
С.С. Алексеев

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ

■ Том 1

Гражданское право: Сочинения 1958—1970 годов

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

■ Том 2

Специальные вопросы правоведения

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

■ Том 3

Проблемы теории права: Курс лекций

■ Том 4

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

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

■ Том 5

Линия права. Отдельные проблемы концепции

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

■ Том 6

Восхождение к праву

- Восхождение к праву: Поиски и решения

■ Том 7

Философия права и теория права

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

■ Том 8

Учебники и учебные пособия

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

■ Том 9

Публицистика

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

■ Том 10

Литературно–художественные произведения

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

■ Справочный том

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

С.С. Алексеев

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ
В ДЕСЯТИ ТОМАХ

Том 5

Линия права

Отдельные проблемы концепции



УДК 347
ББК 67.404
А 47

Авторы примечаний:

С.А. Степанов,

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

Н.П. Зарипова,

рук. издательского отдела Института частного права

Алексеев С.С.

А 47 **Собрание сочинений.** В 10 т. [+ Справоч. том]. Том 5: Линия права. Отдельные проблемы концепции. — М.: Статут, 2010. — 549 с.

ISBN 978-5-8354-0707-1 (Т. 5) (в пер.)

ISBN 978-5-8354-0672-2

В пятый том Собрания сочинений вошли труды, продолжающие тему линии права и посвященные отдельным проблемам концепции: «Самое святое, что есть у Бога на земле: Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху» и «Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи».

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

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-0707-1 (Т. 5)
ISBN 978-5-8354-0672-2

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

САМОЕ СВЯТОЕ, ЧТО ЕСТЬ У БОГА НА ЗЕМЛЕ

Иммануил Кант и проблемы права
в современную эпоху

1998

У меня часто возникает впечатление, что Кант так же как Бог — устроил мир, все поставил на свои места, а мы ничего не поняли, запутали, и вот теперь распутывание первоначально нормального и хорошо устроенного дела называется историей, в данном случае историей человеческой мысли. Нам нужно пройти целую историю, поломать голову, чтобы наконец увидеть, понять. А потом смотришь, Кант именно это и говорил.

Мераб Мамардашвили

ОТ АВТОРА

Слова, вынесенные в заголовок этой книги, принадлежат Иммануилу Канту.

Философу. Великому философу. На мой взгляд, истинному гению философской мысли, каких в человеческой истории было совсем немного, единицы.

Впрочем, подобные мои оценки и суждения вовсе не претендуют на всеохватность. На категоричность и безапелляционность в отношении всех областей знаний, всех человеческих дел.

Но то, что мне, наверное, будет позволено утверждать твердо (во всяком случае — как тезис, достойный обоснования), — это выдающиеся, исключительные по интеллектуальной силе и прозорливости, мысли Канта о праве, о его месте и миссии в жизни людей, в будущем общества, в жизни и будущем каждого человека.

И вот теперь пришло время сказать: ***Самым святым, что есть у Бога на земле*** (напомню, это — слова, вынесенные в заголовок книги), ***Иммануил Кант назвал право.***

И что наиболее примечательно, мысли Канта о праве, и напрямую, и как повод к размышлениям, к попыткам на основе его идей решить непростые правовые вопросы, оказались в высшей степени современными, ближайшим образом затрагивающими сложные и острые проблемы сегодняшнего дня, суть и перспективы правового развития в современном мире, в нашем Отечестве — словом, право в современной эпохе.

Этому и посвящена книга.

ГЛАВА ПЕРВАЯ ПРАВО В МИРОЗДАНИИ

1. Спорные и, возможно, неожиданные утверждения

Простые вопросы. — Острая необходимость. — И мы не одиноки. — Горькая цена. — А теперь — слово Канту

Простые вопросы. «Право» сейчас у всех на слуху. И касается оно каждого из нас, чуть ли не всех проблем и сторон нашей бурной, зачастую нескладной, горькой, суетной жизни.

Но, спрашивается, — причем здесь мироздание? И нужно ли соотносить этот в общем-то обыденный институт с некими высотами человеческого бытия — такими, которые имеются в виду, когда речь заходит о столь высокой материи — мироздании, т.е. об окружающем нас мире, о заложенных в нем тенденциях и направлениях развития, о характерных для него процессах, о человечестве в целом?

Ведь что ни говори, при всей важности правовых вопросов они по нашим каждодневным впечатлениям — удел самой что ни на есть жизненной прозы: право на имущество, назначение пенсий, решение спора о принадлежности садового участка, начисление налогов, порядок наследования, взыскание штрафов, а в практическом отношении и того прозаичней — сплошные канцелярские дела, судебные заседания и протоколы, бумаги и чиновники. Казуистика и буквоедство.

И если даже расширить угол зрения и принять во внимание то, кажется, ныне очевидное для всех обстоятельство, что право касается не только жизненной прозы, но и таких важных вещей, как положение каждого человека в общественных делах и, в особенности, — роли и места в этих делах власти, властвующих лиц, то и в этом случае, казалось бы, не следует идти в наших рассуждениях слишком далеко. И здесь можно ограничиться нашим, так сказать, ближайшим бытием и простыми представлениями — об общественной системе, ее институтах (как это демонстрировал марксизм — «базис» и «надстройка» — вот и ключ ко всем секретам права, да и не только права). И, стало быть, даже при более обстоятельном взгляде на правовые вопросы нет нужды углубляться во всякие философские премудрости.

При этом надо сразу же заметить, что здесь и в последующем, пока особо не будет оговорено иное, под правом имеется в виду не вообще обоснованность и оправданность тех или иных поступков и акций (это наиболее широкое понимание права, когда это понятие обобщенно охватывает все его значения, например и моральное право, и право-обыкновение, и даже так называемое естественное право), а право как строго юридическое явление — официальный институт, на основе которого действуют государственно признанные права и обязанности лиц, юридически дозволенное и недозволенное. То есть имеется в виду то, что Кант (пусть он уже сейчас, с самого начала этого повествования, скажет свое слово) определяет как «*право людей, находящихся под публичными принудительными законами*, с помощью которых можно определить каждому свое и оградить его от посягательств каждого другого»¹. Запомним — определить каждому «свое», и это «свое» должно быть ограждено от посягательств каждого другого — вот что по Канту возможно достигать с помощью права.

Острая необходимость. Широкий философский взгляд на этот прозаический институт — право — обусловлен, конечно же, потребностями науки, если она стремится занять достойное место в общей системе человеческих знаний и оказывать основательное влияние на нашу жизнь. Да и для любого человека, существа разумного, по природе пытливого, любознательного, постижение, казалось бы, прозаического явления (права), проникновение в его тайны — дело стоящее, заслуживающее внимания.

Но есть здесь и острая потребность нашего нынешнего бытия.

Вот обстоятельство, которое, надо полагать, если не объяснит, то, по крайней мере, подведет к объяснению необходимости того, чтобы при характеристике права обратиться к высоким материям.

При всем нашем почтении к праву, при всех наших декларациях и лозунгах, порой — словословиях в адрес законов и правосудия, в реальных жизненных делах картина — иная. Как бы высоко ни возносились право и правовой порядок в странах, считающих себя демократическими и правовыми государствами, нет-нет, но и в этих странах право и закон — зачастую скрытно, а порой напрямую, откровенно — отбрасываются в сторону, грубо нарушаются, попираются.

¹ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1: Трактаты и статьи (1784—1796). М., 1994. С. 281.

Показательный пример тому – некоторые особенности нынешнего состояния дел с правом и законностью в нашем Отечестве, в современной России.

Все как будто бы говорит за то, что современная Россия, пройдя через немыслимые исторические испытания – годы юридических фальсификаций, а на деле – презрения к законам и всему юридическому, массовые кровавые репрессии, беспощадный тиранический режим, геноцид властей в отношении собственного народа – пройдя через все это, Россия воистину выстрадала крепкое право как нерушимую основу жизни людей. Как выстрадали право народы ряда стран Европы, пережившие драму тоталитарных режимов. Выстрадали и во многом реализовали на деле. Наиболее последовательно, на мой взгляд, родина Канта – Германия.

Такое крепкое право было провозглашено в начале 1990-х гг. и в России. С той поры, пожалуй, не найдется ни одного важного государственного документа, речи или выступления российского государственного деятеля, в которых бы не прозвучали громкие слова о приверженности новой России идеалам и ценностям права, требованиям правопорядка и законности. Незыблемость строгого правового порядка – повышенно жесткого, в частности, по вопросам привлечения к уголовной ответственности, содержания подозреваемых людей под стражей – получила по своей сути высокую конституционную основу – в Конституции Российской Федерации, принятой в декабре 1993 г. на референдуме, в федеральном законодательстве.

Но прошло всего лишь полгода после принятия Конституции, как 14 июня 1994 г. президентским указом во имя борьбы с бандитизмом, организованной преступностью был установлен не соответствующий конституционным началам порядок содержания под стражей подозреваемых в тяжких преступлениях лиц без предъявления обвинения до 30 суток, введен ряд других мер, не согласующихся с действующим законодательством¹. Как так? Почему? На каком основании вопрос, относящийся к строго законодательному ведению и являющийся своего рода символом приверженности государства демократии и праву, получил решение в документе, имеющем подзаконный характер?

И, быть может, самое прискорбное: в связи с изданием президентского указа в обществе не было никакой реакции, ни общественной, ни юридической. Хотя как минимум требовалось незамедлительно об-

¹ Указ Президента РФ от 14 июня 1994 г. № 1226 «О неотложных мерах по защите населения от бандитизма и иных проявлений организованной преступности» // Собрание законодательства Российской Федерации (далее – СЗ РФ). 1994. № 8. Ст. 804.

судить создавшуюся ситуацию и в случае признания ее неконституционной тотчас же исправить положение. Не было сколько-нибудь серьезной реакции со стороны законодательных и судебных учреждений. Не отреагировали должным образом юридическая наука и юридическая общественность (лишь в некоторых публикациях, выступлениях промелькнули, не получив широкого распространения и должной оценки, критические суждения некоторых представителей правозащитных организаций, специалистов).

Более того. Ряд видных государственных и юридических авторитетов выступили в печати, на телевидении с оправданием вновь введенного порядка. Чего не сделаешь во имя борьбы с подлинным национальным бедствием — разнузданной преступностью? Прозвучал даже такой аргумент: вот, дескать, поторопились мы с принятием новой Конституции, надо было сразу же закрепить подобный порядок в конституционном тексте и не было бы никаких проблем.

А быть может, и правда, есть интересы и задачи более высокие, более значимые, чем скрупулезное следование действующим юридическим предписаниям? Тем более если перед нами какая-то юридическая мелочь: ну, три, пять дней содержания подозреваемых лиц под стражей без предъявления им обвинения или чуть больше — двадцать, тридцать суток, стоит ли этому придавать столь принципиальное значение?

И мы не одиноки. Такое отношение к праву, когда во имя неких высших интересов и ценностей попираются правовые начала, встречается в мире, скажем так, нередко. Даже в странах, в которых, казалось бы, прочно укоренились демократия и современный правопорядок.

Вот пример. Соединенные Штаты Америки — страна с утвердившимися демократическим строем и правопорядком, где факты, подобные тем, которые произошли в России во имя усиления борьбы с преступностью, сразу бы вызвали национальный скандал, не исключено — конституционный кризис. И именно эта страна, взявшая на себя инициативную миссию ежегодно оценивать состояние дел с правами человека во всем мире, не так давно провела стремительную военную акцию по захвату в соседней маленькой стране президента, причастного, по имеющимся данным, к международной торговле наркотиками. Аксию, как выяснилось позже, имеющую характер военного действия с применением современного оружия, повлекшего жертвы среди мирного населения.

И здесь вопросы. Как так? Какие основания? Основание одно — решительная борьба с наркобизнесом, с торговлей наркотиками, из-за

которых страдает американское население. Есть, оказывается, и в странах с устоявшимся правопорядком некие высшие интересы, во имя которых допустимо не считаться с нормами международного права, с элементарными правами человека (впрочем, заметим, в данной ситуации в случаях, когда это касается не собственного населения страны, а населения других маленьких, в военном отношении беззащитных стран).

А в этой связи — одна из реакций на военную акцию США, относящуюся вновь к нашим делам, к проблемам нашего Отечества. На одном из форумов, посвященных оценке итогов войны в Чечне 1994—1996 гг., крупный военный чиновник сказал примерно так: ну, что мы тут рассусоливаем насчет всяких прав, какие-то интеллигентские ахи и охи, надо действовать по-американски решительно для наведения порядка — действовать (внимание!) так, как, по словам военного чина, действуют «старые демократии».

Горькая цена. Какова же цена тех акций, когда во имя неких высших целей оказывается попраным право?

Смею утверждать с большой степенью определенности: ни одна из целей, во имя которой отбрасывались правовые начала, не была достигнута. А если и был какой-то успех, то временный, скромный, по большей части на бумаге. Мало того. Как правило, в результате пренебрежения к праву наступали новые неблагоприятные, порой весьма неблагоприятные, последствия.

Так, в частности, случилось с указом от 14 июня 1994 г. Как свидетельствуют данные борьбы с преступностью в России, усиления этой борьбы в связи с практикой применения указа не произошло.

Зато, судя по некоторым данным, наступили в связи с указом неблагоприятные последствия. Какие? Прежде всего указ стал свидетельством положения дел с правом и законностью в России, характера существующего в российском обществе режима. Ибо порядок длительного содержания подозреваемых лиц без предъявления им обвинения — это лакмусовая бумажка, проявляющая порядки и нравы полицейского государства, пусть в данном случае и на ограниченном участке жизни общества.

Но дело не только в этом (а быть может, именно в этом). В апреле 1997 г. влиятельная международная правозащитная организация опубликовала данные, свидетельствующие, по ее мнению, о том, что в последнее время в российских милицейских, следственных учреждениях резко увеличилось количество пыток в местах предварительного заключения. И международная правозащитная организация связала эти фак-

ты, разом опровергающие все славословия в отношении величия в обществе прав человека, с действием упомянутого президентского указа. И в таком утверждении — существенные резоны: длительное содержание под стражей подозреваемых лиц без предъявления им обвинения развязывает руки дознавательным учреждениям, дает простор для того, чтобы добиться «успеха» любой ценой, — тенденция особо тревожная и прискорбная в отношении российской милиции, не отличающейся должной профессиональной, правовой и моральной культурой, еще имеющая следы нравов и порядков советских карательных органов.

Какого-либо расследования в отношении сказанного, подтверждающего или опровергающего утверждения международной организации, не было проведено. А указ, о котором шла речь, вскоре под предлогом «принятия Уголовного кодекса» был признан «утратившим силу»¹.

Есть весомые основания полагать, что военные акции в отношении другого государства, поскольку они не опираются на нормы и принципы международно-правовой законности и не вызывают всеобщей негативной правовой реакции, неизбежно влекут тяжкие неблагоприятные последствия. Они в обстановке «безнаказанности» как бы легализуют, оправдывают саму возможность применения прямого насилия (при этом не очень считаясь с правом) во имя неких высших целей. И потом, когда мы встречаемся с актами террора, беспредела военщины, практикой решения гражданских проблем военной силой и в общем обоснованно негодуем, будем помнить о нашей причастности к легализации подобных актов, неизменно оправдываемых их инициаторами и исполнителями высшими целями. И помнить еще, что *право не прощает. Право мстит за свое попрание.*

И если уж пошел разговор на данную тему, то есть смысл довести его до логического завершения. Ныне все человечество, за очень малым исключением, справедливо негодует в отношении ленинско-сталинского гулаговского беспредела, тотального террора и геноцида в отношении собственного народа, бесчеловечного эксперимента в отношении народа гигантской страны — против того, что высокие принципы и идеалы гуманистического права в этой связи были растоптаны коммунистической идеологией и практикой. Но нельзя ни на миг забывать, что все это (как и средневековое католическое изуверство, гитлеровский террор, иные надругательства над человеком) совершалось во имя неких великих святых целей, перед которыми дол-

¹ СЗ РФ. 1997. № 25. Ст. 2898.

жны были отступить всякие формальности и юридические формулы; у нас — во имя «прав трудового народа», «всеобщего счастья», «светлого счастливого будущего трудящихся» — лозунгов, под обаянием которых и сейчас находятся многие люди.

А теперь — слово Канту. По утверждению Канта, право в мироздании, в существовании, в бытии и развитии человечества представляет собой *цель общества, находящегося в гражданском состоянии*¹.

Кант утверждает нечто большее. Под углом зрения тех мировоззренческих позиций, о которых речь — впереди, гражданское устройство, воплощающее право, которое «само по себе есть цель», составляет, по Канту, «безусловный и первейший долг во всех вообще внешних отношениях между людьми»². В другом месте философ говорит о том, что право выступает для людей в качестве их «долга и надежды»³, а само оно, право, — это «высший принцип, из которого должны исходить все максимы, касающиеся общества»⁴, и что оно, право, призвано получить в обществе «верховную власть»⁵. Ну, и напомним слова Канта, вынесенные в заголовок книги, что право в том виде, в каком его представляет философ, — это самое святое, что есть у Бога на земле⁶.

И нам в этой книге придется вернуться к этим и другим суждениям Канта и разобрать основания и смысл таких взглядов философа на право, оценить их основательность и значимость для людей, и притом все это в сопоставлении с действительными правовыми реалиями, с состоянием и тенденциями развития права в современную эпоху, с состоянием и развитием права в нашем Отечестве, в России.

Но об одном из положений, вытекающих из взглядов Канта, необходимо сказать уже сейчас. Иначе сама постановка вопроса о праве в мироздании потеряет какой бы то ни было смысл.

Место права в сообществе людей решающим образом зависит от того, какие цели сложились в данном обществе, какова их иерархия. И, следо-

¹ Как полагает немецкий философ Б. Тушлинг, комментирующий философскую суть сочинений Канта, последний вообще «анализирует право как конечную цель человеческого рода» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1: Трактаты и статьи (1784–1796). С. 35).

² Там же. С. 281.

³ Там же. С. 447.

⁴ Там же. С. 307.

⁵ Там же. С. 421.

⁶ Там же. С. 383. В заголовке книги, здесь и далее это положение, за исключением случаев прямого цитирования, дано в несколько сокращенном виде. В тексте: «...самые святые *из того*, что есть у Бога на земле» (курсив мой. — С.А.).

вательно, относится ли право в этой иерархии к верхней ступеньке или есть более высокие, более значимые цели, во имя которых правом можно пренебречь. А решение этого вопроса, в свою очередь, обусловлено общими представлениями об окружающем мире — замкнуто ли право в круге наших суетных, преходящих дел или оно занимает достойное место в процессах более широкого свойства, относящихся к нашему бытию, к природным явлениям, к «замыслу» природы, ко всему человеческому роду, человечеству, а быть может, и к ценностям более высокого порядка.

Выходит, и реальное отношение к праву в нашей общественной жизни, и высокие оценки, данные праву в трудах Канта, — не случайны. И то, и другое — это отражение известных мировоззренческих взглядов. И если глубокие мировоззренческие представления, затрагивающие право, не утвердились в обществе, то право превращается в подсобный инструмент политики, а то и в разменную политическую монету, в широковещательный лозунг, формальный принцип, с которым — как только «это потребуется» — можно и не считаться.

2. Почему Кант?

Действительно, почему? — Основательность философского подхода. — Эпоха либеральных цивилизаций. — Сила идей. — Основные сочинения. — Концепция: суть, система, план.

Действительно, почему? Почему именно Канту принадлежит заслуга формулирования основополагающих философских положений по праву, да притом таких, значение которых не только сохранилось до нынешней поры, но в своей истинной глубине раскрылось именно сейчас, в современную эпоху, а по ряду пунктов устремлено вперед, в будущее? Ведь Кант, по распространенным представлениям, — это философ-классик, свершивший вместе с другими крупными философами (Гегелем, Шеллингом, Фихте) великий философский переворот, затронувший прежде всего исконную философскую матерю — область познания, мироустройства, этики. И к тому же, что ни говори, Кант — философ из прошлого: его сочинения относятся к последней четверти XVIII в. и, стало быть, отделены от нашего времени двумя столетиями.

Здесь необходимо отметить два решающих обстоятельства, которые, по всем данным, определяют весомость и значение кантовских идей по философскому осмыслению права. Это, во-первых, основательность философского подхода Канта к явлениям действительности, среди которых достойное место нашлось и праву, и, во-вторых, — то

обстоятельство, что творчество философа пришлось на тот переломный период человеческой истории, когда в передовых странах (в Западной Европе, Северной Америке) начался реальный и интенсивный переход от традиционных к либеральным цивилизациям.

Основательность философского подхода. Исходный момент здесь таков. Иммануил Кант (1724–1804 гг.; родился и жил в Кенигсберге, там же писал свои произведения, читал лекции в Кенигсбергском университете) — не просто один из философов-классиков, а родоначальник философской революции, свершившейся на пороге и в начале XIX в. Его учение — исходный и поворотный пункт философии, своего рода «коперниковский переворот», который придал философии статус науки, соответствующий требованиям нового времени, и который позволит оценивать его учение как «одно из наиболее выдающихся достижений философской мысли в духовном развитии человечества»¹.

Центральный пункт такого переворота — это, по словам самого же Канта, попытка «изменить прежний способ мышления в метафизике, а именно совершить в ней полную революцию, следуя примеру геометров и естествоиспытателей»².

Новый способ мышления, определяющий своеобразие всей философии в качестве трансцендентальной (обратим внимание на этот термин — «трансцендентальной», т.е. выходящей за пределы опыта, чувственного восприятия), базируется на критическом подходе, когда основу философского исследования должна составлять критика познавательных способностей субъекта и определения границ его познания³. «Чистый разум», с точки зрения Канта, и есть разум, обладающий «способностью мыслить независимо от чувственных данных»⁴. Вполне обоснованно при этом в философской литературе делается ударение на идее Канта об антиномиях⁵, которая представляет собой «открытие

¹ *Ойзерман Т.И.* Этикотеология Канта и ее современное значение // Вопросы философии. 1997. № 3. С. 106.

² *Кант И.* Соч. В 6 т. М., 1963–1966. Т. 3. С. 91.

³ Там же.

⁴ *Ойзерман Т.И.* Этикотеология Канта и ее современное значение // Вопросы философии. 1997. № 3. С. 103.

⁵ В соответствии с идеями Канта при познании явлений окружающего мира происходит следующее. Когда субъект мыслит явления как «вещи в себе», то «неожиданно обнаруживается противоречие, неустранимое обычным, догматическим путем, так как и тезис, и антитезис можно доказать одинаково ясными и неопровержимыми доказательствами, и разум, таким образом, видит себя в разладе с самим собой — состояние, радующее скептика, критического же философа повергающее в раздумье и беспокойство» (*Кант И.* Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 161).

Канта, утверждавшее, что противоречие есть — при известных условиях — совершенно неизбежное и необходимое состояние разума»¹.

Последовательное использование критического метода позволило Канту создать стройное и основательное философское учение, в котором в одну цепь выстроились и космогонические представления о происхождении Солнечной системы, и Природа в ее глубоком понимании, и Разум во всех его определениях, и сообщество людей, в центре которого предстал Человек, и история человеческого рода. При этом Кант говорит: «Если существует наука, действительно нужная человеку, — то это та, которой я учу, — а именно подобающим образом занять указанное человеку место в мире, — из которой можно научиться тому, каким надо быть, чтобы быть человеком»².

С рассматриваемых позиций Канту, по всем данным, принадлежит заслуга наиболее основательного, глубокого понимания мироздания, природы, разума, человечества, его истории. При этом мысли Канта о мироздании, наряду со всем другим, обращены в будущее, в неизбежное в будущем раскрытие задатков человека, в мирную и счастливую судьбу человеческого сообщества. Ту судьбу, которая должна реализоваться в соответствии с идеалами свободы. Свобода людей, как признано в литературе, посвященной творчеству Канта, и образует «нерв» всей его философии³.

В философии Канта достойное место отведено и праву. Причем положения Канта о праве, вплетенные в общую ткань философских представлений и философского прогноза, рассчитаны в конечном счете на упорядоченную, разумную организацию жизни людей. То есть на ту организацию жизни, которая — к счастью — по многим параметрам в какой-то мере именно в современную эпоху реализуется (или выступает в виде настоящего требования и перспективы, когда складываются возможности для ее реализации).

Приведенными краткими положениями общего характера, казалось бы, можно было бы ограничиться, — с тем, чтобы перейти к освещению взглядов Канта по вопросам права и связанным с ними проблемам современности. Но тут есть один пункт, относящийся к оценке правовых воззрений философа, который при всей нестандартности, проблематичности последующих суждений решающим образом влияет на сам подход к этим воззрениям и на все дальнейшее изложение. Это — место взглядов Канта по вопросам права во всем его философском творчестве и уровень, характер их отработанности.

¹ Асмус В.Ф. Иммануил Кант. М., 1973. С. 257–258.

² Кант И. Соч. В 6 т. Т. 2. С. 206

³ Funke G. Von der Aktualität Kants. Bonn, 1979. S. 17.

Если в гигантском множестве литературы, посвященной творчеству Канта, попытаться выделить работы по правовым вопросам, то может сложиться впечатление о весьма скромном месте правовой проблематики в его воззрениях. Э.Ю. Соловьев пишет: «...мне не известно ни одной основательной работы, которая обсуждала бы «юридическую перспективность» самой кантовской этики, ставила бы в центр внимания вопрос о том, а не предполагают ли кантовские представления о морали (сразу же — в качестве необходимого дополнения, в качестве коррелята) известный образ права»¹. Примечательно, что и сам Э.Ю. Соловьев, отличающийся тонким пониманием права, говорит, и притом с большой осторожностью, лишь об «образе права» в кантовской этике, который должен быть всего лишь «коррелятом», и т.д.

Отсутствие должного внимания к правовой проблематике в творчестве Канта демонстрирует, скажем, фундаментальная работа Дж. Реале и А. Антисери о развитии западной философии, в которой в перечень работ философа не попало его фундаментальное исследование «О поговорке...», а характеристика правовых вопросов в кантовском творчестве отмечена таким пассажем: «Кант признает гражданское право в этике на основе одного лишь чувства уважения»². Может показаться, что высказывания Канта по правовым вопросам носят по большей части попутный, чуть ли не случайный характер. Они главным образом относятся, принято считать, к учению Канта об этике. В кантоведческой литературе высказаны даже соображения о том, что кантовская философия права имеет некритический и «догматический характер» и что в этой области «Кант утратил трансцендентальную точку зрения»³.

Между тем это — не так. Философия права Канта занимает в его творческом наследии самостоятельное и высокозначимое место, ничуть не уступающее другим его воззрениям. В том числе, надо думать, и кантовской этике.

Более того. Есть весомые основания для предположений, в соответствии с которыми взгляды Канта по вопросам права вообще должны получить весьма высокое признание в качестве одной из определяющих частей всей системы его философских воззрений.

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

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 12.

² Реале Дж., Антисери Д. Западная философия от истоков до наших дней. Кн. 3. СПб., 1996. С. 661.

³ Ritter Ch. Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen. Frankfurt a. M., 1971.

зрения об антиномиях дала толчок к разработке идей чистого разума, его критики. Таким образом, полагает Х. Оберер, именно кантовское учение о праве было исходным пунктом и конечной целью всей его критической философии¹.

Эти соображения, при всей их очевидной дискуссионности, подтверждаются и другими данными. В том числе и тем, что, действительно, как раз накануне того времени, когда Кант обратился к исследованиям чистого разума, он уже сформулировал в лекциях 1780–1782 гг. важные положения о праве, которые, однако, не могли получить должного развития без обращения к фундаментальным философским проблемам. А также – тем, что вопросы этики (в рамках которых традиционно освещалось право; причем у Канта – в качестве заглавной части метафизики нравов²) неизменно оставались в планах его разработок, непосредственно следующие за временем завершения указанных фундаментальных проблем³.

Главное же рассматриваемое предположение находит подтверждение в подробном анализе взглядов Канта по вопросам права (попытка такого анализа и предпринята в этой книге), свидетельствующих о том, что он вышел на важнейшие характеристики права на основе исследований чистого разума, всего комплекса связанных с ним проблем.

Достаточно, надо думать, данных и в пользу другого, казалось бы, также весьма дискуссионного, утверждения Х. Оберера, полагающего, что Кант считал философию права наиболее разработанной частью всей своей философской системы, он только откладывал написание самостоятельного и развернутого исследования по философии права до тех пор, пока не созданы общие принципы критики чистого разума⁴.

Авторы отечественной монографии о Канте, которые привели только что указанные научные источники, оценили такой подход Х. Оберера к творчеству Канта следующим образом: «Стремление Оберера рассматривать философию права в качестве исходной точки всего критицизма заслуживает внимания. Кант в самом деле ставил в центр своего философствования человека, а этого последнего понимал как выразителя высших целей природы, реализуемых в движении человеческого рода ко всеобщему благу. Право как способ регулирования этого дви-

¹ Oberer H. Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre // Kant-Studien (Berlin). 1973. Jg. 64. H. 1. S. 48–102. См. также: Kant: Analysen – Probleme – Kritik / Hrsg. von Hariolf Oberer. Bd. 2. Würzburg, 1996.

² См.: Кант И. Соч. В 6 т. Т. 3. С. 109 и далее.

³ См. данные о планах Канта во вступительной статье Р. Мальтера «К истории возникновения «Основоположения к метафизике нравов» и «Критики практического разума» // Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. М., 1997. С. 7.

⁴ Там же.

жения, бесспорно, поэтому является элементом критической философии, но не единственным и тем более не главным»¹.

Может быть, и верно — «откладывал». И все же мне сдается, что Кант — если справедливы излагаемые в данном месте соображения — свой замысел в отношении философии права практически реализовал. Но реализовал не в виде особого обширного труда типа гегелевской «Философии права» (возможно, труд такого типа написать он действительно не успел), а в виде очень точных, скоординированных между собой высказываний в трактатах и статьях 1780—1790 гг., особенно в статьях и трактатах 1793—1794 гг., подготовленных и впрямь после завершения цикла капитальных трудов по «критике...» — критике чистого разума, практического разума, способности суждения.

А в этой связи вот какое еще замечание. Кант в своих капитальных трудах, трактатах, статьях показал себя в качестве основательно-знатока проблем права — и общих, и специальных, причем по ряду направлений с опережением, таким, когда соответствующие кантовские разработки вышли на такой уровень осмысления правовой действительности, который только-только сейчас осваивается современной правовой наукой (понимание не только государства, но и всего общества как «правового»; такая характеристика видов законов, которая по сути дела затрагивает существо и значение общих дозволений и запретов — проблему, к которой при всей ее важности лишь в самые последние годы прикоснулось современное правоведение).

Для Канта характерно то, что не так уж часто встречается у обществоведов, — тонкое понимание права, своего рода погруженность в эту специфическую сферу действительности и знаний. Весьма примечательно, что Кант свободно владеет сложной специальной юридической терминологией, в том числе — формулами римского права — важнейшим показателем культуры человечества (хотя по ряду философских проблем он вполне обоснованно не пошел по пути скоропалительного словотворчества, а придал некоторым терминам, например — «публичности» права, его определению в качестве «государственного», «гражданского» не специально-юридический, а иной, особый смысл, адекватный философской сути рассматриваемых проблем).

Эпоха либеральных цивилизаций. Глубина и ценность философских взглядов Канта на право обусловлены и тем, что его творчество выпало

¹ Философия Канта и современный идеализм / Под ред. И.С. Андреева, Б.Т. Григорьяна. М., 1987. С. 227. Последние слова в приведенной выдержке — понятно, дань ортодоксальным марксистским воззрениям о праве.

на период самого крупного качественного перелома в истории человечества, когда историческая ситуация «взорвалась» и начался реальный и уже необратимый переход от традиционных к либеральным цивилизациям¹ — переход, ознаменованный глобальным революционизирующим влиянием на духовную и социальную жизнь людей французской революции². В литературе справедливо отмечено, что «без классической буржуазной революции во Франции у немцев не было бы классической буржуазной философии права»³.

С духовно-мировоззренческой стороны переход к либеральным цивилизациям и прежде всего французская революция, другие революционные перемены того времени обычно связываются — и это справедливо — с именами великих философов и просветителей того времени — Руссо, Монтескье, Вольтера, Локка. В отношении же Канта широкое хождение, особенно в обстановке господства марксистской идеологии, получило изречение Маркса о том, что философию Канта можно считать «немецкой теорией французской революции»⁴.

Между тем в современной философской литературе уже отмечено, что концепция Канта должна ставиться в соответствие вовсе не с немецкой, а с эпохальной, общеевропейской политической тенденцией⁵. С учетом ранее изложенных соображений есть основание сказать определеннее: учение Канта, 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 либеральных цивилизаций*, притом — заложившими эти основы в эпоху которых после французской революции реально вступило человечество⁶.

¹ По обоснованному утверждению А.С. Ахиезера, такой переход представляет собой общую, глобальную, всеисторическую закономерность развития человеческого общества (см.: *Ахиезер А.С.* Россия: критика исторического опыта. Т. 1. М., 1991. С. 332–333).

² 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*» (*Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 62).

³ *Кленнер Г.* Философско-правовое просвещение в Берлине в годы Великой французской революции// Историко-философский ежегодник. 1991. М., 1991. С. 205.

⁴ *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 1. С. 88.

⁵ См.: *Соловьев Э.Ю.* И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 39.

⁶ 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 (*Oberer H.* Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre// Kant-Studien (Berlin). 1973. Jg. 64. H. 1).

И здесь достоин внимания вот какой момент. Если знаменитые просветители с духовной стороны в немалой степени подготовили французскую революцию, то Кант уже после революции, да к тому же территориально отдаленный от нее в европейском пространстве, в своем легендарном «кенигсбергском затворничестве»¹ осмыслил последствия революции на основе критического метода, «чистых категорий», позволивших обрисовать картину мира, в том числе и по правовой проблематике, в соответствии с просвещенческим мировоззрением в идеальном, истинно человеческом виде². И именно это — как ни парадоксально — и сделало взгляды Канта по правовым вопросам остро актуальными в нынешнее время кануна третьего тысячелетия — время, когда развитие либеральных цивилизаций потребовало нового осмысления и практической реализации идеальных представлений о праве — праве человека.

Сила идей. Философские взгляды Канта оказались настолько глубокими, основательными, пронзительными и вместе с тем — подопевшими ко времени, что они уже при жизни философа получили широкое признание (и соответственно — отторжение у реакционных кругов общества³). Его лекции в университете пользовались неизменным успехом, произведения Канта при его жизни не раз переиздавались. Мысли Канта о разуме, о морали и религии, о вечном мире, сама трансцендентальная характеристика явлений, их философский анализ в «чистом виде» сразу же овладели многими умами современников (в меньшей степени, увы, повезло его разработкам по вопросам права, обычно рассматриваемым под углом зрения «этики»; возможно, эти разработки просто опередили время).

В памяти людей остался и прекрасный человеческий облик Канта, скромного умудренного ученого-подвижника, соответствующий

¹ По словам Э.Ю. Соловьева, «само его (Канта. — С.А.) легендарное «философское затворничество» было не чем иным, как попыткой (и притом успешной) оградить себя от прусского провинциализма и стать *кабинетно открытым* по отношению к «мировой эпохе» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 5).

² «Эпоха Канта — эпоха Просвещения, которому Кант придает новую, обогащаемую самокритикой разума, историческую форму» (Ойзерман Т.И. Этикотеология Канта и ее современное значение // Вопросы философии. 1997. № 3. С. 111).

³ Философия Канта еще при его жизни была воспринята как серьезная угроза средневековому религиозному миропониманию. Журнал «Философский архив», который выходил в Берлине в 1792—1797 гг., писал о «тройкой дезорганизации» общественной жизни в конце XVIII в.: политической, связанной с французской революцией, «телесной», связанной с месмеризмом, и философской — кантианством (цит. по: Кант и кантианцы. М., 1978. С. 98).

глубинной сути его учения. Образ, быть может, особо впечатляющий и значимый в нынешнем мире, когда на звание философа, оракула, мыслителя настойчиво претендуют политические вожди, правители, административно-политические аппаратные чины. Кант жил простой, неполитизированной жизнью, далекой от власти, политических страстей, вождистских претензий на то, чтобы «изменить мир». Генрих Гейне писал о нем: «Он жил механически-размеренной, почти абстрактной жизнью холостяка на тихой, отдаленной улочке Кенигсберга... Вставание, утренний кофе, писание, чтение лекций, обед, гуляние — все свершалось в определенный час, и соседи знали совершенно точно, что на часах половина четвертого, когда Иммануил Кант в своем сером сюртуке, с камышовой тросточкой выходил из дома и направлялся к маленькой липовой аллее... Какой странный контраст между внешней жизнью этого человека и его разрушительной мыслью, сокрушающей мир»¹. И вот еще штрихи личности Канта, подмеченные нашим выдающимся отечественным философом: «Он был человеком абсолютной светскости, вежливости, обаяния и долга. Многое он не говорил из вежливости. А вежливость — это то в нас, без чего вынужденное общение превратилось бы в ад»².

Впрочем — ничуть не меньше значат по сравнению с этими и другими, близкими по содержанию описаниями жизни философа его собственные слова, сказанные в заключении книги о практическом разуме: «Две вещи, — пишет Кант, — наполняют душу всегда новым и тем более сильным удивлением и благоговением, чем чаще и продолжительнее мы размышляем о них, — это *звездное небо надо мной и моральный закон во мне*»³.

Конечно же, — и это согласуется с сутью кантовских идей — не следует делать из Канта некоего идола, всезнающего оракула. Не все его разработки, по свидетельству специалистов, доведены до конца, точны и совершенны. Об этом в книге также пойдет речь. К тому же, понятно, Кант был сыном своего времени. И если тенденциозны и несправедливы Марксовы оценки Канта как «приукрашивающего выразителя интересов немецких бюргеров», то вместе с тем надо видеть в ряде его суждений не только приметы тогдашних порядков (возвеличивание главы государства, узкая трактовка свободы выбора, ущербное понимание свободы слова и др.), но и отголоски концептуальных представлений общества, только-только порывающего с феодальным Средневековь-

¹ Цит. по: Баскин Ю.Я. Кант. М., 1984. С. 8–9.

² Мамардашвили М. Кантианские вариации. М., 1997. С. 16.

³ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 729.

ем. Один из таких отголосков — это промелькнувшие в отдельных разработках — пусть только в одной-двух, но все же промелькнувшие — характеристики права как сугубо запретительно-ограничительного института, характеристики, самим же Кантом основательно преодолеваемые.

И тут, кстати, нельзя не отметить, что есть любопытнейший пример того, как, начав изложение проблем о видах законов с подобной трактовки, Кант под напором самой логики его же генеральной теоретической концепции в конце концов незаметно переходит к современной, дозволительной оценке права (небезынтересно, что примерно такой же путь по вопросу взаимодополнительности права и морали проделал в своей прекрасной монографии на указанную тему Э.Ю. Соловьев¹).

Вызывает горькую досаду то обстоятельство, что богатый научный потенциал идей Канта, особенно по вопросам права, не был в должной мере раскрыт в последующее время, увязан с острыми проблемами и трудностями формирования и развития либеральных цивилизаций (и это несмотря на громадную литературу, посвященную творчеству философа, его последователей, существование ряда направлений и школ неокантианцев — фрейбургской, марбургской, некоторых других). Правоведы, знакомые с творчеством Канта и даже величавшие себя «кантианцами» (такие, как Г. Кельзен и его сторонники), использовали по большей части не столько суждения философа о праве, сколько отдельные элементы его теории познания² или своеобразно толкуемые положения философа о «форме» и «чистом праве», будто бы ставшие основой «чистой теории права». Воззрения же Канта по вопросам права в целом оцениваются в литературе порой как «дог-

¹ Завершая свою книгу о взаимодополнительности права и морали, Э.Ю. Соловьев пришел к выводу, который, как пишет сам автор, «даже в форме намека, смутной догадки не приходил... в голову при начале работы» и который поэтому автор высказывает «не без страха» и в виде вопроса: «не является ли этика Канта в значительной своей части (и прежде всего как учение о категорическом императиве) вовсе не этикой, не аналитикой нравственности, а *полноценной теорией правосознания?*» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 188–189). И здесь важен не только, а быть может, и не столько приведенный вывод (на мой взгляд, он — точен, и более того — даже чересчур сдержан), сколько то обстоятельство, что сами кантовские идеи, их тщательный анализ сломали начальную авторскую установку. Приходится пожалеть, что этот вывод автора, отличающегося тонким современным пониманием права, не стал исходным пунктом и стержнем всего исследования о сложной, порой причудливой взаимосвязи права и морали.

² Автор введения к труду Г. Кельзена, посвященного проблемам теории права, Stanley L. Paulson указывает на значение для правоведения не столько правовой философии Канта, сколько использование «отдельных частей или кусочков» его теории познания (см.: Paulson Stanley L. Introduction // Kelsen Hans. Introduction to Problems of Legal Theory. Oxford, 1992).

матика» или всего лишь как «украшение» классической теории естественного права¹. Хуже того, дальнейшее развитие философской мысли, в том числе другими философами-классиками, внешняя броскость отдельных философских систем, их очарование, доступность и приемлемость для нетерпеливых революционеров – все это как бы перекрыло свободолобивые идеи Канта, отодвинуло их на обочину популярной философско-политической мысли, даже в каком-то смысле отбросило их в прошлое. И порой превратило в «основоположников» ряда либеральных конструкций мыслителей более позднего времени, еще раз «открывших» идеи, разработанные Кантом (например, идеи правового государства, по сути дела повторяющие в суженном варианте взгляды философа о «правовом обществе»).

Жестко и целеустремленно потрудились по умалению учения Канта идеологи ортодоксального марксизма, прозорливо усмотревшие в кантовских идеях грозную опасность для коммунистической доктрины², хотя и среди сторонников марксизма (впрочем, объявленных марксистскими ортодоксами «ревизионистами») были и есть ученые, отдававшие должное заслугам основателя философской революции³.

Но так или иначе сила идей Канта оказалась все же настолько значительной, что и в неблагоприятных условиях, в обстановке эйфории, вызванной иллюзиями социалистических учений и перспективой близких радикальных революций, уже со второй половины XIX в. (быть может, как реакция человеческого духа на всплеск радикально-революционных

¹ Paulson Stanley L. Introduction // *Kelsen Hans*. Introduction to Problems of Legal Theory. Oxford, 1992.

² Вслед за рядом дискредитирующих высказываний в адрес Канта Маркса, Ленина, опиравшихся на примитивные схемы «идеализм – материализм», в том же направлении действовали и служители официальной марксистской науки, пытавшиеся нанести удары по главным достижениям кантовской мысли, например, по вопросам человека, его уникальности и высокого статуса. «Философия Канта, – писал, например, глашатай официальной советской философии А.М. Деборин, – чужды основы гуманизма, она является идеологическим оправданием бесчувственного отношения к человеку... Она пуста и бездушна» (*Деборин А.М.* Социально-политические учения нового и новейшего времени. М., 1958. С. 231–232).

Даже в условиях, когда в советской литературе стали оттеняться особенности взглядов Канта в качестве «либерально-буржуазных» с «гуманистическими интенциями», одновременно неизменно подчеркивался их «абстрактный», «абстрактно-спекулятивный характер и даже утопизм» (*Философия Канта и современный идеализм / Под ред. И.С. Андреева, Б.Т. Григорьяна.* С. 221, 231).

³ Э. Бернштейн писал, например: «Кант, этот трансцендентальный идеалист, фактически был более строгим реалистом, нежели многие последователи так называемого естественно-научного материализма» (*Бернштейн Э.* Реалистический и идеалистический моменты в социализме. Одесса, 1906. С. 5).

настроений) произошло «возвращение» учения Канта в передовую, либерально ориентированную мысль, в прогрессивное духовное философско-политическое развитие общества — процесс, который не ослабел и в последующее время. С той поры — да и поныне — стал популярным лозунг «Назад к Канту». Хотя с учетом дальнеперспективной значимости кантовских идей и того обстоятельства, что философско-политические разработки по многим направлениям в послекантовское время фактически ушли в сторону, во многом оказались в тупике, едва ли уместной (во всяком случае — по вопросам права) является здесь сама постановка вопроса, выраженная в слове «назад». Подробнее об этом — в конце книги.

Основные сочинения. Общеизвестно, что основу и стержень философских взглядов Канта составляют его фундаментальные труды — «Критики...» («Критика чистого разума» — 1781 г., «Критика практического разума» — 1788 г., «Критика способности суждения» — 1790 г.).

Можно ли рассматривать эти сочинения философа как основу и его воззрения по вопросам права? Да, в каких-то отношениях можно; скажем, в отношении его идеи о чистом праве. Есть в указанных крупных работах отдельные фрагменты и суждения по правовой проблематике.

В то же время имеются достаточные основания для того, чтобы особо выделить те сочинения Канта, которые либо целиком, в значительной степени, либо одной из существенных сторон своего содержания непосредственно посвящены праву. И такое выделение ряда сочинений философа оказывается оправданным не только в силу объема и характера содержащихся в них разработок по правовым вопросам, но еще и потому, что эти разработки в своем единстве представляют собой целостное, вполне отработанное учение о праве, и более того — как уже отмечалось — по весьма обоснованным предположениям потребность их разработки стала исходным пунктом других исследований Канта, обременяющих основной массив его философских взглядов.

Сочинения Канта, относящиеся к вопросам права, имеют три временных и содержательных слоя.

Прежде всего — это опубликованная в конце 1980-х гг. запись лекций Канта, прочитанных в Кенигсбергском университете в 1780—1782 гг.¹ В этих лекциях содержится ряд принципиально существенных положений об уважении к праву других людей, о человеческом преимуществе «иметь право», об обязанности отстаивать «свое» право и др. И хотя в литературе была высказана мысль об отсутствии в ту пору у Канта «собственно-

¹ Кант И. Из лекций по этике // Этическая мысль. М., 1988. С. 299—332.

го теоретического понятия права»¹, мне кажется более обоснованным другое предположение. Полагаю, что на основании миропредставления, рожденного французской революцией, Кант уже в лекциях 1780–1782 гг. утвердился в ряде основополагающих идей принципиально нового понимания права (о «святости» права, о самостоятельной его ценности, о необходимости моральные действия «сводить к праву»² и др.), которые не только послужили толчком к другим его фундаментальным исследованиям, но и в более поздние годы — и что характерно, уже применительно к объективному праву — получили конкретизированное развитие, вылились в развернутое, отработанное учение.

Следующая и, на мой взгляд, наиболее значимая группа кантовских работ, в той или иной мере посвященная праву, это — цикл трактатов и статей, опубликованный в 1784–1795 гг., а именно:

«Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане»;

«Предполагаемое начало человеческой истории»;

«О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики»» (сокращенно — «О поговорке...»);

«К вечному миру».

Характерная особенность указанных трактатов и статей — не только в том, что в них (особенно в последних двух из упомянутых) философско-правовые взгляды Канта как раз и развернуты во вполне сложившуюся целостную концепцию, но и в том еще, что они напрямую взаимосвязаны с общефилософскими представлениями о природе, ее «замысле», о трансцендентных сторонах духовного мира, о прогрессивном общественном развитии, что, надо полагать, и позволило подойти к праву с философских позиций, дать ему мировоззренческую характеристику. Знаменательно, что именно сейчас и именно в России, именно этим статьям и трактатам зрелого Канта, посвященным логике истории, механизмам общественного прогресса, судьбе человеческого рода, уделяется все большее внимание³.

¹ Соловьев Э. Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 48. Автор, заслуга которого в том, что он ввел в научный оборот рассматриваемый пласт творчества Канта, пишет, придерживаясь, судя по всему, в немалой степени линии на этическое обоснование права, что в лекциях суждения о праве сформулированы «за пять лет до написания собственно этического сочинения» и что «в 1780–1782 гг. Кант еще не располагал собственным теоретическим понятием права. Он опирался на полуинтуитивное представление о правах человека, воспринятое образованными кругами Западной Европы из «Декларации независимости» (1776) и первых конституций североамериканских штатов».

² Кант И. Из лекций по этике // Этическая мысль. С. 247.

³ Гуревич П. С. Иммануил Кант. Собрание сочинений в восьми томах. Юбилейное издание 1794–1994 / Под общ. ред. А. В. Гулыги. М., изд-во «Чорро», 1994 (в последующем «Рецензия») // Вопросы философии. 1995. № 11. С. 149–151.

И такой еще момент, важный для российских исследователей и читателей, — отмеченные трактаты и статьи (жаль, в их число не попала статья «Религия в пределах только разума», а также «Введение в учение о праве») собраны в одну книгу, а главное — представляют новейший отработанный перевод с немецкого. И притом представлены в книге так, что немецкий и русский тексты страница за страницей даны в зримом, поабзацном сопоставлении¹.

И последний пласт, к которому относится, действительно, по времени и правовому содержанию последнее сочинение из творчества Канта по вопросам права. Это развернутое исследование, специально посвященное праву в его важнейших определениях, — «Метафизические начала учения о праве» (1797 г.). Оно представляет собой первую часть более обширного труда — «Метафизики нравов...», которое содержится в томе 4, ч. 1, шеститомного сочинения).

Впрочем, надо заметить, что последнее из указанных сочинений философа, несмотря на его название и преимущественно юридическое содержание, в меньшей степени, чем его предшествующие работы, посвящено концептуально-философскому видению права, его разработке, обоснованию — в нем эти разработки в основном лишь отражены, выражены при освещении традиционных юридических проблем. В нем Кант (за исключением, пожалуй, раздела «Введение в учение о праве») не столько характеризует философские основы своей концепции, сколько в какой-то мере «вторгается» в содержание юридического позитивизма, предлагая — во многом оригинальную — философскую интерпретацию категорий публичного и частного права в традиционном их понимании².

Концепция: суть, система, план. В сочинениях Канта, в особенности в его трудах, статьях и трактатах первой половины 1790-х гг., содержится разработанная, цельная философская концепция права, в которой реализовались его представления о мироздании, разуме, истории и перспективах развития человеческого рода, идеалы либеральной цивилизации, выраженные в принципах французской революции.

¹ См.: *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1: Трактаты и статьи (1784–1796). М., 1994.

² Философские взгляды Канта по вопросам публичного и частного права проанализированы в работах Ю.Я. Баскина (см.: *Баскин Ю.Я.* Кант. М., 1984. С. 21 и сл.). Этот анализ, впрочем, требует, по-видимому, дополнений и не исключено — корректив с учетом кантовских положений о чистом праве, придавших праву и, надо думать, в этой связи его категориям в области частного и публичного права значение ценностей, связанных с разумом.

Концепция Канта о праве представляет собой *интеллектуально мощное, оригинальное философское учение*, которое до настоящего времени в полной мере еще не осмыслено в науке, не получило должного признания и развития. Оно включает ряд принципиально новых, оригинальных, передовых идей, наиболее полно раскрывающих свою интеллектуальную и практическую ценность в современную эпоху. Это идеи о праве как практическом бытии разума, о праве человека как объективном праве, о праве как цели общества, ряд других положений философской, теоретической, прикладной значимости. И в этой связи следует сразу же заметить, что некоторые модные правовые воззрения, претендующие на «кантианство» или «неокантианство», такие, как «чистая теория» права Г. Кельзена¹ в различных ее вариациях², в действительности имеют с учением Канта лишь некоторые внешние совпадения, а по сути своей весьма и весьма далеки от него.

Но если философско-правовые идеи Канта не изложены самим же автором в одном труде, не систематизированы им, то, спрашивается, каким же образом можно представить их в цельном виде, имеющем и по внешним признакам признаки «учения» или «теории»? Каково, если поставить вопрос несколько иначе, логическое построение этих взглядов, выступающих ныне в виде отдельных высказываний философа, рассыпанных в ряде его работ, трактатов, статей?

Здесь нужно иметь в виду особенности творчества Канта, отмеченные М. Мамардашвили.

Кант — философ, ход мысли которого противится ее омертвлению «системами»³, — не располагает свои правовые идеи по какой-то схеме, они вплетены в изложение по вопросам всеобщей истории, вечного мира и другим проблемам. Но, как полагает М. Мамардашвили, вполне обоснованно предположить, «что у Канта есть какие-то сквозные темы и их можно вынуть из горизонтального развертывания изложения, соединить в некоторые связи, сочетания и развивать их»⁴.

¹ Идеи чистой теории права Г. Кельзена изложены в ряде его фундаментальных исследований, главным образом в таких, как: *General Theory of Law and State* (1943), *The Common Theory of Law* (1955), *What is Justice* (1957). Анализ этих идей см.: *Cohen and Cohen's Reading in Jurisprudence and Legal Philosophy* / Philip Shuchman. Boston; Toronto, 1979. P. 173–194.

² См.: *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 371 и сл.

³ «...Кант принадлежит к числу тех философов, у которых нет системы» (*Мамардашвили М.* Кантианские вариации. М., 1997. С. 14).

⁴ Там же. С. 7. Сказав «развивать их», автор тут же поясняет: «Развивать не в марксистском смысле слова, а в обычном, как говорят музыканты — «развивать тему», связывая вещи, в изложении как будто не связанные».

И вот эти сквозные темы по вопросам права, когда они извлечены из иной проблематики и соединены вместе, обнаруживают свою логику постижения права, его понятия:

от понимания места и назначения права в нашем мире, его характеристики как звена «замысла» природы, других его философских характеристик, и одновременно —

от объективного права — социального явления, находящегося в сложном и противоречивом соотношении с законом,

к чистому праву,

затем — к праву человека,

и наконец, завершающая ступень — понимание права как цели общества (самого святого, что есть у Бога на земле).

3. Звено в «замысле» природы

Исходное положение. — «Замысел» природы. — Противоречивый разум. — Механизм восходящего развития человеческого рода. — Неизбежность права. — Тонкости. — Феномен природы

Исходное положение. Как справедливо отмечено в 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»¹.

Философское обоснование права, понимание его необходимости в мирозданческом отношении, его места и назначения в жизни людей и должно в соответствии с идеями Канта опираться на эту антитезу — на понимание того, что право должно найти свое обоснование как в природе, так и во внутреннем духовном мире человека, который находится «по ту сторону» наших представлений о природе, характерных для нее неумолимых закономерностей, причинности.

«Замысел» природы. Антитеза свободы и природы, рассматриваемая в качестве исходного пункта при философском обосновании права, не означает, однако, отсутствия глубокой взаимосвязи, взаимопроникновения между ними. (Тем более что находиться «по ту сторону»

¹ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 66.

категориальных определений природы вовсе не означает пребывать вне природы вообще.)

Ведь, по Канту, природа не сводится к вещественно-материальному, механическому миру окружающих нас явлений, предметов и процессов. Природа — нечто более значимое и высокое; она одухотворена, в ней заложены начала целесообразности¹ — то, что по привычным представлениям многих людей является Богом, а по некоторым современным взглядам ученых может быть охарактеризовано в качестве «информационного поля» или просто определено как закономерная логика в развитии объективных процессов, связанных с тем, что возник разум². *Разум и его носитель — человек*, высшее творение природы, и являются наиболее высоким выражением этой одухотворенной целесообразности, заложенной в природе.

И вот — главный пункт кантовской характеристики природы (наиболее значимой для нас, людей). В игре 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»³, в конечном счете проявляется «*замысел природы, ее план*, предусмотрение (*Absicht*).

Оставим в стороне ответ на вопрос об основаниях и смысле этого «замысла». Только что сделанные равнозначные по смыслу ссылки на «целесообразность», «Бога», «информационное поле», «логику развития, связанную с разумом» — все эти ссылки, каждая в отдельности или в каком-то их сочетании, дают, как мне представляется, возможность каждому сообразно его миропониманию 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 приме-

¹ Кант говорит о «великой в своем искусстве природе», «в механическом процессе которой с очевидностью обнаруживается целесообразность» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 405), а в другом месте — о «путеводной нити природы», «таинственным образом связанной с мудростью» (Там же. С. 107).

² Впрочем, с позиций автора этих строк указанные «три варианта» (Бог, «информационное поле», закономерная логика объективных процессов, связанная с тем, что возник разум человека) означают по своей сути *одно и то же*.

³ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 83. Напомню, что здесь и дальше при ссылках на это издание используются материалы таких трактатов и статей, как «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).

нение его разума», «предназначены к тому, чтобы когда-нибудь полно и целесообразно развиться»¹.

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 «здатки животности как живого организма», которые проявляются в природных стремлениях к самосохранению организма, поддержанию и развитию функций жизнедеятельности, продолжению рода. Каким же образом в таких условиях могут полно и целесообразно реализоваться природные задатки человека, связанные с применением его разума?

Противоречивый разум. Центральный пункт, определяющий «замысел» природы и в то же время препятствия на пути его реализации, — это «сам» разум. Разум человека. Разум сообразно человеческой природе — в своих сложных, зачастую полярно противоположных, противоречивых проявлениях.

Тут, понятно, нельзя упускать из поля зрения характерные для разума светлое и великое — то наиболее значительное, что придает смысл человеческой жизни: творчество, способность проникать в тайны природы, овладевать природными процессами. Кант, раскрывая могущество разума, отмечает, что разум для человека («единственного разумного существа на земле») — «это способность расширять правила и намерения использования всех своих сил за пределами природного инстинкта». И что между иллюзиями, воображаемыми заманчивыми мифами «встает неугомонный разум, неодолимо побуждающий человека к развитию заложенных (в нем) способностей и не позволяющий возвратиться в состояние дикости и наивности, из которого он человека вывел»². Здесь же, еще на природной основе, формируются и задатки личности, способной воспринимать уважение к моральным началам как самодостаточному мотиву человеческих поступков.

Но разум с другой стороны своей противоречивой сути, находясь в поле притяжения «здатков животности как живого организма» и столкнувшись с реалиями бытия людей, являет собой одновременно темное и низкое — то, что оборачивается бедами для человека, всего человеческого рода.

Кант, отдавший много труда возвеличиванию и анализу разума его положительных сторон и проявлений, в то же время связывает с люд-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 85.

² Там же. С. 85, 167.

ским 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, ибо она есть *дело Божье*; история свободы — со зла, ибо она — *дело человеческое*»¹.

Мы можем найти у Канта и более суровые высказывания, в том числе и о том, что отдельный человек со своим разумом «не знает границ своим замыслам», склонен к «неограниченной свободе» и что «одно из свойств разума в том и состоит, чтобы с помощью силы воображения искусственно возбуждать желания» — до «*сладострастия*, из которого... мало-помалу измышляется уйма лишних и даже противоземных потребностей, называемых *роскошью*». Человеческий род, говорит философ, предназначен «господствовать над землей, но не скотски наслаждаться и рабски служить»².

Но это все — именно пороки («пороки окультуренного разума», — утверждает Кант³).

Между тем у Канта в связи с «негативами», проистекающими — как и добро — из разума, есть высказывания, казалось бы, спокойные, мягкие и даже по нашим меркам в чем-то симпатичные, но — такие, которые свидетельствуют не о пороках, а об иной грозной опасности для людского рода, о возможной страшной беде. По той причине, говорит Кант, что бытие толкнуло человека «в обширный мир, где его ожидает столько забот, труда и неведомых зол», в нем, человеке, пробудилось «желание попасть в рисуемый силой его воображения рай, где он мог бы пребывать в спокойном бездействии и в постоянной умиротворенности предаваться мечтаниям или вообще тратить время попусту. В силу этого человек нередко попадает в состояние «нерадивности и бездеятельного довольства»⁴. И здесь Кант характеризует и оценивает жизнь аркадских пастухов, которая немалому числу людей представляется пределом земных мечтаний, — жизнь, наполненную добрым согласием, довольством и взаимной любовью. «Живи люди, — пишет Кант, — как аркадские пастухи в условиях полного согласия, довольства и взаимной любви, — все таланты остались бы

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 165, 191, 169.

² Там же. С. 5, 157, 183.

³ Там же. С. 169.

⁴ Там же. С. 93, 167.

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»¹.

Механизм восходящего развития человеческого рода. В этой связи вновь зададимся ранее уже поставленным вопросом: каким образом, спрашивается, при столь противоречивых, зачастую пагубных проявлениях разума и реальных стремлений, помыслов, поступков людей может реализоваться «замысел» природы – 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»!²

И вот, отвечая на указанный вопрос, Кант обрисовывает механизм восходящего развития человеческого рода, механизм человеческого прогресса, в котором достойное место и занимает 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), в каких-то сторонах его трактовки требует корректив, дополнений, он не бесспорен. Но и по логике вещей, и по фактам реальной жизни такого рода механизм восходящего развития человеческого рода представляется по своей сути оптимальным, быть может, в рамках процессов, происходящих в природе, единственно возможным.

Здесь – *три* основных звена.

Остановимся пока на двух первых.

Звено **первое**. Это наличие в обществе (которое Кант называет – вспомним это! – «всеобщим правовым гражданским обществом», а 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.

Второе звено. «...Наличествует величайшая свобода, – говорит Кант о свободе в правовом гражданском обществе, – а *значит, и постоянный ан-*

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 93.

² Там же. С. 87.

тагонизм между всеми его членами»¹ (курсив мой. — 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 счете в сложном человеческом бытии и определяет восходящее развитие человеческого рода.

Нужно заметить (и тут, на мой взгляд, главный пункт в воззрениях Канта, требующий корректив), что постоянный антагонизм — не единственная и не всегда решающая сила, определяющая человеческий прогресс. Ключевое значение здесь имеют сами по себе позитивные стороны разума, человеческого духа, свободы как таковой — та наиболее глубокая сторона духовного мира человека, которая находится «по ту сторону» понятий о природе. Да и само положение об «антагонизме» нуждается не в примитивной, не в доктринерски-классовой, ортодоксально марксистской, а в широкой интерпретации, когда — и притом применительно к определяющим экономико-социальным институтам, власти, собственности и т.д. — «антагонизм» в обществе выражается в таких естественных явлениях, как соревнование, конкуренция, соперничество, состязание, разногласия, борьба за лидерство и др.

И все же антагонизм во всех своих выражениях — это именно антагонизм, явление суровое, трудное, жесткое, вызывающее у людей напряжение, тревожную заботу. Люди в условиях антагонизма, «необщительной общительности», вынуждены создавать себе положение «под влиянием честолюбия, властолюбия или корыстолюбия»².

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. Че-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 95.

² Там же. С. 93.

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 бездеятельного довольства и окунулся в работу и трудности»¹.

Как это ни парадоксально, по Канту, именно такие обычно осуждаемые в обществе качества, как честолюбие, властолюбие, корыстолюбие (так же, как и неуживчивость, соперничающее тщеславие, жажда обладать), пробуждая «все силы человека», давая импульсы «к новому напряжению сил», открывают путь к процессам, когда «начинаются первые истинные шаги от грубости к культуре, которая... состоит в общественной ценности человека»². Движение общества от согласия в сугубо природном, даже «патологическом» значении к «моральному целому». Хорошо бы нам всем основательно разобраться в качествах человека, которые мы подчас безо всякого разбора осуждаем³ (и в частности, помимо всего прочего, понять верное мнение Канта насчет того, что наиболее отвратительными, безоговорочно низменными качествами людей являются — неблагодарность, зависть, злорадство⁴).

¹ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 93.

² Кант тут же 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 различию в определенные практические принципы и преобразовать таким образом, наконец, патологически-вынужденное согласие к жизни в обществе в моральное целое».

³ Здесь уместно сделать два кратких замечания в связи с кантовским анализом человеческих качеств.

Первое. По Канту, обстановка антагонизма, противодействия наклонностей отдельных людей друг другу «предоставляет разуму свободную игру» и здесь отрицательные наклонности людей, из которых вырастает злое, разум «подчиняет себе и вместо злого, само себя разрушающего, делает господствующим доброе, которое, если уж оно есть, в дальнейшем поддерживается само собой» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. 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.

⁴ Кант справедливо утверждает: «Самыми ужасными тремя пороками, которые мы можем рассматривать все вместе и которые воплощают подлейшие и злейшие наши устремления, являются: неблагодарность, зависть и злорадство. Когда же они достигают своей высшей степени, то превращаются в дьявольские пороки» (*Кант И.* Из лекций по этике // *Этическая мысль* 1988. С. 328).

Однако – стоп! Скажу еще раз: при всех разноплоскостных значениях отрицательных человеческих качеств надо все же не упускать из поля зрения, что антагонизм остается антагонизмом, раздор – раздором и т.д. И что эти качества, при всей их важности для человеческого прогресса, неизбежно порождают зло¹, и вообще обстановка постоянного антагонизма, необщительной общительности «грозит обществу разъединением», «многими бедствиями»², а если продолжить мысль Канта – нарастающим хаосом, беспределом, войной всех против всех, новым валом самых пагубных окультуренных пороков. Каким же образом устранить или хотя бы заблокировать, локализовать подобные последствия, а еще лучше при помощи разума «злое» обратить в «доброе»³, 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...

Неизбежность права. 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 других⁴.

Приведенное положение и характеризует **третье** звено в цепи тех процессов, которые могут быть названы «замыслом» природы и отнесены к механизму реализации этого «замысла». В обществе, предоставляющем его членам широкую свободу, что открывает простор для постоянного антагонизма между его членами, *самым точным образом определяются и сохраняются границы свободы.*

И вот тут – самый важный для дальнейшего рассказа тезис. *В обществе существует только одно единственное образование, которое способно оптимальным образом выполнить задачу по определению и со-*

¹ Кант отмечает при этом: «...основание злого находится не в каком-либо объекте, который *определяет* произвол через склонность... а только в правиле, которое произвол устанавливает себе (!!!) для применения своей свободы...» (Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 22).

² Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 91–93.

³ Там же. С. 347.

⁴ Там же. С. 95.

хранению границ свободы (и к тому же — обеспечить ее сочетание со «свободой других», т.е. на началах всеобщности и равновесности со свободой других).

Это — п р а в о.

Недаром, характеризуя такое общество, Кант именует его не только «гражданским», но и «*правовым*» и в отношении такого общества говорит именно об «основанной на законе свободе»¹. Свобода же, не основанная на законе, свобода вне права, это, по Канту, свобода — «беззаконная», «безрассудная», «дикая», «животная», «варварская».

Итак, получается (если подвести некоторый итог изложенному), что право не нечто второстепенное, вторичное, не обязательно нужное 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 *закономерно право*. Ибо право является необходимым элементом самого механизма существования и развития людей, их сообщества — элементом, который способен преодолевать негативные стороны свободы (а значит, и 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 и потерями — 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, обреченное. Мы еще вернемся к этой проблеме, когда в одной из центральных глав изложение подведет нас к одному из итоговых положений — о понимании права как цели в обществе (глава 5).

Тонкости. Необходимо сказать несколько слов о достоинствах приведенной выше формулы, характеризующей главные функции и назначение права в восходящем развитии человеческого рода, — «определение и сохранение границ» свободы.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 387.

В прежних переводах¹ цитируемое кантовское положение сформулировано в ином словесном выражении, а именно – «точное определение и обеспечение свободы». В новейших изданиях – имеется в виду первый том Сочинений на немецком и русском языках (1994 г.) – оно, как мы видели, заменено на формулировку, в соответствии с которой речь идет уже не о самой свободе, а лишь о ее границах, о их самом точном определении и – что не менее важно – сохранении. Хотя, опираясь на такую трактовку (и придавая в этой связи соответствующую ориентацию всей проблеме), Кант говорит дальше и о «подчинении свободы внешним законам»². Но это все же не «определение свободы» – формула очень коварная, соответствующая, кстати сказать, порядкам тоталитарных режимов, где партийно-государственная власть действительно «определяет свободу», предоставляя ее людям в строго регламентированных, произвольно определяемых дозах.

Постановка же вопроса о «границах свободы» точка в точку совпадает с основной кантовской мыслью о предназначении права – «определить каждому свое и оградить его от посягательств каждого другого», когда центром правового регулирования становится определяемое правом и защищаемое законом *свое*.

И такая еще тонкость формулировки в ее современном переводе. В формулировке теперь обо всем этом говорится не как о должностовании, а как о реальном («самым точным образом определены и сохраняются»), т.е. о том, что фактически, на деле должно быть осуществлено, реализовано, стать, по выражению Шеллинга, близкому по сути суждениям Канта, «второй природой»³.

И вот еще замечание, которое послужит мостиком к последующему материалу, в том числе к материалу следующей главы. Представляется на первый взгляд неожиданным, что активную силу развития общества – антагонизм – Кант называет «причиной его законосообразного порядка»⁴. Причиной? Почему?

Думается, вот почему. Для того чтобы право могло «определять каждому свое и ограждать его от посягательств каждого другого», оно *в ситуации постоянного антагонизма* (обратим на этот пункт внимание!) должно обладать *сильными* свойствами – регулятивными особенностями, инструментами и механизмами, которые позволяют справиться с такой ситуацией, наполненной враждой, раздорами и жесткими

¹ См., например: *Кант И.* Соч. В 6 т. Т. 6. С. 12–13.

² *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 95.

³ *Шеллинг И.* Соч. Т. 1. М., 1987. С. 91.

⁴ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 91.

столкновениями. Это и определяет наличие у права такого набора регулятивных свойств и основанной на них силы, мощи, которые в конечном счете и обеспечивают поступательное, истинно человеческое развитие общества.

Феномен природы. Право — явление из жизни общества, т.е. социальное явление. Вместе с тем право можно рассматривать и как явление природы. Характеристика права как феномена природы вытекает из изложенного ранее — из того, что право представляет собой необходимое и важное звено в механизме процессов, выражающих «замысел» природы — восходящее развитие человеческого рода.

Но есть здесь и более прямые и, возможно, не менее значимые стороны рассматриваемой характеристики права.

И в данном случае исходные пункты последующего анализа во многом заданы Кантом.

Освещая место и значение права при создании государства, Кант говорит о разрешимости этой проблемы и поясняет: «Ведь дело идет не о моральном улучшении людей, а только о механизме природы»¹. По ряду вопросов Кант использует приведенное выражение и по другим правовым вопросам, рассматривая, в частности, само действие права как «механизм природы». И в такой характеристике может быть обнаружено не только отражение одной из особенностей раннебуржуазного просветительского мышления², но и предположение о том, что корни права находятся в органике человека, в его, если угодно, биосоциальной природе.

Внимательно присмотримся с этой точки зрения к таким суждениям философа: «при всей злонамеренности человеческой природы» «почитание, которое (на словах по крайней мере) каждое государство проявляет к понятию права, все же доказывает, что в человеке еще имеются значительные, хотя временами и дремлющие, моральные задатки того, чтобы справиться когда-нибудь со злым принципом в себе...». И несколько дальше: правительство своей силой, пишет Кант, «ставит преграду проявлению противных закону склонностей, чрезвычайно способствуя развитию моральных задатков непосредствен-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 419–421.

² «Полагание идеального в качестве природного — обычная процедура раннебуржуазного просветительского мышления... Но я не знаю другого мыслителя Нового времени, который бы так прямо, так решительно и безапелляционно превращал в природное свойство людей само их гражданское правомочие» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодействие морали и права. С. 157).

ного уважения к праву». И наконец: «Люди так же мало могут избежать понятия права в своих частных отношениях, как и в публичных»¹.

Итак, право, по Канту, — это нечто неотвратимое, неизбежное для человека — то, чего нельзя избежать. И у человека есть моральные задатки, т.е. нечто исходное, что обуславливает непосредственное (именно — непосредственное!) уважение к праву.

Если справедливо мнение о том, что в философских размышлениях Канта нашло место предположение о глубоких биосоциальных корнях права (принципиально важных для обоснования высокого места права в жизни общества, его «органичности» для людей и отсюда — его святости для человека), то можно еще в одном пункте увидеть современность кантовской правовой теории.

Именно сейчас, в наше время, все более утверждаются в научном мире данные о биосоциальных предпосылках поведения людей. По сведениям этологии (науки 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»².

Думается, есть весомые основания полагать, что ощущение права, стойкое природное уважение к нему таится в самых глубоких биосоциальных корнях людей и по своей силе и значимости не менее органично, 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 имя «право». Да и вообще, «своя собственность» и «свобода», к которой у животных (возможно, по мере становления рассудка, первичных элементов разума) возникает неодолимое стремление, это тоже в определенных своих сторонах раскрывается как «право», во всяком случае — первичные зачатки, предпосылки к нему.

И вот какой момент представляется здесь существенно важным. Если верно предположение о том, что глубокие природные предпосылки права кроются в этой самой первичной «свободе», проявляющейся

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 389, 447.

² Дольник В. Непослушное дитя биосферы. М., 1994. С. 169.

на биосоциальном уровне, 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 иерархической организации – верховного иерарха (вожака стаи), избранных им самок, «приближенных» 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 сообщества, допустим, «право» на равное 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. Другие определения и характеристики

Дефиниции. – Устранение оснований для зла, других бед. – Обитель свободы. – «Свое». – Другие характеристики

Дефиниции. Имеются достаточные основания утверждать, что сформулированное Кантом положение, характеризующее смысл и назначение права, – «определение и сохранение границ свободы» – является главным среди других аналогичных положений и дефиниций.

Главным – потому, что указанное положение раскрывает миссию права в общей цепи процессов, выражающих существование и развитие человеческого рода. А в этой связи – еще и потому, что именно оно является основой или предпосылкой других дефиниций, которые также могут быть отнесены к философскому осмыслению права.

К числу таких дефиниций относятся, в частности, характеристики права в качестве:

формы, устраняющей основания для зла, других бед;

цивилизированной обители свободы, способа ее перевода в активность людей;

института цивилизации, закрепляющего и охраняющего для каждого лица «свое».

Устранение оснований для зла, других бед. Важная сторона понимания права заключается в том, что на его основе, его мощи оказывается возможным если не ликвидировать, то по крайней мере локализовать, свести к минимуму беды и пороки, неизбежные в обществе «величайшей свободы» и «постоянного антагонизма».

Достоинно специального внимания то обстоятельство, что рассматриваемое положение, вытекающее из кантовской философии, раскрыто философом, не имеющим, скажем так, заметной склонности к правовой проблематике как таковой, М. Мамардашвили.

Рассматривая значение формы в кантовской ее трактовке (об этом — речь впереди, глава 3), М. Мамардашвили обращает внимание на значение «форма» для решения социальных проблем. Он говорит: «Даже когда в мире имеет место несправедливость, угнетение, неравенство людей, извлечение одним выгоды из несчастного положения других, — а это есть и это будет, — не этим нужно заниматься. Для Канта главное, чтобы *в форме* не было оснований для угнетения и несчастья других людей». То есть «не было оснований для зла и несправедливости. Поэтому, — заключает М. Мамардашвили, — Кант сторонник права именно в этом простом смысле»¹.

Да, вот такой «простой смысл» права (перед нами один из немногих случаев, когда наш замечательный соотечественник-философ затрагивает, и затрагивает в поразительно точном определении, правовую материю). Но именно этот «простой смысл» и раскрывает одну из существенных сторон предназначения этого прозаического образования — права, его суть как цели общества. Ибо в нашей несвятой, грешной жизни упомянутая миссия права — не давать оснований для зла и несправедливости, угнетения и несчастья людей — дело для нашего людского сообщества исключительной важности. М. Мамардашвили поясняет: «Мы конечные существа, и даже если бы у нас было идеальное, божественное право, мы не могли бы это право осуществить. В том числе потому, что будут действовать не наши побуждения и намерения, а форма. Вот об этой форме и нужно заботиться»².

Нам еще предстоит обратиться к приведенным (и с ними связанным) суждениям М. Мамардашвили. А сейчас, пожалуй, достаточно отметить одно. Право — только право! — именно потому относится к такому институту цивилизации, который способен выполнять указанную высокую миссию в обществе — не давать основания для зла,

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 90.

² Там же.

других бед, что с его помощью определяются и сохраняются границы свободы. Те границы, за которыми в сфере свободы торжествуют зло, несправедливость, многие другие беды в нашей людской жизни.

Обитель свободы. Но эти же обстоятельства означают, что право по своему исходному, первородному назначению в условиях цивилизации призвано быть *обителью свободы человека*. В рассматриваемом отношении вполне обоснованно говорить о *праве свободы* человека, притом — о праве прирожденном, естественном. «Такое право свободы, — говорит Кант, — принадлежит члену общности как человеку»¹.

При этом определение и сохранение при помощи права границ свободы — вовсе не ограничение свободы в общепринятом его понимании, т.е. в смысле ущемления, урезания, отобрания чего-то исконного². Напротив, определение и сохранение границ свободы это и есть по сути дела ее закономерное, естественное бытие, форма существования, без и вне которой свобода превращается в свою противоположность — антисвободу, бесконтрольный произвол и своеволие. Кант говорит так: природа дала человеку «свободу, а также разум для ограничения этой свободы исключительно ее собственной всеобщей и именно внешней закономерностью, которая называется гражданским правом»³ (в данном случае термин «гражданское право» употребляется, судя по контексту, не в смысле отдельной отрасли права, а в смысле *права гражданского общества*).

Впрочем, приведенные положения — едва ли нуждаются в подробном разборе: они очевидны, сами собой следуют из существа проблемы. Не нужны здесь оговорки (скажем, о том, что речь идет об идеальном соотношении, характерном для правового общества; при господстве тиранических политических режимов утверждается «право власти», при котором свобода людей при помощи юридических установлений и порядков действительно ограничивается). И эта сторона проблемы вполне очевидна.

Но есть тут вопрос, который должен привлечь внимание и который в данной работе необходимо хотя бы обозначить. Его суть в том, что право представляет собой не просто обитель, «простран-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 287.

² Представляет интерес следующее суждение Канта об «ограничениях» свободы правом: «...всякое право заключается только в ограничении свободы всякого другого тем условием, что она совместима по некоторому общему закону с моей свободой...» (Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 291).

³ Там же. С. 175.

ство» свободы, а такой институт цивилизации, который способен *обращать (переводить) свободу людей в их творческую, созидательную активность.*

Уже само по себе то обстоятельство, что право (в принципе, по определению) не дает оснований для зла, других бед в людской жизни, само по себе *направляет* энергию свободы в сферу творчества, созидательной активности. Во всяком случае дает условия, предпосылки для такой ее ориентации. Этому же способствуют многообразные юридические институты, при надлежащей их отработанности, в сфере гражданского права, трудового права, других отраслей.

«Свое». Смысл и назначение права, в том числе и в переводе свободы в плоскость созидательной, творческой активности людей, во многом раскрывается через категорию, которую кратко можно обозначить словом «свое».

Об этом ранее уже упоминалось. Определение и сохранение границ свободы в обществе состоит не в установлении (во всяком случае — далеко не только в установлении) неких барьеров, закрепляющих и охранительных механизмов. Для права — потому оно и «право» — характерно другое, также отмеченное Кантом. Это — определение каждому «свое» и его ограждение от посягательств каждого другого.

Судя по всему, именно здесь кроется важнейшая сторона, элемент самой сути права. Тот элемент, который свидетельствует: право (наряду с собственностью, свободой и в сочетании с ними) — *явление, предельно близкое для человека, «родное» для него.*

Этот элемент стал складываться уже в дальней биосоциальной предыстории человечества. Уже тогда при помощи природных механизмов, характерных для жизни «организованных животных», происходило твердое природное закрепление за особью «своего» и его ограждение от посягательств других особей.

В условиях цивилизации рассматриваемый элемент раскрылся в определяющей категории правовой системы — в *субъективных юридических правах.* Именно через эту категорию — «свое» — право (во многом через взаимодействие с однопорядковыми социальными категориями, прежде всего — с собственностью) проникает в самые недра механизмов, определяющих поведение людей, — в область интересов и воли человека.

Таким образом, Кант, на мой взгляд, не только связывает право с феноменом свободы в ее реальном и моральном значении и действии,

но и формулирует положения, которые позволяют идти дальше, — увидеть в праве ту его основу, которая относится к самому сокровенному и значимому в жизни людей. Это — сам *смысл* существования человека, который в немалой мере и раскрывается в слове «свое» и который хотя неотделим от категории свободы, но не сводится к ней. «Свое» может быть охарактеризовано как *бытие автономного человека*, реализация его *индивидуальности*, утверждение всего того, что *обеспечивает и охраняет его свободу и самостоятельность* (собственность, статус, права). То есть всего того, что под этико-психологическим углом зрения проявляется в виде *эгоизма* (в зависимости от уровня культуры — то грубого, агрессивного, то — христиански облагороженного), но по содержательным социальным меркам несет в себе импульсы человеческой энергии, активности, творчества.

При помощи субъективных юридических прав «свое» в этико-психологическом отношении переключается во «внешнее свое», когда вступает в действие сложный юридический инструментарий, комплекс юридических механизмов. Кант с учетом этого так и озаглавил один из параграфов «Метафизических начал о праве» — «Иметь что-то внешнее *своим* можно лишь в правовом состоянии при наличии власти, устанавливающей публичные законы, т.е. в гражданском состоянии»¹. Любопытен в рассматриваемом отношении и взгляд философа на договор, по его словам представляющий собой «акт объединенного произвола двух лиц, посредством которого вообще *свое* одного переходит к другому»².

Другие характеристики. Вновь обращаясь к творчеству Канта, следует отметить, что логика понимания права, опирающаяся на достижения философской мысли, не может исчерпываться использованием одних лишь идей философа, напрямую относящихся к праву. В логике правопонимания существенную роль играют и общая философская концепция, и разработка отдельных фрагментов действительности, жизни общества, истории.

И в этой плоскости философия Канта дает немало оснований для размышлений. Наиболее основательными здесь являются кантовские идеи, приводящие, по мнению автора этих строк, к характеристике права как:

регулятора, рассчитанного на конфликтную среду;
копилки вечного.

¹ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 167.

² Там же. С. 185.

Регулятор, рассчитанный на конфликтную среду. Существенная особенность права как социального регулятора заключается в том, что этот регулятор изначально рассчитан на общество, в котором утверждаются «величайшая свобода» и «постоянный антагонизм», и, следовательно, на конфликтную среду и соответственно этому строится так, чтобы регулировать поведение людей в условиях столкновений, противоборств, конфликтных ситуаций.

Вся органика права, построение правовой материи в целом таковы, что они призваны в максимальной степени преодолевать негативные стороны «постоянного антагонизма» и обеспечивать, при минимальных потерях, развертывание его позитивного потенциала. То есть добиваться такого положения в жизни общества, когда бы в результате действия правовых институтов оказывалось возможным преодолевать самую острую конфликтную ситуацию, обеспечивать нормальное функционирование социальных институтов и процедур, ставить на конфликтной ситуации правозначную «точку» и в то же время – гасить сами эти конфликты, достигать возможного при данном положении вещей доброго мира и согласия.

Достаточно под рассматриваемым углом зрения проанализировать основные отрасли и институты права стран с развитой демократической и юридической культурой, чтобы убедиться в том, что само построение верховных органов власти, характер административных процедур, функционирование правоохранительных и в особенности правосудных учреждений – все эти, как и многие другие, юридические институции таковы, что «рассчитанность на возможный конфликт» проходит через их содержание красной нитью. Впрочем, и в обществах с авторитарной властью, со слабой, неразвитой юридической культурой правовые институции (пусть и с расчетом на приоритет авторитарной воли правителя) во многом устремлены на то, чтобы решать конфликты, и решать так, чтобы в самых сложных ситуациях прозвучал в качестве «последнего слова» голос действующих юридических установлений.

Копилка вечного. «Замысел» природы, направленный на применение разума человека, восходит ко всему роду, к человечеству, к исторически складывающимся человеческим цивилизациям. Отдельные же индивиды, с их «игрой в величие», со многими эгоистическими наклонностями, «не знают границ своим замыслам». Здесь нужны опыт, упражнения, обучение, для реализации которых мало одной краткой жизни человека. И поэтому требуется необозримый ряд людей, поколений, так сказать, человеческих особей, которые «передавали бы од-

на другой свои знания, чтобы, наконец, довести их зародыши в нашем роде до такой ступени развития, которая полностью соответствовала бы замыслу природы»¹.

И вот – выводы, вытекающие из вкратце изложенных размышлений Канта. Это – выводы о высокой значимости тех социальных институтов, объективированных образований духовной жизни, которые аккумулируют, фиксируют и передают из поколения в поколение, делают «вечными» накапливаемые людьми опыт и знания. И здесь наряду с такими общепризнанными социальными институтами, как наука и искусство, по всем данным существенное, еще недооцененное значение принадлежит праву, его объективированным формам.

Ведь право, выраженное в его объективированных формах (законодательных документах, иных исторических памятниках, выводах практики, общепризнанных сентенциях правоведов), имеет ряд важных, в чем-то уникальных достоинств в накапливании достижений разума и опыта – своего рода «копилки вечного».

Право в его наиболее высоких достижениях – того, что может быть названо «чистым правом», – прямой продукт разума, что наиболее выразительно продемонстрировали древнеримские юристы – творцы наиболее значимых правовых ценностей, вошедших в мировую юридическую культуру. При том это такая «копилка», которая непосредственно обращена к практической деятельности людей, к практике их сложных взаимоотношений, конфликтов, оптимальных способов их решения. И плюс к тому еще право – явление непрерывное во времени, без остановок длящееся: какой бы облик ни принимала данная общественная система, она не может обойтись без юридических форм и в этой связи – без восприятия опыта и достижений прошлого (пусть даже, как это было в советском обществе, восприятия формального, порой в целях фальсификации, прикрытия тиранических порядков).

Такая характеристика права, как «копилка вечного» требует, помимо прочего, повышенного внимания к проблемам правовой культуры. Достижения науки последнего времени по этой проблематике² могут быть обогащены новыми гранями, вытекающими из кратко изложенных философских положений, прежде всего – тех, которые еще два столетия тому назад были обоснованы Кантом.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 87.

² См.: Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996.

5. «По ту сторону» представлений о природе: духовный мир человека и право

Иная плоскость. — Многогранный духовный мир человека. — Территории права и морали. — Путь в область внешней свободы.

Иная плоскость. Обоснование права «через природу» (т.е. в качестве необходимого звена «замысла» природы), при всей, надо полагать, строгой логичности такого обоснования, отдает холодом суровости, жесткости, железной причинности, природной неотвратимости, неотделимости от человеческих бед, пороков. И если ограничиться только такой, «природной» плоскостью мирозданческого обоснования права, то оно (право), пожалуй, вряд ли могло бы получить высокое признание в жизни людей. Да и само содержание права в разные эпохи и в разных регионах, его подвижность, соответствие или несоответствие известным критериям — свидетельство того, что здесь «работают» не только природная неотвратимость, причинность. Добавим сюда наше возвышенное, порой трепетное отношение 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.

Именно здесь, в этой заприродной плоскости, право и может получить мирозданческий статус, объясняющий возможность и оправданность его характеристики в качестве святого начала в нашей людской жизни. Подробнее обо всем этом — в последующих главах книги. А сейчас — некоторые отправные положения, которые опираются на взгляды Канта.

Многогранный духовный мир человека. 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». 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 называет «пороками окултуренного разума».

Но есть в духовном мире человека грани, относящиеся к началам «по ту сторону» категорий природы, за пределами непосредственно чувственного восприятия. Кант, по словам М. Мамардашвили, «выявил вневременной, то есть независимый от смены состояний, от прогресса, от знания, внемыслительный характер самой бытийной основы человеческого существования»¹ и связывает с такого рода началами трансцендентальные идеи чистого разума: произвола свободы, бессмертия, Бога. Они, 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 тут проявляются непосредственно, прямо в духовном мире человека.

Следует согласиться с высказанным в литературе мнением о том, что на первое место среди указанных категорий, находящихся «по ту сторону» представлений о природе в самих глубинах духовного мира человека, должна быть *свобода человека*. Свобода, как это ни странно прозвучит, в смысле *произвола*, т.е. свободы выбора, свободы воли, или – способности ставить любые цели перед свободой человека.

Как справедливо отметил Т.И. Ойзерман, «у Канта отсутствует столь характерное, например, для Гегеля, противопоставление свободы и произвола. Произвол трактуется Кантом в основном положительно как произвольное действие. С этой точки зрения свобода воли предполагает произвол, включает его в себя, поскольку она невозможна без свободы выбора»². Именно в таком ключе понимает 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»³. Или – при определении личного права: «...владение произволом другого как способность по законам свободы определять этот произвол моим произволом к тому или иному действию»⁴.

Запомним это кантовское понимание свободы – свободы в смысле свободного произвола (резко отличающееся от иной и к тому же ши-

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 55.

² Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 71. Вместе с тем автор замечает, что «понятие произвола у Канта далеко не однозначно. Кант разграничивает *свободный произвол*, определяемый чистым разумом, и произвол, который в большей или меньшей мере подвержен воздействию эмпирического разума, эмоциям, различного рода склонностям» (Там же).

³ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 139.

⁴ Там же. С. 184.

роко распространенной трактовки «произвола» в негативном значении, произвола как безнравственного усмотрения, противозаконного своеволия, продиктованных эмпирическими причинами): свобода в смысле произвола — понятие, которое представляется весьма важным при рассмотрении правовых вопросов.

Территории права и морали. Сначала — положение, которое является крайне существенным, ключевым для всего последующего изложения.

Это предельно четкое различие свободы (произвола) во внешних отношениях людей и свободы (произвола) человека в его духовном мире.

Отмечая основные черты права (поскольку его понятие «относится к соответствующей этому праву обязательности»), Кант в качестве первой из таких черт отмечает, что право «касается лишь внешних, и притом практических, отношений между лицами, поскольку их поступки как действия могут иметь (непосредственное или опосредствованное) влияние друг на друга»¹. Право с этой точки зрения охватывает свободу (произвол) людей именно в области внешних отношений.

Итак, перед нами в высшей степени существенное положение, которое постоянно нужно иметь в виду при рассмотрении всех правовых вопросов, — *территорией права является область внешних отношений, свобода (произвол) в действиях людей, которые могут иметь влияние друг на друга.*

А духовный мир человека? Его свобода (произвол) 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»²), поясняет: «Разумеется, здесь имеются в виду законы нравственности: лишь подчинение этим законам совместимо с действительной свободой воли»³. При этом, по словам Канта, «нельзя отрицать, что значение нравственного закона до такой степени широко, что он имеет силу не только для людей, но для всех разумных существ вообще»⁴.

¹ Кант приведенную особенность права обозначает как его черту номер один («во-первых») и добавляет сразу же: «Во-вторых, понятие права означает не отношение произвола к желанию (следовательно, к чистой потребности) другого (лица), как это имеет место в благодетельных или жестокосердных поступках, а лишь отношение к произволу другого (лица)» (Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 139).

² Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 179–181.

³ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 70.

⁴ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 105.

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 (произвол) во внутренней духовной жизни*¹. Именно здесь формируется нравственная личность и именно здесь способность воспринимать уважение к моральным принципам и идеалам выступает в качестве самого по себе достаточного мотива поведения человека, а в этой связи — нравственных максим, императивов и личной ответственности человека. Словом, как раз в данной области реализуется стремление Канта возвысить «человека над самим собой (как часть чувственно воспринимаемого мира)»².

