом "цель всякого политического союза — обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека", прежде всего таких "неотчуждаемых и свя-

ценных" прав, как свобода, собственность, безопасность личности.

Положительной тенденцией является и то, что неуклонно происходит *правовая институализация* рассматриваемой категории, обретение ею все большей юридической значимости. Вслед за провозглашением революционной демократией в конце XVIII в, и утверждением в мировом общественном мнении неотъемлемых прав человека как прав личности *они* приобрели общепризнанный характер, получили в XX в. юридическое закрепление, стали символом и адекватным юридическим аналогом индивидуальной свободы человека, его твердой защищенности от произвола власти. И именно в таком изначальном (первородном) качестве права человека шаг за шагом получали юридическое закрепление в международном и во внутригосударственном праве демократических стран.

А это означает, что основные, фундаментальные человеческие права, признанные мировым сообществом, непосредственно, причем независимо от воспроизведения или упоминания о них в национальных законодательных документах (и в условиях верховенства закона, и в развитии прецедентном праве), *напрямую входят в содержание действующей юридической системы и имеют в стране непосредственное юридическое действие*. Характерно при этом, что решающую роль сыграли здесь учреждения правосудия, судебная деятельность, позволившая независимо от законодательных установлений с одной лишь опорой на ценности демократии воплощать в жизнь принципы прав человека. А. Барак, раскрывая основы судебного правотворчества (по словам автора "судья творит права"<sup>1</sup>), говорит: "...судейское творчество выводит свою силу из основных принципов самой демократии. Эти принципы уравнивают господство большинства с господством основных ценностей народа. Судья, который, осуществляя свое усмотрение, выражает это равновесие,

<sup>1</sup> Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с англ. М., 1999. С. 354.

действует в рамках демократической концепции общества"<sup>1</sup>.

Именно тут нужно искать объяснение тому обстоятельству, что в современных условиях неотъемлемые права человека по своей юридической силе не только не уступают в современных демократических государствах установлениям национальных законов всех рангов, но и в принципе имеют по отношению к ним приоритетное юридическое действие.

Отмечая указанные положительные тенденции, нельзя упускать из поля зрения и другую, уже *негативную* линию, связанную с развитием идей о неотъемлемых правах человека.

Это не только упадок, чуть ли не полное забвение идеологии прав человека во второй половине XIX в.<sup>2</sup>, но и наряду с отмеченными положительными современными тенденциями нарастающая *утрата этой основополагающей гуманитарной и демократической ("исторически знаковой") категорией своего истинного и высокого социального и юридического значения*.

Здесь, прежде всего бросается в глаза то обстоятельство, что ныне, на пороге нового, третьего тысячелетия христианской эры, идеи прав человека, столь воз-

<sup>1</sup> Барак А. Указ. соч. С. 355. В другом месте уже по более конкретной юридической проблеме автор пишет: "... хотя мы и стремимся к истине в судебном процессе, мы не готовы достигать истины, принося в жертву человеческое достоинство. Нанося обвиняемому жестокие удары, можно получить от него правдивое... признание, но демократическое общество уже может сделать выбор в пользу освобождения такого обвиняемого, чтобы не поощрять насилия против него и других, находящихся в подобном положении. В конечном счете мы озабочены тем, чтобы достичь равновесия между потребностью демократического общества в раскрытии истины и настоятельным требованием этого же общества о сохранении иных ценностей, которые оно считает достойными защиты".

<sup>2</sup> Как заметил И. А. Покровский, "... реакция против естественного права вызвала в начале XIX в. отрицательное отношение ко всякому философскому элементу в юриспруденции. Только историческое и догматическое исследование положительного права признавалось достойным имени научного; все, что выходило за пределы этих позитивных исследований, отмечалось как незаконное детище старого естественно-правового направления" (см.: Покровский И. А. Указ. соч. С. 73).

высившиеся по своей сути, тем не менее в последние годы фактически все более теряют свой престиж и влияние на умы и дела людей. Повторяющиеся изо дня в день во всех секторах социальной жизни стереотипные положения, цитаты и заклинания по поводу "прав человека", в немалом числе случаев далеко не во всем, а порой никак не согласующиеся с реальной жизненной практикой, в представлениях все большего числа людей постепенно переходят на уровень формальных пропагандистских (и стереотипных "пиаровских") лозунгов. Кажется, теперь уже никто, вплоть до деятелей откровенно авторитарной политической ориентации, не боится произносить подобные лозунги и заклинания, вносить их в свои декларации и даже юридические документы, представлять себя в качестве "поборника", а то и "гаранта" прав и свобод человека, истинного "правозащитника". Заметна и тревожна тенденция перехвата государственной властью правозащитных организационных форм, ее попыток, порой небезуспешных, создавать под своей эгидой и своим контролем учреждения "по защите прав человека", "уполномоченных" на сей счет, что призвано придавать властителям, нередко весьма авторитарного типа, ореол поборников высших гуманитарных ценностей.

Чем все это можно объяснить?

Здесь, конечно же, дает о себе знать коварство и изощренность государственной власти, носители и служители которой во все века использовали благообразные для данного времени лозунги и модные, престижные формулы для того, чтобы прикрыть свою истинную суть, представить себя в наилучшем свете.

К тому же, как свидетельствуют события последнего времени, и демократически развитые страны, как будто бы поставившие в самый центр своей политики идейные принципы прав человека (и "по максимуму", а на деле в противоречие их сути реализовав их по отношению к отдельным государствам, как это произошло в 1999 г. в отношении Югославии), в иных случаях придерживаются "двойного стандарта", закрывая глаза во имя политичес-

ких и экономических расчетов на грубые нарушения фундаментальных прав человека в своей собственной стране и в других, избранных странах.

Главное же фактическое состояние дел в области права (и прежде всего в области прав человека) решающим образом связано с реальным утверждением в общественной жизни институтов современного гражданского общества, истинной демократии, всех элементов развитой юридической системы.

Есть тут и проблемы прав человека как таковых.

## § 2. Проблемы. Новые горизонты

**1. Проблемы.** В сложных процессах демократического развития стран, вставших на путь перехода к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа (и в не меньшей степени стран, остающихся в условиях традиционных цивилизаций), возникли новые нелегкие проблемы.

Первая и, думается, весьма острая 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 совершенствования либеральных воззрений, в том числе углубления представлений о правах человека.

Как это ни покажется неожиданным, а на деле в полном согласии с марксистской тактикой "перехвата идей", решение указанного вопроса было дано в контексте марксистской доктрины, причем в ее большевистской, сталинской интерпретации. В советской Конституции

— 1936 г., призванной по замыслу ее отцов-разработчиков (сначала Бухарина, затем Сталина) возвестить о торжестве "социалистической демократии"<sup>7</sup>, были закреплены "великие социально-экономические права трудящихся": "право на труд", "право на отдых", "право на образование", "право на социальное обеспечение" и т. д.

Эти социально-экономические права были сразу же объявлены коммунистической пропагандой "социалистическими", намного превосходящими формальные буржуазные права, некие абстрактные права человека, служащие интересам эксплуататорских классов (хотя и они частично были закреплены в сталинской Конституции, но в марксистской обработке — как второстепенные и в своем применении непременно увязываемые с "интересами социализма"). И вот именно эти социально-экономические права долгое время, вплоть до крушения коммунизма в России, служили, а порой служат и сейчас своего рода знаменем побед социализма, показателем неданных преимуществ социалистической демократии.

Между тем такого рода социально-экономические права со строго юридической стороны представляют собой не субъективные права, имеющие непосредственно юридическое значение, действие и охрану, а идеолого-политические категории, которые в лучшем случае представляют собой идеалы, намерения, лозунги-задачи и которые в их реальном значении в условиях демократического общества могут обозначаться как принципы деятельности государства, выступающего в качестве института "общественного служения" ("социального государства")<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> В отношении граждан они под известным углом зрения могут быть обозначены (впрочем, и это не бесспорно) как "общие публичные права" (О категории публичных прав см.: Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 579—581. Характерно, что Кистяковский придавал категории публичных прав социалистический характер.) — права именно в политическом ракурсе, т. е. возможности требовать от государства через политико-правовые институты его действий в области "общественного служения".

Но для того, чтобы такое общественное служение могло приобрести реальное значение, необходим ряд условий, в том числе перевод общих принципов на уровень конкретных юридических прав и обязанностей, да и само общество должно достигнуть достаточно высокого уровня материального и духовного развития, богатства.

Этих условий, особенно в обстановке конца 30-х гг., в Советском Союзе не существовало. Реальность здесь была негативная, со знаком минус. К тому же лишь на очень ограниченных участках жизни они были переведены на уровень конкретных прав и обязанностей (например, при приеме на работу беременных женщин). И потому указанные широковещательные "права" в социалистическом обществе не только не работали в их действительном значении (т. е. как принципы, идеалы и даже как политические права), но по сути дела представляли собой характерные для "общества социализма" демагогию, мифы, грубую мистификацию. Словом, то, что плоть от плоти марксистской революционной идеологии, постулатов коммунистического права.

А дальше с категорией социально-экономических прав случилось нечто странное, с гуманитарной и юридической сторон до сих пор ни в науке, ни в общественном мнении до конца, на мой взгляд, достаточно не понятое, не оцененное. С конца 40-х гг. гордость социализма — социально-экономические права внезапно превратились в "неотъемлемые права человека", их "второе поколение" во Всеобщую декларацию прав человека 1948 г. К счастью, отдельно от основных прав в ряде последующих ооновских документов в состав прав человека были включены — с известными коррективами, без ограничительных записей "социалистического" порядка и с большими, нежели в советской Конституции, акцентами юридического свойства (насколько это оказалось возможным) — социально-экономические права, которые и были обозначены правами человека "второго" поколения (что как по цепочке повлекло за собой декла-

рирование "прав человека" "третьего" и даже "четвертого" поколений<sup>1</sup>).

Такого рода нарастающий процесс "обогащения" и расширения категории неотъемлемых прав человека вызывает серьезную тревогу.

Главное здесь — соображения принципиального порядка, относящиеся к самой сути прав человека, их истинной природе. Ведь по исторически исходному значению, первородной сути неотъемлемые права человека призваны *утверждать самоценность человека, его 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 господствовать над личностью.*

Те же социально-экономические и иные "права", которые относятся ко "второму" и "третьему" поколени-

<sup>1</sup> 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 достигнуто 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.)

ям, 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 — процессу, происходящему в результате включения в нее с *помощью* международно-правовых документов и научных деклараций все новых "поколений", вплоть до "права на самообразование", "права на сон".

Между тем проблемы углубления представлений о неотъемлемых (фундаментальных) правах человека со временем в клубке разворачивающихся многотрудных процессов перехода к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа не только не утратили своего значения, но еще более обострились.

И дело не только в сложности этих процессов (усугубляемых живучестью, жесткой, порой агрессивной "самосопrotивляемостью" традиционных, архаичных порядков и традиций, основанных на приоритете власти), но и в не меньшей степени в том, что обретение свободы, раскрепощение личности, всплеск ее активности и связанная с этим взрывная модернизация общества, зигзаги капиталистического развития, магия потребительства — все это, как оказалось, сопровождается также и негативными явлениями, вызывает к жизни новые социальные трудности и беды.