Два обстоятельства при этом достойны особого внимания.

Первое. Моральные принципы и идеалы во внутреннем мире человека приобретают категорический характер. Вовсе не случайно поэтому Кант 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»³. Надо заметить, что подчас этому положению необоснованно придается весьма широкое значение (распространяется и на «законодательство» в строгом юридическом значении), т.е. без учета его «территориальности» относимости только к духовному миру человека.

Второе. 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 началам, высшим духовным идеалам, к свободе (произволу) «по ту сторону» представлений о природе. Фи-

¹ По мнению А.К. Судакова, «даже так называемые обязанности перед самим собой могут быть последовательно представлены лишь как обязанности перед той законодательной властью морального Мира, силой и действием которой достоинство нравственной свободы в человеке поставлено выше всякой неразумной природы в мире» (Судаков А.К. Любовь к жизни и запрет самоубийства в кантианской метафизике нравов // Вопросы философии. 1996. № 8. С. 54).

² Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 1. С. 413.

³ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 179–181.

лософская позиция Канта по этому вопросу предстает во всей своей исключительной важности.

Верно, конечно, что «если вы посмотрите рассуждения Канта о том, что первично в человеке, зло или добро, считать ли человеческое существо по природе добрым или злым, то увидите, что Кант проходит по краю пропасти этой неразрешимой проблемы»¹. Но эта проблема действительно неразрешима или разрешима в пользу зла, если брать духовный мир современного человека в полном объеме, во всей его многогранности, когда основные его пласты обусловлены природой, чувственными восприятиями 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*. 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»².

Мы в нашем постсоветском отечестве, оглушенные «диалектическим материализмом», так до сих пор и не поняли, что без учета глубоких духовных основ нашей жизни, находящихся «по ту сторону» представлений о природе, ни о какой действительной свободе личности, свободе воли, прав человека, ответственности и личной вине не может быть и речи. И если уж искать высокий, истинно человеческий смысл в религии, то его нужно видеть не в ритуальных церемониях и мифах, а в глубоких трансцендентных началах нашего духовного мира, понять которые, возможно, является самой трудной и самой великой задачей философии. Впрочем, в то же время нужно не упускать из поля зрения и негативные стороны средневековых ортодоксально религиозных восприятий и трактовок «добра» и «совести», которые выступали в качестве основы патерналистского сознания и образа жизни.

Путь в область внешней свободы. А теперь вопрос: насколько все же кратко изложенные положения о глубоких духовных, моральных основах духовного мира человека (тем более — положения, несомнен-

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 86. И тут же автор замечает: «...как философы мы можем понять, что склонности к добру в натуральном смысле этого слова не может быть».

² Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

но, 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 опосредованно связана с моральной жизнью человека.

Прежде всего — гипотеза. 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 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 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 — соображение вот какого порядка.

В статье Т.И. Ойзермана, посвященной кантовским идеям о метафизике свободы, обращено внимание на то, что «отправным пунктом» философии права в кантовском понимании истории человечества является «противопоставление свободной моральной воли, согласующейся с нравственным законом, т.е. с законом, который она сама создает (или добровольно принимает), и незаконной, чуждой нравственной мотивации внешней свободы...»¹. Верное, основательное соображение. К этому надо бы добавить, пожалуй, лишь то, что «беззаконность» внешней свободы (по критериям нравственных законов) или «чуждость» ее им по своей мотивации требует по логике истории человечества того, чтобы в жизнь общества вступили положительные законы или внешнее, публичное право, обладающее мощной социальной силой.

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 сводит-

¹ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 74.

ся 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 «землю», в грешный мир, где теряется нравственная мотивация поступков, — тем не менее дает опору для возвращения и сюда нравственных законов, обогащенных разумом*¹. Возвращения, надо обратить внимание, не в развернутом, содержательном виде, а в виде *опоры* в жестком мире внешних отношений, но все же хотя бы таким путем открывает путь к такому возвращению. Возможно, именно тут, в данной стороне взаимосвязи морали и права, могут быть найдены те существенные стороны миссии права в обществе, которые относятся к действительной свободе человека², причем — уже при таком восприятии и понимании «добра» и «совести», когда они — в поле действия права — уже не являются основой патерналистского познания и образа жизни.

¹ Отмеченные особенности соотношения права и морали в их кантовском понимании недостаточно учитываются в литературе. Высказан, в частности, такой взгляд на отличие кантовской этики от учения Канта о праве. «В первой, — пишет Х. Оберер, — речь идет только о позитивном понятии свободы нравственной автономии, а в учении о праве речь идет только о негативном понятии свободы в смысле отсутствия принуждения от побуждающей чувственности и узаконенности ее внешнего употребления» (*Oberer H. Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre // Kant-Studien* (Berlin). 1973. Jg. 64. H. 1. S. 48). Между тем, надо полагать, учение Канта о праве охватывает свободу и в ее позитивном значении и не только в смысле «узаконенности ее внешнего употребления». Право, как будет показано в последующем изложении, — это главная опора для свободы человека во всех ее позитивных проявлениях в мире внешних, практических отношений.

² Знаменательно, что даже в обстановке сложного отношения к Канту, характерного для советского общества, притом со ссылкой на слова философа о «возвышенном характере нашего собственного сверхчувственного существования» (Соч. Т. 4. Ч. 1. С. 415), было признано и даже как-то увязано с идеями коммунизма, что с позиции Канта «морали и этике принадлежит особая роль в возвышении человека, в отстаивании его высокого предназначения и достоинства» (Кант и кантианцы. М., 1978. С. 332).

ГЛАВА ВТОРАЯ ЗАКОН И ПРАВО

1. Объективное право: понятие, соотношение с законом

Кант: единство закона и права. — От «морально-правовых» категорий — к объективному праву. — Право в гражданском обществе. — Право как институциональное образование; его качества и свойства. — Сила права. — Научные трактовки. — Исходный пункт

Кант: единство закона и права. В своих основных произведениях, в которых сформулированы принципиальные положения о праве (трактаты и статьи 1784–1795 гг., сочинение о метафизических началах учения о праве 1797 г.), Кант придает закону — по Канту, «внешнему», «принудительному», «публичному» закону — подчеркнуто повышенное значение. Не упустим из поля зрения — именно «внешнему», «принудительному», «публичному», т.е. закону в смысле официального документа, конституирующего и содержащего право в строго юридическом значении. Ибо слово «закон» может использоваться (и действительно использовалось философом) в нескольких смысловых значениях — и в общефилософском, охватывающем в области природы начала причинности, и в смысле морального закона (даже, как мы видели, «законодательства» в моральной сфере), и наконец, вот здесь — с общегражданским, политико-юридическим звучанием.

Более того, из текста указанных выше сочинений со всей определенностью следует, что Кант видит в законе и праве *органическое единство*. Этот вывод следует не только из того обстоятельства, что Кант (напомню — незаурядный знаток специальной юридической проблематики и терминологии) использует как тождественные, взаимозаменяемые, с одной стороны, выражения — «внешний закон», «принудительный закон», «публичный закон», а с другой — «внешнее право», «принудительное право», «публичное право». Указанный вывод вытекает и из существа проблем, их постановки, решения: в случаях, когда Кант говорит о праве, он обычно тотчас же упоминает о законе («это право людей, находящихся под публичными принудительными

законами»¹), а при определении закона ссылается на право («публичный закон, определяющий для всех, что им по праву должно быть дозволено или не дозволено»²).

Конечно, для Канта, как видно из анализа текстов его сочинений, предельно ясно различие между правом и законом. Причем как со стороны специальных юридических знаний (одно, закон, — документ, конституирующий и содержащий право; другое, право, — особый социальный феномен, определяющий дозволенное и не дозволенное в обществе), так и с принципиальных философских позиций. Не случайно в одной из своих работ он пишет о «правовом законе»³, а в других — о законах, рожденных «капризом» или «изворотливой силой»⁴, или о законах «статутарных», отличных от законов, вытекающих «из понятий внешнего права»⁵.

Тем не менее доминирующая линия в рассуждениях Канта — это нераздельность, единство закона и права (один из множества примеров — «совокупность законов, нуждающихся в обнаружении для того, чтобы создать правовое состояние, есть *публичное право*»⁶, другой пример — «публичное право (в рамках общности) есть не что иное, как действительное... и соединенное с властью законодательство...»⁷).

Как можно объяснить это? Ведь использование указанных понятий и терминов — проблема вообще-то тривиальная, казалось бы, не заслуживающая сколько-нибудь серьезного внимания с философских позиций. Не пустяшные ли мелочи здесь? Тем более, когда рассматриваются фундаментальные идеи теории философского порядка. Ну, использовал термин из одного ряда, затем в аналогичной ситуации термин из другого ряда понятий юриспруденции, потом вновь вернулся к прежней терминологии; чего уж там? Что тут важного? Стоит ли из всего этого делать какие-то выводы, относящиеся к философскому видению права?

Стоит! И дело здесь не только в чистоте терминологии из специальной области деятельности и знаний, а в вещах существенных, принципиальных. Причем — таких, которые связаны не с философским возвеличиванием данных юридического позитивизма (на что устремилась «чистая теория права» Г. Кельзена его сторонников), а с поис-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 281.

² Там же. С. 297.

³ Кант И. Соч. В 6 т. М., 1963–1966. Т. 4. Ч. 2. С. 233.

⁴ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 315.

⁵ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 233.

⁶ Там же. С. 231.

⁷ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 291.

ком и с непростым процессом формирования основополагающих идей по вопросам права, принадлежащих, по мнению автора этих строк, к тому наиболее крупному, значительному, что может быть поставлено в заслугу великому философу.

Для того чтобы разобраться с рассматриваемым комплексом вопросов, необходимо, как говорится, «вернуться назад» к тому времени, когда были написаны произведения, в которых оттеняется значение «внешних», «принудительных», «публичных» законов, и приглядеться к постановке правовых проблем в лекциях Канта в Кенигсбергском университете в 1780–1782 гг.

От «морально-правовых» категорий — к объективному праву. Хотелось бы еще раз сказать о том, что уже в кенигсбергских лекциях содержались важнейшие идеи, которые легли в основу концепции Канта о принципиально новом понимании права.

Казалось бы, можно сказать даже большее. На первый взгляд представляется, что некоторые положения философа, сформулированные в лекциях, настолько основательны, что они могут быть без каких-либо корректив как таковые (вполне «готовые», к тому же весьма оригинальные, сильные лозунги и призывы) использованы в нашей сегодняшней действительности. В чем-то это и впрямь так.

Вот основное из таких положений.

«Высшей среди... обязанностей, — говорит Кант, — является глубокое уважение права других людей. Наш долг состоит в том, чтобы глубоко уважать право других и как святыню ценить его. Во всем мире нет ничего более святого, чем право других людей. Оно неприкосновенно и нерушимо. Проклятие тому, кто ущемляет право других и топчет его ногами! Право человека должно обеспечивать ему безопасность, оно сильнее всякого оружия и надежнее всех стен»¹.

Отсюда — другие положения Канта (в кавычках — перевод Э.Ю. Соловьева), в том числе о том, что «каждый человек обязан отстаивать свое право» и следить, чтобы другие не топтали его ногами. Он «не должен отказываться от человеческого преимущества «иметь право», а обязан так долго отстаивать его, как только может, потому что, «отказываясь от своего права, он отказывается и от права называться человеком»².

¹ Кант И. Из лекций по этике // Этическая мысль. М., 1988. С. 306.

² Вот еще близкие по смыслу положения: «Если бы люди захотели действовать лишь по доброте, то не существовало бы моего и твоего... тогда не стал бы стараться что-нибудь приобретать, полагался бы на доброту других» (Кант И. Из лекций по этике. Этическая мысль. С. 308). И еще: «...люди в труде должны проявлять заботу о своем счастье»

В приведенных суждениях и современный юрист найдет мысли о правовых принципах, отвечающих самым передовым взглядам на право нынешней эпохи («право других» — неприкосновенно и нерушимо; оно обеспечивает безопасность человеку; недопустимо отказываться от «своего права»). Но есть все же в высказываниях Канта, несомненно верных и точных по своей сути, нечто такое, что настораживает. Что это?

Пожалуй, то, что здесь и бытие, и реализация правовых принципов остаются под эгидой морали, решающим образом зависят от нее.

Правда, Кант уже сделал в кенигсбергских лекциях существенный шаг в обоснование собственной значимости и ценности права, не связанных с моралью. И хотя по принятой в ту пору философской традиции, во многом сохранившейся до наших дней, он продолжает освещение права в жестких рамках этики, в его лекциях весьма ошутим отказ от сугубо этического угла зрения, во всяком случае — от средневеково-христианской идеологии патерналистского сострадания, его примата над справедливостью, от приоритета благотворительности перед юридической рациональностью. В лекциях положение Канта «иметь право» предстает как человеческое преимущество, а поступки из доброты — как действия, которые надлежит «сводить к праву». «Кант, — пишет Э.Ю. Соловьев, — был мыслителем, который решительнее любого другого моралиста XVII в. отстаивал *примат справедливости над состраданием*», и потому его «лекции 1780—1782 гг. — это, в сущности, настоящий манифест против сострадательной частной благотворительности»¹.

И все же Кант сообразно господствующей философской традиции претворение в жизнь высоких правовых принципов ставил в зависимость не от силы самого права и действенности юридических механизмов, а от моральных начал — «высшей среди обязанностей», угрозы утраты «права называться человеком» — от того, что в современной литературе справедливо оценено как постулат «общегражданского, демократического рыцарства»².

А в этой связи вот какую гипотезу о логике развития идей Канта по вопросам права (именно гипотезу, предположение, не претендующую на категоричность) хотелось бы высказать. Именно потому, что Кант в лекциях 1780—1782 гг. сформулировал передовые правовые принципы, их автору уже в то время становилось все более и более

и каждый должен уважать право других. Следовательно, все моралисты и учителя должны настолько, насколько это возможно, представлять действия из доброты как действия по долгу и сводить их к праву» (Там же). Напомним — *сводить их к праву!*

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 52.

² Там же. С. 50—51.

очевидным, что такого рода принципы не могут обрести реальность при помощи одних лишь моральных начал (даже таких, действительно важных, как признание «прав других людей святыней» и провозглашение того, что «во всем мире нет ничего более святого, чем право других людей»). Да и в жизни нарождающиеся либеральные цивилизации, буржуазные революции, формирование парламентарной демократии и свободного конкурентного рынка требовали господства в обществе передовых юридических принципов и норм, не обремененных постулатами во многом неопределенной, уходящей в прошлое морали. А значит – понимания «собственной плоти» права, самостоятельного статуса. И отсюда – признания его собственной самодостаточной силы и назначения, необходимости возвышения «собственных» юридических механизмов и средств, при помощи которых право утверждается и реализуется в обществе, тем более – в обществе, где наличествуют «величайшая свобода» и «постоянные антагонизмы».

В этой связи в дополнение к уже высказанным соображениям в отношении другой гипотезы (о сложном пути развития творчества Канта вообще), по-видимому, проясняется ответ на вопрос, почему, определив в порядке постановки весьма основательные идеи о праве, Кант затем обращается к проблемам разума и до завершения своих исследований по этой проблематике не формулирует в окончательном, отработанном виде – в виде цельного философско-правового сочинения – свои правовые воззрения. Да потому, как следует из последующих кантовских работ, что именно в разуме, его «чистоте» и силе он увидел перспективу понимания самих основ, глубокой сути права.

В итоге допустимо предположить, что именно в конце 1780-х и в особенности в первой половине 1790-х гг., т.е. к тому времени, когда в основном уже получили завершение исследования Канта о разуме (чистом, практическом, способности суждения), и появились трактаты и статьи – «О поговорке...», «К вечному миру», в которых были изложены в связи с острыми вопросами действительности вполне сформировавшиеся кантовские идеи о праве. Причем кардинальное развитие этих идей произошло в двух главных направлениях.

Во-первых, в обретении учения о праве своего, *самостоятельно-го высокозначимого статуса* (не менее значимого, чем статус этики)¹.

¹ При этом при указании на отдельные «философские учения» нужно иметь в виду отмеченное М. К. Мамардашвили «свойство теоретической философии», которая «не подразделяется на какие-то специализации или области. Философский акт, если он выполняется – то как тотальный акт, неразделимый на «специализации»» (*Мамардашвили М. Кантианские вариации. М., 1997. С. 273*).

И, во-вторых, в признании того, что самые высокие правовые принципы и права людей лишь тогда станут реальными, когда они выступят в качестве *категорий объективного права* (не случайно в приведенных суждениях философа, содержащихся в лекциях, уже промелькнуло выражение — «право человека», которое «сильнее всякого оружия и надежнее всех стен»). А объективное право, или в иной словесной формулировке — «внешнее право», или «позитивное право», есть такое социальное явление, точнее — такой социальный институт, который внутренне, органически неотделим от закона.

В последнем из приведенных положений и кроется ответ на вопрос: почему в своих основных произведениях, затрагивающих вопросы права, Кант так крепко связывает между собой закон и право, даже применением соответствующей терминологии оттеняет их глубокое единство (и плюс к тому, делает понятным, почему с разумом Кант соотносит именно объективное право)? Впрочем, прежде чем продолжить эту тему, еще два замечания: одно — исторического, а другое — специально-юридического порядка.

С исторической стороны важно обратить внимание на то, что реальные процессы в жизни обществ в XIX–XX вв. по утверждению ценностей либеральных цивилизаций в принципе проделали тот же путь, что и, по предположению автора этих строк, прошло развитие кантовских идей по праву. Известно, что лозунги и правовые принципы Великой французской революции о прирожденных, естественных правах и свободах человека сами по себе (при всей революционной эйфории, величии провозглашенных моральных начал) еще долгие десятилетия не становились живой, политико-социальной реальностью. Хуже того, под прикрытием этих лозунгов и принципов свершались кровавые дела якобинской диктатуры, проходили истребительные войны, утверждались реакционные политические режимы. И лишь под напором требований самой жизни — увы, как всегда, в основном утрат и невозможных потерь — стало приходить осознание того, что замечательные лозунги и правовые принципы нуждаются в юридическом возвышении — в их воплощении в категориях объективного права, нераздельно связанных с законом (в этом, помимо иного, состоял смысл прошедшего на пороге XX века «возрождения естественного права», в чем — и как раз с акцентом на роль закона — существенную роль сыграли российские праведы-либералы)¹. Тем не менее только,

¹ См.: Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 508.

пожалуй, ужасы тоталитарных режимов середины XX века, связанных с ними чудовищно-кровавых последствий для людей, всего человечества привели к тому, что лишь после Второй мировой войны, к концу 1940-х — началу 1950-х гг., неотъемлемые прирожденные права человека стали «общепризнанными», начали приобретать непосредственное юридико-регулятивное значение и по сути обрели качество категорий объективного права.

Разъяснение по специально-юридическому вопросу, в общем-то, элементарное, многим известное, но все же требующее общего и единого понимания, предельно строгой фиксации.

Речь идет о том, что слово «право» может употребляться не только в юридическом и неюридическом значениях (сравним — «уголовное право» и «моральные права»), но и в юридической области также имеет два основных значения, в какой-то мере отражающих использование данного слова во множественном и единственном числе — «права» и «право». В одном случае («права») имеются в виду юридические возможности отдельных лиц, тех или иных субъектов — граждан, организаций и т.д. Во втором случае — внимание! — слово «право» обозначает по большей части особое явление в рамках общества в целом — «российское право», «уголовное право», «наследственное право».

В юриспруденции на этот счет сложилась особая терминология. «Право» в первом из указанных значений именуется *субъективным правом*, поскольку речь идет о юридических возможностях *субъектов*, отдельных лиц. В таком же значении можно говорить о моральных правах, корпоративных правах, правах-обычаях и т.д. Во втором же случае употребляется иной термин — *объективное право*, т.е. особое объективно существующее образование, состоящее из принципов, норм. При этом — таких принципов, норм, которые в наших условиях выражены в законах (не случайно выражения «российское право» и «российское законодательство» большинством людей воспринимаются как тождественные, равнозначные).

Так вот, в приведенных ранее выдержках из лекций Канта формулируемые им правовые принципы касаются в основном *субъективных* юридических прав, которые освящены моральными обязанностями.

Но когда в тех же выдержках философ упоминает о «праве человека», то здесь уже промелькнуло *объективное право* — нормативное объективированное образование, тесно связанное с законом. То объективное (или — внешнее, позитивное, публичное) право, на основе которого определенные возможности лиц становятся полновесными с юридической стороны субъективными правами. Именно здесь рас-

крывается смысл кантовского выражения — «всякое право зависит от закона»¹. И именно здесь, на почве объективного права, субъективные права обретают качество реальности, возможности при помощи юридических механизмов реально и точно воплотиться в жизнь, даже без опоры на моральные начала. Объективное право, во многом по признаку связи с законом, в последующем и оказалось в центре внимания Канта, притом как явление высокого социального значения — цели общества.

Право в гражданском обществе. Единство права и закона, выраженное в объективном праве, — это не их тождество. Оно предполагает сложное, нередко противоречивое соотношение между ними, при котором возможны, например, «правовые» или «неправовые» законы.

Но, как бы то ни было, это единство имеет глубокий социальный смысл, раскрывающий само существование права как явления социальной реальности, а в конечном счете — его место и назначение в жизни людей. Суть дела в том, что как раз при помощи законов как официальных нормативных документов происходит формирование и функционирование объективного права — особого и, надо сразу сказать, мощного социального феномена, способного решать такие жизненные задачи, относящиеся к различным сторонам жизни и к цели общества, которые не под силу никакому иному социальному институту.

С этой точки зрения следует признать поверхностным, не отвечающим природе рассматриваемых явлений бытующий взгляд, в соответствии с которым законы, как и все другие источники права (подзаконные нормативные акты, прецеденты, имеющие юридико-нормативное значение, и др.), — это, дескать, только некая внешняя форма права, всего лишь «носитель» правовых норм — удел юридического позитивизма, низшего, по мнению ряда ученых, класса юридических дисциплин.

Между тем в правовой литературе давно уже показано, что законы, другие нормативные акты, наряду с функцией источника права, в первую очередь имеют правоустановительное, правотворческое значение². Именно при помощи законов, других упомянутых «форм» известные мысли, идеи, положения, имеющие субъективный характер, возводятся на уровень объективной реальности, воплощаются глав-

¹ Кант пишет: «Публичный закон, определяющий для всех, что им по праву должно быть дозволено или не дозволено, есть акт публичной воли, от которой исходит всякое право...» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 297).

² См.: *Мицкевич А.В.* Акты высших органов Советского государства. М., 1967; *Он же.* Правотворческое значение нормативных актов // Советское государство и право. 1965. № 11. С. 49–57; *Общая теория советского права.* М., 1966. С. 136.

ным образом при помощи официальных документов в объективированном институциональном образовании — в объективном праве, становящимся в один ряд с другими институциональными образованиями общества — государством, религиозными институтами, объективированными формами духовной жизни, науки, искусства. Более того, как будет рассказано в последующем, «форма» в ее кантовском понимании имеет определяющее значение для всей совокупности основных особенностей права. Ведь от формы в ее кантовском понимании, по словам М. Мамардашвили, «зависит все остальное в мире»¹. А закон, по его же словам, «есть один из классических случаев формы»² — именно той формы, которая характеризует право «в простом смысле», т.е. как образование, направленное на исключение из жизни людей зла и несправедливости, угнетения и несчастья.

В отношении права (как и в отношении иных явлений, имеющих по своей основе идеальное, духовное основание) такой эффект достигается в процессе исторического развития — главным образом при помощи письменной формы законов. Как верно отмечено в современной философской литературе, «письмо... является неким значимым рубежом: благодаря письменной фиксации совокупность знаков достигает того, что можно назвать семантической автономией, то есть независимой от рассказчика, от слушателей, наконец, от конкретных условий продуцирования»³. «Семантическая автономия», выраженная в письменной форме законов, и позволяет праву возвыситься в обществе, объективироваться, стать независимым от внешних условий и любых субъектов, в том числе от творцов юридических установлений. Бытие права как особого и независимого институционального образования подкрепляется тем, что с его существованием и реализацией сопряжено функционирование целой системы государственных учреждений⁴, а также его реальностью в практических делах, при его воплощении в жизнь⁵.

Здесь уместно еще раз обратить внимание на то, что право («внешнее», «принудительное», «публичное») принадлежит к разряду явле-

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 90.

² Там же. С. 93.

³ Рикер П. Герменевтика. Этика. Политика. М., 1995. С. 7–8.

⁴ Еришов Ю.Г. Философия права (материалы лекций). Екатеринбург, 1995.

⁵ Кант придает значение «объективной реальности» даже чистым принципам права. Он пишет: «Мы неизбежно придем к... повергающим в отчаяние выводам, если не допустим, что чистые принципы права имеют объективную реальность, т.е. если не допустим их осуществимость» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 459).

ний, которые – и Кант эту черту права выделяет в качестве его заглавной особенности, особенности «номер один» – касаются не внутреннего, духовного мира людей, а *внешних, практических отношений между лицами*, поскольку их поступки как действия могут иметь (непосредственное или опосредствованное) влияние друг на друга. То есть право относится к той стороне жизни людей, которую можно назвать «внешней свободой» (или – несвободой) человека¹.

В своем единении с законом право – и именно как институциональное образование, взаимосвязанное с государством, другими социально-политическими и духовными институтами, – является составной частью гражданского общества, призванного реализовать его важнейшие функции, прежде всего – функции «сильного», непрерывно действующего социального регулятора. В современной литературе справедливо отмечено, что согласно Канту «только объединение свободы и закона с принуждением конституирует правовое государство, или республику...»².

Впрочем, здесь требуется более подробный анализ, касающийся некоторых специальных и к тому же отвлеченных проблем юридической науки, излагаемых дальше в несколько сокращенном, уплотненном виде.

Право как институциональное образование; его качества и свойства. Возведение права в особое институциональное образование исторически оказалось необходимым по логике жизни (и это подтверждается генезисом идей Канта) потому, что именно право в виде объективированного институционального образования, т.е. благодаря его органическому единству с законом, становится носителем особых социально-юридических качеств и свойств, придающих ему значительную мощь, неведомую другим явлениям и институтам.

Каковы эти качества и свойства?

¹ «Понятие внешнего права, – пишет Кант, – вообще полностью вытекает из понятия *свободы* во внешних отношениях между людьми» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 281).

² *Ойзерман Т.И.* К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 75. Отмечая это обстоятельство, Т.И. Ойзерман указывает на то, что «правом избирать представительную власть Кант наделяет лишь «самостоятельных» граждан, к которым он не относит лиц наемного труда и женщин». «В этом смысле», продолжает он, можно согласиться с мнением Э.Ю. Соловьева о том, что у Канта нет понятия правового государства. Да, действительно, «в этом смысле» – можно согласиться. Но не более. У Канта есть философская основа *идеи* правового государства и даже нечто более важного – *идеи правового общества*.

Признавая известную условность такого рода градации («качества», по мысли автора, — это внутренние, органические характеристики права как особого социального образования; «свойства» — внешние их проявления в процессе функционирования объективного права), вот какие краткие положения можно сформулировать на этот счет.

Среди **качеств права** прежде всего обращает на себя внимание его *всеобщность* (качество, которое и в истории науки, в философии права всегда выдвигалось на первый план) — возможность охвата правом при помощи законов всего населения страны, всех явлений и процессов, принадлежащих к области внешних, практических отношений, внешней свободы человека и поддающихся юридическому регулированию. Это качество в практической жизни находит выражение в нормативности, о чем еще речь впереди.

Особого внимания заслуживает другое качество права, которое можно назвать *равновесностью*. Оно является реализацией того заложенного в праве начала, которое выражено в формуле — «равная мера». Эта «равная мера», или «правовое равенство»¹, не сводимая к одной лишь нормативности, означает нацеленность права 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. Именно об этом качестве пишет Кант, когда в отношении устанавливаемого законом правового состояния утверждает, что для этого состояния характерно «равенство действия и противодействия взаимно ограничиваемого произвола людей сообразно с всеобщим законом свободы (каковое состояние и называется гражданским)»².

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. «Равновесность» понимается им скорее как правило чистого разума, привлеченного к решению пруденциальных проблем, а не как принцип разума практического»³. С этой точки зрения едва ли можно признать оправданной традиционную для философии права

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

² Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 291.

³ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 188.

попытку все же связать такого рода «внеэтичный феномен» с его обоснованием с позиций морали¹. В действительности соотношение между рассматриваемыми категориями здесь иное, обратное общепринятому: исконное для права качество равновесности можно рассматривать в качестве предпосылки, во многом определяющей моральный принцип справедливости.

Обращаясь к **свойствам права**, реализующим его функции регулятора поведения людей во внешних, практических отношениях, важно среди этих свойств выделить основные именно в практической жизни. Это:

нормативность (общеобязательная, всеобщая, т.е. реализующая его качество всеобщности) — действие права как нормативной системы, состоящей 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;

определенность по содержанию — способность права (главным образом при помощи письменных нормативных документов — законов, иных источников права) предельно точно фиксировать в формализованном виде необходимые стороны и грани внешнего поведения лиц, их поступков, детали и подробности поведения, поступков, в том числе — «самым точным образом определять границы» внешней свободы. Это свойство права и в прошлом и ныне нередко с учетом значения для права его письменной формы обозначалось и обозначается как «формальная определенность», и это — также оправданно, хотя более точно, как все более выясняется в настоящее время, делать ударение не на формальном моменте, а именно на самой определенности содержания;

гарантированность действия права, его реализации принудительной силой государства — самый действенный инструмент (насколько это возможно в гражданском обществе), позволяющий обществу или личности при помощи юридических механизмов «настоять на своем», добиться реального результата, обозначенного правом.

¹ 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 подается достаточно убедительному моральному обоснованию» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 188.). Но дело-то как раз в том, что в данном случае — поскольку речь идет о равновесности — никакого «морального обоснования» и не требуется.

Понятно, кратко изложенные особенности объективного права, его качеств и свойств, нуждаются в пояснениях, и немалых. Но их характеристику, дабы не уйти далеко в сторону от темы работы, придется пока оставить в сжатом виде. Важнейшие из них будут в известной мере конкретизированы в ходе последующего рассмотрения вопросов.

Сила права. Благодаря своим свойствам, поистине — уникальным, объективное право (вбирающее в себя то, что обычно понимается под «силой закона») оказывается способным решать многие крупные задачи гражданского общества, относящиеся к важнейшим сторонам его жизни — экономической, политической, культурной.

И действительно, какой еще институт гражданского общества способен разом, по единому образцу, всеохватно и на неопределенное время вперед отрегулировать общественные порядки и отношения? Есть ли еще другое нормативное образование, которое может строго, точно, по необходимости до деталей, до мелочей, определить должное поведение лиц? И к тому же юридические принципы и нормы по своей основе обязательны для всех и, если это требуется, обеспечиваются наиболее могущественной силой в обществе — властно-принудительной мощью государства. В этой связи есть основания полагать, что порой в невольном возникающем предположении, в соответствии с которым объективное право — крупнейшее «социальное изобретение» человечества, совершенное при его вступлении в эру цивилизации, нет ни грана произвольного допущения (другой вопрос: смогли ли люди и как, в каких целях использовать потенциал этого «изобретения»).

Правда, сила права — это в немалой степени сила государства, также по своим потенциям ключевое «цивилизационное открытие» человечества (и вовсе не случайно, как мы увидим, Кант делает ударение на таких особенностях «внешнего права», как «принудительность», «публичность», «государственность», суверенность). Но все же право — особая сила. Институт, обладающий мощной *социальной энергетикой*.

И дело не только в том, что в правовой материи властно-государственная деятельность цивилизуется — особенно в связи с разумом и гуманистическими чертами права (о чем речь — впереди). Дело еще и в том, что в объективном праве велика «собственная сила», не присущая властно-государственной деятельности как таковой, — прежде всего сила, раскрывающаяся в важнейших сторонах его всеобщности, равновесности, а отсюда — всеобщей нормативности, способности предельно точно и строго фиксировать должное и возможное поведение людей.

Силе права посвящено многое из последующего изложения в этой книге, ближайшим образом – завершающий раздел этой главы, в котором право рассматривается как «регулятор».

А сейчас, пожалуй, достаточно вновь предоставить слово Канту и, помимо всего иного, с новой стороны подкрепить взгляд философа на высокое значение права в жизни людей.

По Канту, право представляет собой антипод насилию – единственное средство, способное противостоять этому страшному, неподатливому злу. Поэтому необходимость права, по мнению Канта, проистекает не только из потребности определить границы свободы, но и из надобности противостоять насилию: «Насилие, которому подвергается народ со всех сторон, и проистекающие из него бедствия заставляют его в конце концов прийти к решению подчиниться тому принуждению, которое сам разум предписывает ему как средство, а именно подчиниться публичным законам и перейти к *государственно-гражданскому устройству...*»¹

Еще выразительнее мнение Канта о средстве, способном противостоять самому ужасному, кажется, непреодолимому бедствию – войне. Он пишет: «Против этого (войны) нет никакого средства, кроме международного права, основанного на публичных и опирающихся на силу законах, которым должно подчиниться каждое государство (по аналогии с гражданским или государственным правом для отдельных лиц)...»² Примечательно, что Кант в приведенном положении говорит не о международном праве как о своеобразной области правовых феноменов, а о том, что в большей мере характерно для внутригосударственного права – права, «основанного на публичных и опирающихся на силу законах», и должно быть свойственно в той или иной мере также международному праву – характерная черта права, к которой при рассмотрении права человека нам еще предстоит вернуться.

Знаменательно, что указанные антиподы права (и насилие, и война) требуют развертывания институтов, характерных для права, – прежде всего правосудия, судебной системы. Ведь смысл права во многом состоит в том, чтобы реализовать предназначение цивилизации – исключить из жизни людей «право силы». Исключить путем создания судебной системы, решения которой обладают «силой закона» и которая управомочена на то, чтобы то или иное лицо «объявлять правым или неправым» и тем самым решать, «на чьей стороне право». Иначе,

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 343.

² Там же. С. 349.

если в обществе не утвердится судебная система, по-прежнему будет торжествовать война или же «суд божий», который, как показывает история, на деле подчас, как это происходило в Средневековье, опять-таки оборачивается «правом силы»¹.

И такой еще момент, достойный внимания. Право способно выполнить свою миссию (в том числе свою миссию как цели в обществе), даже в такой гипотетической обстановке, когда бы весь народ, по допущению Канта, «состоял бы из дьяволов (если только они обладают рассудком)». И в этом случае возможно так «направить столкновение немирных устремлений индивидов, образующих народ, чтобы они сами заставили друг друга подчиниться принудительным законам и таким образом необходимо осуществили состояние мира, в котором законы имеют силу». И, стало быть, тогда «при помощи эгоистических склонностей, которые естественным образом также внешне противодействуют друг другу, разум может использовать механизм природы как средство для того, чтобы осуществить свою собственную цель — предписание права...»². И вновь примечательное обстоятельство: Кант именно в отношении крайне неблагоприятной для права ситуации — применительно к обстановке «общества дьяволов» делает уже ранее упомянутый вывод перспективного мировоззренческого значения — вывод о том, что «природа неодолимо *хочет*, чтобы право получило в конце концов верховную власть»³; тем более, что с опорой на право в ходе последующего развития оказывается возможным преобразовать «патологически-вынужденное согласие» в «моральное целое»⁴.

Приведенные соображения о силе права, органически единого с принудительными законами (объективным правом), как раз и объясняют — если согласиться с изложенной ранее гипотезой о генезисе взглядов Канта — то повышенное внимание, которое философ с середины 1780-х гг. стал уделять вопросам объективного права, получившим в его воззрениях статус высокозначимого и самостоятельного учения, выведенного по главному своему содержанию из общего учения о морали, из этики. И объясняют даже то обстоятельство, что именно

¹ Кант пишет: «...война есть печальное, вынужденное средство в естественном состоянии (когда нет никакой судебной инстанции, приговор которой имел бы силу закона) утвердить свои права силой, когда ни одна из сторон не может быть объявлена неправой (так как это уже предполагает судебное решение) и лишь *исход* войны (подобно тому, как это имеет место в так называемом суде божьем) решает, на чьей стороне право» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 365–367).

² Там же. С. 421.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 93.

сложность проблемы свободы, рассматриваемой сквозь призму правовой проблематики, стала толчком к критической философии по вопросам разума, другим фундаментальным философским вопросам.

Научные трактовки. При научном освещении связи закона и права необходимо исходить из того, что эта связь — как следует из кантовского учения о праве — имеет основательное философское, методологическое значение.

В то же время надо видеть, что органическое единение права и закона противоречиво по сути и значимости. 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, но и то, что выражает свойственные ей негативные стороны, если угодно — пороки.

Такого рода социальные пороки, точнее — их возможность, таятся уже в том обстоятельстве, что сами по себе публичные, принудительные законы, при помощи которых конституируется объективное (внешнее) право, — это продукт государственной, публичной власти — власти, по кантовскому выражению, «необоримой»¹, что во многом и предопределяет возможность издания внешних законов по одному лишь «капризу» или под напором «изворотливой силы» — положение вещей, сполна пережитое и в чем-то еще переживаемое нашим Отечеством.

Именно отсюда проистекает возможность наряду с *правовыми законами, правовым законодательством*² также и *неправовых законов* (и, стало быть, возможность, как это ни парадоксально звучит, «неправового права», внешнего права — несправедливого, несправедного, не отвечающего высоким требованиям гуманистического правопонимания³). Отсюда же — доминирование в общественном мнении, в науке, практических делах публично-правовых категорий и публично-правового мышления, соответствующих публично-правовых ценностей и культуры, в том числе и тех, которые при тиранических режимах, неразви-

¹ По словам Канта, «свобода при ее подчинении внешним законам в наибольшей степени связана с необоримой властью» (Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 95).

² Там же. С. 375. В другом месте Кант говорит о «законодательстве, первоначально основанном на праве» (Там же. С. 437).

³ Об этом парадоксальном социальном явлении — «неправовом праве», или в иной словесной интерпретации — «имитационном праве», «видимости права», характеризующем сложные повороты развития права в современную эпоху, — в этой книге будет рассказано и в дальнейшем.

тых политических образованиях негативно трансформируют всю социально-правовую жизнь общества.

Но при всем при том глубокая связь закона и права остается крайне необходимой, высокозначимой в жизни людей. Она — вовсе не повод для создания некой философии юридического позитивизма — «чистой теории» права в духе Г. Кельзена, его сторонников и последователей. Она — неизбежная, не имеющая альтернатив основа конституирования права как объективного и даже мирозданческого социального института, который обладает мощной силой и в процессе развития которого при господстве демократических и гуманистических начал в жизни общества право реально утверждается в качестве цели, высшей власти в общественной жизни.

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»¹. Надо видеть, что такое жесткое разграничение имело существенный позитивный смысл в условиях советского общества, когда отрицалось существование естественного права (хотя марксистская догма об экономическом базисе и праве, несмотря на все заверения иного свойства, — всего лишь, строго говоря, своеобразный вариант перенесенной на социальную жизнь естественно-правовой концепции в ее упрощенной, вульгарно-экономической интерпретации). В таких условиях, надо полагать, противоположение «действительного права» и существующего «советского закона» отвечало реальному положению дел и демократическим устремлениям, зреющим в обстановке тоталитарного советского строя. Оправданной была и критика того крайнего варианта бытующего в советских условиях юридического позитивизма (которого в ту пору — пусть и с коррективами, оговорками — придерживался автор этой книги), в соответствии с которым «право» по сути дела сводилось к нормам действующих нормативных актов.

Но следует думать, что ситуация по рассматриваемой проблеме резко изменилась в связи со все большим признанием в нашей науке, освобождающейся от ортодоксальных догм, категории естественного права. И весьма знаменательным при этом является то, что, как и по ряду других вопросов правовой теории, суть и перспектива разработки данной проблемы вновь согласуются с идеями Канта.

Ведь Кант, как мы видели, жестко не противопоставляет закон праву (понимание различий между ними действительно необходимо, ведь «за-

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

кон», как и иные нормативные акты, — всего лишь официальный документ, конституирующий и содержащий юридические нормы и принципы). Для Канта решающее значение имеет разграничение естественного права и внешнего публичного закона как выражения всеобщей воли, а по ряду пунктов — разграничение и даже противоположение объективного права (права в гражданском обществе) и «естественного состояния».

И важно, что соотношение здесь совсем другое — фундаментальное, более тонкое, взаимно значащее, нежели разведение «права» и «закона», работающее в основном в пределах правовой материи или в особой социально-политической ситуации (как это было характерно для советского общества).

Впрочем, если внимательно 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. При использовании терминов «право» и «закон» дискутирующие авторы нередко вкладывают *свой* смысл — одни авторы под словом «закон» понимали в основном нормативный юридический документ, а другие — все объективное право, выраженное в законе.

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, законность и др., — словом, все реально существующее правовое бытие. Позиции, которую, как было показано, последовательно отстаивал Кант, придерживались и неизменно придерживаются «стихийные кантианцы» — юристы, деятельность 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 далеким от реальной жизни феноменом свободы.

Ныне же, когда категория и начала естественного права 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 феномен свободы.

Видимо, здесь нужно сближать позиции. Не тратить силы на взаимоистощение в науке (печальное, труднопреодолимое, вевшееся в кровь и плоть наследие советской эпохи), а со стремлением к взаимному пониманию найти общие точки в научных трактовках, достоинства каждой из них¹, и двигаться вперед.

Исходный пункт. 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 той стороны мирозданческой характеристики права, которая ограничивается в основном его ролью как звена «замысла» природы. Такого рода положения, понятно, — важный этап понимания права, весьма существенный для решения целого ряда ключевых юридических вопросов. И все же указанные положения под углом зрения постижения глубин права, его сути и предназначения в обществе — только начальный, отправной пункт. Необходимый, важный, но *только начальный, отправной.*

Именно так — насколько это можно судить по кантовским произведениям — понимал логику постижения сути и оценки предназначения права Кант.

Право, по Канту, — это объективное право в государстве — право людей, находящихся под эгидой публичного принудительного закона². Но, оставаясь социальным феноменом, обладающим рядом самодостаточных и высокозначимых качеств и свойств (не нуждающихся в моральном обосновании), право вместе с тем связано с высокими началами разума, высокими трансцендентными началами морали, которые оно через свою «материю» — пусть только в виде «опоры» — способно вернуть людям в области их внешних, практических отношений.

И именно от *права, единого с публичным (принудительным) законом*, тянется нить и логика кантовской мысли. Сначала — к *публич-*

¹ Отмечая сильные и слабые стороны различных теоретических воззрений, в том числе аналитической юриспруденции, В.С. Нерсесянц верно замечает: «...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...» (*Нерсесянц В.С. Юриспруденция: Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 118.*)

² Виндельбанд убедительно показал, что у Канта «философия права и этика четко разграничены» и что «для Канта право в собственном смысле слова возможно лишь внутри государства и через его посредство» (*Виндельбанд В. От Канта до Ницше. М., 1998. С. 144–145.*)

ному, государственному праву, в том особом смысле, который придает этим терминам философ. А затем — к другим, более глубоким характеристикам и оценкам.

2. Право и закон в жизни общества

Подсказки из исторической дали. — Право в обществе — «публичное право». — Правовое состояние. — Человек. Подданный. Гражданин

Подсказки из исторической дали. Представляется существенным еще раз сказать о том, что для кантовской правовой философии органическое единство закона и права — это принципиальный и исходный пункт анализа этого сложного социального и одновременно природного явления. И освещение права с этих позиций отличается у Канта тем, что философом используются такие характеристики объективного права, которые (быть может, из-за негативного отношения к юридическому позитивизму) остались в науке незамеченными, по-видимому, понимаются как нестрогое использование принятой терминологии или даже неоправданная «уступка» традиционной юриспруденции¹. Но по сути дела — такие характеристики, которые — смею утверждать — имеют для научной проработки права известную перспективу и могут быть с успехом использованы современным правоведением.

К таким «кантовским» характеристикам права относятся:

- определение объективного права как *публичного* (и в этой связи — *государственного*, такого, которое должно быть в государстве *одно*);
- рассмотрение права через устанавливаемое им при помощи закона *правовое состояние*;
- выделение среди элементов статуса лица (гражданина) *состояние подданного*.

Право в обществе — «публичное право». Весьма примечательно, что Кант при рассмотрении права в жизни людей наряду с определением «принудительное право» или «принудительный закон» постоянно использует также выражение «публичное право» («закон»).

¹ В одной из первых публикаций лекций М.К. Мамардашвили «Кантианские вариации», отметив необходимость того, чтобы «в самой форме не было оснований для зла и несправедливости», философ, казалось бы, неожиданно говорит: «Поэтому скажем, Кант — правовик. В каком смысле? А вот в этом простом смысле» (Квинтэссенция: Философский альманах. М., 1992. С. 154). В более поздних изданиях это место изложено так, чтобы тень «правовика» не пала на философский статус мыслителя: «Поэтому Кант сторонник права именно в этом простом смысле» (*Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 90*).

Здесь уместно вспомнить следующие два положения философа, на которые ранее уже делались ссылки. Первое – о том, что объединение людей в гражданское устройство само по себе есть цель и «составляет безусловный и первейший долг» во всех внешних отношениях; и такого рода цель – «это *право* людей, находящихся под *публичными принудительными законами*, с помощью которых можно определить каждому свое и оградить его от посягательств каждого другого»¹. И второе положение – «*право* (как таковое) есть ограничение свободы каждого условием ее согласия со свободой каждого другого, насколько это возможно по всеобщему закону; право же *публичное* есть совокупность *внешних законов*, которые делают возможным такое всеобщее согласие»².

В каком же значении Кант употребляет термин «публичное»? Может быть, в том, которое придали этому слову юриспруденция, юридическая наука, когда разграничиваются две обширные сферы правового регулирования – публичное право и частное право?

Нет. Кант, демонстрируя тонкое знание юриспруденции, ее своеобразной лексики и утвердившихся формул, все же в связи с отсутствием иных словесных эквивалентов использует, казалось бы, сугубо юридический термин – «публичное право» (и некоторые другие, соотносимые по содержанию; об этом дальше) в ином смысле, нежели это принято в классической юриспруденции. Смысле, который выражает не столько данные и понятийный аппарат правоведения как специальной науки прагматической направленности, сколько то значение, которое обусловлено необходимостью освещения особенностями права в обществе и вытекающим отсюда философско-социологическим, государствоведческим подходом к правовым явлениям. То есть так, как понимается свойство «публичности» в философии и в государствоведении при рассмотрении государственной власти³.

«Публичное» в данном случае означает качественную характеристику права в условиях цивилизации, т.е. принадлежность права к государственно-организованной жизни общества – черта, подробно освещаемая в науке в отношении государства, но до сих пор не «замечаемая» в отношении права. Словом, здесь дала о себе знать одна из особенностей творчества Канта, состоящая в том, что «термины у Канта ча-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 281.

² Там же. С. 283.

³ Как это принято считать в теории, термин «публичное» при рассмотрении государственной власти означает, что эта разновидность социальной власти относится ко всему обществу, ко всему народу («публике»), выступает от имени всего общества, народа и имеет «публичную» основу для своей деятельности – казенные имущества, налоги.

сто шатки, но смыслы их четки, и поэтому те или иные слова употребляются не случайно. А вот формального определения нет. Кант часто пользуется заимствованным термином...»¹.

Стало быть, пора по данному вопросу внести коррективы в понятийный аппарат юридической науки. И помимо всего иного — признать, что и частное право в традиционном для юриспруденции понимании, т.е. правовая сфера частных лиц, отделенная от государственной власти, под указанным выше государствоведческим углом зрения — и только под таким углом зрения — всегда (через закон, юрисдикционные решения) имеет публичный характер или публичный момент. Без публичного момента частное право — не право вообще. Все дело — в мере публичности и настроенности публичного закона, его нацеленности на то, чтобы оградить частную сферу от произвола власти и одновременно — на то, чтобы придать регулятивному инструментарию этой сферы все же строго юридический характер.

Нужно взять на заметку и то, что в указанном общесоциологическом, государствоведческом значении объективное право может быть названо также «государственным», что в некоторых случаях Кант и делает². Но и здесь этот термин употребляется опять-таки не в традиционном, не в специально-юридическом смысле, принятом в юриспруденции. В данном случае не в смысле особой отрасли национальной системы права, которую в качестве терминологического аналога и ныне все чаще именуют «конституционным правом», а в только что отмеченном значении. В значении права (объективного права), существующего в государственно-организованном обществе, когда признак «государственности» накладывает свою печать на весь комплекс существующих правовых институтов, его особенностей³.

Правда, в данном случае оснований для внесения каких-либо корректив в сложившиеся научные представления нет: новая постановка

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 130.

² Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 329 и др.

³ Такое же — как и «государственное право» — своеобразное значение при общесоциальной, философской характеристике права придает Кант и термину «частное право» — регулятивным институтам, существовавшим в догосударственном обществе (ранее об этом уже упоминалось).

А то обстоятельство, что Кант во всех этих случаях видит, что указанные понятия используются сообразно философскому контексту не в традиционно юридическом смысле, подтверждается хотя бы тем, что при упоминании к обычно принятому в юриспруденции значению такого рода терминов философ добавляет: «государственное право для отдельных лиц», «гражданское право для отдельных лиц» (Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 349 и др.; выделено мной. — С.А.).

вопроса, «подсказанная» Кантом, вполне исчерпывается тем, что действующее право рассматривается — как и государство — в качестве «публичного» образования — характеристики, охватывающей и момент принадлежности объективного права к области государственной жизни.

А вот по еще одной из черт права как явления публичного порядка, отмеченной Кантом, подобные коррективы вполне уместны. Это та черта объективного права, которая выражает его суверенность в государственно-организованном обществе — то обстоятельство, что в данном государстве «право как выражение всеобщей воли может быть только одно...»¹. Для объективного права с этой точки зрения оказывается вполне приемлемым и полезным его определение — как и государства — в качестве *суверенного* нормативного образования.

В этом отношении важна и сугубо практическая сторона дела, связанная с категорией законности (правозаконности), предполагающей, наряду с другими принципами и требованиями, уникальный статус объективного права в государстве, в соответствии с которым *только и исключительно объективное право* (а не требования естественного права, морали, тем более партийные, иные идеологические критерии) с точки зрения последовательно правовой организации общества *может быть государственно признаваемой основой и единственным критерием для определения правомерного и неправомерного, юридически дозволенного и юридически недозволенного поведения или состояния в обществе.*

Правовое состояние. Еще одна черта объективного права, отмеченная Кантом, должна привлечь внимание современной юридической науки. Речь идет о том непосредственном социально-правовом значении, которое принадлежит публичным законам в обществе. Публичные законы, как полагает Кант, призваны *вводить в общество и поддерживать в нем правовое состояние.* Определяя публичное право (в указанном ранее значении) и подчеркивая, что оно «есть не что иное, как действительное... соединенное с властью законодательство», Кант далее пишет: «...законодательство, в силу которого все принадлежащие к одному народу как подданные находятся в определенном правовом состоянии вообще»².

На первый взгляд это выражение — «правовое состояние» — может быть оценено как всего лишь дополнительное пояснение, конкретизирующее уже известный словесный оборот, термин — право, чуть ли

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 289.

² Там же. С. 291.

не тавтология. Но это не так. В науке уже давно замечено существование особого класса юридических явлений — «состояний» (например, при рассмотрении разновидностей юридических фактов¹, особенностей общих правоотношений, в рамках которых существуют правоспособность и дееспособность²).

Но, судя по всему, имеются достаточные основания для того, чтобы сделать и более основательный вывод. Смысл объективного права в том и состоит, что *при помощи публичных законов в обществе между людьми воцаряется особое состояние, которое и называется «правовым»*. Это особое состояние (атмосфера, «поле», среда), в котором находятся люди и все общество, одновременно может быть охарактеризовано как *важнейший компонент гражданского общества*.

Реальное значение такого состояния состоит в том, что все граждане и все общество (далее следует продолжение вышеприведенной выдержки из сочинений Канта) находятся «в состоянии равенства действия и противодействия взаимно ограничиваемого произвола людей сообразно с всеобщим законом свободы (какое состояние и называется гражданским)», причем все граждане «в этом состоянии совершенно *одинаково* имеют *прирожденное право* (т.е. принадлежащее им до совершения какого бы то ни было правового действия) принуждать каждого, чтобы применение его свободы постоянно оставалось в границах согласия с моей свободой»³.

С большой выразительностью особенности правового состояния, характерного для гражданского общества, вырисовываются при сопоставлении его с тем состоянием в отношениях между людьми, которое Кант называет «естественным», доцивилизационным. По мнению Канта, человек, вступив в «гражданское правовое состояние», «тем самым» «уже дает другому требуемую гарантию (при посредстве высшей инстанции, имеющей власть над обоими)». «Человек же, — продолжает Кант, — (или народ) в естественном состоянии лишает меня этой гарантии и, живя рядом со мной, нарушает мое право уже самим этим

¹ См., в частности: *Стальевич А.К.* Некоторые вопросы теории социалистических правовых отношений // Советское государство и право. 1957. № 2. С. 31; *Толстой Ю.К.* К теории правоотношения. Изд-во ЛГУ, 1959. С. 14, и др.

² См.: Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 274. В книге, в частности, говорится, что общерегулятивные правоотношения, опосредствующие правоспособность и дееспособность, «это не конкретные связи между неопределенными лицами, а *специфическое состояние, в котором находится данный субъект и которое определяет его положение по отношению ко всем другим лицам*».

³ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 291.

состоянием, если не делом... то незаконностью своего состояния... этой незаконностью он постоянно угрожает мне»¹.

Естественное состояние, стало быть, по Канту, — это с позиций гражданского общества состояние незаконности, точнее — состояние «свободы от закона» (доправовое, внеправовое), т.е. состояние потенциального правонарушения или угрозы правонарушения, угрожающее (отсутствием гарантии права) другим людям — тем, кто в условиях гражданского общества находится под защитой публичного принудительного закона.

И еще один существенный момент. По своей первичной основе естественное право людей — и это многократно подчеркивает Кант — представляет собой «право свободы», которое, однако, в доцивилизационном, естественном состоянии зачастую оборачивается бесконтрольным произволом, расправой, господством голой силы. Но коль скоро человек оказался в обществе, где господствует публичный закон, его естественное право свободы неизбежно должно проходить через «правовое состояние» — найти институционное, юридически значимое выражение².

И наконец, еще одна мысль Канта, которая по всем данным имеет ключевое значение для разработки категории «правовое состояние» (а в перспективе для характеристики назначения права вообще). Она, правда, высказана в связи с международным правом. Но, судя по всему, имеет общее значение. Это — мысль о том, что во взаимоотношениях между государствами, в человеческом общежитии должна быть ориентация на право (международное право) «как на состоя-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 373.

² Наверное, есть какое-то промежуточное, переходное состояние от бесправия (естественного состояния) к состоянию гражданского общества с господством и всеобщим действием принудительного закона. По-видимому, в годы перехода от Средневековья к буржуазному обществу еще сохранялись отголоски свойственных для Средневековья нравов. Но так или иначе, по Канту, и во время войны должны быть границы, и недопустима такая острая и крайняя враждебность, которая сделала бы невозможным взаимное доверие в будущем, «иначе нельзя заключить мир и враждебные действия превратятся в истребительную войну». С этих позиций, отдающих нравами тогдашнего времени, но содержащих и здравые мысли, Кант даже как-то оправдывает войну. «Ведь война есть печальное вынужденное средство в естественном состоянии (когда нет никакой судебной инстанции, приговор которой имел бы силу закона) утвердить свои права силой, когда ни одна из сторон не может быть объявлена неправой (так как это предполагает судебное решение) и лишь исход войны... решает, на чьей стороне право. «Истребительную же войну, — завершает свои рассуждения философ, — в которой могут быть уничтожены обе стороны, а вместе с ними и всякое право...», «непозволительно допускать даже в мыслях» (см.: Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 365–367).

ние, в котором только и могут должным образом развиваться человеческие способности, делающие наш род достойным любви»¹. Обратим внимание на слова — «только и могут должным образом развиваться»! Причем — именно человеческие способности высшей пробы, высоких благородных качеств, ибо речь идет о способностях и качествах, которые делают человечество достойным любви. Выходит, по Канту, именно право призвано быть наиболее благоприятной средой («полем», атмосферой и в этом смысле — опорой) для оптимистической исторической перспективы в развитии человеческого рода, человечества. В дальнейшем нам еще придется вернуться к этому положению великого философа.

Человек. Подданный. Гражданин. Для современной юридической науки (и практики) немалый интерес представляют мысли Канта о *трех качествах*, в которых человек выступает как субъект права.

Продолжая освещение действия законов через категорию «состояние» — правовое, гражданское, Кант начинает характеристику статуса людей как субъектов права с указания на то, что гражданское состояние (рассматриваемое «только как состояние правовое») основано на следующих трех априорных принципах — *свобода; равенство; самостоятельность*². Не упустим из поля зрения то обстоятельство, что философ, в сущности, воспринял в виде юридических принципов главные лозунги французской революции, или ее «пароли», имеющие «наднациональное значение»³, одновременно — и, на мой взгляд, вполне основательно — «подправив» один из них (эмоционально этическое «братство» заменил на более социально и юридически значимое — «самостоятельность»⁴). Но в данном месте для нас повышенный интерес представляет кантовская «увязка» указанных правовых начал со статусом субъектов права.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 331.

² Там же. С. 283.

³ Клиннер Г. Философско-правовое просвещение в Берлине в годы Французской революции // Историко-философский ежегодник. М., 1991. С. 212.

⁴ Т.И. Ойзерман объясняет замену Кантом в знаменитой троице лозунгов французской революции (свобода, равенство и братство) последнего из них — братства — на «самостоятельность» тем, что «изначальное зло, присущее природе людей, несовместимо с признанием их братства», а также тем, что «именно самостоятельность так же, как и равенство граждан перед законом становятся сущностными характеристиками человеческой свободы», что «расширяет пространство гражданской свободы» (Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 76).

По Канту, эти три правовые начала как априорные принципы гражданского состояния соотносятся с субъектами в таких их качествах:
свобода каждого члена общества как *человека*;
равенство человека с каждым другим как *подданного*;
самостоятельность каждого члена общества как *гражданина*.

Из всего того юридически значимого, что следует из такой постановки вопроса о субъектах права (а диапазон этого юридически значимого велик — и в теоретическом, и в практическом отношениях), представляется важным провести анализ правового *положения субъекта права как подданного*.

На первый взгляд может сложиться впечатление, что обособление этого «качества» субъекта права — всего лишь некая дань уходящим в прошлое средневеково-монархическим порядкам и представлениям (когда состояние «подданного», а не «гражданина» выступало в качестве доминирующего начала его статуса). Что ж, в самом термине «подданный» какой-то отзвук тогдашней эпохи присутствует¹. И этим не преминули воспользоваться его критики-марксисты ортодоксального толка. Меринг, не страшась того, чтобы извратить мысль Канта, писал: «Измученным людям, вопившим о восстановлении своих прав, Кант в самой жесткой форме проповедовал... прежде всего долг подданного всегда быть верным, преданным и послушным начальству»².

Но когда та грань правового положения личности, которая выражена в термине «подданный», сочетается с преимущественным ударением на положение лица как человека и гражданина, тем более под углом зрения равенства лиц, то обнаруживаются весьма позитивные стороны данной гражданственно-правовой конструкции.

Прежде всего, положение лица как «подданного» концентрировано и жестко выделяет *необходимость членов общества строго и безусловно подчиняться законам действующего права*. «Всякий, кто находится *под* законом, есть в государстве подданный, стало быть, подчинен принудительному праву наравне со всеми остальными членами общности...»³, — пишет Кант. Выделение в статусе лица безусловной обязанности подчиняться закону обусловлено не только тем, что забвение или игнорирование этой стороны правового положения лиц резко

¹ И такого рода отзвуки есть в рассуждениях Канта, когда, например, он связывает положение «подданного» с правами главы государства, характеризует равенство в связи с полом (женщины), с сословной структурой общества, с наемным трудом (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 287–289 и др.).

² Меринг Ф. На страже марксизма. М.; Л., 1927. С. 107.

³ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 287.

и болезненно дает о себе знать в современной действительности, особенно — в российской, но главным образом тем, что другие элементы статуса — положение лица как человека и гражданина, сориентированное на права человека, — не выдвигают в качестве приоритетной необходимости безусловное подчинение требованиям действующего права.

Слов нет, термин «подданный» (к тому же по исторической традиции соотносящийся с императивной властью, привилегированным положением авторитарного правителя) как таковой едва ли может быть принят в современном демократическом обществе. Но в иной словесной перефразировке (например, «подданный закона») или ином словесном эквиваленте такой элемент статуса человека и гражданина представляется в высшей степени необходимым даже в самом развитом либерально-демократическом обществе.

И такого рода подход является тем более оправданным, что сообразно кантовским идеям смысл рассматриваемой гражданственно-правовой конструкции заключен в утверждении в обществе *действительного правового равенства*. Кант, который, по убеждению автора этих строк, должен быть признан мыслителем, давшим наиболее глубокое философское обоснование современному либерализму (об этом — дальше), твердо проводил линию на то, что важнейшее завоевание либеральных цивилизаций — равенство человека и гражданина — это *совершенное правовое равенство*, притом равенство людей именно как подданных, т.е. людей, безусловно подчиненных публичным законам. И одновременно — *не имеющих никаких юридических привилегий*.

И еще — очень существенное. Совершенное правовое равенство людей *включает активные элементы* (момент, до сих пор не оцененный наукой). Таких элементов два.

Во-первых, каждый член общества как подданный имеет по отношению к каждому другому одинаковые «принудительные права», т.е., по современной юридической терминологии, равную меру *юридических притязаний* — возможность через систему притязаний привести в действие систему государственного принуждения для реализации и защиты своего права.

Во-вторых, говоря словами Канта, «каждый член общности должен иметь возможность достигнуть в ней каждой ступени того или иного состояния (доступного для подданного), которой он способен достигнуть благодаря своему таланту, прилежанию и удаче»¹ (эту формулу — «благодаря своему таланту, прилежанию и удаче» Кант повторяет не-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 289.

сколько раз. Действительно, прекрасная формула для образа жизни в условиях либеральной цивилизации или общества, утверждающего ее ценности).

Затрагивая вкратце другие положения кантовского анализа субъектов права, следует, пожалуй, сказать о том, что достоин специального внимания сам подход философа к положению лиц в качестве «человека» и в качестве «гражданина». Здесь также дает о себе знать юридино-философская корректировка Кантом лозунгов французской революции, объявившей как о нечто едином о «правах человека и гражданина».

Ведь только в нынешнюю пору, во второй половине XX в., в конституционной практике передовых демократических стран (главным образом — Европы, да и то после кошмара сталинского и гитлеровского режимов) наметилась тенденция выделения основных фундаментальных прав человека — тех, которые, по словам философа, сказанным за два столетия до нынешнего времени, выступают как «права свободы» и которые «принадлежат члену общности как человеку»¹, а по своей устремленности нацелены на защиту человека от произвола власти. Приходится вновь и вновь говорить о том, насколько проиграла первая в России демократическая Конституция 1993 г., когда вопреки предварительным наработкам, содержащимся в первых ее вариантах, в конечном счете фундаментальные права не только не стали реальной, не декларативной основой всего построения конституции, но оказались — как и во времена первых буржуазных революций (и еще более — в советское время) — перемешанными со всем обширным комплексом многообразных «прав и свобод человека и гражданина», включая социально-экономические права.

Что же касается принципа, на котором строится статус гражданина, — *самостоятельности* (напомню — заменившего формулу «братство»), хотелось бы обратить внимание на то, что, по Канту, этот принцип сводится к тому, что граждане включаются «в число законодателей»². Мысль в принципе основательная (недаром философ уделяет столько места весьма сложному обоснованию того, что каждый гражданин должен быть законодателем³). Вместе с тем при этом обосновании, как мне представляется, Кант все же не учел того, что именно здесь может быть реализована дорогая для него идея о том, что человек призван быть «для самого себя законодателем» — в данном случае

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 287.

² Там же. С. 295.

³ Там же. С. 297–299.

не только в духовной, этической сфере. Ведь ключевой стержень самостоятельности гражданина в правовой области раскрывается в частном праве (в традиционно-юридическом понимании этого термина), в возможности самому, своей волей и в своем интересе, устанавливать юридически обязательные положения. Увы, только в год смерти Канта, в 1804 г., свет увидел французский Гражданский кодекс – великое свершение человеческого духа и культуры, соединившее ценности античности с ценностями современных либеральных цивилизаций и во многом обогатившее содержание и направления демократического развития человечества. Кодекс, который и наполнил общую формулу – «самостоятельность» – богатым социальным и правовым смыслом, выраженным в началах автономии человека, свободной частной собственности, свободе договоров.

3. Законность («законосообразность»)

Достоинство формулы. – Сложности. – От «законосообразности» к правозаконности

Достоинство формулы. Из идей, обосновывающих органическое единство закона и права (при всей сложности и противоречивости их соотношения), вытекает ценность положений о *законности* в обществе, смысл и назначение ее *требований*. Да и сама возможность конструирования подобной формулы. Ибо при «разъединении» закона и права логика соотношения этих явлений направляет мысль в обратную сторону – на оправданность и признание юридически значимой «правомерности» таких поступков и ситуаций, которые не согласуются с действующим законом (но отвечают некоему «праву», существующему помимо закона), и таким образом обескровливает, лишает какого-либо смысла саму конструкцию законности, ее требований.

В тех разделах своего правового учения, в которых Кант строго придерживается своей же идеи о единстве закона и права, он по сути дела исповедует принцип *абсолютности законности*, недопустимости ее нарушения ни по каким, казалось бы, вполне оправданным причинам, тем более – по капризу правителя или под давлением изворотливой силы¹. Вопреки модной в то время среди демократических, прогрессивных кругов концепции безусловного народного суверенитета, допустимости насильственного свержения народом неугодного прави-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 375, 447 и др.

теля путем восстания¹ Кант пишет, что свергать правителя путем восстания «делает ненадежным всякое правовое устройство и приводит к состоянию полного беззакония (*status naturalis*), где всякое право по меньшей мере перестает иметь действие...»². Обстоятельство, тысячи раз подтвержденное в жизни, но кажется, ни единого раза не остановившее радикально настроенных деятелей на все новые и новые «восстания» и «революции».

В то же время в сочинениях Канта по вопросам законности, ее абсолютности обнаруживается непоследовательность, и притом — прошу запомнить этот момент! — в той мере, в какой философ не освободился еще от этического контекста — трактовки вопросов права под углом зрения категорий морали.

Наиболее наглядно эта непоследовательность дала о себе знать в том месте рассуждений философа, когда он под предлогом «пустой тавтологии» (кстати, весьма неубедительно доказанной) выступает против определения, согласно которому «правовая (стало быть, внешняя) свобода есть правомочие делать что угодно, если только не нарушать чьего-либо права». Кант с нацеленностью на углубление приведенного определения (но фактически разрушая в данном месте идею законности) говорит: «Дефиниция моей внешней (правовой) свободы должна, скорее, гласить так: эта свобода есть правомочие не повиноваться никаким внешним законам, кроме тех, на которые я мог бы дать свое согласие»³.

Нечто близкое по смыслу, но все же более умеренно, с оглядкой на законность и выдвигая в этой связи конструктивную идею о «правовой зависимости», Кант утверждает по смыслу нечто близкое и в отношении равенства: «Внешнее (правовое) равенство в государстве есть такое отношение его граждан, когда каждый может обязать к чему-либо другого юридически, только если он сам подчиняется закону, требующему, чтобы и его могли обязать таким же образом»⁴.

Нет слов, в той мере, в какой приведенные суждения могли бы быть отнесены к «закону» и «законодательству» в моральном смысле и ка-

¹ Попытка разбора такого рода ситуации предпринята автором этих строк в книге: *Философия права*. М., 1997. С. 104–106.

² *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 315. Революциями же, когда их осуществляет сама природа, следует, полагает Кант, «пользоваться не для оправдания еще большего угнетения, а как призывом природы к тому, чтобы путем основательной реформы осуществить единственно прочное правовое устройство, основанное на принципах свободы» (Там же. С. 439).

³ Там же. С. 375.

⁴ Там же.

саться внутреннего духовного мира человека, мысль философа не вызвала бы сомнений. Впрочем, и в этом отношении Кант придает моральным оценкам человека некий глобальный характер. Он пишет: «Что касается моей свободы, то даже божественные законы, познаваемые мною только разумом, обязательны для меня лишь постольку, поскольку я сам мог бы дать на них свое согласие...»¹

В данном же случае Кант прямо говорит о «внешних законах» и о допустимости «не повиноваться» им по субъективным соображениям морального порядка. Тем самым вопреки логике своих же воззрений он распространяет категории внутреннего, духовного («трансцендентного») мира человека на область внешних отношений, где законы в строго правовом смысле имеют свою, самодостаточную и в этом смысле абсолютную ценность.

В такой непоследовательности по вопросам законности, ее абсолютности нужно видеть сложный путь становления и развития правовых идей Канта. В противовес высказанному в литературе мнению о том, что у Канта обнаруживается «юридизация морали»², можно высказать предположение иного характера: для Канта сообразно существующей в его время философской традиции с самого начала его творчества давала о себе знать — хотя в последующем со своеобразным, кантовским, ее философским воплощением и с тенденцией на освобождение от подобной традиции — тенденция *морализации права*, его понимания *преимущественно под углом зрения морали, верховенства морали и во внешних отношениях*, а отсюда — признания морали в качестве высшего регулятивного критерия в поведении людей и допустимости несоблюдения норм действующего права по моральным соображениям данного лица.

Она-то, эта тенденция, то там, то здесь и сказывалась в трактовке Кантом правовых вопросов, а ныне при научной интерпретации его взглядов нашла выражение в идее «самозаконности»³. Под углом зрения такого понимания права нередко трактуются и другие, ранее уже приведенные слова Канта, относящиеся — как мы видели — к внутреннему, духовному миру человека (слова о том, что люди не догадывались, что человек «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»⁴).

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 375.

² Нерсесянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. С. 488.

³ См.: Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 99 и др.

⁴ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 179–181.

Между тем идея «самозаконности» не может пониматься как некая юридическая реальность, которая находится в одном ряду с законом («внешним», «публичным», т.е. в строго юридическом значении) и тем более — возвышается над ним. По своей сути она — категория того же ряда, как и «закон» и «законодательство» в моральном смысле, и значит — относимая к внутреннему, духовному («трансцендентному») миру человека, а в области внешних отношений — не более чем к области правосознания. То есть — то основание мотивации поступков, которое лишь в условиях тоталитарных режимов (как было при советском строе) может служить неким оправданием для поправки действующего закона, а при последовательно правовой организации общества не согласуется с требованиями и идеалами законности.

Отмечая непоследовательность в правовых взглядах Канта по вопросам законности, важно вместе с тем зафиксировать то обстоятельство, что с каждым шагом его углубления в правовую и этическую проблематику все более и более заметна линия на признание научной суверенности философского учения о праве.

Сложности. Среди других вопросов, в развернутом виде не представленных в сочинениях Канта, но затронутых им¹, а по сути прямо относящихся к его воззрениям, необходимо сказать несколько слов о силе и значении естественного права (в сопоставлении с объективным правом). Настороженное отношение некоторых правоведов к этой категории объясняется, по-видимому, тем, что признание естественного права (как-никак — право!) создает впечатление о нем как о некоей альтернативе объективному праву в области внешних, практических отношений — основание для непосредственного определения юридически правомерного и юридически неправомерного поведения, что, понятное же, не согласуется с требованиями законности, ее абсолютности.

Что ж, здесь действительно нужна предельная строгость в определениях. Категории естественного права по своей исконной природе таковы, что они в нашей практической жизни, во всех «внешних» отношениях *не могут быть непосредственным критерием для определения юридически значимого поведения*. По выражению Канта, они выступают лишь в качестве «идей разума и образца для нас»² и как таковые, сами по себе, не отменяют и не умаляют верховенства права, моно-

¹ По мнению Риттера, Кант развивал свою концепцию права в постоянных спорах с традиционными и современными естественно-правовыми учениями (см.: *Ritter Ch. Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*. Frankfurt a. M., 1991).

² *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 437.

польного положения закона в определении юридически дозволенного и недозволенного.

Только в современную эпоху, со второй половины XX в., важнейший естественно-правовой институт, приобретающий в либеральных цивилизациях уникально высокое социальное значение, — институт неотъемлемых прав и свобод человека начинает играть регулятивную роль в юридической области. Но и то — подобное юридическое возвышение основных прав и свобод человека происходит потому, что они получили закрепление в международно-правовых документах, обрели качество «общепризнанности» и все более и более признаются в национальных законодательствах «непосредственно действующим правом» (ст. 2 Конституции ФРГ, ст. 18 Конституции РФ).

Да и к тому же это — лишь начавшийся процесс, который идет с трудом, по большей части — путем признания прав и свобод человека юрисдикционными учреждениями при вынесении решений. Пример тому дала Германия, высшие судебные инстанции которой в 1996—1997 гг. вынесли приговоры в отношении руководящих деятелей уже несуществующего государства — ГДР, повинных, по мнению судов, в смерти перебежчиков, с прямой ссылкой на общепризнанные права и свободы человека.

Нелегко находит признание (и не все юридические трудности здесь действительно устранены) правомерность совершения гражданами таких действий, которые опираются на общепризнанные права и свободы человека, но которые не согласуются или не во всем согласуются с действующим законодательством.

В России, казалось бы, основные юридические препятствия на этот счет устранены, так как основные права и свободы конституционно введены в разряд действующего права. Однако дела Мирзоянова и Никитина в 1996—1997 гг., связанные с попытками привлечь их к правовой ответственности за разглашение данных, обнародование которых базируется на требованиях прав и свобод человека, свидетельствуют о сложности существующей здесь ситуации. И эта сложность обусловлена не только противоречивостью российской правовой системы, но и фактической коллизией между существующими правовыми реалиями. Во всяком случае, представляется, что твердая необходимость фиксации правоохранительными органами в каждом случае несоответствия поступков лиц, непосредственно опирающихся на права и свободы человека, норм действующего «писаного права» (фиксации, надо подчеркнуть, в качестве *юридически неправомерного поведения* с точки зрения действующего права) не должна влечь в отноше-

нии этих лиц никакой юридической ответственности, никаких иных неблагоприятных правовых последствий.

От «законосообразности» к правозаконности. Хотя идея законности, жесткость ее требований (при всей непоследовательности высказанных философом по этому поводу положений) вытекают из самой основы кантовских взглядов на право, Кант предпочитает использовать не термин «законность», а иное терминологическое обозначение — *законосообразность* («законосообразный порядок», «законосообразная свобода»). Чем это объяснить? Не простой ли это словесный изыск?

Здесь, не касаясь пока существа проблемы, необходимо заметить вот что.

Формула «законность» отличается достоинствами, но она одновременно — коварная формула. Ведь сама по себе законность означает только то (и это, конечно же, в принципе — достоинство), что непрерываемыми постулатами в жизни общества являются требования строжайшего, неукоснительного, безоговорочного соблюдения и исполнения всех предписаний действующего закона, «писаного права». Каких предписаний? Да любых! Лишь бы они содержались в существующих законах, иных правовых актах — пусть и устарелых, не отвечающих требованиям жизни (ибо соблюдение и исполнение даже таких предписаний принято считать все же некоторым плюсом по сравнению со сплошным беззаконием, безудержным произволом, анархией).

Отсюда — коварство рассматриваемой формулы. Она не только в какой-то мере оправдывает даже самое реакционное, антинародное, бесчеловечное законодательство, но и является условием его навязывания обществу. Потому-то — казалось бы, парадокс! — самые антинародные, бесчеловечные режимы неизменно выдвигают лозунг «твердой законности» — неуклонного проведения в жизнь «своих» законов. Ведь годы самого страшного кровавого сталинского террора конца 1930-х гг. — это и время величественного прославления «социалистической законности», ее жестких требований.

Трудно сказать, видел ли Кант в конце XVII в. коварство формулы «законность» (хотя в эпоху позднего Средневековья, абсолютизма идея законности, требование строжайшего соблюдения и исполнения общих законов — пусть и издаваемых монархической властью, — витала в воздухе, все более признавалась непреложной и одновременно, надо полагать, становились очевидными ее коварство, воздвигаемые ею преграды в связи с надвигающимися переменами в обществе).

Но то, что можно утверждать твердо, — это необходимость того, чтобы формула, соответствующая началам законности, отвечала общим философским представлениям, исповедуемым Кантом. И с этих позиций корректнее, понятно, говорить о *законосообразном* порядке¹. Именно «сообразном», т.е. о порядке, диктуемом не непосредственно законами, а иными, естественными, во многом природными началами, и лишь сообразующемся (не противоречащем, отвечающем) внешним законам, формальным предписаниям действующего «писаного права».

Так что в этом непривычном, в чем-то неуклюжем слове («законосообразность») можно усмотреть шаг к тому, чтобы придать формуле о законности содержание, отвечающее требованиям жизни, логике перемен, надвигающихся на общество при переходе человечества к либеральным цивилизациям.

Во всяком случае, подобное терминологическое обозначение согласуется с кантовской идеей о перспективах развития человеческого общества. Выражение «законосообразный порядок» с этой точки зрения, по-видимому, если не синоним кантовской мысли о всеобщем правовом гражданском обществе, то, по крайней мере, — категория, обозначающая одну из его черт. Для правового гражданского общества иного, если можно так выразиться, и не дано: жизнь и поведение людей в таком обществе строятся на основе свободы человека, и именно это и есть основа порядка в обществе — порядка, который должен только сообразовываться с действующими законами.

Спустя более чем столетие, в XX в., выдающимся мыслителем в области либеральной теории Ф. Хайеком была выдвинута идея *правозаконности*, в полной мере согласующаяся с представлениями о современном развитом гражданском обществе, — законности, основанной не на всяком и любом праве, а на *праве гуманистическом по своей сути — таком, которое строится на основе неотъемлемых прав и свобод человека* (идея, как мы увидим, прямо обусловленная философией Канта).

С этой точки зрения положение о «законосообразности» может быть охарактеризовано как *ступень* к такой трактовке вопросов законности, которая в нынешнее время выражена в наиболее высокой по своей интеллектуальной и правовой сути идее — идее правозаконности².

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 91, 101.

² Примечательно, что видный философ, исследователь творчества Канта в связи с правовой проблематикой — Э.Ю. Соловьев, с одной лишь опорой на идеи Канта также использует категорию правозаконности (см.: Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 115).

4. Право – регулятор

Право как «регулятор». – Воспроизводство системы. – Направления регулятивного воздействия. – Обусловленность права фактическими отношениями. – Узкий горизонт

Право как «регулятор». Пора подвести некоторый итог характеристике объективного права. Лучше всего это сделать, рассматривая его миссию – функции и назначение – в обществе. Миссию, как попытается показать автор, и значительную, и ограниченную. Но все – по порядку.

Если объективное право, для которого характерно единство (и вместе с тем – противоречивое соотношение) с законом, представляет собой мощную силу в обществе, то возникает и нуждается в специальном рассмотрении вопрос такого свойства. В чем же, спрашивается, состоит миссия объективного права – именно в качестве «регулятора»! – каковы в этой плоскости его функции и назначение?

Замечу сразу, у Канта на этот счет нет сколько-нибудь обстоятельных суждений (за исключением некоторых подходов и отдельных положений, которые будут приведены дальше). Это в общем-то и понятно. И примечательно. Бытие и функционирование объективного права относятся к практике действия и применения юридических норм, к действию законов и, стало быть, к правоведению как специальной отрасли знаний, прежде всего – к юридическому позитивизму, непосредственно не связанному (во всяком случае – в прошлом) с философским осмыслением права. С точки же зрения философского осмысления права его функции и назначение как звена «замысла» природы в основном ограничиваются тем, что оно, право, определяет и сохраняет границы свободы людей.

К тому же, пожалуй, до 1940–1950-х гг. нынешнего столетия в правоведении юридико-позитивистского направления основательных обобщающих разработок не проводилось, научные поиски и трактовки замыкались на практике применения действующих законов, на аналитической проработке возникающих здесь вопросов. Существенное продвижение вперед в рассматриваемой области, как это ни парадоксально, произошло в советском обществе, где правоведы, скованные догмами официальной марксистской методологии, искали выход для использования творческого потенциала науки в ряде направлений, в том числе и в таком новом, когда на основе конкретных юридико-позитивистских данных вырабатываются обобщающие правовые ка-

тегории, близкие к философии права. Такие, например, как механизм и типы правового регулирования, функции права, структура права.

И вот как раз такого рода категории общенаучного значения и могут быть, надо полагать, с необходимыми коррективами использованы для характеристики миссии объективного права в жизни общества. Тем более, что и там и здесь перед нами явления и категории, связанные с законом. И там и здесь они согласуются с мирозданческой характеристикой права как звена «замысла» природы.

С рассматриваемых позиций принято считать, что назначение объективного права в обществе состоит в том (и эта формула как раз получила широкое распространение среди правоведов в советское время), чтобы быть *регулятором* — определять, упорядочивать и охранять существующие общественные отношения и порядки.

Научные положения о праве как «регуляторе» могут быть признаны вполне конструктивными и под углом зрения данных современной науки, не скованной идеологическими догмами. Так или иначе объективное право включается в широкий спектр факторов, определяющих поведение людей (от биологических, инстинктивных программ, заложенных природой в человека, до высокозначимых социальных интересов, импульсов высокого духовного порядка), — и непосредственно, и присоединяясь к другим явлениям и институтам.

Важно только, во-первых, не ограничиваться указанной формулой и видеть, что даже в той плоскости, когда право рассматривается в единстве с законом (объективное право), его миссия в обществе является более глубокой, основательной; и, во-вторых, с необходимой строгостью очертить направления регулятивного правового воздействия.

Воспроизводство системы. Во многом такой подход к праву, когда оно рассматривается в качестве «регулятора», связан с утвердившейся в современной науке теорией систем, когда и все общество, и его подразделения научно интерпретируются как сложные социальные системы. В частности, с 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 объективное право (и как раз в силу его орга-

нической связи с законом), наряду с другими институтами человеческой культуры, и есть такого рода механизм. Ведь рассмотренные ранее свойства права — его всеобщая нормативность, способность строго фиксировать возможное и должное поведение людей, наиболее мощно, силой государственного принуждения обеспечивать его — все это как бы специально (а возможно, и не «как бы») приспособлено для того, чтобы сложившиеся в обществе отношения надежно сохранялись такими, «как они есть», и чтобы они в стабильном и устойчивом виде функционировали непрерывно во времени, всегда — «вечно». Причем эта миссия права затрагивает важнейшие, определяющие параметры общества, его «заданности», его особенности с информационно-организационной стороны, реальности заложенных в нем программ, непрерывность их действия.

С этой стороны объективное право и предстает в качестве *инструмента (механизма) реализации и обеспечения воспроизводства данной общественной системы, ее устойчивого состояния в стабильном, непрерывно функционирующем виде во времени*. 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 с информационно-организационной стороны, и притом 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 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, да и к тому же (в идеале) так еще, что его миссия в обстановке «величайшей свободы» и «постоянного антагонизма» сосредоточивается на определении и сохранении границ свободы людей.

В принципе эта миссия права в обществе уникальна и — что немаловажно — (опять-таки — в принципе) не имеет политического и тем более идеологического содержания.

В конкретизации этой оценки роли права на «регулятивном уровне» могут помочь некоторые определения Канта при рассмотрении им явлений из жизни людей в качестве «механического устройства» — такого «устройства», за рамками которого уже господству-

ет разум¹. Более того, Кант прямо говорил о необходимости установить «состояние, которое, подобно гражданскому общественному организму, сможет сохраняться автоматически»², в другом месте — о надобности «представить беспорядочный *агрегат* человеческих действий, по меньшей мере, в целом как *систему*»³.

Впрочем, в реальной жизни рассматриваемая особенность права все же так или иначе приобретает определенное политико-социальное содержание. Тем более, что по своей сути она имеет как стабилизирующее, так и в этой связи также *консервативное* (в самом точном, строгом смысле слова) 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 — черта, которая, однако, — и притом в прямой зависимости от характера правовых установлений — может «обернуться» и положительным эффектом, о чем — речь дальше⁴.

Конечно, признание за правом значения механизма воспроизводства данного социального строя — это еще не до конца проработанная в науке проблема. Тут нужна тщательная проверка как самой этой идеи, так и выводов теоретического и практического порядка, из нее вытекающих (в том числе определение социальной ценности права, стратегии законодательства и др.). Но проблема явно назрела; в литературе уже высказан на этот счет ряд заслуживающих внимания положений⁵.

Интересную трактовку воспроизводства с позиций кантовской философии дает М.К. Мамардашвили. Он полагает, что, по Канту, например, вся проблема просвещения есть проблема «самоподдержания разума». И сразу поясняет — «самоподдержания... онтологических

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 105. С этой же точки зрения припомним и гипотетические рассуждения философа о возможности с использованием «механизма природы» достижения целей права даже в отношении народа, «который состоял бы из дьяволов (если только они обладают рассудком)» (Там же. С. 419).

² Там же. С. 105.

³ Там же. С. 117.

⁴ 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.

⁵ По мнению И.П. Малиновой, «право несет в себе присущий всей культуре инвариант общественного опосредования субъектных отношений» (Малинова И.П. Философия правотворчества. Екатеринбург, 1996. С. 106). См. также разработки Ю.Г. Ершова, полагающего, что право выступает «прежде всего как система воспроизводства общих условий существования общества, его устойчивости и упорядоченности» (Ершов Ю.Г. Философия права (материалы лекций). Екатеринбург, 1995. С. 33).

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 порядка¹. Стало быть, право с таких позиций предстает — весьма интересный поворот мысли: повод для размышлений! — в качестве *онтологической абстракции порядка*. По всем данным — конструктивная идея, достойная обстоятельной проработки.

Направления регулятивного воздействия. Под углом зрения углубления характеристики права как «регулятора» (и, следовательно, с признанием его миссии как средства «воспроизводства» данного социального строя) необходимо вместе с тем, уже с другой стороны, уточнить направления правового регулятивного воздействия. Иначе 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 проблем. Парадоксально, но именно такое представление о праве и законе нередко культивируется при тоталитарных режимах, беспощадно попирающих право в его высоком гуманистическом значении, но использующих категории «право» и «закон» для прикрытия и оправдания неконтролируемого партийно-государственного произвола.

В действительности же право, рассматриваемое в единстве с законом (объективное право), — вовсе не всесильный «регулятор». Его регулятивное воздействие, наряду с миссией по «воспроизводству» данной социальной системы, ограничено строго определенными направлениями.

Главные из них вытекают из того решающего, что характеризует историческое (мирозданческое) предназначение права — быть *оптимальной формой для самого точного определения и сохранения границ свободы людей*, причем в таком порядке, когда происходит согласование свободы данных лиц со свободой всех «других». То есть в первую очередь не из того, что нередко понимается под словом «регулировать», — не властно направлять поступки людей, не напрямую регламентировать людское поведение и с этой целью устанавливать в обществе жесткие императивные порядки, нередко авторитарного типа (это — миссия, так сказать, тоталитарного права), а рассчитывать прежде всего на активность и свободную инициативу человека, которые должны существовать и сохраняться в известных границах.

Необходимо при этом обратить внимание на то, что достижение указанной задачи предполагает развитие и эффективное функционирование

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 286.

всех подразделений, всех отраслей объективного права. Не только тех, которые преимущественно направлены 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 тех, которые обеспечивают «сохранение границ», — охрану и защиту правопорядка, в том числе с помощью мер гражданской, административной, уголовной ответственности, а также процедур и порядка применения юридических санкций.

С учетом приведенных положений необходимо уточнить положение о праве как *консервативном* социальном явлении. Да, право — консервативно. Консервативно в том строгом значении этого слова, когда имеется в виду, что при помощи законов строго и точно фиксируются, закрепляются надолго вперед, вплоть до отмены или изменения данных законов («консервируются»), существующие порядки и отношения. Но если учитывать социальное предназначение права (о чем только что говорилось), то нужно видеть, что в такой «консервации» существующих порядков и отношений решающим моментом является в идеале *сохранение и обеспечение свободы*, а значит — и *перспектива динамичного, прогрессивного развития общества*.

Иной поворот событий и отсюда — иная оценка действующего права вытекают из такого развития общества, когда в нем доминируют социально-негативные тенденции, тираническая власть, силы, противостоящие демократии и гуманизму. И когда право, вопреки своему историческому предназначению, выступает в виде *права власти* — комплекса законов, иных нормативных документов, всей системы юридических институтов и учреждений, которые служат власти как таковой, а через нее указанным порядкам и отношениям. При таком развитии и состоянии общества право становится консервативным фактором во всех оттенках этого многозначного слова, т.е. силой, увековечивающей реакцию в нравственно-политическом смысле, отжившие режимы, а в итоге — препятствием на пути прогрессивного развития общества, демократии, гуманизма, действительной свободы людей.

В этой связи — одно замечание по проблеме, которую в данном месте еще не пришло время обсуждать, но необходимо, по крайней мере, отметить.

Речь идет вот о чем. В праве, существующем в любой общественной системе, наряду с принципами и нормами, так или иначе касающимися прав и свобод людей, их самостоятельности, свободного действия, — наряду со всем этим значительное место занимают юридические установления, которые затрагивают организацию самой

власти, ее подразделений и учреждений во многих сферах жизни общества (налоговой, таможенной, государственной службы, обороны, национальной безопасности, пограничной службы, организации правоохранительной работы, санитарной, противопожарной инспекции и т.д.). Именно здесь, в этих подразделениях, отраслях права, по традиции именуемых «публичным правом» в специально-юридическом значении этого терминологического обозначения, по большей части находят выражение негативные, авторитарные тенденции в деятельности государственной власти.

Но суть дела не в этом. Независимо от того, каковы содержание и возможная оценка такого рода юридических установлений (пусть даже и таких, которые совершенно необходимы и строятся в согласии с духом права и правовых принципов), следует — хотя бы в порядке постановки вопроса — сказать о том, что здесь перед нами все же *особый, очень своеобразный пласт юридической материи*. Институты указанного профиля — это, как можно предположить, не прямой, непосредственный, ближайший продукт потребностей общества в праве, а скорее — *проникновение в юридическую сферу государства, государственно-властных, императивных начал*, когда лишь *используются* юридические институты. И здесь, конечно же, есть свои важные ценности; но они — именно *ценности государства*, точнее, быть может, *юридизированные* ценности государства (со всеми плюсами и минусами последнего), а не исконно правовые начала и категории. И вместе с тем — здесь *особый юридический мир*, иная — если угодно — юридическая галактика, со своей культурой, своими категориями и приоритетами. Такими, в частности, как порядок и дисциплина, субординация и компетенция, обязанности и ответственность.

Нет слов, такой дифференцированный подход к «пластам» юридической материи (другой пласт — «частное право» в традиционном юридическом смысле) со всей очевидностью не согласуется с обыденными взглядами на право, когда многие люди сопрягают с ним преимущественно властную, карательно-административную деятельность. Не согласуется он также с утвердившимися представлениями в юридической науке, особенно — теми, которые сложились на основе реальных, существовавших в советском обществе.

Некоторым авторам такой подход, быть может, покажется упречным хотя бы по той причине, что здесь — с точки зрения исконных правовых начал — происходит возвышение (а на деле — в российских условиях всего лишь — восстановление) категорий и институтов част-

ного права¹. Но о таком подходе все же необходимо сказать в порядке постановки проблемы — хотя бы по той причине, что с ним связана перспектива рассмотрения вопросов, относящихся к пониманию предназначения права, его роли и места в жизни людей.

Обусловленность права фактическими отношениями. Право в той плоскости, в которой оно выступает в качестве «регулятора», реально пребывает, живет, функционирует в гуще фактических, по определениям Канта — «внешних», «практических» отношений, является для них особой «формой». И понятно, взаимодействуя 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, навешанные 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, казалось бы, решительно преодолеваются, в немалой мере сохранились, а в чем-то в связи с особенностями современного российского правового развития — даже окрепли. Некоторые из таких научных мифов и догм (о «базисе», о «предмете» правового регулирования) будут рассмотрены в следующей главе.

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) зависят от «предмета» — своеобразия соответствующего участка общественной

¹ Горькие факты здесь уже есть. Стоило только в конце 1991 г. появиться публикациям, в которых после десятилетий категорических запретов обосновывалась необходимость восстановления теории частного права (видимо, с какими-то возвышенными акцентами на этот счет), как некоторые специалисты в области публичного права, вычленимого — кстати сказать, именно в связи с упомянутой теорией — усмотрели во всем этом «недооценку» публично-правовой сферы правового регулирования.

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.

Но какова мера, степень обусловленности права фактическими отношениями, целями и задачами, преследуемыми при юридическом регулировании? Носит ли эта обусловленность такой характер, когда юридические отношения представляют собой всего лишь «правовой слепок», «юридическую фотографию» с данного участка жизни общества, данных фактических отношений? Или же перед нами — обусловленность более сложного порядка? Например (если допустима подобная аналогия), — такая, когда живые организмы, сформировавшиеся за свою долгую эволюцию, каким-то образом реагируют на изменчивую среду, приспосабливаясь и подстраиваясь под ее особенности?

Ответ на эти вопросы требует более обстоятельного рассмотрения материи права, оснований и факторов ее формирования (что в свое время, возможно, и подвигло Канта на углубленное осмысление разума, других фундаментальных проблем философии).

Но уже сейчас следует со всей определенностью сказать о том, что обусловленность права фактическими отношениями является *значительной*. По сути дела то гигантское многообразие юридических институтов и отраслей, которым характеризуются юридические системы в современном мире, особенно стран, продвинувшихся по пути постиндустриального, демократического развития, — это известное отражение фактических связей, своеобразия поведения их участников, выраженного в виде «возможного» и «должного» в нормах, институтах, отраслях юридических систем.

История правового развития 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 экологического права, информационного права, некоторых других подразделений юридической системы).

Да и в практическом отношении формирование права, его институтов и норм на нынешнем уровне и при нынешнем состоянии законодательной деятельности сводится преимущественно к «переводу» содержания фактических отношений (в том виде, в каком оно представляется составителям законов) на «юридический язык». И отсюда работа специалистов при подготовке проектов законов все более со-

средоточивается на использовании знаний экономического, технического, психологического и иного «неюридического» характера; юридические же знания в их практически значимом виде предстают главным образом в виде требований и приемов юридической техники, специфической правовой лексики и словесных оборотов.

Отмечая обусловленность права фактическими отношениями (в том виде, в каком эта обусловленность предстает при внешней характеристике правовой действительности), будем держать в памяти то обстоятельство, что такого рода характеристики и оценки присущи праву именно как регулятору общественных отношений. То есть — в том ракурсе, в каком оно в настоящее время преимущественно понимается на практике и трактуется в правовой теории.

Узкий горизонт. Право как эффективный (и даже по ряду отношений — оптимальный, уникальный) регулятор в жизни общества, способный воспроизводить данную социальную систему и обладающий рядом высокозначимых регулятивных свойств, достойно достаточно высокой социальной оценки.

В этом отношении едва ли оправдано сдержанное, а порой отрицательное отношение к праву, выполняющему своего рода «механические», рутинные и прозаические функции в обществе. Такое сдержанное, а в чем-то и отрицательное отношение к праву звучит в суждениях видного философа, когда он жестко высказывается против употребления самого термина «право» «в духе юридического позитивизма, то есть как нейтрально-маркировочного «среднеисторического» выражения... 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»¹. Есть в этих, в принципе верных, соображениях такая, порой трудно различимая грань, переступив которую можно духовно и этически возвеличить право, когда оно будет во всем высоко возвышенным явлением, кроме того, чтобы... быть правом. Правом в нашей прозаической, рутинной, повседневной, тяжелой и прекрасной жизни.

Да и вообще ни один самый, казалось бы, абстрактный, не связанный с прозой жизни вопрос не может быть решен — как еще в дооктябрьское время показали российские правоведа, — если не исходить из фактических данных, относящихся к функционированию права как

¹ Будь лицом: ценности гражданского общества. Т. 1. Томск, 1993. С. 188.

регулятора, т.е. не исходить из данных законодательства и практики его применения, — того, что научно осваивается юридическим позитивизмом аналитической юриспруденцией¹. Нам еще придется в завершающей главе книги более подробно рассмотреть эту сторону проблемы.

Вместе с тем уже ранее обращалось внимание на то, что характеристика права в его единении с законом — не завершающий, не конечный пункт его постижения, а только начальная, стартовая его ступень (хотя и сама по себе существенно важная). Действительно, если не идти дальше освещения объективного права как регулятора общественных отношений, то такой угол зрения уже сам по себе «задает» довольно узкие рамки его практического действия и своеобразие теоретического видения.

Право, рассматриваемое в единстве с законом, видится так, что наши правовые представления не идут дальше сугубо прагматического отношения к юридическим вопросам. И дело не только в том, что при таком видении права на первом месте в «проблематике права» оказываются вопросы преступности, коррупции, уклонения от законов — все то, что в нынешнее время, и особенно в российском обществе, действительно все более тревожит людей, население, но что — увы — (или — «к счастью»?) не является специфически правовой проблематикой. И что отодвигает на задний план действительно острые вопросы права в обществе, тем более — такого общества, которое объявило себя «демократическим» и «правовым».

Не менее важно и то, что концентрация внимания на одном лишь объективном праве, да еще с ориентацией на жгучие общесоциальные проблемы, резко суживает *горизонт* его практического применения и теоретического осмысления. Наиболее существенное здесь — то, что право при рассматриваемом подходе выступает только как *средство*, по кантовскому выражению, как «механическое устройство». И значит — в виде такого явления, которое может уступить, отойти в сторону, коль скоро это «требуется во имя неких высших целей». В начале этой книги уже говорилось, что именно тогда людей подстерегает страшная беда — тотальное попрание права в его высоком, гуманистическом понимании.

К тому же и значение самих законов в ряде случаев оказывается здесь ограниченным, а порой и ущербным, когда их назначение сводится к одному лишь регулятивному средству. Так, например, случилось с гражданским кодексом в советском обществе. Ведь известно, что гражданские

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

законы призваны не только с технико-юридической стороны регулировать рыночные, имущественные отношения, но и определять исходные правовые начала свободной рыночной экономики, сами устои гражданского общества (равенство и независимость субъектов, недопустимость вмешательства власти в частные дела и др.) — все то, что несет в себе, как мы увидим, потенциал чистого права. Так вот введенный с начала нэпа Гражданский кодекс РСФСР, который по прямому указанию Ленина приобрел опубличенный, огосударствленный характер, выполнял — и то в урезанном виде, в условиях доминирования государственной власти — одни лишь регулятивные функции и не сыграл, да и не мог сыграть, какой-либо позитивной роли в формировании гражданского общества, свободной рыночной экономики в стране Советов и тем более — во внедрении высоких духовных начал гражданского общества.

Увы, история повторяется. Принятый в середине 1990-х гг. первый в России Гражданский кодекс, построенный на началах частного права, после радостных восторгов и громогласных деклараций о том, что перед нами «экономическая конституция», в наши дни все более и более теряет свое гражданственное назначение и вновь все более превращается в одно лишь «регулятивное средство».

В связи со всеми только что отмеченными обстоятельствами и возникает необходимость преодолеть «узкий горизонт» объективного права (права, единого с законом)¹.

И вот тут, за привычным «горизонтом», вновь нам на помощь приходит Кант. И надо, видимо, добавить — *неизвестный* нашей юридической науке Кант, с опорой на ряд идей которого *открываются новые характеристики права*, его особенности как чистого права и права человека (гл. 3 и 4).

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

ГЛАВА ТРЕТЬЯ ЧИСТОЕ ПРАВО

1. Предубеждения и императивы жизни

Несколько вступительных слов. — Одна из самых значительных идей во взглядах Канта на право. — Категорический императив: правовые аспекты

Несколько вступительных слов. Сама постановка вопроса о «чистом праве» вызывает по меньшей мере серьезные сомнения.

Здесь прежде всего дает о себе знать наше укоренившееся, труднопреодолимое ощущение чуждости, оторванности от живой жизни самого понятия «чистое» в отношении явлений социальной жизни, до сих пор воспринимаемое как нечто такое, что оторвано от нашего реального бытия, нужд людей, близкое, скажем, к идеологии «чистого искусства», так долго и с такой яростью проклинаемого в советском обществе.

И плюс к этому — широко распространенное, ранее уже упомянутое и тоже, пожалуй, прочно утвердившееся мнение о праве как сфере сугубо практического, прикладного порядка, да к тому же — во многом приземленной, связанной с политическими интересами и политической идеологией, не самой престижной, обыденной прозой жизни. И с этой точки зрения представляется — что-что, но вот правовая материя уже 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.

Не потому ли правоведы (да и в немалой мере — философы) по большей части оставляли в стороне, будто бы не замечали рассуждения Канта о «чистом праве»? Или же — как это сделал ряд правоведов, приверженцев сугубо позитивистских взглядов на право — связали с ними свою «чистую теорию», крайние варианты юридического нормативизма?

Может быть, и впрямь рассуждения Канта о чистом праве всего лишь игра великого философского ума, некие умозрительные забавы, никому не нужные заумные абстракции, а то и повод для некоторых

правоведов конструировать свою «чистую теорию», действительно по многим позициям оторванную от нашего реального бытия?¹

Одна из самых значительных идей во взглядах Канта на право. Между тем есть серьезные основания утверждать, что положения философа о чистом праве — это ключевой пункт кантовского учения о праве, открывшего научную перспективу его основательного философского понимания, постижения наиболее «высоких», решающих его характеристик.

Если верны соображения 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 и с тем расчетом, чтобы затем к этим вопросам вернуться, то надо видеть, что именно тут, в идеях чистого права, и кроется наиболее значимый и действительно внушительный эффект от подобного, «зигзагообразного» пути в развитии кантовских взглядов.

Важно, что такой подход к юридическим вопросам, когда решающим пунктом основательного их постижения является категория чистого права, прямо вписывается в контекст кантовской методологии критической философии, предполагающий исследование явлений в их собственной плоти, т.е. так, как это и требуется для того, чтобы вывести исследование на плоскость разработок так дорогих Канту «естествоиспытателей и геометров».

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 опыта², чувственных побужде-

¹ См.: *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 209 и сл.

² По мнению В. Хесле, «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 различении генетического и теоретически значимого измерения заключается одно из важнейших нововведений Канта по сравнению с представителями метафизики раннего этапа нового времени» (*Хесле В.* Гении философии нового времени. М., 1992. С. 75).

ний, склонностей, эгоистических пристрастий, предубеждений (когда, кстати сказать, разум «оказывается общественным сознанием, общественным разумом»¹).

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», выраженное через интересы и волю в действиях власти, других лиц, от которых зависит право. Подобный взгляд уже высказывался в литературе².

Дело же, однако, в том, что, по Канту, чистое право — это право, рассматриваемое независимо не только от опыта, чувственных факторов, но и от «цели», «материального принципа», «предмета», который — как мы видели — оказывает существенное влияние на правовую материю. 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 («цель же, — замечает в скобках Кант, — может быть какой угодно»³).

Здесь допустимо предположить, что 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 приводит к тому, что каждое из них получает как бы отпечаток от всех других, начинает нести на себе следы других явлений, находящихся с ним во взаимосвязи, и это при всей значимости такой взаимообусловленности становится одновременной преградой к пониманию своеобразия данного явления, его само-

¹ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 69.

² Х. Оберер (*Oberer H. Zur Frühgeschichte der Kantischen Rechtslehre // Kant-Studien* (Berlin). 1973. Jg. 64. H. 1. S. 48.

³ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 449.

бытной природы (что в конечном счете не дает возможности в полной мере выявить специфику 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 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)¹.

Очевидно, такой подход — кажется, единственный, позволяющий представить право в качестве самостоятельной сущности, независимой от всего того, что «примешивается», вызвано преходящими потребностями, интересами, волевыми решениями, политикой, идеологическими устремлениями и т.д., и стало быть, не сводимой ни к чему иному (воле, интересам, политике, текущей практике, идеологическим догмам и т.д.).

Именно тогда, надо думать, оказывается возможным перейти тот «узкий горизонт», который характерен для права, рассматриваемого в единстве с законом (объективного права), — 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 возможным выйти на тот рубеж, с которого

¹ Этот метод, надо полагать, имеет широкие, далеко еще не использованные научной 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 (Алексеев С.С. Перед выбором. М., 1990. С. 39—50).

открывается возможность истинно философского постижения права, его тайн, его глубоко человеческого предназначения, его, можно предположить, глубокой сокровенной роли в судьбе и будущем людского рода, человечества.

И как раз по творчеству Канта можно проследить ход его мысли: зафиксировав и «отдав должное» единству закона и права, он затем настойчиво обращает внимание на чистое право, что в результате последующего анализа и позволило охарактеризовать важнейшие особенности права, его природы.

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.

Упомянутая «чистая теория» отвлекается при рассмотрении права от всех внешних связей и факторов *для того*, чтобы во имя последовательно объективного подхода замкнуться на одной лишь юридической форме, к тому же понимаемой в виде одной лишь юридической догматики (отсюда замкнутость анализа одним только «долженствованием», многоступенчатой «нормой»¹ и все другое в духе крайнего юридического нормативизма)².

Отличие от такого рода «чистой теории» Кант при рассмотрении права отвлекается от фактических отношений, чувственных факторов, моральных критериев поведения *для того*, чтобы *постигнуть глубокую духовную суть права*, в том числе в соотношении с тем *нравственным «законом»*, который находится в самых недрах, глубинах духовной, трансцендентной природы человека (отсюда широкий, истинно философский подход к праву, характеристика его как права человека, цели общества).

¹ Г. Кельзен прямо говорит о том, что его теория — это «теория» позитивизма. См.: Jurisprudence. Text and Readings on the Philosophy of Law. West Publishing, 1973. P. 619, а также: Cohen and Cohen's Reading in Jurisprudence and Legal Philosophy / Philip Shuchman. Boston; Toronto, 1979. P. 173.

² 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 Stanley L. Introduction // Kelsen Hans. Introduction to Problems of Legal Theory. Oxford, 1992).

Ну, и наконец, в качестве известного резюме в отношении изложенного по рассматриваемому вопросу следует со всей определенностью сказать о том, что данный подход к праву — это не столько известные императивы критической философии, сколько *непосредственные требования жизни*. Ибо без такого подхода не только невозможно постигнуть глубокие, сущностные грани права, 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.

Категорический императив: правовые аспекты

Значительность положений Канта о чистом праве находит подтверждение в правовых аспектах центральной идеи философа о человеке, его бытии и постулатах поведения — в знаменитом кантовском категорическом императиве.

Кантовский категорический императив в своей классической (стандартной) формуле гласит: *поступай только согласно такой максиме, руководствуясь которой ты вместе с тем можешь пожелать, чтобы она во всякое время была всеобщим законом*¹.

Принято считать, что кантовский категорический императив и в своем стандартном виде, и в других формулах, в том числе в формуле *практического императива*, названной в кантоведческой литературе формулой «персональности» (*поступай так, чтобы ты никогда не относился к человечеству, как в твоём лице, так и в лице всякого другого, только как к средству, но всегда в то же время и как к цели*²), — во всех этих и других формулах представляет собой этическую категорию, императивное требование морали.

Да, по своей основе и исходным предпосылкам сформулированный Кантом категорический императив действительно коренится в постулатах общечеловеческой морали, включая самую суть христианской морали, христовых откровений, уходит своими корнями в глубины духовной жизни, находящиеся «по ту сторону» представ-

¹ См.: *Кант И.* Соч. В 6 т. М., 1963–1966. Т. 4. Ч. 1. С. 260. Приведенная в тексте формулировка дана с уточнением перевода соответствующих кантовских положений в «Основах метафизики нравственности», который обоснованно предложен Э.Ю. Соловьевым (см.: *Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права.* М., 1992. С. 202). В новейшем издании кантовских работ указанное положение сформулировано следующим образом — *«поступай только по такой максиме, относительно которой ты в то же время можешь желать, чтобы она стала всеобщим законом»* (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. М., 1997. С. 143).

² См.: *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 169.

лений о природе, в категории совести, добра, духовных основ справедливости.

Вместе с тем кантовский категорический императив имеет и правовые аспекты. Они заключаются в том, что категорический императив относится также и к иной плоскости бытия человеческого духа — к *правосознанию*¹, а главное — является таким императивным «выводом» из общечеловеческой морали, который *требует права* — регулятора поведения людей, отличающегося наличием у него набора уникальных и сильных свойств.

В самом деле, что означает ключевая часть формулы категорического императива — «пожелать, 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 социально-философском смысле, который был характерен для политической литературы XVII—XVIII вв.»². А у Канта к тому же — в смысле категорий духовного мира, находящихся по «ту сторону» представлений о природе, и человек делает известные требования для себя такими, когда они являются в указанном смысле «всеобщим законодательством». И понятно, в области морали пожелание того, чтобы данная максима поведения была всеобщим законом, относится к людям как к субъектам морали.

Но возникает вопрос: как, каким образом категорический императив, содержащееся в нем «пожелание» проявляются в области внешних, практических отношений людей? И как, каким путем в этой области может быть достигнуто такое действие категорического императива, когда бы он стал «всеобщим законом»?

При ответе на такого рода вопросы и становится очевидным то обстоятельство, что без права, его сильных свойств категорическому

¹ К такому выводу — пусть и в осторожных формулировках — приходит Э.Ю. Соловьев. Он пишет, что единство основных формул категорического императива Канта должно выявляться «не через анализ нравственного сознания в широком смысле слова, а через углубление в *политико-правовое мышление эпохи...*» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодействие морали и права. С. 106). Более того, как уже упоминалось, в заключение своего исследования о взаимодополнительности права и морали автор — пусть и в виде вопроса — пишет еще определеннее, относя кантовское учение о категорическом императиве к «полноценной теории правосознания» (Там же. С. 189).

² Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодействие морали и права. С. 108.

императиву в области внешних отношений не обойтись. Иначе, без права, не достигнуть такого положения, когда бы складывающиеся в соответствии с категорическим императивом отношения имели нормативно *всеобщий* (не просто общий, а именно всеобщий) характер — результат в социальной жизни, в оптимальном виде достигаемый как раз при помощи права. Тем более, что Кант настолько тесно связывает понятие «всеобщее» в области внешних отношений людей с «публичным законом», с «государственным правом», т.е. с «правом в государстве», что правовой смысл рассматриваемого выражения представляется в высокой степени определенным.

Очевидно также и то, что категорический императив (именно как *императив*, да к тому же *категорический*) предполагает необходимость существования известных институтов, направленных на его реальное претворение в жизнь, и, следовательно, необходимость при его применении ко внешним, практическим отношениям обеспечительных механизмов, отличающихся не только всеобщей нормативностью, но также строгой определенностью и надежной гарантированностью. Плюс к тому еще — таких институтов, да и вообще всего регулирования, которые должны отличаться нераздельной связью регулирования со свободой и самостоятельностью людей. И с этих позиций, возможно, есть основания утверждать, что именно последовательно правовая организация общества (преимущественно дозволительной направленности) и есть реальное бытие, фактическое воплощение в области внешних, практических отношений между людьми категорического императива.

Правовая ориентация категорического императива с высокой степенью очевидности и наглядности раскрывается в его «юридическом продолжении» — том главном требовании к праву, которое Кант называет «всеобщим правовым законом», — *поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом*¹. Здесь представлен уже «полный набор» свойств и особенностей права — и строгое определение адресатов требований («каждый»²), и скоординированность позиций

¹ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 140.

² Категорический императив, полагает Э.Ю. Соловьев, «должен был бы появиться на свет прежде всего в значении *принципа автономии* (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. 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.

субъектов, характерных для права («было совместимо»), и связанные с этим выраженные в праве начала «меры» и «своего», устанавливаемого и защищаемого публичным законом.

Но не только правовая ориентация кантовского категорического императива, по самой своей сути предполагающего в области внешних отношений необходимость права, должна привлечь наше внимание.

Самое главное, что здесь нужно отметить и что предопределило постановку вопроса о категорическом императиве в данной части работы, — это то обстоятельство, что при всех глубоких этических корнях категорического императива, его, так сказать, целеустремленности к праву, он *сам по себе не обуславливает, не предопределяет сам феномен права, его сильные и уникальные свойства.*

Моральные по своей содержательной основе положения категорического императива — «пожелай», «поступай внешне так», «чтобы было», даже положение о «всеобщем законе» — все это лишь *требует* права, но само по себе не выводит на «плоскость права» как особого институционального 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 самом феномене права. И, значит, для того, чтобы понять право, объяснить суть и природу этого уникального институционального образования, нужно пока отвлечься от морали, от категорического императива и рассмотреть право как таковое, в его собственной плоти, т.е. в «чистом виде».

2. Форма и содержание в праве

Слово Канту. — Богатство «формы». — Собственное содержание права, его зримое и незримое богатство

Слово Канту. Одна из примечательных, бросающихся в глаза особенностей идей Канта по правовым вопросам, предваряющая его подходы к категории «чистое право», состоит в том, что философ настойчиво, беспелляционно 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 ним прочно закрепился ярлык формалиста, отрывающего право от «живой жизни» (и не только в марксистском со-

ветском правоведении, где в связи с указанной позицией философа его придавали разностной 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.

Вот несколько высказываний Канта в отношении формы и содержания в праве.

Сначала самое краткое: «...только общая воля, данная *a priori*... определяет, что такое право у людей»¹.

Более развернутое: «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»².

И наконец — откровенное, в несколько иной плоскости, когда Кант, отмечая, что право «основывается на априорных принципах (ведь что такое право, этому не может научить опыт)», характеризует право в государстве как «объективную (практическую) реальность, независимо от блага или зла, которое может из этого возникнуть»³.

Богатство «формы». Прежде всего, сведение тех или иных явлений к «форме» не только не свидетельство их ущербности, но, напротив, под углом зрения критической философии Канта придает им, этим явлениям, высокую степень, если так можно выразиться, *содержательной значимости*.

Ибо у Канта при указании на «форму» речь идет не о *внешней форме*, к которой в области права относится одно лишь *документальное оформление* правовых институтов, их фиксация в юридических документах, иных знаковых системах (в такую внешнюю форму включается даже не все то, что в юриспруденции именуют «догмой права»). Форма, по Канту, — категория фундаментальная, существующая как практическая реальность и имеющая определяющее значение по отношению к содержанию явлений, предметов, процессов.

На этот счет весьма основательные соображения высказаны М. Мамардашвили, ранее частично уже приведенные в книге (напомню, что в связи с характеристикой формы соотносится одна из

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 453.

² Там же. С. 289.

³ Там же. С. 329.

сторон понимания права как социального образования, не дающего «оснований для зла, несправедливости, других бед»). Вот основные сформулированные им положения в отношении формы: «Форма как возможность структуры, как нечто, что лежит в области полноты, есть для Канта такое образование, от свойств которого зависит все остальное в мире. В том числе социальные проблемы, социальное благо человека, его нравственное благо как конкретного, то есть несвятого, существа»¹.

И, характеризуя в этой связи миссию права в обществе в качестве формы, которая способна не давать основания для зла и несправедливости², М. Мамардашвили — примечательный момент! — привлекает в качестве примера институты суда и судопроизводства, когда у участников судопроизводства существует даже инстинкт правды³: «Инстинкт правды, — пишет автор, — хотя и будет в головах, но действовать будет форма. Лишь она своей содержательностью может нейтрализовать неизбежные человеческие потуги. Только это может скоррегировать неизбежную случайность того, честен человек или бесчестен, глуп или умен»⁴.

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 существование независимого и полномочного 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

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. М., 1997. С. 90.

² Там же.

³ 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 выразались русские мыслители прошлого и начала этого века, инстинкт правды)...» (Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 90–91).

⁴ Там же. При этом М. Мамардашвили замечает: «Это ощущение формы — не только продукт философствования, но продукт определенного рода культуры».

к примеру Пруссии, где в годы Фридриха Великого было как-то сказано: «В Пруссии есть еще судьи», автор говорит: «И чтобы в Пруссии времен Фридриха Великого такое могло быть естественным образом сказано, до этого, очевидно, должно было пройти еще лет двести. Мы же и сейчас подобного естественным образом сказать не можем, нам это просто в голову не придет. Так сколько же лет нам предстоит, если мы сегодня начнем?..»¹

Итак, сформулированное Кантом положение о том, что право «касается только формы», *имеет совсем иной смысл, чем тот, который как будто следует из привычных представлений о «форме» как о некоем внешнем к данному явлению.*

И здесь, характеризуя приведенное ранее положение Канта, надо видеть, что «материя или предмет, на который я имею право» — это *вообще не право.* Это — именно материя или предмет, в отношении которого (или — по поводу которого) действуют юридические установления, складывается юридическая практика.

Само же право имеет свою материю — *материю права.* И отсюда следует, что сила права как формы (по выражению М. Мамардашвили, «возможность структуры», «некое относящееся к полноте» и др.) — это сила собственной материи права, ее собственного содержания.

И по своей философской сути идеи Канта о форме и содержании — это, наряду с мыслью о высокой значимости формы вообще, идеи *о собственной ценности права как особой объективной (практической) реальности.*

Приходится крепко пожалеть о том, что такой подход к явлениям правовой реальности², открывающий для правоведения, в том числе и для философии права, широкую и во многих отношениях плодотворную, заманчивую научную перспективу, не получил развития. Напротив, под обаянием ряда модных послекантовских философских и социологических учений, претендующих на универсальность, мысль исследователей нередко сразу же замыкалась на духовных и политических высотах, «перескакивая» через рутинную и заскорузлую юридическую материю, оставляемую для юридической дисциплины весьма низкого по сложившемуся мнению науковедческого уровня — юридического позитивизма.

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

² В.С. Нерсисянц, 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» (Нерсисянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 490).

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 одним лишь, да и к тому же не очень-то, казалось бы, нужным, документам, формальным правилам, формальным актам, к другим чуть ли не формально-канцелярским бюрократическим вещам, в лучшем случае — просто к законам, к довольно простым требованиям и нормативам юридической техники.

Представляется необходимым со всей определенностью сказать: *собственная материя права как особая реальность в обществе — это значительное, многогранное, сложное по своей органике с о ц и а л ь н о е б о г а т с т в о*, без понимания и должной оценки которого все последующие научные философские и социологические характеристики лишаются своей основы и подчас по этой причине превращаются в одни лишь околонучные спекуляции.

Собственное содержание права, его зримое и незримое богатство. Автору этих строк недавно, в работе по философии права, уже довелось сформулировать в обобщенном виде основные черты собственного содержания права (как «формы»), которое, по многим данным, имеет три основных грани:

догма права — содержащиеся в законах и объективируемые ими первичные «частицы» правовой материи — все то, что подчас относят к «законам»: юридические нормы, субъективные права и обязанности, правоприменительные и иные акты, договоры и др., выраженные в них нормативы и требования юридической техники, юридического понятийного аппарата и лексики;

юридическая структура (в упомянутой работе она была обозначена как «правовое содержание») — особое, «правовое» построение частиц юридической материи, причем — такое, когда реализуется логика права и соответственно этому центром собственного содержания права становятся такие частицы его догмы, как субъективные права с гарантиями либо — при доминировании власти и неразвитости права — юридические обязанности с санкциями, которые должны обеспечивать исполнение обязанностей;

правовые идеи — те интеллектуальные, духовные положения, которые проникают в самую плоть права, определенным образом объективируются в ней и в виде основополагающих правовых начал, право-

вых принципов выступают в качестве центрального звена всей собственно-правовой материи.

Не хотелось бы вновь возвращаться к более подробной характеристике этих граней или слоев собственно-правовой материи (хотя сжатое, тезисное их изложение как будто бы требует этого). Некоторые детализирующие пояснения уже даны в упомянутом выше издании¹. Однако то, на чем необходимо остановиться в данном месте сообразно логике изложения, — это рассмотрение особенностей собственно-содержания права как *социального богатства*.

В чем же состоит это богатство?

Если видеть в праве — как это было отмечено ранее — регулятор в жизни общества (воспроизводство системы, воздействие на общественные отношения), то ряд его достоинств очевиден. И характеризует его, условно говоря, зримое богатство.

Свойства объективного права — всеобщая нормативность, возможность строгой определенности по содержанию, государственная гарантированность — таковы, что право предстает как высокоэффективное и, пожалуй, в условиях цивилизации оптимальное, не имеющее альтернатив социальное (в известном смысле даже — природно-социальное) образование, без которого человеческое сообщество с момента своего зарождения обойтись не может. Любое общество, вступившее в эру цивилизации, для того чтобы нормально функционировать и иметь условия для развития, не может обойтись без законов, без придания известным, строго определенным нормативам общеобязательного значения, причем — такого, когда эти нормативы при помощи самой мощной силы — государственной власти должны безусловно проводиться в жизнь. В рассматриваемой плоскости свойства объективного права, раскрываясь через письменную форму правовых актов и практическую деятельность людей, придают ему высокую степень объективизации, характер «ощутимой» реальности, институционности² — того, что характерно для социального, но все же своего рода (используя кантовское выражение) «механического устройства».

Но у права, рассматриваемого под углом зрения его собственно-содержания («формы»), есть и незримые достоинства, причем —

¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учебник. С. 35–53.

² Знаменитый русский правовед Б.А. Кистяковский отмечал, что «реальность права» сродни реальности произведений скульптуры и живописи, ближе к ним по сравнению даже с реальностью произведений литературы и музыки (*Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук. С. 336).

такие, которые относятся в основном к интеллектуальной, духовной жизни людей.

Ведь право даже на уровне его юридической «догмы» нельзя представлять в виде некоего случайного скопища частиц правовой материи, хаотического скопища норм, юридических прав и обязанностей, разнообразных правовых актов. Все эти «частицы» представляют собой если не целостную систему, то все же определенное организованное целое. И они к тому же функционируют как звенья известного «механизма» — механизма правового регулирования, где юридические нормы, права и обязанности, правовые акты занимают строго определенное место и выстраиваются в строго определенные регулятивные и охранительные блоки или цепи, взаимодействующие между собой и ступенчато, позвенно действующие. Главное же — и к этому моменту хотелось бы привлечь внимание — уже здесь, в этой сухой, «механизменной» юридической материи дают о себе знать важные стороны *духовной, интеллектуальной культуры*.

Свойства права, столь важные для существования и функционирования общества, в реальной жизни действуют не просто через общеобязательные нормы вообще, права и обязанности вообще, правовые акты вообще, а через нормы, права и обязанности, акты, которые отличаются особым, «своим» своеобразием, специфическим построением и в сложном переплетении объективных и субъективных элементов являются в указанном выше качестве *плодом ума, интеллектуальных усилий правоведов, государственных деятелей, философов* — знатоков юриспруденции, ученых, юристов-практиков.

Мало кому из людей, не знакомых с тонкостями юриспруденции, это, к сожалению, ведомо.

Хуже того, подчас создается впечатление, что многие люди (и к несчастью, некоторые деятели-юристы) закрывают глаза на указанные особенности права. Тем более, когда речь идет о праве-регуляторе, «всяких там» юридических премудростях. Гораздо удобнее, и есть шанс даже прослыть неким глубокомыслящим, склонным к «правде-матке» человеком, если по-прежнему сетовать на «неоправданную сложность» юридических формул, на «схоластику» и признаваемую самими юристами «догматику» в области права (пусть в каком-то специальном смысле, но все же догматику!), на оторванный от жизни «юридический позитивизм». Удобнее и проще, чем проникнуть в глубины своеобразной правовой материи, понять достижения ума в этой сфере, выверенную веками терминологию, лексику, ничуть, кстати, не более сложные, чем в естественных, технических и других гуманитарных отраслях знаний.

Между тем все эти «никчемные премудрости» («презюмции», «преюдиции», «сервитуты», «реституции», «бремя доказывания», «формальные преступления», «состав» и т. д., и т. п.) – в действительности, результат порой неординарных решений, находок, откровений, найденных в итоге многотрудной работы ряда поколений правоведов, юристов-практиков. Постичь все это – дело не простое, не всегда достигаемое даже в ходе многолетнего юридического обучения, быть может, и не каждому данное.

Но могу заверить – тем, кто постиг тонкости знаний и искусства юриспруденции, открывается целый кладезь человеческой премудрости, свершений ума, и впрямь «писаного разума» – область искусных, нередко изумительно точных, совершенных построений, конструкций, отличающихся своей интеллектуальной красотой, для истинных, умудренных правознатцев – истинным эстетическим обаянием.

И это все, напомним, касается именно юридической «схоластики» и «догматики», казалось бы, заумных юридических сложностей.

Обосновываемые выше положения окажутся, надо думать, еще более оправданными, когда мы обратимся к другим слоям многогранной материи права – к тому, что названо «правовой структурой (содержанием)» и «идеями в праве».

Скажу еще раз, что под «юридической структурой» понимается в идеале не просто построение правового материала, а такая его организация, когдасообразно исконной внутренней логике права (объясняющей этимологическую сторону дела – почему право называется «правом») его активным центром, фокусом, смыслом становятся *субъективные права*. И прежде всего – права, открывающие простор свободной, по усмотрению (по «произволу») деятельности лиц. А это требует не только весьма значительной, искусной законотворческой и правоприменительной работы – настройки всего правового материала под указанную центральную категорию, но и воплощения в праве также и иного, более высокого пласта духовной культуры. Того пласта, который выражает начала высокого гуманизма. Служение права людям, человеку.

Еще больше оснований для подобного вывода при обращении к выраженным в юридической материи правовым идеям.

Конечно, властные персоны могут предпринимать попытки, порой – небезуспешные, заложить в действующую юридическую систему свои идеи, обозначаемые в качестве «правовых», подчинить законы, другие правовые реалии своим стремлениям, нередко – случайному произволу, иной раз – капризу. Перед действующим правом вообще могут не выдвигаться никаких идей, что характерно для отно-

шения к нему с позиций юридического позитивизма, когда эта прикладная сфера юридических знаний начинает неоправданно претендовать на некую универсальность, позитивистскую философичность (хотя здесь на деле, при выходе юридического позитивизма за свои органические рамки, может наступить последствие одно из самых страшных — незримое подчинение права власти, ее усмотрению).

Но когда в праве — пусть постепенно, медленно, с огрехами — начинают приобретать доминирующее значение исконные для права *идеи демократического гуманизма, основанные на верховенстве неотъемлемых прав человека*, последние, с опорой на центральное звено — субъективные юридические права, прямо согласуются с логикой права и шаг за шагом приводят к подлинному «перевороту» в юридической системе, когда указанные идеи становятся стержнем всей правовой материи. Именно тогда складывается во всех своих характеристиках принципиально новый в мировой истории юридический феномен — *право человека (право людей)*, который — как полагал Кант — является одним из важнейших составляющих гражданского общества и, в известном смысле, «замысла» природы. Впрочем, подробнее обо всем этом — дальше.

* * *

Пора подвести некоторые итоги ранее изложенному.

Главный пункт, который по рассматриваемым вопросам нужно с предельной строгостью зафиксировать, — это соотносящаяся с кантовскими идеями необходимость видеть в праве как таковом (как «форме») своего рода *самоценность, самостоятельную суть и смысл*, высокозначимый социальный, даже — природно-социальный, институт, отличающийся значительным *юридическим богатством* и — что не менее важно — реализацией *силы и богатства духовной, интеллектуальной культуры*.

В чем же состоят истоки и сила собственного богатства права «как формы», выраженной в нем культуры?

3. Истоки права

«Базис» права. — О фактическом содержании и предмете права

«Базис» права. При рассмотрении истоков права (права в его собственной плоти, т.е. в качестве чистого права) приходится начинать с представлений, имеющих до настоящего времени известное рас-

пространение 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, исходной и решающей философской основой для понимания права неизменно брались положения о «базисе и надстройке». Даже сейчас, когда общественные науки в России все более и более освобождаются от ортодоксальных догм, эти положения оцениваются в представлениях ряда авторов как нечто положительное, что и в новых условиях может быть воспринято от марксизма. Признание заслуг Маркса в обосновании зависимости характера общественного развития и самой сути институтов общества «от экономики» («экономического базиса») вообще до нынешнего времени довольно широко распространено в мире.

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 зрения предмета этой книги — реальных процессов, характерных для возникновения, функционирования и развития такого важнейшего института общества в условиях цивилизации, как право.

Конечно, нет слов, — экономика, экономическое положение данного общества — важный, порой ключевой фактор, определяющий реальное состояние общества, саму возможность и перспективу его развития, 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 др. И такое влияние, как это отмечалось при рассмотрении права-регулятора, может быть значительным.

Вместе с тем необходимо с предельной строгостью проводить принципиальное различие между таким общим влиянием экономики на жизнь данного общества, на его состояние и возможности, с одной стороны, а с другой — 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 и др., при всей их зависимости от внешних факторов и условий, напрямую, пусть и «в конеч-

ном 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 духовной, нравственной, интеллектуальной жизни) составляло всего лишь «надстройку» над 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) на жизнь общества решающим образом влияют еще две силы — «власть» и «идеи»¹.

И если уж оправдано утверждать, что в обществе среди многообразных факторов, влияющих на общественную жизнь, 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) следует искать в *разуме*, в его высших проявлениях, в разумной деятельности людей. И не потому ли возникает предположение, что Кант, встретившись с необходимостью раскрыть секреты права, вполне оправданно обращается именно к разуму (чистому, практическому, способности суждения) и, когда затем вновь возвращается к вопросам права, именно с разумом связывает 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 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.

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 институциональные образования, т.е. как раз становятся институтами — процесс, в котором существенную роль играет важ-

¹ См.: Проблемы теории права. 2-е. изд. М., 1995. С. 24–27.

нейшее проявление разума — письменная речь, письменность, дающая, по приведенному ранее свидетельству Рикера, 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), принципиально важным для человечества, его судьбы является то, что сами по себе эти институты изначально несут в себе позитивный потенциал разума. И что именно в таких институтах высшие проявления разума, самые значимые его ценности могут 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 институтов под углом зрения содержащегося в них потенциала разума состоит, помимо всего иного, в том, что именно с данной стороны они способны помочь человеку противостоять таким исторически заложенным в человеке биосоциальным программам поведения людей (по своей силе и инерции имеющим 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 они воспринимают другие природные задатки — те, которые выражают стремление к свободе, своей собственности, творчеству, наконец, к тому, что может быть названо «правом», уважением к нему.

Социальным институтом, содержащим и накапливающим позитивный потенциал разума, в условиях цивилизации и является право.

О фактическом содержании и предмете права. В связи с вопросами, рассматриваемыми в данной главе, достойна специального анализа проблема *предмета права*. Причем — в той ее постановке и истолковании, которые утвердились в советской юридической науке, приобрели чуть ли не аксиоматический характер и продолжают властвовать над умами многих отечественных юристов по сей день.

Сначала — некоторые соображения, относящиеся к представлениям о фактическом содержании права.

Напомню, что Кант, конструируя понятие чистого права, резко отделял право от внешних «предметов» и внешней «материи». В этой плоскости следует четко разграничивать «само» право и те внешние предметы, внешнюю материю, с которыми право имеет дело. Знаменатель-

но при этом, что Кант проводит свои мысли «по максимуму» и относит к такого рода «предметам» не только природные объекты, вещи, продукты деятельности людей, но и *цели*¹ (определяемые философом как явления людского произвола), *человеческий опыт*², моральные *основы и критерии* поведения людей и даже, как было показано ранее, требования кантовского категорического императива, имеющего весьма отчетливую правовую ориентацию. С учетом данных Истории и тех метаморфоз, через которые прошло право при тоталитарных режимах, в том числе в советском обществе, в состав такого рода внешних объектов надо включить, следуя логике рассматриваемого разграничения, *идеологию во всех ее разновидностях*, а на высоком уровне демократического и правового развития также и саму политическую государственную *власть*.

В то же время нужно, с опорой на фактический правовой материал, отдавать отчет и в том, что соотношение права и его «предмета» отличается противоречивостью и, пожалуй, парадоксальностью. При всей строгости приведенного разграничения оно в реальной жизни не устраняет связи юридического регулирования с его объектами, с общественными отношениями (и тем более — с целями, опытом, моральными критериями и, в особенности, с властью). Все эти внешние предметы и явления во многих случаях, и нередко весьма основательно, влияют — как мы видели — на правовое регулирование, даже в какой-то мере сказываются на его содержании, оставляют на нем свой «след», становятся неотделимыми от содержания прав и обязанностей. А что касается идеологии и власти, то они до последнего времени (в той или иной мере также и в настоящее время) глубоко проникали в содержание права, порождая такие правовые фантомы, как «право власти».

Выходит, наряду с собственным содержанием права (догмой права, особой юридической структурой, правовыми идеями) уместно говорить также и о *фактическом содержании* права.

Так что во всех случаях, независимо от философских подходов к рассматриваемому вопросу, предмет права должен находиться в поле зрения правового аналитика — теоретика и практикующего юриста.

Не случайно поэтому юридическая наука видит в объекте прав и обязанностей (вещах, результатах действий, продуктах духовного творчества и др.) особый элемент в структуре правоотношения: от характера объекта в той или иной степени зависят особенности содержания прав и обязанностей.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 449.

² Там же. С.329.

Небезразличны для юридического регулирования и особенности предмета той или иной совокупности норм — отрасли объективного права, т.е. особенности той или иной разновидности опосредствованных правом общественных отношений. По этой причине отраслевые кодифицированные акты в первых же своих статьях, как правило, определяют свой предмет — круг регулируемых данной отраслью отношений — трудовых, семейных, земельных и т.д. И это имеет немалое значение для определения сферы действия права, действия общих и специальных норм, применения права по аналогии, решения ряда других юридически важных вопросов.

Да и вообще не надо быть искусным правоведом, чтобы заметить, что своеобразие того или иного «предмета» определенным образом сказывается на юридических особенностях соответствующих нормативных положений. Одно дело, например, вопросы общей собственности, складывающиеся между компаньонами, пусть и близкими друзьями, а другое — казалось бы, те же самые вопросы в семье, где в отношениях между супругами действует режим особой разновидности общей собственности — совместная собственность.

Но суть проблемы о предмете права не в наличии известного влияния предмета права на особенности юридического регулирования (здесь явления — очевидные, и по этому вопросу взгляды Канта нуждаются в критическом восприятии, в уточнении), а в том, что в советской юридической науке «предмету» было придано ключевое, основополагающее значение в понимании права вообще и в первую очередь — в понимании своеобразия основных подразделений права — отраслей права.

Произошло это в советском обществе во второй половине 1930-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 вещим словам, просто-напросто подразделять принципиально новое социалистическое право «по предмету»: существуют административные отношения и вот тебе — административное право, есть сфера трудовых отноше-

ний и тут — трудовое право, победил колхозный строй и перед нами — колхозное право, развиваются социалистические имущественные отношения и их регулирует не некое частное право, а наше советское гражданское право и т.д.

Конечно, следует еще раз сказать: 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 отношении отраслей, которые не являются прямым выражением частного и публичного права, т.е. за пределами собственно гражданского и собственно административного права, или в отношении комплексных отраслей, когда в ходе социального и правового развития происходила своего рода «юридическая мутация». Но «предмет» не является единственным, а по основным пластам правовой системы — главным, определяющим фактором, обуславливающим деление объективного права на отрасли, а тем более — самую суть, природу права.

В какой-то мере такой подход, когда в качестве исходного и единственного основания деления права по отраслям был по статусу идеологической директивы выдвинут «предмет», стал реакцией ортодоксальной идеологии сталинской школы на попытки, идущие в основном от пришедшей к концу 1930-х гг. в науку и преподавание дореволюционной правоведческой профессуры, возродить на советской почве буржуазные представления о «равенстве в праве», о «юридических гарантиях» и отвергнутых революцией категориях, что вело (и опасения на этот счет идеологов-сталинистов были оправданы) к возрождению идей частного и публичного права, правового ограничения власти и других не совместимых с коммунистической философией идей.

Положения о «предмете», да к тому же еще изображаемые как распространённые на юриспруденцию категории марксистские взгляды о базисе и надстройке, приобрели в советской юридической науке значение неких фундаментальных, непререкаемых истин, не подлежащих обсуждению. И хотя была очевидной ограниченность действительно влияния «предмета» на особенности юридического регулирования¹,

¹ Исследование конкретного правового материала, в том числе и того, который наличествовал в советском праве, свидетельствовало о том, что «предмет» регулирования хотя и оказывает известное влияние на его содержание, все же не представляет собой основы для юридической специфики отраслей права. Такой подход выглядел примитивным даже с точки зрения марксистских философских постулатов, если уж совсем не упрощать их (по примеру того, как это делал по рецептам «мичуринской биологии», скажем, академик Лысенко, «объяснявший» биологические особенности организмов — пеньки, овса и овсюга — данными конкретных природных условий — тоже своего ро-

авторы, концентрирующие свои разработки на специальных правовых вопросах, проводили их под углом зрения «предмета»¹.

К сожалению, и ныне, когда отечественная наука как будто бы 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 — в чем повинен и автор этих строк — особенности современного гражданского права, построенного на частнопроводных 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.

Соотношение здесь, как уже отмечалось, 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.

4. Чистое право: суть, требования, принципы

Суть и требования. — «Всеобщий правовой закон». — Принципы частного и публичного права. — Диспозитивное и обязывающее построение правового материала. — Другие общие принципы. — Отраслевые начала

Суть и требования. Здесь настала пора сказать о том главном, к чему в этой главе подводило содержание рассматриваемых вопросов, логика изложения. В том числе — о «содержательной форме» права, о его собственном содержании, о выражении в нем духовной, интеллектуальной

да «предметом»). Потому-то правоведы советской поры, стремящиеся к постижению юридических особенностей правового регулирования, пытались связывать их не просто с данными общественными отношениями — имущественными, административными и др., — а с их «глубинной, социально-экономической сутью» (именно таких позиций придерживался в то время в ряде изданий автор этих строк при характеристике права, его системы, структуры).

¹ Именно в таком ключе строились в то время диссертация и другие мои работы по общей теории права и по теории гражданского права (в том числе «Предмет советского социалистического гражданского права» (Свердловск, 1959. — Ученые труды СЮИ.)). 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.

культуры. То есть сказать о том, как можно предположить, главным результате философских разработок Канта, с которыми он «приходит» к проблемам права после многолетнего, тщательного философского исследования разума — чистого, практического, способности суждения.

Это главное заключается вот в чем.

По своим коренным особенностям право выступает в качестве *продукта разума*, а в идеале и при более широком угле зрения (и понятно, при реализации в обществе высокой юридической культуры, развитости юридической системы, ее совершенстве) *оптимальной формы объективного бытия разума в области внешних, практических отношений*, воплощающего свободу, высокие духовные, моральные начала.

При этом понятие чистого права является продуктом разума в следующих отношениях.

Во-первых, в том, что конструируемое разумом представление о праве путем логических операций мысленно освобождено от воздействия и влияния опыта, чувственных факторов — от всего того, что к нему в реальной жизни «примешивается», т.е. от политических и экономических целей, от классовый, национальной, иной групповой воли, политических интересов, диктата власти, эгоизма и каприза правителя, требований, вытекающих из практических соображений, и т.д.

Во-вторых, оно предстает как «чистое» также и потому, что разум воплощает в этом представлении смысл права, его логику и предназначение, обусловленные его мирозданческой природой, местом и ролью в жизни людей.

И наконец, в-третьих (главное!), в нем реализуется, находит активированную жизнь не просто разум, а *чистый разум*, его сила, мощь, богатство, его — можно предположить — высшее выражение в жизни людей.

Скажу сразу — такого, стерильно чистого (да к тому же «дважды очищенного»), права как некой реально функционирующей юридической системы в нашей земной жизни не было, нет и не будет никогда. Право всегда существовало и неизменно будет существовать в сложной сети экономических, политических, нравственных отношений, в переплетении с ними, во взаимосвязи с идеологией и властью, а также под воздействием такого разума — разума конкретных земных людей, который, в свою очередь, подвержен влиянию, проникновению в него многообразных чувственных факторов, страстей, заблуждений, иллюзий.

Да и сам вопрос о таком праве не возникал и не мог возникнуть до того, как в человечестве, его бытии назрела острая необходимость фактического перехода народов к либеральным цивилизациям и сложив-

лись 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 века) не потребовали того, чтобы *среди человеческих ценностей в противовес произволу, самочинному господству власти было возвышено право как институт цивилизации и был определен образ (понятие) такого права, которое необходимо для новой, либеральной эпохи в истории человечества*. Такой образ, когда даже в сугубо практической жизни подчинения принудительным законам «требуется сам разум», притом «чистый, *a priori* законодательный разум, не принимающий в соображение ни одной из эмпирических целей»¹.

Смею утверждать, что такое никем конкретно не поставленное и не сформулированное «задание Истории» и было реализовано Кантом, обосновавшим понятие, идеальный образ чистого права.

Стало быть, чистое право — это не выдумка идеалиста, не продукт простого кабинетного сочинительства. Оно, прежде всего, — найденный философом плод Истории и Времени.

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, «очищен». В этом отношении «чистое право» представляет собой по своей сути *реальное бытие чистого разума*, притом — как можно предположить — чистого разума в его *высшем выражении*, которое возможно в реальной (внешней), практической жизни людей. С рассматриваемой точки зрения чистое право оказывается «формой», способной, а возможно, и призванной «дать» людям в высшей степени значимое для них, для их практической жизни духовное благо — *реальное нормативно-правовое бытие категорического императива*.

Насколько такая характеристика чистого права представляется существенной, может быть подтверждено такими доводами. Необходимость разумного регулирования и разумного управления в обществе, причем такого, когда реализуются самые высокие значения разума, во все века при всех социальных системах, политических режимах и правителях выдвигалась в качестве неизменно высшей, будто бы при данной власти реально осуществляемой. Да 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 реализова-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 283.

лась 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», оно неизбежно подвержено воздействию чувственных факторов, влиянию переменчивого опыта, корыстных мотивов, страстей, иллюзий, догм.

В реальной, практической жизни людей, общества существует только один институт, который в сфере регулирования (управления) способен — к тому же при наличии многих обязательных условий — сделать разум соответствующим самым высоким показателям, т.е. чистым.

Это — **право** (которое и со своей стороны должно выступать в качестве «чистого»).

И в этом своем качестве, оставаясь идеальным образом и не претендуя на то, чтобы стать некой идеальной юридической системой, чистое право тем не менее нуждается в реализации в ходе демократического и правового развития общества в виде осуществления ряда принципов. Иначе говоря, стать *образцом* 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»¹.

Иначе действительно неизбежны весьма грустные выводы («повергающие в отчаяние»). Ибо чистое право как идеальный образ в реальном цивилизационно-либеральном развитии — *необходимая* и притом — *ключевая ступень*, открывающая путь к формированию правового общества, его «юридического выражения» — права человека, что и предопределяет высокое место права в нашей жизни.

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 силы², и притом — особого рода. Такого, основу и существо которого образуют *естественные* потребности общества, если угодно, *естественное право* на современном этапе развития человечества (вспомним, что, по справедливому кантовскому

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 459.

² См.: Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. 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» (С. 191).

определению, естественное право не что иное, как «идея разума и образец для нас»). И значит — правосознания, которое в соответствии с особенностями чистого права, необходимостью его реального осуществления выражается в определенных *принципах*, имеющих характер *требований*, от реализации которых решающим образом зависит наше будущее, формирование и развитие правового гражданского общества.

Эти требования, выраженные в чистых принципах права, и станут предметом дальнейшего рассмотрения.

«Всеобщий правовой закон». Наиболее общие принципы чистого права непосредственно, надо полагать, вытекают 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 стала всеобщим законом¹, то отсюда же с непреложностью следует, что в юридическом плане в области внешних отношений общий (всеобщий) закон должен строиться так, чтобы он был одинаков для всех, в равных, на соразмерных началах, на началах равновесия отменял каждому меру его свободы поведения.

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, сообразной со всеобщим законом»².

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»*³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. С. 143.

² Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 140.

³ Эта выдержка из кантовской работы «О поговорке...» дана в переводе Э.Ю. Соловьева (см.: Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 171). По справедливому мнению автора, содержащийся в ряде изданий русский перевод этого текста не вполне точен.

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 новейшего европейского правопонимания, я привел бы именно эти слова» (Там же. С. 171–172).

Смысл всех этих высказываний в принципе один: свобода каждого человека *должна быть совместимой* или, что то же самое, *находиться в согласии* 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, а 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, — 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 своей спецификой, особыми свойствами, своей самобытной природой, 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!

И тут отчетливо различимо то обстоятельство, что всеобщий закон, выступая своего рода продолжением на почве права категорического императива, становится результатом интеллектуальной деятельности и в этом отношении — продуктом разума.

Помимо всего иного, она (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, порой неподатливыми свойствами, с которыми следует считаться даже творцу всеобщих законов — законодателю, выразителю всеобщей воли.

Есть здесь сторона проблемы высокой общественной, политической значимости. Требование «свободы» (и чем «шире», чем «больше»,

тем лучше) — всегда был неизменным лозунгом кардинальных преобразователей, революционеров. Но жизнь свидетельствует о том, что если реализация такого требования не сопровождается формированием прочного правового устройства, в котором так или иначе реализуется «всеобщий правовой закон», то в обществе под лозунгами свободы воцараются тирания, 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 дополнительно 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 сформулированные Кантом положения о «всеобщем правовом законе» (который, действительно, *a priori* продиктован разумом) некоторыми другими общими принципами, 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 относятся прежде всего следующие два:

во-первых, принципы частного и публичного права;

во-вторых, начала, выражающие две главные системы юридическо-го регулирования, два типа построения правового материала — диспозитивный и обязывающий.

Принципы частного и публичного права. Сначала несколько общих соображений о частном и публичном праве, о существе и смысле такого деления (в традиционной юридической, а не в философской — как в ряде работ у Канта, — трактовке этой градации¹).

Формальные критерии между границами этих двух правовых сфер — порой весьма зыбкими, подвижными, стертыми реальной жизнью, за-

¹ Напомню, что в тех случаях, когда Кант использует выражения «публичное право», «государственное право» не в философском, широко социальном, а в традиционном, специально юридическом значении он добавляет к приведенным выражениям слова «право для отдельных лиц».

конодательством и юридической практикой — обрисованы аналитической юриспруденцией довольно основательно и убедительно («власть-подчинение» и «субординация» для публичного права; «юридическое равенство» и «координация» для частного права¹).

Самое же существенное заключается в том, что рассматриваемое разграничение имеет фундаментальное для права значение, выражает логику права, исходные начала его построения, а отсюда — принципиальные его особенности. Какие особенности?

История права свидетельствует о том, что долгие века юридические системы Древнего мира имели 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, 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 возможности².

¹ Обзор литературы и разработку проблем частного и публичного права — см.: *Черепяхин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1926.

² И другой пример, уже близкий нашему времени. Ущербность юридической системы, существовавшей в советском обществе, состояла не только в ее идеологизированном и репрессивном характере, но еще и в том, что в ней сообразно коммуно-большевистской догме существовала нацеленность на уничтожение, полное искоренение частного права в основных областях общественной жизни (напомню ленинские слова — «мы ничего частного в хозяйстве не 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

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 эпохи в жизни людей. 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*.

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.

Поэтому именно в цивилистике, в гражданском праве, прежде всего и особенно в гражданском праве Древнего Рима в пору его расцвета в I—III веках христианской эры (когда в юриспруденции было сильно влияние выдающихся юристов), стали складываться, кристаллизоваться, притом как будто бы спонтанно, а в действительности в силу могущества разума начала права, относящиеся к «равновесности» юридических позиций субъектов, их автономии, преимуществва 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 не менее значимая, чем само по себе право. По своей сути оно представляет собой продолжение также высокосignификантного социального феномена — публичной власти со всеми ее позитивными и негативными потенциями, также находящими выражение в достоинствах права, хотя и иного «качества» —

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»).

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. Таким путем формы и институты из другой «юридической галактики» как бы втягиваются в единую юридическую систему демократического общества, становятся совместимыми с частным правом и начинают выступать в нем в качестве однопорядковых и взаимодействующих подсистем¹.

Так что, по всем данным, необходимо рассматривать правовую культуру и правовой прогресс в обществе 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 разворачивается, получает адекватное и интенсивное развитие, и потому с учетом особенностей своей первородной обители и одновременно —

¹ 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 нельзя ставить знак равенства. Если частное и публичное право выражают логику, исходные начала построения права, 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 частных правовых начал в гражданском праве всегда наличествуют известные публично-правовые элементы, а порой и целые институты (например, институты опеки, регистрации юридических лиц и т.д.).

новых условий должны рассматриваться наукой¹, воплощаться в законодательстве и применяться в юридической практике².

После приведенной краткой характеристики частного и публично-го права обратимся к тем чистым началам, которые выражены в этих сферах права. Сферах, которые — скажу еще раз — выражают не классификационные критерии и в этой связи — не столько жестко формально разьединенные участки правовых систем, сколько разные, в чем-то полярные «юридические миры», «галактики», 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 отдельное, частное лицо *вправе самостоятельно, автономно, по своей воле, независимо от усмотрения государственной власти определять юридически значимые условия своего поведения*, а учреждения государственной власти — как это ни парадоксально — обязаны принудительной силой поддерживать эту юридическую значимость и обеспечивать решение всех спорных вопросов независимым судом. Отсюда вытекают и все другие принципы, характерные для частного права: *юридическое равенство субъектов, их однопорядко-*

¹ 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 — ориентированы все же на публично-правовую культуру. Эти разработки, особенно обобщающего характера, зачастую не принимают во внимание данные и ценности частноправовой культуры, которые по многим фундаментальным проблемам правовой теории (например, договорной формы юридического регулирования) призваны служить отправным пунктом научного анализа.

² Выскажу здесь в постановочном порядке общетеоретическое соображение на возможную и, не исключено, конструктивную перспективу разработки проблемы.

Краткая характеристика частного и публичного права позволяет, думается, наметить контуры сложного, многозвенного пути движения природно-социальных процессов от природных предпосылок к праву. Это движение

от природных предпосылок, которые выражены, с одной стороны, в обособлении отдельных особей из «социально-биологического целого», а с другой — в поддержании иерархической системы подчинения;

через появление соответствующих объективных требований формирование «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).

вое 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 для нас 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 последующее мировое правовое развитие, на весь правовой прогресс.

Иные исходные начала характерны для публичного права, для собственного ему пласта правовой культуры. Это, обобщенно говоря, — *порядок «власти-подчинения»* — порядок, в соответствии с которым лица, обладающие властью, вправе односторонне и непосредственно, без каких-либо промежуточных 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 саму суть, природу публично-правовых начал.

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 част-*

ное 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.

Да, 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) 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 свободы личности, других субъектов. В этой связи 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.

Здесь предстоит внести значительные коррективы в положения, которые прозвучали в ряде публикаций автора этих строк, связанных с принятием нового российского гражданского законодательства. В положения о том, что гражданское право — это *рыночная отрасль* (увы, в печати сейчас проскальзывает и с восторгом произносимое выражение — *рыночная демократия*; впрочем, кто знает, быть может, для нашей сегодняшней российской обстановки и верно).

Дело на самом деле 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. Именно «рынок», его требования обуславливают необходимость того, чтобы право собственности имело абсолютный

характер; способом, определяющим взаимоотношения между субъектами, был договорный метод; существовал беспристрастный институт решения разногласий, споров, конфликтов и т.д. — словом, обуславливает необходимость существования сферы, где вопросы решаются по воле и в соответствии с интересами участников рыночных отношений. 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 частнопровых начал, которая первично реализует важнейшую природную, естественную сторону биосоциального основания права, коренящейся в свободе человека, в его естественном праве свободы.

Подходя к обсуждаемой проблеме с несколько более широкими позицией, допустимо сказать так. «Чистая юридическая форма», представляющая оцивилизованную свободу (или в другой области внешних отношений — 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 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 те, которые никак не связаны с отношениями имущественными, да и по своей сути далеки от «рынка», порой несовместимы с ним. Отсюда же — особенности российского Гражданского кодекса, в статье первой которого, например, при формулировании основных начал гражданского законодательства наряду с частнопровыми принципами («равенством», «свободой договора», «автономией» и др.), отвечающими и 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» частнопровых начал, в наибольшей мере совпавшая с требованиями и условиями рынка. И потому без отторжения и сопротивления вмещающая нормативные положения рыночного характера.

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 года, воспринявшим 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.

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 все же имеют самостоятельное значение, представляя два особых типа 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*.

Первая модель (в ее основе — частное право) — *дозволительное и 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, это — *субъективное право + юридические гарантии*.

Такого рода юридические гарантии состоят как в возложении на известных лиц определенных обязанностей (допустим, в отношении права собственности — обязанности всех субъектов не совершать никаких действий, нарушающих или ущемляющих право собственника, управомоченного лица), так и в сумме обеспечительных средств, стоящих на страже права лица (в данном примере — требований или «исков», направленных на возврат владельцу объекта собственности, прекра-

шение действий по ущемлению права и др., и стоящих «за их спиной» судебных, правоохранительных учреждений, их актов и действий, мощи принудительного государственного воздействия). Словом, вслед за указанными двумя элементами тянется цепочка юридических средств — других обязанностей и прав, правовых актов, практических действий, призванных обеспечить реальность субъективного права, практическую возможность его реализации. Замечу, что именно многообразии указанных прав, обязанностей, требований, актов и всех других элементов правовой материи, связанных с правовым регулированием, и делает возможным и даже необходимым обозначать их в суммарном виде в качестве «правового материала» — материала, который с большим или меньшим успехом использует законодатель, юрист-практик.

Особой разновидностью рассматриваемой модели построения правового материала является *общедозволительный тип* правового регулирования. Его своеобразие заключается в том, что лицо имеет не просто субъективное право, а *общее* право (например, 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. Но 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 из общего права (скажем, в обладании и свободном распоряжении в отношении оружия, наркотических средств). Последнее из указанных ограничений, взятое вместе с самим общим правом, образует упомянутый тип регулирования, который обозначается в широко известной формуле: «дозволено все, кроме прямо запрещенного законом». Таким образом, сообразно этому типу правового регулирования первый элемент рассматриваемой модели построения правового материала в свою очередь имеет двучленную структуру — он состоит из общего права + конкретные запреты, являющиеся исключениями, изъятиями из общего права.

Вторая модель (в ее основе — публичное право) — *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.

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». 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.

Рассмотренные две модели построения правового материала, и в особенности общедозволительный и разрешительный типы регулирования (и то и другое обрисовано в этой книге в самых общих чертах¹), 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, имеют универсальное значение для всех отраслей права и должны приниматься во внимание в любом случае законодательной и юридикто-практической работой.

Другие общие принципы. Логика изложения увела рассмотрение темы главы в сторону непростых специальных юридических проблем. Пора вернуться к автору идеи «чистого права» — к Канту и присмотреться к другим положениям философа, имеющим отношение — пусть и не прямое — к этой идее.

Такие положения, на мой взгляд, в сочинениях Канта есть. Некоторые из них, представляется, также имеют значение общих принципов.

¹ Более подробно указанные юридические феномены рассмотрены в других работах автора: типизированные модели правового регулирования (названные «системами правового регулирования») — в книге «Теория права» (М., 1995. С. 247–251); общедозволительный и разрешительный типы регулирования — в книге «Общие дозволения и общие запреты в советском праве» (М., 1989).

Прежде всего должны быть приняты во внимание те кантовские положения, в которых обосновывается мысль о праве как выражении общей воли людей, которую к тому же «требуется сам разум», притом «чистый, *a priori* законодательный разум, не принимающий в соображение ни одной из эмпирических целей»¹. И Кант отводит в этой связи много места в обоснование тех механизмов, которые реально, в жизни приводили бы к такому положению вещей, когда бы (и здесь — с учетом «эмпирических целей») складывалась эта самая «общая» или даже «всеобщая» воля. Пространные рассуждения Канта на этот счет, рассчитанные по замыслу на обоснование такого идеального порядка, когда бы каждый закон выражал волю каждого гражданина, завершаются иным выводом — выводом о том, что допустимо все же «довольствоваться (решением) большинства, как если бы оно было принято по общему согласию...»².

Такой вывод можно было бы отнести к часто встречающимся курьезам логических обоснований, когда предположения разума опрокидываются грубой прозой жизни, и приведенный вообще-то тривиальный вывод Канта оказался бы в стороне от основного потока его идей, если бы не то дополнение, которое в процитированном высказывании мною было опущено. Кант, говоря о допустимости довольствоваться решением большинства «как если бы оно было принято по общему согласию», тут же завершает мысль: «...следовательно, посредством договора».

Вот эта ссылка на договор меняет ситуацию, так как обоснованность принимаемых решений связывается с конструкцией договора, формирование и действие которого уже не требует в каждом случае использования механизмов «общего согласия». Тем более, что вслед за приведенными положениями Кант и вовсе проясняет свою мысль. Он пишет, что «общее согласие», выраженное в принципе большинства, «и есть тот *первоначальный договор*, на котором только и можно основать гражданское, стало быть, чисто правовое, устройство»³.

В последующем нам придется более обстоятельно рассмотреть идею первоначального договора (или — общественного договора, тут есть грань, в данном случае — не очень существенная). Сейчас же важно отметить то, что идея первоначального договора может быть охарактеризована в качестве *еще одного общего принципа, имеющего значение*

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 283.

² Там же. С. 303.

³ Там же.

для признания тех или иных законодательных решений в качестве «чисто правовых»¹.

И еще один существенный момент, относящийся уже к общефилософским взглядам Канта на развитие общества. Это — его идеи о постоянном антагонизме как необходимом звене поступательного развития сообщества людей. И те предположения, которые дальше будут высказаны, тем более уместны, что Кант свои мысли об антагонизме максимально приближает к праву, когда пишет, что обязательная сила известных положений разума распространяется именно на людей, «свобода каждого из которых находится в антагонизме со свободой другого»².

Думается, есть основания рассматривать в качестве общего принципа, сориентированного на «чистые юридические формы», то уже ранее охарактеризованное обстоятельство, что право в связи с механизмами общественного развития представляет такой социальный институт, принципы и нормы которого *должны быть изначально рассчитаны на неизбежность и одновременно — оправданность постоянного антагонизма между людьми, на возможность и неизбежность конфликтных ситуаций, которые должны разрешаться исключительно на основе права и исключительно правовыми методами*. Насколько эти положения напрямую «выходят» на острые проблемы нынешнего времени (в экономике — проблемы конкурентного рынка, в политике — политического плюрализма), очевидно, как и очевидна надобность специальной разработки возникающих здесь юридически значимых вопросов.

Отраслевые начала. О следующей группе принципов, относящихся к категории чистого права, можно, пожалуй, говорить только в сугубо постановочном порядке.

Суть вопроса здесь вот в чем. Рассмотренные ранее принципы имеют общий характер, т.е., как можно предположить, распространяются на право в целом. Но возникает предположение: нет ли подобных же принципов на отраслевом уровне — таких, которые распространяются только на ту или иную отрасль права или группу отраслей?

¹ Об этом, собственно говоря, — и не только в уже приведенных положениях — прямо пишет Кант, когда утверждает, что первоначальный договор — это вообще не реальный факт («как таковой он вообще невозможен»), а «есть *всего лишь идея* разума, которая, однако, имеет несомненную (практическую) реальность в том именно смысле, что он налагает на каждого законодателя обязанность издавать свои законы так, чтобы они *могли* исходить от объединенной воли целого народа» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 303).

² Там же. С. 329.

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 после «предмета» критерия той или иной отрасли. И этот поиск приводил не только к тому, что происходило возвращение — пусть и в эзоповском словесном облике — 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 научно-му осмыслению их отраслевые юридические особенности.

К сожалению, этот уникальный научный поиск (поиск, не имеющий в мировой науке подобных аналогов и до сего времени по-должному не оцененный) не был завершен. Начавшиеся в российском обществе демократические и рыночные преобразования, как это на первый взгляд ни странно, захлестнули ростки передовых научных взглядов иными тенденциями — политическими страстями, стремлениями некоторых правоведов сохранить «доброе марксистское старое», а других правоведов — скорее 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, явились не только своего рода отдушиной для ученых в обстановке тяжелой идеологической марксистской, ленинско-сталинской тирании, но — как видно теперь — объективно оказались такими по своей сути и в перспективе, что они в немалой степени соотносятся 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, который был намечен 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». Имен-

но 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 регулирования¹. Определенные шаги по нахождению своего «особого метода» были сделаны в сфере трудового права, семейного права, других отраслей. Они шаг за шагом подвели к мысли, что каждая реально обособившаяся в правовой системе отрасль права обладает неким специфическим *юридическим режимом* регулирования, который, судя по всему, и состоит из «чистых» отраслевых категорий и принципов.

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 уже не требуется «оглядываться» на тотально господствующую систему коммунистических догм, могут открыться значительные, еще не использованные резервы правоведения как одной из высокочастотных 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.

5. Понимание и перспективы

Предубеждение, помноженное на сложность. — «Нет ничего практичней хожшей теории». — Необходимая ступень постижения права

Предубеждение, помноженное на сложность. Нет никакой уверенности в том, что основанные на кантовской философии идеи чистого права получают сколько-нибудь быстрое и единодушное признание в науке и в практической жизни. Уже два столетия мысли Канта на этот счет — пусть и не развернутые и не «пропущенные» через специальную юридическую проблематику — не привлекали внимания философов и правоведов. А если как-то и были использованы в правоведении, то, увы, для обоснования философской самодостаточности крайних

¹ См.: Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972.

вариантов юридического позитивизма. Идеи чистого права и по сей день, наверное, молчаливо причисляются к неким, не очень-то значимым философским причудам кенигсбергского затворника как некий отзвук его общепризнанных идей о чистом разуме.

А здесь, в этой книге, кантовские мысли и основанные на них теоретические выводы и предположения усложнены к тому же еще и другим — сведениями из юриспруденции, имеющими, по мнению многих людей, абстрактный, оторванный от живой жизни схоластический характер. И плюс к тому еще — усложнения, связанные с трудностями изложения и вытекающими отсюда трудностями восприятия нового, непривычного для нашей науки материала, которые автору, понятно, не удалось во всем преодолеть.

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.

В каких же направлениях идеи чистого права могут проявить себя — положительным образом сказаться на реализации предназначения права в жизни общества?

Таких направлений два. Одно — практического порядка, связанное главным образом с законодательством. Другое направление, раскрывающее потенциал идей чистого права, — принципиально теоретического, концептуального характера, относящееся к постижению действительной ценности права в жизни людей.

«Нет ничего практичней хорошей теории». На первый взгляд приведенные слова великого ученого в области естественных знаний меньше всего относятся к сфере права, еще менее — к практической правовой деятельности, даже к такой ее разновидности, как законотворчество.

В самом деле. Если даже видеть в праве значительное явление в жизни людей, то все же представляется очевидным, что такая сугубо практическая работа, как подготовка проектов законов, их текстов (дело, понятно, непростое, предполагающее необходимость напряженной, сосредоточенной работы, использование определенной суммы данных и знаний), требует прежде всего практического опыта и здравого смысла и касается в первую очередь знаний экономического, политического 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 бы помогла определить действительные потребности общества и человека, задачи законодателя, способствовала учету особенностей регулируемых отношений, моральных предпосылок и требований (всего, кстати сказать, того, что, по мнению Канта, не имеет принципиального значения для самого права).

А юридические знания? Коль скоро судить по некоторым внешним приметам, характерным для порядков и нравов многочисленных законодательных собраний России конца XX века, то это — знания не очень-то сложные, не относящиеся к высокой теории. И хотя почти все члены федерального и региональных законодательных учреждений часто употребляют выражение «прописать закон» (выражение, еще два-три года 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, 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 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, не исходный, не самый первый, но все же совершенно необходимый и исключительно важный, предопределяющий саму возможность того, чтобы действующее право достигло высокого современного уровня.

Конечно, изложенные положения об использовании на практике данных философской правовой теории не следует понимать упрощенно, примитивно. Не так, что вот, дескать, после уяснения экономических и моральных основ проектируемого закона «наступает особый этап», когда следует соотнести возможные варианты юридического решения назревших проблем с положениями высокой правовой теории (можно без оговорок сказать, этого на практике никогда не было, не будет и этого не надо).

Суть дела в другом. 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. Требуются убедительные и конкретные ответы на все другие вопросы, которые по своей сути не есть вопросы «техники», а представляют собой прикладную сторону философских проблем.

При тщательном, углубленном анализе принятых в России законов (особенно на региональном уровне — в областях, краях) выясняя

ется, что основные их огрехи касаются вовсе не вопросов юридической техники и даже не согласованности законов, в том числе — соответствия региональных законов федеральным (хотя таких недостатков немало), а отсутствия во многих из них основательной правовой культуры и, стало быть, — учета данных высокой правовой теории. Весьма показательным в этом отношении является явный недоучет в законодательстве теоретических положений о частном и публичном праве, о юридической специфике отраслей права, типов регулирования.

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.

Возьму на себя риск высказать мнение о том, что фактически значимая грань есть и у самых, казалось бы, абстрактных положений 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 вычлняются 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 государственных имуществ арендаторам из числа работников коллектива правам (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.

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.

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 чистого разума принципами внешнего человеческого права вообще»¹.

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 ставился. И, понятно, в практической плоскости не ставится сейчас, когда в политической жизни реанимируются авторитарные тенденции.

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 будущему.

Ведь кантовские идеи о чистом праве — пусть в каком-то смысле романтизированные, даже с налетом мечты — обращены к тем сторонам исконной природы права, которые коренятся в началах разума, а значит, и свободы людей. Существо кантовской идеи об основном правовом законе в том и состоит, чтобы на разумной основе в соответствии

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 285.

с принципами всеобщности, равновесности реализовать между всеми людьми начала свободы, притом — «величайшей свободы», так нужной людям и необходимой для прогресса в обществе.

Такова же суть других идей, которые 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, представит еще более обоснованной, если их рассматривать под углом зрения юридической структуры собственного содержания права — той, определяющей, стороны этой структуры, когда в качестве центра собственного содержания права, «стягивающего» 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 самодеятельности людей.

Словом, именно идеи чистого права выводят на те теоретические позиции, с которых может и должно быть начато рассмотрение права как *права человека (права людей)*.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА

1. Право человека (право людей): идея, основания, аспекты

Постановка проблемы. – Идея. – Требования времени и логика права. – Аспекты. – «Чистое право» и «право человека». – Идея и ее содержательная конкретизация

Постановка проблемы. Заголовок этой главы (если сразу не сопроводить его комментариями) может создать ошибочное впечатление о рассматриваемой в главе проблеме. Ошибочное – в двойном отношении: во-первых, может сложиться ошибочное впечатление о самом предмете главы – о том, что по сложившимся ныне стереотипам ее содержание сводится к характеристике гражданских прав людей, прав и свобод человека;

и, во-вторых, о том, что в этой связи речь в главе пойдет о широко известных, непрестанно повторяемых на разных уровнях формулах по поводу «прав человека», имеющих нередко самый общий, а подчас и просто декларативный характер, и далеко не всегда соотносящихся с реальной действительностью.

Последнее из указанных обстоятельств, замечу попутно, вызывает острую тревогу, к чему в последующем придется еще вернуться. А пока необходимо специально и подчеркнуто выделить вот что.

Права человека в общепринятом их понимании – право на жизнь, право на свободу слова, право на творчество, право на свободу получения и использование информации, право на частную жизнь и др. это – прошу читателя вспомнить соответствующие пояснения в начале книги – *субъективные права*, т.е. возможности, принадлежащие каждому человеку, «прикрепленные» к отдельному субъекту, неотъемлемые от данной конкретной личности.

Здесь же, в этой главе, пойдет речь о *п р а в е человека* (или – по иной формулировке – о «праве людей») *как о явлении объективного права*. И, следовательно, о явлении, которое находится в единении, сложном, противоречивом, но все же именно в единении с законом и которое в силу этого существует в качестве объективно реального, институционального

образования, обладающего набором «сильных» качеств и свойств, делающих объективное право носителем значительной социальной энергии, мощным фактором в общественной жизни, в жизни людей.

И в подтверждение сказанного — ссылка на твердую позицию Канта. Знаком юридического категориального аппарата и терминологии, Кант в ряде случаев говорит именно о правах человека как о субъективных правах (прямо-таки классическим, буква в букву совпадающим с современными представлениями и с современной лексикой можно признать его положение, когда он пишет о значении «этих природенных, необходимо принадлежащих человечеству и неотчуждаемых прав»¹). В то же время он многократно, притом — в соответствующем смысловом контексте, употребляет, казалось бы, эту же словесную формулировку, «право человека», в смысле объективного права и как совершенно равнозначное в аналогичных смысловых контекстах использует выражение «право людей»².

Конечно, нужно отдавать отчет в том, что возникающее здесь наложение друг на друга «двух смыслов» при использовании по сути дела одного и того же словесного выражения с почти незаметным изменением для читателя или слушателя одной буквы в слове («право» и «права») создает немалые трудности в понимании проблемы. И что в этой связи, возможно, читателю или слушателю предъявляются непосильные требования — каждый раз мысленно преодолевать привычный стереотип. Тем более, что и выражение «право человека» может употребляться и в значении субъективного права, например, в утверждении — «право собственности — неотъемлемое право человека» (впрочем, как видно из примера, в каждом случае — с непременно упоминанием о содержании такого права).

К сожалению, иного выхода из возникшей трудности, кроме как просить читателя все же делать усилие по преодолению сложившегося стереотипа, да почаще давать повторяющиеся авторские разъяснения и употреблять словесный аналог рассматриваемому понятию, «право людей», пока не существует.

Идея. Категория «*право человека*» («*право людей*»), рассматриваемая как объективное право, принципиально новая. Она характеризует иную плоскость правовой действительности и ее понимания, нежели понятие «*права человека*», рассматриваемое в значении субъективных прав (хотя последнее — важнейшая и определяющая ее характеристика). Перед нами — определение, фиксирующее *принципиально новое*

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 375.

² Там же. С. 461, 475 и др.

*качество права в условиях вступивших на историческую сцену и постепенно утверждающихся либеральных цивилизаций*¹.

Именно такой подход к праву гражданского общества, помимо всего другого, позволяет определить главные направления правового развития в современную эпоху и одновременно избежать упрощений, примитива, сугубо декларативных интерпретаций (на манер тех декларативных определений, которые ныне коснулись прав человека). Суть категории «*право человека*» — в том, что она характеризует данное явление *под углом зрения его органики, его юридической природы и правовых особенностей*, и значит — что особо существенно в практическом отношении — *под углом зрения тех юридических механизмов и правовых средств, которые способны перевести устанавливаемое законом правовое положение людей в плоскость социальной реальности*.

Причем здесь сама эта органика права выступает в виде правовых начал, принципов, особенностей, выражающих *природу и логику права как мирозданческого явления*, т.е. такого, которое включается в процесс развития человечества как сообщества разумных существ и занимает в этом процессе необходимое, без альтернатив, место.

Положения о «*праве человека*» — если не итоговый, то, во всяком случае, один из итоговых философских выводов Канта в его взглядах на право, находящихся в том же комплексе идей, что и положения о чистом праве, и прямо подводящих к завершающим определениям и оценкам, которым будет посвящена следующая глава книги.

Требования времени и логика права. Можно указать на два основания, которые вызвали к жизни идею «*право человека*» (здесь и дальше во всех случаях без кавычек и без повторяющихся оговорок приведенное выражение будет употребляться в значении объективного права).

Это — во-первых, требования новой эпохи развития человеческого общества, когда в соответствии с импульсами и духом французской революции обозначился глобальный переход в мире от традиционных к либеральным цивилизациям, и, во-вторых, сама логика права.

Можно уверенно предположить, что именно Кант, как никто из мыслителей той поры, уловил и выразил в соответствующих научных по-

¹ Автор этих строк использовал в работе по философии права (М., 1997) это обобщающее выражение, настойчиво вводимое, насколько мне известно, лишь Кантом, — «*право человека*». И хотя оно в упомянутой работе и получило некоторое авторское обоснование, но, к сожалению, по данному вопросу без должного соотнесения с общими философскими положениями и без развернутой констатации качественной грани между «*правом человека*» и «*правами человека*».

строениях то важнейшее требование времени, что гражданскому обществу, к которому устремило свое развитие человечество, нужно не просто право, а *новое право, соответствующее требованиям новой эпохи*. И вот кантовские положения о чистом праве и о праве человека представляют собой ответ выдающегося философа на заказ Истории. Гражданскому обществу в условиях либеральной цивилизации требуется юридическая система, сутью, центром и смыслом которой являются не власть, не некие идеологические химеры, а — люди, человек. В соответствии с этим право новой эпохи должно стать правом людей, правом человека.

Конечно — и об этом время от времени приходится вновь говорить — такая направленность кантовских разработок придает им идеальный и романтический характер, порой некий мечтательный оттенок. Но так как эти разработки строятся на фундаментальной философской основе, они обретают качество научного прогноза, идей — обращенных в будущее. И то обстоятельство, что спустя полтора-два столетия эти разработки стали прямо отвечать потребностям все более утверждающегося в своих либеральных ценностях гражданского общества, является надежным свидетельством того, насколько они по своему содержанию имеют реалистический характер и далеки от всякого рода беспочвенных утопий.

Тем более, что здесь надо иметь в виду и другое основание идеи о праве человека — логику права, скрытые в нем «устремления» и потенции. Эта логика права уже «показала себя» в тех характеристиках, которые свойственны праву, взятому независимо от его фактического содержания, опыта, эмпирических целей и задач, — в чистом праве. Она же, логика права, говорит, что предпосылки рассматриваемой идеи заложены в самой природе права.

Аспекты. Анализ природы права свидетельствует о том, что оно в ряде своих аспектов может быть интерпретировано и ему исторически предопределено раскрываться именно как право человека.

Таких аспектов три.

Первый (общий) — любое право есть «право людей» в том смысле, что право потому и «право», что его смысл и действие вообще раскрываются через субъективные права, т.е. через юридические возможности людей, их объединений, людских образований. Право в этом отношении — институт, изначально настроенный на человека, его волю и поведение. Именно поэтому субъектами права неизбежно выступают люди, «человеки», которые не случайно названы «физическими лицами» и под этим углом зрения теми реалиями в физическом мире, во имя которых право существует.

Второй (общедемократический) аспект заключается в том, что в юридических системах различных типов и разновидностей по мере развития цивилизации, углубления культуры неизбежно вводятся ограничения и гарантии, призванные при любой системе власти как-то защитить человека, личность. Ибо иного института — кроме права, — способного на всеобщих, равновесных, одинаковых (в этом отношении — общедемократических) началах реально защитить человека, не существует. Потому-то с древнейших времен право почитается в качестве потенциально демократического явления в жизни людей — явления, свойства которого (общеобязательная нормативность, определенность по содержанию) соответствуют требованиям демократии и, следовательно, так или иначе призваны служить человеку. И потому-то, надо добавить, право — как только оно начинало действовать в соответствии со своей исконной природой и вводить необходимые ограничения и гарантии — становилось, как правило, неугодным и не очень любимым для власти институтом.

Третий (либерально-, гуманистически-демократический) аспект природы права раскрывается в современную эпоху. В условиях утверждающихся либеральных цивилизаций в современном гражданском обществе происходит своего рода принципиальная перенастройка юридических систем, имеющая характер истинной революции (переворота) в праве — второй и не менее значительной, чем резкое возвышение права в годы буржуазных революций. Как свидетельствуют данные правового развития передовых в демократическом отношении стран, начиная с 1950—1960-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 на первое место, начинают возвышаться над политической властью.

Разумеется, нужно видеть и суть дела и исторические факты во всей их противоречивой многогранности. В праве, его природе и проявлениях, и в особенности на первых фазах его исторического развития, доминирующее значение имеет «феномен свободы», действующий через систему иерархически властных отношений, что и находит свое выражение в том состоянии юридических систем, которое может быть названо «правом власти». Юридические порядки здесь — весьма податливы перед произволом носителя власти и даже перед капризом самовластного правителя. Да и становление истинно гуманистического права даже в передовых демократических странах — процесс, судя

по реальным фактам, трудный, противоречивый, идущий со спадами, далеко не всегда непрерывно и последовательно.

И тем не менее всесторонний анализ особенностей права, его действия и исторического развития дает основания для твердого вывода о том, что логика права выражает обрисованный ранее «замысел природы», сообразно которому право не только включается в качестве необходимого элемента в механизмы поступательного развития человеческого рода, но и имеет свою, исторически предопределенную судьбу, наиболее высоким выражением которой, возможно, и является *право человека*.

Под рассматриваемым углом зрения представляют интерес некоторые соображения Канта. Отмечая возможность подчинения права «произволу правителей», Кант говорит о такой неблагоприятной перспективе именно в отношении «права людей»¹. Не менее значимо суждение философа о том, что есть нечто такое, к чему «разум внушает непосредственное уважение», — мысль, которую Кант сразу же поясняет в следующих словах — «каково всякое право человека»².

«Чистое право» и «право человека». Мне уже доводилось приводить утверждение Канта о том, что право должно «считаться священным, каких бы жертв ни стоило это господствующей власти», и о том, что «всей политике следует преклонить колени перед правом». И вот что характерно — это утверждение, а также слова о том, что здесь «нет середины и нельзя измышлять среднее прагматически обусловленного права (нечто среднее между правом и пользой)»³, сказаны философом именно в отношении *права* человека. И это, по всем данным, объясняется тем, что право людей как раз и выражает чистые правовые начала, которые потому и «чистые», что они не допускают «нечто среднее».

И главное — если на деле реализовать все то, что характеризует чистое право, то «такое» право неизбежно, по логике вещей становится по ряду важнейших своих сторон правом человека. Скажем, осуществление принципа, требующего согласования свободы данного лица со свободой всех других лиц, — это не что иное, как направленность юридической системы на служение каждому человеку. Такое же значение имеет собственное содержание права, его юридическая структура, которая в условиях демократии на первое место в сложной сети юридических отношений ставит человека с его высоким достоинством

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 475.

² Там же. С. 331.

³ Там же. С. 461.

и неотъемлемыми правами. Отмечая, что оптимальное государственное устройство (понимание под ним республиканского правления), наряду со своим «чистым источником», должно возникнуть «также из чистого источника понятия права»¹, Кант связывает такое оптимальное устройство с человеком, личностью, со *свободой* членов общества как людей².

В этой связи — такое замечание, касающееся уже не идей, а правовых реалий. То обстоятельство, что юридические системы демократически и гуманистически развитых стран можно уже сейчас определить по ряду черт как право человека, не есть, как мы видели, одно лишь порождение современной эпохи — эпохи развертывания либеральных цивилизаций. Здесь — более сложные и глубокие процессы. В условиях развертывающихся (по всем параметрам — экономическим, политическим, духовным) либеральных цивилизаций *право раскрывает свои потенции, заложенные в нем именно как в мирозданческом явлении, имеющем в качестве своей ближайшей природной предосновы естественное право*, преимущественно с той его стороны, которая выражается в требовании *свободы отдельного индивида*.

С этой точки зрения чистое право и право людей — категории в сущности тождественные, оттеняющие лишь разные стороны одного и того же явления. Первая — главным образом по ряду общих принципов и в отношении собственного содержания юридической системы. Вторая — более широкая, объемная, уже с некоторыми социологическими акцентами, главным образом с точки зрения взаимосвязи с человеком, его положением в праве, с акцентом на то, что юридическая система призвана служить не власти, а людям³.

Идея и ее содержательная конкретизация. Идея права человека, или, что то же самое, права людей, — важнейшее достижение философской мысли, сформулированное в виде общей формулы уже в годы французской революции. Но именно сформулированное, поставленное Кантом прежде всего и преимущественно в виде настойчиво проводимого указанного терминологического обозначения в соответствующем смысловом контексте.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 377.

² Там же. С. 373.

³ Стало быть, право людей уже предполагает, что оно — по своей основе — «чистое». И поэтому в дальнейшем при освещении проблем права достаточно терминологически ограничиваться формулой «право людей (право человека)», больше не упоминая каждый раз, что оно по своей основе — «чистое право».

Между тем эта идея является фундаментальной, значительной именно по своей сути, содержанию. И, понятно, она не может быть признана таковой, если при ее анализе и практическом применении ограничиваться одними декларациями, словесными заявлениями и штампами. Тем более, что существование, как уже говорилось, ее словесного повтора на уровне субъективных прав — *прав* человека, — часто вызывающее смешение терминов и отсюда трудности в их понимании, поучительно, и как раз — потому, что замечательное по своей сути положение все более становится для многих людей и власти всего лишь расхожим штампом, а подчас и удобной картой в политических играх. Словом, положение о праве человека (праве людей) нуждается в *содержательном наполнении* — в том, чтобы раскрыть его существо в определенных и притом — юридических институтах и принципах.

Достоинно внимания то обстоятельство, что существенные шаги по содержательной конкретизации рассматриваемой формулы также сделаны Кантом — по одной из проблем (первоначального договора) в довольно развернутом виде, по другой (дозволительного права) — в виде подхода к проблеме.

2. Первоначальный договор

«Первоначальный» и «общественный» договор. — Первоначальный договор и вопросы юридической практики. — Некоторые конституционные проблемы

«Первоначальный» и «общественный» договор. Новое понимание права (как чистого права — права людей) эпохи, открытой французской революцией, Кант связывал с особой идеей разума, названной им *первоначальным договором*.