С особой силой эти трудности и беды обрушились на людей в XX в., обернулись жестокими истребительными мировыми и "малыми" войнами, глобальными экономическими потрясениями, кровавыми тоталитарными режимами, вакханалиями насилия и террора, особо острыми на почве идеологических догм, этнических страстей, распада империй, жажды присвоения власти и собственности, изощренных потребительских благ. В такой обстанов-

ке произошло "новое" (после режимов традиционных обществ) возвеличение государственной власти, повсеместная ориентировка на "реальные политические интересы", на всемогущество власти, 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, "крепкую государственность", "державность".

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.*

**2. Идеи диктует сама жизнь.** И вот тут, в условиях XX—XXI вв., процесс углубления самой трактовки прав человека пошел и идет в основном не по тому пути, который был проложен в эпоху Просвещения и Великой Французской революции. То есть не по пути, как это было в годы Просвещения и последующих демократических революций, сначала теоретической и публицистической разработки соответствующих категорий и принципов, а уж затем их практической реализации, внедрения в конституции, политические декларации, законы, судебную практику (как это, например, случилось с идеями Ш. Монтескье о разделении властей, буква в букву воплощенными в Конституции США 1789 г.).

*Главным путем углубленного понимания прав человека (во многом утонченного, с высвечиванием принципиально новых граней) оказался в условиях XX—XXI вв. путь самой жизни, реальной практики.* Более того, страшные беды XX в. — гибель и невыносимые страдания миллионов

людей, происшедшие в результате истребительных мировых и "малых" войн, всеобщих репрессий в обстановке тоталитарных режимов, экономических потрясений, этнических чисток и государственного терроризма, — нередко прикрывались некими общими формулами (такими, как формула "правовое государство", использованная фашистской Германией, или "открытые процессы" в годы большого террора — кровавых вакханалий сталинского режима).

В такой обстановке *реальное углубление представлений о правах человека* происходит в основном в виде фактических преобразований в государственно-правовых отношениях и институтах демократических обществ, которые социально *выстраданы*, оказались неизбежными в силу тяжелой и горькой практики, жестокой прозы бытия людей, и притом так, что действительные преобразования непосредственно связываются с *решением конкретных юридических проблем.*

Впечатляющим подтверждением именно такого развития представлений о правах человека могут, пожалуй, служить примеры конституционного развития европейских стран, переживших в 20—40-е гг. ужасы фашистских режимов, — Германии, Испании, Италии. Именно в этих странах в отличие от всех других государств с, казалось бы, предельно совершенными, устоявшимися демократическими порядками сразу же после крушения тоталитарных фашистских режимов в первых же послевоенных конституциях были выделены в качестве решающей и действенной гарантии против тоталитаризма "основные права человека". И главное — основные права человека были 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.*

Критическим временем, когда со всей строгостью определились итоги такого "реального развития" идей-

ных основ прав человека, стали 50—60-е гг. — годы "второй революции" в праве ("первая", напомним, — это коренное преобразование права в соответствии с принципами и идеалами Великой Французской революции), порожденной очевидной для всего человечества нетерпимостью дальнейшего существования государственно-правовых порядков фашистского, коммуно-репрессивного типа и жесткой необходимостью надежных гарантий против тоталитарных режимов. Гарантий, которые по горькому опыту государственно-правовой жизни XIX—XX вв. не имели иных альтернатив и иных решений, кроме утверждения в качестве твердой юридической реальности системы фундаментальных прав человека. Прав в том их качестве и значении, которые оказались выстраданными человечеством к концу второго тысячелетия христианской эры, т. е. как основы всего государственно-правового строя страны, претендующей на то, чтобы реально иметь статус "демократического" и "правового" государства.

**3. Феномен И. А. Покровского.** А вот сейчас уместно на какое-то время прервать характеристику "реального развития" практики и представлений о правах человека в XX и наступившем XXI в. и сказать о том, что в эту же пору все же происходило известное развитие научных знаний по данной проблематике. И не только в тех в основном тупиковых представлениях, базирующихся на коммунистической идеологии, с выработкой новых "поколений" прав человека, но и по ряду существенных вопросов государственно-правового развития, в том числе по вопросам правозаконности, деятельности правоохранительных учреждений.

Именно здесь, по данной группе вопросов, представляется важным привлечь внимание к философско-правовым разработкам, которые выдвинуты в начале XX в. русским правоведом-мыслителем, цивилистом Иосифом Алексеевичем Покровским.

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. И плюс к тому автор — цивилист, юрист, по устоявшемуся мнению, узкой специализации. Большинство современных гуманитариев, философов и социологов, с великой охотой воспроизводящих высказывания дореволюционных правоведов (П. Новгородцева, Б. Кистяковского, С. Гессена) с одними и теми же перекочевывающими из публикации в публикацию цитатами из их трудов, об Иосифе Алексеевиче даже не упоминают.

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, отвечающих передовым демократическим представлениям нынешнего периода — времени конца XX — начала XXI в.* и в полной мере раскрывающих свою научную и практическую значимость именно сейчас, в наши дни.

Причины же такого рода "феномена" кроются в той кажущейся парадоксальности, что И. А. Покровский — не только крупный ученый-правовед (во многом превосходящий, в том числе по уровню либеральных воззрений, обычно цитируемых дореволюционных российских философов и правоведов), но и специалист, основательно владевший самой обширной и социально значимой сферой юридических знаний — гражданским правом, цивилистикой. Именно той сферой, которая ближайшим образом касается статуса и прав человека в реальной, практической жизни и которая в силу этого подводит, при-

том с опережением, к передовым идеям в трактовке этой темы.

Есть тут и другое основание: Россия — и это с предельной очевидностью обнажилось как раз к 1917 г., когда был издан основной труд И. А. Покровского "Основные проблемы гражданского права", — всей своей историей и в особенности событиями кануна большевистского переворота уже выстрадала правовой путь развития (то, что случилось с рядом европейских стран десятилетия спустя в качестве горького "итога" господства фашистских диктатур), а отсюда необходимость утверждения в российском обществе права в его высоком гуманистическом значении.

О каких же идеях по проблематике прав человека, выдвинутых И. А. Покровским, идет речь?

Три научных положения русского правоведа-мыслителя представляются наиболее существенными.

**П е р в о е .** Это мысль И. А. Покровского о *соотнесении* неотъемлемых прав человека не с теми или иными "органами власти", а с *государством в целом*. Отметив, что "абсолютизм отжил свой век, и в естественном праве взяло верх то течение, которое провозгласило верховным сувереном волю народа... а системе правительственной опеки противопоставило декларацию свобод, декларацию прав человека и гражданина", И. А. Покровский вместе с тем замечает, что это вовсе не означало, что государственная власть при таких декларациях "...п р и н ц и п и а л ь н о в чем-либо ограничена", "Все декларации прав, — пишет автор, — были направлены против о р г а н о в в л а с т и , но не против самой власти, не против власти народа; все они имели своей целью гарантировать свободу политическую, а не свободу индивидуальную"<sup>1</sup>. И тут же, отстаивая последовательно взгляд о верховенстве личности в обществе, он формулирует общий вывод: "...есть такие "неотъемлемые права человека", которые никаким законом уничтожены быть

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 81.

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". "Самоутверждение личности, — пишет И. А. Покровский, — достигает здесь в юридическом отношении своего кульминационного пункта. Некогда безгласная овца в человеческом стаде, она заявляет теперь претензию на роль равноправной с государством державы с правом суверенитета на некоторой собственной территории"<sup>1</sup>.

Такое понимание неотъемлемых прав человека даже в передовом европейском и североамериканском политическом и правовом мышлении стало утверждаться только после чудовищных потрясений, вызванных Второй мировой войной, гитлеровской и коммунистической тираническими диктатурами, в 50—60-х гг. Да и то с такой определенностью, как это сделано русским правоведом в 1917 г., соответствующие положения нигде и никем не сформулированы<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 309—310.

<sup>2</sup> 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 абсолютный характер прав и свобод человека и на первое место среди социальных ценностей, будто бы согласующихся с российской историей и культурой, выдвигаются идеи "государственно сти", "державности".

В практической же жизни таких стран, как Россия, подобный подход, пробивавший себе дорогу при подготовке проекта Конституции, вновь уступил "государственническим" и "державным" тенденциям, а категории неотъемлемых прав человека в связи с этим 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 взаимоотношением отдельного человека, во многом остающегося "безгласной овцой в человеческом стаде", с отдельными "органами власти", которые "кое-где", "порой" "нарушают".

Второе. Выраженный в позиции И. А. Покровского основательный подход к правам человека, выводящий правовое положение личности на уровень ее взаимоотношений с государством в целом, взаимоувязан 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*<sup>1</sup>.

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 тем не менее выделить во всей сумме прав человека центральное, определяющее звено, если угодно, их духовную сущность, относящуюся к свободе духа, 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

<sup>1</sup> 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" (см.: Покровский И. А. Указ. соч. 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, духовную жизнь 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).

становятся неотъемлемые права человека, явление высшего духовного порядка, истоки которого — 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"<sup>1</sup>.

Третье. По мнению И. А. Покровского, гуманитарные воззрения, основанные на возрожденческой культуре и признании приоритета за автономной личностью, "персоной" вообще могут достигнуть более высокой степени 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 каждой отдельной личности и вместе с тем начинает чувствоваться потребность в праве на эту самобытность, в праве на индивидуальность"<sup>2</sup>. Вот это *право каждого человека на свою всегда уникальную, 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 связи с этим 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"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 78.

<sup>2</sup> Там же. С. 121.

<sup>3</sup> Там же. С. 120—121.

Приходится высказать сожаление в связи с тем, что эта идея русского правоведа — сторонника последовательно демократических, персоноцентристских воззрений не привлекла внимания ни науки, ни практики, озабоченных проблемами прав человека (и никто, насколько мне известно, не высказал таких или аналогичных по содержанию идей).

### § 3. Права человека как категория объективного права

#### 1. Права человека на рубеже нового тысячелетия.

Реальное развитие представлений о неотъемлемых правах человека, все более утверждающееся к концу XX в. христианской эры, по ряду существенных пунктов совпало с разработками русского правоведа.

*В настоящее время, на рубеже третьего тысячелетия, представление о неотъемлемых правах человека, само понимание их принципиальных особенностей должно строиться как на исходных идеях и принципах, заложенных еще в конце XVIII в. и закрепленных в основополагающих декларациях, в иных международных документах середины XX в., так и на новых фундаментальных ценностях. Или, во всяком случае, таких фундаментальных идеях и принципах, которые в настоящее время обогащены новыми гранями и характеристиками в их понимании и практической реализации.*

Главная из таких ценностей (или новых граней понимания) — это такой социальный статус прав человека, притом прав отдельной, автономной личности, когда они не только находятся в одном ряду с государством как единым и верховным сувереном на данной территории, но имеют по отношению к государству в целом приоритет. А это значит, что ответственность за нарушение прав человека, в том числе и за отсутствие условий и механизмов их полной реализации и надлежащей защи-

ты, несет не только тот или иной государственный орган или то или иное должностное лицо, а прежде всего государство в целом. Потому-то правовые требования и иски в международных правосудных учреждениях ныне вполне обоснованно обращены к "ответчику-государству". Более того, о чем подробнее пойдет речь в последующем изложении, происходит глобализация прав человека, обретение ими наднационального (надгосударственного) социального и юридического статуса.