Кант пишет: «Этот договор (называемый *contractus originarius* или *pactum sociale*) как объединение всех особых и частных волей в народе в одну общую и публичную волю (в целях чисто правового законодательства)» выражает общее согласие, достигнутое по принципу большинства, и представляет собой то начало, на котором «только и можно основать гражданское, стало быть, чисто правовое устройство»¹.

Понятие первоначального договора в научных исследованиях порой рассматривается в том же самом значении, в каком в годы Просвещения видные мыслители той поры — Локк, а также Гоббс, Спи-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 303.

ноза и др. — понимали *общественный договор*¹. Да и сам Кант, поясняя свою мысль принятыми латинскими формулами, употребляет выражение *pactum sociale*.

В общем это верно. И такой подход связан со значением договора в формировании демократического устройства общества. Как показал К.Д. Кавелин, в Европе после средневековых раздоров и государственной раздробленности «гражданский и политический быт, сверху донизу, был построен на договорах, на системе взаимного уравнивания прав»². А если принять во внимание сохранившиеся традиции древнеримской правовой культуры, то проясняется та благоприятная среда, которая предопределила довольно быстрое становление современных правовых систем, имеющих дозволительную направленность, в демократических странах Европы.

Отсюда становится понятной идея первичности в государственно-правовой жизни договорных начал, основательно проникшей в науку. В.С. Библер полагает, что «извечно и демократично только то современное общество, которое сохраняет в своих корнях демократическое право своих граждан *заново*, исходно, изначально порождать и договорно закреплять свои собственные правовые структуры»³.

Но все же, думается, есть основания полагать, что Кант вкладывал в понятие «первоначальный договор» свой смысловой оттенок.

Дело в том, что на общественном договоре как таковом в распространенной локковской его трактовке делается ударение именно на общественном (в сопоставлении с монархическим) понимании государственной власти, на ее народной природе, на требованиях народного суверенитета. У Канта же ударение делается на другом — на том, что сообразуется с его взглядами на право, притом — на объективное право и более того — именно на право людей.

В этом отношении кантовские представления о первоначальном договоре соотносятся не с естественным состоянием, по-разному,

¹ См.: Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 115.

² Кавелин К.Д. Наш умственный строй: Статьи по философии русской истории и культуры. М., 1989. С. 311. В.К. Кантор, обратившись в этой связи к русской истории и отметив, что в период Московской Руси восторжествовало «монгольское право на землю», упразднившее частную земельную собственность, пишет об отсутствии в российских порядках самого важного для установления цивилизованных отношений — представления «о ценности личности, о ценности *другого*, о возможности с ним договориться» (Кантор В.К. Насилие как провокация цивилизационных срывов в России // Вопросы философии. 1995. № 5. С. 44).

³ Будь лицом: ценности гражданского общества. Т. 1. Томск, 1993. С. 18.

кстати сказать, объясняемым Локком, Гоббсом и Спинозой, а с прирожденными правами людей. Причем — так, что прирожденное право имеет своей основой свободу, которая присуща каждому человеку в силу его принадлежности к человеческому роду.

Отсюда вытекает та принципиальная особенность правовых взглядов Канта, в соответствии с которыми именно первоначальный договор — это явление действительно *первоначальное*. Такое, которое сообщает объективному праву, всей действующей юридической системе *правовой характер* — придает им качество достаточной *правовой легитимности*.

У Канта на этот счет есть достаточно жесткие выражения. Характеризуя первоначальный договор в качестве «*всего лишь идеи разума*», он вместе с тем подчеркивает, что этот договор, «однако, имеет несомненную (практическую) реальность в том именно смысле, что он налагает на каждого законодателя обязанность издавать свои законы так, чтобы они *могли* исходить от объединенной воли целого народа», выраженной в первоначальном договоре¹.

Вряд ли с этой точки зрения можно признать точными высказанные в философской литературе соображения о том, что первоначальному договору Кант придавал моральное звучание. Э.Ю. Соловьев утверждает: «Индивиды, согласно Канту, вступают в договор не в качестве разумно-эгоистических, а в качестве моральных существ»². Смысл общественного договора при таком подходе состоит в том, что «человек обладает достаточной внутренней силой для добровольного обуздания своих «предпреступных» помыслов»³. Этическая сторона договорного «самообязывания», конечно же, достойна внимания, и она во многом согласуется с самой сутью философии Канта, главным образом в глубоко духовной, трансцендентной ее стороне. Но все же существо первоначального (именно — первоначального) договора состоит в том, что здесь и таким путем придается правовая легитимность и последовательная правовая направленность нормативным установлениям в области внешних отношений, претендующим на утверждение твердой законности, вытекающей из современного права — права человека.

С рассматриваемых позиций следует признать справедливым мнение Э.Ю. Соловьева, высказанное в другой работе. Отмечая (увы, поначалу вновь с известным креном в сторону морали), что «кантовский моральный индивид — это, если угодно, трансцендентальный консти-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 303.

² Соловьев Э.Ю. Теория общественного договора и кантовское моральное обоснование права // Философия Канта и современность. М., 1974. С. 209.

³ Там же.

туционалист», автор затем обоснованно пишет: «Мы нимало не погрешим против основного смысла категорического императива, выразив его «стандартную формулу» следующим образом: «Поступай так, чтобы максима твоего поведения была совместима с первоначальным договором, обеспечивающим само политическое сообщество людей на началах правозаконности»¹.

Насколько Кант придает существенное политико-правовое значение первоначальному договору, видно из его слов, когда он утверждает, что без идеи первоначального договора «нельзя мыслить никакого права на управление народом» и что на идее первоначального договора «должно быть основано всякое правовое законодательство народа»².

Первоначальный договор и вопросы юридической практики. Изложенные соображения, думается, объясняют то обстоятельство, что при характеристике чистых начал права идея первоначального договора уже была указана как одно из таких, притом — общих, начал. Отсюда есть достаточные основания полагать, что и в жизни, на практике при решении сложных, конфликтных проблем высшими юрисдикционными учреждениями страны имеются необходимые основания для того, чтобы видеть в известных реалиях прошлого и настоящего значимые элементы первоначального договора, от признания которых зависит решение конфликтных ситуаций.

Например, в сложных, зыбких, противоречивых обстоятельствах, которыми были отмечены события реформируемой России в 1991—1993 гг., когда распался Советский Союз и шло жесткое противостояние между Президентом и Верховным Советом РСФСР, казалось бы, нет сколько-нибудь крепких юридических оснований для выхода из конфликтной ситуации. Конституция РСФСР была принята до распада Союза, и потому действовавший на ее основе Верховный Совет и принимаемые им законодательные документы не имели достаточной легитимности. Неустойчивым было и правовое положение президентской власти, сформированной на недавних по тому времени всенародных выборах, но все же — также на основе нормативных положений составной части уже не существующего государства.

Но вот в конце апреля 1993 г. состоялся референдум о доверии президентской политике реформ. И его результаты, как вскоре стало ясным, приобрели более широкое правовое значение, чем просто одобрение

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 115.

² Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 359, 375.

определенного направления внутренней политики. Во всяком случае, открытое противостояние «двух властей» в начале октября 1993 г., кульминацией которого стали вооруженные столкновения у резиденции Верховного Совета и его штурм вооруженными силами, было встречено с известной терпимостью большинством населения. И это, надо полагать, в значительной степени объясняется как раз тем, что референдум по своей сути представляет собой одну из общепринятых форм общественного (первоначального) договора, результаты которого дают победителю известные основания для действий в критических ситуациях с опорой на достигнутое на референдуме по принципу большинства согласие населения.

Но если это верно, то тогда не это ли обстоятельство стало незримым фоном для того, чтобы спустя год для решения другого конституционного конфликта, связанного с действиями правящих кругов Чечни по ее государственному обособлению, вновь, и теперь уже в крупных масштабах, в действие были приведены регулярные вооруженные силы и на территории России началась двухлетняя кровавая бойня. Горький факт, который должен стать поучительным уроком для всех, кто заранее не просчитывает возможные последствия своих акций, относящихся к такому крупному социальному институту, как первоначальный договор во всех его разновидностях и проявлениях.

Некоторые конституционные проблемы. Идея первоначального договора такова по своему правовому значению, что ее можно рассматривать в качестве основы конституционного развития страны.

Кант по этому вопросу формулирует свое мнение с достаточной определенностью. Он пишет, что гражданское устройство общества, образованное на основе первоначального договора, «с точки зрения права есть, следовательно, само по себе то, которое первоначально лежит в основе всех видов гражданской конституции»¹. Такой подход к первоначальному договору, его юридической значимости нашел поддержку и в современной философской литературе².

¹ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 375, 377.

² О конституционном значении первоначального договора, «причем в локковском его варианте, оказавшем наибольшее влияние на политико-юридические концепции буржуазного Просвещения», говорит Э.Ю. Соловьев, когда пишет, что «первоначальный договор в варианте Локка (чего нельзя было еще сказать ни о Гоббсе, ни о Спинозе) — это полновесная конституция» (*Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права.* С. 115). Верное суждение! Разве что выделение конституционной значимости рассматриваемой категории это — не столько заслуга Локка, который делал ударение на «общественной» функции договора, сколько — Канта, оттенившего его функцию «юридической первоначальности».

Под рассматриваемым углом зрения такие институты демократической организации общества, как свободные выборы по принципу большинства (выборы депутатов в высший представительный орган страны, выборы главы государства), а также всенародные референдумы, могут быть признаны *формами первоначального договора*, имеющими независимо от характера их нормативного закрепления непосредственное конституционное значение на данном участке государственно-правовой жизни гражданского общества.

Еще больше оснований для такого утверждения в отношении всенародных референдумов, на которых решается вопрос о принятии конституции (а также – поправок к ней, иных непосредственно конституционных проблем). Конституционные референдумы – правовой институт, ближайшим образом соответствующий идее первоначального договора.

В то же время по данному вопросу необходимы известные уточнения.

Как свидетельствует конституционная практика ряда стран (Франции, России), референдум, на котором *принимается* проект конституционного документа и происходит *разовая и непосредственная* легитимация проекта всенародным голосованием, не может быть признан совершенным и безупречным во всех отношениях механизмом, реализующим идею первоначального договора. И по соображениям профессионально-делового характера (непосредственное «всенародное принятие» сложного юридического документа не обеспечивает его необходимую отработанность), и по соображениям юридической и нравственной корректности такого принятия (на референдуме в принципе невозможно дать дифференцированную оценку многообразным положениям проекта).

Оптимальным вариантом принятия конституционного документа в соответствии с идеей первоначального договора является такой его механизм, в ходе и результате которого происходит *двойная* или даже *тройная* легитимация проекта всенародным голосованием. По такому варианту сначала проект документа вырабатывается высшим представительным учреждением страны, статус депутата которого обретен на основе свободных выборов а затем – в качестве завершающей стадии происходит *одобрение* принятого законодателями документа. Кроме того, перед завершающей стадией целесообразно еще одно звено – промежуточный референдум по нескольким (двум-трем) наиболее острым вопросам конституционного устройства общества. Отсутствие на практике такого, казалось бы, чрезмерно усложненного порядка разработки и принятия конституционного документа сни-

жает уровень его легитимной обоснованности, превращая референдум в способ решения населением вопроса об одобрении или неодобрении той или иной политики, а еще более — руководящего статуса лидера, с именем которого сопрягается документ, вынесенный на референдум.

Отсюда — если согласиться с приведенными соображениями — становятся понятными истоки тех юридических огрехов и неодобрительных оценок со стороны отдельных людей и специалистов, которые характерны для отношения к Конституции России, принятой на референдуме 1993 г. Многие в этих огрехах (а также и в отсутствие многоэтапных процедур принятия конституционного проекта) объясняется сложностью политической ситуации в России того времени, вытекающим в этой связи весьма вероятным предположением о том, что соблюдение оптимальных процедур в обстановке политического кризиса привело бы к появлению еще большего числа огрехов и минусов, а быть может, и вообще отодвинуло принятие демократической конституции на неопределенно долгую перспективу. Но, как бы то ни было, существующие реалии, относящиеся к действующей российской Конституции, должны быть уроком, поводом к размышлениям с перспективой на будущее, когда — будем верить — в конституционном развитии России в полной мере реализуется весь политический, нравственный и юридический потенциал идеи первоначального договора.

3. Дозволительное право

Рождение идеи. — Анализ философа. — На трудных путях освобождения от стереотипов. — Истоки. — Институты. — Общие дозволения и общие запреты. — О правовом статусе субъектов. — «Право на право»

Рождение идеи. К эпохе Просвещения — времени, к которому относится творчество Канта, 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» и даже «кулачного права».

Эпоха Просвещения, как и вся возрожденческая культура, и в не меньшей степени революционные события конца XVIII века 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. Это и стало предпосылкой взглядов Канта на право. В том числе — предпосылкой для выводов о праве как праве человека.

Но спрашивается, в чем реально, кроме общей постановки вопроса, непривычного терминологического обозначения и идеи первоначального договора, состоит то новое, что должно быть характерным для права в условиях 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-ограничительного права к д о з в о л и т е л ь н о м у (дозволяющему) праву*. И соответственно этому — с переходом от видения права как сугубо властно-государственного образования к его трактовке как института свободы и творческой активности людей.

Осмысление этого глобального перехода, во всяком случае — подходов к нему, и выпало на долю Канта.

И что, быть может, самое примечательное здесь — это то, что такого рода крутой переход в правопонимании оказался у Канта столь же сложным и, пожалуй, даже мучительным, кажется, даже в чем-то неожиданным для автора (об этом уже упоминалось в начале книги), как связанная с таким переходом многосложная ломка правовых представлений в науке и юридической практике — долгий процесс, продолжающийся во всем мире до настоящего времени.

Анализ философа. В сочинении «К вечному миру» (1795 г.) Кант дает развернутый профессиональный философско-правовой анализ, опирающийся на догму права, на вытекающую из нее *юридическую логику*. Поводом к этому анализу стала частная и сугубо специальная юридическая проблема, затронутая в работе, — обоснование того, что «запрещение» по рассматриваемой в сочинении ситуации касается только способа приобретения владения, а не самого владения, которое основано хотя не на действующем позитивном праве, но на праве обычном.

И вот в связи с характеристикой правомерности владения и способа его приобретения Кант обращается к самой сердцевине правовой материи, к одной из ее «тайн» (наукой до сей поры в полной мере

не постигнутой) — к ее трем фундаментальным элементам, ее «сгусткам» — запрещениям, предписаниям, дозволениям, рассматриваемым под углом зрения закона, его трех видов, обозначенных им с помощью специальной юридической терминологии: предписывающих (*leges praeceptivae*), запрещающих (*leges prohibitivae*), дозволяющих (*leges permissivae*).

Указав на эти три вида законов, Кант начинает анализ с того, что подвергает сомнению обоснованность существования дозволений, содержащихся в дозволяющих законах, как юридических категорий¹. И такого рода критический подход основывается как раз — запомним этот момент! — на господствующей в его время идеологии о праве как праве власти (или даже «праве сильного», «кулачном праве»), которое имеет преимущественно предписывающее, запретительно-ограничительное содержание, ориентированное на принуждение. Ибо без опоры на господствующие в ту пору правовые представления проблемы трех видов законов вообще нет (сам факт выделения дозволяющих законов, по словам Канта, «само собой дается систематически классифицирующему разуму»²). Причем, основываясь на господствующих представлениях, Кант, заметив, что «законы вообще заключают в себе самих основание объективной практической необходимости», пускается в сложные рассуждения, оправдывая сомнения об обоснованности существования дозволений в области права тем не очень-то корректным аргументом, согласно которому при их признании «дозволяющий закон содержал бы принуждение к тому или иному поступку, к тому, к чему никто принужден быть не может»³ (при дозволителем регулировании в действительности закон призван прежде всего не «принуждать», а определять гарантии для дозволения; принуждение же принимается в отношении лиц, нарушающих гарантии).

А теперь самое знаменательное. Кант, подвергнув сначала сомнению обоснованность существования дозволений в области права, все же в самом ходе своих рассуждений, рассуждений сложных (на мой взгляд, на грани внутренней ломки), в конце концов именно с ними, с дозволениями, связывает последовательное законодательство, всеобщие законы — то, что «требует понятие закона». Кант пишет даже, что обоснованность выделения дозволений и соответственно — юридическая оправданность формулы о дозволяющих законах «есть единственный настоящий критерий последовательного законодательства,

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 369.

² Там же. С. 371.

³ Там же. С. 369.

без которого всякое так называемое *ius certum* останется лишь благим намерением. — В противном случае (т.е. без учета формулы о дозволяющем законе. — С.А.) мы будем иметь лишь *общие* законы, а не *всеобщие* (применимые *ко всем* случаям), как того требует, по-видимому, понятие закона»¹.

Путь рассуждений, проделанный Кантом при формулировании приведенных выводов (да и слово «по-видимому»), — пожалуй, лишь свидетельство трудности, своего рода драматичности неотвратимо наступившей ломки сложившихся в феодальную эпоху фундаментальных представлений о праве, принципиального изменения в его понятии. А по сути дела перед нами — поворотный пункт в самом существовании этого круга проблем. Если дозволения и дозволяющие законы представляют собой *единственный* критерий последовательного законодательства и лишь при таком критерии могут реально существовать всеобщие законы и именно этого требует «понятие закона», то, значит, речь должна идти о качественно ином праве, резко отличающемся от права запретительно-ограничительного характера. Речь должна идти о *д о з в о л и т е л ь н о м* праве.

На трудных путях освобождения от стереотипов. Характеристика права в условиях перехода к либеральным цивилизациям в качестве «дозволительного» вовсе 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 общества в принципе неизменной остается функция права 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 дозволе-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 371.

ния (о них у Канта тоже есть замечания, об этом — дальше), а также то обстоятельство, что дозволения через всю совокупность свойственных им институтов, способов и типов регулирования придают принципиально новый облик праву в целом, сообщают ему черты «чистого права», делают дозволительные начала ведущими правовыми принципами.

Между тем неизменное существование в праве того слоя правовой материи, который по-прежнему имеет предписывающее, запретительно-ограничительное назначение, острота возникающих в этой связи правовых и социальных проблем, повышенное внимание к ним со стороны общества — все это и ныне поддерживает устойчивый стереотип, в соответствии с которым право, как и раньше, во все века, имеет преимущественно властно-запретительную, предписывающую природу.

Этот стереотип довольно основательно укрепился в общественном мнении, в правосознании людей, в науке — правоведении, философии, других отраслях знаний. Здесь приходится высказать сожаление в связи с тем, что и взгляды Канта на право нередко интерпретируются и комментируются в науке под углом зрения такого рода стереотипа. А это как раз и не позволяет увидеть то принципиально новое, что открылось в понимании права на пороге XIX века и что, по всем данным, должно быть соотносено с именем великого философа.

Так, Ю.Я. Баскин, сопоставляя правовые представления знаменитого древнеримского правоведа Ульпиана и Канта и отмечая, что Кант, как и Ульпиан, определяет сущность права через юридические обязанности, приводит такую сопоставительную таблицу:

Ульпиан	Кант
1. Живи честно.	Будь человеком, действующим по праву.
2. Не вреди другим.	Не поступай с кем-либо не по праву.
3. Воздай каждому свое.	Каждому сохрани свое ¹ .

Между тем, сделанное Ю.Я. Баскиным сопоставление вовсе не свидетельствует о том, что Кант, как полагает автор, «следует Ульпиану», а как раз об обратном. О том, что Кант весьма решительно преодолевает вековые представления о праве как «обители обязанностей», которые к тому же неотделимы от моральных категорий, характерных в немалой степени для взглядов древнеримских юристов и их последователей. Во взглядах Канта — даже в том виде, в каком они изложе-

¹ См.: Баскин Ю.Я. Кант. М., 1984. С. 24–25.

ны Ю.Я. Баскиным, красной нитью проходит мысль о самостоятельной ценности собственно правовых явлений, когда определяется то обстоятельство, совершаются ли поступки «по праву» или «не по праву», и когда, следовательно, критерием такой оценки становятся субъективные права, позволяющие каждому «сохранить свое».

Некоторые замечания по рассматриваемому вопросу могут быть высказаны и в отношении трактовки кантовских взглядов, предложенных Э.Ю. Соловьевым — философом, впервые в кантоведении, настолько мне известно, основательно осветившим эти взгляды по вопросам права.

Например, автор, характеризуя развитие философии Канта его последователями, пишет, что у неокантианцев «кантовское ригористическое «я должен» (*ich soll*) необходимым образом полагает на другом полюсе не менее энергичное «мне можно» (*ich darf*). И происходит это, — как полагает автор, — именно вследствие того, что по «сильной версии» универсализации максим в области безоговорочного должностования оказываются только запреты (негативные предписания) и притом только такие, которые могут мыслиться в качестве общеобязательных, равноприемлемых для всех и соотносимых с условиями первоучреждения человеческого общежития»¹.

Между тем такое двухполюсное соотнесение «я должен» и «мне можно» происходит не вследствие плюсов и минусов одной из версий универсализации максим, характеризующей этическую сторону проблемы, а по другой причине — потому, что здесь, как и в других случаях, у Канта и его последователей все более и более раскрывается *юридическая суть проблемы*. Ибо двухполюсное соотнесение указанных категорий — это уже не что иное, как *правоотношение*, в котором «мне можно» представляет собой *субъективное право*, которое как право действительно является носителем значительной социальной энергии управомоченного лица. Впрочем, нетрудно заметить, что и здесь, и в других суждениях Э.Ю. Соловьева доминирующей линией при оценке взглядов Канта является все же акцент на право и правосознание (жаль только, что автор в одном из таких, весьма примечательных, высказываний мимоходом обронил слова о будто бы «узкоправоведческих интересах» философа²).

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 143–144.

² Э.Ю. Соловьев пишет: «В тексте «Метафизики нравов» есть удивительное место, свидетельствующее о том, что основные установки фрагмента «О свободе» и эссе «О поговорке...» продолжали определять все узкоправоведческие интересы Канта. Вот как оно звучит: «Под благом государства подразумевается не благополучие граждан и их счастье — ведь счастье (как утверждает и Руссо) может в конце концов оказаться

Истоки. Формула «дозволительное право» не имела бы никакой реальной ценности или, более того, служила бы — как это нередко случается — лишь пропагандистским прикрытием совсем иной политики и иных реалий, если бы она — как и положение о праве человека (праве людей) в целом — не шла дальше общих деклараций и объявленных намерений. Или — даже сопровождалась время от времени законодательными акциями властей, будто бы сообразующимися с подобными намерениями.

Вот почему после констатации самой сути идеи о дозволительном праве как важнейшей, определяющей черте той юридической системы, которая должна утвердиться в человечестве с его переходом к либеральным цивилизациям, требуется углубление этой идеи — рассмотрение ее *истоков*.

Самое существенное здесь — это понимание того, что особенности права человека как преимущественно дозволительной юридической системы строятся на *началах естественного права, притом — на началах той его стороны, которые характеризуют свободу отдельного, автономного индивида, человека*. А именно эта сторона естественного права — коль скоро понимать его в кантовском смысле (в смысле «идеи разума и образца для нас») — является в мирозданческом отношении, с точки зрения сущности и назначения человеческого бытия наиболее важной, перспективной, решающей для будущего людей, всего человеческого рода.

Долгие-долгие века в обстановке традиционных цивилизаций — азиатских, рабовладельческих, феодальных — доминирующее значение в общественной жизни имели природно-социальные требования, которые отражали необходимость корпоративной организованности, построенной на властно-иерархических, авторитарных началах, и которые выражались в свободе (произволе) власти и, следовательно, в праве власти.

В обстановке же перехода к либеральным цивилизациям естественные-природные требования свободы отдельного индивида, человека, заслоненные и деформированные в предшествующей истории власт-

гораздо более приятным и желанным в естественном состоянии или даже при деспотическом правлении; под благом государства подразумевается высшая степень согласованности государственного устройства с правовыми принципами, стремиться к которой обязывает нас разум *через некий категорический императив*» ([Кант И. Соч.] Т. 4. Ч. 2. С. 239–240). Совершенно очевидно, — заключает автор, — что Кант говорит здесь «категорическом императиве права»» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 179).

но-иерархическими, авторитарными началами, приобрели приоритетное, первенствующее значение в жизни людей, как бы прорвались в главные пласты жизни людского сообщества. Они-то, эти истинно гуманистические требования естественного права, и предопределили необходимость коренной смены вех в самом построении правовых систем — переход от преимущественно запретительно-ограничительной юридической системы к дозволительному праву — праву современного гражданского общества.

Институты. Рассмотрение истоков принципиально нового феномена в либеральную эпоху — права человека (права людей) призвано углубить представления об этом феномене. Вместе с тем нужно видеть и то, ранее уже упомянутое, обстоятельство, что о существовании права человека как реального явления, в полной мере отвечающего своему назначению в современном мире, можно утверждать лишь тогда, когда в условиях развитого гражданского общества *в самой органике действующей юридической системы, в ее собственном содержании происходит качественная перенастройка*. Такая перенастройка, которая фактически делает право и с сугубо юридической стороны (в том числе — в юридической догматике) *принципиально иным*, чем право в обстановке господства властно-иерархических начал в организации общества, — правом, по самому своему юридическому содержанию настроенным, подготовленным и целеустремленным на служение человеку, людям.

Характеристика права человека (права людей) как дозволительно-го права представляет собой уже известную конкретизацию приведенного положения. Но ее следует довести до логического конца. А это значит, что формирование и бытие права человека как дозволительного права должно быть выражено, найти свою жизнь *в институтах*, т.е. в объективированных через закон юридических установлениях — в нормах, иных положениях объективного права, их структурных комплексах, механизмах.

Эти нормы, их комплексы, структурное построение и механизмы затрагивают *все стороны, все компоненты*, образующие объективное право, ту или иную национальную юридическую систему. О ряде важнейших из них уже шла речь, когда объективное право было соотнесено с категориями чистого права, а в этой главе — с принципом первоначального договора.

Напомню о таких сторонах, компонентах. Это:
частное право;
диспозитивное построение правового материала;

юридическая структура собственного содержания права, характеризующаяся тем, что центром правового регулирования являются субъективные права;

общедозволительное регулирование;

приоритет договорного регулирования, прежде всего — первоначального договора.

Перечень этих институтов — стоит только провести обстоятельный теоретический анализ — вне сомнения, может быть существенно пополнен, в том числе — указанием на ряд отраслевых институтов (скажем, на принципы саморегулирования на муниципальном уровне по конституционному праву или односторонне сделочного регулирования в гражданском праве). Но такой анализ уже значительно выходит за рамки настоящей работы. И сейчас, пожалуй, можно ограничиться тем, чтобы отметить несколько узловых пунктов в собственном содержании права, где дозволительная направленность права в условиях гражданского общества нуждается в воплощении в виде определенных институтов, механизмов регулирования.

Внимание науки и практики, по все данным, должны привлечь прежде всего два из подобных узловых пункта (отчасти — потому, что здесь также могут быть использованы философские соображения Канта, имеющие ценность для юридической науки): во-первых, институты, обеспечивающие всеобщность права, и, во-вторых, юридическое обеспечение высокого правового статуса человека.

Общие дозволения и общие запреты. Суть вопроса по первому из указанных пунктов — вот в чем. Для права, в особенности для права человека, должно быть характерно — о чем уже говорилось — не просто регулирование при помощи норм, т.е. общих правил, а всеобщее регулирование, которое в этом случае изначально является одинаковым, юридически равновесным, юридически равным для всех субъектов, всех людей.

Но как достигнуть такого всеобщего регулирования, когда общественные отношения бесконечно разнообразны и создать общие правила для бесчисленного множества жизненных случаев, казалось бы, невозможно? Развитие человеческой культуры и история права подсказали, по-видимому, единственный путь для решения такой проблемы: это повышение уровня нормативных обобщений, которое нашло выражение в ряде институтов — таких, как институты типизации юридических отношений, общих юридических конструкций, норм-дефиниций.

Ныне становится очевидным, что первостепенную роль в повышении уровня нормативных обобщений в праве призван сыграть институт *общих дозволений и общих запретов*, и соответственно два типа регулирования – общедозволительный и разрешительный (о них ранее, в связи с другими проблемами, уже упоминалось; их краткие формулы – «дозволено все, кроме прямо запрещенного законом» и «запрещено все, кроме прямо разрешенного законом»).

Представляется несомненным, что праву человека сообразно его дозволительной природе должны быть характерны общие дозволения и основанный на них – общедозволительный тип регулирования. Такие, например, дозволения, как свобода предпринимательской деятельности, свобода договора, общее дозволение автономного договорного регулирования. Содержащиеся в законах исключения из указанных и иных общих дозволений (такие исключения вместе с общими дозволениями и образуют общедозволительный тип регулирования) позволяют и здесь реализовать важную особенность права – строгую определенность регулирования по содержанию.

Но какова в этом случае роль в праве (и прежде всего в дозволительном праве) общих запретов и основанного на них разрешительного типа регулирования (например, общих запретов на свободный оборот наркотических веществ, на использование в нормальной гражданской жизни боевого оружия)? На первый взгляд может сложиться впечатление, что для дозволительного права они – всего лишь «особые случаи», тоже своего рода исключения из общего дозволительно-го построения объективного права.

Но это не так. Характер существующих здесь институтов более сложен, в конечном счете и он в идеале в принципе по логике чистых правовых начал «выводит» на дозволительную природу права. И вот как раз по этой, исключительно важной стороне проблемы должны быть приняты во внимание философско-правовые суждения Канта.

Прежде всего, примечателен сам факт того, что Кант в сложном процессе постижения права, приведшем его вопреки исходным посылкам к обоснованию роли дозволяющих законов как «единственного настоящего критерия последовательного законодательства» и всеобщности законов, по сути дела говорит о разрешительном типе регулирования, общем запрете. То есть говорит о положениях из самых глубин юридической теории, к пониманию которых только-только сейчас, спустя два столетия после кантовских работ, подошла современная теория права. Кант пишет: «Запрещающий закон формулирован сам по себе, дозволение же включается в этот закон не в качестве ограничивающего усло-

вия (как это должно было бы быть), а как исключение...»¹ («исключение» — свидетельство того, что запрет является общим).

Но как понимать, что дозволение в запрещающем законе «должно быть» не исключением, а «ограничивающим условием»? В этом случае, поясняет Кант, дозволение добавляется к запрещающему закону «не на основе принципа», и оно вследствие этого включается в «формулу запрещающего закона», а «тем самым» запрещающий закон превращается «и в закон дозволяющий»².

Исключительно важный, по меркам юридической теории — утонченный, ювелирно отточенный и вместе с тем — философски перспективный вывод! Помимо всего иного, он подводит к мысли о том, что общие запреты и разрешительный тип регулирования 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 прямо 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 лекарственных средств находится в режиме общего дозволения. Тем более, что, как поясняет Кант, исключения это — вообще не принцип, на основе которого должно строиться юридическое регулирование: 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»³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 371.

² Там же.

³ Там же. — Заверю, что не допущу преувеличений, если замечу, что соображения Канта об «исключениях» и об «условиях» в отношении общих запретов носят с точки зрения юридической теории поистине фантастический характер. Мне, автору этих строк, занимавшемуся в течение нескольких лет подробным, с использованием данных современной науки и практики, исследованием общих дозволений и запретов (Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989), представляются совершенно 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.

А отсюда — еще один, кажется, еще более основательный для философии права вывод. 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 саму-то власть характеризует по меньшей мере как авторитарную.

Напротив, если разрешительные элементы в порядке проведения демонстраций, собраний, митингов, связанные с необходимостью соблюдения, допустим, правил уличного движения, вводятся при том ограничивающем условии, что существует общее дозволение на свободу демократических действий, то такого рода разрешительные элементы и связанные с ними запреты, пусть и общие, вполне согласуются с дозволительной природой действующей юридической системы. И это, наряду со всем другим, — крепкое свидетельство демократичности существующих общественных порядков в данной стране.

О правовом статусе субъектов. Обратимся ко второму из указанных ранее узловых пунктов, характеризующих институты дозволительного права. Дозволительная природа объективного права проявляется не только, а быть может, даже не столько в построении действующей правовой системы, в доминировании в ней тех или иных типов и способов регулирования, сколько в статусе субъектов, прежде всего — физических лиц, граждан, т.е. в их правовом положении — тех правовых позициях, которые они занимают по отношению друг к другу, к государству.

Здесь имеются основания вернуться к той обозначенной Кантом трехмерной характеристике правового положения субъектов, в соответствии с которой статус лица в гражданском обществе определяется через его свободу как *человека*, равенство как *подданного*, самостоятельность как *гражданина*¹. И в этом отношении еще раз обратим внимание на третье звено — *самостоятельность субъекта как гражданина*, где философ обоснованно поменял эмоционально-этический лозунг французской революции «братство» на более строгую, юридически значимую категорию — «самостоятельность».

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 285—299, 379—381 и др.

Продолжая освещение этого звена правового положения гражданина, существенно важно сказать о том, что именно в рамках его правовой самостоятельности и может быть реализовано то решающее, что требуется для обеспечения дозволительной природы права, — *возвышение* правового статуса гражданина. С тем, чтобы гражданин, отдельный, автономный индивид с его высоким статусом и неотъемлемыми правами, занял *в соответствии с требованиями гражданского общества центральное место в общественной жизни, возвысился над властью и другими социально-политическими институтами общества в целом.*

Каковы механизмы и пути такого возвышения? Ответ на этот вопрос как будто бы осложняется тем, что автор обособления самостоятельности среди особых качеств статуса гражданина связывает ее, и по некоторым формулировкам — чуть ли не исключительно, с участием гражданина в законотворчестве, с «подачей голосов»¹.

В действительности же представления Канта о самостоятельности гражданина — более основательны, они затрагивают фундаментальные основы бытия людей как свободных личностей, обладающих высоким правовым статусом. Исходный пункт такой широкой трактовки самостоятельности гражданина — в том, чтобы каждый человек «был сам себе господин (*sui iuris*) и, следовательно, имел какую-нибудь собственность»².

Особо примечательно в приведенном суждении Канта — это слово «следовательно». Выходит, по Канту, именно собственность, обладание ею делает человека «самим себе господином» и потому «гражданином государства», обладающим, в частности, правом голоса в законодательстве. Причем пусть не останется незамеченным и то, что речь идет лишь о «какой-нибудь» собственности, и, стало быть, величина собственности не определяет объем прав, уровень статуса гражданина. Плюс к тому в собственность, по кантовским воззрениям, входит «всякое умение, ремесло, изящное искусство или наука», дающие средства к существованию³.

Но, как бы то ни было, в гражданском обществе человек непременно должен быть носителем собственности — такой, которая дает чело-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 297.

² Там же. С. 297–299. С этой точки зрения требует к себе внимания мысль Канта о том, что «нет такого правового действия (своего ли или действия другого), в силу которого человек перестал бы быть собственником себя самого» (Там же. С. 293).

³ Там же. С. 299. Особый, этический ракурс в кантовском понимании собственности придает мысль философа — безызыскная с точки зрения нынешнего состояния дел в России — о том, что собственность данного лица охватывает получение чего-то от другого субъекта, но «только путем *отчуждения* того, что ему принадлежит... следовательно, чтобы он не *служил* (в собственном смысле слова) никому, кроме общества» (Там же. С. 299).

веку собственную опору в жизни, обеспечивает ему самостоятельное существование (в том числе в виде обладания профессиональными знаниями и навыками, что, по всем данным, охватывается понятием «интеллектуальная собственность») и которая вследствие этого ставит человека в положение лица, независимого от власти и, более того, способного при наличии других предпосылок обладать в отношении власти императивными публичными правомочиями.

Фундаментальное значение собственности для статуса гражданина, его самостоятельности в странах со сложившимися институтами гражданского общества — общее место, сама собой разумеющаяся норма, исходная идея для признания определяющей функции в обществе «среднего класса».

А вот в отношении России, ныне с трудом вырывающейся из пут тоталитарного строя, приходится вновь и вновь высказать сожаление насчет того, что запись в первоначальных проектах российской Конституции о собственности как основе гражданских прав («частная собственность — неотъемлемое право человека») после чиновничьих проработок проекта непосредственно перед конституционным референдумом так и не увидела свет.

Впрочем, в реформируемой России есть основания и для другой, не менее серьезной тревоги. В результате широко разрекламированной официальной приватизации большинство российских граждан оказались по-прежнему, как и при коммунистическом режиме, отчужденными от собственности, не имеющими «собственно собственнической» основы для своего независимого статуса, экономической и правовой самостоятельности. Это и стало предпосылкой не только бедственного положения многих людей, униженного положения перед чиновниками и сказочно обогатившимися новорусскими богатеями, но и позорного для общества явления, когда чуть ли не центральным фокусом социальной и правовой жизни стала проблема «неполучения» зарплаты и пенсий (и чуть ли не великим подвигом властей их «выплата в какие-то отдаленные сроки»).

И еще один момент, в отношении кантовских воззрений о статусе гражданина, необходимости его возвышения в гражданском обществе. Это — то поистине великое значение, которое придает Кант при оценке положения человека в обществе человеческому *достоинству*. По его представлениям, нужно достигнуть такого положения, чтобы правительство считало «для самого себя полезным обращаться с человеком... сообразно его достоинству»¹.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 147.

Достоинство с этих позиций — это вообще категория мировоззренческого порядка. Кант пишет: «Похоже, природа больше рассчитывала на его (человека) разумное *самоуважение*, нежели на его благополучие»; «кажется, — продолжает философ, — что природа заботилась не о том, чтобы человек хорошо жил, а о том, чтобы вследствие глубокого преобразования самого себя, благодаря своему поведению он стал достоин жизни и благополучия». И такая же мысль: главное, по Канту, не то, как стать счастливым, а то — как «стать достойным счастья»¹.

И вновь приходится говорить о том, что философские представления о достоинстве человека и, стало быть, о месте достоинства в статусе человека появились на свет с немалым опережением во времени. Только спустя более чем полтора столетия, после 1950-х годов в конституциях и других законах передовых демократических стран запись о достоинстве человека стала не дежурной формулой, используемой при констатации критериев правонарушений (например, при защите чести, недопущения пыток и т.д.), а исходной нормативно-гуманистической основой признания за человеком всей суммы неотъемлемых прав — основополагающей нормой в составе норм о правах и свободах человека. Пример тому — Конституция Германии.

Попытки конструирования конституционного текста в такого рода направлении в России, увы, опять-таки не увенчались успехом. Соответствующие положения, содержащиеся в первоначальных проектах, не сохранились в окончательном варианте: запись о достоинстве человека, как и в былые времена, оказалась соединенной с одним из правонарушений — недопустимостью пыток. Что, впрочем (как это рассказывалось в начале книги), не стало препятствием для подобных отвратительных явлений на практике, когда реализовались кардинальные меры в борьбе с организованной преступностью.

«Право на право». Несколько слов об одном предположении, требующем и критической проверки, а при признании, понятно же, доработки.

Речь идет вот о чем. Если феномен права имеет глубокие природные корни, то, по всей видимости, одним из его естественных выражений в условиях цивилизации становится «право на право», реализуемое главным образом в чувстве права, в требованиях правосудного решения, в других конституционных правах в области юстиции, правосудия.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 89, 251.

Наиболее яркое из них — право человека на решение конфликтной ситуации, в которой оказался человек, в правосудном порядке. Решения — не всемогущим чиновником, не вердиктом общественного мнения, 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 (и об этом, вспомним, прямо говорил Кант в своих лекциях в Кенигсбергском университете в 1780—1782 гг.), 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 годов 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. Отраднее 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 — независимо 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, отстаивать каждым свое человеческое достоинство, иметь надежное убежище от произвола, самодурства чиновников.

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 наличествует), а наоборот — исконное для человека *правовое чувство предшествует и во многом предопределяет 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 и добра, но в довольно существенных гранях складывается под влиянием чувства права и утверждающихся на его основе правовых принципов.

Справедливость, возможно, в самой себе несет как интуитивные ощущения глубинной ценности права как цели, так и — известный негативный момент — возвеличенные представления о «равенстве». Те представления, которые являются отражением качества права как «равной меры», имеющей в юридической области ограниченно регулятивное значение, но через мораль возводимое в некий социальный и моральный абсолют — основу утопических социалистических и коммунистических воззрений.

4. От «прав человека» к «праву человека»

В тупике. — От субъективного права к объективному праву — праву человека. — Всеобщее правовое общество

В тупике. Стремительный, бурный, будоражащий XX век — век взлета и падения человечества, век человеческого гения и кровавого безумия — как никакое иное время раскрыл истинную ценность прав человека — этих, еще раз приведу слова Канта, *прирожденных, необходимо принадлежащих человеку и неотчуждаемых прав.* Именно события XX века, унижившие людей бесчеловечной тиранией и поставивших человечество на край тотальной гибели, показали, что нет иного (кроме прав человека) института, представляющего собой прямое выражение свободы личности, твердой основы ее суверенности, независимости, противостоящей произволу власти и насилию.

В то же время надо честно признать — ныне, на пороге XXI века, идеи прав человека, еще недавно столь престижные и величественные, почитаемые в качестве знамени Свободы, именно в наше вре-

мя, в последние годы все более утрачивают 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 представлениях все большего числа людей теряют свой истинный смысл, реальное значение, постепенно переходя на уровень тех лозунгов, которые были в ходу в условиях господства коммунистической идеологии. 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. Заметна и тревожная тенденция перехвата властью правозащитных организационных форм — попыток власти, порой небезуспешных, создавать под своей эгидой и своим контролем учреждения «по защите прав человека», что призвано создавать властителем, нередко весьма авторитарного типа, ореол поборников высших гуманитарных ценностей.

Причины такого положения дел с правами человека — многообразны. Это — и обескровливание, размывание данной категории, происходящее в результате включения в нее с помощью международно-правовых документов и научных деклараций все новых «поколений», вплоть до «права на самообразование», «права на сон» и др. И настойчивые усилия деятелей ряда стран, особенно восточных, представить категорию прав человека в качестве явлений сугубо «западных цивилизаций».

Главная же из причин состоит в том, что шаблонные положения и заклинания по правам человека по большей части (во всяком случае — во многих странах) *фактически по главной своей сути, во всей своей полноте и реальной значимости не проводятся в жизнь*. Риторика на этот счет, как и лозунги при коммунизме, далеко не всегда соотносится с жизненными реалиями, а один из таких лозунгов, упорно пропагандируемый в обстановке брежневского неосталинизма, звучал в унисон теперешним декларациям — «все для человека, все для блага человека».

Условия, пути и способы решения возникающих здесь проблем, направленных на превращение в жизненную реальность идей о правах человека, также многообразны. Они сопряжены со степенью утверждения в обществе начал либеральной цивилизации, природой, характером и честностью политической власти, деятельностью общественных правозащитных организаций, действительных подвижников правозащитного дела, со многими другими факторами нашего сегодняшнего бытия.

Но, быть может, среди этих различных условий, путей и способов тоже есть ключевое звено?

От субъективного права к объективному праву – праву человека.

Да, и здесь, при определении условий, путей и способов превращения правозащитных лозунгов и формул в реальность, есть центральный пункт. Он состоит в *юридическом возвышении* прав человека. В том, чтобы идеи прав человека *воплотить в действующем позитивном праве* и в обществе утвердилось, стало незыблемым и основополагающим *п р а в о человека*.

Вновь приходится напоминать об азбучных положениях науки. Права человека в общераспространенном их понимании – это *субъективные* права, т.е. возможности конкретной личности, субъекта. Более того, 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 века 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 – постепенно начинают обретать и прямое юридическое действие.

Последнее из указанных обстоятельств не только имеет существенное практическое значение, связанное с фактической реализацией прав и свобод человека, но и представляет собой крупный шаг в их юридическом возвышении – шаг к тому, чтобы начался процесс преобразования материи права, его перенастройка из «права власти» в «право человека». Такое преобразование обусловлено с юридической стороны тем, что прямое юридическое действие прав человека означает их непосредственное признание правосудными учреждениями – судом, и значит – вступление в «работу» других звеньев юридической системы, когда постепенно, звено за звеном начинает «работать» объективное право в целом.

Право человека, таким образом, в качестве своей основы и сути включает субъективные *права* человека, которые как бы распространяют на объективное право свою духовную силу и которые со своей стороны сами выступают уже в лоне и под эгидой объективного права. И потому – они, субъективные права человека, не только становятся

критерием, своего рода камертоном построения и настройки всего содержания юридической системы, всех ее подразделений (в том числе и тех, которые направлены на обеспечение порядка и организованности в общественной жизни), но также — что не менее существенно — становятся *юридическими субъективными правами* и, стало быть, оснащенными юридическими средствами и механизмами по их реализации.

Этот процесс юридического возвышения прав человека, когда они наращивают «юридическую плоть» и все более выступают в качестве субъективных юридических прав, только начался в мире. Даже в передовых демократически развитых странах (таких, как Германия) сделаны в этом направлении только первые шаги, о которых ранее уже упоминалось.

В целом такого рода перенастройка юридической системы, осуществляемая во всем своем объеме при успешном претворении в жизнь идеалов либеральной цивилизации, по конечным итогам будет означать *качественный переворот* в мире правовых явлений, когда реально, фактически, и притом — во вполне развернувшемся виде, и войдет в жизнь людей неведомый ранее юридический феномен — *право человека*, о котором двести лет тому назад прозорливо сказал Кант.

Хотя процесс становления права человека, по всем данным, окажется сложным и долгим, уже сейчас различимы основные вехи этого процесса. По-видимому, наиболее крупными, поворотными среди них окажутся следующие три. Это:

в о - п е р ы х, такое построение позитивного права, когда путем целенаправленного законодательства категории субъективных прав человека будет *подчинен весь основной нормативный материал* национальной правовой системы (именно такой курс — судя по фактическим данным — взят в демократически передовых странах, в конституциях которых заглавное, определяющее место занимают нормативные положения об основных правах человека; в Конституции России аналогичное положение записано в ст. 18);

в о - в т о р ы х, создание *независимой системы правосудия, способной и настроенной на то, чтобы противостоять любым акциям учреждений исполнительной и законодательной власти*, не согласующимся с конституцией, основными правами и свободами человека;

в т р е т ь е х, фактическое, немедленное и резкое реагирование судебной системы (реагирование, при отсутствии иных оснований, — по своей инициативе), а вслед за ней — всего государства на *все случаи, когда — пусть и в юридической форме — происходят на деле нарушения основных прав человека*.

Всеобщее правовое общество. Право человека — это право гражданского общества. И вот что примечательно. Рассматривая формирование последнего как «величайшую проблему для человеческого рода», Кант определяет его как *всеобщее* правовое гражданское общество¹. Но что значит «всеобщее»?

Прежде всего, понятно то, что правовые и гражданские начала в таком обществе должны распространяться на все основные стороны его жизни (и иметь в этом отношении «тотальное», стало быть, всеобщее значение). Но дело не только в этом.

Характеризуя развитие человечества «во всемирно-гражданском плане», Кант связывал создание и существование совершенного гражданского устройства данного общества с состоянием международных дел, с утверждением законосообразного порядка и во внешних связях между государствами². Именно — *законосообразного!* То есть — в принципе такого же, какой должен господствовать и внутри общества³.

Насколько эта сторона гражданского устройства представлялась существенной для Канта, видно хотя бы из того, что именно в плоскости международных дел он освещает важнейшие достоинства права. Рассматривая под этим углом зрения проблемы мира (основная работа по этой проблеме — «К вечному миру» 1795 г.), Кант говорит об «уважении понятию права, которое одно только могло бы утвердить навечно мир»⁴.

Вместе с тем здесь, на мой взгляд, может быть отмечена и другая сторона проблемы. *Реализация идеалов права* (и, возможно, прежде всего — тех, которые относятся к субъективным правам человека) должна не только получать фактическую жизнь через механизмы объективного права данного государства, но и, по всем данным, *иметь опору в мировом сообществе* — в международном праве, в самом законосообразном порядке внешних связей государств, а главное — в общем состоянии и в «настроенности» права, характерном для мирового сообщества.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 95.

² Там же. С. 101–115.

³ Важно, что Кант не только придает высокое значение международному праву (в состоянии которого, по его словам, «только и могут должным образом развиваться человеческие способности, делающие наш род достойным любви» (Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 331)), но и строит его по образцу внутригосударственного права. Во всяком случае — в той его плоскости, которая делает международное право («основанное на публичных и опирающихся на силу законов, которым должно подчиниться всякое государство» (Там же. С. 349)) в сущности единственным средством, способным противостоять войне.

⁴ Там же. С. 459.

Каковы доводы, обосновывающие это положение? Два основных соображения должны быть приняты в данном случае во внимание.

Первое из них заключается в том, что право — это *универсальный институт* в жизни людей на нашей планете. И потому в обстановке XX — начала XXI в., сблизивших через поразительную по эффективности систему коммуникаций людей всех стран и континентов, есть основания утверждать о существовании в мире *общего правового состояния*, своего рода *уровня права, планки и порога правосознания*, задаваемых общепризнанными правовыми ценностями, правовой культурой наиболее развитых, продвинутых по путям прогресса стран. Вполне понятно поэтому, что в странах, особенно — тех, которые только вступили на путь формирования права современного гражданского общества, опорными точками для такого правового развития должны стать не только внутренние, существующие в данном обществе условия и импульсы, но и та планка правовых ценностей, которая характерна для человеческого сообщества в целом.

А в этой связи — и второе соображение. Существо его в том, что и в современном гражданском обществе стран, уже во многом освоивших ценности либеральных цивилизаций, политическая государственная власть остается потенциально наиболее мощной социальной силой. И по этой причине — как уже отмечалось в начале книги — даже в передовых по демократическому развитию странах рецидивы насилия 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.

Тем более такое положение вещей, характеризующее непростую конкуренцию насилия и права, присуще странам, стремящимся в ускоренных темпах достигнуть современной стадии общецивилизационного развития. Таким странам, как современная Россия, где либеральные по замыслу реформы реализуются через институты государственной власти и где в результате этого, а также в результате былой силовой идеологии декларируемые правовые формы и принципы остаются неустойчивыми, зыбкими, податливыми перед силовым давлением. Позор России — кровавая бойня в Чечне в 1994—1996 годах, отмеченная (официально не осужденными и даже официально не зафиксированными) грубыми массовыми нарушениями прав человека, обнажила реальное существо российской юридической системы, сохранившей глубокие следы коммунистической правовой идеологии с ее доминантой — возможностью вооруженного насилия при решении внутригосударственных проблем.

В такой обстановке сама жизнь выдвигает необходимость (согласующуюся с кантовской идеей всеобщего характера гражданского общества) формирования на уровне мирового сообщества институтов, обладающих надлежащей компетенцией и достаточными императивными возможностями для инициирования и поддержания в странах, вставших на путь современного правового развития, правовых форм, ориентированных на утверждение в реальной жизни передовых правовых ценностей, идеалов прав человека (права человека).

Речь в данном случае не идет об утопических, сомнительных проектах создания некоего «всемирного правительства» или системы межгосударственных законов, равных по силе законам внутригосударственным (Кант — автор этой идеи — указывает и на великие опасности при ее реализации).

Реальное значение при решении возникающих здесь многосложных вопросов имела бы проработка таких вариантов решения рассматриваемой проблемы, в соответствии с которыми получили бы развитие и совершенствование система международных судов, призванных защищать права человека, упрочение и углубление их компетенции, императивной силы их решений.

Предложения по данному кругу вопросов С.А. Ковалева — истинного и верного подвижника в реальном утверждении идеалов и ценностей права должны привлечь внимание отечественной и мировой демократической общественности. Их смысл — не только в том, что в конце концов должен быть найден выход из ситуаций, когда массированная пропаганда и официальная риторика, лукавые и лживые «правозащитные» акции власти создают непробиваемую иллюзию благополучия при ужасающем фактическом состоянии дел по правам человека. Их смысл — также и в том, чтобы не утратить веру, не сойти с курса, постигать на деле право, двигаться к торжеству, верховенству права в нашей жизни.

ГЛАВА ПЯТАЯ ПРАВО В ЖИЗНИ И СУДЬБЕ ЛЮДЕЙ

1. Право как цель

Ценность права как элемента «замысла» природы. — Может быть, и верно — «...пусть погибнет мир»? — Другая сторона вопроса. — «Самое святое на земле»

Ценность права как элемента «замысла» природы. Еще в первой главе книги были приведены слова Канта, свидетельствующие о том, что по сути его воззрений и по прямым утверждениям философа право представляет собой *конечную цель* человеческого рода — *высший принцип в жизни людей*.

Верны ли эти суждения великого философа?

Скажу так — да, верны; и более того — они представляют собой, на мой взгляд, *наиболее крупный, значительный вывод философа о жизни и судьбе людей*. Быть может, наиболее крупный, значительный его вывод во всей системе его философских гуманистических взглядов.

По Канту, как и по воззрениям всех мыслителей-гуманистов, первостепенное значение для человека имеет он *«сам», человек, его счастье, стремление к счастью, к благополучию, к достижениям культуры*. С точки зрения философа, для людей счастье — это «всеобщность всех их эмпирических целей»¹. Или — как верно замечено в литературе — в соответствии со взглядами Канта стремление к счастью представляет собой «интегральное выражение естественных человеческих склонностей»². Столь же основательны с позиций гуманизма и цели

¹ См.: *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 3. М., 1997. С. 173—181. Вместе с тем Кант замечает: «...содействие своему счастью никогда не может быть непосредственным долгом, а тем более принципом всякого долга» (Там же. С. 531).

² См.: *Соловьев Э.Ю. И.* Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 103.

И действительно, если не быть рабом иллюзий и идеологических химер, то самым главным, безальтернативно ценным для каждого человека в его короткой, наполненной тяготами и невзгодами жизни, является его удовлетворение от жизненных дел, удовлетворение всей своей жизнью, благополучная и удачная судьба, благополучие семьи, близких, отсутствие травмирующих преград и неоправданных потерь — все то, что приносит личное счастье. При этом не упустим из поля зрения то обстоятельство, что, по Канту,

жизни людей взгляды Канта в отношении всего многообразия целей, «царства целей»¹; культуры, тем более, если речь идет о природе, понимаемой по-кантовски в качестве «разумной природы»², когда только «культура может быть последней целью, которую мы имеем основание приписать природе в отношении человеческого рода»³.

И именно глубокий гуманизм философских воззрений Канта предопределяет его высокую оценку права, его характеристику как цели общества, его высшего принципа.

Причем такой подход к оценке права оказывается вполне обоснованным, если даже рассматривать право только под углом зрения «природы» — существенного звена ее «замысла». То есть под тем углом зрения, когда право с позиций Канта касается лишь внешних, и притом практических, отношений между лицами, когда в поступках людей часто исчезают, теряются нравственные императивы мотивации поведения. И когда, надо добавить, следует видеть в праве такой уникальный институт цивилизации, который способен предельно точно определить и сохранить границы внешней свободы людей, в соответствии с которыми принудительным законом каждому «определяется свое» и это «свое» ограждается от посягательств каждого другого.

С такого рода позиций оценка права как цели общества, его высшего принципа оправданна, прежде всего, потому, что, по разъяснениям Канта, право как «цель, которая... сама по себе есть долг», представляет собой «высшее формальное условие (*conditio sine qua non*) всякого другого внешнего долга»⁴.

Но если право — это «высшее формальное условие» всякого другого внешнего долга в области внешних отношений, то это означает:

«каждый вправе искать своего счастья на том пути, который ему самому представляется хорошим» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 285).

¹ Кант в рассматриваемом отношении отводит культуре высокое место среди человеческих целей. Человечество, пишет он, «постоянно идет вперед в отношении культуры как своей естественной цели», и здесь, по его утверждению, «благодаря провидению будет достигнута цель всего человеческого рода для осуществления его конечного назначения свободным применением его сил, насколько их хватит» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 337, 347).

² См.: *Галенко С.П.* Кантовская метафизика как общая теория отношения // Историко-философский ежегодник. М., 1991. С. 32.

³ *Кант И.* Соч. В 6 т. М., 1963—1966. Т. 5. С. 464. А. Хеллер пишет: «По мнению Канта, у нас есть основания полагать, что культура является конечной целью природы, ибо именно культура позволяет разумному существу ставить перед собой любую возможную цель или служить ей» (*Хеллер А.* Иммануил Кант приглашает на обед // Вопросы философии. 1992. № 11. С. 129).

⁴ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 281.

во-первых, что *ничего другого от гражданского общества в целом не требуется*. Все «другое», прежде всего — достижение личного счастья, — это уже дело главным образом самого человека, его активности, творчества. Конечно, общество призвано создать для людей известные предпосылки, условия, устранить существующие и возможные препятствия, стоять на страже общечеловеческих ценностей, оказывать людям при необходимости определенное гуманитарное содействие. Но после того, как определены (на основе всеобщего правового закона) и сохраняются границы свободы, главное, от чего зависит достижение счастья, других личных целей человека, — это его активность, напряженная творческая работа, ответственность за дело, его успех;

и во-вторых, в условиях, когда в соответствии с требованиями гражданского общества каждому определяется «свое» и это «свое» ограждается от посягательств каждого другого, *человек становится обладателем прочной и твердой опоры для своей активности, творчества, самостоятельной деятельности*. Это «свое» при надлежащем правовом развитии, когда складывается право человека (право людей), получает на основе публичных принудительных законов реальное бытие в виде защищаемых государственной властью субъективных прав, реализуемых при необходимости государственной властью.

Весьма точен в своих определениях Т.И. Ойзерман, когда пишет: «Таким образом, достижение гражданского, управляемого правовыми законами общества, в котором каждый гражданин свободен в границах, определяемых свободой его сограждан, составляет высшую задачу человечества, решение которой создает основу для развития всех присущих человеческой природе творческих задатков»¹.

Таким образом, сам факт существования и функционирования права сопряжен со смыслом, сокровенной сутью жизни человеческого рода — *возвышением и активизацией человека, личности*.

К сказанному можно добавить и другие характеристики права, раскрывающие его особенности как цели. Здесь надо напомнить, что именно право выступает в качестве института общества, в котором через категории чистого права воплощаются *высшие проявления разума в практической жизни людей*, прежде всего — требования категорического императива.

И такой еще штрих, который в данной работе представляется возможным только обозначить. Вступление человечества в XIX веке в эпоху

¹ Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма. И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 76.

либеральных цивилизаций, ознаменовав гигантский шаг человечества вперед и породив великие романтические надежды, уже в следующем веке, особенно — к концу его, обернулось нарастающими разочарованиями. Эти разочарования в немалой степени затронули институты политической демократии, парламентаризма, системы свободных выборов, при помощи которых (а чаще — под прикрытием которых) в ряде стран устанавливались диктаторские, тиранические режимы власти, поддерживались авторитарные политические структуры. И в такой обстановке разочарований, порожденных, на мой взгляд, неукротимостью и коварством власти, все более и более крепнет убежденность о великом предназначении права и в политической сфере — в том, что, возможно, именно праву человека (праву людей) и соответствующему ему правовому гражданскому устройству суждено стать достойным продолжением современной политической системы, вбирающим из нее все положительное на последовательно правовой основе.

Словом, с какой стороны к проблеме ни подходи, логика мысли, основанная на идеях Канта, возвращает нас к его положению о праве как цели.

В данном месте есть основание еще раз вернуться к кантовскому пониманию «формы», которое во многом предопределяет сами подходы к рассмотрению ценности права. Приведу — как и ранее — суждения на этот счет М. Мамардашвили. «Значит, — пишет автор, — для Канта проблема не в том, чтобы хорошо устроить жизнь, — должна быть форма, такая (внимание! — С.А.), чтобы не содержала в себе оснований зла и несчастья. Не в нас не должно быть этих оснований, а в форме. (Конечно, Кант с его чувством формы является завершающей возрожденческой фигурой, если ясно понимать, что такое Возрождение)»¹.

И хотя автор тут же определяет такого рода форму как «гражданственность» или «общественную связь», из его же более развернутых положений следует, что «закон есть один из классических случаев формы» и, более того, «простой смысл права», по Канту, в том и состоит, чтобы «в самой форме не было оснований для зла и несправедливости»². Да и сама гражданственность или общественная связь требует от людей выполнять гражданский долг, «который есть продукт объединения свободных граждан». И что принципиально важно — для них, свободных граждан, «свобода является гражданской обязанностью, свободой в осуществлении своих прав в общении с другими людьми и в жизне-

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. М., 1997. С. 93.

² Там же. С. 90.

устройстве. Эта идея и есть то, что революционно отличает Возрождение от предшествующей средневековой теологической эпохи¹.

Таким образом, право для людей, их жизни и судьбы, выступает и как основа возвышения личности, и как опора активности, творчества человека, и как его убежище от зла и несправедливости — гарантия свободы и ограждение от бед. Другой, равноценной и равновеликой по значимости для человека цели, к которой во имя человека, его благополучия и счастья, могло бы стремиться общество, просто нет.

Может быть, и верно — «...пусть погибнет мир»? Только что высказанные соображения о праве как цели общества могут быть дополнены и доводами «от противного». Здесь весьма показательны фактические данные и вытекающие из них очевидные предположения о том, что происходит с человечеством, с людьми, когда точно не определяются и не сохраняются границы свободы. И когда сообразно такой бреши в организации жизни людей в суровых условиях земной жизни каждому достаточно строго не определяется или вовсе не определяется «свое» и это «свое» не ограждается от посягательств каждого другого, что влечет за собой крайне негативные последствия в любых социальных условиях и на всех уровнях человеческой жизнедеятельности.

Такие негативные последствия весьма очевидны на бытовом, житейском уровне и в сфере обычных процессов жизнедеятельности. Это — отсутствие при недостаточном или ущербном праве должного порядка в общественной жизни, ее дезорганизация, а порой и крайние ее проявления — анархия, вольница, война всех против всех, в известных областях — и негативные последствия совсем иного рода: утрата активности, бездеятельность, иждивенчество. Последствия — особо острые, болезненные, разрушительные в обстановке, когда отсутствуют или не обрели должной силы другие факторы, порождающие стимулы к активной деятельности, бремя и ответственность, — такие, как частная собственность в производстве, требования конкурентной рыночной экономики.

Очевидны негативные последствия при отсутствии или недостатках права также и в политической области. Исторический опыт свидетельствует, что везде и всегда режимы диктатуры и тирании торжествовали в условиях неразвитых или ущербных юридических систем. Или — что не менее пагубно — в условиях, когда сохраняется неадекватное право, что, кстати сказать, во всем букете указанных правовых

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 94.

негативов и случилось в России в конце XX века, в тяжкие годы российских реформ.

Но, думается, по рассматриваемому вопросу можно высказать предположение, пусть и с известными интонациями гиперболы, более тяжелого свойства.

Кант с симпатией цитировал известное изречение древнеримского права — *Fiat iustitia, pereat mundus* («Да свершится правосудие, пусть даже погибнет мир»).

Иногда этой формуле придается сугубо нравственно-назидательный смысл. Между тем она имеет прямое логически-содержательное значение (его придерживался Кант¹). Ибо есть нечто более страшное и трагическое, нежели «просто гибель» мира. Это — как можно предположить — мир без права, где не свершается и не торжествует правосудие, — общество, которое тоже в крайних вариантах бесправия обречено на гибель, но гибель в ничем не оправданных и нескончаемых страданиях и мучениях людей, вызванных хаосом произвола и вседозволенности.

Вот и выходит, что альтернативой праву в человеческом обществе в крайних вариантах такого предположения являются самые негативные последствия, быть может, гибель человеческого общества, брошенного в бездну бесправия, а отсюда — страданий и мучений, вакханалии произвола и насилия. Общество права — общество, не только утратившее важнейшие опорные пункты и смысл своего существования, но и вставшее на путь самоуничтожения. Не случайно Кант говорил о том, что «наибольшая и наисильнейшая беда коренится скорее в бесправии людей, чем в их несчастьи»².

Другая сторона вопроса. При рассмотрении права как цели есть и другая сторона вопроса, не менее (а быть может, и более) существенная, чем характеристика ценности права в качестве звена «замысла» природы. Это — понимание ценности 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, формируется нравственная личность

¹ Кант писал в отношении приведенного изречения: «Звучит оно, правда, несколько вызывающе, но оно истинно и представляет собой смелое основоположение права, отрезающее все окольные пути, к которым прибегают коварство или сила» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 455).

² *Кант И.* Из лекций по этике // *Этическая мысль.* М., 1988. С. 307.

и «в своей трансцендентальности человек выступает как разумное, разумно действующее, нравственное, свободное существо»¹.

При всей (к счастью, 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 вине лишаются каких-либо оснований. И значит — отпадает возможность самой постановки вопроса о праве человека — праве в высоком духовном человеческом значении, способном возвыситься над властью. И — становится неизбежным возврат к таким трактовкам права, когда оно — как это ни страшно — сводится к каким-то модификациям карательной власти, к элементарным законоположениям о санкциях для жуликов, хулиганов и противников существующего строя.

Именно здесь проявляется и значимость высоких моральных начал и ценностей для реализации жизненных целей. Недаром еще в лекциях 1780—1782 гг. Кант сказал: «Конечное назначение человеческого рода состоит в наивысшем моральном совершенстве, которое достигается при помощи свободы человека, благодаря чему человек приобретает способность к высшему счастью»².

Вместе с тем здесь наряду с той гипотезой, о которой упоминалось ранее (о, возможно, трансцендентных, сверхчувственных корнях самого феномена права), требуется известный разворот аргументации, перевод ее в иную плоскость и во имя всестороннего обоснования отстаиваемых в данной работе идей отвлечение от возвышенных характеристик и гипотез и даже признание на данном уровне достаточно достоверных знаний того, что положение вещей в области права приземленное, прозаичное, противоречивое — столь же противоречивое, как и природа самого человека.

В общем-то трехзвенный механизм обоснования права как элемента «замысла природы» («величайшая свобода» — «постоянный антагонизм» — «определение и сохранение границ свободы») свидетельствует о том, что право является хотя и социальным, но все же по своей основе механизмом природы, своего рода механическим устройством. Устройство в принципе — очень жестокий, суровый, выраженный в институтах, опосредствующих эгоистические интересы, устремле-

¹ *Ойзерман Т.И.* К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 67.

² *Кант И.* Из лекций по этике // Этическая мысль. М., 1990. С. 321.

ния, склонности, страсти людей, их «немирные столкновения¹, поступки, не всегда имеющие моральную мотивацию, а с формальной стороны – в формализованных нормативах, в строгих, математического типа логике, требованиях и процедурах.

С этой точки зрения сам механизм «замысла природы» по своей основе – бездушен: он направлен на достижение прогресса в условиях постоянного антагонизма и господства разума со всеми его негативами, в соединении с такими свойствами человека, как честолюбие, властолюбие, корыстолюбие.

Тем не менее указанные, 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 *о п о р о й* (именно – *опорой*, не более, но и не менее того) *для утверждения во взаимоотношениях между людьми высших 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. Даже церковные учреждения, при всех

¹ Говоря о необходимости обеспечения должной организованности в обществе даже в той гипотетической ситуации, когда народ «состоял бы из дьяволов», Кант пишет, что «дело идет не о моральном улучшении людей, а только о механизме природы, относительно которого требуется узнать, как использовать его применительно к людям, дабы так направить столкновение немирных устремлений индивидов, образующих народ, чтобы они сами заставили друг друга подчиниться принудительным законам и таким образом необходимо осуществили состояние мира, в котором законы имеют силу. На примере действительно существующих, но еще очень несовершенно организованных государств можно видеть, как во внешних сношениях они уже приближаются к тому, что предписывает идея права, хотя, конечно, причина этому не глубокая моральность (как и не от моральности надо ожидать хорошего государственного устройства, а, скорее, наоборот, от последнего – хорошего морального воспитания народа). Из этого следует, что при помощи эгоистических склонностей, которые естественным образом также внешне противодействуют друг другу, разум может использовать механизм природы как средство для того, чтобы осуществить свою собственную цель – предписание права...» (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 419–421).

их связях с высокой моралью, стремлении обрести статус «представительства Бога», тем не менее обращены во внутренний мир человека. И потому, в частности, как только их деятельность устремляется в сферу внешних, практических отношений людей, церковные учреждения неизменно действуют через право, юридические институты.

А отсюда — и еще одна сторона миссии права с точки зрения категорий «по ту сторону» представлений о природе. Это его уникальное значение, ранее уже упомянутое, состоящее в том, что при помощи права оказывается возможным *распространять высокие проявления разума, трансцендентальные ценности — духовные, моральные начала, идеалы на область внешних, практических отношений*. То есть — создавать условия, быть стартовым пунктом, опорой для того, чтобы «возвращать» их людям в сфере отношений, наполненных антагонизмами, конфликтами, страстями, суровыми и трудными буднями. При этом — возвращать эти человеческие ценности не в виде одного лишь «милосердия», «блаженной любви», «сострадания», других категорий патерналистского сознания и традиционных порядков, а *в виде свободы человека, выраженной в субъективных правах и охраняемой публичным 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»¹. Надо заметить в этой связи, что определение права как «онтологической абстракции порядка» (или в несколько ином ключе — «высшего или совершенного объекта») открывает научную перспективу осмысления права в качестве явления разума еще с одной стороны — абстракции, возведенной на онтологический уровень, и одновременно явления в жизни людей, которое обладает признаками совершенства. То есть осмысления права в таких определениях, которые в суммированном и практически значимом виде характеризуют его как духовную ценность высшего порядка.

«Самое святое на земле». И вот — завершающий пункт характеристики права как цели.

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 276–277.

В сочинениях Канта, затрагивающих вопросы права, неизменно присутствует слово «святое».

Оно уже прозвучало в лекциях 1780–1782 гг., прочитанных в Кенигсбергском университете. «Наш долг, – говорит Кант, – состоит в том, чтобы глубоко уважать право других и как святыню чтить его»¹.

В последующих своих работах философ в ряде случаев использует указанное определение также в отношении субъективных прав – прав отдельных личностей, общностей и даже всего человечества (Кант утверждает, например, что отказ от просвещения, «тем более для последующих поколений, означает нарушение и попрание священных прав человечества»). Вместе с тем такую возвышенную характеристику Кант со временем все более распространяет на всю правовую материю, на объективное право. Это относится и к обобщающему положению о том, что «право человека должно считаться священным»². И к тому оценочному положению, которое стало заголовком этой книги, – к положению о праве как самом святом, что есть у Бога на земле³.

Весьма примечательно при этом, что во втором из указанных положений 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, словесные суждения должны вызывать «в его душе смирение», так как – внимание! – вообще-то он, правитель, «взял на себя миссию слишком тяжелую для одного человека, а именно взялся блюсти право людей (самое святое из того, что есть у Бога на земле), и ему постоянно следует опасаться чем-либо задеть эту зеницу господ»⁴.

На мой взгляд, было бы неоправданным придавать приведенным и аналогичным положениям в сочинениях Канта – как и его ссылкам на Бога – ортодоксально-религиозный смысл. С учетом отношений Канта к религиозным догматам (например, к догматам о «рае», к обычным «падать ниц» при совершении религиозных ритуалов⁵) и с учетом предмета высказываний – права, как-никак по своей основе прозаического, сугубо реалистического явления в жизни людей, надо при-

¹ Кант И. Из лекций по этике // Этическая мысль. М., 1988. С. 271.

² Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 141, 461.

³ Там же. С. 383.

⁴ Там же. С. 141, 461.

⁵ Кант пишет: «Склонять колени или падать ниц даже с целью показать свое преклонение перед небесными силами противно человеческому достоинству» (Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 375).

знать, что слово «святое» имеет свой, специфический, по-кантовски философский смысл.

В какой-то мере такое терминологическое обозначение ценности права, отражая особенности общепринятой лексики конца XVIII века, 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 сама суть философских воззрений Канта, его философских идей о праве, о которых столь подробно говорилось в предшествующем изложении. 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»¹. Решающее значение и в данном отношении имеют философские представления Канта о внутреннем, духовном мире человека, находящемся «по ту сторону» представлений о природе, когда — кстати будет замечено — Кант в связи с характеристикой прирожденных, необходимо принадлежащих человеку и неотчуждаемых прав говорит о том, что здесь человек выступает «гражданином сверхчувственного мира»². 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»³.

Есть здесь и такая сторона проблемы более общего порядка, на которую хотелось бы обратить внимание. На мой взгляд, связывая с правом внутренний, духовный, трансцендентальный мир человека, характеризующийся соотносительно принятой лексике через категории «бессмертное», «Бог»,

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 107.

² Там же. С. 375.

³ Там же. Т. 3. С. 645.

Кант таким путем снимал с последних из указанных категорий налет ортодоксально-религиозных представлений. Как уже отмечалось в современной философской литературе, тема Бога появилась у позднего Канта как «тема согласованности множества частных и разнообразных, разнородных законов; согласованности, которая может быть приписана лишь воспроизводству некоторой производящей основы всех этих законов»¹. С таких позиций, возможно, есть основания утверждать и о том, что ссылка на Бога при характеристике ценности права позволяет придать праву человека значение своего рода «представителя» или носителя ценностей «производящей основы» духовного мира людей (высоких трансцендентальных ценностей) в области внешних, практических отношений.

Думается, именно такой подход к ценности права в достаточной мере и раскрывает положение о праве как «самом святом из того, что есть у Бога на земле».

Да вообще уже то обстоятельство, что все мы, люди современного рационалистического времени с верой в суровые и простые императивы постиндустриального потребительского общества, после краткого недоумения все же воспринимаем формулу о праве как о самом – самом! – святом, что есть у Бога на земле, уже само это обстоятельство говорит о многом. И наверное, по крупному счету – о том, что в праве, жестком регулятивном институте, изначально есть нечто такое, что *может быть отнесено к духовным началам – высшим выражениям разума и морали*.

О праве как выражении и продукте разума уже говорилось при рассмотрении чистого права.

А теперь пришло время характеристики права в его соотношении с моралью. Эта характеристика и позволит – и вновь с опорой на ряд идей Канта² – более конкретизировано, с новых, как надеется автор, сторон раскрыть смысл выражения, относящегося к праву, – «самое святое на земле».

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 151.

² Возможно, гегелевская трактовка «формального права» как более низкой ступени развития объективного духа по отношению к «нравственности» и к «моральности» представляет собой попытку в своеобразном виде продолжить или дать иную философскую интерпретацию кантовским разработкам о праве как «священном» явлении.

Если это верно, то хотелось бы заметить, что идеи Канта остаются по своей сути непрезвыденными. Они точны, ясны, основательны. Они не замутнены тотальной философской схемой и не ведут к принижению «закона» в контексте формального права, его противоположению объективному праву, его отбрасыванию в системе ценностей на более низкую ступень. К сожалению, в советском правоведении гегелевские трактовки права оказались в центре внимания, и именно они – а не идеи Канта – оказали известное влияние на характер философских исследований в советское время, в том числе – на оценку ценности научного анализа специальной юридической проблематики.

И в этой связи — такое замечание. Следует уже сейчас взять на заметку то обстоятельство, что, рассматривая право как цель, Кант связывает такую трактовку права с *долгом*. Более того — Кант видит в осуществлении состояния публичного права нашу людскую надежду. «Осуществление состояния публичного права, хотя бы только в бесконечном приближении, — говорит Кант, — есть долг и вместе с тем обоснованная надежда»¹).

И еще одно замечание. Из всего предшествующего изложения должно быть ясным, что целью общества и в идеале, и в практическом отношении должно быть не само по себе право. И даже (на современной стадии цивилизационного развития) не само по себе право человека — право современного гражданского общества. Цель общества в конечном счете — это *современное правовое устройство, правовое гражданское общество*, в котором находят свою фактическую жизнь, реализуются идеалы и ценности права как «священного» явления в жизни людей.

2. Право в его соотношении с моралью

Строгое право. — Парадоксальные грани соотношения права и морали. — О подходах к морали. — Категория «правовой долг». — Мораль — право — справедливость — равенство. — Христос и право

Строгое право. Путь понимания в общественном мнении и в науке взаимоотношений между правом и моралью оказался в представлениях людей довольно сложным, порой — причудливым с переносом центра тяжести то на одну, то на другую категорию и даже с действительными или кажущимися «поворотами назад».

С давних пор в общественном и индивидуальном сознании людей утвердилось представление о приоритете морали над правовыми критериями поведения. Идеалы добра, взаимопомощи, а также моральные ценности и нормы (равного общественного бремени, родительской любви, уважения к старшим и др.) почитались как нечто более высокое и значимое, чем формальные установления закона, судебные решения, легистские рассуждения и требования неукоснительного соблюдения «буквы». Довольно часто право под таким углом зрения рассматривалось и нередко рассматривается сейчас в качестве всего лишь известного «минимума морали».

Подобные представления обрели глубокие корни в России. Определяющую роль здесь сыграли не только устойчивость общинного

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 477.

сознания и общинного, соборного образа жизни, но и постулаты той ветви восточно-христианской культуры, которая в византийском обличье утвердилась на российской земле в виде православия. Особенно — позднего православия, слившегося с идеологией имперской державности. И хотя в самом наименовании этой культуры, казалось бы, присутствует «право» («православие»), такого рода «право» понималось и в немалой степени понимается ныне в качестве приоритета и абсолютной значимости религиозных канонов, церковных законоположений, а в житейских делах — приоритета совести и веры.

Время глобального сдвига в истории человечества — время перехода от традиционных к 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.

И здесь, как и по ряду других проблем, родоначальником правовой концепции, отвечающей требованиям либеральных цивилизаций, стал Кант с его науковедческой ориентацией, направленной на придание учению о праве самостоятельного, «суверенного» статуса, на «высвобождение» идей о праве из-под эгиды господствующей в то время философской традиции, из общих этических воззрений.

Выражением такого поворота в научных воззрениях на соотношение права и морали стала идея *строгого права*, представляющая собой одну из сторон другой, более общей методологической категории, ранее уже освещенной, — чистого права.

Кант, характеризуя взаимосвязь права и принуждения, пишет: «Как вообще право имеет своим объектом внешнюю сторону поступков, так и строгое право, т.е. такое, к которому не примешивается ничего этического, не требует никаких иных определяющих оснований произвола, кроме внешних; ведь именно тогда оно чисто и не смешано ни с какими нравственными предписаниями»¹.

Хотя Кант замечает, что такое «строгое право» является «правом в узком смысле слова»², в действительности следовало бы сказать, что оно — право *в самом точном, юридическом значении*, которое отвечает требованиям либеральной, истинно человеческой эпохи и которое вновь демонстрирует силу кантовской философии, характерного для нее методологического подхода.

¹ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 141.

² Там же.

«Очищение» права от всего, что к нему примешивается, — и со стороны фактических отношений, и со стороны этики, нравственных представлений — позволяет увидеть право в его собственной плоти, со всеми его собственными особенностями. И именно потому понятие строгого права стало одним из важных выводов, характеризующих итог развития идей Канта по данному кругу проблем, — формирование высокозначимого самостоятельного учения о праве, и отсюда выступает в качестве смыслового центра его правовой концепции, предопределяющего с философской стороны все другие его черты. Оно же, понятие строгого права, является исходным пунктом для понимания ряда новых сторон соотношения права и морали.

Знаменательно, что мысли философов, исследовавших право с опорой на идеи Канта, в последнее время стали все более и более склоняться к признанию того, что кантовские воззрения на право «вырываются» из традиционно понимаемой этики. Существенный шаг в этом направлении сделан Э.Ю. Соловьевым, который — как уже отмечалось — пришел к выводу, что этика Канта в значительной своей части является полноценной теорией правосознания¹. Близкие идеи высказаны и другими авторами. В.К. Дябло пишет: «Если кантовские формулировки сущности естественного права перевести на современный юридический язык, то нужно прийти к выводу, что естественное право в концепции Канта стоит близко к правосознанию. В силу этого оно воздействует на статутарное право как источник его преобразования и развития»². Такого рода подходы к оценке взглядов Канта на право и мораль находятся в контексте все более утверждающегося в России научного направления, заложенного в российской философии и правоведении (в частности, во взглядах П. Новгородцева, утверждавшего даже об «устранении» Кантом связи права с нравственностью³).

Главное же здесь — это реальные объективные процессы и развитие идей, связанные с переходом человечества к либеральным цивилизациям. Ведь все более утверждающиеся в настоящее время *категории «верховенства права», «правления права», «правового государства» — это по сути дела и есть представленная в ином словесном, фразеологическом обличье мысль о праве как цели общества.*

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 188.

² Дябло В.К. Учение Канта о соотношении нравственности и права // Вопросы теоретического наследия Иммануила Канта. Вып. 3. Калининград, 1978. С. 85.

³ См.: Новгородцев П. Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве: Два типических построения в области философии права. М., 1901. С. 112–113.

Парадоксальные грани соотношения права и морали. В общественной мысли последних десятилетий такое направление в развитии науки, исходным пунктом которого стало представление о строгом праве, нашло выражение в ряде идей, обосновываемых в философской и юридической литературе.

Одна из таких идей — это мнение о том, что мораль и право занимают самостоятельное и равновеликое положение в составе социальных механизмов, опосредствующих общественные отношения. И более того — о том, что правовые начала играют в ряде случаев передовую роль, нередко в большей степени соответствуют требованиям общественного прогресса¹.

В рассматриваемом контексте в философской литературе был выдвинут перспективный в научном отношении взгляд о *взаимодополнительности* права и морали. Примечательно при этом, что истоки философского обоснования такого взгляда и были найдены именно у Канта².

Надо полагать, однако, что в нашей науке глубина подхода Канта к проблеме соотношения права и морали, построенного на выделении строгого права, еще не получила должной оценки. Этот подход позволяет не только вывести право (в регулятивной плоскости) на один уровень с моралью, но и — и это главное! — придать морали такое качество, которое на первый взгляд снова возвышает мораль над правом даже будто бы возвращает нас «назад», но которое *в действительности — и притом, как это ни парадоксально, именно через моральные идеалы и ценности — качественно возвышает право, сообщает ему значение священной категории — цели в жизни человеческого сообщества.*

Но здесь придется обратиться к самому феномену морали, отметить некоторые научные подходы ее понимания с позиций современной науки.

О подходах к морали. Надо полагать, что к нынешнему времени накоплен достаточный научный и практический материал для того, чтобы с позиций более основательных научных предпосылок подходить к исследованию и пониманию морали.

П е р в а я из таких предпосылок — это *уровни* морали. В этой плоскости следует различать мораль:

- на регулятивном уровне;
- как идеалы и ценности, относящиеся к высокому духовному миру человека и призванные придавать высокий социальный статус

¹ Обоснование такого подхода было предпринято и автором этих строк (см.: Теория права. 2-е изд. М., С. 133 и сл.).

² См.: Соловьев Э. Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992.

определенным категориям, в том числе — качество «священного» социального явления.

На регулятивном уровне право и мораль «работают» как суверенные, равновеликие регуляторы, т.е. — как взаимодополняющие феномены. Функции морали как регулятора (как и функции права-регулятора) ограничены ее регулятивным назначением. Для морали они сводятся к функциям критерия, на основе которого определяется оценка событий и поступков под углом зрения таких категорий, как: правильно — неправильно, правда — неправда, хорошее — плохое, доброе — недоброе.

Мораль же в качестве идеалов и ценностей — это не только категории высокого, трансцендентного, духовного мира, законы его духовной свободы, но и в этой связи — принципы, призванные придавать надлежащий духовный ранг, духовный статус тем или иным явлениям в области внешних отношений, внешней свободы и прежде всего — придавать им качество «священного» явления. Отсюда и следует, что «священность» права во многом раскрывается через мораль — мораль, которая утверждается в гражданском обществе и через свои высшие идеалы, ценности возвышает право. Обратим внимание — не заменяет право, не становится более высоким и более значимым, чем право, критерием при оценке поведения людей, а, напротив, действуя как духовный фактор, возвышает объективное право, придает ему не только регулятивную, но и самую высокую духовную значимость.

И такой эффект достигается, как мы увидим, не только путем настоячивых деклараций, использования соответствующих определений, эпитетов, но и путем выработки особых категорий, выражающих моральную оценку права.

И — в т о р а я предпосылка, призванная определить современные научные подходы к морали. Это — *различение морали в традиционном* (в частности — феодальном) *обществе и морали в гражданском обществе.*

Особенности морали в этих двух глобальных эпохах цивилизации, двух главных пластах человеческой культуры во многом и состоят в своеобразии соотношения морали с правом. Для гражданского общества это своеобразие выразилось в категории «правовой долг».

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 колена, она находит целесообразным не входить в соглашение, предпочитая оспаривать всю ее реальность и всякий долг истолковывать лишь как благоволение». И здесь, замечает Кант, дает о себе знать «коварство боящейся света политики»¹.

Необходимо сразу же обратить внимание на то, что, по Канту, уважение к праву для людей не просто долг, а долг — *безусловный, абсолютно повелевающий*. Более того, Кант противопоставляет его долгу «любить человека» — одному из центральных постулатов христианской религии, рассматривает его в качестве лишь «обусловленного долга» — словом, возвышает долг людей в плоскости права (в другом месте он прямо называет его «правовым долгом»²) даже над важнейшим религиозным началом, относящимся к самой сути христианства.

Почему же именно правовой долг имеет, как полагает Кант, безусловный, абсолютно повелевающий характер? Тем более — в условиях, когда происходит разъединение морали и права³.

И вот здесь обретает глубокий смысл то обстоятельство, что конструирование понятия «правовой долг» оказывается возможным и оправданным только в гражданском обществе — том обществе, где в силу природы и логики его экономической, политической и духовной жизни право, раскрывая смысл либеральной цивилизации, становится целью общественной жизни. В том обществе, в котором право возвы-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 475.

² Там же.

³ Отметим происшедшее в Европе «разведение» морали и права как факт, свидетельствующий о преодолении моральной нетерпимости (выступавшей в качестве духовной санкции насилия), А.А. Гусейнов считает, что такое «разведение» выразилось в «возведении права в мораль государства» (Гусейнов А.А. Моральная демагогия как форма апологии насилия: Материалы конференции «Российско-германский диалог: насилие в посттоталитарных обществах» // Вопросы философии. 1995. № 5. С. 12). Последнее из приведенных суждений требует, на мой взгляд, известных корректив. Оно, думается, приобретет положительное, ценностное звучание, если «моралью государства» станет не вообще право, а *право человека*.

шается над властью (политикой), ставит в центр общественной жизни человека, его достоинство, высший статус и неотъемлемые права. И именно тогда в сфере морали право и реализуется в долге, имеющем безусловный, абсолютно повелевающий характер.

Выходит, мораль, выраженная в правовом долге, 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 поглощающие и право. И стало быть, мораль, открывающая путь к тому, чтобы — по словам Канта — подчинить право людей произволу их правителей, когда господствует с точки зрения современных представлений — «право власти».

И когда Кант вполне справедливо говорит о том, что «политика должна преклонить колени перед правом человека»¹, то пусть не пройдет мимо нашего внимания, что речь идет не вообще о праве, а 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»².

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 тушуются, робеют, понимая, что это — большая, могучая, по логике общества доминирующая сила — явление ей, власти, глубоко органически чуждое, претендующее на первенство. Потому-то в отношении «такой морали» (или «учения о праве») политика не спешит «преклонить колени», а переводит дело в иную плоскость — «находит целесообразным не входить в соглашение, предпочитая оспаривать всю ее реальность и всякий долг истолковывать как благоволение»³, когда, по Канту, и раскрывается коварство «боящейся света политики».

В другом месте Кант, в уже приведенном ранее комментарии древнеримской формулы — *Fiat iustitia, pereat mundus*, — обращает внима-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 461.

² Там же. С. 475.

³ Там же.

ние 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 а priori чистым разумом)»¹. 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 а priori чистым разумом*. То есть — принцип чистого права, высоких *чистых правовых начал*.

И теперь — такое соображение. Одна из трудных проблем жизни современного общества, начиная со времен Канта 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».

Но этот «спор» находит удовлетворительное решение, как только в него включается право, притом — именно право человека как цель общества. В таких условиях мораль, призванная придавать священный характер праву, занимает должное высокое место по отношению 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»².

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, что есть у Бога на земле», Кант, как уже отмечалось, и говорит о наиболее тяжелой миссии для правителя — *блюсти право людей*³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 457.

² Там же. С. 461.

³ Там же. С. 383.

Отсюда — предположение. Не в этой ли миссии — блюсти право людей, когда недопустимо даже «чем-либо задеть» со стороны правителя эту святыню, — надо видеть *высшее предназначение государственной власти в обществе?* Если это предположение справедливо, то оно может служить еще одним подтверждением того высокого предназначения права, когда «природа неодолимо *хочет*, чтобы право получило в конце концов верховную власть»¹.

И еще один знаменательный момент, выражающий жесткую позицию Канта в отношении людей, попирающих неотъемлемые права человека. По обоснованному утверждению Канта, нарушение прав человека — явление отвратительное. Такое нарушение, по его словам, «есть зло и им остается, в особенности в преднамеренном взаимном нарушении самых священных человеческих прав», «которое нельзя не ненавидеть»².

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 значит причинять людям зло, это значит как можно меньше иметь с ними дела»³. Да, именно так. Именно такой с философской, истинно человеческой, глубоко моральной стороны должна быть реакция на нарушителей священных прав человека. *Как можно меньше иметь дела с нарушителями прав людей.* И прежде всего, надо добавить, — *с властью*, которая по самому своему назначению призвана утверждать и охранять права людей как незыблемую святыню. Тем более — *с властью*, которая, прикрывая свою действительную суть, громкогласно «провозглашает» свою приверженность демократии, правам и свободам человека.

Итак, краткий итог изложенному: в области внешних отношений уровень с правом (правом человека) как целью общества, «рядом» с ним должен быть поставлен *правовой долг* — долг безусловный, абсолютно повелевающий, выражающий высший моральный принцип отношения людей к праву в гражданском обществе.

Мораль — право — справедливость — равенство. Хотя право и мораль — самостоятельные, «суверенные» механизмы регуляции и формы духовности, в нашем общественном сознании прочно утвердились представления, в соответствии с которыми есть такая сторона во взаимосвязи

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 421.

² Там же. С. 333.

³ Там же.

рассматриваемых явлений, где приоритет безусловно принадлежит морали. Это, по убеждению многих людей, — значение в области права основополагающей моральной категории — справедливости. Той справедливости, которая характеризует начала «равновесности» в праве и соотносится с его определяющим качеством — бытием и действием права в качестве «равной меры».

В этой связи нужно видеть, что распространенные в обществе представления о «равенстве», возвеличиваемые в социалистических и коммунистических доктринах, потому, по-видимому, имеют непререкаемый авторитет непреложной аксиомы, что освящены ореолом достоинств права и морали, и прежде всего — высоких моральных принципов, «моральной сути» принципа справедливости.

Между тем с учетом ранее изложенных положений, в том числе — о строгом праве в кантовском понимании этой категории, здесь требуется иной подход.