В дополнение к этому в демократически развитых странах, особенно и в первую очередь тех, которые, как уже упоминалось, пережили нечеловеческие беды фашистских тоталитарных режимов и нашли силы извлечь уроки из своего страшного прошлого (Германия, Италия, Испания), основные права человека в соответствии с вновь принятыми национальными конституциями становятся приоритетами в высоком конституционном значении. В значении *основы построения и функционирования всей государственно-правовой системы страны.*

Весьма важно и то, что в современных характеристиках прав человека акцент с политических характеристик как таковых (по-прежнему принципиально важных) все более перемещается в область *духовных основ жизни людей, высших моральных ценностей.* С этой точки зрения, если оправданно видеть глубокое единство современного права и религии, надо полагать, основы такого единства состоят не в "понимании" и во "взаимном служении" церковных учреждений и верховной государственной власти, в церковном оправдании ее акций (как это в немалой степени характерно для православной ветви христианства, ее поздней, имперской стадии), а как раз в восприятии господствующим правосознанием и действующим правом высших моральных ценностей христианства, высоких моральных начал других религиозных верований, соответствующих конфессиональных ценностей.

Думается, есть весомые основания полагать, что ныне, на современном этапе перехода человечества к ци-

визациям либерального типа, все более раскрывается социальная, поистине философская значимость неотъемлемых прав человека как оптимальной формы выражения и защиты *индивидуальности личности, ее уникальности, ее особых неповторимых, только ей, данной личности, присущих ценностей и благ*. Характерно при этом, что фактически, в реальном бытии развитых демократических стран с утвердившейся высокой правовой культурой именно так, в контексте "права на индивидуальность", трактуются многие стороны проблематики человеческих прав. Именно в связи с этим столь обостренным становится внимание к неприкосновенности личности, ее особым интересам и устремлениям, неприкасаемости личной жизни, исключительности права личности решать свою судьбу, строить сообразно своей индивидуальной воле всю свою жизнь.

Наряду с признанием этих (в какой-то мере прямо таки "по-покровскому" понимаемых) гуманитарных ценностей, которые все более реально утверждаются в современную эпоху, представляется важным обратить внимание и на другие стороны характеристики неотъемлемых прав человека на рубеже нового тысячелетия.

Среди них центральное, на мой взгляд, место занимает *нерушимая неприкосновенность человека*. Точнее, *придание абсолютного значения самоценности человека как живого существа*. Тому, что в абстрактной форме выражено в одном из общепризнанных фундаментальных прав человека — *в праве на жизнь*. Увы, именно так, — в отношении, казалось бы, самой первой и простейшей, по сути элементарной, само собой разумеющейся основе 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 всех других современных трактовок прав человека главный вывод в рассматриваемой области из кровавых войн-боев XX в., жутких последствий тоталитарных режимов 30—40-х гг. (с газовыми камерами, коллективной ответственностью, уничтожени-

ем 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. Включая мотивы и основания юридического порядка. И даже в отношении людей, совершивших преступления, установленные судом. И уж тем более — "уничтожения" по одному лишь усмотрению исполнительной власти.

Отсюда справедливо возобладавшая в последние годы линия на недопустимость терроризма во всех его разновидностях (индивидуального и 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 связи с этим подходов к "явлению войны вообще", с ужесточением "законов войны", норм о военном положении, гарантий и ответственно-

сти в этой критической сфере человеческого бытия, которая по мере человеческого прогресса обречена на то, чтобы перейти из области "возвышенного и героического" в область "гуманитарно-терпимого", допустимого лишь по жестким критериям "крайней необходимости".

Не будет лишним вспомнить при этом и то, что сама оправданность "уничтожения человека", объявляемого врагом ("врагами народа", "террористами", "троцкистами-бухаринцами"), представляет собой один из основных постулатов коммунистического права. И соответственно недопустимость такого постулата — важнейшее начало права современного гражданского общества. В связи с этим, как показывают события последнего времени, безошибочным показателем (тестом-индикатором), свидетельствующим о реальной приверженности того или иного лица истинным началам прав человека либо об исповедании 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".

В заключение же краткой характеристики прав человека, их понимания на рубеже нового тысячелетия представляется важным специально обратить внимание на юридические аспекты. На то, что современная эпоха отличается тем, что возрастание социальной (поистине глубоко философской) значимости неотъемлемых прав человека в жизни людей выражается во все большей их институализации, в обретении ими непосредственной юридической силы.

А в связи с этим представляется важным специально рассмотреть такие проявления данного процесса, как формирование специфического субъективного права — "права на право", и в особенности переход прав человека в систему объективного права, что и подводит к центральному научным идеям данной работы в целом.

**2. "Право на право".** Есть серьезные основания в число неотъемлемых прав человека включить, наряду с другими общепризнанными категориями, также "право на право".

Одно из таких оснований — аргумент широкого, "мирозданческого" порядка. Если феномен права имеет глубокие природные корни, то, по всей видимости, одним из его естественных, глубоко природных выражений в условиях цивилизации становится "право на право", реализуемое главным образом в чувстве права, в требованиях правосудного решения, в современных условиях развитых демократических стран — в других конституционных правах в области юстиции, правосудия.

Наиболее яркое из них — право человека на решение конфликтной ситуации, в которой оказался человек, через процедуры правосудия. Решение не всемогущим чиновником, не вердиктом общественного мнения, не резолюцией митингующей толпы, не неким высоким собранием, а именно судом — независимым, компетентным, обладающим достаточными полномочиями, притом в строго процессуальном порядке с соблюдением всех законных гарантий для участников процесса.

Отказ от такого права, от его использования не только упречен в моральном отношении, но и существенно подрывает сами основы правового статуса гражданина, лишает его истинно правового значения.

Когда, скажем, в России в связи с вооруженными событиями 1991 и 1993 гг. были освобождены из предварительного заключения видные их участники, а заведенные юридические дела прекращены на основе "амнистии", то это стало помимо всего иного свидетельством покорности пострадавших людей перед "милостью силы", а по существу прямым попранием идей верховенства права в обществе. Отрадно все же, что один из участников указанных событий (Варенников) отказался от "амнистии", потребовал суда и в условиях соблюдения надлежащих судебных процедур добился положительного для себя решения. И этот, пусть и единичный, факт — независи-

мо от нашего отношения к существу такого решения и личности участника этой акции — подтвердил облагораживающее значение и юридическую значимость правосудных начал в жизни общества, весомость конструирования категории "право на право".

Такое "право на право" выражает, надо полагать, важнейшие стороны назначения права в жизни людей, его качества как права человека — саму возможность утвердить свое высокое положение в обществе, отстоять каждым свое человеческое достоинство, иметь надежное убежище от произвола, самодурства чиновников, капризов и коварных расчетов авторитарных правителей.

В связи с рассматриваемой категорией могут быть в порядке обсуждения обозначены и новые подходы к решению ряда существенных теоретических проблем в области права. Как уже упоминалось, "право на право" уходит своими корнями, можно обоснованно предположить, в биосоциальное прошлое человека, в природные основы естественного права и в этой плоскости выражается в *первородном чувстве права*.

А если это верно, то, возможно, чувство права имеет опережающую функцию в цепи явлений правовой действительности: оно — не отражение и следствие действующего права, как это принято считать (хотя известное влияние, идущее от юридических реалий, здесь, понятно, наличествует), а, наоборот, *исконное для человека правовое чувство, предшествующее и во многом предопределяющее позитивное право*.

С этой же точки зрения (и в связи с ней) есть основания для признания весьма упрощенным взгляда, в соответствии с которым констатируется односторонняя императивная зависимость позитивного права от начал справедливости. Связь здесь, можно предположить, более сложная, двусторонняя. Справедливость в исходно-цивилизационном и тем более современном понимании не только порождение глубоких трансцендентальных начал совести, стыда и добра, но в довольно существенных гранях складывается под влиянием чувства права и утверж-

дающихся на его основе правовых принципов. Справедливость, возможно, в самой себе несет как интуитивные ощущения глубинной ценности права как цели, так и потенциально негативный момент — возвеличенные представления о "равенстве". Те представления, которые являются отражением качества права как "равной меры", имеющего в юридической области важное и все же ограничено регулятивное значение, но через мораль возводимого в некий социальный и моральный абсолют — основу утопических социалистических и коммунистических воззрений.

По данному пункту, так же как и по ряду ранее рассмотренных вопросов, сошлюсь прежде всего на прозорливое, устремленное в будущее мнение И. А. Покровского. На его *характеристику неотъемлемых прав человека, в соответствии с которой их существование и реальное значение неотделимо от объективного права* (и, как мы увидим, более чем просто "неотделимо").

Вот суждения И. А. Покровского (ранее при рассмотрении свойств права уже в основном цитированные), которые по своим итоговым выводам и в контексте данного раздела работы, можно уверенно предположить, окажутся неожиданными для читателя. Напомню: рассматривая свойства и достоинства права, И. А. Покровский утверждает: "...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". И дальше после разъяснений этого тезиса — такая мысль, которая наверняка и окажется неожиданной. Автор пишет: "Логически это право на определенность правовых норм 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 речи (курсив мой. — С. А.)"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 89.

Итак, с точки зрения правоведа (вполне разделяемой автором этих строк), наряду с правом на жизнь, с правом на свободу мысли, с правом на неприкосновенность личности, наряду с этими и другими аналогичными фундаментальными ценностями, по И. А. Покровскому, "одно из самых неотъемлемых прав личности" — это "всего лишь" правовое выражение чуть ли не технической особенности юридической материи, ее свойства — определенность юридических норм. К этому автор добавляет еще одну, также, казалось бы, сугубо юридическую черту — требование прочности правопорядка, что, как и требование определенности права, является выражением "естественной и "неотъемлемой" потребности индивида иметь свое ясное и определенное место в жизни целого социального организма"<sup>1</sup>.

Таким образом, получается, коль скоро следовать логике мысли русского правоведа, неотъемлемые права человека охватывают не только сами по себе важнейшие социальные ценности высокого порядка (жизнь, свободу, достоинство, независимость человека, его объективно высокий статус в гражданском обществе), но непосредственно и явления сугубо юридического характера, и только через них реализуются важнейшие социальные категории, в данном случае — потребности индивида иметь ясное и определенное место в жизни всего социального организма.

### 3. Главное в современном понимании прав человека.

Это такая трактовка *прав человека*, когда они возводятся на уровень *категорий объективного права* (а отсюда "*полнокровных*" субъективных юридических прав).

Уже из того обстоятельства, что неотъемлемые права человека охватывают не только сами по себе важнейшие социальные ценности высокого порядка (жизнь, свободу, достоинство и т. д.), но непосредственно явления сугубо юридического характера, следует *необходимость*

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 106.

*признания права человека не только в качестве субъективного, но и объективного права — нормативного институционального образования.*

Это положение о праве человека как об объективном институциональном образовании имеет и другие, еще более значимые, основания.

Здесь уместно напомнить азбучные положения науки. Права человека в общераспространенном их понимании — это категории "личностного" порядка — *субъективные права*, т. е. возможности конкретной личности, субъекта. И в античности, и даже в эпоху Просвещения они в принципе не имели юридического характера, выступали в качестве некоего духовного начала, требований естественного права, имеющих преимущественно идеологическое, гражданственное, моральное значение.

Только с середины XX в. общественная значимость этой категории и необходимость ее реализации стали настолько значительными, что права человека получают общее признание, а отсюда шаг за шагом и юридическое значение. Они в полномасштабном виде закрепляются в международных документах, конституциях, других внутригосударственных законах. А затем, уже ближе к нынешнему времени, и сами по себе постепенно начинают обретать и прямое юридическое действие.

Последнее из указанных обстоятельств и представляет собой крупный шаг в их юридическом возвышении, к тому, чтобы начался *процесс преобразования материи права, его перенастройка из "права власти" или "права государства" в право гражданского общества.*

То есть в *право человека*.

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 пункта означает их *непосредственное признание правосудными учреждениями — судами*, и значит — вступление в "работу" других звеньев юридической системы, когда постепенно,

звено за звеном начинает "работать" *объективное право в целом*, весь комплекс его средств и механизмов. Да так, что в конечном итоге перед нами возникает новое качество в сфере юридических явлений — *явления из области сугубо субъективных прав возвышаются до уровня объективного права*.

С рассматриваемых позиций важно сразу же отметить, что категория "право человека" ("право людей") *принципиально новая*. Она характеризует иную плоскость правовой действительности и ее понимания, нежели понятие "права человека", трактуемое в "личностном" ракурсе, т. е. в значении прав личности (хотя последнее — исходное звено, важнейшая и определяющая ее характеристика).

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 переводит общие, нередко сугубо декларативные формулы на уровень строго юридических явлений. И значит, что особо существенно в практическом отношении, на уровень *тех юридических механизмов и правовых средств, которые способны перевести устанавливаемое законом правовое положение людей, их юридические возможности (юридически должное и возможное, т. е. субъективные юридические права) в области прав человека в плоскость социальной реальности*.

И это вполне оправдано (и быть может, именно сейчас, в наши дни, как раз остро необходимо) со стороны глубинных процессов цивилизационного развития. Гражданскому обществу в условиях последовательно демократической, либеральной цивилизации требуется юридическая система, сутью, центром и смыслом которой являются не "просто регулирование", не власть, не некие идеологические химеры, а люди, человек. И не просто общие декларации, заявления, заклинания об их "правах", а реальное дело, фактическое положение вещей.

В соответствии с этим *позитивное право новой эпохи, вся юридическая система страны призваны по самой своей сути, всем арсеналом своих средств и механизмов стать правом человека в объективном смысле*.

А это значит, что в условиях утверждающихся либеральных цивилизаций в современном гражданском обществе происходит *такого рода принципиальная перенастройка юридических систем, которая имеет характер истинной революции (переворота) в праве* — второй и не менее значительной, чем резкое возвышение прав в годы буржуазных революций. Как свидетельствуют данные правового развития передовых в демократическом отношении стран, начиная с 50—60-х гг., демократическое право не только по своей направленности и отдельным проявлениям, но и по своему основному содержанию начинает реально служить человеку. Во всей системе социально-политических, правовых отношений этих стран человек, его достоинство и неотъемлемые права шаг за шагом становятся (пусть и не сразу, в противоречивых процессах) на первое место, начинают возвышаться над политической властью.

С этой точки зрения надо видеть, что формирование права человека как объективной реальности — это самый главный перелом в мире правовых явлений и правовых представлений, происшедший за всю человеческую историю, — *переход от запретительно-предписывающего права к дозволительному (дозволяющему) праву*. И соответственно этому переход от видения права как исключительно силового явления, сугубо властно-государственного образования к его пониманию как института свободы и творческой активности людей.

Характеристика права в условиях перехода к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям в качестве "дозволительного", конечно же, не означает того, что на уровне национальных юридических систем оно сплошь состоит из одних дозволений или что последние вытесняют все другие компоненты правовой материи. На всех этапах развития человеческого обще-

ства в принципе неизменной остается функция права как регулятора, в том числе — по обеспечению общественного порядка, необходимой общественной дисциплины, борьбе с правонарушениями, когда помимо иных моментов сохраняется значение государственного принуждения, действие карательных методов, сочетаемых с моральными принципами и нормами. А потому и в условиях развитого гражданского общества, реализации последовательно демократических и гуманистических начал в общественной жизни значительное место в правовой материи занимают отрасли и институты публичного права, включая административное и уголовное право, другие примыкающие к ним подразделения правовой системы.

Положения о дозволительном праве означают лишь то, что весомое и все более определяющее место в действующих юридических системах начинают занимать правовые дозволения, в том числе общие дозволения, а также то обстоятельство, что дозволения через всю совокупность свойственных им институтов, способов и типов регулирования придают принципиально новый облик праву в целом, делают дозволительные начала ведущими правовыми принципами.

Есть тут и еще один, по данному кругу вопросов, возможно, наиболее примечательный, момент. Само существование дозволительного права в условиях демократического строя *возможно только тогда, когда одновременно и синхронно с общедозволительным принципом "дозволено все, кроме запрещенного законом" (в отношении граждан, их объединений) действует "противоположный", полярно иной по значимости разрешительный принцип — "дозволено только то, что прямо разрешено законом".* При этом, имея в ряде сфер общественной жизни общее значение (например, в отношении наркотических средств, таможенного контроля и др.), этот разрешительный принцип, характеризующий типы регулирования, в условиях демократического строя *должен обладать исключительным и категорическим действием в отношении всех органов и учреждений государства*

*и должностных лиц. С позиций конституционного права — государственной власти в целом.*

## § 4. Права человека — явление глобального порядка

**1. Постановка вопроса.** Одна из фундаментальных задач нынешнего времени (особенно для стран, освобождающихся из-под ига тоталитарных режимов и проходящих в таком многосложном процессе ряд "переходных 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 идей о правах 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, действительных подвижников правозащитного дела, со многими другими факторами нашего сегодняшнего бытия.

**2. Глобализация прав человека.** Но, быть может, среди этих различных условий, путей и способов есть ключевое звено?

Да, есть такой центральный пункт. Это такое *юридическое возвышение прав человека, когда они через категорию объективного права приобретают глобальное значение.*

Суть дела в том, что право — явление универсальное, общечеловеческое. А в связи с этим и в том еще, что реализация 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, *иметь опору в мировом сообществе* — в междуна-

родном праве, в самом законосообразном порядке внешних связей государств, а главное — в состоянии и в "настроенности" права, характерных для мирового сообщества. Процесс, который сообразно аналогичным явлениям в экономике и политике в настоящее время определяется в качестве феномена *глобализации*.

Данный феномен обычно рассматривается в отношении экономики, информационной сферы, культуры, досуга и т. д. И именно здесь он и вызывает трудные проблемы и разноплановые оценки. Особо острые в сферах экономики, национальной культуры, информационных отношений, где действительно он подчас прикрывает господствующие статус и интересы наиболее могущественных государств, деятельность транснациональных структур.

Но вот в области права процесс глобализации наиболее примечателен, а быть может, и наиболее принципиально важен, конструктивен. Причем речь идет не о праве "вообще" и тем более не о системах национального права в той их части, которая затрагивает, в частности, семейные и близкие к ним отношения (где немало, а подчас и доминирующее значение имеют факторы национальной культуры). 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.

И потому в обстановке XX — начала XXI в., постепенно делающей реальными ценности последовательно демократической, либеральной цивилизации и сблизившей через поразительную по эффективности систему ком-

муникаций людей всех стран и континентов, есть основания утверждать о существовании в мире *о б щ е г о правового состояния*. Состояния не только в виде планки и порога правосознания, задаваемых общепризнанными правовыми ценностями, правовой культурой наиболее развитых, продвинутых по путям прогресса стран, но и в виде формирования известных *устоев мирового правопорядка*.

Вполне понятно поэтому, что в странах, особенно тех, которые только вступили на путь становления права современного гражданского общества, 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 — *правовые ценности формирующегося мирового правопонимания*, т. е. ценности *права человека*.

В связи с этим вот какое соображение. Даже в странах, уже во многом освоивших порядки и институты последовательно демократических, либеральных цивилизаций, политическая государственная власть остается потенциально наиболее мощной социальной силой. И по этой причине даже в передовых по демократическому развитию странах рецидивы насилия (права силы) нет-нет да и прорываются в реальном бытии, в политической практике. И порой, увы, так, что возвышенные идеалы прав человека (права человека) грубо, вооруженной силой попираются.

В такой обстановке сама жизнь выдвигает необходимость развития в рамках и в контексте формирующегося мирового правопорядка институтов, обладающих надлежащей компетенцией и достаточными императивными возможностями для поддержания и в демократически развитых странах, и в странах, вставших на путь современного правового развития, правовых форм, ориентированных на утверждение в реальной жизни передовых право-

вых ценностей, идеалов права человека. Реальное значение при решении возникающих здесь многосложных вопросов имели бы обсуждение и проработка таких вариантов их решения, в соответствии с которыми получила бы развитие и совершенствование система международных судов, призванных защищать права человека, упрочение и углубление их компетенции, императивной силы их решений.

**3. Многообразные процессы.** Весьма важно, что в этой области постепенно обозначается и такая сторона формирующегося мирового правопорядка, 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 70-х гг. государственный переворот и учредившей затем репрессивный режим в Чили, был в 1998 г. во время частной поездки задержан в Великобритании по обвинению, выдвинутому Испанией, в преступлениях против человечества.

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 гуманитарным 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 действующими и правом в глобальном отношении — на "наднациональном", надгосударственном уровне*. И что, следовательно, права человека обладают, скажем так, *универсальной юридической силой*, и потому по вопросам прав человека утверждается идея *универсальной юрисдикции*. И глав-

ное — 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 г. Верховный Суд Чили лишил Пиночета парламентской неприкосновенности (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. Как уже отмечалось, 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 привлечение к ответственности деятелей "другого", притом уже не существующего 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 и по своим результатам прямо "входят" в действующую юридическую систему, а отсюда и в практику правовой и политической жизни.

Есть весомые основания полагать, что *перед нами — самое значительное явление в процессе преобразования права при переходе человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа.*

Сейчас, на пороге нового тысячелетия, 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" здесь перейден, сам этот "качественный перелом" в мире права определен с должной строгостью, а главное — *уже реально происходит.*

Причем факты последнего времени свидетельствуют, что в такого рода перенастройку юридических систем в практическом отношении вовлекаются новые сектора права. Так, вслед за весьма определенным решением вопросов, связанных с нарушением неотъемлемых прав человека, относящихся по своему профилю к уголовному правосудию (и по делу бывших руководителей ГДР, и по делу Пиночета), в судебной практике Германии, ряда других стран намечается аналогичная линия по проблематике частного права.