В действительности, коль скоро не «примешивать» к праву моральные представления, *реальная и изначальная справедливость в нашей людской жизни — это справедливость в праве и через право*, для которого начала «равновесности», «равной меры» являются имманентными, органическими качествами¹. В этом отношении право является единственным социальным институтом, способным «ввести» равенство. Впрочем, главным образом — в виде *равенства всех (каждого) перед законом и судом*, а в социальном отношении — *установления для всех режима равных правовых возможностей*².

¹ Э.Ю. Соловьев справедливо пишет: «В «Метафизике нравов» Кант наталкивается на реальность простейших правоотношений, на феномен эквивалентности, «равновесности», известной 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. «Равновесность» понимается им как правило чистого разума, привлеченного к решению пруденциальных проблем, а не как принцип разума практического. 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» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 188). Верные, убедительные соображения! Едва ли, однако, нужно было подкреплять их привычной в литературе ссылкой на возможность «убедительного морального обоснования» правового порядка.

² По проблемам равенства имеется обширная литература, в которой отчетливо можно проследить своеобразие либеральных, коммунистических, социал-демократических подходов. Мысли Канта о равенстве, либеральные по своей сути, содержат отзвуки реалий его эпохи (он полагает, что из идеи правового равенства вытекает формула: «каждый член общности должен иметь возможность достигнуть в ней каждой ступени того или иного состояния (доступного для подданного), которой он способен достигнуть

Более того, можно предположить, что моральные представления о равенстве и справедливости представляют собой – во всяком случае по своей основе – всего лишь идеологизированное, духовное выражение качества права как «равной меры», равновесности, подкрепленное с совпавшей с этой реальностью мечтой-утопией о «всеобщем равенстве». Понятно, такая постановка проблемы требует критической проверки, конкретизации. Но исходный пункт предлагаемого ею решения – первичность права как изначальной человеческой ценности в области внешних отношений – имеет, по моему убеждению, серьезные теоретические и историко-фактические основания, о которых в последующем будут высказаны и некоторые другие соображения.

Христос и право. А сейчас – гипотеза.

Суть ее вот в чем. Мне кажется, что в науке не обращено должного внимания на то очевидное обстоятельство, что формирование вселенского шедевра культуры – римского частного права в его наиболее развитых формах (III–II вв. до н.э. – II–III вв. н.э.) и появление великих христовых откровений-заповедей, положивших начало христианской культуры и морали, – *события исторически одномоментные*.

И дело здесь не просто в исторических совпадениях. И даже не в таких, лежащих на поверхности, объяснениях одномоментности событий прошлого, как общность достижений культуры античности. В отношении одновременного (по меркам основных исторических процессов) формирования римского частного права и появления духовных начал христианской культуры и морали имеются, надо полагать, глубокие основания, относящиеся к утверждению самих основ человеческой цивилизации.

Ведь свобода человека в начальные периоды человеческой истории, наряду с поразительными свершениями ума и творчества, обернулась в немалой степени злом – произволом, торжеством эгоистических устремлений, попранием элементарных прав людей. Да и власть, которая как будто бы должна была придать необходимую организованность жизни человеческого сообщества, раскрылась во многом нравами и культом насилия, своеволия, доминированием грубых, низмен-

благодаря своему таланту, прилежанию и удаче». – *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 289). В своем рациональном виде эти мысли, на мой взгляд, означают необходимость создания для всех членов общества условий и возможностей, благодаря таланту, прилежанию и удаче, достигнуть успеха. Иные соображения автора по этой проблеме, наряду с приведенными в тексте краткими замечаниями, см.: *Алексеев С.С.* Философия права. М., 1997. С. 314–319.

ных утех. Уже к тому времени, с которого началось новое летосчисление, жизнь людей, вставших на путь цивилизационного развития, все более и более скатывалась к безвыходному тупику, к бесперспективному финалу, который и подвел черту самому существованию ряда дохристианских цивилизаций той поры.

И можно предположить, что в такое кульминационное, критическое для человеческого рода время *природа* с той стороны, в отношении которой можно говорить о ее «замысле» или «разумности» (или трансцендентных начал, находящихся «по ту сторону» представлений о природе? или Бога, или Провидения? суть в данном случае — одна), *включила в жизнь людей две главные силы, способные упорядочить, оцивилизовать свободу в практической жизни с помощью ценностей культуры, духовных начал*. Такими силами, как можно предположить, и стали *право*, достигшее высокого уровня развития (главным образом в области внешних отношений людей), и *христианская религия* или однопорядковые по моральному содержанию религиозные системы (главным образом в отношении духовно-моральных начал жизни людей).

Если такого рода гипотеза найдет подтверждение, то, на мой взгляд, выраженный в ней подход откроет весьма конструктивную многообещающую перспективу постижения основ духовных ценностей (если можно так сказать — их единого корня), уходящих в самую суть разума, свободы, морали. Этот подход может стать предпосылкой для понимания и других существенных сторон и перспектив развития человеческой культуры, взаимосвязи ее различных, казалось бы, отдаленных друг от друга областей, в том числе — права и религии.

Впрочем, эта взаимосвязь уже сейчас может быть подтверждена некоторыми историческими фактами. И не только такими — противоречивыми, неоднозначными по своей сути и последствиям, как развитие в определенные исторические периоды правовых институтов и принципов в религиозной форме. Более основательное значение имеют такие попавшие в поле зрения ученых взаимосвязи в области культуры, когда формулы Христовых откровений-заповедей складывались под влиянием достижений юридической культуры (всеобщего характера юридических установлений, личностного характера субъектов права и др.).

При углубленном анализе могут быть, возможно, найдены известные ассоциации или своего рода переключки между моральными заповедями Христа и передовыми, на мой взгляд, непревзойденными кантовскими разработками по вопросам права, его определения в качестве самого святого, что есть у Бога на земле. Причем — даже со сто-

роны смысловых образов и лексики. Если в Христовых откровениях обоснование высоких моральных начал во многом реализовалось через художественно преподанные образы, то центральные идеи по вопросам права — через лексический образ, генетически связанный с религиозными представлениями, — образ «самого святого на земле».

3. Идеи Канта о праве: утопия? прогноз? вехи?

Не кабинетная ли это утопия? — Опережение. — Ориентиры в науке и в практической деятельности. — Развитие идей. Сложности. — Об основных научных выводах (краткое резюме)

Не кабинетная ли это утопия? Взгляды Канта о праве производили в прошлом и производят теперь впечатление сугубо умозрительных построений, оторванных от жизненных реалий, политических страстей и идейных битв, происходящих в мире. В них с трудом улавливаются потребности текущего времени, злоба дня, те жизненные экономические, политические, нравственные требования, которые обычно считают решающими для законов, права, всей правовой материи. Да и сам Кант делает центральным звеном своих взглядов идею чистого права — права, понимаемого как форма, которую надлежит рассматривать в отрыве от реальных жизненных отношений, цели юридического регулирования, морали. И тут еще некое «право человека», которое к тому же предстает как цель общественной жизни, высшая власть в обществе!

Не означает ли это, что правовые воззрения Канта имеют характер некой утопии — дальних умозрительных предположений, а быть может, и вообще умственных изысков кабинетного ученого, кенигсбергского затворника, воодушевленного идеями далекой от него французской революции, но воплотившего их на немецкий манер — в замкнутом абстрактном виде?

Не спасает, казалось бы, ситуацию и не изменяет такого рода впечатление о правовых воззрениях Канта и то обстоятельство, что как будто его идеи находят известное подтверждение сейчас, спустя два столетия, — пусть пока только в передовых, демократически развитых странах. Подтверждение — в таких, например, фактах, как постепенное придание непосредственного юридического значения правам человека и, значит, обретение ими качества объективного права, все большая популярность принципа «правления права».

Мало кто связывает такого рода факты с именем основателя классической немецкой философии: их появление и популярность понимаются как нечто само собой разумеющееся, обусловленное самой логикой вещей, императивами общественного развития, общим духом либерализма, становящегося неотъемлемым элементом образа жизни в демократических странах.

Опережение. Между тем хотелось бы сделать ударение на той мысли, которая уже прозвучала в начале книги, — правовые идеи Канта являются не просто «откликом» на французскую революцию, на ее лозунги и провозглашенные принципы, а философским выражением самой ее сути — *основы мировоззренческой концепции либеральной эпохи*, притом по определяющему стержню этой эпохи — по вопросам права.

И поэтому с учетом характера тех реалий, которые характерны для общества, которое только-только порывает с порядками и ценностями традиционных цивилизаций (процесс, который действительно растягивается более чем на два столетия), взгляды Канта о праве характеризуются тем, что *устремлены в будущее, к перспективе общественного развития, к обществу, которое он называет «гражданским» и «правовым».*

Не случайно и сам Кант связывает свои идеи о праве в основном с будущим, прямо говорит о том, что они свершатся лишь «в конце концов», «с большими трудностями», «медленно» и что они — наш долг и обоснованная надежда — «хотя бы только в бесконечном приближении»¹.

Стало быть, абстрактный, устремленный в будущее и даже романтически возвышенный характер взглядов Канта о праве — не свидетельство их утопичности, нечто близкое к мечте и фантазии, а всего лишь отражение своеобразия *предмета этих взглядов — особенностей права, смысл и предназначение которого в полной мере сможет реализоваться в будущем по мере развития и реальном утверждении в жизни либеральной цивилизации.*

А к приведенным соображениям нужно добавить еще и то, что на помощь Канту в реализации его философской задачи (очевидно, наиболее сложной из тех, которая поставила новая эпоха перед гуманитарной мыслью) пришла кантовская методология. Та критическая философия, которая с целью постижения действительной сущности и свойств предмета требует его рассмотрения *в чистом виде*, и, следовательно, в отношении права — в отвлечении от того, что в науке и в

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 420, 461, 477.

общественном мнении по большей части почитается определяющим для его понимания, — от фактических жизненных отношений до целей регулирования и таких высоких категорий, как мораль, политика. А это в свою очередь приводит к формулированию целой цепи логически строгих выводов, в том числе о праве человека как объективном праве, о праве как цели общества. Строгих, а вместе с тем порой непривычных и неожиданных для принятых представлений, и от того усиливающих впечатление, об их умозрительности.

Но, как бы то ни было, именно соответствие взглядов Канта о праве требованиям эпохи, плодотворная методология и вытекающая отсюда строгость выводов — все это придает взглядам философа основательную научность, убедительность — то, что (в отношении будущего) носит характер *научного прогноза* — взглядов, вполне обоснованно в данном случае *опережающих* действительность, факты сегодняшнего дня.

Вот почему Кант, отдавая отчет в сложностях, трудностях, постепенности реализации его теоретических выводов о праве, столь категорически говорит о том, что это непременно «будет», все же осуществится «в конце концов», что перед нами «обоснованная» надежда и что политике, основанной на праве, предназначено «блистать». И вот почему, по Канту, реальное торжество права, осуществление состояния публичного права — «хотя бы только в бесконечном приближении» — это наша обоснованная надежда и вместе с тем *наш долг*¹.

Ну, а готово ли современное общество, наше сознание воспринять идеальные и в чем-то романтические идеи Канта?

Вопрос — особо острый для нашего российского, разрушенного и потрясенного, общества. П.С. Гуревич пишет: «Кант предлагает, вразумляет, осмысливает. Однако готово ли современное потрясенное сознание воспринять идеальную мысль?»²

Кант, как бы предугадывая такого рода сомнения, сам отвечает на поставленный вопрос. «Не может, — говорит он, — считаться хорошим выражение: известный народ не созрел для свободы... Но при таких предположениях свобода никогда и не наступит, ибо для нее нельзя созреть, если предварительно не ввести людей в условия свободы (надо быть освобожденным, чтобы иметь возможность целесообразно пользоваться своими силами на свободе). Первые проявления свободлюбия могут, конечно, оказаться грубыми и обыкновенно сопровождаются большими затруднениями и опасностями, чем те, при ко-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 420, 461, 477.

² Гуревич П.С. Рецензия на сочинения Канта // Вопросы философии. 1995. № 11. С. 151.

торых все стояло еще не только под приказаниями, но и под попечением других, но созревают для разума не иначе, как только через свои собственные попытки...» Отдавать человеческое освобождение — «это значит уже вторгаться в регалии божества, которое создало человека для свободы. Конечно, гораздо спокойнее господствовать... чем проводить в жизнь такое основное начало. Но справедливо ли?»¹.

Ориентиры в науке и в практической деятельности. А теперь — выводы, которые призваны продолжить некоторые соображения, высказанные при рассмотрении категории «чистое право». Правовые идеи, вытекающие из взглядов Канта, — вовсе не спекулятивные схемы, некие умозрительные теоретические постулаты. Но они в то же время — не те положения, которые в том виде, в каком их сформулировал философ, иные авторы, предназначены для «внедрения» в реальную жизнь — в науку, в практику юриспруденции. И тем более — нет никаких оснований так их понимать и использовать, чтобы они, при всей их важности, выступали в качестве единственного и решающего критерия при решении научных и практических вопросов.

Указанные идеи по своей сути — это положения чистого права. «Чистые» в том высоком смысле, который придавал этому понятию Кант. Следует еще раз со всей определенностью сказать: в сегодняшней, практической жизни — при подготовке проектов законов, решении юридических дел, при определении правовой политики государства — исходное и решающее значение принадлежит по большей части жестким экономическим и политическим императивам, требованиям морального порядка, особенностям данной конкретной жизненной ситуации, а отсюда — своеобразным, подчас уникальным решениям, к которым приходят люди, от которых зависит существование и развитие реальных юридических феноменов — законов, постановлений судов и т.д.

Правовые идеи, коренящиеся в философии Канта, претендуют лишь на то, чтобы определять *научные п о д х о д ы* при рассмотрении любых вопросов, затрагивающих право. Такие подходы, в соответствии с которыми:

«правовые соображения» всегда, в любом случае должны быть приняты во внимание;

должна быть признана весомость, высокочисленность таких «правовых соображений», их достойное место среди иных оснований — эко-

¹ Кант И. Религия в пределах только разума. СПб., 1906. С. 198–199.

номических, политических, моральных, предопределяющих необходимость и содержание тех или иных правовых мер;

следует признать оправданной существенную корректировку или даже признание полной несостоятельности правовых мер, намеченных по экономическим, политическим, моральным соображениям, в том случае, если они не согласуются с требованиями собственно правового порядка.

Конечно, любая система правовых взглядов, поскольку она так или иначе выражает ценности и особенности права, имеет основания на то, чтобы ее положения рассматривались в качестве необходимого и важного звена в науке и в практической деятельности. Но подобные основания правовых идей, коренящиеся в философии Канта, — особо существенные, приоритетные. Ибо они — как это обосновывалось в предшествующих главах — направлены на то, чтобы право выступало в качестве *явления разума и свободы*, приобрело такое содержание, в соответствии с которым оно стало для людей *целью в общественной жизни*.

Развитие идей. Сложности. Идеи Канта о праве таковы по своему философскому содержанию, что они уже сами по себе таят немалые резервы для развития, для раскрытия их сути и смысла (а порой — и корректировки, постановки и формулирования новых положений, для своеобразного, возможно, парадоксального их «продолжения»¹). Тем более, что при всей своей универсальности, современности эти идеи должны, разумеется, рассматриваться с учетом исторического опыта, преподанного человечеству ошеломляющей по темпам и потрясениям историей последних двух столетий. Как раз тех столетий, события которых как будто бы нацеленно испытывали кантовские идеи на прочность, давали материал для их проверки, данные для развития философии права.

С сожалением приходится признать, что должного, отвечающего требованиям эпохи развития идей Канта в науке не состоялось. Более того, воззрения Канта по вопросам права не получили до сего време-

¹ Как полагает М. Мамардашвили, Кант мыслил «с ответом *незнаемого* на *знаемое*. То *знаемое*, которое он излагает, которое ему удалось ухватить, всегда окружено ореолом, несет на себе отсвет *незнаемого*, какого-то открытого пространства, и только на фоне и в просвете этого пространства оно само и есть *знаемое*, и есть кантовская мысль». Отсюда — «надежда на то, что если мы в связи с Кантом что-то подумаем и это подуманное не будет похоже на то, что написано Кантом, то все-таки подуманное нами тоже окажется кантовской мыслью, потому что на кантовской мысли всегда лежит отсвет *незнаемого*» (*Мамардашвили М. Кантовские вариации*. С. 11–12).

ни даже должной оценки, в необходимой, пусть и минимальной, мере не восприняты наукой, общественным мнением, не востребованы практикой правовой жизни.

Между тем после пережитых человечеством в последние два столетия гигантских потрясений, революций, смуты, сломов в жизни и мышлении людей, особенно у нас, в российском Отечестве, исходные задачи в философии права, в наших правовых воззрениях состоят прежде всего в восстановлении сломанных, поруганных человеческих, интеллектуальных, духовных ценностей и в этом отношении оказываются простыми и скромными. Как справедливо отмечено в литературе, в сфере нашего правопонимания «не может быть никакого продвижения вперед без скромного, ученического, покаянного обращения к погрязшим и, как правило, достаточно давним достижениям мировой политико-юридической культуры»¹.

Вместе с тем наряду с реанимацией, восстановлением в нынешнее время достижений мировой политико-юридической культуры, погрязшими трагическими историческими событиями и сломами в мышлении требуется также и осмысление сложных происходящих в мире социальных процессов. Тех процессов, узкоидеологическая интерпретация которых препятствует развитию, казалось бы, давних, а по сути передовых идей по вопросам права, среди которых выдающееся место принадлежит правовым воззрениям Канта.

Это – не только строго научное понимание происходящих в мире процессов «социализации», которые без точной научной их оценки, увы, дают какой-то повод для поддержки ортодоксально-марксистских правовых доктрин (об этом применительно к «коммунизму» – в следующей главе), но, пожалуй, прежде всего – последовательно научная характеристика процессов возрождения и развития ряда ареалов цивилизаций, построенных на исламской, буддийской, конфуцианской и даже восточно-христианской культурах, их стремления утвердить свой «особый путь» развития, в том числе и в отношении тех сторон этого развития, которые касаются права.

Характерно, что именно в последнее время, и притом со ссылкой на ценности чуть ли не всех упомянутых культур, все громче при обосновании своего «особого пути» раздаются голоса о неприемлемости для тех или иных стран и народов западно-христианской модели развития, для которой будто бы только и характерен путь права, или – как нередко утверждают – «римского права».

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 3.

Между тем признание в тех или иных вариантах «особого пути», вбирающего ценности соответствующих культур и ареалов цивилизации, *не устраняет того, что он одновременно не может не быть путем права*. Или — в ином словесном обозначении — *верховенства права*, отражающего и особенности данной страны, ее культуры и мировые политико-юридические процессы и достижения. Ибо в той мере, в какой для человечества неизбежен переход от традиционных к либеральным цивилизациям, тому или иному обществу при всем его своеобразии никуда не уйти от выдвижения на передовые социальные и правовые позиции человека, его энергии, творчества, инициативы, а значит, и его свободы, утверждения в социальной и правовой жизни его статуса и прав. То есть всего того, что находит свое выражение в праве человека, его институтах и ценностях, выражающих, помимо всего иного, и уникальные достижения римского права.

Дело лишь — в дистанции, которая отделяет страны и народы, относящиеся к упомянутым ареалам цивилизации и культуры, от того порога в историческом развитии, с которого начинается интенсивная модернизация общества, его основных подразделений и подсистем, свидетельствующая о переходе данного общества к цивилизации либерального типа. Факты последних десятилетий развития стран Азии, Ю. Америки, других регионов подтверждают то обстоятельство, что экономический взлет ряда из этих стран неизменно основывался на приведении в действие при использовании механизмов рыночной экономики «человеческого фактора». И с другой стороны — трудности и тупики в развитии этих стран, кризисы, экономические потрясения последнего времени неизменно сопряжены с теми сторонами «особого пути», которые не согласуются с общецивилизационными критериями и требованиями, в том числе (а порой — и прежде всего) — с теми, которые связаны с развитием права — права человека.

Об основных научных выводах (краткое резюме). Каковы же главные, основанные на кантовских идеях научные выводы, которые при решении любых вопросов, затрагивающих право, должны быть по крайней мере приняты во внимание в науке и в практической деятельности?

Если попытаться сформулировать эти выводы (подходы) в предельно сжатом виде, то они могут быть представлены в следующих пяти положениях.

П е р в о е. Правоведение лишь тогда обретает должное положение в системе наук, когда мировоззренческое осмысление права воз-

вышается до *статуса самостоятельной и самодостаточной сферы знаний*, положения которой имеют свое высокое науковедческое и практическое значение.

В т о р о е. При всем различии между «правом» и «законом» право как высокочисленное явление жизни общества лишь тогда обретает существенную, во многом уникальную социальную силу и высокую человеческую значимость, когда оно *существует и реализуется в системе институтов, охватываемых понятиями закона и законности* (правозаконности, законосообразности).

Т р е т ь е. Смысл и назначение собственно права в полной мере раскрываются лишь тогда, когда оно рассматривается как *чистое право, т.е. как таковое, в собственной плоти, как бытие разума, независимо от многообразных связей и взаимообусловленностей*, характерных для него в экономической, политической, нравственной жизни общества.

Ч е т в е р т о е. Смысл и назначение права выражаются в том, что оно по изначальным своим предпосылкам, тенденциям и высшим проявлениям выступает в качестве *права человека (права людей)*.

П я т о е. Право (как право человека) является *целью общества*, его *высшим принципом, высшей властью*, и соответственно отношение к праву, уважение к нему должно быть признано безусловным долгом людей — *правовым долгом*.

ГЛАВА ШЕСТАЯ

ПРАВО: ХИМЕРЫ И РЕАЛИИ СОВРЕМЕННОЙ ЭПОХИ

1. Проклятие коммунизма

Право и судьба человечества. — Пороки идеологии иллюзий, искушения и нетерпения. — О большевизме. — Коварное равенство. — Собственность: «за» и «против» человека. — Метаморфозы права

Право и судьба человечества. XX век продемонстрировал то обстоятельство, что понимание права, его действительное место и фактическая роль в исторических событиях приобрели определяющее (а быть может, и решающее) значение в судьбе человечества.

Убедительное подтверждение этому — зависимость от понимания права двух основных течений в общественной жизни, претендующих на верховенство в определении будущего в развитии общества и человека, — коммунистического движения и либерализма. Наиболее же впечатляющим и горьким уроком для людей стало здесь крушение на пороге нового, третьего тысячелетия идеологии коммунизма — истинного проклятия человечества.

И вот что знаменательно.

Еще за много десятилетий до того времени, как коммунистическая идеология в облике марксизма (а затем — ленинско-сталинского большевизма) заявила о себе как некое откровение и одновременно стала глобальным наваждением и императивом для практического действия, именно Кант — и как раз в связи с пониманием права — указал на пороки того образа мысли и расчетов, которые затем и оказались духовной предпосылкой марксистского коммунизма.

Не эта ли сторона творчества великого философа стала причиной того, что Кант в оценках «классиков марксизма», а после Октября 1917 г. в оценках вождей коммунизма, официальной советской философии не получил должного признания и, более того, выставлялся в качестве идейного врага? Ведь по марксистской доктрине классическая немецкая философия была провозглашена даже одним из «источников» марксизма, а некоторые ее выводы порой с почтением использовались в официальных документах и научных трудах. Здесь же, в отно-

шении основателя классической философии, такое, еле скрываемое, а подчас и открыто враждебное отношение марксистских идеологов!¹

Что ж, эту враждебность можно понять. Едва ли в истории философской и правовой мысли найдутся сравнимые с творчеством Канта примеры столь же четких и острых упреждающих разоблачений самих основ образа мысли, в немалой степени предопределивших идеологию марксистского коммунизма — идеологию соблазнительных иллюзий, искушения, нетерпения и, как следствие этого, — тотального насилия и фальсификации действительности!

Пороки идеологии иллюзий, искушения и нетерпения. Три основные идеи в творчестве Канта (в немалой степени связанные с пониманием права) раскрывают несостоятельность представлений о возможности быстрого наступления эры всеобщего счастья и благополучия. То есть — такого общественного устройства, которое во многом и породило идеологию иллюзий, искушения и нетерпения — марксистскую, ленинско-сталинскую доктрину «научного» социализма и коммунизма.

П е р в а я из таких идей — это *обоснование несостоятельности и порочности самих представлений о возможности существования некоего общества благодной, беззаботной жизни* (принципиально, надо сразу заметить, не согласующихся с неизбежно жесткими механизмами восходящего развития человеческого рода и отсюда — неизбежностью существования права).

Такое обоснование дано Кантом в ходе критического разбора жизненных обстоятельств, вызывающих мечту о неком «рае», неодолимое стремление к нему. Причем Кант относит эту мечту не только к библейским религиозным догмам и верованиям, а к общим условиям жизни людей, покинувших при вступлении в условия цивилизации «материнское лоно» природы. Цивилизация, само бытие разумных су-

¹ В то же время в литературе можно встретить и такой «поворот в событиях», когда советские авторы, притом со ссылкой на трансцендентальные кантовские идеи, причисляли Канта чуть ли не к числу сторонников... коммунизма. В книге «Кант и кантианцы» (М.: Наука, 1978) ее авторы обращают внимание на то, что у Канта есть «лозунг борьбы за освобождение личности. Кант постоянно подчеркивает, что эта идея «позволяет нам ощущать возвышенный характер нашего собственного сверхчувственного существования» (Соч. [В 6 т. М., 1963–1966.] Т. 4. Ч. 1. С. 415). Стало быть, морали и этике принадлежит особая роль в возвышении человека, в отстаивании его высоко-го предназначения, достоинства». И дальше с прямой ссылкой на идею коммунизма: «Сам тот факт, что Кант придал этике такое большое значение, есть не только его крупное открытие, но и историческое пророчество. Это — прозрение, на много веков опередившее свое время...» (С. 332).

шесть, по словам философа, толкнули человека «в обширный мир, где его ожидает столько забот, труда и неведомых зол». И вот вывод общего значения. «Впоследствии, — пишет он, — тягостность жизни все чаще будет пробуждать в нем желание попасть в рисуемый силой его воображения рай, где он мог бы пребывать в спокойном бездействии и в постоянной умиротворенности предаваться мечтаниям или вообще тратить время попусту»¹.

Не трудно заметить, насколько точно такая характеристика «рая» соответствует марксистским и домарксистским представлениям о «полном коммунизме» — «царстве свободы», в котором жизнь всех людей благостна и счастлива и в котором все жизненные интересы находят удовлетворение «по потребностям» по единым критериям²; и только на первой фазе коммунизма, при социализме, распределение продуктов труда производится пока «по труду».

Теперь — в т о р а я идея, уже напрямую относящаяся к праву. Суть ее — в том, что реальное *счастье для человека вообще нельзя «ввести» законом*. По Канту, в принципе неосуществима и порочна задача, которую ставит перед собой правитель, — «сделать народ счастливым как бы против его воли»³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 167.

² Писатель советского времени В. Тендряков еще в обстановке безраздельного господства коммунистической идеологии предпринял дерзкую, мужественную попытку критики фундаментальных основ этой идеологии, описав воображаемый мир полного коммунизма по модели одного из основателей коммунистической мечты Томмазо Кампанеллы в его знаменитом «Городе Солнца». Вот несколько отрывков из рассказа очевидца будто бы уже созданного города Солнца его творцу, волей писателя тоже перенесенного в предсказанный мечтателем-коммунистом солнечный мир. «Ты предлагал именно так и жить: сообща работать, складывать все в один общий котел, из него сообща черпать». «И должностные лица тщательно следят, чтобы никто не получил больше, чем следует». «Вдумайся, Томазо: способный труженик, не жалеющий себя на работе, дает общине много, а рядом с ним другой по неумелости или по лени еле-еле пошевеливается, от него мало пользы. Но получили-то они одинаково необходимое — пищу, одежду, крышу над головой... И вот наши лучшие труженики перестали надрываться, начали подравниваться под тех, кто работал из рук вон плохо... В наш город пришла нищета. Мы уже не могли ни накормить людей, ни одеть, ни отремонтировать их жилище. Город превратился в сборище бездельников...» А за нищетой «ненависть, ложь и впереди никакой надежды, что все это когда-то кончится. Кого не охватит ужас перед будущим... Приказ вызрел сам собой: те граждане, которые поддаются ложному ужасу, а не радуются цветущей жизни, совершают самое тяжкое преступление».

Что это? Описание воображаемого коммунистического города? Писатель тоже «само собой» — отдадим должное ему — перешел на описание реальной действительности, характерной для всех без исключений социалистических стран, вознамерившихся осуществить на деле коммунистическую мечту...

³ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 307.

И если уж «верховная власть издает законы, направленные прежде всего на счастье (обеспеченность граждан, увеличение населения и т.п.), то это не цель установления гражданского устройства, а только средство, по словам философа, *охранять правовое состояние* главным образом от внешних врагов народа»¹. Обратим внимание — по соображениям, связанным с охраной правового состояния людей от внешних врагов, для их стойкости, уверенности в государственной защите, не более того.

Ибо достижение «своего» счастья — это дело каждого человека, его ума, активности, нацеленности на жизненный успех, его упорства. Право же призвано создать условия, среду благоприятствования для беспрепятственного, гарантированного и результативного развертывания всех позитивных, творческих и созидательных задатков человека, их оптимального претворения в жизнь в целях жизненного успеха, счастья человека, его семьи, близких, сограждан. И право как раз способно такого рода задачу реально осуществить.

И наконец, т р е т ь я идея, которая — пусть прямо и не сформулированная — проходит через все суждения Канта, затрагивающие право, закон, организацию и деятельность власти. Это общее значение в гражданском обществе *правового* — именно *правового!* — *принуждения* («*принудительного публичного закона*»), *противоположаемого насилию*. И вытекающая отсюда недопустимость использования насилия при решении политических и иных проблем в жизни общества. Более того, общее значение для людей правового принуждения Кант прямо связывает с необходимостью противостоять насилию. Он пишет: «Насилие, которому подвергается народ со всех сторон, и проистекающие из него бедствия заставляют его в конце концов прийти к решению подчиниться тому принуждению, которое сам разум предписывает ему как средство, а именно подчиниться публичным законам и перейти к *государственно-гражданскому устройству*»².

Насколько этот пункт существен в воззрениях Канта (и насколько он в то же время несовместим с революционной доктриной ортодоксальных марксистов, уповающих на насилие как на «повивальную бабу истории») видно из отношения философа к революции, которая в ее ортодоксальных вариантах, связанных с насильственным захватом политической власти, разрушает само состояние публичного

¹ Более того, Кант подробно обосновывает мысль о том, что законы, направленные на введение счастья, — зло (*Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 317–323).

² Там же. С. 343.

права, законности, приводит к обстановке, при которой воцаряется «право силы»¹.

Весьма характерна в рассматриваемой плоскости позиция Канта в отношении революции в ее естественно-правовых вариантах, т.е. в отношении такого качественного преобразования жизни общества, которого требуют ход и логика общественного развития — словом, сама природа. Такого рода революциями, полагает Кант, «следует пользоваться». Но — пользоваться «как призывом природы к тому, чтобы путем основательной реформы осуществить единственно прочное правовое устройство, основанное на принципах свободы»¹. Запомним эту мысль философа о таком единственно прочном правовом устройстве, осуществляемом путем основательной реформы: она важна для понимания перспективы развития гражданского общества.

А сейчас — вот о чем. Философия Канта стала не только научным предупреждением в отношении революционной идеологии, искушающей людей перспективой скорого наступления эры всеобщего безмятежного счастья, но и рядом своих разработок — не всегда, впрочем, развернутых, порой только намеченных — затронула несостоятельность важнейших постулатов социалистических и коммунистических воззрений. Главные из них — принцип равенства и проблемы собственности.

Но прежде чем обратиться к этим постулатам социалистических и коммунистических воззрений, — кратко об одной из самых страшных бед XX в. — о большевизме.

О большевизме. Большевизм — идеология и практика крайнего воинственного крыла революционного марксистского движения (первоначально — российской социал-демократической партии), идейно и организационно настроившегося на то, чтобы самыми решительными, кардинальными мерами — коль «надо» насилием и войной — сокрушить строй эксплуатации и угнетения, осуществить коммунисти-

¹ В литературе справедливо отмечено: «Кант доктринально не признает революций и довольствуется требованием «реформы, сообразной принципам». Вместе с тем он не отвергает действительной революции своего времени — Французской... легитимизирует ее окольным способом, объявив со своей схемой — структурной реформой». Одна из крайних точек берлинского Просвещения — «абсолютизация буржуазного общества, защита права, конструируемого по мерке справедливости...» И это «отвечало воззрениям, которые исповедовали составители «Декларации прав человека и гражданина». Не надо только забывать, что ее утверждение во французском Национальном собрании предвлялось штурмом Бастилии...» (Кленнер Г. Философско-правовое просвещение в Берлине в годы Великой французской революции // Историко-философский ежегодник. 1991. М., 1991. С. 219–220).

ческие идеалы, добиться всеобщего счастья для людей, трудящихся. Отсюда основные идейные и организационные устои большевизма: насильственный захват власти пролетариатом и их союзниками во главе с пролетарской партией, власть, не ограниченная законом, — диктатура пролетариата, ликвидация эксплуататорских классов, оправданность революционных войн, «мировой пожар», перманентная, непрерывно идущая во всем мире победоносная пролетарская революция.

Характеризуя особенности большевизма по отношению к праву, можно, казалось бы, ограничиться указанием на то, что это радикальное воинственное движение, прикрываясь благородными и привлекательными лозунгами, на деле является антагонистом права, основанного на свободе каждого человека, — идеологией и практикой произвола и насилия, попирающих право людей и правозаконность.

В действительности соотношения здесь — более сложные. Важнейшая сторона их в том, что большевизм стремится представить себя в качестве движения, которое опирается на право — право в широком значении этого слова. Право, которое также затрагивает свободу людей. Но свободу не каждого человека, а свободу произвольных действий, революции, беспрепятственного вторжения в жизнь людей, в сами основы их существования. Не связанное категорическим императивом (всеобщим правовым законом), такое «широкое» право не выполняет функций определителя и инструмента сохранения границ свободы, а лишь дает возможность представить дело так, что будто бы существует социальное обоснование, оправдание любых произвольных акций и поступков.

С этой точки зрения большевизм представляет собой движение, которое «сочинило» для себя и присвоило себе некое высшее право, будто бы позволяющее определенной группе людей (коммунистам), не считаясь с действующими юридическими законами, творить с людьми, со всем обществом все, что угодно, лишь бы это согласовывалось с известными идеологическими задачами: разрушать данное общество «до основания», навязывать обществу сочиненную ими систему власти и экономических отношений, беспощадно карать людей иных взглядов, с использованием любых средств двигаться к высшему строю — к Коммунизму.

Такое, не имеющее границ и какого-либо внешнего контроля, «высшее право», выражающее мистические, религиозно-утопические устремления коммунизма, и характеризует основные особенности большевистской идеологии и большевистской практики. В том числе — беспощадность большевизма при навязывании людям социальных проектов, расчет на силу, всемогущество власти и атмосферу ненависти к врагам при осуществлении этих проектов, использование

при борьбе с действительным или воображаемым противником любых средств подавления и репрессий, вплоть до массовых убийств, пыток, ограбления, а в этой связи также — необязательность закона, кроме «своего», советского, и вообще — презрение к «формальному праву».

Большевизм после Октября 1917 г. приобретал в России, в других странах различный облик (открыто заявляемой диктатуры «рабочих и крестьян», системы «полновластных советов», «общенародной демократии» и т.д.). На первый план выступали разные его приметы. Но всегда и везде большевизм, неизменно прикрываясь внешне благообразными, обманчивыми лозунгами, олицетворяет проклятие коммунизма, его суть — *господство в обществе неограниченного произвола, насилия, беспредела, подавление человека, его достоинства и неотъемлемых прав* — господство, прикрываемое манящими и искушающими лозунгами и надеждами.

Коварное равенство. Коммунистический принцип равенства, как будто бы воспринимающий один из благородных лозунгов французской революции («свобода, равенство и братство»), реально на практике обернулся большой бедой для людей, для всего общества.

И здесь философские разработки Канта, также связанные с правовыми вопросами, были тревожным предупреждением против коммунизма. Ведь равенство людей (и такой подход последовательно проведен в ряде сочинений философа) — это совершенно всеобщее равенство «в правовом отношении»¹ — *равенство в праве*. Равенство перед законом и судом, равенство в юридических возможностях человека, когда при отсутствии каких-либо привилегий у каждого человека (по признакам национальности, принадлежности к той или иной группе населения, к власти и т.д.) существует перспектива достигнуть высокого положения благодаря своему таланту, прилежанию и удаче.

И Кант, помимо всего иного, дает философское обоснование такому совершенному всеобщему равенству в праве, связывая его с равным положением всех людей как существ разумных и с вытекающей отсюда недопустимостью использования человека «всего лишь как средства» (и это, по мысли философа, предполагает наложение разумом на волю человека известных ограничений, что — внимание! — «для создания общества гораздо более необходимо, чем расположение и любовь»²). Отсюда же — понимание самой возможности фактического неравенства людей, неизбежный ущерб в таком восприятии справедливости,

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 287–289.

² Там же. С. 165.

когда правовой принцип «равной меры» в нашем сознании неоправданно распространяется на материальное положение человека.

Коммунизм, увы, провозгласил равенство там, где его осуществление соблазнительно, но реально невозможно и на практике ведет ко многим бедам, — *равенство во имя социальной справедливости в материальном положении людей* (лишь временно, на переходный период оставив принцип распределения «по труду»). И одновременно коммунизм в его ленинско-сталинской трактовке провозгласил неравенство, напротив, там, где оно совершенно недопустимо, — *неравенство в праве* (разный доступ к власти, разный уровень прав, с одной стороны, «рабочих и крестьян», «трудящихся», с другой — «эксплуататоров», «нетрудящихся», «паразитов» — начало, которое при всех метаморфозах лозунгов и внешних демократических новаций оставалось в принципе неизменным при советской власти в советском праве).

Как это на первый взгляд ни поразительно (хотя по существу — вполне логично), такого рода 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 бы к какой-нибудь реализации и оправданию лозунга равенства в положении трудящихся означало введение государственно-обязательных мер по «уравниванию» и отсюда утрату стимулов к активности и инициативы у людей, порождение угодничества, прислужничества перед властью — всемогущего владельца 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 узаконивших привилегированный слой людей — сословие правителей, уже формально — через своих активистов, коммунистическую партию, ее вождей — как будто бы олицетворяющих «людей труда» и в силу этого уполномоченных на всевластное правление.

Собственность: «за» и «против» человека. Есть еще одно звено в творчестве Канта, одновременно относящееся и к самим основам человеческого бытия и к праву, — положения, которые будто бы были приготовлены для предупреждения об опасности коммунизма.

Это — положения о собственности.

Суть дела в том, что, по Канту, именно собственность неотрывно связана с положением человека, его высоким статусом (и, следует до-

бавить, — с тем, чтобы равная для всех юридическая возможность достижения путем таланта, упорства и удачи высокого положения в обществе становилась фактической реальностью). Ранее уже приводились суждения философа о том, что именно собственность делает человека «самим себе господином» и потому «гражданином государства», обладающим правом голоса в законодательстве; причем в состав собственности входит как имущество, так и «всякое умение, ремесло, изящное искусство или наука», дающие средства к существованию¹.

Такая 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 тенденций и сторон в жизни людей, вместе с тем включается, как и право, в жесткие механизмы поступательного развития общества.

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 «всенародным 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 благоденствия, а, напротив, породила многие беды, тупики, процессы, ведущие к нарастающему упадку, разложению всей общественной системы.

Почему это произошло? Каковы причины бед, возникающих в условиях господства государственной собственности?

Для ответа на такого рода вопросы необходимо обратиться к характеристике (понятно, предельно краткой) понятия собственности, ее соотношения с государственной властью.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 299.

Вот некоторые соображения на этот счет.

Появление собственности — это, по всем данным, один из ключевых, поворотных пунктов в истории становления и развития человечества. Своего рода — откровение, некий «божий дар», ниспосланный людям.

Собственность по своей сути представляет собой именно нечто «собственное» для человека. То есть как бы распространение власти человека в отношении своей собственной плоти (и ума) на внешние предметы, которые могут быть инструментами реализации его активности, творчества, производительной деятельности и которые вследствие этого обретают (при помощи права) качества как бы части самого человека — могущественных опор для продолжения и интенсификации его деятельности как разумного существа. Такими предметами, а в результате «эффекта собственности» как бы частицами самой плоти и духа человека стали сначала вещи, а потом — объективированные «свершения разума»: объективированные проявления авторства, изобретательства, профессиональных навыков и умения.

При этом вот какой момент при характеристике собственности необходимо принять во внимание. Довольно часто социальное значение собственности понимается так, что при помощи юридических правомочий — владения, пользования, распоряжения предметами — ее носитель получает наиболее широкие возможности обладания этими предметами.

Да, широкое, наиболее полное обладание вещами, благами, их «знаками» — существенная сторона понимания собственности. И все же это — только внешнее условие и выражение власти человека над вещами, другими предметами. Значение же собственности в жизни общества, особенно — в экономике, не сводится к такому обладанию. Оно более многогранно и весомо. Благодаря тому, что для собственности характерно широкое, наиболее полное обладание человеком вещами, иными предметами, само по себе требующее своего упрочения и даже своего рода экспансии по наращиванию своего объема и динамики, собственность становится фактором ответственности человека за ее использование, судьбу, источником одного из наиболее мощных стимулов предельно интенсивной, настроенной на риск деятельности, импульсом, толкающим не к «проеданию» доходов, а к их обратному вложению в производство.

Понятно, что собственность во всем объеме своих качеств и достоинств (впрочем, и негативных, противоречивых сторон жизнедеятельности — корыстолюбия, вещевого эгоизма, страсти к накопительству,

к сокровищам и др.) — это частная собственность, т.е. собственность человека, конкретного лица, полное обладание которого вещами, иными предметами напрямую соприкасается, контактирует с его волей, интересами.

Государственная же собственность — явление с точки зрения особенностей и черт собственности эфемерное, в человеческом отношении — безликое, неперсонифицированное, «выходящее» лишь на волю и 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 черта, которая выражает наиболее полное, абсолютное обладание предметами и 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.

Из приведенной краткой характеристики 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 «всенародное достояние» не может ни существовать, ни функционировать. Для нее становится неизбежным применение — взамен естественных стимулов, ранее порождаемых частной собственностью, — систематического принуждения к труду; когда труд становится на одном полюсе рабским, крепостническим, а на другом — административно-командным, надсмотрщицким.

В целом, в рамках всего огосударственного хозяйства происходит формирование своеобразной, по-своему уникальной, властно-организационной инфраструктуры собственности, обнажившейся в России при приватизации (финансовые потоки из государственной казны, бюджета; плюс — точки опоры во властных органах; плюс — обретение природных ресурсов через «приватизацию» предприятий добывающих отраслей). И все это — наряду с коррупцией, казнокрадством, в обстановке, когда широко распространяется паразитизм, рас-

тратность, 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 нашего Отечества. И к тому же — беда и реформируемого российского общества, когда и после «приватизации» (ваучерного распределения части государственных имуществ, формального акционирования) сохраняются почти все основные звенья ее инфраструктуры и отсюда — все зло государственной собственности, основные свойственные ей пороки.

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 нерешаемой 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 хозяйственного ведения, — фактически так и остались пребывать в том реальном режиме, который характерен для государственной собственности (разве только оказались развязанными руки у «директоров», да сами предприятия стали беспрепятственным объектом для игр воротил номенклатурного финансового капитала).

Возвращаясь к вопросу о государственной собственности как явлению коммунистической системы, не будем упускать из поля зрения те крупные негативные, по сути трагические последствия, которые наступили в России в результате упорного ее насаждения в народное хозяйство, во все сферы жизни, ее использования во имя утопических целей, формирования и упрочения порядков коммунистического всевластия.

Ведь именно на основе государственной собственности в России усилиями тиранического режима было создано искусственное, милитаризованное, маложизнеспособное для мирных условий, террористическое, уродливое общество, названное «социалистическим». Это общество отличалось некоторыми привлекательными сторонами («порядок», гарантирование минимальных благ для населения, привилегии для науки, образования, способность быстрой мобилизации ресурсов и сил), выполнило фантастическую задачу — создание гигантского военно-промышленного комплекса-колосса, не считаясь с жертвами, обеспечило в военно-экономическом отношении победу в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.

Но коммунистическое общество — общество «социализма» не прошло испытания мирного времени, оказалось бесперспективным в постиндустриальный период экономического развития, в мирных условиях все более обнаруживало свои органические пороки и в такой обстановке раскрыло свою суть — полной несовместимости с общими направлениями мирового развития, с требованиями либеральных цивилизаций, с тем, что в центре жизни самоуправляющегося общества должен стать человек с его высоким достоинством и неотъемлемыми правами, с его правом на собственную судьбу и свое счастье.

А конечный итог бесчеловечного эксперимента в громадной стране, определяющим элементом которого стала государственная собственность, ее использование в утопических целях, действительно трагичен. Первые шаги реформ по демократизации советского общества, начавшиеся с середины 1980-х гг., завершились к началу 1990 гг. устранением наиболее жестоких, принудительных, репрессивных устоев коммунистической тиранической системы, мерами по разгосударствлению экономики, введением институтов духовной свободы. То есть в итоге — устранением всего того, на чем «держалось» искусственное общество «социализма», его основа — государственная собственность. И тогда, лишившись своих насильственных устоев, российское общество, деформированное и искореженное коммунизмом, предстало как *разрушенное общество. Общество, находящееся в обстановке тотальной разрухи, катастрофы.*

Метаморфозы права. Коммунизм, нашедший свое реальное воплощение в советской экономической и социально-политической системе, наложил свою печать и на право. В чем это нашло выражение?

Прежде всего, нормы и институты советского права, все его отрасли, объявленные «советскими», «социалистическими», по своему

содержанию были приспособлены к обслуживанию экономических и политических порядков коммунизма. И дело не только в том, что в советском праве существенное место занимали нормативные положения, утверждавшие верховенство государственной собственности, приоритет партийного руководства, возможность внесудебных репрессий, упрощенные процессуальные нормы в отношении «врагов» и т.д., но в не меньшей степени и в том, что само право выполняло в условиях коммунистического тиранического режима усеченные функции — выступало в качестве одного лишь «регулятора», да притом такого, который имел узкоидеологическую окраску и являлся по своему существу «правом власти». Словом, даже по сравнению с правом царской России, которое после судебной реформы 1864 г. (и в особенности в начале XX в.) начало вбирать либеральные ценности, советское право в рассматриваемой плоскости оказалось исторически отброшенным в прошлое, в разряд идеологизированных юридических систем традиционных тиранических обществ.

Однако было бы неоправданным упрощать проблему и ограничиваться указанием на только что отмеченную, вполне очевидную особенность советского права. Действительное соотношение и переплетение различных отношений и элементов в сфере советского права куда сложнее.

Самое существенное здесь — это доминирование в советском обществе своего рода *высшего права* (если угодно — *суперправа* — такого вездесущего и абсолютно господствующего регулятора, который был выражен в марксистской, ленинско-сталинской идеологии коммунизма, в началах большевизма. Такое высшее право носило своеобразно юридическим канонам незримый характер, оно выражалось в партийных документах и, хотя нередко проводилось на практике через законы, иные нормативные акты, по большей части все же действовало как таковое — через канонизированные или открыто произвольные суждения и оценки руководящих инстанций, партийных вождей, партийных лидеров различного ранга. По своему характеру оно может быть, пожалуй, определено как своеобразное, ложно понятое и искусственно созданное «естественное право», сконструированное и узурпированное определенной группой людей (коммунистами, их вождями) и проводимое в жизнь в качестве непосредственно регулирующего и притом — верховного регулирующего начала.

И вот в соотношении с таким суперправом официальная юридическая система, выраженная в законодательных и иных нормативных актах, деятельности судов, прокуратуры и др., играла подсобную роль. Она не была тем единственным («одним») в стране публичным

правом, на основе которого только и должны определяться правомерность или неправомерность поведения, выносятся судами, другими компетентными учреждениями юридически обязательные решения, — единственным основанием для властной государственной деятельности, для применения государственно-принудительных мер.

Да и по своему содержанию советское право было далеко от того, чтобы хоть как-нибудь реализовать глубоко гуманистические начала (по Канту, начала чистого права и права человека), в том числе — кантовский всеобщий правовой закон (направленный, напомним, на совместимость свободы каждого лица со свободой всех других лиц), и потому оно ни в чем не устраняло юридическое неравенство субъектов права, ни в чем, ни в самой малости не препятствовало «свободе» — произволу, своеволию, вольным фантазиям — высших партийных инстанций и государственных властных учреждений при осуществлении партийной коммунистической политики. Значение официально существующей юридической системы (наряду с сугубо деловой практикой, с проведением юридически упорядочивающих принципов) сводилось все же в основном к тому, чтобы «юридически легализовать» партийные решения, постулаты коммунистической большевистской идеологии, придавать им видимость, лоск и шарм некоего демократического права, не только по каким-то внешним приметам и лексике соответствующего мировым стандартам, но будто бы превосходящего их, а также под именем «социалистической законности» обеспечивать безусловное подчинение всех людей «порядку и дисциплине», выражающих партийные директивы и произвольные государственные решения.

В этой связи — еще одна черта советского права. Это его лживость, фальсификация им действительности, правоподобное украшательство юридических документов. Поскольку реальное и притом высшее регулирование жизни советского общества по своей основе осуществлялось за фасадом официальной юридической системы, оказывалось возможным использовать последнюю в пропагандистских целях, наспиговывать законодательные акты юридически престижными формулировками («право трудящихся», «воля народа», «правовые гарантии», «ответственность за вину» и т.д.), а отсюда и внешне, по словесным формулировкам вводить большевистскую идеологию в какие-то юридические рамки. Советское право с 1930-х гг. представляло собой существенное звено в той грандиозной системе сталинской фальсификации действительности, которая по своей глубокой органической связи оказалась неотделимой от чудовищного Большого террора, поразившего в то время советское общество.

Вместе с тем, обращая внимание на пороки советского права как части коммунистической социальной системы, надо видеть и его противоречивость, разноплановость. В том числе — отражение в нем (пусть во многом с терминологической, технико-юридической сторон) известных российских правовых традиций, существование и в советской законодательной системе немало общего числа общеправовых установлений в области уголовной ответственности, судебных процедур и т.д., реализацию в законах, в практике судов, других правоохранительных органов технико-юридических рекомендаций правовой науки.

Такого рода общеправовые, идеологически нейтральные элементы советского права служили фактической предпосылкой для «внеидеологической» (хотя и прикрываемой терминологическим и цитатным марксистским камуфляжем) исследовательской и преподавательской работы в области правоведения в условиях советского общества. Они же стали исходным пунктом в том сложном, тяжком, мучительном процессе преобразования советского права и советского правоведения, который начался в России в конце 1980-х — начале 1990-х гг. и с великим трудом идет в нынешнее время.

2. Либерализм и право: непроходящие ценности и утраты

Потери. — Кант: фундаментальные либеральные ценности. — Наслоения. — Экономические реформы в России и либеральные взгляды. — Новые потери. — Пока не поздно

Потери. Вступление человечества в эпоху либеральных цивилизаций требует того, чтобы идеалы свободы, самостоятельности и достоинства личности получали все большее признание, становились высокозначимыми и непререкаемыми постулатами в сознании людей, все глубже осваивались теорией, прикладными отраслями знаний, выступали в жизни человека и общества в качестве высших ценностей.

Ведь теоретические положения и публицистические лозунги нового времени были не только свершениями великих умов, но и требованиями эпохи. Как справедливо отмечено в литературе, «в XVI—XVIII вв. в Западной Европе совершился великий цивилизационный переворот», произошла смена надформационных по своему значению «типов социальности»¹, когда важнейшей чертой новой социальности становится осознание достоинства человека, «свободного, рациональ-

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 19.

ного и рационализирующего действия»¹. Новая эпоха вызвала к жизни людей новой генерации — людей экономического дела, рожденных возрожденческой культурой и требованиями капитализма в условиях наступающей либеральной цивилизации. Э.Ю. Соловьев приводит на этот счет слова М. Вебера, полагающего, что здесь мы встретились с «людьми с ярко выраженными этическими качествами, людьми, прошедшими суровую жизненную школу, осмотрительными и решительными одновременно, людьми сдержанными и смелыми, уверенными и упорными — людьми с принципами»².

Вместе с тем в действительности далеко не все произошло и происходит так, как этого «требуется эпоха».

И сама «свобода», со времен революционных бурь и войн XVIII—XIX вв., во многом обернулась кровавым якобинством, террором и анархическим разгулом и до настоящего времени воспринимается немалым числом людей в виде некоей вольницы, простора для любого произвола и преступности. Да и слова о свободе, о ее величии, и впрямь получившие широкое распространение, от частого к месту и не к месту употребления, от их частой несовместности с фактами жизни превратились в какой-то штамп, словесный фарс, расхожую, ничего не значащую формулу, потерявшую свое изначальное истинное значение.

Такого рода неблагоприятные последствия затронули и общественное движение и достижение мысли, связанные со свободой людей, ее идеалами и ценностями, — *либерализм*. В том числе — либерализм в России. И особо горько, что именно в России, в обществе, где стратегия перемен остро нуждается в том, чтобы эти перемены строились в соответствии с современным направлением развития цивилизаций, с тенденциями перехода человеческого общества к цивилизациям либерального типа и, значит, с пониманием и программами по реальному воплощению в жизнь основательных и истинных либеральных ценностей.

Более того, именно в современной России наметились такие «повороты» в истолковании и практических шагах по реализации идей либерализма, которые вызывают тревогу или, по меньшей мере, требуют серьезного, непредвзятого критического осмысления.

Речь при этом, разумеется, идет не о самоприсвоении странной, явно авторитарно ориентированной, партией названия «либерально-демократическая партия» (обстоятельство, которое, увы, не встретило

¹ Мотрошилова Н.В. Социально-исторические корни изменений классической философии. М., 1990. С. 66–67.

² Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 24.

жесткого протеста со стороны российской демократической общественности): тут явно причины и расчеты, очень далекие от нормальной жизни открытого гражданского общества. Речь — о том понимании либерализма, которое продиктовано официально провозглашенным курсом государственной власти на «рыночные реформы» и которое во многом утратило связь непосредственно с человеком, с его раскрепощением, возвышением его личности, подъемом активности, а отсюда — и с правом.

Кант: фундаментальные либеральные ценности. В общепринятых представлениях теория современного либерализма редко связывается с именем Канта. Между тем именно Канту принадлежит заслуга выработки исходных положений, характеризующих сами основы, принципы свободы людей в обществе и — что не менее существенно — нераздельность свободы и права. И это вполне закономерно согласуется с тем, что именно на Канта выпал «заказ Истории» по разработке мировоззренческих оснований либеральных цивилизаций.

Главное здесь — это выработка Кантом того положения, которое без каких-либо преувеличений может быть названо классической формулой либерализма, указывающей на самую суть концепции свободы человека.

Вот эта формула: «...никто, — пишет Кант, — не может принудить меня быть счастливым так, как он хочет (так, как он представляет себе благополучие других людей); каждый вправе искать своего счастья на том пути, который ему самому представляется хорошим, если только он этим не наносит ущерба свободе других стремиться к подобной цели — свободе, совместимой по некоторому возможному всеобщему закону со свободой каждого другого... (выделено мной. — С.А.)»¹.

Эта мысль — «вправе сам» («только сам»), отдающая безусловный приоритет праву и ответственности за решение своих дел, своей судьбы «самому» человеку, — является наиболее существенной, основополагающей идеей в последовательной теории либерализма. Ее Кант повторяет многократно, в различных вариациях, связывая с нею и развитие производства, и характер взаимоотношений человека с государством, и перспективу развития общества, и его оптимальную организацию. И в этом же ключе философ определяет основное направление обще-

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 285. В другом месте Кант пишет: «Когда гражданину препятствуют строить свое благополучие любым, им самим выбранным способом, совместимым со свободой других, то сдерживают жизне-способность всего производства» (Там же. С. 113).

ственного развития в новую эпоху – развитие культуры свободы, обеспечение свободы личности, ее раскрепощение, возвышение ее статуса, достоинства, неотъемлемых прав – направление, которое во многом и обуславливает придание праву (праву человека) значения цели и общества, ее высшего принципа.

Именно тут, в этом пункте, нужно видеть тот коренной, характерный для перехода к либеральным цивилизациям перелом в самой философии жизни людей, всего общества, который именно в эпоху Просвещения нашел выражение в переходе от идеологии патернализма, прощения и одной лишь любви к человеку, к его раскрепощению и возвышению, к развитию культуры свободы. Под этим углом зрения достойна внимания оценка Кантом столь модной, и в прошлом, и ныне, идеи отеческого правления мудрым и справедливым правителем, будто бы соответствующей либеральным идеалам. Кант пишет: «Правление, которое зижделось бы на принципе благоволения народу, подобном благоволению *отца* своим детям, иначе говоря, *правление отеческое* (*imperium paternale*), при котором подданные, как несовершеннолетние, неспособные различить, что для них на деле полезно, а что вредно, принуждены оставаться сугубо пассивными, ожидая от главы государства суждение о том, как им *надлежит* быть счастливыми, и предоставляя это суждение его милостивому соизволению, – такое правление есть величайший *деспотизм*, какой только можно себе представить (такое устройство, при котором уничтожается всякая свобода подданных, не имеющих в таком случае никаких прав)»¹.

На основе такого – очень строгого, пожалуй, даже шепетильного – понимания свободы человека, ее культуры Кант формулирует ряд принципов либерализма. В том числе – и такое, тоже не раз им повторенное в своих сочинениях, положение, в соответствии с которым фактическое благополучие человека должно находиться в правовом гражданском обществе в зависимости от его «таланта, прилежания и удачи»². По его мнению, человек и при невзгодах не утрачивает человеческих качеств и перспективы счастья, если сознает, что причина его неудач не в «заведомом преимуществе других», не в «непреодолимой воле других людей», «а только в нем самом (в его способностях или упорстве) или же в обстоятельствах, которые он никому не может поставить в вину»³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 285.

² Там же. С. 289, 293, 301.

³ Там же. С. 293.

Среди других сформулированных Кантом принципов либерализма, соотносящихся с исходными началами свободы человека, следует выделить его идею, согласно которой главная формула — «вправе сам» («только сам») — должна быть распространена на все общественное устройство, его организацию. По мнению Канта, «вся культура и все искусство, украшающие человечество, самый прекрасный общественный порядок являются плодами необщительности, которая в силу собственной необходимости должна сама себя дисциплинировать»¹.

На мой взгляд, ход мысли философа таков, что он предопределяет неизбежный вывод, в соответствии с которым «собственная необходимость», даже необщительность (постоянный антагонизм), *сама себя* дисциплинирует, и это неизбежно ведет к самоорганизации общественной жизни и, стало быть, к тому, что общество должно строиться по своей основе на началах *с а м о р е г у л я ц и и*.

Саморегулирующееся общество, таким образом, с позиций последовательно либеральной теории и есть, надо полагать, оптимальное построение совместной жизни людей. Оно, по всем данным, не только в максимальной степени согласуется с природными предпосылками человеческого бытия, с необходимостью известных иерархических начал в общей организации жизни и требованиями личной свободы человека, но и позволяет решить наиболее сложные жизненные проблемы, и прежде всего — «проклятую» проблему умирения власти, изначальное ее функционирование в строго необходимых, ограниченных пределах, устраняющей саму возможность для государственного произвола. В рассматриваемом отношении саморегулирующееся общество — это одновременно и гражданское общество и — что не менее важно — «общество права» — *правовое общество*, в котором право и призвано быть целью общества, его высшим принципом.

В сложном, противоречивом развитии либеральной теории ее исходное звено — понимание безусловного приоритета права и ответственности самого человека за свою судьбу — неизменно оставалось, во всяком случае в суждениях выдающихся представителей либерализма, наиболее важной, ключевой идеей. Примечательно, например, что один из крупных мыслителей современности Ф. Хайек, немало сделавший для «рыночной интерпретации» либеральной теории, в то же

¹ *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 97. В том же направлении идут мысли философа, когда он пишет, что для правительства «в условиях свободы нет ни малейшей надобности заботиться об общественном спокойствии и согласии. Люди сами выберутся постепенно из невежества, если только никто не будет умышленно его удерживать их в этом состоянии» (Там же. С. 143–145).

время, и притом в органической связи с правом, с правозаконностью, подчеркивает необходимость уважения личности как таковой и отсюда признания «абсолютного приоритета взглядов и пристрастий каждого человека в его собственной сфере деятельности»¹.

По-видимому, своего рода сверхзадачей в либеральной теории, ее развитии должно остаться бережное отношение к ее исходному, базисному основанию — к свободе человека, а в этой связи — к утверждению и обогащению культуры свободы личности.

С этих позиций, по всем данным, надлежит рассматривать и возможную перспективу восприятия либеральной теорией известных социалистических идей. Ведь крах идеологии коммунизма вовсе не означает утраты ценности истинно социалистических представлений о людской солидарности, взаимопомощи, других категориях, выраженных в простой человеческой морали, повторяющихся во всех прописях религиозных учений, в раннехристианских канонах. По своей сути эти представления носят характер, вполне отвечающий требованиям и культуре свободы личности. Все дело лишь в том, чтобы при восприятии указанных представлений мы бы вновь не соскользнули на путь утопий и не были бы заслонены и тем более — потеряны исходные, фундаментальные либеральные ценности, относящиеся к свободе человека, к его абсолютному, безусловному праву «самому» решать свои дела, свою судьбу.

И одно — в общем курьезное — сцепление обстоятельств (впрочем, давшее неожиданный эффект в начальной фазе реформ в России). В силу того, что в первые годы своей творческой деятельности Маркс не совсем еще отошел от либеральных представлений, в некоторые произведения, в том числе в «Манифест коммунистической партии», попало исконно либеральное положение, не имеющее никакой связи с сущностью этой радикально революционной доктрины, — «свобода каждого является условием свободы всех». Курьез — в том, что в нынешнее время, когда революционная доктрина марксизма обнаружила перед всем миром полную свою несостоятельность, свою античеловеческую, террористическую природу, приверженцы коммунистических взглядов неожиданно придали этому, случайно попавшему в марксистские катехизисы либеральному положению значение чуть ли не «основополагающей сути» всей доктрины. И другой курьез — в том, что в годы перемен, начавшихся во второй половине 1980-х гг., это же положение, выдаваемое за «марксистское», позволило даже в обстанов-

¹ Новый мир. 1991. № 7. С. 183.

ке вездесущего господства коммунистической идеологии начать осуществление некоторых истинно либеральных мер (например, путем кооперации, арендных отношений в области приватизации государственной собственности) — мер, которые по своей значимости с точки зрения исходных либеральных ценностей намного превосходят многое другое, что в последующем в официальном порядке было названо «кардинальными» и «либеральными» реформами в экономике.

Наслоения. Развитие либеральной теории в XIX—XX вв., наряду с углублением концептуальных идей, характеризуется появлением и таких представлений, которые повлекли за собой односторонние, по ряду данных — ошибочные ориентации в теории и на практике.

Одна из них — это уже упомянутая ранее «рыночная ориентация» либерализма.

Ее предпосылки закономерны, по своей сути вполне оправданны. Развивающаяся индустриальная и постиндустриальная капиталистическая экономика в условиях нарастающего научно-технического прогресса (и к тому же с середины XX в. в противостоянии с плановой экономикой коммунизма) выдвинула «рынок» в качестве своего рода смыслового узла динамичных, постоянно модернизируемых экономических отношений, построенных на частной собственности. «Рынок» в этих отношениях предстал не только как показатель эффективности экономики (М. Фридмен), но главным образом как выражение всеобщих черт экономического поведения в свободном обществе, на котором основываются определенные экономические и социальные институты (Ф. Хайек).

В немалой мере оправданно и то обстоятельство, что в капиталистических странах с развитой постиндустриальной рыночной инфраструктурой внимание либеральной мысли сосредоточилось на институтах свободы *макроэкономического* уровня, впитавшей в той или иной степени элементы государственного капитализма, — акционерных обществах, свободы банковского капитала, денежной и кредитной политики в государстве и т.д. Оправданно — хотя, по-видимому, не вполне — хотя бы по той причине, что свобода человека в развитых демократических странах с либерально-демократической политической и правовой системами после длительного и сложного исторического развития уже утвердилась на «микроуровне» в отношении человека, его статуса и прав — и не только в конституционном порядке, законах, функционировании правосудия, но и на практике, в самом образе жизни людей, всего общества.

К сожалению, вполне оправданное внимание к рыночной проблематике создало у немалого числа людей одностороннее впечатление либеральной теории в целом — о том, что «рынок» вообще стал центром либерализма. Вплоть до того, что современные политические институты рассматриваются некоторыми специалистами как институты «рыночной демократии».

А это не только придало чуть ли не коммерческий оттенок всем демократическим категориям (притом в условиях, когда далеко не все социальные проблемы вообще — воспитания, гражданственности, обучения — могут быть решены рыночными методами), но и заслонило главную либеральную ценность — свободу автономного человека, его статус, достоинство, неотъемлемые права. То есть заслонило ключевую проблему жизни, не менее острую и ныне, когда взамен господства государственной власти в отношении личности все более угрожающие позиции начинает занимать диктат господствующих олигархических групп крупного финансового капитала. Из зоны повышенного внимания в такой обстановке стало ускользать и право, которое в рутинной суете в общем благополучной жизни современных демократических государств все более представляется в качестве привычного и даже архаичного образования — некоего само собой разумеющегося благостного наследия дальнего прошлого.

Другая односторонняя ориентация в трактовке либеральной теории также имеет реальные основания. Это — негативные стороны промышленной, индустриальной и постиндустриальной капиталистической экономики, ведущие ко многим бедам, порой — к разрушительным, катастрофическим последствиям.

Ведь сама по себе эта экономика, основанная на императивах экономической свободы, при всех импульсах и тенденциях к самоорганизации, не способна предотвратить такие стороны ее функционирования, как доминирование экономического эгоизма, пренебрежение к духовным, этическим критериям поведения, попрание интересов экологии, а порой — и хаос произвола, беспредел преступности. То есть — все то, что дает довольно весомые фактические основания для жесткой социалистической критики либеральных воззрений и будто бы исторической оправданности коммунизма и даже его мессианского предназначения.

Отсюда — такая трансформация либеральных воззрений, когда с конца XIX в. появились течения неолиберализма, реформаторского и даже социалистического либерализма (в том числе — теории солидаризма, христианской демократии, неоконсервативизма идеи «про-рейнского» капитализма). Отсюда же — идея консенсуса», представ-

ляющая собой модифицированные представления об общественном договоре, необходимости решения многих проблем в жизни общества на основе общественных интересов и согласия.

Идея консенсуса в определенной мере согласуется с либеральными идеалами и ценностями. Согласуется — в той мере, в какой идея консенсуса отрицает универсальный характер рыночных методов и обосновывает значительность духовных, нравственных принципов в жизни людей, плодотворный характер в этом отношении деятельности негосударственных общественных образований, социальную государственную помощь нетрудоспособным и малотрудоспособным слоям населения.

Но, увы, эта идея, особенно в XX в., нашла такое выражение в неолиберальных просоциалистических воззрениях, в соответствии с которыми либерализм будто бы не исключает прямого вмешательства государственной власти в хозяйственную жизнь, государственную императивную деятельность по уравниванию доходов населения, наращиванию уровня общего социального обеспечения всего населения.

Не затрагивая той стороны идеи консенсуса, которая касается социалистических взглядов (о них ранее уже было сказано в связи в характеристикой коммунизма), необходимо обратить внимание вот на что. Вызывает серьезную озабоченность подспудная идейная настроенность в такого рода обоснованиях роли государства в экономике. Сутью такой настроенности является *возвеличивание государственной власти*, ее будто бы *незаменимой и благородной миссии даже в тех сферах жизни общества, которые должны строиться на принципах свободы человека*.

Благодатной почвой для такой настроенности послужили события в капиталистическом мире, когда сообразно кейнсианским разработкам государственное вмешательство в экономическую жизнь капиталистического общества получило широкое признание в качестве панацеи при решении многосложных задач выхода из Великой депрессии, проблем военного и послевоенного времени. Благодатными фактами подобного же рода некоторые политики и специалисты считают взлет экономики в последнее время в ряде стран Азии и Южной Америки, где господство авторитарных, военно-полицейских режимов (таких, как режим военной диктатуры в Чили, утвердившийся после насильственного переворота) рассматривается в качестве основы современного экономического благополучия этих стран.

При этом, однако, мало кто обращает внимание на то, что позитивная характеристика вмешательства государства в экономическую жизнь (притом в современной рыночной экономике — всегда в дози-

рованных объемах) оправдана лишь постольку, поскольку это вмешательство все же сочетается с использованием «человеческого фактора» в рыночных механизмах, а главное — перекрывает отрицательные свойства и последствия такого государственного вмешательства, поскольку оно носит *вынужденный* характер, представляет собой «*вынужденное зло*» — касается положения вещей и ситуаций, из которых *нет иного выхода*, кроме как привести в действие аппарат принудительного государственного воздействия.

Не случайно поэтому во многих западных странах, исповедующих либеральное мировоззрение, при отпадении острой необходимости принудительные государственные меры постепенно свертывались, заменялись институционными и регулятивными формами общественной самостоятельности и частной инициативы. Аналогичные процессы характерны для упомянутых ранее стран Азии и Южной Америки, где миссия военно-полицейских режимов является совсем иной, чем это нередко представляется (она лишь раскрыла предпосылки и потенциалы, уже существующие в обществе), а главное — она везде соединялась с линией на понижение «уровня власти» в обществе, развитии либеральных ценностей во всех сферах жизни общества.

Нужно твердо знать: императивная государственная деятельность, основанная на принудительной силе и потому связанная с постоянным чиновничьим и полицейским аппаратом, имеет изначально преимущественно положительное значение тогда, когда она основывается на *выборных, представительных учреждениях и по своему содержанию выражается прежде всего в установлении законов — общих правил поведения, определяющих для всех дозволенное и недозволенное*. А также, понятно, — тогда, когда она на управленческом уровне сводится к одному лишь точному и скрупулезному исполнению и соблюдению законов, например, в борьбе с правонарушениями, в процессуальной деятельности по решению конфликтов.

Но как только управленческая деятельность как бы меняется местами с законодательной, приобретает в государственной жизни приоритетное значение, начинает выражаться во «вмешательстве», предполагающем возможность *усмотрения* (и особенно — в сферах жизни, которые должны быть основаны на свободе людей), она становится поприщем для административного своеволия, чиновничьего произвола, других бед, неотвратимо неотделимых от бюрократии, от императивно-властных действий в отношении человека. То есть — выражением всего того, что в лучшем случае может быть обозначено как «неизбежное зло», а по главным своим чертам должно быть охарактере-

ризовано в качестве проявлений тирании, господства возвеличенной власти, государственного произвола и — что особо трагично — *попрания исходного базиса либерализма — свободы человека* (или такой реализации его свободы, когда она загоняется в жесткие рамки «соискателя рабочего места» и «полноправного потребителя»).

Общим же знаменателем всех этих наслоений в либеральных воззрениях является *умаление права*, фактическое принижение, а порой и полное отсечение от него в теории и на практике тех его сторон и компонентов, которые связывают право с самой сутью свободы человека, возвышают его, превращают его в *право человека*.

При сугубо «рыночной интерпретации» либерализма господствующие представления сводят этот высокосignимый институт в жизни людей к функциям «регулятора», преимущественно оформителя существующих экономических и социальных отношений, социального механического устройства для их воспроизводства.

Еще более пагубным в рассматриваемом отношении является ориентация некоторых современных либеральных течений на всемогущую государственную власть: в крайних своих проявлениях эти течения, «забывающие» о своей первооснове, вообще отодвигают право на периферию жизни общества, вновь — как и в коммунистические времена — при всех юридических славословиях фактически рассматривают его в качестве не очень нужного, второстепенного и даже порой осложняющего реальную жизнь социального института, отличающегося к тому же излишними претензиями его служителей.

Экономические реформы в России и либеральные взгляды. Сейчас, по прошествии более чем шести лет после начала в 1992 г. экономических реформ, объявленных «кардинальными» и одновременно «либеральными», в России утвердился экономический и социальный строй, в котором, вопреки расчетам и ожиданиям, восторжествовала не свободная динамичная рыночно-конкурентная экономика с доминирующим средним классом, а система номенклатурно-кланового государственного капитализма с господствующим положением лидирующих олигархических групп крупного финансового капитала. И только в нынешнюю пору, в 1997–1998 гг., когда все более обнаруживаются тупики в экономическом и социальном развитии общества, предпринимаются некоторые шаги («отлучение» представителей олигархических групп от государственных постов, шаги по развитию мелкого предпринимательства, по перенастройке «акционированных предприятий» на товаропроизводительную деятельность и др.), которые, по новым

расчетам, призваны изменить нынешнее положение дел, сломать существующие тенденции— по-новому определить стратегию экономического и социального курса.

Думается, однако, что действительно назревшее изменение курса социально-экономического развития современного российского общества состоит не только и, пожалуй, даже не столько в том, чтобы наметить и провести те или иные «шаги» реформирования экономики и социальной сферы, ориентированные на свободный конкурентный рынок и средний класс, сколько прежде всего в том, чтобы наконец-то определиться с *пониманием фундаментальных либеральных ценностей*, которые необходимо утвердить на российской земле.

Здесь два коренных вопроса. Это, во-первых, о главном звене либеральных преобразований в обществе, в том числе и в экономике, а во-вторых, о мере и характере участия в таких преобразованиях государственной власти.

В отношении звеньев экономических преобразований в России получилось так, как это в основном и вытекает из доминирования «рыночных представлений» в понимании либеральных ценностей, причем — таких, которые сосредоточены вокруг макроэкономических категорий в их современном развитом виде (акционерного и банковского капитала, денежной и кредитной политики).

И в общем это понятно. Бедственное экономическое положение страны ко времени начала реформ, действительно острая необходимость создать в экономической жизни нормальные денежно-финансовые условия, да стремление добиться максимально быстрого успеха, обостренное сложной политической обстановкой и борьбой за власть, настроили инициаторов реформ и политических лидеров страны на решительные преобразовательные меры.

В такой обстановке конца 1991 — начала 1992 гг. «шоковая» акция (в наших условиях — далеко не «терапия», а болезненное «хирургическое вторжение» в живой, пусть и умирающий, экономический организм) действительно оказалась неизбежной мерой. Отмена государственных дотаций на товарном рынке и вытекающее отсюда «освобождение» цен стали тем жестким действием власти, которое открыло простор — по макроэкономическим оценкам — для регулирующих функций «рубля», а в реальном экономическом бытии, к счастью, оказалось и толчком к активизации инициативной, предприимчивой деятельности людей. И не только в области денежных, валютных операций, но и в непосредственно хозяйственной работе — деятельности, приносящей быстрый доход, в первую очередь — в торговле.

А вот другая широкомасштабная властная мера — приватизация, которая единственно могла раскрепостить созидательный потенциал собственности и на этой основе открыть простор для активизации инициативной, предприимчивой деятельности людей уже непосредственно в производстве, дала совсем другой эффект, нежели это предполагалось, будем верить, по научным, либерально ориентированным расчетам.

Эта мера не только запоздала (по логике рыночных реформ «освобождению цен» должно было бы предшествовать появление в значительных масштабах собственника-хозяина в производстве). И она не только вновь, как и в социалистические времена, отдавала утопическими расчетами и, более того, несла в себе известные гены большевизма (подогреваемое разного рода политическими страстями намерение, отвергая все «старое», решительной акцией «сверху», одним броском путем распределения части государственного имущества по ваучерам и сплошного акционирования предприятий разом перейти к развитым формам процветающей капиталистической экономики). Но, плюс к этому, и в реальной хозяйственной жизни такого рода широкомасштабная мера своей направленностью на высшие формы развитого капиталистического хозяйствования — акционерные общества — сама по себе оказалась неспособной дать ожидаемый эффект по активизации производительной деятельности людей, деятельности по производству товаров и оказанию услуг. Тем более, если преобразование предприятий — как это случилось в нашей стране в 1992—1995 гг. — проводится в порядке «сплошного акционирования», приобретающего по этой причине по большей части формальный характер.

Ведь акционерные общества по самой своей природе и сложившимся организационно-правовым формам не являются формой приватизации — способом перехода от «общенародного достояния», являющегося частью бюрократической коммунистической системы, к частной собственности. Акционерные общества призваны быть эффективной организационной и правовой формой деятельности уже существующих частных собственников, приспособленной к тому, чтобы привлекать в общества новых собственников или служить легальной ареной борьбы между финансовыми магнатами, способом концентрации акций в руках одного из собственников, их группы (а в этой связи — в наших условиях, как выяснилось позже, способом пополнения государственного бюджета путем «продажи акций», принадлежащих государству).

Вот почему преобразование предприятий в акционерные общества, преимущественно — открытые, неизбежно свелось по большей

части к смене вывесок, да к тому еще, что прежние государственные управляющие-директора стали бесконтрольными владельцами имущества. Лишь в ходе дальнейших коммерческих процессов, связанных со скупкой акций, как правило, обладателями «большого денежного мешка», на акционированных предприятиях появляется действительный хозяин-собственник, впрочем, далеко не всегда предприниматель-профессионал, подвижник-хозяйственник, заинтересованный в развитии и модернизации производства.

Беда российской приватизации 1992–1995 гг. состоит, кроме того, и в том, что проведенное по-большевистски, в быстрых темпах сплошное акционирование государственных предприятий сопровождалось свертыванием или даже полным упразднением арендных и кооперативных предприятий – действительно продуктивных институтов, связанных с формированием в самом процессе хозяйственной деятельности, в основном в сферах малого и среднего предпринимательства, собственников-товаропроизводителей, но не во всем соответствующих эталонам высокоразвитого капиталистического хозяйствования.

Но, как бы то ни было, настойчивое проведение в России указанных мер по преобразованию экономики, объявленных «либеральными» (отчасти – успешных, в области приватизации – в основном неудачных), отразилось на понимании либерализма, его фундаментальных ценностей.

На понимание либерализма в связи с реформами в России повлияло и другое обстоятельство. Это – высокая степень властно-государственной деятельности, ее возрастающая интенсивность. Ведь все указанные ранее преобразовательные меры представляют собой императивные решения и действия государственной власти, крутые инициативы «сверху». Причем – такие решения и действия, которые и после их совершения – как это характерно для большинства акционированных предприятий – нуждаются в продолжающемся интенсивном государственном воздействии. Думается, вовсе не случайно некоторые либерально настроенные деятели в России ныне сделали своим кумиром всемогущего «царя» (а среди иных персонажей, например, таких авторитарных правителей, как российский Столыпин и чилийский Пиночет).

Что ж, при проведении серьезных экономических и социальных преобразований в стране, оказавшейся после многодесятилетнего господства коммунизма деформированной, а после его крушения разрушенной, без решительных акций государственной власти не обойтись. Но эти акции должны служить *первым толчком, всего лишь стартовой*

фазой такого последующего развития, которое затем с опорой на гражданское законодательство основывается на *собственной* свободе и *собственной* инициативе людей и поэтому происходит *само*, по интересу, инициативе и действиям самих участников экономических отношений, непосредственных производителей. Словом, если исходить из фундаментальных либеральных ценностей, последующее развитие после «первого толчка», стартовой фазы, открывающей гарантированный простор для собственных инициативных действий людей, должно и в области производства реализоваться так, как это после 1992 г. произошло в области торговли.

Увы, в России в результате неудачной, хотя и внешне эффективной, приватизации этого не случилось. Во всяком случае, не случилось в тех широких масштабах, в каких это ожидалось по оптимистическим расчетам. Свобода и инициатива в экономических действиях оказались в руках небольшого слоя финансовой олигархии – главным образом выходцев из былой партийно-комсомольской номенклатуры. Большинство же участников непосредственной хозяйственной деятельности, работников с «синими» и «белыми» воротничками, так и осталось на положении пассивных исполнителей, соискателей «рабочих мест», людей, ожидающих наступления эры благополучия, теперь – со стороны не только власти, но и финансовых магнатов, иностранных инвесторов. И это, помимо всего иного, еще более укрепило в обществе впечатления о либерализме, основанные на рыночных категориях, причем – таких, которые отражают российские реалии: и доминирование макроэкономической политики, и господство финансовой олигархии, и нравы дикой, базарной рыночной стихии, и криминализация экономической жизни.

Новые потери. В связи с характером, направленностью и результатами проводимых в России экономических реформ либеральные ценности, представления о них понесли в нашем Отечестве потери.

Самая существенная и горестная из таких потерь – *утрата в представлениях людей приоритетного значения главной, исходной категории свободы – права и ответственности человека с а м о у решать свои дела и свою судьбу*. Более того, при известных позитивных симптомах в этой области (все же общий настрой на собственную активность стал пробивать себе дорогу) рассматриваемая категория в немалом числе случаев и направлений деятельности получила уродливое выражение – вылилась в стремление к обогащению любой ценой, в неостановимую манию как можно скорее набить карманы дензнаками, в полное игно-

рирование этических и духовных критериев поведения, криминальные, разбойничьи нравы в бизнесе. Отсюда — деформация во мнении людей представлений о либеральных ценностях и как следствие — утрата веры в них, растущее к ним предубеждение, а порой и неприязнь.

Нетрудно заметить, сколь значительное место среди причин, вызвавших такого рода потери, должно быть отнесено на счет неудач проводимых в России экономических реформ (особенно — приватизации). И по сути дела — на счет того официально провозглашенного курса на «рыночные реформы», который оказался связанным главным образом не непосредственно с человеком, не с его раскрепощением, возвышением его личности, активности, а прежде всего с властью, государственной политикой макроэкономической ориентации, со всеми ее многосложными тревожными характеристиками.

Но едва ли допустимо ставить на подобной констатации точку (к тому же и она, эта констатация, понятно, не бесспорна). Здесь необходимо попытаться увидеть более глубокие основания трудностей и бед, существующих в реформируемом российском обществе.

Наиболее общим образом эти основания, на мой взгляд, касаются самой сути, стержня либеральной цивилизации — *культуры свободы*. Того звена общечеловеческой культуры, которое охватывает духовные, моральные (религиозные) начала жизни людей и которое находит свою жизнь в праве.

При этом в отношении современного российского общества требуют к себе специального внимания по крайней мере два обстоятельства.

Первое из них — это особенность истории России, которая, в отличие от ряда стран Европы, *не прошла через историческую полосу Возрождения*, не утвердилась в многовековом процессе в его ценностях, сутью и смыслом которых и является как раз культура свободы человека, коренящаяся в интеллектуальном отношении в античной философии, античном культе права, и в христианстве, а на практике — в деловом использовании собственности, риске, обратном вложении доходов от собственности в производство.

И второе обстоятельство, относящееся к нашей суровой действительности, реалиям посткоммунистического общества, — *разрушенность всей общественной жизни* после многодесятилетнего коммунистического господства. Эта разрушенность поразила, наряду со всем другим, одну из наиболее важных и одновременно уязвимых сторон бытия людей — их свободу, представления о ней, императивы ее реализации, ее культуру — все то, что и ранее и теперь выражается в российских условиях в нравах вольницы, и в то же время — настрое на по-

корность, на безропотную готовность подчиниться диктату. Именно состояние глубокой разрушенности общества, деформированность всех его институтов, свидетельствующих о невозможности простого их реформирования в общепринятом значении этого понятия, предполагает прежде всего осторожное и аккуратное восстановление исходных элементарных начал жизнедеятельности людей, относящихся в первую очередь к собственности, к активности людей, культуре их свободы.

Выходит, трудности и беды, связанные с реформами в России, — не случайность, не отдельные просчеты в реформаторских планах и в их проведении. Суть дела в *стратегии реформ* и в состоянии общества, в его готовности к восприятию тех или иных организационных и правовых форм, настрою населения, участников хозяйственной жизни принять намечаемые преобразования, включиться в их осуществление. А значит, со стороны реформаторов и власти — в точном определении главных ценностей, характеризующих содержание и назначение этих преобразований.

В наших российских условиях здесь, надо полагать, потребуются *пересмотр стратегии реформ*. Такое построение реформаторских акций, которое выражало бы их подчинение главной либеральной ценности — человеку, его праву и ответственности самому решать свои дела и свою судьбу. И именно это является первейшим и необходимым условием для того, чтобы в обстановке входящих в жизнь новых организационных и экономических институтов *началось «саморазвитие» — осуществление и развитие экономических и иных отношений на основе собственной активности, инициативы, предприимчивости самих участников отношений.*

И здесь, независимо от возможных оценок реформаторских акций в прошлом (в том числе и по приватизации), очевидно, по-прежнему острым остается вопрос о выработке, и теперь уже, с учетом существующей системы акционерных обществ, таких хозяйственных форм и структур, которые нацелены на выработку и развитие культуры свободы, способствуют приобщению людей к производительной собственности, к реализации ее потенциала, а отсюда — потенциала инициативы и собственной активности людей.

Под рассматриваемым углом зрения вновь нужно сказать о власти, о возможности ее использования для решения реформаторских задач. Трудности реформирования российского общества, застой в его экономическом и социальном развитии, по-видимому, вновь подталкивают к мысли об использовании в реформаторских целях опыта тех стран (Чили, Испании, Турции, послевоенной Японии), в которых

«сильная власть», т.е. по сути — режимы авторитарного типа, вплоть до оккупационного, обеспечила проведение быстрых и решительных либеральных преобразований.

Хотелось бы верить, что новый соблазн перейти к процветанию одним кардинальным натиском, породивший одну из самых страшных бед человечества — большевизм, не заслонит существующих здесь реалий, проблем и тревоги. Для этого, наряду со всем другим, нужно видеть положение вещей — и в странах с «удачными» реформами, и в нашем Отечестве — таким, какое оно есть.

Ни в одной из упомянутых стран с сильной властью, осуществивших быстрые либеральные реформы, *не существовало* такой степени — как в России — разрушенности общества, предполагающей не столько реформирование существующих социалистических институтов, сколько восстановление элементарных условий жизнедеятельности — прежде всего в области положения личности, отношений собственности.

Вместе с тем во всех указанных странах — пусть и в разной степени соответствия идеалам — *уже существовали* отношения частной собственности, те или иные элементы культуры свободы, содержащиеся в действующих юридических установлениях, принятых нормах религии и морали, в самом образе жизни людей.

Фактическое положение в указанных странах в какой-то мере было схожим с положением советской России в начале 1920-х гг., когда в реальном бытии во многом фактически сохранялись уклады и порядки дореволюционного времени, не до конца еще разрушенные коммунистическим режимом, и когда в этой связи после решительных действий власти «по введению нэпа», открывшего известный простор для частной собственности и предпринимательства, в считанные месяцы возобновилось в обществе динамичное экономическое развитие.

И если уж искать поучительные для нас примеры, то следовало бы обратить внимание на опыт Китая, при всей его противоречивости и по ряду пунктов принципиальной неприемлемости. Ведь поразительные успехи Китая в экономике базируются не на сплошном насаждении на китайской земле передовых экономических и правовых форм развитого капитализма (для этого были отведены лишь отдельные анклавные — «открытые зоны»), а на «человеческом факторе» — постепенном, неторопливом раскрепощении хозяйственной деятельности большинства населения, осуществляемом при помощи трудовой частной собственности, кооперации, аренды.

Ну, и нужно видеть те опасности, которые таит в себе наша отечественная державная государственность. Ведь при всех широковещатель-

тельных демократических конституционных новациях в нашей отечественной государственности (и «царской», и «советской», и «нынешней демократической») сидят пока неистребимые импульсы к всевластию, стремление держать в своих руках все и вся. Эти импульсы и стремление, как свидетельствует прошлая практика, укореняются и распространяются на всю жизнь общества, стоит только дать им дополнительное легальное основание, связанное с намерением использовать сильную власть для решения «либеральных преобразований».

Так что уберезет нас Бог от новых иллюзий! И от бесовских соблазнов кардинальных и быстрых решений и акций, грозящих рецидивами большевизма! Использование сильной, действенной государственной власти в целях последовательного осуществления либеральных преобразований в наших сложных отечественных условиях допустимо, надо полагать, при двух неперемennых условиях:

во-первых, при безусловном сохранении такого строго обеспеченного уровня демократического состояния общества, который бы *исключал соскальзывание власти к диктатуре, тирании;*

и, во-вторых, при такой направленности императивных государственных преобразовательных акций, когда бы на первом месте в экономике, социальной жизни оставался человек, его интересы и воля, и когда бы государственные акции не шли дальше функций «первого толчка», «пускового и страхующего механизма». И, следовательно, когда бы последующее экономическое, социальное развитие осуществляется *в принципе «само» — силой и энергией самих участников хозяйственной, социальной жизни, их активностью, инициативой, предприимчивостью.*

Пока не поздно. Судьба либеральных по замыслу экономических реформ в России остается до настоящего времени не вполне определенной. Если им и суждено сбыться в оптимальном для либеральной цивилизации варианте (а сбыться им в конечном счете — суждено), то произойдет это, по все данным, не скоро — станет результатом многотрудного экономического, политического и духовного развития общества.

В ближайшей же перспективе возможны даже известное попятное движение, усиление под флагом «согласия и примирения» прокоммунистических элементов и тенденций, или, что не менее тревожно, консервация под флагом «стабилизации» строя правящей олигархии государственного номенклатурного капитализма, способного по некоторому минимуму даже «улучшить положение» людей.

В такой обстановке представляется в высшей степени важным, как говорится, не опоздать, закрепить позитивное, зацепиться, утвердить-

ся на плацдармах и опорных точках, которые – будем верить – определяют успех последующего демократического развития российского общества.

Подобные плацдармы, опорные точки существуют во всех сферах жизни нашего общества (малое предпринимательство в экономике, антимонопольные порядки, организации среднего класса, политические институты самоуправления).

И все же на первое место среди этих плацдармов, опорных точек, причем с отрывом от всего другого, следует поставить институт, являющийся предметом данной работы, – *право*.

Почему? Почему на первое место среди неотложных мер по реформированию российского общества сейчас следует поставить право?

Предельно кратко, опуская пока иные характеристики, на этот вопрос можно ответить так. – Потому, что право – *активный, действующий* социальный институт, в нем уже содержатся *исходные, важнейшие плацдармы, опорные точки на перспективу* (ряд положений действующей Конституции, Гражданский кодекс, выражающих свободу человека, его статус), и с опорой на них можно не только провозглашать известные идеи и идеалы, но и с использованием действенных юридических механизмов *активно их защищать и активно проводить их в жизнь*.

Ну, не менее существенно также то, что именно с правом связан наиболее благоприятный, оптимальный прогноз развития современной цивилизации – та сторона проблемы, о которой и пойдет речь в заключительной части главы.

Может быть, сейчас нам все же повезет и нам удастся прервать какое-то невезение или горькую традицию, которые не оставляют наше Отечество. Ведь, обращая дальнейшие суждения к недавнему прошлому, приходится только вновь и вновь удивляться тому, что мудрая мысль человечества, ее великих умов и – что не менее прискорбно – не считающийся с ней печальный опыт нашей жизни так ничему нас, людей, до сих пор не научили. В том числе и нас в России, непрестанно похваляющихся великим интеллектом и духовностью.

Теперь еще более отчетливо, чем ранее, видно – беды, обрушившиеся на российское общество в годы перемен, романтических ожиданий и надежд, вызваны не только экономическими и организационными просчетами, всесокрушающей борьбой за власть, за ее овладение и удержание, но и в не меньшей степени тем, что при всех широковетательных «правовых лозунгах» право не заняло достойного места в обществе, не стало твердой, «опережающей» основой преобразовательных

мер. Вот и хлынул нарастающим потоком в российскую жизнь хаос бескрайней свободы (по определениям Канта — безрассудной! дикой! варварской! животной!), правового беспредела, тотальной криминализации общественной жизни. И принимаемые в 1996—1998 гг. меры по «наведению правового порядка», «борьбе с организованной преступностью», «борьбе с коррупцией» представляются не только недостаточными, порой — жалкими, заранее обреченными на неудачу, но и такими, которые ни на йоту не заменят того, что должно стать незыблемой основой преобразуемого общества — создания правового общества, общества, фундаментом и стержнем которого стало бы право — право человека.

3. Будущее: прочное правовое устройство

Идеал. — Гражданское общество и «правовое устройство». — Составляющие. — Потребность основательной реформы

Идеал. Характеристика права как цели общества как будто бы снимает саму постановку вопроса о том идеале, к которому должны стремиться люди в организации своей общественной жизни. Ныне мы, разуверившиеся и не раз обманутые, все более и более освобождаемся от всякого рода заклинаний и посулов, иллюзий и химер, соблазнительных моделей и сказочных верований о человеческом будущем. О том светлом завтра, которое, якобы, само по себе даст людям некий «земной рай», «царство свободы», беззаботное сказочное житие без бед и тягостного труда.

Да, расчет в будущем на право переводит извечную проблему о нашем будущем в плоскость строгой и суровой реальности. Существует право — самое святое, что есть у Бога на земле. Есть публичные законы, с помощью которых можно определить каждому свое и оградить его от посягательств каждого другого. И именно оно, право, создает единственно необходимые условия и опорные точки для того, чтобы через свой талант, упорство, труд каждый человек — и на том пути, который он сам считает для себя хорошим, — нашел свое счастье. Какой еще здесь требуется идеал?

Но идеал нужен.

Людям требуется не просто право (любые и всякие юридические установления), а право, выраженное в сильных публичных законах. Плюс к тому — право, выступающее в качестве высшего проявления разума, и отсюда (и это — самое главное) — *право человека*. И припомним в этой связи, что самое значительное, что определяет место и назначение права в жизни и судьбе человеческого рода, — в том, что *по-*

зitivное право дает твердую опору для возвращения в область внешней свободы — на «землю», в грешный мир, где теряется нравственная мотивация поступков, — тем не менее твердую опору для возвращения и сюда высочайших нравственных законов, обогащенных разумом.

И еще один, не менее существенный момент. Право человека должно реализоваться, найти реальное бытие в самой организации жизни людей, воплотиться в нем как *правовое устройство*.

Такой подход к вопросу о праве и будущем как раз и характерен для философии Канта. По его мнению, сама природа, естественные начала жизни человека направляют людей к «тому, чтобы путем основательной реформы осуществить единственно прочное правовое устройство, основанное на принципах свободы»¹.

Гражданское общество и «правовое устройство». Но что это такое — «правовое устройство»?

С эпохи Просвещения получило распространение понятие «гражданское общество». В представлениях людей оно вполне обоснованно выступает как выражение и знак нового времени, демократического строя, новой либеральной цивилизации. Не «держава», не «страна подданных монарху», а общество граждан, свободных людей с высоким достоинством и неотъемлемыми правами, — вот та организация жизни людей, которая призвана раскрепостить общество, определить и направить его развитие в соответствии с принципами свободы.

Но достаточно ли для освещения нового строя одного лишь понятия «гражданское общество»? Ведь последнее по принятым в XVIII—XIX вв. представлениям характеризует преимущественно отношения собственности, доминирование в экономике свободного рынка, выборность учреждений власти, отсутствие в общественной жизни сословий и привилегий. Не нужны ли здесь какие-либо иные дополнительные характеристики? Ведь само по себе гражданское, демократическое устройство далеко не всегда устраняет возможность тирании. И это было очевидно еще Канту, когда он писал о том, что даже всемирное государственно-гражданское устройство — состояние опасное, ибо оно может привести «к самому ужасному деспотизму (как это не раз случалось с чрезмерно большими государствами)»².

Принято считать, что ответ на такого рода вопросы уже позже, в XIX в., дала теория «правового государства». Э.Ю. Соловьев пишет:

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 439.

² Там же. С. 343.

«Теория правового государства появилась в Германии лишь через сорок — пятьдесят лет после того, как прозвучали Северо-американская и французская Декларации (она была обоснована К.Т. Вилькером, К. фон Роттеком и их радикально-либеральными последователями)»¹.

Теория правового государства — плод усилий многих философов, государствоведов и политиков XIX—XX вв. — несомненное достижение демократической мысли и практики. Сконцентрировав внимание на правовых средствах и механизмах умерения власти, она сыграла существенную роль в развитии идей демократической государственности и уже немало десятилетий является «общим местом» во всех учениях о демократии и в демократической лексике.

И все же — и этого настоятельно требует именно нынешнее время — при рассмотрении функций и назначения права следует вновь «развернуться» на гражданское общество. В особенности, коль скоро речь идет о современном гражданском обществе. И сообразно этому право должно соотноситься не непосредственно с государством, но прежде всего — с обществом в целом. Ибо в условиях либеральных цивилизаций право призвано охватить все стороны общественной жизни, когда исходное для него значение имеют феномены и институты, находящиеся за пределами власти, прежде всего сам человек, его положение, его прирожденные права и свободы, внесударственные образования и институты.

В этой связи Т.И. Ойзерман обращает внимание на то, что, согласно Канту, высшей задачей метафизики нравов (что, по-видимому, по современной науковедческой градации равно «философии нравственности») является не только обоснование необходимости перехода от естественного состояния к гражданскому обществу, но и установление принципов гражданского общества, «основу которого образует право». И автор тут же поясняет, используя кантовские определения: «Право есть сущностное выражение условий, при которых произвол одного члена общества может быть совмещен с произволом каждого другого члена общества по всеобщему закону свободы. Такое согласование волеизъявлений граждан достигается лишь посредством законосообразного принуждения, т.е. путем применения силы, которое правомерно как выражение всеобщей воли»².

Вот почему более широким и более «насыщенным» содержательно и, значит, более корректной и точной категорией по данному кругу

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 166.

² Ойзерман Т.И. К характеристике трансцендентального идеализма И. Канта: метафизика свободы // Вопросы философии. 1996. № 6. С. 74.

вопросов является понятие *правовое гражданское общество* — понятие, вбирающее в себя (и к тому же — с основательных позиций) все то позитивное, что содержит и теория правового государства.

Но вот что характерно. Казалось бы, как следует из изложенного, предложенная корректировка в научных категориях вытекает из требований нынешнего времени. Но именно такая постановка вопроса о праве и обществе впервые в истории философской, политической и правовой мысли, притом намного раньше специальных разработок по вопросам правового государства, и *была сформулирована Кантом*. Определяя особенности общества на высших ступенях его развития, к созданию которого человеческий род «вынуждает природа», — общества, в котором наличествует «величайшая свобода», Кант прямо называет его «правовым гражданским обществом»¹.

Более того. При освещении других вопросов права и государственной власти философ затрагивает и все основные характеристики их соотношения, которые разработаны теорией правового государства, в том числе — правовые аспекты принципа разделения властей, ограниченность «объема» аппаратной власти, безусловное ее подчинение закону и др. Да и вообще — какое еще обоснование идеи правового государства требуется после уже приведенного ранее утверждения Канта о «принципах внешнего человеческого права» — тех принципах, «единственно на основании которых и возможно образование государства»²?

В этой связи, избегая соблазна назвать Канта основателем теории правового государства (хотя для этого были бы, на мой взгляд, достаточные основания), нужно видеть, что и здесь, по рассматриваемой группе вопросов, Кант намного ушел вперед от того уровня разработок и, скажем так, понимания функций и предназначения права, которые были характерны для его времени и времени более поздних периодов развития гуманитарной мысли³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 95.

² Там же. С. 285.

³ С этой точки зрения едва ли можно признать точными и достаточными высказанные в литературе мнения о том, что Кант был всего лишь «одним из предшественников теории так называемого правового государства» (*Баскин Ю.Я.* Кант. М., 1984. С. 31) или, разработав этикоантропологическую концепцию, обеспечил «мировоззренческое обоснование идеи прав человека и ее последующее развертывание в теорию правового государства» (*Соловьев Э.Ю.* И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 166). Вопреки такого рода мнению, сводящему к тому, что у Канта наличествует лишь «комплекс предпосылок» понятия правового государства (*Соловьев Э.Ю.* И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 185), есть основания утверждать, что Кант сделал в науке нечто большее — он заложил основу понятия «правовое общество».

И вот что с рассматриваемых позиций представляется особо существенным. По Канту, само по себе гражданское общество (взятое в общем виде, в том числе — на начальных фазах своего развития) не требует большего, чем подчинения граждан закону. Государственно-гражданское устройство общества и есть организация общественной жизни, которая порядком подчинения всех участников общественной жизни публичным законам резко отделяет его от первобытного, естественного состояния, где царствует один лишь ничем не ограничиваемый произвол. И как раз по этой причине Кант, как уже отмечалось ранее, считает возможным обозначать положение лиц в гражданском обществе не только в качестве «граждан», но и в качестве «подданных» — лиц, находящихся в подчинении закону.

Правовое же гражданское общество — это его высокая ступень развития, для которой недостаточно указанной черты — одного лишь подчинения подданных закону. Рассматривая вопросы федерации, Кант отмечает, что достижение обществом правового устройства означает нечто более основательное, «менее опасное», нежели просто гражданское общество, просто государственно-гражданское устройство¹. *Понятие «правовое устройство» и призвано отразить высокий уровень развития гражданского общества, когда оно становится также и правовым обществом* и когда, следовательно, качество и предназначение права быть целью общества, его высшим принципом выражается в самой организации общественной жизни.

Составляющие. Обратимся теперь к тем сторонам и элементам правового устройства гражданского общества, которые позволяют рассматривать его в качестве «единственно прочного» основания жизни людей в соответствии с «принципами свободы».

Если не уходить в область спекулятивных предположений и фантазий, то должно быть очевидным, что в полной мере эти стороны и элементы прочного правового устройства раскроются в самом ходе развития современного гражданского общества. Прежде всего — в ходе углубления и обогащения тех тенденций, которые в развитых демократических странах, особенно после 1950–1960 гг., все более утверждаются в государственной жизни и юридическом бытии. И с учетом, надо добавить, трудностей и просчетов, которые дают о себе знать в государственно-правовой жизни многих стран, в том числе и России.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 343.

И вот здесь представляется полезным и поучительным вновь обратиться к творчеству Канта. Ряд его соображений и в данном случае оказывается как бы приуроченным для настоящего времени (потому эти соображения, быть может, ранее в нашем российском Отечестве и не привлекли должного внимания), напрямую соотносится с современными проблемами государственно-правовой жизни.

К числу наиболее существенных из числа таких соображений относятся, на мой взгляд, следующие.

Прежде всего — это мысли Канта о *первоначальном договоре*, которые, возможно, смогут способствовать тому, чтобы придать более основательный смысл принципам и практике свободных выборов, остающихся первостепенной ценностью и в современном гражданском обществе. Напомню, что, по Канту, на идее первоначального договора «только и можно основать гражданское, стало быть, чисто правовое устройство» общества¹, — обстоятельство, которое подводит к зреющей в жизни необходимости с еще большей настойчивостью рассматривать свободные выборы как социальное соглашение избирателей с избранным ими должностным лицом со всеми вытекающими отсюда выводами концептуального и практического порядка. Да и вообще довольно остро в современных условиях звучат слова Канта о том, что без идеи первоначального договора, строгого следования ей «нельзя мыслить никакое право на управление народом»².

В этой связи достойны специального внимания и соображения Канта о неизменно первостепенном значении в гражданском обществе *представительной системы*, без которой в современных условиях невозможно понимание законов — пусть и с известными издержками — как выражения общей воли людей. Более того — понимание законов как основы самого бытия и функционирования государства. И об этом ныне приходится говорить с ударением потому, что в связи с усложняющимися проблемами жизни в индустриальную и постиндустриальную эпохи укрепилось какое-то общее мнение о безусловном приоритете в государственной и общественной жизни главы государства, правительственных управленческих учреждений. Не потому ли, будто бы напрямую адресуясь к нам, Кант предупреждает, что без представительной системы «способ правления может быть лишь (внимание — «лишь»! — С.А.) деспотическим и насильственным»³.

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 303.

² Там же. С. 359.

³ Там же. С. 385.

Не меньшего внимания заслуживают мысли Канта о *принципах разделения властей*, которые уже два столетия владеют умами государствоведов и правоведов. И здесь Кантом оттенены те из этих принципов, которые, кажется, только сейчас раскрывают свою концептуальную и практическую значимость.

В самом деле — в чем состоит существо этих принципов? По сложившимся со времен Ш. Монтескье представлениям оно заключается в равновесности «трех властей» — законодательной, исполнительной, судебной, в наличии в отношении каждой из них «сдержек» и «противовесов» — с тем, чтобы ни одна из «властей» не оказалась доминирующей, тиранической.

Между тем ныне становится все более и более ясным, что само по себе «разделение» власти не устраняет опасностей и сложных проблем, от нее исходящих: величина власти, ее объем и острота могут быть настолько значительными, что власть, даже «разделенная», превращается в самодовлеющую господствующую силу, которая изначально исключает саму возможность возвышения права и формирование правового общества.

И вот два столетия тому назад Кант, последовательно придерживаясь общей трактовки разделения властей¹, вместе с тем особо выделил тот принцип рассматриваемой теории, который прямо соответствует ее сути и предупреждает всемогущество власти.

По Канту, государственное правление (устройство) существует в двух основных разновидностях — республиканизм или деспотия. «*Республиканизм*, — полагает философ, — есть государственный принцип отделения исполнительной власти (правительства) от законодательной; деспотизм — принцип самовластного исполнения государством законов, которые оно само себе устанавливает, так что публичная воля выступает в качестве частной воли правителя»².

Словом, принципиальное значение имеют не сами по себе «разделенность власти», «сдержки» и «противовесы», а само строжайшее отделение исполнительной власти (правительства) от законодательной и в этой связи — недопущение *самовластного исполнения государ-*

¹ Причем и здесь — что весьма знаменательно — Кант оттеняет те стороны теории разделения властей, которые относятся к закону, к праву. По его мнению, «три власти» подобны трем частям силлогизма: большая посылка — закон, малая посылка — веление поступать согласно закону, заключение (вывод) — судебное решение. Путем объединения трех властей «они каждому подданному предоставляют его права» (*Кант И.* Соч. В 6 т. М., 1963—1966. Т. 4. Ч. 2. С. 237).

² *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 381.

ством законов, которые оно само себе устанавливает. Именно это зло (самовластное исполнение государственными учреждениями, единоличными и коллективными, законов, которые они *сами себе* устанавливают) и является — как свидетельствует опыт — наиболее разрушительным явлением, препятствием на пути того, чтобы общество стало правовым. А с точки зрения теории — наиболее верным признаком того, что перед нами не право гражданского общества (право человека), а наиболее низкая по градации исторического развития и ущербная юридическая система — право власти.

В творчестве Канта могут быть найдены и положения, свидетельствующие о том, что его мысль склоняется к необходимости «уменьшения объема» власти в обществе и с учетом того, что «не в природе человека по свободному волеизъявлению ослаблять свою власть»¹, — к необходимости именно правового устройства общества. И в этой связи особое и опять-таки провидческое значение приобретают его суждение о деспотизме как «кладбище свободы» и уже совсем близкое к нашей действительности — суждение о том, что «с увеличением сферы правительственной власти законы все более и более теряют свою силу и бездушный деспотизм, искоренив зачатки добра, в конце концов впадает в анархию»².

Потребность основательной реформы. Теперь — последнее, что следует отметить при характеристике позиции Канта о правовом устройстве гражданского общества. Причем — скажу еще раз — о прочном правовом устройстве, основанном на принципах свободы.

Это — твердое мнение Канта о том, что единственным путем формирования такого правового устройства является *основательная правовая реформа*. Стало быть, реформа, которая не просто устраняет просчеты законодателя, решает вновь возникшие вопросы, рассчитана на учет опыта применения законов, совершенствование судебной системы и решение других, обычно причисляемых к реформаторским акциям проблем текущей практики, а затрагивает сами основы права, определяющие его характеристики. То есть реформа, которая — как замечает философ — означает правовое развитие «до полного переворота» (когда правовая система — в соответствии с используемыми в этой работе понятиями — из состояния «права власти» переходит в состояние «права человека»).

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 347.

² Там же. С. 423.

Но это все же именно — *реформа*, мирное правовое развитие. Любопытно, что Кант видит два возможных направления такого развития. Он пишет: «Оставлять без изменения запятнанное несправедливостью состояние публичного права до тех пор, пока все само собой созреет до полного переворота или же его разовьют до зрелости мирными способами, — это дело дозволяющих законов разума»¹.

Пафос, смысл этих рассуждений — недопустимость революционных сломов даже в отношении объективного права, «запятнанного несправедливостью». Главная же сила устранения несправедливости действующей юридической системы — *дозволяющие законы разума*. Что это? Видимо — императивные требования (и в этом значении — «законы») свободы, проходящие через разум и потому уже содержащие момент выбора. То ли все пустить на самотек (пусть все идет «само собой» до «полного переворота»), то ли целеустремленно развивать юридическую систему «до зрелости», но — «мирными способами», — вот что должно быть решено на глубоко разумной основе людьми. И, понятно, плюс к этому и по данному вопросу Кант через формулу «дозволяющие законы разума» проводит идею о позитивном праве как об *объективированном бытии разума* в области внешних, практических отношений.

Понятно, такое решение предполагает последовательно демократическую организацию гражданского общества, в том числе — фактическую реализацию идеи первоначального договора, принципов народного представительства, разделения властей, «республиканизма», отторжение самой идеи деспотической власти. Кант при этом допускает и такую ситуацию, когда государство «управляется как республика» и при деспотической верховной власти, но все же только как промежуточная стадия — «до тех пор, пока народ постепенно не приобретет способности воспринимать чистую идею авторитета закона (как если бы закон обладал физической силой) и тем самым окажется способным к выработке собственного законодательства (первоначально основанного на праве)»².

Тем не менее главное при осуществлении основательной правовой реформы, как ее мыслит Кант, — это законы разума (его дозволяющие требования, императивы). Следует согласиться с Кантом, что само право достигает высокого уровня развития и совершенства, соответствующего необходимости прочного правового устройства гражданского общества, лишь тогда, когда потенциал и сила человеческого разума

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 439.

² Там же. С. 437.

найдут свою реализацию и свою жизнь именно в праве. То есть — тогда, когда, по кантовской терминологии, в нем воплотятся начала чистого права и право человека.

Чуть-чуть забегая вперед, замечу: такая перспектива основательной правовой реформы касается, как это ни парадоксально, не столько стран, решающих многосложные проблемы овладения и развития правовых начал гражданского общества (хотя и тут она должна постоянно приниматься во внимание), сколько демократически развитых стран с, казалось бы, полностью развитыми, достаточно совершенными юридическими системами. Эти страны как бы «погрязли» в текущих юридических проблемах. Развитие их правовых систем идет по первому из указанных Кантом направлений — «само собой». Да и вообще нынешнее состояние права в этих странах видится населением и специалистами в виде скучной, не очень значащей рутины или даже, по меткому выражению современного философа, «конца истории». Потребность основательной правовой реформы, целеустремленно направленной на формирование права как выражения потенциала и силы разума, наукой в странах с развитой демократической системой и правовой культурой — если, разумеется, верны соображения на этот счет — до сих пор, на мой взгляд, не понята и даже как научная задача не поставлена.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ РУБЕЖИ ПРАВОПОНИМАНИЯ

1. Реалии. Беды. Ценности

Три реалии – три достоинства и три «беды». – Драма права России. – Деловые проработки. – Правовой романтизм. – Противоречивые тенденции. – Сила науки и ее ценности

Три реалии – три достоинства и три «беды». Правоведение – такая отрасль гуманитарных знаний, в которой скрестились, сплелись в один узел различные, порой полярно противоположные, казалось бы, несовместимые одна с другой особенности, черты: и жесткий прикладной реализм, и логика математического типа, и служение неким идеалам, нередко – настроенность на покорность власти, могучим общественным силам. А отсюда – столь неодинаковый престиж правоведения, столь широк диапазон его общественного признания и оценок – от оценки правоведения в качестве сугубо прикладной сферы знаний ремесленного уровня до возвеличивания его до вершины управленческого искусства и отлитой в законченные формулы мудрости.

Самое поразительное, что все эти оценки (во всяком случае – в принципе, по некоторым важным моментам) верны. И здесь, в понимании особенностей этой уникальной отрасли знаний – правоведения, ряда его существенных сторон, нам вновь помогут мысли Канта. Но сначала все же – общие характеристики правоведения как науки, с ударением на те из его особенностей, которые являются фактической и, стало быть, невольной предпосылкой его различных, порой добрых, а порой не очень добрых, оценок и в этом отношении – «бед».

Таких особенностей (и соответственно – предпосылок) – три.

П е р в а я особенность – это *прикладной, прагматический* характер правовых знаний. И – не только потому, что эти гуманитарные знания (как это характерно, например, для психологии, социологии) могут быть востребованы в практической жизни, но прежде всего по главному своему историческому источнику, по своему исконному первичному содержанию. Правоведение – вообще одна из первых в истории специальных наук в комплексе гуманитарных знаний – выросло

из потребности обслуживать юридическую практику – издание и применение законов, а также – правовое обучение, подготовку юристов-профессионалов. А в этой связи и по своему содержанию правоведение первоначально свелось преимущественно к комментариям законов, к обобщению данных юридической практики, к выработке материалов и рекомендаций, которые могли быть подспорьем для юристов в практической деятельности, для юристов-педагогов, учащихся в юридических учебных заведениях.

И тут обнаружилась специфика юридической материи, ее письменное и терминологическое «опредмечивание», подчиненность логическим принципам, способность воплощаться в логические конструкции математически строгого порядка. Словом, то, что придало юридическим знаниям на прагматическом уровне в основном юридико-техническое содержание, в принципе однопорядковое с содержанием всех других технических знаний, данными наук технического профиля. В этой связи правоведение с древнейших времен выступало в виде своего рода обители отработанной словесности и еще более – отработанных, стройных, искусных, порой – утонченных юридико-логических построений, обеспечивающих не только нужную практике аналитическую проработку правового материала, но и логическое обогащение права, что в свою очередь позволяло представить право, юридическую деятельность и науку в качестве достижений ума и интеллектуального искусства (и что, надо добавить, хорошо согласуется со взглядами Канта на чистое право).

Отсюда высокий престиж юридической профессии и правовых знаний в древности, в Средние века, вплоть до последних времен. И отсюда же, наряду с действительно негативными явлениями, крайностями – формалистикой и элементами догматизма, довольно распространенная упрощенная, а порой свысока пренебрежительная оценка юридической профессии и правовых знаний в нынешнюю пору. То есть – в обстановке, когда другие сферы гуманитарных наук «вырвались вперед» – вышли далеко за грань формально-логической обработки фактических данных, обобщения и логические построения правоведения стали при поверхностном подходе производить впечатление весьма примитивного материала, не очень-то соответствующего, казалось бы, высокому интеллектуальному уровню современной науки. И такое отношение к юридическим наукам еще более окрепло (и тогда стало в значительной степени оправданным), когда особенности юридической материи, охватываемые понятием «юридическая догматика», были возведены рядом ученых-правове-

дов в ранг некой самодостаточной реальности, не требующей никакого иного объяснения, кроме ее внутренней логики и ее обусловленности волей и признанием государства (юридический позитивизм в его крайних выражениях, как некая «философия»).

Что ж, такая ограниченная трактовка права — это в известном смысле *беда правоведения*, вырастающая — как это нередко бывает — из его достоинств. Ибо и в современную пору ему никуда не уйти от своего первичного исконного предназначения — от аналитической проработки разнообразного и сложного правового материала, от юридической герменевтики, необходимости понимания и выработки точных юридических конструкций, решения других многотрудных проблем законодательства, юридической практики и правового обучения. Да и развитие юридических знаний во всех подразделениях науки, в том числе философского характера, не может не опираться на первичный правовой материал, имеющий к тому же богатый, пока еще далеко не раскрытый и не всеми понятый интеллектуальный потенциал.

Следующая, в т о р а я особенность правоведения связана с тем, что право, закон обладают мощной силой в обществе, а это привело к тому, что юридическая деятельность и знания изначально оказались *в зоне интересов власти, попали в зависимость от государства, его интересов, его политики*. Тем более, что и сама правовая материя существует и функционирует в зависимости от деятельности государственных учреждений, государственной воли.

Правда, далеко не все правоведа — это специалисты, находящиеся на службе государства: определенные разновидности юридической работы, в первую очередь — адвокатского профиля, относятся к свободным профессиям. Некоторые же виды юридической деятельности, прежде всего — судейской, призваны иметь и каждодневно подтверждать свой независимый статус. Да и данные, выводы правоведения технико-юридического порядка имеют по своей основе характер объективных научных знаний — в принципе такой же, как и данные других технических или гуманитарно-технических наук, — и, следовательно, сами по себе не имеют политической («классовой») направленности. Тем не менее юридическая деятельность и юридические знания, взятые в целом, неизбежно оказываются скованными своей большей или меньшей принадлежностью к власти, самим своим пребыванием в поле ее тяготения.

Одно из проявлений рассматриваемой особенности юридической деятельности как раз и было отмечено Кантом. Он говорит о «ве-

личайшем искушении» юриста, ибо он в силу своей принадлежности к власти может пользоваться оружием власти (по мифологическим образам — «мечом», в его соотношении с «судейскими весами») «не только для того, чтобы оградить весы от всех посторонних влияний, но и для того, чтобы положить его на чашу, если она не захочет опуститься»¹.

Понятно, отмеченное проявление юридической профессиональной деятельности уже граничит с деформацией самих ее основ, с прямым попранием права и законности. Но оно — убедительное свидетельство и того, что феномен «принадлежность к власти» не остается для юридической работы бесследным, он накладывает на юридическую работу в целом роковую печать, а отсюда, помимо всего иного, при отсутствии в убеждениях и деятельности правоведов надлежащих философских и моральных критериев отражается на особенностях юридической работы и юридических знаний. В этой связи знаменательно, что, говоря об искушении юриста, Кант оговаривается: да, искушение, но искушение в том случае, если он, юрист, одновременно в моральном отношении — не философ.

Отсюда — своеобразная черта и в указанном ранее смысле — новая беда правоведения. Это — содержащиеся в нем «социальные гены» консерватизма, историческая предрасположенность ориентироваться на власть, на ее интересы и политику. Нет слов, указанные особенности правовой деятельности не нужно абсолютизировать: по мере человеческого прогресса здесь, особенно на участках деятельности и знаний, не отягощенных служением власти, сильным мира сего, все более дают о себе знать и иные тенденции, которые имеет в виду и Кант, когда видит перспективу юридической работы в ее связи с философией и моральными критериями. Но потому-то в данном случае и оправданно говорить о «беде» — об искушениях, об опасностях, подстерегающих юристов в практической деятельности и в науке.

Наконец, т р е т ья особенность правоведения выражается в его глубокой и активной духовной сущности, которая, однако, может обращаться узкоидеологической, политической направленностью правоведения.

И по данному кругу вопросов Кантом высказаны соображения, которые, надо полагать, способствуют пониманию тех категорий духовного порядка, относящихся к существованию и действию права. С точки зрения Канта, право в государстве (напомню, по специфической

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 427.

терминологии философа — «государственное право») в силу своей природной предопределенности непосредственно содержится «в разуме» — образует действенный элемент сознания человека, первичное правосознание. Более того, именно в таком качестве «право в разуме» оказывает влияние на жизнь людей, оно «имеет обязательную силу, стало быть, объективную (практическую) реальность, независимо от блага или зла, которое может из этого возникнуть...». И потому, продолжает Кант, — «существует *теория* государственного права, без согласия с которой не имеет значения никакая практика»¹.

И вот здесь важно обратить внимание на то, что «право в разуме» и еще более — «теория государственного права» могут получить узкоидеологическую направленность, опирающуюся не на «чистый разум» и не на требования жизни, а на сугубо умозрительные, спекулятивные или утопические представления. Это не раз и встречалось в истории права, когда национальные системы и целые их семьи приобретали направленность сугубо идеологического порядка. В том числе — ортодоксально-религиозную каноническую направленность или направленность, выражающую целую систему ортодоксальных утопических догм, прежде всего — коммунистического толка.

И здесь мы встречаемся с новой бедой правоведения. С тем, что оно может приобретать узкоидеологическое содержание и ориентацию. А потому и в сознании людей оно довольно часто воспринимается не как область человеческого духа, где происходит поиск истины и утверждаются человеческие ценности, а как *слуга определенной идеологии*, далекой от правды и действительных интересов людей, в лучшем случае — выполняющей функции подсобной службы клана юристов и политиков.

Драма права России. Особенности правоведения как своеобразной сферы знаний в полной мере и в самом прямом смысле обернулись ее бедами в России после Октября 1917 года, когда на обширной территории бывлой Российской империи силой оружия, беспощадного революционного фанатизма и всеокрушающей стихии толпы утвердился марксистский коммунистический строй.

Именно в обстановке марксистского коммунистического режима правоведение в российском обществе оказалось со дней большевистского переворота под жестким прессом коммунистических догм, а по мере упрочения советской власти и сталинской трансформации

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 329.

режима — все более и более под диктатом всесильной партийно-государственной власти.

Доминирующее положение с 1917—1918 годов заняла в России официальная доктрина, разрабатываемая и жестко проводимая ленинцами-большевиками. Доктрина, которая, с опорой на принципы и практику «диктатуры пролетариата» и революционного правосознания, провозгласила линию на резко негативное отношение ко всему прежнему буржуазному «правовому хламу» и, более того, — на оправдание большевистского произвола и на будто бы неизбежное при переходе к высшему социальному строю — коммунизму «отмирание права» вообще. Большевизм с этой точки зрения, как уже говорилось, стал олицетворением принципов и практики всевластия политического режима коммунизма, исторически оправданного по ортодоксально-марксистским представлениям «права» коммунистов коренным образом насильственно переделывать жизнь людей сообразно коммунистическим догмам, а отсюда — и идеологии отрицания права как общезивилизационного явления.

Мало что изменилось в сути марксистского правоведения, когда в России (принявшей с начала 1920-х гг. государственный облик «Советского Союза») прошла полоса нэпа, а затем утвердился строй сталинской тирании. Оно по-прежнему оставалось предельно идеологизированной отраслью знаний, находящейся под жестким контролем партийно-государственной власти. Вместе с тем немаловажно то, что в годы нэпа, «социалистического строительства» и последующие периоды правовые нормы и институты стали все шире использоваться в хозяйственной и социальной жизни, и это (вместе со сталинской трансформацией идеологии) в 1930-х гг. повлекло за собой в официальной науке и пропаганде смену оценочных акцентов и своего рода терминологическое переоформление действующего права и законности, которые стали возвеличиваться в качестве «социалистических».

Советская юридическая наука еще не получила (и, возможно, не скоро получит) достаточно научно строгую и вместе с тем общепризнанную оценку. Правоведение в условиях господства коммунизма — явление уникальное, ряд его черт и традиций сохранился до нынешней поры, не все в нем еще по-настоящему понято, признано наукой, общественным мнением и некоторые возможные жесткие его оценки (такие, как наука «юридически романтизированного революционного произвола» или при сталинской тирании — наука «тоталитарного режима»), при всей своей справедливости, не выражают всех его противоречивых характеристик.

Возникшие в связи с октябрьским переворотом 1917 г. процессы в российском правоведении — сложны, многоплановы, не столь однолинейны, как это следует из положений о его идеологизации и подконтрольности власти.

Наряду с теми негативными сторонами советского правоведения, которые выражают саму суть идеологии и практики большевизма, оно отражает также и другие явления, относящиеся к *драме права* в России.

Ведь большевизм, его императивы и практика в юридической области вошли в разящее противоречие с начавшимся в XX в. подъемом права и правоведения в России, представлявшим собой обнадеживающую, возможно самую обнадеживающую, перспективу либерализации страны, во многом еще остающейся в системе отношений абсолютистско-державного строя царской империи. И одним из парадоксальных проявлений этой драмы стало то обстоятельство, что после Октября 1917 г. в обстановке идеологического отрицания с позиций большевизма ценности права в советской России сохранился престиж права «вообще», понимание необходимости его использования для решения задач, стоящих перед обществом.

Отсюда — две характерные особенности советской юридической науки, одну из которых можно кратко обозначить словами *деловые проработки*, а другую — *правовой романтизм*.

Деловые проработки. Характерно, что, при всем резко отрицательном отношении ленинцев-большевиков к буржуазному «правовому хламу», практически с первых же дней октябрьского переворота 1917 г. законы, другие правовые институты (народные суды, революционные трибуналы, декреты) широко использовались в жизни советского общества. Был даже взят курс на восприятие высоких достижений юридической культуры и техники — таких, как «конституция», «кодексы».

В этом использовании права для решения государственных, экономических, социальных вопросов также выражалась идеологическая направленность всего строя жизни коммунистической системы. Ленин признавал, что декреты советской власти первоначально вообще не были предназначены для практического применения, а служили «пропаганде». Да и в последующем тексты кодексов, других законов насыщались пропагандистскими лозунгами и идейными формулировками. Такие лозунги и формулировки звучали на судебных процессах, в научных изданиях. И они, как и иные свидетельства верности коммунистической идеологии, стали обязательными атрибутами любых изданий, претендующих на то, чтобы быть признанными «наукой».

В годы же сталинской тирании все институты советского права вообще преподносились в виде «самых передовых в мире», «высших достижений демократии», которые служат «интересам трудящихся», «делу строительства высшего социального строя — коммунизма». Советское право и правоведение в ту пору включались таким путем в гигантскую систему сталинских фальсификаций, по неумолимой логике тоталитарных режимов неотделимых от порядков кровавого произвола и насилия. Тем более, что для этого — как и для пропагандистских задач — существовал известный объективный материал, так как именно в правовом порядке закреплялись некоторые формы гарантий, призванных в сферах применения труда, образования, медицинского и иного обслуживания закрепить некоторые общедемократические требования, а в пропагандистском плане — реализовывать и демонстрировать «достижения социализма».

В то же время советские законы, весь комплекс юридических установлений и форм, особенно — с 1920-х — 1930-х гг., оказались нацеленными на решение «деловых» проблем в экономике, социальной сфере, борьбе с правонарушениями, деятельности правоохранительных учреждений. Причем — так, чтобы советское право наиболее полно и результативно реализовывало свои функции *регулятора*: обеспечивало воспроизводство коммунистической системы, охрану существующих порядков, оптимальное решение других регулятивных и охранительных задач, соответствующих потребностей строя «социализма».

А это потребовало от юридической науки — пусть и предельно идеологизированной — не только пропагандистских славословий и демонстраций верности коммунистической идеологии, ее будто бы побед и торжества, но и *деловых проработок* — тщательного изучения всей «механики» юридического регулирования, структуры права, типов и звеньев юридического воздействия, своеобразия юридических связей, их элементов и т.д., и т.п. — всего того, что образует сложное, многогранное технико-юридическое содержание права, его специальные юридические характеристики, охватываемые понятием «догма права». Эти деловые проработки к тому же были сориентированы на учет данных юридической практики, а в теоретическом отношении — в какой-то мере на положения и выводы отечественной дореволюционной и зарубежной литературы. В целом такие разработки оказались не только полезными в практической жизни, но существенно продвинули вперед науку, углубили научные представления о материи права и — как выясняется ныне (с учетом кантовских положений о чистом праве) — интеллектуальном его содержании.

Но узость такого научного подхода к характеристике права сразу же отчетливо проявилась, как только правоведы в советских условиях попытались дать философское обоснование праву. В обстановке вездесущего диктата марксистских догм, поддерживаемого режимом вездесущей партийно-государственной диктатуры, подобное обоснование принципиально не могло идти дальше некоторых обобщений юридико-догматического материала (включая выводы серьезного интеллектуального порядка), соединенных с марксистскими догмами.

Вот и формулировались в советской юридической науке определения права, которые состояли, во-первых, из очевидных операциональных формул и общезначимых выводов позитивистского характера, вытекающих из обобщений правового материала (типа «право – система общеобязательных формально-определенных норм»), и, во-вторых, из догм ортодоксального марксизма в их ленинско-сталинском истолковании (добавления к позитивистским положениям таких формулировок идеологического толка, как «воля господствующего класса» и др.).

Отсюда – главный порок распространенных в советской юридической науке определений права – такой странный симбиоз юридического позитивизма и марксистских догм, который (с добавлением выдержек из партийных документов и выступлений партийных вождей) стал характерной чертой всей советской юридической науки. И именно он предопределил и многие другие пороки советского правоведения, включая и то, что для него характерны односторонние идеологизированные трактовки, «упущения» и – как верно замечено Э.Ю. Соловьевым – «позорный пробел», состоящий главным образом в отсутствии «включенности» в правопонимание категорий прав человека¹.

Правовой романтизм. Советская правовая наука со второй половины 1950-х гг. пережила своеобразную полосу в своем развитии, в чем-то похожую на обстановку в правоведении в дореволюционное время, – полосу *правового романтизма*.

Важно при этом сразу же сделать ударение на том, что вера в право, надежда на него в пятидесятые годы, как и в дореволюционное время, овладели умами людей, прежде всего умами правоведов, в условиях, когда в науке и общественном мнении резко возросло внимание к праву, а главное – понимание его особенностей как своеобразного, уникального явления в жизни людей, обладающего значительной со-

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 10.

циальной силой и, значит, — 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, из характерной для нее мешанины юридического позитивизма и марксистских догм. В действительности же процессы движения правовой мысли и в таких неблагоприятных условиях оказались, как уже отмечалось, более сложными, многоплановыми, в чем-то даже перекликающимися с крупными сдвигами в мировой правовой культуре, происходящими в 1950—1960 гг. «Деловые проработки» в юриспруденции, потребовавшие обстоятельного исследования правовой материи, стали постепенно приоткрывать ее «тайны» — механизменные и структурные особенности. Те особенности, которые характеризуют правовую материю как сферу строгих и точных реальностей, объективированных интеллектуальных ценностей, предполагают не произвольное манипулирование законами и юридической практикой, а следование «законам законов», с их смысловым центром — правами субъектов, их гарантиями.

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 заставляли вести упорный поиск тех проявлений гуманизма и демократии, которые имеют отношение к праву, будто бы торжествующему в обществе социализма и светлого коммунистического будущего.

И, конечно же, ключевую, до сих пор недооцененную роль в развитии позитивных процессов советского правоведения сыграло то обстоятельство, что в конце 1930-х гг. в результате немислимых изгибов политической жизни советского тоталитаризма в науку и преподавание юридических знаний вернулись дореволюционные правоведы. И что именно через них в 1940—1960-е гг. благотворное влияние отечественной и мировой правовой культуры стало все более — даже в условиях сталинских и неосталинских, андроповско-брежневских порядков — сказываться на состоянии советской юридической науки.

Отмеченные позитивные процессы в советском правоведении, явившиеся основой правового романтизма, стали своего рода предзнаменованием, неким приуготовлением к грядущим, неотвратимо наступаю-

щим переменам. Можно даже предположить, что историческая судьба России – как и в дореволюционное (до Октября 1917 г.) время – через этот, казалось бы, нелогичный феномен – правовой романтизм подала некий знак о возможной перспективе благотворных перемен 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, выступил перед людьми и историей в облике права.

Увы, романтизм и есть романтизм – состояние души и общественных настроений, неотделимое от эмоциональной эйфории, каких-то иллюзий, возвышенных расчетов, далеко не всегда согласующихся с суровой жизнью. Подобные возвышенные, романтические расчеты, характерные для правового романтизма, не состоялись и в России, причем, казалось бы, в исключительно благоприятной исторической обстановке, когда во второй половине 1980-х годов открылась перспектива мирной трансформации («перестройки») тоталитарной социальной системы в современное демократическое общество и когда путь права представлялся в науке и общественном мнении оптимальным направлением такой трансформации.

Крах правовых иллюзий в России в конце 1980-х – начале 1990-х гг., раздавленных политическими страстями, яростной борьбой за власть, бедственным положением страны и ее распадом, породил – как это часто случается – явления обратного порядка: неверие в право, его ценности, а на практике и в науке – спадом в уровне понимания права, коммерциализацией юриспруденции, сведением ее к набору прагматических положений и рекомендаций.

Только в нынешнее время, кажется, наша наука начинает подходить к пониманию того, что истоки несостоявшихся правовых надежд в нашем Отечестве следует искать не только в традициях и практике верховенства политической силы, но в не меньшей мере также и в том, что само право, сложившееся в советском обществе, не было готово к своей миссии. И стало быть – к пониманию того, что нынешнее достояние нашей науки – теоретические положения, связанные с «деловыми проработками», нуждается в научном, философском возвышении, в его развитии в *высокую теорию*. Ту теорию, философские основы которой во многом заложены во взглядах Канта¹.

¹ Ряд философов в советское время (Т.И. Ойзерман, Э.Ю. Соловьев и др.) на фоне общего состояния правоведения оказались в понимании права глубокими, основательными исследователями. И это во многом, на мой взгляд, объясняется тем, что они в своих разработках и оценках опирались на кантовские идеи о праве.

Противоречивые тенденции. В подтверждение того, что состояние и развитие духовной жизни в нашем мире отличается, при всем многообразии подходов и выводов, все же известными чертами единства, нужно отметить некоторые черты состояния и развития правоправедения в демократических странах Запада.

Ничуть не претендуя на всесторонние характеристики (здесь требуется кропотливый анализ с использованием обширных фактических данных), представляется важным отметить две противоречивые особенности современного правоправедения демократических стран с развитой политической и правовой культурой, проявляющиеся, впрочем, не более чем тенденции.

Одна из них заключается в том, что сообразно общему благосостоянию потребительского общества, достигнутому уровню правопорядка и озабоченности в их сохранении для правовой мысли многих стран характерно превращение либеральных правовых ценностей в само собой разумеющееся «общее место» — такие очевидные реалии и постулаты, которые не требуют ни каких-либо уточненных научных обоснований, ни сколько-нибудь значительного научного развития. К таким постулатам относятся правовые идеи и правовые критерии поведения, относящиеся к частной собственности, правам и свободам человека, парламентарной демократии, независимому правосудию. Складывается впечатление о том, что в отношении этих идей и критериев порой проскальзывают настроения равнодушия и даже утрачивается своего рода гражданственная бдительность — 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. Не случайно, 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»¹.

Другая тенденция в развитии правовой мысли «благополучных» западных стран выражает общий настрой рыночной идеологии — коммерциализацию науки, ее прямую подчиненность потребностям рынка и оплачиваемым запросам государственных инстанций. Следствием этой тенденции является дробление юридических знаний, concentra-

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 15.

ция внимания на сугубо практических вопросах того или иного довольно узкого участка деятельности или правовых интересов, нарастающее смешение юридических и неюридических (социологических, психологических и иных) знаний и отсюда – утрата ощущения и понимания своеобразия права, его мировоззренческой и практической ценности.

И та и другая тенденции под известным углом зрения означают ту черту состояния и развития правоведения, которая перекликается с аналогичным или близким явлением современной отечественной науки – утратой направленности научной мысли на высокую теорию, все большей приземленностью науки, ее сугубо прагматической замкнутостью, измельчением.

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 потребителя¹?

Если такого рода оценки справедливы, то возникает предположение о том, что, быть может, оптимальным вариантом возвышения жизни людей в современном мире, обогащения ее дерзновением и энергией является такое развитие общества и человеческого духа, в соответствии с которым право станет высшим принципом в обществе, открывающим простор для активности и творчества человека, его суровой, трудной, счастливой жизни. Но для проверки такого предположения, обоснования и признания оптимального варианта нашего будущего нужна как раз высокая теория. В том числе (а возможно, и прежде всего) – в науке права.

Сила науки и ее ценности. Пора несколько сменить акценты при характеристике советского правоведения – сказать о том, что наряду с органическими пороками оно сохранило исконные ценности юридической науки, относящиеся к ее первичному юридикотехническому материалу, к научному осмыслению этого материала (т.е. – то, что по своеобразной терминологии юриспруденции именуется «догмой права»).

В этой связи пришло время и для того, чтобы сказать о тех теоретических позициях в правоведении, которые делают ударение на особенностях права как нормативного институционального образования. Тем более,

¹ Фукуяма Ф. Конец истории? // Вопросы философии. 1990. № 3. С. 148.

что эти теоретические позиции и в прошлом, и ныне нередко представляются и оцениваются в качестве «узконормативных» взглядов, философии юридического позитивизма — устаревших, ошибочных воззрений, которым противопоставляется современное философское видение права.

Такого рода представления и оценки в известной степени справедливы. Во всяком случае — в той степени, в какой характеристики права как нормативного явления выдвигались в советской науке в качестве некой философии, единственно возможных мировоззренческих взглядов, «отвечающих» марксистским постулатам и исключающих все иные подходы и представления о праве. В не меньшей степени они справедливы — при такой встречавшейся в советской науке интерпретации нормативности права (да еще увязываемой с его классовой трактовкой), когда дают о себе знать крайности юридического позитивизма, оправдывающего с правовой стороны все юридические установления, исходящие от государства и, стало быть, придающие праву сугубо этатический характер. Словом, они справедливы в той степени, в какой качество нормативности права (а вместе с нормативностью и другие его свойства) получали в советской юридической науке идеологическое, притом в духе ортодоксального марксизма, истолкование.

Но упомянутые представления и оценки не могут быть приняты в том отношении, когда их категорическая безапелляционность приводит к *отрицанию или принижению первичных и исконных ценностей правоведения как науки — данных и обобщений непосредственно правового материала, самой материи права*, отрицанию или принижению научной значимости всего того, что относится к *догме права* — в том, скажу еще раз, специфическом смысле термина «догма», который принят в юриспруденции. А в этой связи — и к недооценке практического и научного значения юридического позитивизма (поскольку он выступает не в идеологизированном виде), а также основательного интеллектуального содержания данных правоведения.

Если даже исходить из таких взглядов о юридической науке, когда делается ударение на философском обосновании права, нельзя не признать, что практическая потребность в логической обработке и комментировании действующего права «всегда сопровождала его развитие»¹, пусть при этом позитивистская юриспруденция в каких-то своих подразделениях и на известных этапах развития может быть определена «не более, чем описательная наука, дисциплина низшего теоретического порядка»².

¹ Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 165.

² Там же. С. 168.

Здесь вновь нам на помощь приходят разработки Канта по вопросам права. И под этим углом зрения следует сразу же отметить отсутствие достаточных оснований для высказанного в философской литературе мнения, согласно которому «этические понятия Канта глубоко проникают в проблематику мировоззренческого обоснования правовых норм и обеспечивают надежную защиту от любых версий юридического позитивизма»¹.

В данном случае — все наоборот. И дело не только в том, что мировоззренческое обоснование права, как уже отмечалось, имеет с позиций философии Канта самостоятельное значение и проходит не только через этические понятия. В данном случае суть дела — в том, что именно кантовские философские разработки дают весьма глубокое обоснование положительным сторонам юридического позитивизма — исходным и исконным ценностям юридической науки.

Аргументируя необходимость философского обоснования права (что есть право и «каков всеобщий критерий, на основании которого можно вообще различить правое и неправое — *iustum et iniustum*»), Кант попутно отмечает достоинства практической юриспруденции, значение тех первичных юридических знаний, которые позволяют определить, «что следует по праву (*quod sit iuris*), т.е. что говорят или говорили законы в том или ином месте», а также то обстоятельство, что указанные эмпирические принципы правовед, получающий хорошее руководство в отношении законов, должен хотя бы порой оставлять, но оставлять «на время»².

Еще более существенно, что Кант, проделав анализ видов законов (причем, как мы видели, по рубрикам, обозначенным весьма утонченными данными позитивистской юриспруденции), тут же дает обоснование соответствующим знаниям с основательных философских позиций. Он говорит о «систематически классифицирующем разуме» и — что особо знаменательно — о том, что формулы здесь «сходны с математическими»³. Под этим углом зрения положения и выводы теории юридического позитивизма о классификациях и логических особенностях правовой материи, ее элементов — это и есть в философском отношении систематически классифицирующий разум, который дает строгие и точные научные знания математического типа.

К этому нужно добавить и ту грань научного значения юридического позитивизма, о которой ранее уже говорилось, — философские

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 188.

² Кант И. Соч. В 6 т. М., 1963–1966. Т. 4. Ч. 2. С. 139.

³ См: Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. С. 371.

разработки в области права теряют смысл, превращаются в одни лишь умозрительные спекулятивные разговоры, если они с фактической стороны не просто опираются на данные, раскрытые и обобщенные позитивистской наукой, но органически, непосредственно вытекают из таких данных (а также — из данных социологии права). Следовательно, материалы позитивной теории и правовой социологии, от которых должны быть отсечены любые идеологические наслоения, не только имеют существенное практическое значение, но и в области науки представляют собой *необходимое звено, ступень* в философском осмыслении права.

Здесь примечательно то обстоятельство, что и сами выводы позитивной теории на достаточно высоком уровне научных обобщений (о структуре права, функциях, механизмах, типах правового регулирования и др.) приобретают черты специально-юридической теории философского порядка. Обращу внимание — не крайности юридического позитивизма, философское возвеличивание которого как науки изначально упречно, а его содержание, его материалы и выводы, их обобщения. Здесь же целесообразно принять во внимание также потенциал позитивной правовой теории, основанный на влиянии права на другие институты и явления духовной жизни — влиянии, по отмененным ранее данным, весьма значительном¹.

И в этой связи — об одном предположении, когда логика кантовских идей подводит к выводам, не сформулированным в текстах произведений философа, но — таким, когда, говоря словами Э.Ю. Соловьева, есть основания продолжить мысль «за Канта»².

¹ С этой точки зрения представляет интерес позиция В.С. Нерсесянца о творчестве Канта, когда он пишет: «**Принцип кантовского морального закона** по сути дела является **лишь модификацией принципа формально-правового равенства** (с его всеобщностью, независимостью индивидов, свободой их воли и т.д.). Иначе говоря, кантовская концепция моральности права имеет правовой смысл и значима для философии права именно потому и постольку, поскольку сама **эта моральность по сути своей юридична**». Автор продолжает: «Своим моральным учением о праве Кант морально (и философски) оправдывает и возвышает «материю» и принцип права, что и определяет его выдающийся вклад в философию права. Но достигается это у него **ценой юридизации морали**, принципом и категорическим императивом которой оказывается принцип права (Нерсесянец В.С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 489—490). Впрочем, слова В.С. Нерсесянца о «цене» — лишь выражение широко распространенного мнения о приоритете морали в отношении права. В предшествующем изложении была сделана попытка обоснования иного подхода к данной проблеме.

² Автор говорит — «работать за Канта», но — добавляет он — «разумеется, опираясь на собственные его тексты и реализуя заключенные в них возможности» (Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 93).

Речь идет об идеях Канта о чистом праве. Если эти идеи справедливы (а они по своей основе, по всем данным — справедливы), то следует при оценке юридического позитивизма вспомнить, что смысл идей о чистом праве заключается в том, что право как специфическое человеческое образование — это продукт разума, а под известным углом зрения — и само бытие разума в области практических отношений. И, следовательно, научные знания, *непосредственно* посвященные правовым явлениям (а это и есть сфера юридического позитивизма), представляют собой *знания о «бытии разума», о разуме в его практическом применении в ключевой области жизни людей* — в области воспроизводства социальной системы, социальной регуляции, в области человеческой свободы.

Это предположение подтверждается характером юридических классификаций, юридических конструкций — их строгостью, завершенностью, порой ювелирным изяществом. Недаром — как уже отмечалось ранее — римское частное право, выраженные в нем технико-юридические, конструктивные построения и классификации (все то, что может быть названо «систематически классифицирующим разумом») с давних пор так именуют — *писанным разумом*.

Впрочем, сказанное выше — не более чем предположение, предварительные постановочные суждения для раздумий и, быть может, нового научного прочтения известных правовых категорий. Но что представляется несомненным — это существование достаточных оснований для *возвышения* с точки зрения интеллектуальных градаций *юридических знаний*, которые и в плоскости прагматических данных и выводов на известном уровне научных обобщений граничат со знаниями философского уровня.

С этой точки зрения, надо полагать, необходимо и при нынешнем состоянии дел в области гуманитарных знаний более четко определить статус юридического позитивизма — дисциплины по градации немалого числа специалистов в лучшем случае низшего науковедческого уровня. Здесь требуется строго различать «юридический позитивизм» как отрасль юридических знаний прагматического характера и «юридический позитивизм» как дисциплину, претендующую на самостоятельность, на признание ее как таковой в качестве некой «философии» и тем более — на какую-то идеологическую значимость. Юридический позитивизм первого рода заслуживает столь же уважительной и высокой оценки, как и любая технико-прагматическая наука, имеющая вместе с тем богатое интеллектуальное содержание. И характеристика правоведения даже в плоскости такого рода юридического по-

зитивизма и, значит, его исконного первичного содержания может получить весьма высокий науковедческий статус как раз с позиций философии Канта, видевшего в чистом праве реальное бытие разума в области внешних отношений. Что же касается юридического позитивизма второго рода, замыкающегося при объяснении права и его мировоззренческом истолковании одной лишь его «догмой», то перед нами — не более чем крайность науки, ее издержки, встречающиеся в любой области знаний.

2. Перспективы

В преддверии новой эпохи. — Вперед к Канту. — Подходы. Ключевое звено

В преддверии новой эпохи. Ныне специалисты многих отраслей науки единодушно говорят о приметах, свидетельствующих о стремительном приближении новой полосы исторического развития в жизни людей.

По многим приметам мы стоим на пороге такого времени, когда произойдет, наряду со всем другим, и резкое возвышение права.

Что ж, ничего неожиданного в такого рода прогнозе, надо полагать, нет. После трудных и долгих тысячелетий своей традиционной истории человечество именно в нынешнее время вышло на такой отрезок своего исторического развития, когда во все большем числе стран реально утверждаются либеральные цивилизации. Или, во всяком случае, — в сложной борьбе различных тенденций и сил нарастают процессы, предвещающие их неизбежное, возможно, скорое пришествие.

Общества же, в которых утверждаются либеральные цивилизации, — это постиндустриальные, технологически и информационно развитые общества и в не меньшей мере — общества свободные, самоуправляющиеся, *сутью и стержнем которых становится право.*

Именно — право. Ибо, как свидетельствуют опыт и логика жизни, именно право позволяет людям утвердиться в великих либеральных ценностях, справиться с вырывающейся на простор свободой, 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, если в данном случае уместно использовать возвышенные категории, *новой эпохи в пони-*

мании права — такого развития (пожалуй, даже *поворота* в развитии правовой мысли), которое бы в полной мере отвечало принципиально новым потребностям либеральных цивилизаций.

Уже сейчас, думается, вырисовываются некоторые направления такого поворота в понимании и характеристиках права, которые способны преодолеть традиционные трактовки и дать ответ на требования времени. Назову те из них, которые, надо полагать, уже определились — понятно, в постановочном порядке — в ходе рассмотрения теоретических проблем в этой книге.

Первое из таких направлений — это *освещение права с мировоззренческих позиций*, т.е. его понимание как *особого мирозданческого явления* — самостоятельного, самобытного, уникального звена в процессах бытия и развития человечества. Причем — такого звена, которое имеет свои, незаменимые функции и свое предназначение, не сводимое ни к категориям государства, ни к категориям морали, и, быть может, еще и такого, которое обладает качествами природного по своим основам (корням) явления.

Другое, обращенное в будущее направление развития правоведения — это разработка таких научных положений, которые, продолжая некоторые идеи научного поиска современной юридической науки, призваны раскрыть *свойства и возможности права как сильного и действительного фактора в жизни людей*. Причем — такого, который, несмотря на все метаморфозы, «приговорен» служить людям и — что особо существенно — способен осуществить, казалось бы, невыполнимую задачу — не только преодолеть негативные стороны величайшего дара человека — свободы, но и обратить ее в активность человека, его творчество, свершения ума.

И наконец, еще одно направление развития правовой мысли, взаимосвязанное со всеми другими и имеющее дальнюю перспективу. Это — характеристика права как *феномена разума и высоких истинно человеческих начал*. Причем — таких начал (относимых к числу духовных, идеальных, даже — божественных), 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.

Вперед к Канту. В утверждении нового правопонимания выдающаяся миссия принадлежит философии Канта.

Два основных момента должны быть при этом приняты во внимание.

Первый из них заключается в том, что, пожалуй, только философские идеи Канта по вопросам права (и однопорядковые идеи ряда других мыслителей, в том числе — российских) настолько существенны и значительны по своей интеллектуальной силе и прозорливости, что они способны *переломить ныне существующую, далеко не во всем благоприятную и оптимистическую, ситуацию в юридической науке.*

К сожалению, именно в нынешнее время, когда объективно требуется возвышение права, остро проявились и даже окрепли те особенности правоведения, его беды, которые как будто бы действительно демонстрируют его невысокий науковедческий уровень, консерватизм, жесткую зависимость от текущих потребностей, влияния и прямого усмотрения господствующих сил, действующей власти. И его, правоведения, будто бы ограниченное предназначение — быть совокупностью практически значимых данных, посвященных преимущественно «оформительским» и иным сугубо прагматическим функциям права и служению сильным мира сего.

Здесь в немалой степени проявились негативные стороны «рыночной» идеологии и «рыночных» нравов, связанная с ними коммерциализация науки и даже, при всех положительных тенденциях этих процессов, нарастающий вал высокоприбыльных коммерческих гуманитарно-прагматических знаний, в первую очередь — социологических, информационных, знаний из разряда социальной психологии, социальных технологий. А в более широком плане — наши мировоззренческие беды, неопределенность в понимании направлений общественного развития нашего Отечества.

Здесь же, не всегда прямо, порой через многие посредствующие звенья, на состояние правоведения сказалось и влияние некоторых модных философских течений. Увы, среди таких течений сыграли далеко не всегда положительную роль и некоторые, подчас идеологически нацелено и вольно трактуемые, положения мыслителей из философской классики. Особенно — из философии Гегеля¹.

Гегель — великий философ, близкий по духу и многим позициям Канту. Он создатель грандиозной целостной философской системы — вершины духа, логики, диалектики мысли — системы, в которой достойное место отведено и праву.

К сожалению, выведенные на высшей уровень абстракции, подчас весьма своеобразные гегелевские философские положения, имеющие отношение к праву (об «абстрактном праве», о превосходящих его «нрав-

¹ Под влиянием Гегеля, пишет Х. Риттер, философия Канта была забыта философами (*Ritter Ch. Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen. Frankfurt a. M., 1971*).

ственности» и «моральности», о государственности), при всей общности взглядов философов-классиков, оказались все же в иной системе научных координат, нежели реальные процессы и перспективы развития права в условиях перехода от традиционных к либеральным цивилизациям.

Главное же — идеологически нацелено и вольно интерпретируемые категории философии Гегеля стали известной предпосылкой, «источником», по словам ортодоксов-классиков марксистской коммунистической теории. Их очарование, грандиозность, их — пусть и внешняя — переключка с кардинальными революционными устремлениями привлекли внимание революционных идеологов. Недаром основатель большевизма — Ленин, категорически отвергавший Канта как идейного врага¹, ставил перед коммунистами задачу штудировать Гегеля. И впрямь порой гегелевские формулы и термины (не идеи о свободе и прогрессе, а именно формулы и термины) использовались марксистскими идеологами как некий знак научного величия марксизма. Достаточно было, например, в отношении любой нелепости произнести сакраментальное положение — «да, это противоречиво, но это противоречие диалектическое», как данная проблема признавалась решенной.

И вот такого рода терминологические «отзвуки» философии Гегеля, некоторые вырванные из контекста положения философа, взятые в соединении с ортодоксальными марксистскими догмами, внешняя близость того и другого к наступающим грандиозным революционным свершениям — все это способствовало созданию такой благотворной «методологической основы», некоего как будто высокосмысленного философского настроя, который во многом определял общую направленность марксистских разработок по вопросам права, в соответствии с которыми обосновывались его «классовая сущность», его назначение как инструмента «классового господства», его «отмирание» при коммунизме. И даже в современных условиях, когда марксистские догмы уже перечеркнуты самой жизнью и обаяние их, кажется, развеяно навсегда, подобный настрой все еще сохраняет престиж и фактически влияет на общую атмосферу науки, и это все во многом — благодаря «именам», именам Гегеля и Маркса².

¹ Знаменательно, что В. Ленин, осуждая Г. Плеханова, ставит ему в пример Гегеля, который не ограничивался тем, что отвергал кантианские идеи, а, по его словам, «исправлял Канта» (*Ленин В.И.* Соч. Т. 29. С. 161).

² В литературе отмечено, что кризис марксизма нашел выражение, помимо всего иного, в том, что новое звучание получило творчество Канта, которое многими специалистами было противопоставлено идеям Гегеля и Маркса, мода на которых, по их свидетельству, осталась позади (см.: *Суслова Л.А.* Философия Канта. М., 1988. С. 205).

Приведенные соображения, быть может, и подтвердят высказанное ранее мнение (относящееся, понятно, не только к правоведению марксистски идеологизированных стран) о том, что при нынешних реалиях остро требуется интеллектуальная мощь и глубина мысли Канта, — с тем, чтобы переломить существующую ситуацию в науке, вновь подверженную традициям и инерции, и создать такую обстановку, когда бы перед правоведением открылись перспективы развития, соответствующие требованиям современной эпохи, в том числе — и для осмысления направлений развития общества. Т.И. Ойзерман и И.С. Нарский пишут: «Освоение опыта кантовской мысли, причем не только буквы его учения, но прежде всего его духа, исключительно актуально для нас именно в современной достаточно драматической ситуации переосмысления исходных установок и основ философского сознания, поиска новых его путей и перспектив»¹. Понятно, такое переосмысление должно затронуть и ту сторону наших мировоззренческих взглядов, которые относятся к общим направлениям и критериям развития нашего Отечества².

И в т о р о й момент, который призван раскрыть миссию философии Канта в связи с современным положением и оптимальными перспективами развития юридической науки. Суть его — в том, что и по существу дела идеи Канта выводят современную философскую мысль по вопросам права на тот уровень, который соответствует требованиям современной эпохи. Отметив, что «есть искушение показать красоту полноценной философской мысли, пусть даже наивной для современного слуха, назидательной», П.С. Гуревич указывает на идеи Канта о вечном мире, а затем пишет так: «Суверенность личности, мир, свобода... Право как средство обеспечения независимости и возможности строить нормальные отношения между людьми. Кант отыскивает универсальные возможности для осмысления прав человека и для понимания их значения в современной цивилизации»³.

Вот и в этой книге обозначенные ранее предположения о перспективных, многообещающих направлениях развития правовой мысли

¹ Ойзерман Т.И., Нарский И.С. Теория познания Канта (Рецензия) // Вопросы философии. 1994. № 2. С. 183.

² П.С. Гуревич, сделав акцент на статьях и трактатах зрелого Канта, посвященных логике истории, механизмам общественного прогресса, судьбы человеческого рода, пишет, что «Кант, оказывается, советчик и возвеститель либеральных ценностей, о которых сегодня говорится немало» (Гуревич П.С. Рецензия на сочинения Канта // Вопросы философии. 1995. № 11. С. 151).

³ Там же.

опираются на идеи Канта, являются попыткой (удачной или неудачной – вопрос другой) их *теоретического формулирования и постановки с точки зрения современного состояния науки и перспектив ее развития*. Выходит, правовые идеи Канта остро современны, а по ряду пунктов касаются даже более дальних рубежей развития свободного либерального общества. И выходит, стало быть, что идеи Канта по вопросам права, выдвинутые философом более чем два столетия тому назад, не только содержат в себе первозданную свежесть духа французской революции, первого мощного рывка человечества к либеральному строю жизни, но и по своей сути представляют собой выводы, *рассчитанные именно на такой, последовательно либеральный строй жизни в его развитом виде*.

Отсюда – соображения о самом подходе к творчеству Канта.

Уже отмечалось: с конца XIX в. для сторонников истинно демократических движений стали падать авторитет и обаяние модных философских воззрений, с которыми связывали свой авторитет и судьбу радикальные революционные течения и движения мысли того времени, и в этой связи прозвучал и звучит поныне призыв – «назад к Канту».

Но все дело-то в том, что радикальные революционные проекты и основанные на них насильственные революционные эксперименты никакого поступательного движения вперед не означали, а, напротив, представляли собой попятное движение общества, катаклизмы, сбросы в тупик, в сторону от магистральных направлений социального развития, в обстановку стагнации, нарастающих катастроф. И потому – с учетом содержания идей Канта по вопросам права (и не только права), – надо полагать, современным, вполне отвечающим духу времени следует признать другой лозунг – *«в н е р е д к К а н т у!»*.

Вот что пишет П.С. Гуревич по рассматриваемому вопросу: «Нам ли, гражданам исстрадавшей России, стремиться назад к Канту? Парадокс, однако, в том, что мы, пожалуй, изрядно припозднились. Великие революции, разрушив устоявшийся жизненный уклад, раскрутили нашу историю на несколько витков назад. И для нас, радеющих о суверенной личности, взыскующих права, мучающихся в поисках интеллектуальной опоры, Кант не позади. Он – впереди, за горизонтом»¹.

Мне представляется, что лозунг – «вперед к Канту!» – особо значим и уместен именно для правоведов. То есть – для специалистов, про-

¹ Гуревич П.С. Рецензия на сочинения Канта // Вопросы философии. 1995. № 11. С. 149.

фессионалов и энтузиастов того дела и знаний, которые, независимо от своих философских пристрастий, являются стихийными кантианцами — приверженцами верховенства права, его неотделимости от закона и разумной сущностной основы. Не случайно, по литературным свидетельствам, истинный энтузиазм-отклик на понятие кантовского категорического императива, притом отклик «самый логичный, самый внушительный», был характерен как раз для передовых правоведов конца XVIII — начала XIX в.¹

И такой примечательный штрих, еще в одном пункте перекидывающий мостик от кантовских правовых воззрений к современности. Если судить не по декларациям, а по сути и духу научных воззрений, развитие идей, очень близких к кантовским, получило в исследованиях русских правоведов либерального направления — Б. Чичерина, П. Новгородцева, Б. Кистяковского, И. Покровского, С. Гессена, а также в разработках И.А. Ильина — русского философа, который — как и Кант — показал тонкое и современное понимание, пожалуй, даже *ощущение* правовых категорий. И не потому ли это случилось, что именно России в ее невообразимых зигзагах и поворотах социального развития все же было уготовано в дооктябрьское время (и быть может, уготовано ныне) встать на последовательно правовой путь общественного прогресса?

Подходы. Ключевое звено. Новые рубежи правопонимания, прозорливо увиденные Кантом, таковы по своей сути, что они предполагают необходимость дальнейшего интенсивного развития юридической науки. И, по всей видимости, также и в иных — в сопоставлении с тем, что было отмечено, — направлениях.

Возникает вопрос: нет ли при определении стартовых позиций такого требуемого временем и научной логикой развития научных подходов, которые придали им действительно интенсивный и целеустремленный характер?

Думается — да, есть.

Первое из подобных подходов — это *возвышение теории*. По причинам (очень разным), о которых ранее упоминалось, в последнее время еще в большей мере, чем ранее, обнаруживаются прагматическая направленность юридических знаний, их все большая включенность в общий стиль и «оборот» рыночного потребительского общества. Отсюда же — известное пренебрежение в науке и в общественном мнени-

¹ Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. С. 79.

нии к общетеоретической правовой проблематике, оценка ее как не очень-то нужного обществу и людям увлечения кабинетных ученых, оторванных от живой «юридической практики».

Между тем иного пути, кроме решительного развития высокой теории, для решения фундаментальных проблем, определенных для юридических знаний требованиями современной эпохи, просто нет. И кто знает, быть может, именно идеям Канта и соотносению их с острой проблематикой нашего времени уготовано и ныне стать той побудительной основой к научному энтузиазму и воодушевлению правоведов, как это в свое время произошло на основе кантовских идей о категорическом императиве. Создается впечатление, что ныне, кажется, возникают на этот счет также и необходимые потребности. А.Л. Доброхотов замечает, что на Западе теоретическое обоснование права вновь стало актуальной проблемой по причине, как утверждает автор, «кризиса перепроизводства», который, по его словам, «привел к размыванию понятия права», что «побудило ученых заново перечитать правовые разработки немецкого классического идеализма, в которых теперь видны не только программы будущего, как оно виделось классикам, но и прообразы драматических заблуждений XX в.»¹.

В этой связи еще одна сторона в научных подходах. Это – настрой на *опережающее развитие* юридических знаний. С тем, чтобы, не ограничиваясь обобщениями существующего правового материала на догматическом его уровне и вытекающими из таких обобщений рекомендациями (конечно же, в высшей степени нужными, крайне необходимыми), все же «вырваться» научной мыслью вперед, прежде всего – в понимании ценности и предназначении права, его миссии в судьбе общества, человека.

И наконец – наиболее сложное и трудное дело, относящееся к самой правовой теории, – это *философское осмысление ценности правоведения – догмы права, ее философское возвышение*.

Такой подход к теоретической правовой проблематике, призванный преодолеть многовековой разрыв между исконными юридическими знаниями и философией права, уже намечен в науке. Он прослеживается в характере, в самом методе, направленности и содержании философских разработок Канта по вопросам права. Он характерен для русской правовой мысли начала XX в. Извест-

¹ Доброхотов А.Л. Рецензия на сочинения И.Г. Фихте // Вопросы философии. 1997. № 3. С. 154.

ные шаги в рассматриваемом направлении (с позитивными научными результатами) сделаны в отечественной юридической науке даже в условиях советского времени.

Именно здесь, думается, и кроется *ключевое звено* развития правовой науки — и в современных условиях и на перспективу.

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, 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 и, как оказывается, реальным бытием разума, — выводит при основательных философских подходах к нему на обобщения высокого уровня, в конечном счете — на понимание смысла и назначения права в жизни людей, постижение его сути как самого святого из того, что есть у Бога на земле.

ПРАВО НА ПОРОГЕ НОВОГО ТЫСЯЧЕЛЕТИЯ

Некоторые тенденции мирового правового развития –
надежда и драма современной эпохи

2000

Переливающиеся многоцветием под лучами солнца и трепещущие от дуновения ветра живые организмы права цивилизованных народов составляют вместе единое целое...

Э. Рабель

ПРОЛОГ

СНАЧАЛА вопросы, задаваемые автором и самому себе, и читателю, взявшему в руки эту книгу.

Неужели, спрашивается, значительные факты в Истории каким-то непостижимым образом связаны с крупными, пороговыми датами летосчисления? Или просто-напросто подобные даты — такие как нынешняя, время вступления человечества в третье тысячелетие христианской эры — самóй своей значительностью побуждают нас к тому, чтобы мы повнимательней отнеслись к происходящим событиям, попытались постигнуть их смысл, быть может, заложенные в них знаки глубинных процессов, перспективы развития? Или — вдруг по этой же самой причине увидели, казалось бы, в ординарных событиях то крупное, основательное, что в другое время осталось бы, по-видимому, незамеченным?

Но как бы то ни было, для автора этих строк ясно — именно сейчас, на рубеже третьего тысячелетия, само течение жизни напрямую подвело нас к событиям, которые по своей сути требуют от нас более внимательного отношения к праву и, не исключено, основательного пересмотра представлений о нем. Требуют того, чтобы мы, преодолевая известные предубеждения, идеологические штампы и догмы, попытались увидеть в этом институте, таком уже привычном, обыденном, новые, еще неведомые нам, его грани — весьма, судя по всему, существенные для судьбы человеческого общества.

Так что, думается, вовсе не случайно два события — по сути дела одновременно, в самый канун XXI в., в 1999—2000 гг., — произошли в Европе. События, казалось бы, такие разные, на первый взгляд никак не связанные друг с другом.

Одно — сложное юридическое дело, рассмотренное высшей судебной инстанцией Великобритании, — дело Пиночета.

Другое — жестокая военная акция, предпринятая военным союзом стран Северной Америки, Западной и Центральной Европы — НАТО против Югославии в ответ на несговорчивость руководства этой страны в деле решения этнического конфликта и на его действия, названные «этническими чистками». А затем — в чем-то близкая по некоторым чертам (хотя во многом особая) военная акция вооруженных сил России в Чечне.

В действительности же все эти события — свидетельства одного из самых крупных сдвигов в истории человечества и в то же время — его тяжелой драмы и, как ни странно, надежды, затрагивающие центральное звено в настоящем и будущем людей — *право*, его состояние, тенденции развития и судьбу на пороге нового тысячелетия.

Теперь — несколько слов об упомянутых выше событиях. И еще об одной реалии современной жизни, впрочем, уже не столь драматического порядка.

ДЕЛО Пиночета — дело о задержании бывшего чилийского диктатора и о возможности его выдачи Испании для привлечения к ответственности за пытки и иные преступления против человечности во время диктатуры — натолкнулось на ряд сложных проблем. Пиночет во время задержания в Великобритании уже не был главой государства, но как пожизненный сенатор все же сохранил известный официальный статус, который по существующим обыкновениям мог на известных основаниях интерпретироваться как экстерриториальность, неприкосновенность.

Каковы же могли быть основания для задержания и последующей выдачи Пиночета Испании с целью привлечения бывшего чилийского диктатора к суду за гибель испанских граждан во время военного переворота и диктатуры? Вспыхнули страсти, жесткое столкновение мнений. Вплоть до бурных, стенка на стенку, противостоящих демонстраций у здания суда, куда поступило дело Пиночета. Одна — аппелирующих к незыблемости чилийского суверенитета, полагающих, что если Пиночет и подлежит ныне юридической ответственности, то только у себя, в Чили, на основании суверенной национальной юридической системы. Другая — последовательных борцов за права человека, исходящих из того, что ответственность за нарушения основных прав человека, преступления против человечности не имеет границ — ни государственно-территориальных, ни временных.

И хотя высшая судебная инстанция Великобритании, Палата лордов, после двукратного рассмотрения дела в ноябре—декабре 1998 г. и в 1999 г. (а затем и иные юрисдикционные инстанции) решили — Пиночет не обладает экстерриториальностью, его задержание и перспектива выдачи Испании правомерны, трудные вопросы остаются. В особенности, если исходить из сложившихся представлений о государственном суверенитете, исключительном праве государства на юрисдикцию в отношении своих граждан.

Такого рода трудные вопросы остаются (и не только на уровне теории) даже после того, как в начале 2000 г. в соответствии с медицинским заключением по сугубо гуманитарным соображениям Пиночета после 16-месячного задержания на английской земле по решению компетентных инстанций Великобритании было разрешено вернуться на родину, в Чили. То есть произошло то, что (несмотря на протесты правозащитных организаций и ряда стран — Испании, Франции, Бельгии и др.) по существу прекратило дело о выдаче Испании бывшего чилийского диктатора.

И вместе с тем, даже без подробного разбора возникшей в данном случае сложной юридической ситуации, каждый, думается, может ощутить — перед нами все же происходит нечто крупное, быть может — переломное, в мире юридических процессов и канонов.

СТОЛЬ ЖЕ сложные правовые вопросы возникают в связи с происшедшими в это же самое время событиями в самом центре Европы, в Югославии, когда в ответ на этнический конфликт в югославской провинции Косово весной 1999 г. военно-политический союз НАТО (включая США и Канаду), не обращаясь к существующим в действующем международном праве процедурам по применению силы для решения конфликтов, начал систематические бомбардировки ракетами и военной авиацией Югославии, ее столицы — Белграда, других городов и населенных пунктов, югославских военных и стратегических гражданских объектов. С тем, — и это получило поддержку большинства населения западных стран, — чтобы «заставить» Милошевича (президента Югославии) вывести регулярные войска из Косова, прекратить «этнические чистки», согласиться на урегулирование конфликта с участием международных сил.

Вновь перед нами — трудные вопросы. Пожалуй, еще более сложные, чем те, которые возникли в связи с делом Пиночета. Хотя в чем-то и однотипные с последним. Ибо и здесь возникла ситуация, когда речь идет о суверенитете и известные насильственные действия совершаются в связи с допущенными на территории суверенного государства массовыми нарушениями основных прав человека, геноцидом, преступлениями против человечности. Значит и здесь в каком-то отношении, можно предположить, происходит нечто значительное, крупное (и одновременно, в действительности, по результатам — явно трагическое) в жизни людей, связанное с правом, его пониманием, его судьбой.

Как разобраться со всем этим? Со всем невероятным переплетением обстоятельств, фактов, оценок.

Казалось бы, ответ на поставленные вопросы ясен, напрашивается сам собой — должно *торжествовать праву*. Но если это верно, то тут же другой вопрос — *какое право*? И что тут происходит — действительно ли нечто крупное, переломное, в мире юридических процессов и канонов? Или же, напротив, перед нами — перспектива утраты юридических ценностей, некая легализация произвола, насилия? Или, быть может, то и другое одновременно, требующее, чтобы мы все наконец-то в полной мере определились с правовыми вопросами в нашем мире?

Как ни странно, перспектива ответа на подобные вопросы в чем-то обнажилась в связи, казалось бы, с аналогичными военными акциями российской государственной власти в Чечне. Ведь в последнем случае речь уже не идет о проблемах, связанных с суверенитетом (напротив, имеются конституционные основания для применения государственных мер с целью обеспечения территориальной целостности страны), и вдобавок принимаемые меры обосновываются необходимостью защиты от международного терроризма и потому пользуются поддержкой большинства российского населения. Вместе с тем в полученных во многих странах и частично в России оценках чеченских событий 1999—2000 гг. наряду с такими, как «чрезмерность» и «неадекватность» силовых мер, напрямую высказываются и те, что относятся к нарушению прав человека, геноциду, преступлениям против человечности. И не тут ли, в последних из указанных оценок, сама суть проблем, имеющих принципиальное отношение к состоянию и развитию права на рубеже третьего тысячелетия?

И ЕЩЕ явления фактического порядка — не столь драматического свойства, как только что названные, но все же такие, о которых нельзя хотя бы не упомянуть, характеризую состояние и некоторые тенденции развития права человечества, вступающего в третье тысячелетие христианской эры. Это — потрясающие успехи в модернизации ряда стран Европы, Америки, Азии во второй половине XX в., которые вывели эти страны на высокий уровень благосостояния, устойчивого экономического и социального развития, общего благоденствия. Понятно, что решающую роль в такого рода процессах, весьма обнадеживающих для состояния и перспектив развития всей человеческой цивилизации на рубеже тысячелетий, сыграли потрясающий научно-технический прогресс, невиданный взлет ума и технических свершений, а также процессы стабилизации политической жизни, утверждение ценностей и идеалов демократии.

Но возникает вопрос, нет ли тут также и таких процессов, которые связаны с правом, с его состоянием и тенденциями развития в современную эпоху? Во всяком случае, даже без подробного рассмотрения поставленного вопроса, представляется если не очевидным, то весьма вероятным, что действие стран НАТО, оценки событий в Чечне каким-то образом сопряжены с состоянием правовых систем указанных стран, с утвердившимися в этих странах правовыми ценностями и характером самого правопонимания. Но если это верно, то сыграло ли в данном случае и само право существенную роль в отмеченных успехах экономического и социального развития?

И ВОТ ИМЕННО факты современной эпохи (упомянутые события — дело Пиночета, события в Югославии, в Чечне, а также процветание ряда стран, успехи в их модернизации) настоятельно требуют того, чтобы наша наука предприняла настойчивые усилия с целью проникнуть в глубины этого сложнейшего мирозданческого феномена — права. Именно *в глубины*, не ограничиваясь, казалось бы, «научными», а на деле во многом тривиальными, упрощенными и политизированными суждениями и сентенциями. Думается, для этого в нынешнее время имеются не только требования самой жизни (такие, как только что кратко описанные события, факты), но и уже в чем-то отвечающие этим требованиям основательные научные разработки. В том числе такие, которые опираются на богатство мировой юридической культуры, достижения различных правовых систем, существовавших и ныне существующих на нашей планете, на данные, получившие освещение в литературе, прежде всего в книге о принципиальных положениях сравнительного правоведения в сфере частного права¹.

В НАСТОЯЩЕЙ работе предпринята попытка сделать известный шаг в углублении общих представлений о праве, а в итоге, на основании предложенных автором разработок, обрисовать в основных чертах состояние права в современном мире — попытаться ответить на вопрос: что же это такое — право на пороге нового тысячелетия (первая

¹ Речь идет о прекрасном издании, обобщающем основные данные по сравнительному правоведению последнего времени и по его теории, и в особенности по проблемам частного права (эти данные во многом уникальны, получены в результате углубленного юридического анализа и потому с учетом проблематики настоящей книги будут по ряду вопросов подробно в ней использованы). См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 1998.

и вторая части книги), — и затем высказать в заключительной части некоторые соображения о перспективах развития права, о его судьбе.

В прологе этой книги уже сказано о некоторых драматических событиях, происшедших в преддверии нового тысячелетия (они продолжают оставаться в поле зрения автора и, надо надеяться, читателя; мы к ним вернемся в третьей части). Существо этих событий, — а не менее — факты истории, общее состояние жизни современной эпохи, тенденций и возможных перспектив ее развития побуждают к углубленному разбору правовых явлений и процессов, привлечению новых материалов, в основном из области истории и сравнительного правоведения, выдвижению на обсуждение некоторых дискуссионных положений.

В концептуально-теоретическом отношении эта работа развивает идеи, изложенные автором в недавно изданной монографии «Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования» (М.: Статут, 1999). Некоторые из этих идей придется отчасти воспроизвести, а нередко — рассмотреть под несколько иным углом зрения, с привлечением дополнительных материалов, обобщений, гипотез. По ряду вопросов содержание книги представляет собой своего рода «теоретическую состыковку» ранее разработанных идей и данных современного сравнительного правоведения, содержащихся главным образом в исследованиях сравнительно-правового профиля по частному праву. Связанные с этим коррективы и дополнения, касающиеся положений упомянутой выше монографии автора, будут в дальнейшем особо оговорены¹.

¹ Ссылки на указанную монографию в дальнейшем будут даны в сокращенном виде: Право. 1999.

Часть первая. Право — единое и разное

ГЛАВА ПЕРВАЯ

ПРОСТЫЕ, ЭЛЕМЕНТАРНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ПРАВЕ

1

НАЧНЕМ, как говорится, по порядку. С самого простого, элементарного. Есть в юриспруденции, как и во всякой науке, простые, элементарные представления, понятия. Подчас — широко известные, даже тривиальные. И о некоторых из них в книге, посвященной сложным проблемам права, нужно с самого начала сказать. Хотя бы как о начальном пункте, о точке отсчета, с которых пойдет последующий рассказ. Тем более что в отношении некоторых элементарных понятий, представлений будут сделаны акценты или оттенены моменты, имеющие существенное значение при рассмотрении более сложных юридических проблем.

Вот несколько таких понятий, представлений, излагаемых в самом сжатом, тезисном виде. Это: 1) право — регулятор; 2) естественное и позитивное право; 3) публичное и частное право.

2

ПРАВО — РЕГУЛЯТОР. Право в самом широком значении этого понятия представляет собой регулятор, стабилизатор в обществе — *определитель* того, «кто» и «что» *вправе* или *не вправе* делать, поступать (стоит только прислушаться к самому слову «право», как именно такое его понимание зазвучит из его буквального смысла). Право в таком широком значении дает основание для того, чтобы то или иное поведение людей признавалось оправданным, обоснованным. Оно, право, в указанном значении призвано обеспечить нормальную, упорядоченную жизнь людей, всего человеческого сообщества. И следовательно, обеспечить признание того или иного положения лица, поступков, актов поведения людей в качестве *правомерных* или *неправомерных*.

Даже без каких-либо особых научных данных и выкладок для каждого здравомыслящего человека, надо полагать, очевидно, что челове-

чество с момента своего «появления на свет» и до наших дней не может жить и нормально функционировать, если в обществе нет действенного регулятора и стабилизатора в окружающей людей сложной, нередко остроконфликтной среде. Нет, продолжая мысль, прежде всего того, чтобы у человека наличествовало определенное положение в общественном организме, а его действие, поступки имели бы общепризнанное основание, когда человек и данное сообщество людей могут действовать «по праву». То есть в обстановке, скажу еще раз, когда определяется для всех и каждого — «кто» и «что» вправе или, напротив, не вправе делать, как он вправе или не вправе поступать.

Итак, сообщество людей как существ разумных может существовать и функционировать лишь при том совершенно обязательном условии, что *важнейшим*, а в чем-то и *центральным звеном их бытия, их жизни будет право*.

3

ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО И ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО. Право как регулятор и, следовательно, как условие нормальной, упорядоченной жизни людей — это в принципе и изначально по своей основе *естественное право*. То есть обоснование положения и поведения людей «по природе», по естественному порядку вещей (право старшинства, право первенства, очередности, право человека или целого сообщества самим определять свою судьбу и т.д.).

Здесь, в естественном праве, можно различить даже известные истинно природные, социально-биологические предпосылки, например, в праве старшинства. При этом в человеческом сообществе, даже на самых ранних, первобытных стадиях его долгого становления и развития, такого рода предпосылки вылились в *осознаваемые правила поведения*, оказались связанными с духовными началами жизни человека (религией, мифами, нравами рода и племени, первобытными представлениями о добре, зле, ритуалами) и потому приобрели характер требований первобытной *морали* и одновременно — твердых и жестких первобытных *обычаев*. По взглядам ряда ученых — единых «мононорм», выражающих требования природной необходимости, суровые условия жизнедеятельности, сложившиеся нравы сообщества, заповеди предков, предначертания духов и богов.

Существенно то, что первобытные требования морали и обычаи во многом, как свидетельствуют этнографические данные, вобрали в себя силу жесткой природной необходимости, неотвратимости, что и пред-

определило их действие в качестве непререкаемых, жесточайших императивов, прежде всего запретов — табу (и отсюда — обязательность для каждого, безусловная недопустимость отступления от «обычаев предков», «требований духов и богов»). И вот на ранних, первобытных стадиях становления человеческого рода именно первобытные обычаи (мононормы), обусловленные главным образом природной необходимостью, и были призваны вносить строгую определенность и постоянство в жизнь людей, предельную сплоченность рода, племени и позволяли видеть и знать, «какое право по природе» каждому («кто» и на «что» имеет право из числа членов рода или племени).

Вместе с тем, как только человеческий род стал развиваться на своей собственной основе — собственности, публичной власти, духовных ценностях (и это стало началом той, продолжающейся и поныне эпохи, которая получила название «цивилизация» в исторически широком значении этого понятия), так в то же время, наряду с естественным правом, выраженном в морали и в обычаях, потребовалось регулирование и в виде *права как «установлений самих людей»*, именуемого *позитивным правом*.

«Позитивным» — значит такой системы регуляции, которая создается самими людьми, носит в этом отношении искусственный характер и призвана дать обоснованность (оправданность) статусу людей, их поступкам, их поведению по принципу «кто» и на «что» имеет право, теперь уже сообразно существующим в данном обществе новым условиям жизнедеятельности. То есть условиям, связанным с существованием и деятельностью политической власти, наличием индивидуализированной (частной) собственности, господством определенных духовных принципов и идеалов. Причем так, что права и обязанности людей, их объединений, социальных образований поддерживаются не только и не столько общественным мнением, не только и не столько привычкой и возможностью признания «греха», «недостойного поведения» и т.д., но прежде всего общественным (публичным) авторитетом государственной власти, мерами юридической ответственности, силой государственного принуждения.

Причем в рамках позитивного права слова «правовой» и «юридический» в принципе совпадают: оба выражают то обстоятельство, что за «спиной» регулирования поведения людей здесь стоит самая мощная сила в обществе — государственная власть. И что само это регулирование (юридическое регулирование) является в принципе государственно-принудительным. Вместе с тем важно взять на заметку и то обстоятельство, что некоторые разновидности позитивного права (на-

пример, исламское право, традиционное китайское право), хотя так же, как и везде, имеют в принципе государственно-принудительный характер, охватывают, наряду с сугубо юридическими элементами, религиозные, иные идеологические критерии поведения.

И еще один момент. Кроме понятия права (в смысле позитивного права), есть еще понятие *юридической (правовой) системы*. Это — позитивное право, взятое в единстве с другими институтами, обеспечивающими его существование и действие. В том числе — в единстве с судом, правоохранительными органами, с законодательными учреждениями и т.д. Понятие «юридическая система» позволяет осветить юридические вопросы более широко, и вместе с тем более конкретно — указать на особенности и дать оценку позитивного права данной страны в целом. Отсюда, т.е. в связи с существованием и функционированием юридической системы той или иной страны, и возникает вся гамма многообразных юридических вопросов, включая вопросы правосудия, деятельности юристов, правовой науки и т.д.

4

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО И ЧАСТНОЕ ПРАВО. В позитивном праве на самых ранних ступенях его развития обнаружили две наиболее широкие сферы — публичное право и частное право. При этом слова «публичное» и «частное» имеют в данном случае специальное юридическое значение (ибо все позитивное право, как уже отмечалось, так или иначе связано с государственной властью, и в этом отношении все оно имеет публичный характер).

Публичное право — это область позитивного права, основанная на началах централизации, когда права и обязанности строятся на принципах власти и подчинения. Таковы, в частности, отношения в области государственного и административного управления, воинской службы, взимания налогов, уголовного преследования виновных лиц, пограничного, таможенного, санитарного контроля и т.д.

Частное право — это область позитивного права, основанная на началах децентрализации, где все субъекты складывающихся отношений юридически равны и все они могут своей волей и в своем интересе участвовать в установлении и в реализации своих прав и обязанностей. Сюда относятся разнообразные договорные отношения, отношения по наследованию имущества, другие отношения, регулируемые гражданским, семейным, трудовым законодательством. Своего рода визитной карточкой частного права являются так называемые диспозитивные

нормы — положения законов, которые действуют по данному вопросу (например, по вопросу о моменте возникновения права собственности у приобретателя по договору) только в том случае, когда стороны в договоре не установили иной, «свой» порядок. Так, в ст. 223 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) говорится: «Право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено... договором». Значит, здесь участниками отношений может быть «предусмотрено иное» и по рассматриваемому вопросу договоренность сторон может иметь приоритет даже перед законом.