*И вот здесь важен масштаб подхода к рассматриваемому явлению. Наряду с отработкой юридических механизмов, всего правового инструментария в соответствии*

*с идеалами и критериями права человека (многолетняя работа, которая, по всем данным, потребует долгих лет упорного труда) первостепенное, на мой взгляд, значение принадлежит ключевому звену — самому факту должного осознания того, что человечество вступает, в новую полосу бытия права, в новую эру права, и отсюда более высокой и более значимой ступени правосприятия и правового мышления и, следовательно, самой трактовки всего комплекса юридических институтов, принципов и идеалов, тенденций и перспектив их развития.*

## Глава шестнадцатая

### Право в нашей жизни, в судьбе людей

#### § 1. Право как цепь

По утверждению Канта — философа, на историческую долю которого выпала разработка важнейших философских основ перехода человечества к современному правовому гражданскому обществу, право в мироздании, в существовании и в развитии человечества представляет собой *цель общества, находящегося в гражданском состоянии*<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>. По его словам, право — это "высший принцип, из которого должны исходить все максимы, касающиеся общества"<sup>3</sup>, и, стало быть, оно, право, призвано получить в обществе "верховную власть"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Как полагает немецкий философ Б. Тушлинг, комментирующий философскую суть сочинений Канта, последний вообще "анализирует право как конечную цель человеческого рода" (см.: *Кант И. Сочинения на немецком и русском языках*. Т. 1. С. 35).

<sup>2</sup>Там же. С. 281.

<sup>3</sup>Там же. С. 307.

<sup>4</sup>Там же. С. 421.

Надо признать, что эти суждения и оценки знаменитого философа у большинства людей не могут не вызвать по крайней мере сомнения. Если уже применима категория "цель" в отношении общества, то разве не экономика, не устойчивое, восходящее экономическое и социальное развитие, а отсюда материальное и социальное благополучие граждан составляет цель 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, "высшим принципом" для него являются 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 о назначении права в отношении любого общества, назначении, также, конечно, весьма важном (обеспечение организованности, дисциплины, порядка, борьба с преступностью), а о *гражданском обществе*, 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 право!* (*и только право человека!*) — способно осуществить коренную историческую миссию цивилизации на высоких ступенях развития человеческого рода — обеспечить свободу людей, раскрепостить активность человека и невиданную силу Разума, а отсюда привести ко всеобщей и глубокой модернизации общества, всех сторон жизни людей, к достижению высокого уровня благосостояния общества, достойной жизни каждого человека на высоких гуманистических

тических 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*.

Таких функций у права в обществе, находящемся в гражданском состоянии, *три*. Это:

**в о - п е р в 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 в этом их предназначение;

**в о - в т о р ы х**, назначение права, *определить условия и границы свободы человека, отсесть от нее "явления зла и несчастья"* — вольницы, злоупотреблений, преступлений 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"<sup>1</sup>;

<sup>1</sup> Мамардашвили М. Указ. соч. С. 93.

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 многие другие (в силу конструктивной *расстановки* прав, обязанностей, ответственности), втягивая людей при оформлении и реализации тех или иных отношений в соответствующие юридические конструкции, тем самым вводят их в такие социальные структуры, где оптимальным вариантом поведения является созидательная деятельность по достижению позитивного результата.

Достоин внимания, что уже в наше время (причем, что 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 сначала"<sup>1</sup>. 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 — сколь угодно провозглашаемый как "свободный") "должен быть оправдан как строй правый и справедливый"; без этого он будет ощущаться всеми "как голое насилие"<sup>2</sup>.

2. Есть доказательство! Существуют достаточные основания полагать, что события второй половины XX в.,

<sup>1</sup> Ильин И. Л. Путь к очевидному. Собр. соч. М., 1994. Т. 3. С. 510.

<sup>2</sup> Из глубины. Сборник статей о русской революции. С. 230.

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 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 30-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 буд-

то 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, сыгравшего 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 (притом оказавшихся "полем" наиболее обширных разрушений, и прежде всего стран, сбросивших иго фашистских диктатур — таких, как Германия, Италия, Испания) 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, во время войны начал набирать силу, а в 50—60-е гг. ворвался в жизнь общества многих стран могучий поток научно-технической мысли, открытий, изобретательских свершений во всех сферах техники, охватывающих источники энергии, материалы, машинную технику, электронику и т. д., а главное — технологию, ин-

форматику, 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.

Новый вопрос: каковы основания для этой производительной активности, предприимчивости, творчества? И вот здесь, на мой взгляд, в условиях утверждающихся демократических институтов, ценностей, идеалов и *проявило свою творческую энергию* право, которое как раз в 50—60-е 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 50—60-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 обществен-

ное 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 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, персональную ответственность за него.* 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* (ког-

да корректнее утверждать не о рыночной экономике", а *о частноправовой 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 некоему 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, нацеленность идти на риск во имя экономического успеха, 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 частноправовой экономики демократически развитых стран во второй половине XX в. — это эффект, надо сказать еще раз, не просто "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.

**4. 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 развертывании в 1991—1992 гг. "кардинальных рыночных преобразований" состоял прежде всего в недоучете того обстоятельства, что к этому времени основные условия и факторы естественного, частнопроводного развития общества оказались в России, как это и планировали коммунисты, "до основания" разрушенными, изничтоженными строем коммунизма. И это при вдумчивом, основательном научном подходе к сложившейся ситуации требовало не стремительного рывка в процветающий капитализм, а в первую очередь аккуратного восстановления условий и факторов нормального, естественного частнопроводного развития — воссоздания производительной, пусть пока мелкой и средней, частной собственности, элементов конкуренции, предпринимательского дела, формирования хотя бы первичных элементов гражданского общества<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Но дело не только и, пожалуй, даже не столько в разрушенности, порой в полном отсутствии после многодесятилетнего коммунистического господства условий и факторов естественного, частнопроводного 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" одного 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 распоряжались высшие круги парткорратической власти. Где в плотном единении с такой "одной фабрикой" функционировала уже упомянутая ранее гигантская социальная инфраструктура, настроенная на предоставление социалистических льгот, благодатных милостей от "партии и государства", И где господствовали не персональные инициатива, реальный успех в труде и ответствен-

А вот теперь (в связи с только что сказанным) — о наиболее существенном просчете. О наиболее роковой причине неудач.

ность, а преданность вождям и руководителям, угодничество, формальные показатели "успехов", бумажная отчетность и рапорты.

Главное же — все эти элементы всеохватной огосударствленной экономико-социальной системы основательно укоренились в жизни. Советские люди в основном приспособились ко всевозможным гарантиям и минимуму благ, которые они во многом получали независимо от реальных результатов труда и персональной ответственности (пусть этот "минимум" и не более чем некая "пайка", квартирка 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 80-х гг. в СССР, затем более решительные, в ходе всплеска демократического движения и борьбы за власть в начале 90-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 сознание, в нравы и образ 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 на 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 огосударствленной экономике, когда при отсутствии необходимых законов возобладали "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 государственной экономико-социальной системы сохранилась. Когда же в 1994—1996 гг. Гражданский кодекс РФ (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.

## § 2. 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 [Ш. 6. 4], моральные критерии остаются основой оценки права. И, как это ни парадоксально, имен-

но 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 категории высокого, трансцендентного духовного мира, законы духовной свободы, но и в связи с этим 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, — *правовой долг*.

**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 истол-

ковывать лишь как благоволение". И здесь, замечает Кант, дает о себе знать "коварство боящейся света политики"<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>) даже над важнейшим и поистине великим религиозным началом, относящимся к самой сути христианства.

Почему же именно правовой долг имеет безусловный, абсолютно повелевающий характер? Тем более в условиях, когда происходит и закономерно нарастает разъединение морали и права<sup>3</sup>.

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 мора-

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 475.

<sup>2</sup> Там же. С. 455.

<sup>3</sup> 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" (см.: 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*.

ли 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 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"<sup>1</sup>, то пусть не пройдет мимо нашего внимания, что речь идет не вообще о праве, 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 отношении морали, выраженной в правовом долге, в "учении о праве"<sup>2</sup>. Красноречива и такая деталь — с точки зрения Канта (и здесь 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, глубоко органически чуждое, претендующее на первенство. Потому-

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 461.

<sup>2</sup> Там же. С. 475.

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"<sup>1</sup>, когда, по Канту, и раскрывается коварство "боящейся света политики".

В другом месте, в комментарии древнеримской формулы — "Fiat iustitia, pereiat mundus", 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)"<sup>2</sup>. 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 уважение права человека.

И теперь такое соображение. Одна из трудных проблем жизни человеческого общества, начиная с глубокой древности и до наших дней — это проблема взаимоотношения 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

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 475.

<sup>2</sup> Там же. С. 457.

мораль, призванная придавать священный характер праву, занимает *должное высокое* место по отношению 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"<sup>1</sup>.

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 людей<sup>2</sup>. Да, верно, "наиболее тяжелой" во все времена, и особенно ныне, когда "права людей" выдвинулись в самый центр жизни общества и когда "блюсти права" стало для многих правителей вовсе не "миссией", а некоей 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 хо-

<sup>1</sup> Кант, И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 461.

<sup>2</sup> Там же. С. 383.

чет, чтобы право получило в конце концов верховную власть"<sup>1</sup>.

**3. Общепринятые формулы и оценка высокого смыслового значения.** В настоящее время прочно вошли в обиход и на научном, и на публицистическом уровнях 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"<sup>2</sup>. В последующих своих работах философ в ряде случаев использует указанное определение также в отношении субъективных прав — прав отдельных личностей, общностей и даже

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 419. И еще один знаменательный момент, выражающий жесткую позицию в отношении людей, попирающих неотъемлемые права человека. По общему утверждению Канта, нарушение прав человека — явление отвратительное. Такое нарушение, по его словам, "есть зло и им остается, в особенном 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 как можно меньше иметь с ними дела (разрядка моя. — С. А.)" (Там же).

Да, именно так. Именно такой с 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.

<sup>2</sup> Там же. С. 271.

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 всю правовую материю, на объективное право.

Это относится и к обобщающему положению о том, что "право человека должно считаться священным"<sup>1</sup>. 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 земле<sup>2</sup>.

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"<sup>3</sup>.

С таких позиций, возможно, есть основания утверждать и о том, 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 основы" 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

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 141, 461.

<sup>2</sup> Там же. С. 383.

<sup>3</sup> Мамардашвили М, Указ. соч. С. 151.

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"<sup>1</sup>. (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"<sup>2</sup>. Решающее значение и в данном отношении имеют философские представления Канта о внутреннем духовном мире человека, находящемся "по ту сторону" представлений о природе,

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 383.

<sup>2</sup> Там же. С. 107.

когда, кстати будет замечено, он в связи с характеристикой прирожденных, необходимо принадлежащих человеку и неотчуждаемых прав говорит о том, что здесь человек выступает "гражданином сверхчувственного мира"<sup>1</sup>. 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"<sup>2</sup>.

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 в предельно кратком виде, что *человек, суверенная личность, — существо, наделенное разумом, — это и есть самое великое, самое "божественное" на земле, выражение или воплощение на земле самого "Бога"* (хотя у человека немало и того, что имеет и "бесовский", 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. Бердяевым<sup>3</sup> — 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, определенное живое существо, человек, *становится личностью* — факт, действительно,

<sup>1</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 375.

<sup>2</sup> Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 645.

\* Н. А. Бердяев пишет: "Идея Бога есть величайшая человеческая идея. Идея человека есть величайшая Божья идея. Человек ждет рождения в нем Бога" (см.; Бердяев Н. А. Самопознание. М., 1990. С. 195).

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, то надо отдавать отчет в том, что "на земле" нет иных социальных институтов и средств, кроме объективного права, которые были бы способны 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 трансцендентальности человек выступа-

ет как разумное, разумно действующее, нравственное, свободное существо"<sup>1</sup>.

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 [Ш. 14. 4] 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 фактические, 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 должно быть (при реализации заложенных в нем потенциалов) не только 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 связи

<sup>1</sup> Ойзерман Т. И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

с этим опорой (именно опорой, не более, но 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 его, права, уникальное значение, 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 антагонизмом, 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 абстракций порядка или так называемых высших, или совершенных объектов"<sup>1</sup>.

И здесь вновь следует сказать о "переключке" идей

<sup>1</sup> Мамардашвили М. Указ. соч. С. 276, 277.

Канта и И. А. Покровского. Приведу в связи с этим 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"<sup>1</sup>. Один лишь авторский корректив 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 утверждается 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.

### § 3. 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 последст-

Покровский И. А. Указ. соч. С. 85.

вий — 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 связи с этим замечание более общего характера, о чем под несколько иным углом зрения уже говорилось при освещении прав человека [II 15. 2].

Было бы ошибочным рассматривать переход человечества от традиционных к либеральным цивилизациям в качестве некоего общего и непрерывного потока позитивных перемен, осложняемого лишь некоторыми "издержками". Действительные процессы, происходящие в современном мире, намного сложнее. Исторически закономерный переход тех или иных стран, народов к демократии, к правовому гражданскому обществу отмечается, не только исторически длительным, порой многовековым характером, но и характеризуется тем, что в реальной жизни сохраняются, а порой вновь и вновь реанимируются, утверждают свою жизнестойкость, адекватность существующим экономическим, социальным, этическим отношениям социальные структуры и порядки, характерные 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 типа, 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 тут 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.

Отсюда нарастающие стремления овладеть путем насилия собственностью и властью. Нередко это происходит так, что архаичные, тиранические институты оказываются "зараженными" все новыми соблазнами, порывами к достижению все более и более изощренных благ современного потребительского общества (нередко переходящими грань норм морали, да и простого здравого смысла, здорового образа жизни). И тут же разочарование в институтах политической демократии, парламентаризма, системы свободных выборов, при помощи которых (а чаще под их прикрытием) в ряде стран устанавливались диктаторские, тиранические режимы власти, поддерживались авторитарные политические структуры. Словом, в мире заговорили (по выражению одного из современных мыслителей) о *грядущей анархии*.

Особо сложно и трагично 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 возвеличение 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"<sup>1</sup>. В особенности, в странах (таких, как Россия), где стремление в быстрых темпах

<sup>1</sup> Ведь и впрямь выход из Великой депрессии начала 30-х гг. сообразно знаменитому новому курсу Рузвельта был найден в ряде решительных государственных мер по упорядочению экономических процессов. И уже совсем показались 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. Да, что ни говори, при всех очевидных и в то время минусах коммунизма, есть все же — как это под напором массивированной пропаганды показалось в 30—40-х гг. — великолепный опыт СССР, создавшего на твердой государственной основе коллективное сельское хозяйство, передовую индустрию, гигантский современный промышленный потенциал и решивший в невероятно сложных условиях войны экономические проблемы, — 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 государства даже для свободного общества и вообще обоснованность взглядов о "социальном государстве", признание целесообразности всестороннего государственного планирования народнохозяйственной 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).

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 укorenившимися 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 возвеличение власти как таковой, ее выходы за рамки социально оправданного порога [Ш. 6. 3], а тем более "вторжение власти" в экономическую и социальную жизнь возвращают 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. А также что это направление социального развития (наиболее остро и зловеще проявившееся как раз в коммунизме и фашистских режимах) противоречит общим тенденциям 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, понятно, тем более выбивающееся за необходимые "меру" и "пределы" и с существенными огрехами по вопросам права), неизбежно сопряжено с 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, стремлениями 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 реальную 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 (секторах и рудиментах "старого", "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*. Особенно насилии, которое часто оказывается в самом центре негативных процессов современности. То есть 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 покорного исполнителя воли насильника — невольника, раба или крепостного и, по логике вещей, об оправдании возможности (без каких-либо правосудных процедур) уничтожения человека.

Так вот, последний век второго тысячелетия, XX в. отличился не только поразительным взлетом человеческого духа и интеллекта, истинным прорывом в тайны природы, потрясающими научно-техническими свершениями, но и одновременно чем-то абсолютно противоположным — *взрывом насилия*.

И, наверное, не просто взрывом, а безумием! Ибо совершенно невозможно поставить в один ряд с отмеченными ранее замечательными проявлениями человеческого духа, разума, перспективой их дальнейшего возвышения явления принципиально иного порядка, потрясающие своей бесчеловечной жутью, тупой бессмысленностью. Две истребительные мировые войны. Кровавые фашистские и коммунистические тоталитарные режимы. Беспощадные региональные конфликты, этнические и конфессиональные схватки. Оргии терроризма. Беспричинные акты вандализма, расправ.

### 3. Основная идея. Как же быть?

И вот здесь, отдавая отчет в губительности легких быстрых решений, *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 увидеть драматизм современного социального развития, основанного на либеральных ценностях и идеалах, когда наряду

с потрясающими по грандиозности результатами такого развития, 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.

Скажу даже большее, "негативы либерализма", которые оказались, по широко распространенным и в принципе верным представлениям, каким-то неустранимым побочным продуктом и неизбежными издержками нового времени — времени свободы, торжества Разума и творческой активности личности — на самом деле не были столь неустранимыми и неизбежными. Все они приобрели столь вызывающий и роковой характер в немалой мере по той причине, что вовремя и в полной мере не с р а б о т а л о п р а в о , которое было бы адекватным новым условиям. И которое, развейся оно с опережением в право человека (а не оставаясь одним лишь инструментом государственной власти), было бы способно не только обеспечить необходимые границы свободы, но и — решающий момент! — перевести людскую активность, зачастую скатывающуюся в вольницу и ненасытное потребительство, в созидательное дело, в творчество, свершения ума и производительного искусства.

И если принять во внимание изложенные ранее данные, ясен ответ на вопрос, возникающий в связи с приведенными утверждениями, — *почему?*

Да по той простой причине, что *именно праву* (именно праву, и никакому иному социальному институту)

*"дано" быть гарантированным носителем свободы людей, определителем ее границ, а главное — способом ее 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 того как раз времени, когда реализуются ценности и идеалы Свободы и когда, увы, появляются на свет и грозят людям тяжкими последствиями "негативы либерализма".

С этой точки зрения именно сейчас, на пороге 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 или как-то иначе изощренно приукрашиваемым благообразными лозунгами и формулами) произвола, насилия.

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 чередке обыденных дел не видим (а если видим, то главным образом скандальные подробности и заидеологизированные 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* (цивилизационных ценностей нового тысячелетия!), связанных помимо всего иного с противостоянием между правом и насилием.

Пройдет год-другой. Минут десятилетия. Многие детали, подробности нынешних событий (таких, как дело Пиночета, конфликт в Югославии, война в Чечне) забудутся, сами эти случаи уйдут в историю, будут перекрыты другими событиями. Но, на мой взгляд, основные идеи и глубокие человеческие ценности, которые, как все более выясняется, вытекают из указанных жизненных ситуаций, останутся — дай Бог везения! — с людьми в итоге горьких уроков современности навсегда, станут в новом, третьем тысячелетии христианской эры непреложными постулатами человеческого жития. Пусть даже в первые годы XXI в. хотя бы в качестве таких идей и ценностей, которые будут получать все большее признание, все больше утверждаться в нашей жизни и делах.

Нужно только (добавлю к ранее сказанному) само "право" понимать в том высоком значении, которое оно приобретает — сообразно с достижениями науки — в современных условиях, в новом, третьем тысячелетии христианской эры.

## § 4. 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 и сравнительному правоведению, в сущности нашего современника — Эрнста Рабеля. Приведу их (оборвав фразу многоточием), в одном из оригинальных переводов с немецкого<sup>1</sup>: "Переливающиеся многоцветием под лучами

<sup>1</sup> В данном фрагменте автор воспользовался переводом, сделанным проф. Ю. Юмашевым в книге К. Цвайгерта и Х. Кётц (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 их гранях, которые относятся к содержанию настоящей работы).

солнца и трепещущие от дуновения ветра живые организмы права цивилизованных народов составляют вместе единое целое..."<sup>1</sup>.

По первым впечатлениям, как будто бы фраза как фраза, некая, пожалуй, даже нарочитая краснота. 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 понимания права, его природы, смысла и назначения в обществе.

Важнейшей из таких идей является сама мысль о живых (и притом — вибрирующих) организмах " *п р а в а ц и в и л и з о в а н н ы х н а р о д о в* ", 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 прин-

<sup>1</sup> *Rahel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. Aus: Rahel E. Gesammelte Aufsätze. Band III. 1967. 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".

ципиальных 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 функционируют в качестве реально высокозначимого звена современного гражданского общества<sup>1</sup>.

2. Основные особенности. Три момента в таком понимании "права цивилизованных народов" с юридической стороны являются наиболее существенными.

*Первое* — это то, что в 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 выс-

<sup>1</sup> 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.

шую 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 отводится центральное место, возмещение морального ущерба за оскорбление и унижение, физическое и моральное, признается в качестве гражданско-правовой санкции"<sup>1</sup>. Вот и сейчас, в наши дни, судебные и иные государственные инстанции Германии с опорой на требования права человека решают правовую ситуацию, связанную с компенсациями за рабский труд, использованный немецкими фирмами и иными организациями при фашистском режиме.

*Второе*, что характеризует "право цивилизованных народов" с юридической стороны, — это *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 поло-

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

жения 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 внутрисударственных дел, конфликтов (за исключением, понятно, пресекательных и оперативных полицейских действий и военных действий в действительных ситуациях войны, впрочем, жестко "обставленных" законодательными ограничениями и процедурами).

Третье, что характеризует современное право, — это 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 развития, 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 глубинными процессами 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 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"<sup>1</sup>, которые обуславливают необходи-

<sup>1</sup> 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.

мость выработки адекватных правовых решений. И вот поразительное явление (называемое подчас "основным законом сравнительного права). Суть этого явления в том, что "различные правовые порядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы, вплоть до мельчайших деталей, одинаково"<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>.

**2. Непреходящие правовые ценности.** Отмечая принципиально новые черты права нового 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 на-

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 58—59.

<sup>2</sup> 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).

копленных человечеством достижений в области юридических гарантий и юридических средств, обеспечивающих действительную реализацию правовых идеалов и ценностей. А отсюда признание на практике твердыми и неизблемыми действующими юридическими принципами и механизмами, 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 (при этом в правосудном порядке не констатированных) применения вооруженной силы в отношении суверенного государства.

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, несчастье и проклятие — *бездна произвола*, а значит, и *насилия*. Со всеми губительными последствиями, имеющими здесь, как и в иных случаях игнорирования глубинных законов чело-

веческого 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 должны остаться, в частности, и требования строжайшей законности как таковой. А также, 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 фиксирования 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 свое значение, 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 человека<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Так что, хотя на современной стадии развития цивилизации права человека становятся юридической реальностью и напрямую входят в позитивное право, они, до тех пор пока еще не нашли конструктивного выражения в тех или иных юридических институтах (а такова генеральная тенденция правового развития в демократических странах), остаются *общими 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 *од* 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 данному, 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 об 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 развитых демократических стран принимают указанные решения, ориентиру-

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 внесудебного применения государственно-принудительных мер и в особенности использования по одному лишь усмотрению управленческих, исполнительных органов вооруженных сил для решения внутригосударственных 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

---

ясь 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 ссылаясь на швейцарское право, которое при сравнении с законами других стран, в том числе Германии, "...придает правовой защите личности большее значение, чем ГК ФРГ." (см.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. I. 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 придается в ситуациях, когда судом фиксируются грубые нарушения прав людей, их попрание, такие как пытки, геноцид, иные факты, дающие основания видеть в этих фактах преступления против человечности.