Грани между публичным и частным правом не всегда являются четкими, существуют смешанные отношения (такие как публичные договоры в гражданском праве), удельный вес публичного и частного права в различных обществах неодинаков. Но это не препятствует тому, что указанные две сферы вырисовываются в любой системе позитивного права с достаточной определенностью и — что особо существенно — они играют различную роль в жизни общества, во многом имеют свою особую судьбу.

ГЛАВА ВТОРАЯ ИМПЕРАТИВЫ ЦИВИЛИЗАЦИИ И ПРАВО

1

ОБРАТИМСЯ к более сложным проблемам права.

Важнейшая из них — это вопрос о тех требованиях (императивах), которые вызвали к жизни позитивное право — особый вид социальной регуляции, получивший доминирующее значение в жизни людей.

Что это за «императивы»? То есть, каковы объективные требования человеческого общества, вступившего в условия цивилизации, которые призваны в отношении позитивного права ответить на вопросы — откуда, зачем, для чего.

Ведь сложившиеся еще на заре существования человеческого рода виды регуляции (мононормы, их обособляющиеся компоненты — первобытная мораль, религиозные нормы, вся 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 тех порожденных новыми условиями жизни и во многом созданных самими людьми социальных феноменах, как частная собственность, рыночная экономика, научно-техническое развитие, политическая власть, институты духовной 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 менее устойчивого) порядка, чем первобытное общество.

Именно потребности закрепить, сделать незыблемыми отношения, складывающиеся в условиях цивилизации, прежде всего — закрепить, сделать незыблемой собственностью, а владение и распоряжение ею беспрепятственными, 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 — именно эти потребности во многом предопределили формирование как системы стабильных властных отношений (государства), так и качественного нового нормативного регулятора — позитивного права.

Выполнить такого рода задачи было не под силу ранее существовавшим регуляторам. Потому-то здесь и потребовался принципиально новый, несравненно более мощный и стабильный регулятор, который включал бы сложный комплекс юридических средств и 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, надлежащие условия для его существования, функционирования, развития?*

Нередко при ответе на эти и им подобные вопросы внимание сразу же обращается на необходимость *высокой и строгой нормативности в системе социальной регуляции, характерной для позитивного права*, т.е. регуляции при помощи общих правил — норм.

Да, это требование (императив) жизни людей в условиях цивилизации, обуславливающее необходимость нормативности, 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, империй. И когда — что еще более существенно — в связи с развитием цивилизации стало все более раскрываться значение «нормативного» как средства преодоления беды и проклятия общества, антипода права в высоком гуманитарном значении последнего — произвола, насилия.

Но необходимость высокой и строгой нормативности *не является* все же в отношении системы социального регулирования в условиях цивилизации *исходным, первичным*. Ведь и обычаи, и традиции (вся система мононорм, в особенности система табу) уже имели нормативный характер.

В условиях же цивилизации для сообщества существ, наделенных разумом (со всеми его великими плюсами и, увы, страшными минусами, когда сила разума ставится на службу зоологическому эгоизму, страстям, самой по себе власти и т.д.) *прежде всего* требуется другое. Это — не только обеспечение самого существования новых, в какой-то мере искусственных феноменов, образований, институтов (политической власти, частной собственности и др.), но в первую очередь *сама возможность преодоления в новых условиях раздора, обострившихся страстей, сложных ситуаций, столкновений интересов, конфликтов*. Причем так, чтобы в обстановке жестких столкновений интересов, страстей, противоборств решение конфликтных ситуаций было твердым, определенным по содержанию, гарантированным, единственным и окончательным.

Именно это — необходимость решения столь острых социальных задач, возникших в условиях цивилизации, а не сама по себе потребность «нормативности» при всей ее важности (в том числе и для решения только что указанных задач) — потребовало, чтобы на свет появился «юридический регулятор», способный такого рода задачи разрешить.

ТАК ЧТО САМОЕ ГЛАВНОЕ, что прежде всего, притом жестко, императивно, потребовала сама жизнь в условиях цивилизации, заключается в необходимости появления на свет, формирования (институализации) 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, 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 всегда обязательно) при помощи государственной власти, ее принудительных механизмов.

В ходе социального развития средства регуляции, обладающие указанными чертами, в силу тех же, указанных ранее социальных потребностей обрели *нормативный характер* и вместе с тем — *государственную суверенность*. Это значит, что решения государственной власти, содержащие юридические средства регуляции, — решения не только *общеобязательные*, 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 первичным и главным, 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, как вправе или не вправе поступать.

И хотя повсеместно такое позитивное право первоначально неизменно в *единичных, индивидуальных актах* опиралось на явления естественного порядка — обычаи (и потому выступало в качестве *обычного права*), оно все же — поскольку речь идет именно о позитивном праве — так или иначе реализовывалось в *решениях публичной власти*, сначала самих правителей, затем особого института — суда, других учреждений юстиции, обладающих силой императивно-властных прерогатив. И уже это означало, что в действие при разрешении жизненных ситуаций 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 — судебных и правотворческих (законодательных).

3

С МОМЕНТА своего появления на свет позитивное право благодаря отмеченным выше чертам (твердости, определенности по содержанию, гарантированности) и в не меньшей мере — благодаря высокой нормативности, государственной суверенности приобрело значение неотъемлемого и важного элемента структуры любого общества в условиях цивилизации, необходимого фактора его существования и развития, его судьбы. Иными словами, приобрело значение *неизменной основы нормального, упорядоченного существования человеческого рода*. И в целом, и в отношении отдельных его ареалов, тех или иных исторически определенных цивилизаций (коль скоро употреблять этот термин — «цивилизация» — не только в общем, широком значении, но и в отношении отдельных систем социальных отношений и культур — таких как цивилизация Древнего Египта, античная цивилизация, цивилизации ацтеков, современная западная цивилизация и т.д.).

И вот в условиях цивилизации позитивное право (в виде законов, судебной деятельности и т.д.) становится по самой своей сути *незаменимым*.

Дело не только в том, что печальной альтернативой хлопотной, рутинной, нередко раздражающей юридической материи является хаос, произвол, самоуничтожение людей. Суть дела еще и в том, что это вся

юридическая материя обладает рядом существенных достоинств. Порой уникальных, свидетельствующих о некоторых, зачастую утверждающихся исподволь тенденциях в правовом развитии и отсюда о какой-то значительной, не во всем еще разгаданной наукой роли и предназначения права в жизни человека и всего общества.

Уже на самых ранних стадиях развития цивилизации стало все более обнаруживаться, что позитивное право не только мощный социальный регулятор, но и явление культуры — объективированного выражения и аккумулятора творчества человечества, его материального и духовного богатства, накапливаемых обществом социальных ценностей. А затем, уже в наше время стало очевидным и то, что в непрерывной череде исторически сменяющихся одна другую на протяжении тысячелетий общественных и государственных образований, «строев», культур, целых эпох именно *преемственность права* являлась показателем и выражением (а пожалуй, еще и «институтом обеспечения», «охранителем») *непрерывности* человеческой цивилизации, причем по основополагающим институтам человеческой культуры, т.е. во всем том, что выражает ценность права как механизма непрерывного воспроизводства социальной системы. И что, например, юриспруденция, охватывающая частное право, 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 — достижения римского частного права.

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

Факты свидетельствуют, что «правовые узы», базирующиеся на правовых началах, 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 самодетельности и активности, упорядочения и согласования интересов самих участников общественных отношений. То есть правовые формы, действующие изнутри, через разум и свободу самих субъектов.

ВЕСЬМА ПРИМЕЧАТЕЛЬНО, что позитивное право благодаря своим достоинствам и роли в жизни общества издавна и до нынешнего времени почитается людьми как явление *святое*.

Не хотелось бы, чтобы это положение понималось упрощенно и в чем-то даже по существующим словесным стереотипам буквально, однако именно так — как явление святое (сакральное) — юридические установления *изначально* вошли в жизнь человеческого общества. И в чем-то именно так воспринимаются поныне.

Повсеместно, на всех континентах, во всех уголках нашей планеты, где постепенно развивалась жизнь разумных существ — людей, их сообществ, юридические нормы были не только неотделимы от всей системы социально-духовной регуляции (мононорм), но прежде всего и дольше всего, вплоть до нынешнего времени, оказались в каком-то плотном единении с религиозными постулатами, положениями и даже ритуалами.

Вот и на ранних стадиях древнеримского права, которое впоследствии стало образцом «чисто» юридического феномена, существовало, по свидетельству И.А. Покровского, глубокое переплетение непосредственно юридических и сакральных (религиозных) вопросов и отношений. И в этой связи знаменательно то обстоятельство, что для решения этих вопросов и отношений центральное значение, как и в других ареалах зарождающейся человеческой цивилизации, имели служители культов, жрецы; в Риме — особое подразделение жрецов — *коллегия понтификов* (*pontifices*)¹.

Аналогичные явления характерны для всех цивилизаций древнего мира, а также и для Средневековья. И это изначально придавало нормам и положениям юридического характера (в силу их общего с сугубо религиозными положениями статуса) значение святынь — столь же непреложных, непререкаемых, как и религиозные постулаты и ритуалы.

Такая высокая социальная и духовная значимость норм позитивного права (святыня!) сохранялась в большинстве юридических систем мира до новейшей истории. В особенности в тех из них, в кото-

¹ Причем именно «в этой коллегии сосредоточивалось знание и хранение сакрального права (*ius pontificium*). В этой коллегии вырабатываются правила и приемы толкования, ведутся даже записи юридических прецедентов, записи, носящие название *commentarii pontificum*; только у понтификов можно получить и надлежащий юридический совет. Таким образом, по всей справедливости понтифики считаются первыми римскими юристами, положившими начало развитию римского *гражданского права*» (Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 43–44).

рых юридические нормы непосредственно *выводятся* из религиозных положений, постулатов.

В современную эпоху, пожалуй, лишь исламское право, частично — индуистское право (да обычное право африканских стран) сохранило по своей исходной и концептуальной основе прямую и зримую связь с религией. До настоящего времени — пусть и в иных значениях и оценках, нежели в прошлом — исламское право (шариат) понимается в качестве совокупности богоданных правил, открытых в определенный момент истории Аллахом через пророка Мухаммеда и получивших выражение в Коране. И хотя в толковании и в практическом применении этих правил — благодаря, главным образом, таланту и искусству правоведов, знатоков шариата — исламское право оказалось способным в целом отвечать меняющимся потребностям быстро текущей жизни, оно все же в догматическом плане до сих пор понимается в качестве божественного откровения, дарованного Аллахом «раз и навсегда».

Близость религиозных и юридических норм (жестко и без исключений — в прошлом, по ряду пунктов — в современной действительности) имеет свои основания — и с духовной, и с регулятивной сторон. Отчасти поэтому у людей даже в отношении устаревших, не оправдавшихся, ошибочных, чуждых юридических норм существует общее благорасположение, что является стойким стержнем законности в любой ее разновидности и в каждом обществе.

Вместе с тем, думается, не только это при характеристике *свято-сти* права должно привлечь наше повышенное внимание (хотя единство права и религии и в настоящее время, и в исторической перспективе во многом определяет духовную жизнь человечества¹). Категория «свято-сти», на мой взгляд, призвана, наряду с глубокой свято-стью права в его гуманистическом значении, выразить также *высокое, в принципе — предельно высокое место, которое отведено цивилизацией позитивному праву в системе социальной регуляции.*

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, оправдывая (пусть и в данном, казалось бы, чуть ли не в техническом ракурсе) отношение к нему людей как к явлению *святому.*

¹ См.: Берман Гарольд Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. Автор убедительно показывает, что мы стоим перед необходимостью рассматривать право и религию «не просто как два связанных между собой общественных института, а как два диалектически взаимозависимых аспекта единого процесса — общественной жизни человека» (Там же. С. 33).

В то же время нельзя упускать из поля зрения «встречную» линию взаимодействия правовых культур Запада и Востока. Хотя бы с точки зрения перспективы. В контексте как раз правовых проблем в современной литературе справедливо замечено, что «и Восток, и Запад претерпели невероятные страдания от... дуализма, от раскола ценностей на вечное и временное, на благодать и закон, дух и материю, страсть и разум, стихийное и плановое, священное и справедливое» и что в позитивные ценности Востока и Запада нужно «заново их объединять»¹. Но такого рода перспектива — предмет рассмотрения завершающей части книги.

5

ЗАВЕРШАЯ РАССМОТРЕНИЕ императивов цивилизации, которые вызвали к жизни позитивное право, и сделав в связи с этим акцент на первичных императивах (требованиях твердости, определенности, государственной публичной гарантированности), необходимо вместе с тем обратить повышенное внимание на то, что в ходе общественного развития все более дают о себе знать «главные императивы», раскрывающие смысл, историческое предназначение права в решении коренных задач человечества — сообщества разумных, свободных людей, само его существование как оптимальной формы свободы человека (ее реального выражения, гарантирования) и как антагониста основного зла и проклятия в жизни людей — произвола, насилия.

Это — историческая предназначенность позитивного права, во-первых, в *действительной реализации свободы человека* и, во-вторых, в *преодолении произвола и насилия*. Шаг за шагом, преодолевая пороги 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 эти свои истинный смысл и историческую предназначенность.

Именно под этим углом зрения следует рассматривать основные ступени гуманитарной истории права, когда оно движется от «права сильного» через «право власти» (и его развитую форму — «право государства»), достигает ступени гуманистического права — той ступени, на которой позитивное право уже напрямую, во всех своих основных характеристиках реализует свою суть как *право человека* и одновременно противостоит своему исконному, извечному врагу-антагонисту — *произволу* и его наиболее

¹ Берман Гарольд Дж. Вера и закон: примирение права и религии. С. 403.

«бесовскому проявлению», непосредственно обращенному против человека, *насилию*. Как бы ни оценивать с позиций современных гуманистических и нравственных представлений предшествующие стадии правового развития (даже такие, как, скажем, «кулачное право», да и вообще феномен права сильного, право власти и т.д.), на каждой из них, нередко в оптимальных для своего времени формах, создавались известные предпосылки для реализации гуманитарных ценностей и — что наиболее существенно — известным образом ограничивался произвол, взамен прямого насилия вводились — пусть еще и несовершенные — институты правового принуждения, материальные и процессуальные.

Как раз с указанным историческим предназначением права, наряду с его свойствами, обеспечивающими твердость, определенность и гарантированность социального регулирования, на первый план выступают и иные, более социально и юридически значимые свойства. Это — качество нормативности, приобретающее в позитивном праве значение всеобщности, свойство «равновесности», а также особенность права как явления гуманистического порядка — права человека, прежде всего его преимущественно дозволительный характер.

И еще один момент из рассматриваемой 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 его своеобразие по содержанию. В том числе и те черты права, которые связаны с его глубинной социальной предосновой, его исконной исторической предопределенностью служить свободе человека, противостоять произволу, насилию.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ ПРАВОВЫЕ СИТУАЦИИ

1

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, что сложились и приобрели существенное значение в условиях цивилизации. Такие, уже отмеченные ранее, как частная собственность, рыночная экономика, научно-техническое развитие, политическая власть, а также под углом некоторых

мировоззренческих доктрин — классы и классовые антагонизмы, социальное регулирование как обобщающая категория. Словом, факторы и категории, относящиеся к фундаментальным устоям существования и 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, на мой взгляд, вычленив и сосредоточить внимание на *исходном и вместе с тем предельно простом пункте*, показывающем, с каких обстоятельств в мире конкретных явлений и процессов юридическое регулирование начинается. Тот пункт, который с высот философских и общенаучных доктрин спускает нас «на землю», на *почву действующего права*, и без учета которого объяснить феномен права со строго научных позиций совершенно невозможно. Это — «*ситуации, требующие для своего решения права*», сокращенно — «*правовые ситуации*».

2

ПРАВОВЫЕ СИТУАЦИИ по своим внешним характеристикам и с точки зрения традиционного понятийного аппарата юриспруденции представляют собой не что иное, как «фактический состав», «состав преступления» («состав правонарушения, деликта»), т.е. определенное соединение юридических фактов.

Вместе с тем здесь есть свой, принципиально важный аспект. 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 *правового решения*, которое (именно как *правовое*) имело бы твердый, строго определенный, надежно гарантированный характер. И, стало быть, по данной проблеме было бы единственным и окончательным в данном сообществе, «ставило бы точку» в вопросе *о правомерном или неправомерном поведении, состоянии, факте*, т.е. о том, «кто» и на «что» *имеет или*

не имеет права, со всеми вытекающими отсюда императивными, государственно-властными, публично-правовыми последствиями.

Вот, скажем, в качестве простейших примеров (если представить обстоятельства из обыденной жизни, в том числе — давней эпохи, в чем-то еще близкой к первобытной) такие: соплеменник не стерпел обиды при оценке его достоинств и убил либо нанес увечье обидчику; быки, принадлежащие семье скотовода, причинили потраву соседу-землевладельцу; выяснилось, что вещь, принадлежащая одному человеку, оказалась в обладании другого сообщинника, и т.д. И такого рода ситуации (как и сложные ситуации нынешнего времени, о которых рассказывалось на первых страницах книги) необходимо *решить*, и решить так, чтобы такого рода решение имело твердый, определенный, гарантированный характер, было единственным и окончательным, да плюс к тому еще обязательно, обладало публичным авторитетом.

Стало быть, «правовая ситуация» — сложное жизненное обстоятельство, особый «поворот» в делах и событиях. Это и события, затрагивающие жизнь общества в целом (такие, как само вхождение данного сообщества в условия цивилизации, переход от одной эпохи к другой). Это и конкретные обстоятельства нашей жизни — 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 по большей части — *спор*, сшибка интересов, страстей, 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*. Выражением, по словам Иммануила Канта, «необщительности», «постоянного антагонизма» и «раздора», которые проявляются 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 прогресса¹.

¹ Вот 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

А так как подобные конфликтные ситуации, даже в самых положительных своих характеристиках, неотделимы от каких-то, реальных или потенциальных, свойств «раздора», «постоянного антагонизма», нет альтернативы тому, чтобы решение таких ситуаций имело твердый, определенный по всем позициям, окончательный, неизменный на «сейчас» и будущее и — что особо существенно — предельно надежный, гарантированный характер. То есть характер — *правовой*, освещенный и поддерживаемый авторитетом и силой самого мощного в обществе института — *авторитетом и силой государственной власти (государства)*.

3

ЗНАЧИТ 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, гибельными последствиями.

И вот под этим углом зрения, думается, есть основания для того, чтобы выделить в ситуации, нуждающейся в правовом решении, ее центральное звено — ее *правовую суть*. Ибо потребность именно правового, юридического решения для данного случая, притом решения определенного характера (запретить, признать право и т.д.), уже как бы «разлито» в данной ситуации и является, можно предположить, первичной ступенью естественного права, напрямую отражающей его, естественного права, глубокие, истинно природные, даже социально-биологические предпосылки и плюс к тому — еще и первичные, спонтанные духовные представления, оценки и императивы о фактах и событиях настоящего времени.

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 бездеятельного довольства и окупился в работу и трудности» (*Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 93*).

Очевидно, например, в упомянутом ранее деле Пиночета, при важности нашего понимания принципов государственного суверенитета, правовая суть ситуации в современных условиях сосредоточивается в гуманитарных началах, правовых требованиях, вытекающих из общезначимых прав человека. Но эти же требования в отношении событий в Югославии 1999 г. должны быть — как это следует из правовой сути данной ситуации — согласованы с требованиями, относящимися к принципам законности.

Надо полагать, что по данному кругу вопросов весьма глубокими, основательными являются суждения О. Шпенглера, считавшего, 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 дальше курсив мой. — С.А.), этого не оговаривая; право обращено к людям, а люди и *помимо статутных внутренних 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...»¹.

4

ИМЕННО ЖИЗНЕННЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, которые могут быть названы «правовыми ситуациями», это и есть исходный пункт права. Именно с них, с этого «начала начал» в мире права *в с е н а - ч и н а е т с я* (как, рискну не без натяжки сказать, с первородной точки мироздания накануне «большого взрыва»); и именно отсюда разворачивается вся сложная, многоуровневая и многослойная цепь правовых средств, механизмов и процедур.

В этой цепи одним из наиболее существенных моментов является ответ на такую альтернативу:

— отыскивается ли и определяется ли в данной жизненной ситуации содержащаяся в ней правовая суть, ее «правовой заряд» непосредственно в самом ходе решения ситуации (рассмотрения и разрешения дела) и сообразно этому устанавливаются необходимые правовые средства, или же

— такого рода «правовой заряд» уже заранее определен и закреплен в действующих юридических нормах (законах), и в практическом отношении задача заключается главным образом в том, чтобы определить,

¹ Шпенглер О. Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. М.: Мысль, 1998. С. 85.

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?

Уже сейчас, даже не затрагивая других вопросов, нетрудно заметить, что именно с 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, реализованного в национальных системах континентальной Европы (романское и германское право, право скандинавской правовой семьи, право России). И другого, нашедшего выражение в национальных правовых системах англо-американской группы (Англии, США, Канады, Австралии и др.).

Помимо иных выводов, уже сейчас нужно сказать 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 признаки и последствия возможных правовых ситуаций загодя определить и зафиксировать также и в отношении их характера и правовой сути. Тайны права и секреты деятельности правоведов во многом сопряжены с этим центральным звеном первичной основы правового регулирования.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ ПЕРВИЧНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ

1

ПЕРЕЙДЕМ к другим сложным (возможно, еще более сложным, чем предшествующие) проблемам права.

Здесь в качестве отправного уместно вот какое замечание. Позитивное право относится к тем — кажется, немногим — явлениям общественной жизни, в которых могут быть найдены *первичные элементы*.

Если исходить из того, что позитивное право в условиях цивилизации «начинается» 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*. *Логики формирования права*, неумолимо действующей во всех регионах и уголках нашей планеты, где утвердился и начал развиваться человеческий род и он стал входить в условия развивающейся цивилизации. И отсюда *логики строения* позитивного права на первичных звеньях его структуры.

Вслед за отправным звеном — правовой ситуацией в этой логической цепи *центральным* звеном позитивного права 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, причинили потраву соседу-землевладельцу и др.), выносятся решения о выплате компенсации за причиненные смерть или увечье, скотовод обязуется возместить ущерб землевладельцу и т.д.

При этом решения ситуаций 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 — твердыми, строго определенными, «окончательными», единственными в данном сообществе, надежно обеспеченными. То есть решениями, которые вносят в жизнь людей новый элемент, со всей определенностью свидетельствующий 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.

Вот, стало быть, перед нами *второй* первичный элемент «правовой материи» — *решение юридического дела*¹, точнее — *акт* решения (в смысле результативного действия правителя, суда, иного компетентного

¹ Представляется важным сразу же обратить внимание на то, что в противовес утвердившимся в науке, именуемой «общая теория права» (в ней «выводятся за скобки» общие для всех сфер юриспруденции элементы), представлениям в данной работе «решение дела» рассматривается в качестве *исходного*, а не завершающего элемента правовой материи, выражающего «применение права». Поскольку речь идет о сложившейся, тем более — развитой юридической системе, в такого рода утвердившейся в науке последовательности правовых явлений, конечно же, также есть логика — *логика действующего права*.

Между тем, как это ни странно прозвучит, *иная логика* характерна для становления, формирования права, когда раскрывается сама «органика» юридической материи. Вот почему в уже упомянутой монографии (Право. 1999), где первоначально в основном излагались общепринятые представления о действующем праве, «решение данной жизненной ситуации» было уже названо «центральным звеном правовой материи» (С. 30), а при характеристике применения права отмечено, что «здесь уже реально присутствует центральное звено юридического регулирования, его кульминация — *решение* дан-

учреждения или лица), разрешающего в соответствии с требованиями права данную жизненную ситуацию.

А вслед за «решением» и в единении с ним может быть определен и следующий, *третий* первичный элемент «правовой материи». Притом — юридический в самом строгом значении. Это содержащееся в решении соответствующее *правовое средство*, отвечающее указанным ранее потребностям (твердости, определенности, надежной государственной гарантированности) и позволяющее в данном случае «поставить точку», раз и навсегда, на властной, государственной основе окончательно и в единственном для данного сообщества варианте разрешить возникший вопрос, проблему и фактически реализовать данное решение.

Правовые средства — это наиболее общая, универсальная правовая категория¹. Из правовых средств (разного содержания, уровня, назначения) и складывается вся правовая материя — «тело» права.

2

ЧТО ПРЕДСТАВЛЯЮТ СОБОЙ по своим общим чертам «правовые средства»?

Изначально во всех ареалах цивилизации, где происходило формирование позитивного права, к числу правовых средств — повсеместно и спонтанно — относились такие сугубо практические меры, освещаемые авторитетом учреждения, принявшего решение, и реализуемые силой государственной власти, как: признать человека владельцем (собственником) имущества, возратить имущество его владельцу, возместить причиненный вред (компенсировать потери), признать за тем или иным лицом право, установить запрет на совершение определенных действий, пресечь нарушение права, лишить лицо какого-то права и т.д.

В современных условиях правовые средства по тем ситуациям, которые были обозначены в прологе, это — *задержание подозреваемого лица*

ной жизненной ситуации, реально утверждающей на властной основе правовые начала, ценности данного общества» (С. 114).

¹ В последнее время категория «правовые средства» привлекла внимание науки. Но «правовые средства» в сопоставлении с традиционно вычленяемыми фрагментами правовой действительности («субъективными правами», «санкциями», «нормами»), казалось бы, могли быть научно истолкованы в качестве особой грани при прагматическом, сугубо прикладном предназначении указанных фрагментов (Право. 1999. С. 275), их функциональных характеристик (Там же. С. 348–351). Между тем, наряду с подобными подходами теперь выясняется, что «правовые средства» прежде всего должны рассматриваться в качестве *первичного звена* правовой материи, с которого реально «пошло» все правовое развитие, *исходной единицы* всей материи права.

(по делу Пиночета), *санкции* (в виде действия вооруженных сил НАТО в отношении Югославии в связи с этническими чистками в Косово).

Правовые средства могут быть классифицированы, представлены в обобщенном, «юридически чистом» виде. Еще древнеримские юристы говорили, что сила закона заключается в том, чтобы приказывать, запрещать, разрешать, наказывать. (*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.*)

Наиболее общим образом, как выясняется на современном уровне юридических знаний, правовые средства в области юридического регулирования общественных отношений могут быть суммированы в виде своего рода «троицы» — тоже, так сказать, *первичной значимости*. Это: *запрещения*, т.е. обязывания к воздержанию от совершения действий определенного рода;

позитивные обязывания, т.е. возложение обязанности к определенным положительным действиям — передаче имущества, совершению известных работ и т.д.;

дозволения, т.е. предоставление гарантированного простора для собственного, по своему усмотрению, поведения данного субъекта¹.

Все иные правовые средства (в том числе в области юридической ответственности, процессуальной деятельности и т.д.) представляют собой известные модификации или комбинации средств юридического регулирования из этой «троицы» — запрещений, позитивных обязываний, дозволений.

3

СРЕДСТВА РЕГУЛЯЦИИ из рассматриваемой «троицы», выраженные в запретах, позитивных обязываниях, дозволениях, имеют в сфере социального регулирования общее значение. Они характерны, в тех или иных соотношениях, и для морали, и для обычаев, и для корпоративных регуляторов. Их можно даже интерпретировать в качестве общей модально-логической структуры «регулирования вообще».

И вот здесь представляется важным обратить внимание на то, что эти первичные средства регуляции, выраженные в запрещениях, позитив-

¹ Знаменательно, что при догматической характеристике права (когда оно рассматривается в виде юридических норм, правоотношений, юридических фактов, актов применения права и т.д.) создается впечатление, что правовые средства в виде указанной «троицы» (запреты, дозволения, позитивные обязывания) только *проступают* при классификации юридических норм, видов правоотношений, актов реализации права. И тогда возникает предположение, что они есть нечто более глубокое, чем юридические нормы, правоотношения (см.: Право. 1999. С. 143–145). Да, более глубокое. Но вместе с тем и более элементарное, а главное — *первичное*.

ных обязываниях, дозволениях, получают в праве специфическое («юридическое») выражение, а главное — 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 первобытных обществах выступают как таковые (преимущественно в виде особого образования — табу), в условиях цивилизации приобретают характер *юридических запретов* и в соответствии с этим существуют и функционируют в нераздельном единении с цепочкой иных правовых средств — *правами требования* (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. То есть тут разбор анатомии первичных юридических средств точка в точку совпадает с общими представлениями о праве (о которых говорилось еще в первой главе — с тем, что перед нами регулятор, определяющий «кто» и «что» *вправе* делать, как он *вправе* поступать (потому-то право и называется «правом»).

Выходит, даже начальные слои юридической материи, построенные на первичных элементах — запрещениях, позитивных обязываниях, 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. Причем — такой логике, которая *выводит позитивное право на фундаментальные, основополагающие ценности в жизни людей*.

ПО МЕРЕ РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА происходит усложнение состава и содержания правовых средств.

Одно из таких «усложнений» — это возведение дозволений и запретов в ранг «общих», т.е. общих дозволений и общих запретов (они выражены в двух хорошо известных формулах — «дозволено все, кроме запрещенного» и «запрещено все, кроме дозволенного»).

К другим из числа важнейших «усложнений» относятся разнообразные модификации некоторых изначально, порой спонтанно, вырабатываемых на практике мер, принимаемых по юридическим вопросам учреждениями власти¹.

При этом представляется важным обратить внимание на то, что правовое средство, выработанное применительно к данной правовой ситуации, затем 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

¹ Вот пример из истории правовой системы Англии, в которой — как и в древнеримской юридической системе — правовые процессы происходили, так сказать, в относительно «чистом виде». К XIV—XV вв. английское право, развивавшееся на прецедентной основе решениями королевских судов, оказалось предельно заформализованным, скованным системой строгих формуляров, которые устанавливали перечень правовых средств — различного рода запретов, дозволений, обязываний и которые, увы, порой прикрывали очевидно недобросовестные поступки участников процесса. Так, по действовавшему в то время формулярному праву никто не мог заранее принять защитные меры и предотвратить нарушение своих прав другими лицами. По свидетельству специалистов, человек, 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 — устанавливать судебные запреты (*injunctions*), чтобы предотвратить невыполнение взятых кем-либо обязательств.

Вот этот «судебный запрет» (*injunction*), вслед за упомянутыми ранее исходными, первичными мерами, содержащимися в решениях королевских судов, и представляет собой уже более сложное средство, рассчитанное на предотвращение возможного развития событий. В нем уже содержится момент предвидения (прогноза) — черта, которая окажется весьма важной для нормативного правового регулирования.

Затем, как свидетельствуют исторические данные, при помощи судебных решений, исходящих от лорда-канцлера, стали вводиться и иные весьма сложные правовые средства — такие как «исполнение в натуре» (даже при несоблюдении формальных требований), «доверительная собственность», существенно повлиявшая, как мы увидим, на развитие права.

от своего жизненного источника, порой порождает на практике проблемы, требующие того, чтобы в соответствующих случаях суды при вынесении решений опирались на весь комплекс основополагающих правовых начал.

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 существенные 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.

5

С ЯВЛЕНИЕМ, которое названо «правовые средства», со временем стало происходить то, что было уже характерно для исторически первой, ближайшей основы принимаемых по правовым ситуациям решений — обычаев: при их использовании стало все более выясняться, что и они, как и обычаи, по большей части касаются *повторяющихся*, а значит — *типических* жизненных ситуаций, требующих правового разрешения.

Как это ни парадоксально, исторически указанный процесс оказался связанным 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» имел 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, получало самостоятельное и интенсивное развитие, правовая защита уже на ранних стадиях формирования позитивного права *стала представляться людям по формальным актам властных учреждений.*

Так, в Древнем Риме, как только римская юриспруденция вступила в фазу своего самостоятельного, обособленного от религии, восходящего развития, правовая защита предоставлялась лишь в тех случаях, если истец получал 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 тысячелетия такое же развитие событий в мире юридических явлений произошло в средневековой Англии. И там в ходе формирования централизованными королевскими судами позитивного права основу процесса составляли «предписания» (*writs*), представлявшие собой приказ короля, в котором он кратко излагал суть тяжбы, поручал судебному чиновнику, судье или руководителю суда вчинить иск по данному конкретному делу и заслушать его в присутствии сторон. Причем, поскольку истцы в обоснование своих исковых требований приводили, как правило, одни и те же причины, очень скоро (точь-в-точь как в Риме) был разработан стандартный текст предписаний, получивший на практике название «искового формуляра» (*form of action*), в который требовалось внести только имена и адреса сторон.

Число таких типовых исковых формуляров – как в Риме, так и в средневековой Англии – было ограничено (они заносились в особые реестры: *edictum perpetuum* – в Риме, *Register of writs* – в Англии). Лишь в процессе исторического развития это число постепенно увеличивалось путем создания новых типовых исковых формул, например, *actiones utiles* в Риме и *writs in consimili casu* в Англии.

Наличие во многом сходных типов исковых формуляров в Древнем Риме и средневековой Англии, служащих необходимой предпосылкой для начала судебного процесса и, стало быть, для самой возможности решения данной жизненной ситуации (юридического дела), исторического факта самого по себе поразительного¹, не получило, однако, в науке должной оценки как в высшей степени значимого и закономерного явления. Более того, при точной констатации исторических обстоятельств (кратко воспроизведенных и в этой книге) оценка существования типизированных исковых формуляров сводится чуть ли

¹ 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» (*Buckland. McNair Roman Law & Common Law. 1952. XIV. Цит. по: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1.*)

не к тому, что «юристы-практики заботились не столько о содержании иска, сколько о его формальной принадлежности к тому или иному типу исковых формуляров»¹.

Между тем, давая себе отчет в недостатках «формулярного порядка»², надо принять во внимание и то, что перед нами — один из наиболее существенных процессов в истории и логики права, когда происходит *формирование его уникального (собственно юридического) содержания*. «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 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.

6

СНАЧАЛА — о юридических конструкциях. Мы уже видели, что даже первичные средства регуляции (позитивные обязывания, запреты, дозволения) в области права существуют и функционируют в особых юридических построениях, в цепочке других правовых средств. 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, находящиеся в некоем соотношении «молекулы» того, что может быть названо «юридической материей». Причем и тут сразу же обнаруживается своеобразная *юридическая логика*: если у какого-то лица существуют права (правомочия), то, значит, есть и лица,

¹ См.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 282.

² В Англии, например, в отличие от США (где по данному вопросу «вмешалась», как мы увидим, теоретическая мысль) до сих пор не получило признания в качестве общей нормы право на неприкосновенность частной жизни (*right of privacy*) такого рода неоправданный консерватизм (не исключено, повлиявший на саму возможность появления трагических ситуаций — как, например, обстоятельства, связанные с гибелью принцессы Дианы) во многом объясняется как раз тем, что правопорядок Англии наряду со многими его достоинствами, характерными для классического общего, прецедентного права, вместе с тем отягощен «такими, характерными для общего права, отжившими пережитками прошлого, как освященная традицией закостенелая система исковых формуляров» (Там же. Т. 1. С. 511).

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.

Как показывают данные истории, уже при выработке исковых формуляров 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*.

Например, еще 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 несобственника» с довольно строгой схемой возникающих здесь прав и обязанностей, зависимой от того или иного «набора» юридических фактов, в том числе — в зависимости от того, выбыла ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли. Эта юридическая конструкция утвердилась через исковой формуляр, который в силу некоторых исторических причин, связанных с древними ритуалами притязаний лица на свою вещь, получил название «виндикационного иска». Этот термин сохранился и поныне. Требование невладеющего собственника к владеющему несобственнику 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.

Здесь уместно вот какое пояснение из области теоретических положений, выработанных аналитической юриспруденцией. 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 приносятся 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*, рождаемый на первых порах спонтанно, в самой жизни, в практике в результате процесса типизации. Причем *ключевой, определяющий элемент именно с о б с т в е н н о г о 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.

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 конструкции «односторонней реституции», «негаторного 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 общем охватывается историей власти — и в данном сообществе, и в человеческом обществе в целом), и, во-вторых, так сказать, спонтанное правовое саморазвитие, происходящее в соответствии с требованиями жизни, логикой права, что соотнобразуется 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.

И вот *собственное развитие права, его самобытная история* — это под известным (важнейшим для правоведения) углом зрения во многом *и есть история становления и совершенствования юридических конструкций*. Соответственно, достоинство той или иной юридической системы — это в немалой мере совершенство характерных для нее юридических конструкций. А это все, как мы видим, представляет собой исторический процесс, в котором важнейшую, незаменимую роль сыграли формализованные компоненты правовой материи — исковые формуляры¹.

7

НО ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ — лишь одна из структур в области права, имеющая первичное значение. Такую же характеристику — как и юридические конструкции — должны получить формирующиеся на основе первичных правовых средств *структурные подразделения в праве* (сначала правовые институты, потом отрасли права, их ассоциации). И 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, и в соответствии с этим оказывается возможным определить, относится ли, например, данная правовая ситуация к области правонарушений (деликтов) или же она входит в круг, скажем, вопросов договорных отношений (договорное право),

¹ 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 г. в соответствии с идеями Иеремии Бентама в Англии был принят Закон о судоустройстве, который отменил типовые формулы исков. Тем не менее, как отмечается в современной литературе, «с принятием закона о судоустройстве традиционное процессуальное мышление не было искоренено. Даже в современных условиях материалы дел, связанных с договорным и 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* (курсив мой. — С.А.)» (Цвайгерт К., Кётц 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» (Maitland. Forms of Action at Common Law. P. 2).

или, быть может, так называемого неосновательного обогащения, или отношений собственности и т.д.

Более того, каждая юридическая конструкция — это, пусть и первичное, элементарное, но уже известное «построение», притом «системное» и «структурное». В ней отдельные юридические элементы — права, обязанности, ответственность 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 данной главы и пойдет речь), 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, объективно выделяющим 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.

Здесь перед нами — весьма основательные правовые процессы, выражающие *структурирование* права и являющиеся существенным моментом для обретения позитивным правом качеств особой социальной реальности (институционности, жесткого организма) с весьма существенными последствиями — все более полным развертыванием уникальных и «сильных» достоинств позитивного права.

8

НАРЯДУ с «усложнением» правовых средств развитие права, связанное с процессом типизации, характеризуется и другим явлением, имеющим для права наиболее существенное, решающее значение. Это — приобретение правовыми средствами (и на исходном, первичном уровне, и на уровне правовых конструкций, структурных подразделений) *н о р м а т и в н о г о х а р а к т е р а*.

Хотя в данном месте книги о нормативности говорится после «юридических конструкций», иных структурных построений (и это оправдывается уровнем «сложности» в процессе формирования права), ре-

ально, в фактических исторических процессах возведение правовых средств на уровень юридических норм происходило одновременно с указанным конструктивным развитием. И только во имя 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 собственного (юридического) содержания 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 по своему статусу или поведению подпадает под содержание правила. Притом — норма *универсальная*¹, пусть даже в чем-то и вторичного порядка. Она выводит на плоскость повторяющихся типических отношений в практической жизни и делает общим правилом требования жизнедеятельности, деловой практики и в не меньшей степени — их духовное, идеологизированное выражение в виде заветов предков, мифов, велений духов и богов, ритуалов, морали, иные непреложные требования, сложившиеся исторически, на протяжении многих поколений².

Но вот обстоятельство, которое, как мне представляется, еще недостаточно учитывается наукой. Обычаи становятся *правом* (в смысле позитивного права) не просто в случаях их какого-то «санкционирования публичной властью», как это принято считать на уровне абстрактных рассуждений, а реально и изначально тогда, когда это самое

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

² Да и вообще, как заметил И.А. Покровский, на первых порах развития человеческого рода обычаи понимались как «обычаи предков. Так же, как и везде, эти обычаи предков на первых порах не отделялись от религиозных обрядов и правил нравственности» (*Покровский И.А.* История римского права. С. 53).

«санкционирование» выражается в *решении власти — решении правовой ситуации*, осуществляемом 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. И отсюда — вырабатываются юридические конструкции, которые, как мы видели, являются продуктом типизации в праве и потому рассчитаны на повторяющиеся, типические ситуации. Как верно подмечено в литературе, «обычаи меняются, меняются часто при помощи судебных решений, которые затем делаются прецедентами»¹, т.е. образцами, моделями для таких же или аналогичных решений в случаях, когда возникает такая же или аналогичная правовая ситуация и когда оказывается неизбежным применение уже оправдавшего себя на практике правового средства — соответствующей (пусть и простейшей) юридической конструкции.

Таким образом, в итоге получается, что *обычное право* это — обычаи, *неотделимые от решения правовых ситуаций* (обычай + решение), приобретающих со временем характер *прецедентов* (обратим внимание на этот момент: он окажется весьма существенным для понимания других важных особенностей позитивного права, в том числе тех его разновидностей, которые сложились в странах англо-американской группы).

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 «на основании конкретных наблюдений *сознательно* установить на будущее время известную норму как *общее* правило поведения... тогда появляется *закон*»².

В результате всех этих сложных (параллельно идущих или накладывающихся друга на друга) процессов в жизнь людей входят *юридические нормы*, на основе которых и определяется «кто» и на «что» *имеет* (или напротив — не имеет) *право*, словом, юридически дозво-

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 52.

² Там же.

ленное 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 суверенность, окончательность, «единственность» для данной общности, их «освященность» властью, ее авторитетом и силой.

Плюс к этому сюда добавляется и даже выступает на первый план еще и то, что вообще характерно для «нормативности»¹ (в том числе для обычаев как общих правил), причем здесь, в юридической сфере, так, что достоинства норм, можно сказать, возводятся в степень. Юридические нормы, оставаясь общими правилами и действуя в отношении «всех», как бы «наращивают» эти 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*.

9

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 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. Ибо *сначала* — и это обстоятельство необходимо

¹ 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).

еще раз оттенить — в условиях цивилизации требуется, чтобы решение жизненных ситуаций в обстановке столкновения интересов, страстей, иных противоборствующих факторов было твердым, строго определенным по содержанию, надежно гарантированным.

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 — в какой-то мере «последующей», но очень существенной, также реализующей, притом на более высоком уровне, необходимость твердости, определенности и гарантированности в решении жизненных ситуаций и *вместе с тем знаменующей новую 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 возможность 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 на будущее, его предвидения.

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 свободы человека (ее реального выражения, гарантирования) и как антагониста основного зла и проклятия в жизни людей — произвола, насилия. Сама по себе юридическая норма — это уже некоторое (пусть еще начальное, зависящее от многих других факторов), но необходимое правовое средство для действительной реализации свободы человека и для решения проблем, 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 ориентаций, 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, в правовой науке отмечается «нормативность» позитивного права, формулируется его «рабочее» определение, начинающееся со слов: «право — это система общеобязательных норм...». Да и на практике в качестве отправной точки юридического регулирования воспринимаются теперь юридические нормы, в которых в качестве типических закреплены юридические факты (правовые ситуации) и 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» *у в о д и т сложное, многомерное явление, именуемое «право», в сферу сугубо нормативных феноменов.* И такого рода сугубо нормативная интерпретация права (при всей ее важности) *плотно заслоняет* исходные и первичные элементы позитивного права, которые дают 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 — заслоняет и сложное, многомерное строение права в целом и, что еще более прискорбно, *устраняет из поля зрения все богатство юридической материи.*

Ведь юридические нормы, вобрав в себя первичные элементы правовой материи, не лишили самостоятельного бытия и высокой значимости многообразный юридический инструментарий. Между тем при всеобъемлюще нормативистском подходе к позитивному праву «за» фасадом юридических норм не стало «видно» центрального звена в мате-

рии 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 стала как-то заявлять о себе категория «правовые средства». Юридические конструкции, т.е. их комплексы, в которых они реально существуют, оказались оттесненными в отдаленный закоулок юридической проблематики — элемента, не всегда к тому же фиксируемого, будто бы сугубо технического оформления законов. Структурные же подразделения (правовые институты, отрасли, иные общности) права оказались, напротив, одним из аспектов общих, порой умозрительных рассуждений о строении позитивного права. В целом оказались за бортом научного осмысления права сам механизм правового регулирования, структуры и типы правового регулирования, в том числе общедозволительный, разрешительный типы, и т.д.

Более того, в связи с доминированием нормативистского подхода к элементам правовой действительности последние как бы развернулись в зеркально обратном соотношении по сравнению с их исходными генетическими и функциональными связями и глубинной логической последовательностью (исходным в цепи правовых явлений вместо правовой ситуации стала теперь сама по себе юридическая норма). И это придало особый, во многом оторванный от реальной жизни, социальной и правовой, умозрительный характер всей цепи юридических явлений, а отсюда — и всей юридической догматике, сконцентрированной отныне вокруг «юридических норм» и «выведения» из них всех иных правовых явлений (что, напомню, в какой-то 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.

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

бенно — германской) семьи правовых систем, приглядимся к праву иных групп. И не только национальным системам стран Востока, исламского и индуистского права, но к территориально и цивилизационно близким к нам национальным системам права англо-американской группы (общего, прецедентного права). Именно там, при всем значении нормативного способа регулирования, все же центральным, ключевым пунктом такого регулирования отчетливо выделяются и остаются на первом месте именно «ситуации, требующие правового решения», сами эти решения с набором средств (юридических конструкций), а вместе с ними неюридических регуляторов, обеспечивающих социальную силу и последствия этих решений. Ведь даже в классическом английском общем, прецедентном праве, без колебаний относимом всеми специалистами к передовым западным цивилизациям, центральное звено (на что, как мы увидим в последующем, имеются весьма существенные резоны) — это «судебное решение дела», обретающее прецедентный характер, а во все не сама по себе «норма», которая остается даже «неразличимой» до тех пор, пока мы ее не вычленим преимущественно путем логических рассуждений, теоретических абстракций.

10

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, особенно при углубленном анализе правовой материи, уводящий от понимания сложных, разнообразных, подчас уникальных социальных процессов, приводящих к появлению разнообразных форм и способов социальной регуляции поведения людей.

Да, 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, корпоратив-

ные 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. Вполне естественно, что 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 распространяема на все «разновидности социального регулирования», в том числе и в особенности — на мораль и право. Иначе — при таком понимании особенностей всех видов и типов социального регулирования, которое замкнуто исключительно на узконормативной их трактовке, — освещение их многофункционального назначения оказывается однобоким, обедненным, порой в чем-то очень существенном даже ущербным (как это и случилось при узконормативной, сугубо догматической трактовке права).

11

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 достоинство нормативных начал права, его свойство высокого порядка — нормативности, имеющее 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), то само по себе это правило, закрепленное, допустим, в законодательном документе, потому и является «общим», что представляет собой известное *обобщение*. Да притом — такое обобщение, которое вошло в самую плоть позитивного права, его содержание и, следовательно, стало *объективной реальностью*.

Внимание — *о б о б щ е н и е!* То есть итог мыслительной операции, в результате которой из нескольких индивидуальных случаев, затрагивающих поведение людей, мысленно устраняются их особые, индивидуальные признаки, а из присущих им повторяющихся, единых черт создается правило о должном или дозволенном поведении. К тому же — с расчетом на будущее, на «навсегда», стало быть, с элементами прогноза, предвидения и волей на то, что «только так и должно быть». И все это, скажу еще раз, входит в жизнь людей в наличной действительности, в качестве реально существующего факта.

Допустим, судья при отсутствии на этот счет каких-либо сложившихся обычаев и законоположений принял, руководствуясь здравым смыслом, разовое, индивидуальное решение: «вещи, полученные Игорем по договору с Олегом, заключенному в марте сего года, являются собственностью первого». 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». 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. Допустим, принято, например, 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, так сказать, 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 трактуются до сих пор всего лишь в качестве одного из элементов некой «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 также, как и юридические конструкции, *само содержание* позитивного права, существенная сторона его организации, касающаяся к тому же позитивного права на весьма высоких стадиях его развития.

12

ПРИ ВСЕЙ ВАЖНОСТИ кратко описанных в предшествующем изложении первичных элементов позитивного права (правовых ситуаций, их решений, правовых средств, юридических конструкций, структурных подразделений, находящихся выражение в юридических нормах) надо видеть, что право *начинается* и с духовных начал.

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 — как мы видели — действовать *социально и духовно оправданно*. То есть — так, чтобы в жизни людей торжествовали правда, справедливость, высокие моральные начала.

Все это есть не только в высоких духовных и этических постулатах, в религиозных заповедях и канонах, но и в самом праве, утверждается в правовой материи в силу требований жизни и рациональных начал (соразмерность в правах и обязанностях, юридическое равенство) и — что особо существенно — в силу самой природы права, его собственной, юридической логики. А отсюда, как это все более и более проявляется по мере развития права, — во всем том, что относится к смыслу, историческому предназначению права, выражающему «главные императивы» человеческой цивилизации.

ГЛАВА ПЯТАЯ «СЕМЬИ» В ПРАВЕ

1

В СВОЕМ РАЗВИТИИ право прошло 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 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, да к тому же в облике, несущем ценности ушедших в прошлое культур и цивилизаций. И в этой связи — наглядно и убедительно подтверждающих то обстоятельство, что именно в праве концентрируется «связь времен», духовные, интеллектуальные достижения человечества, оставляемые предшествующими поколениями, начиная от античности, а быть может, и бо-

лее древних цивилизаций, своим потомкам, будущим цивилизациям, культурам.

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 в значительной мере и предопределяет сам факт существования отдельных ареалов, «группировок», или, по сложившейся в юриспруденции специфической терминологии, — *семей* юридических систем.

Конечно, говоря о такого рода «семьях», не упустим из вида то обстоятельство, что основное значение в мире правовых явлений принадлежит самим *национальным юридическим системам* — системам обществ с более или менее развитой государственной организацией, в которых сложилось 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, экономического, политического, духовного развития, самобытность тех «поворотов» в становлении и совершенствовании юридических отношений, которые характерны 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 конкретные 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 элементы, зародившиеся в эпоху, которую можно отнести к «предыстории 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.

2

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, при делении

юридических систем «по формациям» — право рабовладельческое, феодальное, буржуазное, социалистическое) приоритет в правовой науке должен быть отдан критериям *юридического порядка*.

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

В рассматриваемом отношении заслуживает прежде всего 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 права и источников права. Под этим углом зрения в классификации Р. Давида обоснованно выделяются две основные семьи — романо-германское право и общее, прецедентное право (вспомним — именно к этим двум типам склоняется сама логика решения правовых ситуаций). В то же время автором поставлено в один ряд с этими двумя основными семьями «социалистическое право»¹, а также, преимущественно в описательном плане, отмечены и «другие виды» (мусульманское право, право Индии, правовые системы Дальнего Востока, правовые системы Африки и Мадагаскара)².

В этой связи с опорой на разработки Р. Давида существуют весомые основания признать в качестве наиболее общей и вместе с тем строгой классификации, отражающей юридическое своеобразие юридических систем и одновременно современные философско-правовые подходы, *трехчленное деление*. *Сначала два «генеральных» юридических типа — романо-германское право и общее, прецедентное право, а вслед за тем (в качестве особого типа) традиционные, неотдифференцированные системы*, т.е. в итоге *три* семьи. Это трехчленное деление и должно 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 использо-

¹ В одной из последних работ, написанной Рене Давидом совместно с Камиллой Жоффре-Спинозе, отмечается: «...похоже... что социалистическая правовая семья сходит со сцены, хотя сегодня, на рубеже 90-х годов, трудно предсказать дальнейший ход событий» (Давид Рене, Жоффре-Спинозе Камилла. 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, оказался неоправданным.

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

ванием более обширного исторического и современного фактического материала) осмыслить особенности национальных юридических систем с правовой стороны — собственного 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, «рациональная классификация современных правовых систем требует изучения их содержания». В этом направлении строятся 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 в отношении как отдельной национальной юридической системы, так и групп правовых систем¹.

Эти исследования не только дают основания для более дробной, детализированной классификации семей юридических систем (Цвайгерт и Кётц выделяют восемь семей — романскую, германскую, скандинавскую, общего права, социалистического права, права стран Дальнего Востока, исламского права, индуистского, или «индусского», права). И не только требуют уточнения некоторых характеристик юридических систем, особенностей их семей. 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 своеобразием правовые институты; 4) правовые источники и методы их толкования; 5) идеологические факторы»².

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

² Там же. С. 108.

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 *основных, «базовых» 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» юридических типов правовых систем следует отнести:

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

во-вторых, *господствующую правовую идеологию*, т.е. господствующую юридическую доктрину, доминирующие юридические идеи, которые проникают в само содержание действующего права, практики его применения и безоговорочно признаются, почитаются в качестве непреложных, 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 счете с внешней («зримой») стороны особенности юридических систем, их групп выражаются в их *институционном облике* — тех их структурных особенностях, в которых проявляется также и правовая идеология, своеобразие общего климата, строя и стиля права в данном обществе.

Все это и предопределяет «главный ряд» — «классические», базовые, профильные правовые семьи, каждая из которых отличается качественно, контрастно специфическим юридическим строем (и потому может быть обозначена также термином «тип»¹) и которые прочно

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

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)¹, основанное на судебных прецедентах;

— *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, в особенности 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 классические, базовые семьи, нужно не упускать из поля зрения в рамках единой систематики и другой ряд юридических систем. Это — те разновидности националь-

отношениях, качественно контрастные черты правовых систем, позволяющие охарактеризовать эти системы со стороны их юридической природы и перспектив развития.

¹ 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 часто 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» (*Цвайгерт К., Кёнтц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 285).

ных 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, германское право, скандинавское право, английское право, американское право, исламское право, индуистское, или «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* (отдифференцированной) юридической специфике, отсюда — по основным исповедуемым ими правовым ценностям и в этой связи, видимо, 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

ФОРМИРОВАНИЕ И РАЗВИТИЕ национальных юридических систем, их семей (юридических типов) обусловлены многообразными факторами¹.

Если же исходить из императивов цивилизации, вызвавших к жизни само явление права, то весьма отчетливо вырисовываются присутствующий здесь, по выражению Канта, «замысел природы» и вытекающая отсюда весьма определенная логика права. Ее суть — в том,

¹ Думается, наиболее точную обобщенную характеристику этим факторам дал Э. Рабель (*Rabel Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // Rabel Ernst. Gesammelte Aufsätze. Bd III. 1967. S. 5*; на русском языке см.: *Рабель Эрнст. Задачи и необходимость сравнительного правоведения / Пер. с нем. под науч. ред. Б.М. Гонгало. Екатеринбург, 2000. С. 16–17*).

что позитивное право призвано в первую очередь функционировать и развиваться как прагматический, «рабочий» механизм, т.е. по сугубо «деловым» основаниям — разрешать жизненные ситуации, требующие юридического решения, отличающегося твердостью, определенностью по содержанию, надежной, государственной гарантированностью. Проблемы духовного, морального порядка с позиций такого «замысла» и соответствующей логики права являются уже уделом иных социальных регуляторов — морали, религии, корпоративных нормативов.

Вместе с тем, если обратиться к начальным стадиям формирования и развития позитивного права, то, как отмечалось ранее, оно повсеместно, во всех регионах мира, выступало в *аморфном* состоянии. Это означает не только то, что оно еще не в полной мере отделилось от социального регулирования, характерного для первобытного общества, несло на себе следы некогда единых «мононорм», но и в этой связи было неотделимо от иных социальных регуляторов морального и корпоративного типа, и прежде всего, как мы видели, от морально-религиозного, сакрального регулирования.

Здесь, как это демонстрирует и 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 неюридических компонентов.

Но по мере развития общества со все большей жесткостью дают о себе знать рассмотренные ранее императивы цивилизации, «замысел природы», соответствующая логика права, а значит — потребность специально-юридической («чистой») регламентации, необходимости решения возникающих жизненных ситуаций на строго юридических основаниях. Отсюда следует, что одна из важнейших сторон логики права характеризуется тем, что социальному регулированию — и по мере развития общества все более и более — свойственны процесс *отдифференциации* — обособления, 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 юри-

дического шедевра — римского частного права. Такой же процесс, хотя и не в столь впечатляющем варианте, шел и во многих других странах — и в условиях античности, и в средневековье (наиболее эффективно, как это ни парадоксально, в Англии, где выделение «отдифференцированных» юридических форм, повторяя древнеримский путь, реализовалось 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 цивилизациям либерального типа, мощного развития экономики, небывалого научно-технического прогресса и сопряженного с этим бурного развития социальных и интеллектуальных, духовных сфер жизни общества.

Примечательно, что именно в «отдифференцированном» праве, как только оно обретает самостоятельное бытие, начинается и «свое», собственное развитие. Именно тогда в нем в полной мере раскрывается особая юридическая логика.

В то же время в странах, где не произошло такого качественного и структурного обособления юридических форм, их принципиально-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 чуть ли не в первозданном 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 человечество переживает глобальный перелом — переход к цивилизациям либерального типа), что существует, наряду и в сочетании с ранее обозначенными классификациями, *два класса* правовых систем:

в о - п е р в ы х, «суверенные», «чистые», 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 — силу своеобразного юридического инструментария. Это по исходным, базовым характеристикам и есть юридические системы, которые могут быть причислены к юридическим системам «современной западной право-

вой 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, так сказать, неостановимым: «вырвавшись» в основном из структуры традиционно-духовных регулятивных факторов, национальные юридические системы указанных двух «классических» юридических типов не остановились на этом, а постепенно, по мере развития демократии в обществе стали обретать самостоятельность также и по отношению к своему естественному «напарнику», в принципе неотделимому от права институту — 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 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 в последующем рассмотрении общетеоретических и философских проблем права. Некоторые существенные вопросы, относящиеся к этому классу юридических систем, будут охарактеризованы и в этой главе.

4

ОСТАНОВИМСЯ ПОДРОБНЕЕ на основных особенностях указанных выше «классических» юридических систем, на специфике приущих им правовых средств.

Конечно, нужно иметь в виду, что любая более или менее развитая юридическая система характеризуется тем, что она имеет необходимый, достаточный набор правовых средств в том «классическом», в принципе однотипном составе, который рассматривался в предшествующем изложении. В том числе — в составе комплексов правовых средств, выраженных в позитивных предписаниях, запретах, дозволениях (а также в «усложнениях» — юридических конструкциях, структурных построениях и др.), возведенных на нормативный уровень,

в систему юридических норм. Иначе, не будь необходимого, достаточного набора правовых средств, позитивное право не могло бы выполнять свои функции — не смогло бы быть правом, отвечающим требованиям цивилизации в условиях данной страны.

В то же время право тех или иных стран в зависимости от типа юридической системы отличается и определенной спецификой в составе и, в особенности, в соотношении правовых средств.

Так, правовые средства, характерные для права Востока (традиционных, неотдифференцированных систем), существуют и действуют в неотделимом единстве с моральными, корпоративными критериями поведения, религиозными, иными идеологическими, философскими представлениями. Отсюда, помимо иных моментов, они во многих случаях не отличаются «юридической чистотой», отработанностью, а в этой связи — достаточно развитым со специально-юридической стороны характером.

Наибольший научный интерес в рассматриваемом отношении имеют две другие семьи правовых систем, получившие значительное развитие в соответствии с требованиями современной цивилизации, — системы романо-германского права и общего, прецедентного права.

Сначала о правовых средствах в системах *романо-германского права*. В юридических системах романо-германского права, сложившегося и утвердившегося в континентальной Европе к XVIII—XX вв., правовые средства выступают главным образом в виде общих норм, выраженных в законе. А в этой связи именно тут в наибольшей мере обнаруживаются и минусы, и плюсы такого состояния правовой системы, содержание которой с интеллектуальной стороны получило наиболее высокое развитие.

В этой группе национальных юридических систем позитивным правом признаются¹ юридические нормы, содержащиеся в письменных документах — официальных сборниках обычаев, а затем, в суммарном и обобщенном виде, в *законах*, т.е. в официальных нормативных документах, исходящих от государственной власти и являющихся основным источником права. Близость «права» и «закона» оказывается здесь довольно плотной — настолько, что эти понятия, при всем их очевидном существенном различии, нередко отождествляются. С наибольшей полнотой и выразительностью правовые ценности романо-германского права раскрываются в наиболее высокой, совершенной форме закона — в кодексах.

¹ За минусом самых ранних фаз формирования национальных юридических систем, когда обычаи как таковые не получали еще письменной фиксации даже на стадии решения юридических дел.

Законы, как подробнее будет показано дальше, позволяют в полной мере реализовать достоинства писаного права как нормативного регулятора поведения людей.

В соответствии с этим состав и соотношение правовых средств в юридических системах романо-германского юридического типа характеризуются, по крайней мере, следующими тремя особенностями:

во-первых, тем, что *основой всего состава юридических средств являются нормы закона* (при этом всему тому, что происходит «до» закона, не придается существенного юридического значения, а все то, что «после», оценивается в качестве явлений, реализующих закон, его применение);

во-вторых, тем, что сообразно только что отмеченной особенности правовых средств *судебная деятельность (практика) понимается в качестве производной от закона*; и только в XIX—XX вв. она начинает обретать самостоятельное значение;

в-третьих, тем, что *общие идеи, принципы в области права имеют юридическое значение лишь постольку, поскольку они выражены в законе*.

Именно при таком понимании правовых средств выработаны в соответствии с данными юридической культуры (отражающими в основном достижения римского частного права) основные логически строгие юридические понятия, категории европейской юридической науки. Понятия, категории, которые, в свою очередь, со временем получали закрепление в нормах закона.

Теперь об особенностях правовых средств в *о б щ е м, п р е ц е д е н т н о м* праве. Тут с опорой на накопленные к нынешнему времени фактические данные и на исследования ряда видных правоведов (таких, как Вебер, Паунд, Кипер) представляется возможным не только высказать некоторые общие соображения о прецедентном праве как удивительно своеобразном феномене в мире правовых явлений, но и отметить в этой связи специфические черты охватываемых им правовых средств.

На первый взгляд может сложиться впечатление, что общее, прецедентное право — это такой феномен, который вроде бы «застрял» на одной из первичных фаз правового развития. Ведь по свидетельству исторических данных действительное правовое развитие повсеместно, во всех частях нашей планеты, началось именно с прецедентов (во многом сообщивших юридический характер и исторически «первому» правовому феномену — обычному праву).

Но это ошибочное впечатление. Сложности, а в чем-то и беда мирового правового развития, по-видимому, в другом. В том, что многие си-

стемы права (в том числе романо-германского юридического типа) как бы «проскочили» прецеденты. Самое важное здесь — это то, что именно прецеденты оказались реальным воплощением одной из самых существенных черт позитивного права (подробнее об этом — в следующих главах) — способности обеспечивать такое юридически непосредственное реагирование на жизненные ситуации, которое одновременно отличается устойчиво-нормативным характером. То есть как раз тем, что прежде всего и «требуется» от позитивного права — твердость, определенность по содержанию, надежная гарантированность при решении конкретных жизненных ситуаций.

И если в юридических системах романо-германского типа вот этот «прецедентный элемент» оказался своего рода промежуточным историческим этапом и там относительно быстро возобладала регуляция в виде общих норм закона, то в Англии, а затем в США, Австралии, ряде других стран он развился в *самобытную юридическую систему*, получившую название *общего, прецедентного права* — *common law*.

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 разрешают данную конкретную правовую ситуацию и одновременно при известных условиях *приобретают качество прецедента* — *источника права*;

во-вторых, законы, за известными исключениями (такими, как конституции, законы, принятые в порядке модельного правотворчества), *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 состоит в том, что здесь позитивное право *непосредственно* (помимо норм закона, иных писанных форм объективизации) раскрывает свою суть регулирующего фактора, притом имеющего в виде прецедентов нормативный характер. И дополнительно к этому следует заметить, что вырабатываемые в этих целях судами идеи и принципы регулирования в виде прецедентов *сразу же, напрямую* входят в содержание действующей юридической системы.

Тут нужны некоторые пояснения.

Рассматривая особенности правовых средств данной семьи юридических систем, необходимо прежде всего преодолеть упрощенное,

пожалуй, примитивное понимание прецедентного права, когда его существо и значение сводятся всего лишь к тому в общем-то очевидному обстоятельству, что какое-либо решение суда становится прецедентом — «обязательным образцом» при рассмотрении аналогичных дел и потому приобретает нормативный характер.

Между тем «обязательным образцом» — как это показано в английской доктрине прецедента (а теперь оттеняется и в нашей отечественной литературе¹) — 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 decisis* — мнение нормобразующего характера.

Но и это еще не все.

Общее, прецедентное право (*common law*) — это не некая просто совокупность судебных решений, в которых содержатся *ratio decidendi*, а структурированная по содержанию (хотя и не получающая по большей части формально-документального закрепления) целостность правовых начал нормативного характера, которая имеет не посредственное регулятивное значение. Вовсе не случайно, как свидетельствуют фактические данные о формировании системы общего права (как это произошло в Индии), такого рода начала лишь тогда начинают обнаруживать регулятивные качества позитивного права, когда накапливается их известный объем, 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 iuris*, — «вещество» позитивного права.

И хотя в формировании и в бытии общего права некоторую роль играют известные письменные формы (и плюс к тому еще доктринальные и полуофициальные систематизации, иные обобщения, проникающие в саму ткань юридической материи), особое «тело» — *corpus iuris* прецедентного права, действительно, выступает как таковой, во многом является неписанным, неким незримым «межзвездным веществом», которое складывается как суммированный итог накопленных и по-особому объективированных идей, сущностей судебных решений, обретающих нормативный характер.

Общее, прецедентное право, стало быть, действует как регулятивная сила в таком виде, когда право — во всяком случае, в его «преце-

¹ См.: Загайнова С.К. Судебный прецедент: Историко-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 3, 7.

дентной части» — не заключено в оболочку писанных актов (законов, других нормативных актов-документов). В этой связи можно, пожалуй, сказать — хотя и с немалой долей условности и рискованной образности, — что общее, прецедентное право действует как *обнаженный регулятор* — в виде нормативных правовых начал как таковых. Причем таких, которые выражены в судебных решениях и которые без каких-либо дополнительных, формальных процедур сразу же, как только обнаруживают свои «прецедентные качества», напрямую входят в действующее право.

Вот почему деятельность судов в условиях общего, прецедентного права состоит не в том, чтобы «взять» когда-то принятое судебное решение и просто-напросто «распространить» его на аналогичный случай (как это порой трактуется при упрощенном понимании общего права по модели романо-германского права), а прежде всего в том, чтобы *отыскать и раскрыть* правовую суть ситуации и содержащееся в ранее принятом судебном акте правовое начало, которое *разрешает данную жизненную ситуацию*.

Как подчеркивается в современной литературе, для общего права характерен «метод углубленной проработки прецедентов», когда необходимо «обнаруживать за конкретными обстоятельствами рассматриваемого прецедента общее правило» и когда судья в «принятых ранее решениях выявляет определенные нормы (*rules*), то есть решения отдельных конкретных повседневных проблем. Он прослеживает, как эти нормы в процессе развития в других прецедентах получали ограничительное или расширительное толкование и улучшались, а затем сам постепенно формирует на основе их обобщения принципы, нормы, с помощью которых ему предстоит решить... рассматриваемое им дело». При этом «в общем праве особенности судейской техники изучения материалов дела и *выявления в нем норм и принципов* (курсив мой. — С.А.) явились результатом устоявшейся и ставшей профессиональной традиции «обоснования от прецедента к прецеденту» (*reasoning from case to case*)¹. Вот это «обоснование от прецедента к преце-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 393. В этой связи обращается внимание на то, что, исходя из «мнений нормообразующего характера — *ratio decidendi*», «судья сможет ответить на стоящие перед ним вопросы в результате мыслительного процесса, который подчиняется определенным правилам судебной техники исследования материалов дела, но в любой момент на ход его могут повлиять осознанные или интуитивные оценки». Однако при этом не упустим из поля зрения все же следующий принципиальной важности штрих: «в такой разработке всех общих правил и принципов сколь абстрактных, столь и важных, но относящихся непременно к проблематике и обстоятельствам данного дела» (Там же. С. 388).

денту» и представляет собой, надо полагать, своего рода «изюминку» и, пожалуй, *тайну* общего, прецедентного права, в которой обнаруживаются при последовательно научном подходе его юридическое существо, сила и перспектива.

Здесь, стало быть, проявляется еще одна примечательная особенность общего, прецедентного права. Оно представляет собой пусть и противоречивую, со многими застойными, архаичными элементами, но вместе с тем и *живую, находящуюся в непрестанном развитии* юридическую систему.

Причем, на мой взгляд, разработка известных правовых принципов благодаря началу «обоснование от прецедента к прецеденту» достигает порой в общем, прецедентном праве такого уровня юридической утонченности, пожалуй, даже ажурности, изящества, который не уступает, а быть может, и превосходит разработки кодифицированных актов — даже таких, отточенных и изощренных по уровню юридической отработанности, как, например, Германское гражданское уложение (ГГУ), Швейцарский гражданский кодекс, ГК РСФСР 1922 г.¹

Наконец — о ценности правовых средств в основных юридических системах. Прежде всего — о ценности правовых средств в юридических системах романо-германского права и общего, прецедентного права англо-американской группы.

В этой связи хотелось бы еще раз обратить внимание на то, что самобытный характер прецедентного права 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, позволило напрямую использовать в таком «творчестве» высокие духовные и нравственные критерии, требования «здравого смысла» и в силу этого непосредственно, порой спонтанно отвечать на требования развивающегося общества, в том числе — быстрее продвинуться к требованиям либеральной цивилизации.

¹ Один из примеров такой юридической утонченности — конструкция «встречного удовлетворения» в английском договорном праве, которая обуславливает юридическую значимость «обещания», конструкция, отработанная в различных вариациях путем целой цепи судебных прецедентов. И хотя правовая и интеллектуальная значимость указанной конструкции по-разному оценивается в науке и на практике, есть немало аргументов в пользу того, что здесь перед нами, как полагают некоторые правоведы, «наиболее драгоценный камень в короне английского договорного права» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 2. С. 103).

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 – 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. Они имеют ряд позитивных специальных технико-юридических черт.

Такие свойства юридического регулирования, как индивидуализированная определенность применительно к конкретному делу и «конкретизированная» нормативность¹, выражаясь в них несколько своеобразно, характеризуются все же достаточно высоким уровнем. Эти системы оказались весьма динамичными: сохраняя стабильность и незыблемость традиционных, подчас архаичных начал юридического регулирования, они в то же время могут приспосабливаться 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.

¹ Общее, прецедентное право национальных правовых систем англо-американской группы отличается особым характером норм, но оно не лишено свойства нормативности, как полагают некоторые авторы. Напротив, нормативность общего права благодаря принципу *stare decisis* имеет весьма высокий уровень.

Быть может, мы вообще еще недостаточно оценили феномен общего, прецедентного права (судебно-нормативной системы¹). Не образуют ли его исторические разновидности ключевые вехи на пути мирового правового прогресса? Ведь, строго говоря, римское частное право, являющееся исторической первоосновой мировой юридической культуры и правового прогресса, в своем первоизданном виде 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 произошло с европейской правовой культурой — объективированным выражением в системе отработанных правовых средств нормативных обобщений высокого уровня — одного из высокочисленных 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.

Классическим может быть назван путь формирования и развития романо-германского права. 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 с интеллектуальной и одновременно со специально-юридической сторон правовой прогресс в обществе.

Прямое правотворчество компетентных государственных органов, свойственное романо-германскому праву (нормативно-законодатель-

¹ Следует принять во внимание, что на весьма высоком уровне теоретических абстраций возможны обособление в логическом плане юридической и, особенно, технико-юридической сторон семей правовых систем и формулирование на этой основе некоторых укрупненных (логических) систем юридического регулирования, которые позволяют объединить наиболее типические правовые ценности. В зависимости от того, какой из элементов правовых систем, сопряженных с основными формами правообразования (законодательством установленные нормы или же юридическая, судебная практика), рассматривается в качестве основы юридического регулирования, могут быть выделены две основные укрупненные системы, существование и особенности которых уже учитывались в предшествующем изложении: нормативно-законодательная и нормативно-судебная. Первая из них представлена романо-германским правом, вторая — англосаксонским общим правом.

ным системам), позволяет целенаправленно строить юридическую систему, внедрять в нее «мысль», достоинства разума в его высоких проявлениях — данные юридической науки и практики, достигать во всем комплексе правовых средств высокого уровня нормативных обобщений и в связи с этим обеспечивать все то социально ценное, что сопряжено с нормативностью права, с его определенностью по содержанию, системностью, иными его регулятивными качествами.

Другого плана вопрос, что этот позитивный потенциал нередко скован исторически конкретными условиями развития тех или иных стран и в средневековый, и в буржуазный периоды их истории, и еще более — в обстановке социалистических обществ, когда на базе определенных элементов континентальной правовой культуры формируется право заидеологизированного характера.

В принципе же по самой логике нормативно-правового регулирования развитие правовой формы, выраженной в нормативно-законодательной системе, является естественным магистральным путем, способным обогатить правовую культуру существенными специальными технико-юридическими ценностями, относящимися к правовым средствам. Так, как мы видели, и произошло в истории права, когда на базе достижений римского частного права в эпоху Возрождения были разработаны обобщенные положения, имевшие 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. Этот процесс 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.

5

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).

Суть этого противоречия — в том, что позитивное право сложилось на духовной основе, но его последующее развитие в процессе «отдиф-

ференциации», обретения собственного бытия и развития как бы «уходит» от этой основы, «вырывается» из нее, ее в этом смысле «отрицает».

Но 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, призванного в основном адекватно с формальной стороны закреплять решения деловых проблем на основе доверительных, неформальных контактов, деловой практики, маркетинга, иных неюридических критериев и процедур.

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, явно одностороннее, явно не согласующееся с самими идеалами и целями цивилизаций 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? И не в этом ли — суть сложной, противоречивой судьбы права и в настоящее время, и в исторической перспективе? И не тут ли предпосылка того отмеченного современными мыслителями явления, когда право в отрыве от религии, «право без веры вырождается в законничество, что и происходит сегодня во многих частях западного мира»¹.

Такого рода вопросы требуют того, чтобы попытаться более внимательно, детальней постигнуть специфическую логику права. И одновременно — не упустить из поля зрения особенности действующих и в современную эпоху национальных юридических систем традиционного, неотдифференцированного юридического типа.

6

С УЧЕТОМ только что приведенных положений о противоречивой судьбе развитых юридических систем следует еще раз отметить особенности правовой регуляции в странах Востока (в широком понимании этого термина), которые позволяют им до настоящего време-

¹ Берман Гарольд Дж. Указ. соч. С. 33.

ни во многих отношениях, пусть далеко и не во всех, оставаться весьма эффективными социальными регуляторами.

Здесь, понятно, возникает вопрос: насколько такая система социальной регуляции, рассматриваемая со стороны ее особенностей как духовной силы, соответствует современной эпохе, ее экономическому, политическому, духовному развитию, тем более перспективам такого развития?

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 сохранения и даже возрождения 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, надо верить, в последующее время будет все более обогащаться духовными ценностями. В том числе и теми или, во всяком случае, близкими к тем, которые сложились и утвердились в странах Востока. С этой точки зрения на данном пути мирового правового развития также есть элементы «сакрального» характера, которые, как можно предположить (об этом — речь в третьей части книги), 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, высокими требованиями либеральных цивилизаций. 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 века и тысячелетия ценностей великих культур Востока, которые во многом имеют также всеобщую, общечеловеческую значимость.

7

ПРАВО ВОСТОКА (юридические системы традиционного, неотдифференцированного типа) отличается большим разнообразием. Надо заметить к тому же, что, наряду с системами регуляции «восточных культур» в указанном выше значении (китайское право, традиционное японское право, традиционное индуистское право, исламское право),

сюда, к данному юридическому типу, относится и социалистическое право. И прежде всего — право России (в условиях коммунистического режима — *советское право* — право СССР, действовавшее на всей территории бывлой Российской империи). Притом — опять-таки со своей спецификой, со своим особым местом. И во многом в связи с тем, что оно 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.

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, продукта коммунистической доктрины, советского, так сказать, «классического» коммунистического права) 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-правовой 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-протестанского 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-деспо-

тических порядков, связанных с татаро-монгольским «игом» и «братанием» (да, не только с «игом», но и с «братанием»), так сказать, сдвинулась на Восток. Она утвердилась в конце концов после удельной княжеской раздробленности и годин тяжелой смуты в виде *абсолютистской монархии теократического, восточно-деспотического типа*. Пусть и монархии, воспринявшей во времена Петра I и Екатерины II, а затем при советском строе некий внешний европеизированный антураж и лоск.

И еще одно замечание общего характера. Самое поразительное, что преподнесла нам новейшая история, — это то, что византийское право нашло себе пристанище в наиболее жестоких тиранических режимах современности (недаром Гитлер и его приспешники столь склонны были к культовым восточным магиям). В России же, на всем пространстве бывшей Российской империи, после большевистского переворота 1917 г. византийское право и коммунистическая правовая идеология совпали по своей сути точка в точку. Сначала — в облике диктатуры пролетариата и революционного правосознания, затем — сталинско-брежневской политической системы с обожествлением власти, «руководящей ролью КПСС» 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, 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 *тиранической власти азиатско-теократического типа*. Со своими изощренно-иезуитскими, порой изуверскими приемами властвования, насилием, 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 одних лишь

внешних форм и, в определенной мере влияя на жизнь общества, все же в основном проскальзывает по поверхности социально-экономической и политической жизни, не оправдывает 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 заговорами, государственными переворотами, схватками в придворных коридорах. И, понятно, под благообразным прикрытием «законных форм».

Еще раз скажу — главная примета сохранившихся в России до настоящего времени канонов византийского права — это, как уже упоминалось, поразительная способность создавать *видимость*. То есть такой пышный, величавый и благообразный *фасад*, за которым в конечном итоге беспрепятственно творит свои дела власть азиатско-теократического типа — власть с преобладающими авторитарными характеристиками. Со своими изощренно-иезуитскими приемами властвования, насилием, фальсификациями и непременно с использованием в качестве опоры мифов и идолов, то ли православно-религиозных — небесного царства, то ли марксистских, большевистских — земного царства «власти трудящихся» и жития «по потребностям». Наиболее изощренным, искусным образцом византийского права стала «власть Советов», где за фасадом обольстительно-замечательных лозунгов и законов безраздельно господствовали власть партократии, нравы и порядки криминального характера.

Однако все эти элементы служат ширмой, прикрывающей диктатуру идеологически заданных идей, а отсюда — авторитарный режим, построенный на внеправовом принуждении (насилии), и с этой стороны являются существенным компонентом идеологизированных фальсификаций. Определяющая особенность рассматриваемой семьи правовых систем — заидеологизированность, т.е. всепроникающее господство претендующей на передовой статус догматизированной теории, которая оправдывает доминирование насилия, используемого во имя «высшего блага» (нации, класса, «всеобщего благоденствия» и т.д.). При этом в качестве «права», предопределяющего решение жизненных ситуаций, выступают в виде непререкаемого приоритета идеологические постулаты, облагороженные привлекательными лозунгами.

В дальнейшем при рассмотрении ряда проблем, излагаемых во второй и третьей частях книги, 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.

Часть вторая. Закон и живое право

ГЛАВА ШЕСТАЯ

ЗАКОН: ОЧЕВИДНЫЕ ДОСТОИНСТВА И КОВАРСТВО

1

ЗАКОНЫ (при самой сжатой и общей их характеристике) – это основополагающие официальные юридические документы, содержащие нормы позитивного права данного государства.

При всех определенных и ясных различиях между «правом» и «законом», их довольно часто сближают по содержанию и значению. Порой отождествляют. И это касается не только обиходного юридического языка, сложившегося в условиях правовых систем континентальной Европы, где законы как доминирующие формы (источники) права являются наиболее характерной и выразительной их чертой. Даже при оценках и обозначениях сборников прецедентов права англо-американской группы правоведами подчас используется термин «закон» (например, наименование обобщающего неофициального сборника положений американского права – Restament'a – как «свода законов»)¹.

Чем все это можно объяснить?

Прежде всего, при ответе на этот вопрос представляется очевидным, что законы как бы *приуготовлены* для позитивного права. И что сообразно этому именно в форме законов позитивное право в полной мере, по максимуму раскрывает свои преимущества, уникальные особенности – обеспечение правовых решений жизненных ситуаций (по большей части спорных, конфликтных). Причем таких решений,

¹ Такого рода наименование – кстати, не единственное – сборников прецедентов в США, казалось бы, можно было дополнить, скажем, приведенным ранее заявлением в Англии лорда-канцлера, в соответствии с которым суд принимает решение «о том, что есть закон...» по тому или иному вопросу; и напомнить общее утвердившееся мнение и словоупотребление в странах общего права о том, что судьи, другие работники юриспруденции «служат закону». Но все же, думается, такие дополнения были бы некорректными. Ибо все же использование термина «закон» в странах классического общего права (в Англии, а также Австралии, Канаде) отличается от употребления этого же термина в США. Такого рода отличие вытекает из особенностей общего права в классическом его выражении и его своеобразия в США. Дальше об этом будет сказано особо.

которые именно в качестве правовых приобретают характер твердых, строго определенных по содержанию, гарантированных, и к тому же — не только окончательных, единственных в данном сообществе, но и обладающих свойством *всеобщности*. То есть как раз того уникального и значительного, притом, скажу еще раз, «по максимуму», чего можно достигнуть при помощи официальных письменных документов, которым в сфере права придается основополагающая роль.

И вот тут проявляются важнейшие достоинства законов, особенно — кодифицированных, выступающих в качестве правовых средств юридико-интеллектуального характера, способных целенаправленно оснащать юридическую систему современными правовыми ценностями.

Весьма существенным обстоятельством, свидетельствующим как бы о предназначенности закона для позитивного права, является еще и то, что именно закон (как никакие иные формы, источники права) раскрывает своеобразие права как объективной реальности — институционного образования. То есть «жесткого организма», благодаря которому и существуют основные достоинства позитивного права — сама возможность адекватных и надлежащих решений жизненных ситуаций, нуждающихся в праве, решений о том, «кто» и на «что» имеет или не имеет право. Притом — организма непрерывно существующего и непрерывно функционирующего, устойчивого, неподатливого¹.

Вдобавок ко всему ранее сказанному здесь, при оценке закона, срабатывает и мудрость человеческого языка, выраженная в слове «закон». Во всех своих многообразных смысловых значениях это слово (в том числе в значениях: «законы природы», «законы физики», «экономические законы» и т.д.) обозначает изначальный, неизменный порядок, его строгость и неумолимость, безусловное действие, независимое от наших желаний и хотений. И через понятие «закон» указанные черты, характерные для любого «закона», переносятся и на позитивное право, придавая ему некое величие, непогрешимость, если угод-

¹ Характеризуя право как институционное образование, нужно со всей определенностью сказать, что именно то обстоятельство, что объективное (позитивное) право представляет собой наличную объективную реальность («жесткий организм») со своими специфическими формами бытия, свойствами, структурой, закономерностями, именно это обстоятельство *придает правоведению значение истинной науки*, «имеющей дело» с реальными, объективированными фактами окружающей нас действительности. То есть *такой же в принципе науки, как естественные и технические отрасли знаний*, да к тому же призванной практически и теоретически осваивать такие реальные факты действительности, которые в той или иной мере, в том или ином виде опредмечивают и вводят в практическую жизнь людей разумные начала, духовные ценности.

но, своего рода абсолютность. И это обстоятельство наряду с другими изначально придает «закону», каким бы ни было его содержание, высокий авторитет и престиж.

2

ИМЕННО ОТСЮДА, из достоинств права, раскрываемых при помощи закона, из его достоинств как письменного документа и из его изначально авторитета, проистекает значение *принципа законности*. В том числе и то, что благодаря своей многокорневой значимости закон, а значит, и законность обладают известной абсолютностью.

Именно в письменных документах, имеющих статус «закона» (каким бы иным, но однопорядковым по значению термином этот документ ни обозначался — «статутом», «указом» и т.д.), открывается возможность по максимуму реализовать, наряду с другими преимуществами права «в законе», важнейшее из таких преимуществ — обеспечить *строгую определенность складывающихся в обществе отношений и порядков*. То есть предельно точно, при необходимости до мельчайших деталей и частных случаев, закрепить в реальной жизни юридически должное и юридически возможное поведение тех или иных лиц, а также определенные «в письме» все условия, варианты и последствия такого поведения (или его отсутствия). Ведь именно в законе как письменном документе — как и в его предшественнике, сборнике обычаев, — наличествуют не просто мнения и представления, а *запись* о том, «что», «кто», «как». Словом, именно здесь, в законе, возможно фиксирование предельной определенности во всем, что касается поведения участников общественной жизни и последствий такого поведения.

И как раз по этой причине становится фактически реализуемым и достижимым создание порядка в общественной жизни, в соответствии с которым оказывается возможным при помощи юридических средств добиться *реальности юридических установлений*. А это и есть главное, решающее, что характерно для *принципа законности*.

Так что вовсе не случайно в этой связи порядок или режим общественной жизни, когда заранее и строго формально определенные требования общественного порядка реально проводятся в жизнь, именуется термином, производным от слова «закон», — *законность*. Причем все это вовсе не препятствует тому, что требования законности по самому своему существу — общезначимы. Они по своей сути имеют высокое значение и в тех национальных юридических системах, в которых закон не является доминирующим источником права.

И здесь необходимо обратить внимание на то, что, при всей тесной связи «закона» и «законности», и то, и другое имеет *свою жизнь*.

Этот момент тем более важно обозначить потому, что исходная предпосылка законности (возможность строгой фиксации в нормативном документе до мельчайших деталей и частных регулируемых отношений и последствий соответствующего поведения лиц) далеко не всегда соотнобразовывается с процессами модернизации общества, его демократического развития, подчас в большей мере тяготеет к политическим режимам авторитарного характера, когда ставится задача твердо закрепить («навсегда»), увековечить существующие авторитарные отношения и порядки.

Выходит, судьба требований законности, их место и роль в сложных процессах развития права не являются автоматически зависящими от судьбы закона как источника права, и тем более от режимов власти, в том числе — авторитарных режимов, проводимых ими порядков «закручивания гаек», действующих в отношении «своих» законов (запомним этот момент: его учет, как попытается показать автор, окажется весьма существенным для понимания ряда сложных теоретических и практически значимых проблем, в том числе и тех, о которых рассказывалось на первых страницах книги).

3

В ТО ЖЕ ВРЕМЯ законы в сфере права (и это опять-таки уникальная особенность мира юридических явлений), сохраняя в принципе отмеченные выше черты жесткости, одновременно представляют собой не только и не просто «запись», но и в этой связи — *продукты сознательной деятельности человека, его творчества, целенаправленного программирования поведения людей на настоящее и будущее*. Притом — программирования и *своего* поведения, и поведения — через власть! — *других людей*, в принципе — *поведения людей всего общества*.

Эта особенность законов таит в себе существенный потенциал серьезных — и позитивных, и негативных — последствий.

Главное из таких последствий, имеющих *п о з и т и в н о е* значение, заключается в том, что при помощи закона оказывается возможным не только наиболее полно выразить, но и *множественно усилить* регулятивные достоинства права (весьма скромно проявляющиеся в условиях, когда оно функционирует только на основе обычаев и прецедентов), возвести их на новую, более высокую ступень.

Наиболее существенное, что здесь важно отметить, заключается в том, что в законах в полной мере проявляется сила нормативных

обобщений, их значение в праве. При помощи нормативных обобщений, выраженных в законах, многое в области социальной регуляции *оказывается возможным*:

во-первых, оказывается возможным юридические средства, обеспечивающие решение жизненных ситуаций, выразить и формально, «в письме» закрепить в качестве строго определенных по содержанию общих правил, т.е. *юридических норм, имеющих строго фиксированный, формально-определенный характер*;

во-вторых, оказывается возможным на уровне науки возвести содержание юридических норм в *понятия*, а еще точнее в *правовые категории* — своего рода «сгустки» правовой мысли (и соответствующие им — строго определенные, «узаконенные» *юридические термины*); при этом «ранг» правовых категорий обретают и понятия о юридических конструкциях, структурных подразделениях (понятия — правовой институт, отрасль права, система права), и последние становятся *категориальными* явлениями высокого интеллектуального порядка, исходными звеньями *правовых идей, правовых начал*;

и, наконец, в-третьих, оказывается возможным придать содержанию законов *системный характер*, характер *кодифицированных нормативных положений* с высокой степенью *специализации* юридических норм. И таким путем, путем кодификации, придать системный характер реально складывающимся юридическим средствам, правовым конструкциям и с учетом научных данных путем законодательной деятельности связать их между собой, усовершенствовать и в виде строго упорядоченной системы юридических норм объединить весь нормативный материал в связанные между собой структурные подразделения, т.е. *структурные общности* — институты и субинституты, отрасли и подотрасли, группы отраслей. И — при помощи законов объективировать эти общности, закрепить в качестве твердых нормативных образований.

А это не только упрочивает особенности позитивного права как системного жесткого организма и наглядно, «зрительно», демонстрирует это, но и сообщает праву большую регулятивную мощь, когда нормы права *действуют в системе*, т.е. вместе с каждой юридической нормой (средством, конструкцией). А это значит, что одновременно вступают в действие (или «выходят на старт», приводятся в готовность для немедленного действия) другие юридические нормы, целые институты, отрасли права.

Характеризуя достоинства права, находящего выражение в законах, важно обратить внимание и на то, что через нормативные обобщения, понятия, язык закона да и просто через фиксируемые в законодательных текстах декларации могут находить также свое внешнее объективирован-

ное выражение духовные, интеллектуальные начала и категории. В том числе при определенных исторических условиях — глубокие начала духовной, интеллектуальной жизни общества, его настрой и «дух», в ряде случаев — фундаментальные основы и переломы человеческого бытия, Истории. Нередко — с выражением того своеобразного, что характерно для данной нации, культуры. Подчас, в переломные для человечества эпохи, — с нацеленностью утвердить в жизни общества *начала рационализма* — господства в общественной системе и ее функционировании разума, рациональных основ жизни людей и принципов естественного права, понимаемых в соответствии с требованием и «духом» данного времени.

Последнее из указанных обстоятельств представляется в высшей степени важным с точки зрения развития основных эпох истории человечества. Выраженный в идеях Просвещения, принципах и делах Великой французской революции переход человечества от традиционных к либеральным цивилизациям во многом связывался в просвещенческом сознании, да и во всей культуре Возрождения, с *законом*. В особенности, с незаменимой миссией закона — как было принято считать по представлениям революционного общественного сознания — в утверждении рациональных основ в жизни людей, и в этой связи — всесторонней модернизации общества, в утверждении основополагающих устоев общества разума, свободы, справедливости и счастья человека. Хотя — следует все же попутно заметить — революционные расчеты на закон как инструмент внедрения в общество рациональных начал в какой-то мере затмил другие стороны закона, далеко не всегда позитивные, в немалой степени — коварные.