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.

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 связи с этим 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 некой "правовой конвергенции", во всяком случае в полном ее объеме, а в первую очередь максимальное, насколько это возможно, использование ценностей на одном из магистральных направлений мирового правового развития, *ценностей права романо-германского (в основном германского) типа*. На этот путь Россия твердо уже встала и стала развиваться начиная с XVIII—XIX вв. И на этом пути, надо добавить, в результате реформ Александра II и самой логики общественного развития Россия достигла ко времени большевистского переворота пусть и скромных, но все же

заметных успехов (что и было использовано для внешне престижного антуража, характерного для "византийства" 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, 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 — возвеличение 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 необходимо 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 первоочередной 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.

## § 5. Идеи социальной солидарности и право

**1. Проблема эпохи. Равенство в государстве.** Сложные вопросы, трудности и беды, связанные с переходом человечества к правовому гражданскому обществу, да и просто многообразные острые вопросы современной эпохи, выдвинули в качестве острой проблемы современности 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 непреходящий, 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 прав<sup>1</sup>, 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, опирающемся 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

см.: Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 34.

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 следствие, 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.

**И в т о р о е.** За пределами рассматриваемого вопроса остается та сфера действительности, которая не может и не должна быть подвластна рыночным методам, законам купли-продажи, сфере 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 "экономической 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 совершенно невыносимом всеобщем уничтожении свободы"<sup>1</sup>.

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 невыносимое 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"<sup>2</sup>.

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 "уравнение", в том числе в области обучения, а также в нашей постсоветской обстановке, условий обретения собственности — это именно *равенство в стартовых условиях*, которые обеспечивают приоритет свободы в самом глубоком ее понимании, т. е. как поприща 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 считали это не уступкой "государству", а устранением фактических препятствий на пути развития личной свободы граждан; не ограничением сво-

<sup>1</sup> Чичерин Б. Собственность и государство. Ч. 2. С. 326.

<sup>2</sup> Чичерин Б. Философия права. М., 1900. С. 118.

боды конкуренции, но соблюдением правил "честной игры"<sup>1</sup>.

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 Фридмена.

В связи с этим 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"<sup>2</sup>. 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"<sup>3</sup>.

**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-

<sup>1</sup> Валицкий А. Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX — начала XX в. // Вопросы философии. 1991. № 8. С. 41. Автор приводит примечательное на этот счет 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" (см.: Гессен С. И. Основы педагогики. Берлин, 1923. С. 164).

<sup>2</sup> Чичерин Б. Собственность и государство. Ч. 2. С. 201.

<sup>3</sup> Бердяев Я. А. Самопознание. М., 1990. С. 213.

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 оцененный 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"<sup>1</sup>.

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, необходимость их "замены" социальными функциями на коллективистских основах<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 36.

<sup>2</sup> 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. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 119).

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 каждого человека и солидарности между людьми*. 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 права, 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"<sup>1</sup>. 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.)"<sup>2</sup>.

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 стату-*

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 295.

<sup>2</sup> Там же. С. 308.

*сом "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 сущест в о в а н и 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 частно-правовой 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"<sup>1</sup>. 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"<sup>2</sup>.

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 обусловленной современной эпохой необходимости возвышения в обществе социальной ответственности. Последний из указанных факторов ни в коей мере не должен влечь 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"

<sup>1</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 321.

<sup>2</sup> Там же.

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,

## § 6. Борьба за право — теория и реальное дело

**1. Иного не дано.** Еще в XIX в. знаменитый немецкий правовед Рудольф Иеринг, на мой взгляд, юрист "от Бога", один из немногих мыслителей, глубоко и тонко понимающих сам феномен права, выдвинул идеи, суть которых сводится к необходимости непрестанной и упорной борьбы за право.

Мысль о необходимости бороться 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, утверждать его как право человека, которое призвано быть "целью общества".

И вот в завершение этой книги, которая по авторскому замыслу и сути рассматриваемых проблем призвана поддержать настроения оптимизма и веры в право (а значит, и в оптимистическое будущее людей, всего человеческого сообщества), приходится несколько по-иному расставить акценты в такого рода позиции. И сказать о том, что право в том виде, в каком оно сообразно своим идеалам и ценностям обрисовано в книге, не состоит с я (со всеми неотвратимыми в этом случае последствиями для всей человеческой цивилизации), *если повсеместно, "всем миром" не повести целенаправленную, бескомпромиссную борьбу за право.*

Как верно подметил Р. Иеринг, право при всех своих природных предпосылках, не в пример "растению", про-

израстает не само собой, не само по себе раскрывается в истории. Почему?

Прежде всего, понятно, потому что право представляет собой продукт разума, результат интеллектуальной деятельности, творческого труда, особо сложного и многотрудного, коль скоро речь идет о развитых, отработанных, совершенных юридических формах. И, следовательно, утверждение права в жизни людей, его развитие еще в большей мере, чем все то, что сопряжено с "замыслом природы", нуждается в целенаправленной, упорной деятельности в обстановке "постоянного антагонизма", противоборства, столкновения страстей, противостоящих тенденций.

Добавим сюда ту недобрую славу, которую приобрело право "как таковое", когда юридические системы выступали преимущественно в качестве права власти, верных служительниц сильных мира сего, поприща формалистики и чиновничьего своеволия, хитроумных упражнений придворных юристов, поднаторевших на "юридическом оправдании" любого произвола и любого каприза власти.

Главное же, что предопределяет необходимость борьбы за право (борьбы в самом точном, строгом значении этого слова), заключается в том, что ему, праву, и в особенности праву, которое должно служить человеку, противостоят могущественные противоборствующие силы. Силы, скажем так, антиправовые по своей сути, т. е. 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 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.

Основная из таких противоборствующих сил — сила, увы, природная.

Здесь придется вернуться к положениям о природных предпосылках права, которые ранее были использованы для обоснования ценности права в людском сообществе с точки зрения категорий естественного права.

Напомню: данные этологии (науки о поведении и нравах животных, о заложенных в них программах поведения) дают основание полагать, что право имеет глубокие природные предпосылки, особо четко выраженные в "нравах" и "нормах поведения" организованных биологических сообществ.

Но вот что важно. "Право" каждой особи организованного биологического сообщества может быть обозначено всего лишь как намечающаяся возможность. А вот верховная "свобода" и соответствующие безусловные "права" особей-звеньев иерархической пирамидальной организации — верховного иерарха (вожака стаи), избранных им самок, "приближенных" и дальше вниз по иерархической лестнице, до "дна иерархической пирамиды", до социальных "шестерок" — имеют в мире "социальных животных" доминирующее значение.

Именно здесь следует искать первичные, подпочвенные истоки того, увы, органичного для человеческого общества, извечного, кочующего из века в век от одной страны к другой организационного построения, которое характеризуется иерархической пирамидальной структурой, чью вершину увенчивают особи, жаждущие власти<sup>1</sup>. И отсюда же, если опять-таки иметь в виду природные предпосылки, проистекают те исторически первые ступени правового развития, которые могут быть определены как "право сильного", "право войны", "кулачное право", "право власти".

<sup>1</sup> См.: Дольник В. Непослушное дитя биосферы. М., 1994. С. 168. При этом автор замечает, что "дно" подобной иерархической пирамиды образуют агрессивные подонки. Причем "группа предоставленных самим себе людей собирается в подобную иерархическую пирамиду. Это закон природы и противостоят ему невозможно. Можно лишь заменить самосборку, осуществляемую на зоологическом уровне, построением, основанным на разумных основах" (Там же. С. 141).

А теперь — самое существенное. С учетом приведенных данных, в литературе по вопросам этологии обращается внимание на то, что демократический строй (а вместе с ним и право человека), имеющий известные природные предпосылки, все же не может "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..."<sup>1</sup>. И отсюда "демократию нужно все время поддерживать политической активностью граждан, не позволять прийти к власти "паханам" и "шестеркам"<sup>2</sup>.

В связи с этим 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.) самособирается 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"<sup>3</sup>.

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"<sup>4</sup>, а последние вместе с разумом находят концентрированное выражение как раз

<sup>1</sup> Дольник В. Непослушное дитя биосферы. С. 168.

<sup>2</sup> Там же. С. 168.

<sup>3</sup> Там же. С. 169.

<sup>4</sup> Там же. С. 141. Представляют интерес и такие суждения автора, которые также "выводят" на право: "В основании пирамиды государства должны находиться... независимые от государства производители, имеющие достаточно чего-то своего (земля, дом, орудия производства, акции и т. д.) для того, чтобы чувство собственного достоинства и уверенность в собственных силах были точкой отсчета при бессознательном выборе мозгом подходящих программ поведения" (С. 164).

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 к тому же в высшей степени сложности.

Наряду с отмеченными "природными силами" (и во многом на основе или в связи с ними), реалиями, противоборствующими праву, являются и другие факторы. Факторы сильные, мощные.

Это *политическая власть как таковая*, которая сама по себе нуждается только в одном праве — в "праве власти".

Факторами, противоборствующими праву — именно праву человека! — являются *нарастающие трудности в различных областях жизни современного общества*. Трудности, связанные с потребностями модернизации, бурным индустриально-техническим развитием, сопровождаемым, во всяком случае в современных условиях, глобальными нарушениями природной среды, экологическими бедами. Трудности и беды, сопряженные со вступлением человечества в условия последовательно демократических цивилизаций и сопровождаемые наряду с другими последствиями "негативами либерализма", "безумием свободы". Тем более трудности обществ, порывающих с тоталитарными режимами и стремящихся в быстром темпе достигнуть манящих благ "общества потребления". Словом, трудности и беды, которые как будто бы требуют не некоего "права человека", а опять-таки решительных, кардинальных действий императивной власти.

Так что, борьба за право — потребность для общества органическая, постоянная, пожалуй, даже нарастающая. Каковы пути решения возникающих здесь задач?

**2. Ключевое звено.** Борьба за право требует в первую очередь *интенсивной разработки идей права, обретения ими высокого научного и гражданственного признания*. Идеи права в современном их понимании (в том числе, с позиций автора этих строк, понимание права как объективированного бытия Разума, его особенностей как права человека и цели общества) достойны того, чтобы они стали

одним из центров интеллектуальной, духовной жизни общества, ничуть не уступающим науковедческому статусу передовых естественнонаучных 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 которых становится право*. Право, которое позволяет людям утвердиться в великих демократических ценностях, 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 рода.

А это все предполагает необходимость, как уже отмечалось (и если в данном случае уместно 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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, само бытного, 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, "целеустремленная" 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,

Сейчас становится все более очевидным, что научная правовая мысль по "основным запросам эпохи" не сможет сколько-нибудь существенно продвинуться вперед, если по-прежнему так и останутся пребывать на далекой дистанции друг от друга, с одной стороны, практическая юриспруденция (юридический позитивизм) — отрасль знаний, по принятым представлениям, невысокого науковедческого уровня и связанная с юридической догматикой, а с другой — философия права, оперирующая категориями высшего смыслового порядка. Да и сама логика правовых знаний и перспектива их результативности не дают иного решения. Именно правовой материал, — казалось бы, такой сухой, формалистичный, а на деле являющийся "живой жизнью" юриспруденции со своей особой, юридической логикой и, как оказывается, со своими особенностями как реального бытия Разума, — выводит при основательных философских подходах к нему на обобщения высокого уровня, в конечном итоге на понимание назначения права в жизни людей, в судьбе человека.

### 3. Борьба за право — тяжелая, повседневная работа!

Борьба за право не сводится, понятно, к одним лишь проблемам теории. Хотя, смею заметить, импульсом к высокому престижу права в жизни общества может стать только высокая теория.

Борьба за право во всех гранях и ипостасях этого трудного дела включает ряд составляющих, которые охватывают наряду с юридической наукой и юридическим образованием также общее правовое просвещение, ре-

---

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.

альное состояние права и законности, состояние культуры и гражданственности в стране, выдвижение идеи права в качестве ведущей национальной идеи самой сути нашего общегражданского дела. Тем более что здесь неизбежно придется преодолевать горькое наследие прошлого, следы коммунистического права, особенности евразийских традиций, выраженных в явлениях "византизма".

Решающую роль играют здесь *п р а к т и ч е с к и е дела*. Каждое юридическое дело, самая, казалось бы, мельчайшая по значимости жизненная ситуация, где торжествует законность, — это уже крупный шаг в борьбе за право.

Именно тут, на пути повседневной практической работы, можно ожидать утверждения позиций подвижников, активных и искренних приверженцев идей права, непреклонных борцов за правовые идеалы и ценности.

И, конечно же, определяющую роль во всех этих 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 одной из основ самой сути миропонимания и сферой утонченных научных знаний, но и смыслом жизни, личной судьбы.

И здесь на основе научных данных, соответствующих требованиям нынешней эпохи, постепенно вырисовывается главная сфера научно-прикладных исследований. 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.

## Заклучение

Вот 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 — научной, педагогической, законоподготовительной и литературно-публицистической деятельности. По мере обобщения известных данных, представлявших интерес в научном, учебно-педагогическом, популяризаторском отношении, они публиковались в отдельных изданиях. Теперь весь этот материал, после многократной проработки, нередко основательного переосмысления, сведен вместе в соответствии с целостной, как мне представляется, научной концепцией.

Не могу не сказать еще и о том, что в постановке и решении ряда проблем, рассмотренных в книге, признаюсь, дают о себе знать оптимистический настрой и романтизм, которые с самого начала научных поисков сопровождают автора. Впрочем, это, быть может, и не так уж "упречно", как это порой принято считать. Не они ли, романтические и оптимистические ориентации, перекрывая известные минусы и издержки, являются опорой и надеждой, источниками веры в святость и неизбежное торжество Права?

В этой связи не могу не заметить, что именно они — вера в идеалы, изначальный романтический и оптимистический настрой помогли мне в трудную пору, когда довелось заниматься вопросами права еще в условиях советского режима. Наряду с той показушной мишурой, цитатной обязаловкой, слепым преклонением перед коммунистическими идолами, которые довели и над нами,

молодыми правоведами (в немалом числе — недавними солдатами Отечественной войны), решающим в моей работе и судьбе стал сам факт *возвышения* и даже *возвеличивания права*. Тем более что этот импульс веры и оптимизма был сообщен при первых же шагах в научных исследованиях моими учителями, профессорами дореволюционного времени Б. Б. Черпахиным и А. М. Винавровым, да и самим предметом моих творческих увлечений — цивилистикой, гражданским правом. Эти же романтические начала помогли и 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.

Конечно же, в моих работах советского времени немало такого, что должно уйти в прошлое. И что навсегда останется предметом горечи,<sup>1</sup> стыда, очищения и покаяния. Но именно вера в Право и в обстановке тоталитарного режима позволила (думаю, во многом 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 благоприятных условиях 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.

Данные юридических знаний последнего времени подтверждают, что и юридическая наука выходит на новые рубежи постижения своего предмета — права. И в области юридических наук намечаются, могу заверить, передовые идеи, новые, перспективные научные подходы. Эти идеи, подходы, на мой взгляд, не только выводят правоведение на общий уровень современных знаний, но и, по видимому, открывают путь к тому, чтобы в полной мере раскрыть действительное значение права в жизни людей, которое — не исключено — окажется решающим в судьбе человечества.

## Сергей Сергеевич Алексеев

Член-корреспондент РАН, доктор юридических наук, профессор. Возглавлял в 1989—1991 гг. Комитет по законодательству Верховного Совета СССР, затем Комитет конституционного надзора. В 1992 г. был председателем Совета Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации. Внес значительный вклад в разработку проектов Конституции, Гражданского кодекса Российской Федерации. Ныне является руководителем федеральной программы "Становление и развитие частного права в России".

С. С. Алексеев — автор свыше 300 печатных работ по теории права, гражданскому праву, философским проблемам, в их числе книги: "Предмет советского гражданского права" (1959), "Общие теоретические проблемы системы советского права" (1961), "Проблемы теории права" (1972—1973), "Структура советского права" (1975), "Общая теория права" (1981—1982), "Общие дозволения и общие запреты в советском праве" (1989), "Право и перестройка" (1987), "Теория права" (1993, 1995), "Государство и право. Начальный курс" (1993, 1994), "Россия. У роковой черты" (1994), "Основы правовой политики в России" (1995), "Уроки. Тяжкий путь России к праву" (1997), "Самое святое, что есть у Бога на земле" (1998), "Право — надежда наша" (1999), "Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования" (1999), "Право на пороге нового тысячелетия" (2000).

## Содержание

<b>Предисловие</b> .....	1
<b>Часть первая. Догма права</b> .....	4
<b>Глава первая. Аналитическая юриспруденция</b> .....	4
§ 1. Аналитическая юриспруденция (истoki, содержание, ответвления).....	4
§ 2. Догма права.....	13
§ 3. Науковедческий статус.....	19
§ 4. Теоретические аспекты. Общая (аналитическая) теория права.....	27
<b>Глава вторая. Философские разработки догмы права</b> .....	48
§ 1. Свойства права.....	48
§ 2. Право как нормативный регулятор.....	54
§ 3. Структура права.....	63
§ 4. Другие разработки.....	70
<b>Глава третья. Догма права: потенциал и пределы</b> .....	74
§ 1. Продвижение вперед.....	74
§ 2. Пределы. Разрыв в науке.....	78
§ 3. Вехи.....	83
<b>Часть вторая. Теория права. Новые подходы</b> .....	89
<b>Глава четвертая. Общая (инструментальная) теория права</b> .....	89
§ 1. Новые подходы к праву — постановка проблемы.....	89
§ 2. Ступени общей теории права.....	98

<b>Глава пятая. Право — объективная реальность .....</b>	<b>114</b>
§ 1. Право как объективная реальность .....	114
§ 2. Право как "форма" .....	120
§ 3. Исходное начало науки .....	134
<b>Глава шестая. Императивы цивилизации и право .....</b>	<b>137</b>
§ 1. Право как явление цивилизации .....	137
§ 2. Юридические системы .....	167
§ 3. Власть и право .....	192
§ 4. Мораль и право .....	203
§ 5. Ступени "восхождения" права. Эпохи права .....	219
<b>Глава седьмая. Правовая материя .....</b>	<b>238</b>
§ 1. Правовая материя: особенности, элементы, методологические подходы .....	238
§ 2. Правовые ситуации .....	255
§ 3. Основные правовые средства .....	261
§ 4. Юридические конструкции. Другие структуры .....	274
§ 5. Юридические нормы как правовые средства .....	283
§ 6. Идеи и принципы .....	297
§ 7. Правовая материя — жесткий организм и живое право .....	303
<b>Глава восьмая. Правовое регулирование .....</b>	<b>316</b>
§ 1. Правовое регулирование: категории динамики права .....	316
§ 2. Типы и другие структуры правового регулирования .....	344
<b>Глава девятая. Проблемы логики права .....</b>	<b>356</b>
§ 1. Логика права в статике и в динамике .....	356
§ 2. Центральное звено .....	365
§ 3. Тайна права .....	376
<b>Часть третья. Философско-правовые проблемы .....</b>	<b>387</b>

<b>Глава десятая. Философия права в системе юридических знаний .....</b>	<b>387</b>
§ 1. Философия права. Общие положения .....	387
§ 2. Предмет философии права .....	395
§ 3. Формирование философии права .....	402
<b>Глава одиннадцатая. Первооснова .....</b>	<b>414</b>
§ 1. Естественное право: основные характеристики .....	414
§ 2. Глубинные основы естественного права (постановка проблемы) .....	428
§ 3. Высшие ценности. Естественное право и современность .....	440
<b>Глава двенадцатая. Два полюса .....</b>	<b>447</b>
§ 1. Гуманистическое право: идеи, ценности, реальности .....	447
§ 2. Коммунистическая философия права .....	486
§ 3. Исторический итог .....	520
<b>Глава тринадцатая. Чистое право .....</b>	<b>528</b>
§ 1. Идея чистого права .....	528
§ 2. Категории (принципы) чистого права .....	540
§ 3. Чистое право и реальное право .....	558
§ 4. Чистое право и вопросы практики юриспруденции .....	568
<b>Глава четырнадцатая. Право — бытие разума .....</b>	<b>577</b>
§ 1. Разум в праве. Путь к разгадке .....	577
§ 2. Рациональные начала права .....	585
§ 3. Правоведение в структуре права .....	617
§ 4. Духовные начала права .....	634
<b>Глава пятнадцатая. Права человека .....</b>	<b>642</b>
§ 1. Права человека — противоречивая, тревожная судьба .....	642
§ 2. Проблемы. Новые горизонты .....	647

§ 3. Права человека как категория объективного права ....	660
§ 4. Права человека — явление глобального порядка.....	673
<b>Глава шестнадцатая. Право в нашей жизни, в судьбе людей.....</b>	<b>679</b>
§ 1. Право как цель.....	679
§ 2. Право и высокие духовные ценности.....	690
§ 3. Парадоксы либерального развития. Основная идея.....	703
§ 4. Право нового тысячелетия.....	712
§ 5. Идеи социальной солидарности и право.....	726
§ 6. Борьба за право — теория и реальное дело.....	734
<b>Заключение.....</b>	<b>742</b>

Сергей Сергеевич Алексеев

**Восхождение к праву  
Поиски и решения**

Издательство НОРМА Лицензия №  
03206 от 10 ноября 2000 г.

101831, Москва, Колпачный пер., 9-а. Тел./факс (095) 921-62-95; 916-39-22  
Подписано в печать 06.03.01. Формат 60х90/16. Усл.-печ. л. 47,0.  
Тираж 3000 экз. Заказ № 4104025.

Издано при содействии Издательского Дома ИНФРА \* М  
Лицензия № 070824 от 21 января 1993 г. 127214, Москва,  
Дмитровское ш., 107. Тел. (095) 485-70-63; 485-76-18

Отпечатано с готовых диапозитивов  
на ГИПП «Нижполиграф». 603006,  
Нижний Новгород, ул. Варварская, 32.

ISBN 5-89123-536-6