Отсюда, из представлений о просвещенческой миссии закона, вырисовывается все же главная линия и в общественно-правовом развитии. Линия, направленная на то, чтобы вырвать индивида из цепей средневековья и создать новую картину мира на основе рационализма. И вот, как справедливо признано в современной науке, именно в эпоху Просвещения родилась и утвердилась сама идея кодификации, убежденность в том, что устаревшее, раздробленное и ставшее трудным для понимания право может быть заменено единым и всеобъемлющим законодательством.

4

ИЗВЕСТНЫЕ радужные представления о выдающейся роли законов в жизни общества в эпоху Просвещения оправдались.

В годы начавшегося перехода к либеральным цивилизациям, с конца XVIII в., в конституциях и политических декларациях стран, встав-

ших на путь буржуазных демократических революций, получили юридически строгое и одновременно возвышенное закрепление важнейшие принципы демократии, свободы, прав человека. Прежде всего, в конституциях и декларациях Великой французской революции, в соответствии с которыми лозунг «свобода, равенство и братство» стал символом и знаменем Новой Эпохи.

Серьезную роль в это переломное время развития человеческой цивилизации сыграла наиболее высокая, совершенная форма закона — кодексы. Особенно — гражданские кодексы XIX в., первые в истории человечества системные законы — кодексы в самом строгом и точном значении. В том числе Прусское всеобщее земское право (1794 г.), Французский гражданский кодекс — ФГК (1804 г.), Австрийское гражданское уложение (1811 г.), Германское гражданское уложение — ГГУ (1896 г., вступление в действие — 1900 г.), Швейцарский гражданский кодекс, включающий ранее изданный, а в составе кодекса обновленный Единый швейцарский закон об обязательствах, со своей нумерацией статей (1907 г.).

Все эти кодексы XIX в. обладают своими достоинствами, порой удивительными, уникальными, к особенностям некоторых из них мы еще вернемся. Но при всем при том первое место среди гражданских кодексов XIX в., раскрывающих место и роль закона в новой полосе исторического развития, должно быть все же отдано Французскому гражданскому кодексу, имеющему не только в истории Франции, но и всего человечества фундаментальное значение — значение, ничуть не уступающее (а в чем-то и превосходящее) роль и место в Истории конституций и политических деклараций конца XVIII в.

Вот как в современной литературе оценивается значение и место в Истории этого Кодекса: «...следует вновь вспомнить об удивительном благорасположении звезд, столь способствовавших его (ФГК. — С.А.) рождению. С одной стороны, до сих пор живительными силами кодексу служат небывалый подъем духовности эпохи Просвещения и впитавшая ее Французская революция. Являясь первым в мировой практике кодексом, ФГК решительно порвал все путы и оковы старого прошлого, и в нем воплотились все самые важные и устремленные в будущее чаяния революции: секуляризация семейного права, освобождение от феодальной зависимости права собственности на землю, свобода предпринимательства и защита семейных устоев. С другой стороны, окончательная редакция ГК совпала по времени с уходом в прошлое революционного фанатизма и установлением относительно спокойных политических отношений, когда человека не зачисляли по любо-

му поводу в реакционеры. Поэтому создатели кодекса могли довольно широко привлекать правовой материал, накопленный судебной практикой старого режима, который казался им полезным и был тщательно обработан и отшлифован в литературе XVII и XVIII вв. И таким образом стало возможным найти золотую середину между пропагандистской силой идеей революции и прочностью правовых учреждений старого режима. К этому следует добавить, что участие Наполеона I в разработке кодекса наделяло его в какой-то мере частицей чудодейственной привлекательности французского императора. Даже язык ГК был чеканным и емким, удалось избежать туманностей казуистики и нравоучительной назидательности¹. Потому-то, как отмечают авторы, «сам ФГК был окружен нимбом притягательности, силой воздействия, авторитетом духовности. В XIX в. он еще казался всем кодексом Великой революции, с помощью которого... был создан единый и равный для всех граждан правопорядок. Не следует также забывать, что своим распространением по всему миру ФГК обязан блестящему языку, эластичности и гибкости формулировок и, наконец, своему качеству»².

К сказанному — еще два штриха.

Гражданский кодекс во Франции получил признание в качестве важнейшей ценности французской культуры в целом. Возможно, не обошлось без известных преувеличений в утверждениях о том, что Стендаль, как принято считать, ежедневно читал ФГК для улучшения своего литературного стиля и что на книжной полке в доме каждого французского крестьянина рядом с Библией соседствует Гражданский кодекс. Но, по всем данным, вполне справедливы известные слова Сореля: «Я не могу представить себе другую такую страну, где бы гражданское право столь глубоко проникло в нравы и стало бы неотъемлемой частью духовной жизни, мира чувств и литературы всей нации».

И еще такой штрих. Это — широко известные слова Наполеона, сказанные на острове Святой Елены незадолго до ухода из жизни, когда для человека раскрывается истинный смысл всего прожитого им: «Моя действительная слава заключается не в том, что я выиграл 40 сражений. Ватерлоо стерло в памяти все воспоминания о всех этих победах. Но что, несмотря ни на что, не сотрется в памяти, что будет жить вечно, так это мой гражданский кодекс». Да, верно, не сотрется в памяти. Гражданский кодекс Франции уже оказал существенное влияние на мировое правовое развитие, воспринят многими страна-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 152.

² Там же. С. 154.

ми¹, стал основой особой семьи («стиля», «подсемьи») национальных юридических систем. И он действительно *будет жить вечно...*

При этом суть и значение гражданских кодексов XIX в., других гражданских законов не исчерпываются теми характеристиками и оценками, которых вполне обоснованно удостоивается ФГК – Гражданский кодекс Франции 1804 г. И дело не только в том, что должны быть приняты во внимание достоинства и существенное место в мировой юридической системе других гражданских законов (в особенности ГГУ – Германского гражданского уложения, Швейцарского гражданского кодекса), но главным образом в том, что есть основания идти дальше приведенных характеристик и оценок. И со всей определенностью сказать – именно гражданские законы XIX – начала XX в., а также соответствующие им частноправовые начала общего права стран англо-американской группы стали *решающим фактором формирования и основополагающим элементом современного гражданского общества.*

Разумеется, нужно постоянно помнить замечательные идеи Просвещения, великие свершения Французской революции, формулы ее конституций и деклараций, затрагивающие в основном конституционное и публичное право (как и конституционные принципы североамериканской просвещенной революционной культуры этого же времени). И здесь, в области конституционного и публичного права,

¹ В ряд стран ФГК «пришел» вместе с войсками Наполеона под знаменем Французской революции. И сейчас, несмотря на сложные повороты правового развития, к числу стран романского права относят Италию, Испанию, Португалию. Утвердился он во многих бывших колониях, в том числе и на территориях, находящихся ныне в плотном окружении юридической системы качественно иного юридического строя (в штате Луизиана в США, в провинции Квебек в Канаде).

Примечательно влияние ФГК, самого его «духа» на формирование юридических систем молодых латиноамериканских государств. Достоинно пристального внимания то обстоятельство, что здесь решающую роль сыграли – что характерно для ряда бывших колоний – не правовые системы бывших колониальных стран (в данном случае в основном Испании, которая в колониальное время уже ввела «свои» правовые порядки, по преимуществу староспанские обычаи, еще до того, как сама попала в орбиту романского права), а непосредственно ФГК. Почему? А потому, как об этом говорится в цитированном выше издании, что «ФГК был кодексом Великой революции... Даже своей целостностью, взаимосвязанной подачей материала, кристальной ясностью языка он далеко превосходил другие образцы. К тому же он в значительной мере воспринял традиционные понятия и представления, в первую очередь римского права» (*Швайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 175).

Особо примечателен под рассматриваемым углом зрения феномен ГК Чили, в котором удалось «сплавить воедино французские источники и традиционные институты римского права», притом так, что «структура чилийского кодекса более совершенна, чем структура ГК Франции, а язык столь же ясен и выразителен» (Там же. С. 176).

опять-таки раскрылась существенная роль именно законов. Но сами по себе конституции, публичные законы еще не создают современное гражданское общество, а лишь закладывают концептуальные его основы, преимущественно — в политическом отношении. И потому сами по себе лозунги о свободе, равенстве и братстве, даже выраженные в законодательном виде, ничуть не помешали ни якобинской диктатуре, ни разгулу разбойничьего рынка, ни догмам социального дарвинизма, ни нравам стяжательского буржуазного общества, ни другим противоречивым, во многом разрушительным явлениям промышленного капитализма, способствовавшим взлету своего антипода — идеологии коммунизма, притом в весьма агрессивных вариантах (явление, повторяющееся, увы, ныне в России, в ряде других, ранее коммунистических, стран, выкарабкивающихся на путь общего цивилизационного развития, современной модернизации).

Только со временем, после эйфории революционных битв, ее романтики и одновременно чудовищных последствий революционного насилия, становилось все более и более очевидным, что реальной юридической основой и сердцевиной современного гражданского общества является *частное право*, а в этой связи — *гражданские законы*, утверждающие на деле, в практической жизни саму суть, исходные начала гражданского общества. Прежде всего — высокий юридический статус и действительное юридическое равенство всех субъектов непосредственно в практических делах, их автономию, начала диспозитивности, неприкосновенность собственности, восстановление нарушенных прав, защищенность прав независимым судом.

Таким образом, юридические институты и нормы гражданского законодательства, назначение которых, казалось бы, исчерпывается регуляцией одной лишь «прозы жизни» — товарных сделок, имущественного оборота, торговли, реализации и защиты собственности, наследования имущества и т.д., на деле призваны реально формировать гражданское общество. Причем — не в каких-то деталях и частностях, а в самой его основе, сути.

Дело лишь в том, что утверждение в реальной жизни указанных норм и принципов — процесс трудный, связанный с тяжелым преодолением утвердившихся нравов и стереотипов, и потому — во времени долгий. *Но в этом-то как раз и кроется внешне прозаическая, казалось бы, резко противоречивая, а по сути благотворная «изюминка» гражданских законов, практики их применения!* Ибо гражданское общество можно признать *состоявшимся* только тогда, когда указанные выше начала, выраженные в гражданских законах (юридическое равенство субъек-

тов, правовая автономия, неприкосновенность собственности и др.), с течением времени, повторяясь и повторяясь изо дня в день в нашей повседневности, войдут в плоть и кровь людей, станут непреложными реалиями, само собой разумеющимися данностями. Если угодно, фактическим обычным правом в самых строгих, жестких его значениях. Не случайно поэтому даже в демократически развитых странах гражданские законы по-настоящему «сработали» спустя долгие десятилетия после их принятия, в полной мере в 1950–1960-е гг. — уже после самого тяжкого урока для человечества в XX в. — истребительной второй мировой войны.

Замечу в этой связи также и то, что в это же время, в 1950–1960-е гг., гражданские законы (и соответствующие их содержанию частноправовые начала общего права) по счастливой логике Истории нашли опору и в современном естественном праве — в неотъемлемых правах человека. Гражданские законы нынешнего времени прямо в своих текстах, притом в качестве исходных, закрепляют положения об общепризнанных правах и свободах человека. Главное же — они в современных условиях понимаются и действуют в нераздельном единении с ними (что, помимо иных оснований, предопределило «новое» возвышение в канун XXI в. гражданского права в жизни общества; подробнее об этом — дальше).

5

ВЕСЬМА ЗНАМЕНАТЕЛЬНО, что законы, прежде всего системные законы — кодексы, в особенности после эпохи Просвещения, Великой французской революции, в какой-то мере стали важной *приметой, знаковым символом* человеческой цивилизации.

Конечно, еще до XVIII–XIX вв., в сущности с незапамятных времен, в *сфере публичного права* законы — это повсеместно изначальная и естественная обитель правового порядка, характерная для всех национальных юридических систем, всех их семей. В особенности на ранних, «срединных» стадиях развития цивилизации, при азиатских теократиях, в условиях античности, средневекового феодализма государственная власть утверждает и реализует «себя», свои функции и акции через свое усмотрение (произвол) и при этом как раз преимущественно через законы. Законы — публичные, посвященные самой власти, ее прерогативам, статусу и полномочиям ее подразделений, организации военной службы, налогам, уголовному преследованию, исполнению наказаний, государственному надзору. Это характерно даже для тех правовых семей типа китайской цивилизации с доминированием идеологии «ли», где

сообразно философским и этическим представлениям конфуцианства в саму органику правовой жизни заложены скептицизм в отношении к обобщающим формулировкам законов, пренебрежение к их «схематизму», даже, по представлениям конфуцианства, «варварству». Но и в такой социально-нравственной среде — причем еще до политического объединения страны (речь в данном случае идет о Китае) — все же оказалось невозможным обойтись без законов. И хотя эти законы, как уже отмечалось ранее, имели публичный характер, посвящались главным образом уголовному и административному праву, они уже с весьма древних эпох заняли прочное место в социальной жизни и культуре Китая, Японии, ряда других стран восточных цивилизаций.

В современную же историческую эпоху законы приобрели существенное, в ряде областей жизни основополагающее значение наряду с публичным правом также и в *частном праве*, стало быть, *во всем позитивном праве*.

Даже в странах общего права (странах юридических систем англо-американской группы) — при всем несомненном приоритете именно общего, прецедентного права (*common law*) — законы как источники права, при всей их ограниченной значимости в рамках указанных юридических систем, фактически занимают все более видное место в правовой жизни. Особенно в США. И не только под углом зрения представлений господствующего правосознания, но и в юридическом регулировании целых сфер социальной жизни. Ведь в отличие от своей праматери в области права — Англии — Соединенные Штаты Америки имеют высокопрестижную писаную Конституцию, а также — обширное общедоказательное законодательство¹. Объем законодательных

¹ Хотя формально к федеральному относится только валютно-финансовая сфера, право взимать налоги, пошлины, внешнеполитическая сфера и оборот, гражданство, правовая защита экономики и авторских прав, банкротство, морское право и регулирование внешней торговли, торговли между штатами, тем не менее фактически (во многом благодаря «толкованиям» общедоказательного Верховного Суда) значительные области экономической и социальной жизни страны, в том числе и те, которые в той или иной мере относятся к частному праву, оказываются в существенной части под властью федерального закона. Характерно в этой связи, что с начала XX в. Конгресс выступил против особенно явных злоупотреблений свободой договоров, по этим мотивам и исходя из общедоказательных интересов путем законов и фактической практики утвердился известный государственный контроль над железнодорожными компаниями, электро-, водо- и газоснабжением, средствами массовой информации, радио, грузовым, морским и воздушным транспортом. Более заметное место законов в юридических системах общего права нередко связывается, кроме того, с массовым производством товаров, их стандартизацией, а также все более упрочивающейся в социальной и правовой жизни линией на «защиту прав потребителей».

актов, регулирующих экономические и социальные отношения, возрастает и в Англии, в других странах общего права (в Канаде, Австралии, Новой Зеландии).

Из этих фактов не следует делать далеко идущих выводов — законы в странах англо-американской группы в особой атмосфере, создаваемой общим, прецедентным правом (*common law*), в целом, за минусом, понятно, конституций, занимают все же, так сказать, «вторые позиции». Но сами по себе эти факты примечательны. Примечательно и то, что в странах общего, прецедентного права, несмотря на глубокие и исторически оправданные традиции системы *common law* и несмотря на все трудности и предшествующие неудачи, вновь и вновь повторяются попытки перевести в практическую плоскость идеи модернизации действующего права на основе законов, его кодификации¹.

6

В СВЯЗИ С ОТМЕЧЕННЫМИ весьма очевидными достоинствами закона (в полной мере раскрывшимися в праве романо-германского типа) сложился и утвердился в условиях современной цивилизации культ закона, включающий, во-первых, требование незыблемости и священности принципа законности, а во-вторых, веру в примат и величие закона.

И то, и другое в культе закона в практической жизни продемонстрировали свою значимость в качестве антипода произвола и своеволия режимов тирании — средневекового феодализма в годы, предшествовавшие Французской революции, фашистских и коммунистических режимов в XX в.

Вместе с тем вера в примат и величие закона, навеянная идеями Просвещения, стала в какой-то мере отражением нарастающего движения человечества ко всесторонней модернизации, сутью и смыслом которой призваны стать человек, его разум, творчество, созидание, великие духовные ценности.

¹ К тому же известный успех тут все-таки может быть отмечен. Свидетельством этого являются не только во многом удачные примеры официозной (или полуофициальной) систематизации права в США, опыт модельной законопроектной работы, эффект Единого торгового кодекса, но и то, что подобные тенденции все более утверждаются в самой цитадели общего права — Англии. Свидетельство этого — создание в 1965 г. правовой комиссии, перед которой была поставлена задача «пересмотреть все право с точки зрения его дальнейшего систематизированного развития и реформирования прежде всего путем кодификации».

И разве — вновь зададимся вопросом — спустя два столетия после Великой французской революции не закон ли как продукт творчества человека, его сознательной целенаправленной деятельности (и притом — со всем комплексом его очевидных достоинств) должен стать воплощением благополучного существования и развития человечества, его рациональной модернизации, его оптимистического будущего?

7

И ВОТ ТУТ НАСТАЛО ВРЕМЯ остановиться и на том, что закон — феномен *коварный*. Коварный — потому, что порой очевидные достоинства закона, его престиж, и авторитет, и тем более культ закона, застилают «все другое».

Между тем при господствующих до последнего времени в мире (в особенности в странах континентальной Европы) представлениях о величии и верховенстве закона, о его верховной незаменимой роли в жизни людей, нужно знать, что и законы — как, наверное, и все в человеческом бытии — таковы, что их достоинства сопровождаются недостатками. Подчас — значительными, грозящими при неблагоприятных условиях крупными опасностями, бедами.

И самое страшное, губительное здесь заключается в том, что недостатки законов и все негативное, что с ними сопряжено, «прикрыты» культом закона, нерушимостью принципа законности. И в этой связи — находит оправдание в том, что все эти недостатки, негативы — «мелочи», которыми во имя достоинств закона, его верховенства и нерушимости принципа законности можно и пренебречь. А еще лучше — не замечать их вовсе, закрыть на них глаза. Тем более, если в обществе по-прежнему господствуют представления о том, что все, совершаемое в обществе «на основе закона», — это исключительно «внутреннее дело страны».

Не касаясь сейчас всего многообразия возникающих здесь вопросов, остановимся в этой главе на решающем пункте — на тех особенностях закона, которые, обобщенно говоря, можно назвать его «недостатками». А затем, в последующих главах, — на правовых институтах, которые способны их преодолеть и обеспечить в обществе оптимальное юридическое регулирование.

Первое, что характерно для «недостатков» закона, — это его особенности, представляющие собой, сообразно уже отмеченной парадоксальной логике человеческого бытия, *продолжение его достоинств*.

Довольно существен (и одновременно коварен) здесь *ф о р м а - л и з м п о з и т и в н о г о п р а в а*, который в максимальных своих значениях выражается как раз в писанных источниках, в законах. Тот формализм, без которого, напомним, право не может достигнуть того уровня объективизации, качества жесткого организма, когда в полной мере раскрываются и реализуются его достоинства институционального образования, предельно эффективного, не имеющего альтернативы нормативного регулятора. И вместе с тем — тот формализм, который превращает даже самую творческую и светлую идею законодателя в писанный текст (а по словам поэта, «мысль изреченная есть ложь») и именно в законах, во всех официальных документах приобретает крайнее выражение, становится «буквой» закона. И потому в атмосфере культа закона его безусловное величие в значительной мере *канонизируется*. Этому способствует и то обстоятельство, что во имя стабильности и постоянства действующего законодательства складывается в принципе оправданный настрой, в том числе и в среде юристов-практиков, на необходимость предельной осторожности при решении вопросов изменений в действующих законах — процесс, который на практике становится необычайно трудным (и плюс к тому осложняемый в ряде стран, в особенности в отношении конституции, конституционных законов дополнительными формальными требованиями).

И вот здесь нужно, хотя бы в самом общем виде, отметить решающее обстоятельство, касающееся «минусов» закона, которое в следующей главе станет предметом особого рассмотрения. Именно то обстоятельство, что при помощи законов позитивное право становится стабильной, формально-определенной регулирующей силой, рассчитанной на непрерывное действие на неопределенное время вперед, именно это обстоятельство — свидетельство того, что позитивное право оказывается на практике, в реальном бытии все же во многом не совместимым с другим его важнейшим качеством, имеющим для позитивного права ключевое значение, — с его предназначением быть *живым правом*.

Другим существенным «недостатком» закона, представляющим собой продолжение его достоинств, является возможность *законодательного творчества* — возможность целенаправленного создания юридических форм по свободному усмотрению законодателя, в идеале — на основе сильного и оригинального ума законодателя, данных науки, разработок отдельных видных правоведов и политических деятелей (примеров здесь немало, начиная с деятельности Наполеона при подготовке ФГК, да, пожалуй, и с более исторического времени,

древнейших эпох, когда многие законы имели «авторский» характер, носили имя своего создателя). При всем значении этого достоинства закона, связанного в немалой степени опять-таки с возможностью формулирования нормативных обобщений высокого уровня и систематизацией правового материала, надо видеть и то, что «продолжением» этого достоинства закона также могут быть существенные огрехи, потери в качестве права, его действительности, жизненности. Даже тогда, когда законотворчество, приобретающее порой сугубо авторский характер, а порой и характер произвольного сочинительства, касается только самой правовой материи¹.

Благодаря усилиям разработчиков закона, которые могут отражать известные политические установки или своеобразные авторские воззрения, а то и вольное сочинительство, благодаря всему этому позитивные свойства права (такое, в частности, как его уникальная, в принципе социально существенная способность достигать максимальной определенности в содержании юридического регулирования) могут приобрести гиперболизированный, неадекватный, не отвечающий потребностям жизни характер и отсюда — негативное социальное значение².

В свою очередь стремление к совершенству выражаемых в законе юридических понятий, которое овладело немецкой юридической наукой (пандектистикой) с конца XIX в., привело к другому, далеко не всеми разделяемому и всеми понимаемому явлению — к «онаучиванию» действующего права, к «арифметике понятий».

¹ Вот один из случаев подобного рода. Подготовка проекта ГК Португалии, строящегося по модели Французского гражданского кодекса, производилась благодаря персональным усилиям видного правоведа Ферейры Борхеса. И это, как выяснилось позже, привело к тому, что в Кодексе, вступившем в силу в 1867 г., оказались искусственные, надуманные построения, отражающие своеобразные взгляды этого теоретика права (в частности, само построение весьма обширной части Кодекса, посвященной приобретению права собственности, оказалось подчиненной главным образом теоретическому принципу — сопряжено ли это приобретение с «участием третьих лиц»).

² Это случилось, например, с одним из первых системных законов, который можно отнести к кодексам XIX в., — с Прусским всеобщим земским правом, созданным по инициативе Фридриха II, который хотя и прослыл «учеником философов-просветителей», еще не отказался от патерналистской направленности в политике и законодательстве. И в этой связи, как свидетельствуют литературные источники, «король хотел, ничего не меняя в обществе, указать каждому точно, во всех деталях, наглядно, по-отечески и доходчивым языком то место, которое ему предписано занимать в государстве как в некой совокупности индивидов», а в этой связи — в Кодексе получила реализацию, казалось бы, перспективная заданность на максимальную определенность, всеобщность и беспробельность регулирования. Но, как это на первый взгляд ни парадоксально, именно «эта потребность во всеобщности и беспробельности кодекса... привела к полному отказу от разработки в нем совершенных юридических понятий» (*Цвайцерб К., Кёмц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 212).

Ярким (и по-настоящему выдающимся) примером достоинств и сопровождающих их недостатков закона, выраженном в «онаучивании» права, стало крупное достижение законодательной культуры на рубеже XIX и XX вв. — Германское гражданское уложение, пришедшее на смену 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 «обращен не к гражданам, а к экспертам права. Он труден для восприятия и понимания, лишен просветительского воздействия на читателя, поскольку в нем отсутствует наглядность и конкретность в походе к предмету регулирования. Наоборот, материал изложен языком абстрактных понятий, который должен казаться непрофессионалу, а часто и иностранному юристу во многом непонятным»¹.

Германское гражданское уложение подчас определяется как некий «совершенный юридический арифмометр» — законодательный документ, в котором «за высший критерий оценки берутся точность, ясность и исчерпывающая полнота норм, что, однако, часто достигается с помощью топорного канцелярского стиля, сложного построения фраз и прямо-таки готической громоздкости даже в тех случаях, когда живой и наглядный стиль был бы более уместен...»².

На мой взгляд, в приведенных суждениях и оценках, как говорится, краски сгущены, по ряду пунктов — весьма существенно. Отмеченные минусы Гражданского уложения Германии, связанные с восприятием и доходчивостью закона, конечно же, есть. И в этой связи можно понять, почему ГГУ в своем, так сказать, натуральном виде, в отличие, например, от ФГК, не был реципирован другими странами (за исключением, пожалуй, России — в проекте российского Гражданского 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 мину-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 222.

² Там же.

сы, 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 будет показано в последующем, широкое признание и распространение в мире.

Вернемся, однако, к характеристике других «недостатков», присущих закону, в особенности к утверждающейся на его основе идеологии, культуре закона.

8

КУЛЬТ ЗАКОНА, свойственный в основном юридическим системам стран континентальной Европы, порождает не только особый тип правосознания (с постулатами — «закон — это закон», «плох закон, но это закон» и т.д.), но и решающим образом влияет на юридическую практику (в значении практического опыта применения закона), на функционирование всей юридической системы. Здесь — два наиболее существенных вопроса.

Прежде всего, судебная и иная юридическая деятельность начинает пониматься в качестве чуть ли не *механической «техники», простейшей элементарной процедуры, простого распространения предписаний закона на тот или иной случай жизни*. Даже — некоего обычного-преобычного формально-логического силлогизма, когда в виде «большой посылки» рассматривается закон, «малой посылки» — жизненный случай, а вытекающее из них «заключение» (судебное решение) — не что иное, как буквальный вывод из предписаний закона в отношении данного случая. И нет здесь ничего трудного, сложного, вся юридическая практика при таком подходе сводится, в сущности, к тому, чтобы найти нужный закон, вывести из него решение применительно к данным фактам, и все в этом решении должно строго соотносываться с положениями закона — «точка в точку», «буква в букву»¹.

¹ В соответствии с исходными фактическими данными и ориентировкой на российский право именно такой подход изложения материалов «азбуки права» использован в недавно изданной книге по комплексным теоретическим правовым проблемам, в том числе по проблематике закона, применения и толкования права (см.: Право. 1999. С. 70–141). Вместе с тем, наряду с констатацией односторонности указанного «почвенного» подхода, имеющего традиционно российский и даже — прогерманский характер, необходимо иметь в виду, что общие положения о догме права связаны к тому же с центральным звеном юридической материи — решением жизненной ситуации (Там же. С. 30, 142–150) и в таком виде важны в качестве исходных данных для определяющих особенностей права, в том числе — с позиций теории и философии права.

И – второе. Из рассматриваемых представлений о законе вытекает и концепция его толкования, имеющая существенное значение и для практики юриспруденции, и для важнейших сторон правосознания. Юридическое толкование здесь сводится в основном к *толкованию закона*, притом – по своей основе и сути – *буквальному, грамматическому, формально-логическому* толкованию, когда его смысл состоит прежде всего в уяснении содержания существующего законодательного текста, а в тексте – «воли законодателя», когда толкования ограничительного или распространительного порядка являются исключениями из общего правила.

Во всех этих подходах в практической деятельности и в состоянии правосознания на этот счет есть позитивные стороны. Но есть здесь и нечто такое, что должно насторожить даже самого последовательного приверженца верховенства закона, заставить его вновь и вновь обращаться и к позитивным сторонам, и к настораживающим симптомам такого рода представлений и правовой идеологии.

9

ВОЗМОЖНО, наиболее многозначительное обстоятельство, способное поколебать представление о безукоризненно положительных качествах закона и отсюда о его безусловном верховенстве (и тем более о какой-то оправданности некоего культа закона), заключается в том, что реальные факты, порождающие такого рода представление, не являются всеобщими, они не затрагивают все национальные юридические системы, все их семьи.

И речь здесь идет не только и, пожалуй, даже не столько о неотдифференцированных правовых системах – исламской, китайской, индуистской, византийской (где, по меткому выражению Р. Давида, само слово «право» употребляется за неимением другого, более точно отвечающего сути явления), сколько об общем, прецедентном праве.

Хотя и здесь, в сфере общего права, нередко слово «закон» по самой его этимологии используется для придания юридической материи большей социальной значимости, исторически, по генетике действующего права сами законы (статуты) до XIX в. занимали в правовой жизни общества весьма скромное место. Как и в древнеримском праве, их издание рассматривалось долгие века и во многом рассматривается ныне в качестве крайней, вынужденной меры, оправданной главным образом в случаях, когда возникала потребность «навести порядок» – устранить те или иные недостатки, провести серьезную новацию в экономической или социальной жизни.

Правда, начиная с XIX в., а в особенности в современную эпоху, масштабы законодательной деятельности в Англии, США, в других странах общего права существенно расширились. Но и в настоящее время статутное право рассматривается и доктриной, и практикой в качестве такого феномена, который не только должен соотнобразовываться с *common law* (действующим общим, прецедентным правом), но именно в связи с этим последним только и получает реальное юридическое значение.

Главное же заключается в том, что «набравшее силу» общее право, являя собой «обнаженный» нормативный регулятор, способный непосредственно реагировать на требования жизни (в том смысле, о котором говорилось ранее), *в практической жизни по большинству экономических и социальных проблем с успехом решает те же задачи, что и право, выраженное в законе*, и плюс к тому *непосредственно обладает качеством живого права*. То есть в принципе представляет собой регулятор такого же уровня и порядка, как и «право на континенте», право, выраженное в законе.

Более того, как свидетельствует проведенный в литературе сравнительный анализ, законы (статуты) сообразно господствующей доктрине и по обыкновениям практики в Англии, в других странах общего права рассматриваются как нечто дополнительное, вводимое в юридическую ткань практической жизни «по случаю», — то, что все равно, несмотря на необходимость и известную позитивную роль, все же нарушает гармонию общего, прецедентного права и что оно вынуждено терпеть.

Отсюда — следствия юридико-технического порядка, касающиеся и построения самого закона (статута), и его толкования.

Законы в условиях доминирования общего права изначально строятся с расчетом на то, что это действие будет ограничено строго определенными рамками. В этой связи для них характерен усложненный, многослойный язык, с повторяющимися пояснениями того или иного законодательного положения и прямыми дефинициями основных понятий непосредственно в законодательном тексте (когда, по словам одного из правоведов, происходит «оснащение закона своим собственным словарным запасом» — явление, порой воспринимаемое, увы, в качестве будто бы «достижения юридической техники вообще» и используемое при составлении законов и в иных по юридическому строю национальных правовых системах, например, российском праве).

Таковы же особенности концепции и техники толкования законов, в соответствии с которыми законы (статуты) в рамках общего права следует толковать не просто «буквально», но и с тенденцией на огра-

нительное их понимание и применять строго к тем случаям, которые прямо и однозначно подпадают под его содержание¹. Сообразно этой доктрине в технике общего права получили разработку строгие правила и критерии, направленные на обеспечение в основном ограничительного толкования статутов. По свидетельству специалистов по сравнительному праву, лишь в настоящее время в условиях сближения юридических систем демократически развитых стран ситуация меняется: «...в Англии в последние десятилетия все отчетливее осознают, насколько важно как можно быстрее освободить судью от цепей юридико-технических доктрин толкования, предоставив ему больше свободы в обращении с законом, и превратить его в партнера, а не в противника законодателя при толковании закона»².

10

НАКОНЕЦ, такой «недостаток» закона, который хотя и может под известным углом зрения рассматриваться в качестве продолжения его достоинств (поскольку имеется в виду важная для права писаная форма закона, его авторитет, престиж), но в целом все же должен быть отнесен к его особо тревожной, потенциально остронегативной черте.

Речь в данном случае идет об использовании *формы закона*, а также престижа, авторитета закона для решения задач по одному лишь усмотрению власти. По сути дела — о произволе, самодурстве власти, а порой просто о капризе правителя, *облекаемых в форму закона* и потому создающих впечатление о том, что перед нами нормальное положение вещей — «все делается по закону».

И беда в том, что сама конструкция закона как юридической формы — официального юридического документа — в принципе допускает произвольное, со ссылкой на «волю законодателя» ее использование (тем более — если в обществе все же существуют какие-то демократические институты, относящиеся к законодательной деятельности). И тогда, при таком произвольном использовании формы закона, последняя может стать *средством для создания иллюзий будто существующего в стране*

¹ К. Цвайгерт и Х. Кётц приводят такое мнение английского правоведа: «Консервативно настроенные английские судьи иногда используют упомянутые принципы толкования для ограничения или обхода несимпатичных им норм современного социального законодательства. Они утверждают, причем часто аргументированно, что нормы этого законодательства ограничивают свободу договора, основанную на общем праве, и потому должны толковаться ограничительно» (*Jackson. The Machinery of Justice. 1977. P. 472 sqq.* Цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 397).

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 401.

«законного» порядка и даже будто бы проводимых в обществе каких-то преобразований, отсюда — стать инструментом пропаганды, а порой — и это явление особо негативного свойства — *элементом тиранического (авторитарного или тоталитарного) режима власти.*

К сожалению, авторитет и престиж формы закона — все то, что может быть названо «культом закона», приводит к тому, что во многих случаях в странах с неразвитой правовой культурой произвольное использование формы закона рассматривается в качестве явления нормального, во всяком случае — терпимого. Пусть торжествует «воля законодателя» — лишь бы все в этой области было формально правильно, в частности — новые законы были бы согласованы с другими, ранее принятыми законами да не нарушались бы установленные процедуры их принятия и вступления в действие.

Между тем, с точки зрения сути и исторического предназначения права государственный произвол в виде «воли законодателя» — явление потенциально негативное, несущее под флагом «законности» серьезные опасности, сопряженные с тираническими режимами власти, возможность тяжких бед для человека, для общества в целом. Словом, здесь сложная и горячая проблема, требующая к себе повышенного внимания и решения с последовательно принципиальных позиций, относящихся к соотношению «права» и «закона».

Весьма симптоматично, что в развитых демократических странах происходит своего рода (будем надеяться — умеренное, по делу) *развенчание* закона, преодоление его культа. Большинство современных правоведов, придерживающихся последовательно демократических позиций, относят идею о безусловном верховенстве закона, о безоговорочной его ценности к представлениям XIX в., сориентированным на тиранический режим власти, на государство авторитарного типа.

Передовые правоведы демократически развитых стран сетуют даже на то, что «решения судов высших инстанций стран континентальной Европы до сих пор несут на себе следы традиций авторитарного государства прошлого века. Это заключается прежде всего в том, что судебное решение — анонимный акт государственной власти. Тем самым уважающему авторитет власти подданному хотят продемонстрировать величие закона и по этой причине скрыть, что судья не мог принять решение на основе мыслительных, точно выверенных логических операций...»¹.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 395. Авторы утверждают даже, что в современных условиях «закон теряет свои господствующие позиции всеобщего регулирования и превращается, по словам Рабеля, в простой инструмент всеобщего убеждения» (Там же. С. 403).

Во многом такое преодоление культа закона выражается в отрицательном отношении к идеям юридического позитивизма, которые и впрямь достоинства права решающим образом связывают с преимуществами закона, его положительными чертами (что и обусловило господствующие концепции юридического толкования, «альфу» и «омегу» которых образовывали представления о том, что будто бы «высший смысл» и конечная задача юридического толкования — это установление по каждому конкретному случаю «действительной воли законодателя», и ничего более).

Одновременно нужно отдавать ясный отчет в том, что преодоление «культа закона» имеет свои границы. Оно не должно привести к тому, чтобы с «грязной водой был бы выплеснут и ребенок», в данном случае — к тому, чтобы были перечеркнуты достоинства закона, и в этой плоскости — его вполне обоснованный авторитет и престиж, а отсюда — подорваны сами основы принципа законности в обществе. Или, во всяком случае, чтобы не принималось во внимание исторически неизбежное с позиций правовых идеалов в принципе позитивное значение этапа известной абсолютизации закона на пути к действительно торжеству права — права человека — в жизни общества.

11

ВМЕСТЕ С ТЕМ вот какой момент представляется принципиально важным.

При всем «коварстве» закона и при всем значении других источников права, именно *закон остается и, по всем данным, останется всегда ключевым звеном правового развития*¹. Достоинства закона, в особенности в его классическом, «европейском» выражении, отражающем интеллектуальные и духовные греко-римские истоки современной цивилизации, — это всепланетные ценности культуры, соответствующие — как ничто иное в юридической области — нынешним потребностям человечества, необходимости модернизации общества, его восходящего оптимистического развития.

Недаром же общее, прецедентное право, отличающееся уникальными свойствами, тем не менее «тянется» к законодательным формам, в осо-

¹ Вполне справедливо в современной литературе, с немалой критичностью относящейся к самой возможности зависимости сравнительно-правовых исследований от «росчерка пера законодателя», утверждается вместе с тем, что «классификация правовых систем по правовым семьям, равно как и образование последних, в значительной степени обусловлена временем и постоянно подвержена влиянию законотворческой деятельности...» (Там же. С. 104).

бенности — к их наиболее высоким, совершенным видам — к кодификации. Едва ли также можно считать случайным и тот уже ранее отмеченный факт, в соответствии с которым происходящее ныне становление права молодых африканских государств, сравнительно не так давно завоевавших свою независимость, во многих случаях идет по пути кодификации, опирающейся на ценности своего обычного права (и что вообще поразительно — с участием зарубежных специалистов из университетов, в которых господствуют традиции общего, прецедентного права).

Но как же тогда быть, возникает вопрос, с недостатками законов — и с возможностью произвольного, порой «антиправового» их использования государственной властью, и с их органическим пороком, известным «омертвлением» законодательных форм, их неспособностью в достаточной мере осуществлять исконное предназначение права — быть «живым регулятором»?

В этой связи надо видеть, что развитие юридической науки и позитивного права в странах, где ведущим правовым источником является закон, одной из существенных своих сторон концентрируется как раз на поиске способов преодоления указанных недостатков закона.

Конечно, из наиболее существенных недостатков закона, его наиболее болезненное и тяжкое «коварство», когда закон становится антиподом права, преодолевается в ходе модернизации социального строя, нормального политико-государственного развития стран, характерного для эпохи перехода человечества к либеральным цивилизациям.

Это — *демократизация* политической и правовой систем, в процессе которой законы, начиная с первых демократических новаций в Англии и, в особенности, со времени Великой французской революции, стали своего рода знаком и символом истинной демократии и выражением права в его высокой социальной, мирозданческой значимости как права человека¹.

¹ Особо существенное значение в этом отношении принадлежит двум государственно-демократическим процессам и соответствующим государственно-правовым институтам.

Первое — это такая демократическая организация социальной жизни, при которой строго, неукоснительно, без каких-либо исключений проводятся, по крайней мере, такие демократические принципы: а) принцип разделения властей, б) принцип разделения нормативных актов на законодательные и подзаконные и в) издание законов — монопольное право высшего представительного органа страны, парламента.

Подробное рассмотрение указанных демократических принципов выходит далеко за пределы настоящей работы. Пожалуй, есть лишь смысл сослаться на слова Канта, который полагал, что организация власти на началах «республиканизма» — высшего государственного выражения демократии «есть государственный принцип отделения исполнительной власти (правительства) от законодательной», и с этой точки зрения «деспотизм (прошу внимания к выделенным мною курсивом словам. — С.А.) — принцип самовластного исполнения государством законов, которые оно само себе устанавли-

Но процессы демократизации, выраженные в совершенствовании законодательной деятельности и контроле за ней, имеют и другую сторону. В частности, подчинение издания и порядка изменения законов жестким правилам и плюс к тому — сама атмосфера законодательной деятельности, осуществляемой в условиях конституционно-судебного надзора, упрочивая его качество постоянно действующего стабилизирующего фактора, в то же время как бы обостряют негативные, коварные свойства закона. Они делают законодательство более «неподвижным» — таким, когда оно само по себе менее способно непосредственно и адекватно реагировать на быстро меняющиеся жизненные факты, все новые и новые ситуации, требующие правового решения. Практика свидетельствует, что назревшие изменения в законах реализуются с большим трудом, часто с опозданиями (когда порой требуется уже иное типизированное нормативное решение), а то и вовсе не реализуются. В особенности это касается кодексов, где все их компоненты в той или иной мере (порой — значительной) взаимоувязаны, притерты друг к другу, строятся на единых принципах и где, бывает, казалось бы незначительная новация не может не породить цепную реакцию — внесение корректив и в другие нормативные положения (что во многих случаях «по принципу домино» влечет за собой новые витки юридической дисгармонии).

вает, так что публичная воля выступает в качестве частной воли правителя» (Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 381).

А в этой связи должно быть придано высокое значение (с учетом многочисленных фактов, подтверждающих, кажется, не понятую до сей поры основательность мысли философа) *монополии парламента на издание законов*, т.е. в принципиальном и практическом отношениях — такой порядок в государственной организации общества, когда в большинстве случаев удается при развитых парламентских процедурах устранить саму возможность произвола, облакаемого в форму закона (в «большинстве случаев», но — увы — не всегда: случаются подтверждаемые историей факты «парламентского тиранического самовластия», установления парламентом законов только «для самого себя», в том числе — для обеспечения своего высокого статуса и обширных привилегий).

В т о р о е — это формирование и строго правовая деятельность специального органа в системе судебной власти — конституционного суда (совета). Примечательно, что от первого в истории практического воплощения принципа «разделения властей» — опыта североамериканской государственности (где конституционно-контрольные функции выполняет высшая инстанция общегражданской юрисдикции — Верховный Суд) создание особого юрисдикционного учреждения, конституционного суда, оказалось принципиально необходимым в тех странах, в которых основным источником права является закон. Именно необходимость того, чтобы все законы строго соответствовали демократическим началам, закрепленным в конституции (а в закреплении таких начал и кроется смысл основного закона страны, подчиняющегося особой процедуре принятия и изменения его положений), является, надо полагать, главная *идея* и основной *смысл* рассматриваемого государственно-правового института.

Так что проблема преодоления недостатков и коварства закона (в особенности в обстановке культа закона, тем более провозглашаемого принципа «диктатуры закона») является важнейшей, одной из наиболее острых проблем демократического правового развития.

Решение этой проблемы во многом сопряжено с характеристикой существенной особенности права, которой юридическая наука далеко не всегда уделяет должное внимание (она отражена в самом названии данной части книги), — с тем, что по самой своей природе самая развитая юридическая система должна оставаться *живым правом*.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ ЖИВОЕ ПРАВО

1

КАК БЫ НИ БЫЛО РАЗНООБРАЗНО и разнолико право в те или иные исторические эпохи, в тех или иных регионах, странах, правовых ареалах, оно везде и всегда *призвано оставаться п р а в о м* — системой, обеспечивающей решение жизненных ситуаций. Причем такое решение, которое должно быть твердым, строго определенным, гарантированным и одновременно — окончательным, единственным в данном сообществе, имеющим надлежащее нормативное основание. И в этой связи — с предельной общественной значимостью свидетельствующее о правомерном или неправомерном поведении (о том, «кто» и на «что» имеет или не имеет право и какие юридические, обязательные последствия — и для данных лиц, и для всех окружающих — в этой связи должны наступить).

Отсюда — не только органическая связь права с государственной властью (она, власть, все время пребывает за его «спиной», снабжая реальной силой его свойства, а подчас и прямо ее проявляя), но и неизбежное — отчасти в этой связи — существование в праве «набора» юридических средств, юридических конструкций, типовых построений правомочий, обязанностей, ответственности — юридических норм, при помощи которых позитивное право обеспечивает решение жизненных ситуаций.

Все это (все, что делает «право правом» в точном и строгом значении данного понятия) и есть то общее и единое, что характерно для

позитивного права везде и во все времена. Это общее и единое характеризует позитивное право — и здесь центральный пункт рассматриваемой группы вопросов — не только как институционное образование («жесткий организм»)¹, но и как *ж и в о е п р а в о*.

И тут надо вспомнить, что по своему изначальному, исконному предназначению право призвано *решать жизненные ситуации*. Да, решать твердо, давать единственный, окончательный ответ на нормативной основе. Но при всем том речь-то идет о нашей «живой жизни», о самых различных случаях — нередко неповторимых, нетрадиционных, по крайней мере — всегда отличающихся такими особенностями, которые трудно, а подчас и невозможно подогнуть 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 то стремительно, то вяло, но всегда непрерывно текущее время, не исключено, будет уже поздно, да и само время будет другим, и потребность в решении ситуации может исчезнуть, и обстоятельства жизни окажутся иными.

С этих позиций разве не так уж неправы мудрецы Востока (в особенности конфуцианской ориентации), определявшие общий правовой строй ряда восточных цивилизаций? Ибо там сообразно сложившимся правовым порядкам предпочтение при решении «частных дел» отдавалось не государственным судьям (где, по мнению конфуцианцев, господствуют «варварские нравы», «сухая логика», «схематичное и упрощенное регулирование»), а «дружеским переговорам» с наце-

¹ По мнению замечательного русского правоведа Б.А. Кистяковского, «правовую реальность следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведением литературы и музыки — с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго...» (*Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права*. М., 1916. С. 336). Близкие мысли высказывал и И.А. Покровский, полагавший, что «юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность» и пояснявший этот тезис на феномене, который привлек внимание правоведов, прежде всего 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.» (*Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права*. М.: Статут, 1998. С. 147).

ленностью на компромисс и на «сохранение лица» всех заинтересованных людей в данной ситуации, конфликте.

Глубокий духовный смысл в таких порядках, конечно же, наличествует (и не дай Бог в эйфории восторгов перед «процветающим Западом» нам об этом глубоком смысле забыть!). Но все это оказывалось возможным в прошлом и, по-видимому, имеет и будет иметь значение в будущем только в обществах, где господствуют духовные ценности и императивы (понятно, теперь, в наше время — в современном содержании и значении); причем — так, что под их всепроникающую эгиду подпадают и государственная власть, правосудие, судебная система в целом. Где, следовательно, и при таком господстве начал духовности обеспечивается твердость, определенность, гарантированность решений жизненных ситуаций. А это — как мы видели — возможно только при надлежащей институциональности права, раскрывающей его уникальные регулятивные юридические достоинства.

Значит, речь-то, в сущности, идет о *совмещении несовместимого*. Требуется каким-то образом соединить твердость юридического регулирования и изменчивую, метущуюся, трепетную жизнь. И тем самым обеспечить постоянство, гарантированность принимаемых правовых решений и непрерывно меняющиеся, порой бурно и стремительно, обстоятельства нашего бытия.

И значит, позитивное право, оставаясь твердым и жестким организмом, стабилизатором в жизни людей, должно быть динамичным, точнее (если использовать на первый взгляд не очень строгое, для юриспруденции непривычное, даже чуждое, но на самом деле предельно адекватное понятие) — *живым*.

«Живым» не в смысле действующего права (это само собой разумеется), а в смысле того, что оно должно *отвечать как сегодняшним требованиям изменяющихся общественных отношений, так и требованиям данной ситуации, заложенной в ней правовой сути*. И как раз в этом значении — «совмещать несовместимое»: оставаясь твердой, постоянной основой для решения жизненных ситуаций, реагировать на поток неустанно текущей жизни, на все ее повороты с их стремнинами, перекатами, порогами. И плюс к тому еще — *все время оставаться фактически осуществляемым, работающим, непременно завершающимся вынесением решения по данной ситуации, делу*.

Как, каким путем, при помощи каких юридических средств позитивное право как жесткий организм (особенно тогда, когда право выражено в законе) вместе с тем могло бы быть и постоянно оставаться *живым*?

РАССМАТРИВАЕМАЯ ОСОБЕННОСТЬ позитивного права (его, если угодно, *тайна*), 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, 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, кто 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, который, 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 образца совершенных понятий и утонченных конструкций («писаного разума»), определял как «право повседневности», «право мгновения», «блестящий пример права из чисто *практической* жизни эпохи» и полагал даже, что «римское право перестало быть для нас источником вечно значимых фундаментальных понятий. Для нас оно ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями. Оно может научить нас тому, как на основании *собственного* опыта выстроить собственное право»¹.

С этих позиций О. Шпенглер делал обобщающий вывод, склоняющийся к тому, что «право — *произвольная* форма существования вне зависимости от того, было ли оно признано на уровне чувств, импульсивно (неписаное право, обычное право, equity) или абстрагировано посредством обдумывания, углублено и приведено в систему (*закон*)»².

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 87.

² Там же. С. 380.

А юриспруденция — это *опытная наука единичных случаев*, одухотворенная техника. Отсюда — его весьма резкие суждения в отношении современной юриспруденции («то, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права»¹) и в отношении современного права («наше право в понятийном отношении бессильно перед лицом великих фактов сегодняшней экономики»²). На его взгляд, «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»³.

Все эти глубокие суждения (сопровожаемые блестящим анализом фактов из истории права и юриспруденции), к сожалению, сконцентрировались на том действительно фундаментальном положении, в соответствии с которым при осуществлении регулятивной функции права последнее должно быть *живым* — органически вплестаться в реально существующие и функционирующие отношения, органически входить тем самым в наличное на данное время экономическое, культурное, духовное бытие.

Однако такая основательная трактовка права О. Шпенглером все же не затронула той грани его понимания, которая современной наукой постигается с трудом, но без учета которой невозможно раскрыть особенности позитивного права, — характерное и, пожалуй, тоже фундаментальное для него свойство *жесткого организма, его институциональности* — неперемного условия реализации регулятивного предназначения позитивного права.

Дело, стало быть, не только в одних правовых понятиях (хотя и они важны для институциональности права, и они в известной мере способствуют объективизации права; надо лишь видеть не их формально-ло-

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 84. По мнению автора, «западноевропейский юрист становится филологом, а практический опыт подменяется основанным на всецело на себе самом... опытом чисто логического разложения и соединения правовых понятий. Тем самым нами был совершенно упущен из виду один факт, а именно, что *частное право должно неизменно отражать на себе дух общественного и экономического бытия*. В этом не отдавали себе ясного отчета ни «Code civil», ни прусское земское право, ни Грот с Моммзеном. Никакой хотя бы самой догадки относительно этого подлинного «источника» действующего права не допускается ни подготовкой юридического сословия, ни литературой» (Там же. С. 82–83).

² Там же. С. 84.

³ Там же. С. 86.

гические характеристики, а их суть, смысл, общественное признание, их «втянутость» в действующее право). Существо вопроса — во всей сумме институтов, которые при решении «вопросов повседневности», «мгновения», «сегодняшней практики» — того, что в этой книге названо жизненными ситуациями, способны придать такого рода решениям значение *правовых решений* — твердость, строгую определенность, гарантированность, а также единственность, окончательность.

А в этой связи из поля зрения как раз, при всей основательности приведенных выше суждений, ускользает главная проблема — то, что ранее названо *тайной* права. Как, каким путем — вновь зададимся вопросом — в праве возможно (и в праве как раз удастся!) 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

МЕЖДУ ТЕМ история права уже дала основные варианты ответа на указанную главную проблему — «соединения вечности и мгновения». Причем поразительно, что важнейшие из таких вариантов — увы, мимоходом — подмечены тем же О. Шпенглером. Он отметил, в частности, что представление о праве надлежит получать из устойчивого и строгого обычая общественного и экономического существования¹, и что «самое существенное всякое право предполагает, этого не оговаривая; право обращено к людям, а люди и помимо статутов внутренним образом понимают то, о чем нет нужды говорить», и что «всякое право есть по преимуществу обычное право...»². Отдавая должное судебной деятельности, он справедливо утверждает, что «само судебское сословие продолжает формирование прежнего судебного материала при помощи творческого создания прецедентов, и на основании их практических решений... возникают судебники»³.

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 82. О. Шпенглер утверждает в качестве наиболее обобщающего положения следующее: «Форма социальных образований, в которой конституции внутреннего и внешнего бытия связываются в жизненное единство и... в которой происходит протекание существования, называется *обычаем*, если она непосредственно возникает из его такта и поступи и лишь после этого доходит до сознания, и *правом*, если она *установлена преднамеренно* и после доведена до того, чтобы ее *признали...*» (Там же. С. 380).

² Там же. С. 85.

³ Там же. С. 78.

Жаль только, что под обаянием своей в общем верной идеи о живом праве, а еще более своей генеральной философско-исторической концепции (выраженной в самом названии труда — «Закат Европы») О. Шпенглер упустил из поля зрения качество права как жесткого организма, его институционность и в этой связи столь небрежно отнесся к правовым понятиям, суть и смысл которых заложены еще в античности, — понятиям, которые *через объективное право и правосудие* и в связи со сложившимися юридическими конструкциями, иными объективированными юридическими структурами как раз и выражают способность права достигнуть единства «вечности и мгновения».

Как же объективированные юридические структуры способны «совместить несовместимое» — жесткий правовой организм и живое право?

С точки зрения *истории* права к числу такого рода объективированных структур относятся *обычное право и прецедент*.

Впрочем, это не только вопросы истории.

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, казалось бы, несовместных качеств права*: его свойства жесткого организма (институционности) и особенностей живого права. Ведь нормы обычного права являются нормативной основой *правовых решений* жизненных ситуаций. И, стало быть, решений, которые «во имя права» по самой своей логике при достаточно развитой юридической культуре не могут не опираться на исторически сложившиеся и утвердившиеся, по большей части действительно глубокие основы жизни людей. И вместе с тем перед нами — именно *решения* данных жизненных ситуаций и, стало быть, — 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)¹.

¹ Не случайно такого рода обычаи и получали повсеместно закрепление в *сборниках*, нередко именуемых «законами», — явление, на мой взгляд, в высшей степени знаменательное, наглядно демонстрирующее, помимо всего иного, значение «письма» для позитивного права, его «стремление» непременно стать *писанным правом*.

При этом сделаем ударение и на том, что обретение обычаями качеств позитивного права (а отсюда — совмещение рассматриваемых несовместимых начал — мгновения и вечного) происходит, так сказать, *в контексте права*. Даже авторитарный правитель, принимающий решения на основе обычаев, неизбежно начинает действовать, пусть даже поначалу грубо, примитивно, лишь «в какой-то мере», но все же действовать, *как судья*, т.е. на *правосудных началах*. Тем более это относится к выделяющимся из властной элиты профессиональным судьям. Ибо тут хочешь не хочешь, но

Правовое же решение, дважды, трижды, а потом и многократно повторенное в отношении одних и тех же, точнее, однотипных ситуаций и плюс к тому — вынесенное на правосудных началах, становится по той же логике права *судебным прецедентом*. То есть образцом, эталоном для подобных случаев, словом — *нормой*. И — что особо существенно в отличие от просто обычая (пусть даже и как основы для правового решения) — *нормой, имеющей в основном ю р и д и ч е с к о е содержание*. И в этом исконно юридическом содержании вырисовывается и становится самой сутью прецедента определенная *правовая идея, принцип*.

Вот почему, при всем несомненном единстве обычаев и судебных прецедентов (в литературе по английскому праву, например, последнее порой в одном словесном ряду определяется и как «обычное», «традиционное», и как «прецедентное»¹), 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 начал².

неизбежно вступают в действие логика и вытекающие из нее императивы «правового» — необходимость твердости и определенности решений, придания им общеобязательного значения, ориентация на нормативность и одновременно (что крайне существенно) — на правовую суть данной жизненной ситуации.

Выходит, именно правовые решения жизненных ситуаций, опирающиеся на обычаи, становятся своего рода *концентратом «правового»* — тем *сгустком* исконно юридического, которое «по максимуму» возможно на первичном пласте юридической материи, наиболее тесно связано с самой практической жизнью, повседневными делами, конфликтами, — со всем тем, что в этой книге именуется жизненными ситуациями. И, стало быть, именно здесь, в правосудных решениях, фактически реализуется «несоединимое» — достоинства права как жесткого организма и его свойство живого социального регулятора с его непосредственной реакцией на жизненные ситуации, требующие правового решения.

¹ По мнению Паунда, «юрист общего права рассматривает право как обычное или традиционное...» (*Pound. L. Q. Rev.* 1951. P. 50).

² Обращаю внимание — *судебных прецедентов!* Этот акцент, при характеристике прецедентов, на слове «судебных» — в высшей степени значим. В наших юридических разработках порой говорится о «юридическом прецеденте» вообще, как о нечто будто бы едином и однозначном — «судебном и административном» прецеденте. Между тем, освещая развитие права, в особенности под углом зрения формирования в нем исконных правовых идей, выделение судебных прецедентов имеет принципиальное научное и практическое значение.

Конечно, в условиях сложившейся государственности, да притом — в рамках общего, прецедентного права, существуют устоявшиеся обычаи, конституционно-правовые и административные прецеденты, которые могут приобрести известное юридическое значе-

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, высокочащеваемого 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 целом¹.

ние в области публичного права (в ряде случаев — весьма существенное, как, например, в деятельности парламентов на основе общепризнанных, прошедших горнило многодесятилетней практики традиций; деятельность Парламента в Англии и Конгресса в США дают немало примеров на этот счет). И здесь конституционно-правовые, административные прецеденты весьма близки к судебным прецедентам в строгом значении данного понятия.

Но одно дело — «юридическое значение» в области публичного права в обстановке сложившейся государственности, а другое — «развитие права» в целом, формирование и утверждение в ходе такого развития правовых идей, принципов. Тем более, если речь идет о национальных юридических системах, в которых — и ныне, и в перспективе — существенная роль придается закону.

Вот тут-то первостепенное, пожалуй, по ряду пунктов незаменимое, значение и принадлежит именно судебным прецедентам. В том числе тем, которые вырабатываются в порядке административной юстиции (такой, в частности, как правосудная по своей основе деятельность Государственного Совета Франции, обеспечивающего в области административных отношений действительную защиту прав человека).

При этом, понятно, в данном случае имеется в виду демократическое общество со сложившейся государственностью, а не общество с еще неопределенной, противоречивой политической структурой, порой, увы, демонстрирующей традицию своеволия правителя или административного аппарата, стремление последних подменить закон неким своевольным решением, претендующим на то, чтобы «быть правовым прецедентом» (как это характерно для России в условиях крушения в ней коммунистической системы и попыток встать на путь современного экономического, социального и духовного развития).

В отличие от административных прецедентов в общепринятом их понимании, выражающих практику деятельности административных учреждений и не «заряженных» правосудными началами, именно судебные прецеденты способны как бы «вторгаться» в саму суть права и правового развития. Они складываются на основе типичных, повторяющихся жизненных ситуаций, *требующих правового решения*, и потому в них постепенно кристаллизуется это «сугубо правовое», и не только его внешние составляющие — твердость, определенность по содержанию, общеобязательность, окончательность и т.д., но и заложенные в них глубокие начала — принципы справедливости, разумности, равновесности, добросовестности. Отсюда же острая потребность достаточно жестко и определенно формально *отрегулировать судебный процесс* (который во всех сборниках обычаев, сводных законов типа кодексов неизменно занимает первое место).

¹ Насколько современное общее, прецедентное право в результате долгого исторического развития «сумело», оставаясь твердой, стабильной правовой основой социальной жизни, одновременно проявлять качество «живого регулятора», свидетельствует его зна-

ТАКИМ ОБРАЗОМ, сама логика рассмотрения проблем данной главы возвращает к центральному пункту темы — к закону в его взаимосвязи с требованиями живого права.

Тут прежде всего нужно заметить, что одно из важнейших достоинств закона способствует тому, чтобы требования живого права именно через закон оказались, притом на весьма высоком уровне, реализованными.

Речь идет об *обобщениях, возведенных в закон*.

Наряду с обычаями и судебными прецедентами 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 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 *п р и м е н и т ь у ж е с у щ е с т в у ю щ у ю н о р м у к д а н н о м у с л у ч а ю*.

Дело в том, что нормативные обобщения, возведенные в закон, могут не только вобрать достижения практики в ее уникальных рациональных результатах 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 си-

чение в поддержании демократического режима в стране, в отстаивании демократических ценностей. В юридической литературе справедливо замечено со ссылкой на исторические данные: «...не профессиональные юристы, а литераторы и интеллектуалы, восторгавшиеся идеями Ренессанса и гуманизма, часто клеймили «варварство» и «формализм» общего права и ратовали за введение более ясного и упорядоченного, по их мнению, гражданского права». Между тем, продолжают цитируемые авторы, в сложных процессах становления английской демократии именно «общее право стало важным орудием борьбы парламентской партии с абсолютистскими прерогативами короля благодаря своей жизнестойкости, еще более возросшей за долгие годы развития, и сложной и формалистической технике, с помощью которой удавалось эффективно выскальзывать из железных объятий абсолютистской власти. С тех пор англичане связывают с общим правом мысль о том, что одной из основных его функций является обеспечение гарантий свободы и тем самым выполнение задачи, возложенной на континенте на конституцию, — защищать граждан от мертвой хватки деспотизма» (*Швайгерм К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 295).

туаций в данной области человеческих поступков, отношений. И вот нормативные обобщения высокого уровня, закрепленные и получающие развитие «в законе», при всех возможных здесь негативах, в состоянии повысить способности позитивного права непосредственно («живо») и на высоком правовом уровне реагировать на многообразные жизненные ситуации.

Характерный, думается, пример. В конце XIX – начале XX в. в § 812 Германского гражданского уложения (а затем в проекте российского Гражданского уложения, позже – в ГК РСФСР 1922 г., в современном ГК РФ, в швейцарском гражданском законодательстве) получила закрепление обобщающая абстракция высокого уровня – «неосновательное обогащение», охватывающая все случаи обогащения лица без законных оснований, с последствиями по принципу «верни чужое». Таким образом, 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 проблем¹.

Между тем, как убедительно показал А.Л. Маковский, кондикционное обязательство – это не только уже существующая правовая реальность (когда «обобщение», «абстракция», вошло в саму плоть, «тело» права), но и весьма эффективная правовая конструкция, имеющая субсидиарный характер и благодаря своим юридическим особенностям выполняющая важные правовые функции². С позиций, отстаиваемых в настоящей

¹ С опорой на проведенные основательные исследования (в частности: *Caemerer. Bereicherung und erlaubte Haltung // Festschrift. 1954. N 1. S. 333*) высказано мнение о том, что с позиций сравнительного права «следовало бы создать... обобщающее понятие с единой функцией или несколько обобщающих понятий с различными функциями, каждая из которых, однако, включала бы регулирование проблем, вытекающих из неосновательного обогащения и аналогичных гражданско-правовых нарушений: это может быть реституция в случае неправильно произведенного платежа, посягательства на чужую собственность, неправомерного использования вещей» (*Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 70*).

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М.: Междунар. центр финан.-эконом. развития, 1996. С. 591–603.

работе, важно, в частности, обратить внимание на то, что рассматриваемый институт позволяет на твердой нормативной основе «закрыть» все нестандартные ситуации, решать многообразные случаи, по которым не давали конкретизированного ответа другие, упомянутые выше традиционные правовые институты. В том числе — обеспечивать в субсидиарном порядке надежную защиту интересов собственников, иных потерпевших лиц, а также включать в круг факторов, от которых зависит решение соответствующих дел, обстоятельства морального и гуманитарного порядка (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 — казалось бы, явления, весьма далекие от реальной жизни, — на самом деле, при всех возможных здесь негативах, повышают динамизм права, его способность непосредственно и адекватно реагировать на разнообразные случаи жизни, которые в полной мере невозможно охватить путем даже самой отработанной, дотошной конкретизированной фиксации тех или иных типизированных случаев.

Подводя известный итог юридическим формам, способным обеспечивать «совместимость несовместимого», представляется важным привлечь внимание к тому, что обычаи и судебные прецеденты, а также нормативные обобщения — только элементы или свойства права, позволяющие ему быть одновременно жестким 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, о чем по ряду вопросов попутно говорилось ранее. То, что «живая жизнь» права *реально*, по фактическому *результату* выражается в актах юрисдикционного порядка, прежде всего в актах правосудия, т.е. *в самих решениях* 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.

РАССМОТРЕННЫЕ в предшествующей главе недостатки и коварные свойства закона в странах, где закон является доминирующим источником права, побудили практику и науку выработать особые институты, которые закладывают в содержание законов механизмы, способные придать позитивному праву динамический характер, обеспечивать «решение нерешаемого» — применение действующих юридических норм без утраты ими стабильности к изменяющимся жизненным обстоятельствам.

Это, во-первых, институт аналогии и, во-вторых, институт толкования права.

Аналогия в праве — это вообще, надо полагать, один из центральных юридических механизмов, призванных реально, на практике «делать» действующее право живым и имеющим всеобщую значимость. Ведь по самой своей сути первичный источник права — прецедент, в особенности прецедент по классическому английскому праву, — это не что иное, как аналогия в широком ее значении. То есть принцип, в соответствии с которым данное юридическое дело решается *так же*, как было решено подобное дело раньше. А это и есть аналогия! — поскольку перед нами все же иной жизненный случай, и решать «так же» — значит решать *аналогичным* образом.

Подобную же картину мы имеем в сфере права, выраженного в законе.

Аналогия права здесь, при известной условности используемой в данном случае терминологии, представляет собой:

л и б о такой способ применения права, когда при решении жизненной ситуации, прямо не предусмотренной в нормах действующего закона, применяется *сходная* юридическая норма; и такой вариант аналогии получил название *аналогии закона*;

л и б о такой способ применения права, когда при решении жизненной ситуации, требующей правового решения, отсутствует пригодная для данного случая *сходная* норма и решение исходит из *начал и смысла действующего права*; такой вариант решения получил название — именно тут с весьма большой долей условности — *аналогии права*.

Хотелось бы привлечь внимание ко второй из указанных разновидностей аналогии в праве. Она в сущности открывает путь к судебному правотворчеству. С этой точки зрения наблюдаемый во всем мире процесс усиления позиций судебного права с формальной стороны находит в институте аналогии, без колебаний признаваемой в тех или иных вариациях в национальных законодательствах, достаточно прочную юридическую опору.

Существенную роль в «оживлении» действующего законодательства играет и *толкование права*. Сводимое по изначальным канонам романо-германского права к буквальному уяснению «воли законодателя», юридическое толкование, во-первых, допускает без установления сколько-нибудь существенных формальных ограничений возможность *распространительного толкования*, когда признается выход суда при решении юридического дела за пределы «буквы» закона, а главное — даже в рамках буквального толкования оно повсеместно понимается господствующими доктринами в качестве уяснения воли законодателя *применительно к существующим фактическим условиям и обстоятельствам*. Примечательно, что в последнее время даже в отношении буквального толкования на практике все более утверждается тенденция к тому, чтобы исходить из *идеи* или *принципа*, содержащихся в данных нормах (явление, надо заметить, однотипное с аналогичными тенденциями в общем, прецедентном праве), и отсюда — к ориентации на широкое понимание «воли законодателя», которая вводит, по пониманию интерпретатора, факты сегодняшнего дня в круг обстоятельств, охватываемых «по идее» текстом закона.

6

ВМЕСТЕ С ТЕМ, при всей основательности разработок по вопросам аналогии и толкования, ведущихся в странах романо-германского права, при всех порой ухищрениях юридической мысли и отработанных законодательных установлениях по аналогии и толкованию, сами по себе такого рода разработки и законодательные юридические механизмы не решают проблему. Как таковые они даже на самых высоких уровнях нормативной проработки не превращают систему формально-определенных юридических норм в *живое право*. Хотя бы по той причине, что во всех случаях они лишь дают известные формальные предпосылки для того, чтобы устаревшие или изначально несовершенные законы могли соответствовать изменяющимся требованиям реальной жизни, а в целом — чтобы с этими требованиями соотносилась вся действующая юридическая система.

Да и с фактической стороны применение закона, использование аналогии права и его толкование — это *дело с у д а*. Всей системы учреждений юрисдикции. И значит, все сказанное ранее, относящееся и к доктрине, и к закону, само по себе — всего лишь такое состояние политико-правовой действительности, существующей в данном государстве и в данное время, которое представляет собой только *общий настрой (фон), опреде-*

ляющий возможности и пределы судебной деятельности. Притом деятельности, в которой наряду с отмеченными доктринами и юридическими механизмами первостепенную роль приобретает *искусство* правоведов-практиков, которое — как всякое искусство — образует порой непостижимое соединение таланта, опыта и тайны, ведомой только ее обладателю.

И тут изложение материала, сделав значительный круг, казалось бы, в сугубо абстрактных рассуждениях, возвращает нас к начальному пункту, с которого по сути дела, во многом, скажем так, и по историческим данным, и по юридической логике *начиналось право*, — к суду, прецедентам, решениям юридических дел — словом, к судебной практике.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ ЗАКОН И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

1

ЕСТЬ ЧТО-ТО МНОГОЗНАЧИТЕЛЬНОЕ и основательное в том, что судебная практика не только является источником и стержнем удивительно своеобразной, уникальной семьи юридических систем — общего, прецедентного права, но и «приходит на помощь» своему, по мнению многих специалистов, юридическому антиподу — праву, выраженному в законе, в кодексах (праву, относимому преимущественно к романо-германской семье юридических систем).

Здесь, в отношении закона и судебной практики, обнаруживаются различные, порой неожиданные и парадоксальные, проявления и стороны их взаимосвязи. Наиболее существенные из них касаются следующих трех проблем:

во-первых, правосозидающей функции судебной практики и ее «восполнительной» роли по отношению к закону;

во-вторых, зависимости места и роли судебной практики от закона, его качества и его своеобразных форм, институтов;

в-третьих, обретения судебной практикой (судебными прецедентами) и в условиях, когда действует принцип верховенства закона, своих собственных, исконных функций.

Обратимся к краткой характеристике этих существенно важных сторон взаимосвязи закона и судебной практики, которые позволяют обрисовать состояние юридических систем в современную эпоху, а в последующем с более основательных позиций рассмотреть перспективы и направления развития права в будущем.

ФУНКЦИЯ судебной практики, которая может быть названа «правосозидающей» (здесь и дальше речь идет о правовых системах романо-германского типа, в которых действует принцип верховенства закона), — это, по широко распространенному мнению, функция «обратной связи».

Действительно, в сфере судебной практики концентрируется опыт применения закона, притом — опыт в юридически значимом выражении, по наиболее острым экономико-социальным и одновременно юридическим проблемам. Именно здесь довольно быстро обнаруживаются недостатки закона и одновременно — уже вырисовываются оптимальные варианты их устранения, иные предложения по совершенствованию, модернизации законодательства, базирующиеся на юрисдикционной практике. И потому в науке, в области законотворчества уже давно признано, что судебная практика — это основной полигон проверки жизненности закона и решающий источник — по принципу «обратной связи» — его совершенствования в ходе последующей законотворческой деятельности.

Нередко в науке и в практической юриспруденции характеристика функции судебной практики, которая может быть названа «правосозидающей», этим, по сути дела вспомогательным, ее назначением и исчерпывается. Последовательные приверженцы исключительности закона как источника права исходят из того, что при всей важности опыта применения права, выраженного в судебной практике, единственной основой для решения жизненных ситуаций — и сейчас, и в будущем — должен оставаться только закон. Отсюда — доминирование в науке и в практической жизни концепции (ее нередко называют «школой толкования»), в соответствии с которой при помощи толкования, преимущественно — грамматического, формально-логического, систематического, а также при помощи аналогии должна быть установлена «действительная воля законодателя» — только она может служить основой решения юридических дел, только она и ничего более.

Для сферы публичного права такое понимание соотношения закона и юридической практики (не только судебной, но и административной, контрольно-надзорной и «самой» законодательной) является в принципе оправданным, по своей основе единственно возможным. Во всяком случае — для юридических систем романо-германского типа, где действует принцип верховенства закона. И где часто звучащие слова о том, что везде, во всех случаях должен действовать закон (а не

юридический прецедент), имеют свой серьезный смысл. Но оправдано ли подобное понимание в сфере частного права? И в отношении права в целом?

И вот тут, при таком подходе, наряду с общеизвестной и хорошо разработанной в науке вспомогательной, по принципу «обратной связи» функцией судебной практики в ее соотношении с законом, есть основания для признания и такой стороны их взаимосвязи, которая в полной мере (в концептуальном отношении) не привлекла должного внимания науки. Хотя — надо видеть — реальное ее существование в практической жизни — факт очевидный, и как факт она все более и более получает признание в современном правоведении. Это правосозидающая деятельность, которая выражает *восполнительную* по отношению к закону роль судебной практики.

Ведь право по самой своей природе (как уже говорилось ранее) «обязано быть живым» — немедленно и адекватно реагировать на разнообразные жизненные ситуации. Закон же, при всех его достоинствах, в том числе его способности с помощью нормативных обобщений охватывать множество жизненных обстоятельств настоящего и будущего, не в состоянии все же давать в каждое данное мгновение идеальный, математически отработанный типизированный эталон (норму) для решения развивающихся отношений, для нередко непредсказуемых, порой уникальных ситуаций в нашей бурной, непрестанно меняющейся жизни. История при всех замечательных образцах законодательного искусства еще не знает ни одного примера закона, который в полной мере, по всем пунктам отвечал бы требованиям «живого права», смог бы и «на сейчас», и на будущее давать точные, исчерпывающие ответы на все вопросы. Не знает и, по моему убеждению, в идеале никогда не будет знать.

Напротив, любой закон (даже, допустим, такое высокое свершение ума, как Германское гражданское уложение) одновременно несет на себе груз известного несовершенства, порой весьма значительного, вызванного принципиальной невозможностью полностью совместить в конструкции закона стабильность и динамизм права, разумность абстракции и живую реакцию на жизненную ситуацию.

И вот по требованиям самой жизни, по самой логике права на помощь закону приходит институт, который в данном случае и не мог не прийти на помощь, институт исконно правового порядка — правосудие, выраженное в деятельности суда, в судебной практике.

Конечно, никакой суд не вправе исправить закон, вносить в его текст коррективы, исправления (это действительно исключительная

прерогатива законодателя, даже в системах общего, прецедентного права). Но суд как учреждение, по словам Цицерона, «говорящего права» способен на другое. С *опорой на закон* суд, используя механизмы толкования и аналогии и в не меньшей степени – постигая «правовую суть» данной жизненной ситуации, может *восполнить* то, что оказалось не по силам закону или просто не сделано данным законодательным актом и не делается в настоящее время в законодательном порядке вообще.

С наибольшей наглядностью эта «восполнительная» деятельность суда дает о себе знать при аналогии, когда существуют пробелы в праве, т.е. своего рода «брешы в законодательстве». Ситуации требуют правового решения, но нормы действующих законов такого рода ситуаций прямо не предусматривают. В подобных случаях суд, констатируя волю законодателя по данному кругу вопросов, все же вынужден либо применить сходную норму (аналогия закона), либо при решении дела исходить из общих начал, принципов законодательства (аналогия права). И хотя в юридической литературе было высказано мнение о том, что при аналогии уместнее говорить не о «восполнении пробелов», а лишь о их «преодолении»¹, представляется, однако, что первое из указанных понятий является предельно точным. Суд, используя институт аналогии, именно *восполняет* при помощи своего инструментария то, что можно было бы ожидать по данной конкретной жизненной ситуации от закона. Причем такое «восполнение» может не только касаться данного юридического дела (как ранее без всяких оговорок, весьма важных, утверждал автор этих строк), но и приобрести нормативное значение, о чем речь пойдет дальше.

Вместе с тем «восполнительная» деятельность суда происходит не только в случаях применения права по аналогии. Такой же характер имеет судебная деятельность и тогда, когда при решении той или иной жизненной ситуации суд как бы *конкретизирует* положения закона, в том числе при слишком общем, неопределенном характере этих положений и тем более при наличии оценочных понятий, «общих оговорок», по юридической лексике западной юриспруденции. То есть в случаях, когда в принципе те или иные вопросы, абстрактно рассуждая, могли быть с необходимой определенностью предусмотрены самим законодателем. Но они в законе не решены точно и конкретно, и суд тогда, говоря словами Швейцарского гражданского кодекса, действует «согласно правилу, которое он устанавливает самостоятельно, как если бы он был законодателем».

¹ См.: *Пиголкин А.С.* Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 57; *Лазарев В.В.* Применение советского права. Казань, 1972. С. 132, и др.

Подчас такое «восполнение» хотя общим образом и опирается на закон, но все же даже при большой натяжке не может быть определено как нечто такое, что соотнобразуется с «действительной волей законодателя».

Такой характер, например, имело введение французскими судами при применении ФГК «пени», призванной стимулировать выполнение судебных решений. Не менее примечательна общая тенденция практики судов западноевропейских стран по применению положений гражданских кодексов о свободе договоров. Не имеющие ограничений в кодексах, эти положения все же в последующем не только ставились в известные рамки специальными законами (в частности, по отношениям найма, аренды, трудовых, страховых отношений), но и ограничивались в процессе судебной практики. В конечном счете получилось, что характерное для демократического права общедозволительное начало («дозволено все, кроме прямо запрещенного законом») оказалось модифицированным: свобода договоров ограничивается теперь не только запретительными предписаниями закона, но и положениями, выработанными судами и утвердившимися в судебной практике.

В ряде случаев правила, вырабатываемые судами, чуть ли не в готовом виде (или с известной обработкой, с адаптацией их к структуре системного нормативного акта) воспринимаются законодателем. Но это происходит далеко не всегда. В большинстве случаев положения судебной практики продолжают действовать как таковые, включаясь вслед за законом и вместе с ним в нормативную основу, определяющую с юридической стороны решение жизненных ситуаций.

3

В ЭТОЙ СВЯЗИ – вывод более общего характера. Как свидетельствует правовая жизнь стран с утвердившимся гражданским законодательством, сами гражданские законы после многодесятилетнего их применения судами оказались как бы «окутанными» положениями, выработанными судами при применении норм закона к изменяющимся, подчас принципиально новым общественным отношениям. И причем так, что под рубрикой «действующего гражданского законодательства» реально выступает такая система норм, когда в одном пакете представлены и нормы закона, и правила, самостоятельно установленные судами.

И вот – момент, к которому хотелось бы привлечь внимание. В судебной практике, через нее могут быть с достаточной основательностью раскрыты основные начала, «дух» данной сферы права, нашедшие

не всегда полное закрепление в законодательстве, в кодексе (да и со временем, в особенности в неблагоприятной политической или социальной обстановке, теряющие в жизни свою первозданную, глубокую значимость). В особенности это касается ценности современной эпохи первостепенной важности — либерального духа права. Именно через судебную практику, как показывает опыт ряда западноевропейских стран (прежде всего Франции), начинают реально, в жизни господствовать главенствующие либеральные принципы и идеалы, соединенные с юридическими ценностями, — принципы и идеалы приоритета человека, истинной гуманистической справедливости. И что наиболее существенно, именно тогда неотъемлемые права человека обретают прямое юридическое действие — приобретают значение непосредственно правового основания для решения юридических дел на практике.

Таким образом, «восполнение» судами положений закона приводит к тому, что в сфере права, наряду с законом и в каком-то нераздельном единении с ним, обретает жизнь *особая нормативная реальность*. Что представляет собой эта «реальность»?

Под сильным влиянием идеологии исключительности закона как источника права в науке, в основном в науке континентальной Европы, сложившейся на основе романо-германского права, такого рода реальности в конце концов получили признание в качестве явлений, действительно существующих и имеющих важное значение в правовой жизни. Но все же — таких, которые, по мнению немалого числа специалистов, «не достойны» считаться юридическими нормами (даже «подзаконными»). В России, например, после преодоления большого скепсиса в отношении их оправданности и правомерности вообще (представленного, возможно, наиболее выразительно еще в дореволюционное время в трудах И.А. Покровского; несколько подробнее об этом — дальше) они получили название *правоположений* — неких нормативных феноменов, которые, однако, «не достигли уровня» юридических норм. И в принципе как будто бы имеющих исключительно индивидуальную значимость, т.е. «реальностей» только в рамках данного юридического дела.

Думается, в настоящее время, когда во многих странах, исповедующих идею верховенства закона, накоплен значительный опыт применения законов в сфере частного права, а в России наметилась перспектива овладения ценностями современной правовой культуры, есть основания для того, чтобы отказаться от отзвучков стыдливого лукавства, выраженного в категории «правоположение». Правоположение, как ни играй словами, — это тоже норма, во всяком случае — с того мо-

мента, как только выработанное судами положение начинает применяться ими в качестве типизированного решения данной жизненной ситуации.

Стало быть, понятие «правоположение» может быть сохранено для обозначения и характеристики лишь тех «реальностей» в сфере права, которые путем толкования или аналогии создаются судами для данного юридического дела. Но как только эти реальности приобретают общее значение, перед нами — настоящие юридические нормы как типизированные решения соответствующих жизненных ситуаций. При этом, разумеется, нуждается в специальном рассмотрении вопрос о способе придания правилам, вырабатываемым судами, общего, нормативного действия. Тем более, что это рассмотрение призвано в полной мере учесть те соображения об опасностях «свободного судебного усмотрения» при отсутствии надлежащих объективных критериев, которые весьма последовательно высказаны И.А. Покровским, другими видными правоведами.

Но перед этим — некоторые данные и соображения о зависимости правосозидающей (в том числе — «восполнительной») судебной деятельности от законов, их содержания и качества.

4

ДЛЯ ОБРЕТЕНИЯ судебной деятельностью значения источников права в обществах, в которых господствует принцип верховенства закона, необходимо, чтобы закон, так сказать, *отпустил* суд — открыл перед последним возможность самостоятельного творческого решения юридических дел в ряде областей жизни общества в соответствии с началами «живого права». С тем, чтобы не было такого положения вещей, как это было по российскому законодательству до судебной реформы 1864 г., когда согласно ст. 65 Основных законов все «законы должны быть исполнены по точному и буквальному смыслу оных, без всякого изменения или распространения». И когда бы, как это предусматривалось в той же статье, «все без изъятия места, не исключая и высших правительств, во всяком случае должны утверждать определения свои на точных словах закона, не применяя в них без доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольного толкования».

Если в основных областях публичного права, в особенности уголовного и административного правоохранительного законодательства, действует принцип — «нет закона — нет юридических последст-

вий, прежде всего — нет юридической ответственности» (хотя и здесь при развитой судебной юрисдикции возможны исключения), то в сфере частного права закон не только не должен создавать преград для решения судом жизненных ситуаций при отсутствии надлежащего законодательного регулирования, но и ориентировать суды на самостоятельные действия в такого рода случаях. Потому-то в большинстве законодательных систем, относящихся к романо-германскому типу, установлено запрещение отказывать в рассмотрении дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия закона (так было установлено и в российском законодательстве после судебной реформы 1864 г.).

Таким образом, в законодательной системе должна существовать *настроенность* на то, что суд не просто «живой посредник» (как говорил И.А. Покровский) между законом и реальной жизнью, а «сотовариш» и «продолжатель» дела законодателя, который при необходимости придет законодателю на помощь, возьмет на себя ответственность за правовое решение данной жизненной ситуации.

Более того, законодатель невольно или вольно — как свидетельствует законодательный опыт многих стран — реально дает простор для активной судебной деятельности, развивающей позитивное право.

Здесь даже могут быть отмечены парадоксальные, в чем-то на первый взгляд курьезные случаи. Речь идет прежде всего о ФГК — Французском гражданском кодексе.

Отличаясь многими достоинствами, о которых подробно говорилось ранее, французский Кодекс подтверждает справедливость французской же поговорки о том, что недостатки порой являются продолжением достоинств. Конечно, замечательно, например, что все деликтное право выражено в Кодексе всего лишь в пяти статьях (ст. 1382—1386; тогда как в австрийском Кодексе деликтному праву посвящено 40 статей, а по Германскому гражданскому уложению их 31 статья (параграф)). Но краткость и плюс к тому еще «литературность» изложения влекут за собой трудности при применении закона. Во французском Кодексе нет ответа на вопросы, касающиеся многих деталей, тонкостей, вариантов ситуаций, связанных с гражданскими правонарушениями, широки возможности различных толкований общих нормативных положений, есть очевидные пробелы и т.д. Это делает остро необходимым при применении закона — коль скоро в него не вносятся коррективы, дополнения — такой деятельности суда, когда с опорой на Кодекс, путем толкования его немногих норм вносилась бы нужная определенность юридического регулирования по всем вопросам при-

менения закона к конкретным ситуациям в области деликтного права. В итоге — достигалось бы такое юридическое регулирование общественных отношений, которое отвечало бы требованиям практики и изменяющимся условиям экономической и социальной жизни. Это и произошло и ныне осуществляется на деле в соответствии с ФГК судами Франции. Причем нормы закона — вспомним этот момент! — несмотря на значительные экономические, социальные, технические перемены — уже почти 200 лет остаются неизменными.

А вообще-то, разве это не впечатляющий и в чем-то даже курьезный факт?! Французское гражданское право почитается в мире в качестве такой юридической системы, которая оказалась способной, сохраняя в течение двух веков стабильность, приспособиться к стремительно и круто изменяющимся общественным отношениям. И это стало возможным не только потому, что Французской революцией и основательной правовой культурой в ФГК заложены передовые, отвечающие современной эпохе идеи. И не только в силу того, что в ФГК есть институты по «адаптации» действующих законоположений к новым условиям — институты аналогии и толкования. Но в какой-то мере и по причинам совершенно противоположного свойства. А именно — отчасти потому, что сообразно строгим правилам юридической техники и общепризнанным канонам юридического совершенства Кодекс отличается *серьезными технико-юридическими недостатками* (слишком краткой, неполной юридической урегулированностью отношений, известной неопределенностью законодательных норм, пробельностью). Ведь именно последнее из указанных обстоятельств открыло простор и дало повод к тому, чтобы судебные учреждения (с опорой на закон!) «приспосабливали» действующие законодательные нормы к изменяющимся общественным отношениям. Прямо — от чего-то лукавого — недостатки вновь обернулись достоинствами. Причем такими, что все предпринятые в прошлом попытки изменить, модернизировать ФГК 1804 г. не увенчались успехом. Кодекс в «сопровождении» судебной практики оказался вполне соответствующим требованиям нового времени.

А вот парадокс иного порядка. Германское гражданское уложение, великое свершение ума, несомненное достижение технико-юридического совершенства (по некоторым оценкам — «лучший кодекс в мире»), что подтверждено огромным влиянием идей ГГУ на правовую жизнь во всем мире, его многоплановой интеллектуальной мощью. И вместе с тем, по словам ряда крупных правоведов, этот кодекс — «конечный продукт скорее XIX века, нежели начала XX века», «осторож-

ное подведение итогов исторического прошлого, а не смелое вступление в новое будущее». И опять-таки подобного рода суждения, в какой-то мере (хотя и не во всем) справедливые, обусловлены не только тем, что Уложение не уловило во всем объеме передовые идеи XX в., идеи права человека, но отчасти и тем, что оно *страдает*, казалось бы, *от несомненного юридического совершенства*.

Да, именно от своего «предельного совершенства», от полноты юридической регламентации, от стремления все, до деталей и частей, буквально все отрегулировать, и в этом отношении (т.е. при таком технико-юридическом совершенстве) перекрывая путь к тому, чтобы суды с опорой на закон восполняли бы его пробелы, несовершенства, что открыло бы широкий простор для необходимого и желанного в этом случае приспособления действующего права к изменяющимся общественным отношениям.

Впрочем, отсюда вовсе не следует, что с учетом особенностей взаимосвязи закона и судебной практики нужно видеть пределы юридического совершенства закона. Здесь верно, пожалуй, лишь то, что чрезмерная полнота, запредельная юридическая зарегулированность тех или иных отношений, стремление буквально все, до мельчайших подробностей, заранее предусмотреть в законодательном порядке действительно может неоправданно «связать руки» практическим юристам в применении закона (когда, возможно, уместна расхожая сентенция — «много хорошо — это тоже нехорошо»).

В данном случае в большей мере оправдан иной вывод — необходимо искусное, тонкое использование достоинств юридической формы в законе. Такое, которое бы, выражаясь в ряде отработанных юридических институтов, не «связывало руки» практическим юристам и само по себе оставляло простор для необходимой, достаточной и одновременно по каким-то параметрам определяемой законом и находящейся в режиме законности активной судебной деятельности, вносящей новые элементы в юридическое регулирование данных общественных отношений.

О таких институтах — последующий рассказ.

5

КАКОВЫ ЖЕ основные институты, которые не просто настраивают суды на активную правосозидательную деятельность (такую роль невольно, парадоксальным образом играют и недостатки законов), но представляют собой содержащиеся в законах отработанные юридиче-

ские формы или способы, которые прямо привлекают суды к юридическому регулированию данных отношений, ситуаций и одновременно в известных пределах определяют такое регулирование?

Заметное место среди таких институтов занимают сами по себе *нормативные обобщения*, особенно — высокого порядка. Ведь «обобщения», суммируя общие черты или признаки определенной группы явлений, все же оставляют в стороне немалое число их конкретных особенностей, которые, однако, крайне важны при решении юридически значимых вопросов. При этом такого рода обобщающие нормативные положения подчас прямо формулируются в диспозитивных и в управомочивающих нормах с расчетом на их последующую конкретизацию в договоре или судом, некоторые из них заведомо включаются в закон в качестве «рамочных», при описании тех или иных обстоятельств употребляются слова «и т.п.», «и др.», «и иные заслуживающие внимание обстоятельства» (как это характерно, например, для законодательных установлений, определяющих «источник повышенной опасности» — деятельность, представляющую более высокую опасность для окружающих). В этой связи и оказывается возможным в ходе судебной практики вырабатывать в судебных решениях конкретизированные положения, отвечающие требованиям жизни — не только фактическим обстоятельствам дела и правовым началам действующего законодательства, но и правовой сути жизненных ситуаций, возникающих в современных условиях.

Своеобразной юридической формой, обеспечивающей и «направляющую роль» закона, и простор для судебного усмотрения (прежде всего по учету правовой сути данной ситуации), являются *оценочные понятия*. Когда при определении тех или иных категорий в законе употребляются понятия «грубое», «существенное», «важное» и т.д., то тем самым суд уполномочен законом и в не меньшей степени — понужден самой сутью дела оценить данные обстоятельства с точки зрения того, можно ли отнести их к числу «существенных», «важных» и т.д. и, стало быть, внести юридическую определенность, позволяющую вынести правовое решение по делу.

Но наиболее существенным институтом (связанным с оценочными понятиями), который позволяет судебным учреждениям на основании закона участвовать в юридическом регулировании, являются так называемые *общие оговорки*. «Общими оговорками» по терминологии западной юриспруденции считаются такие нормативные положения законов, которые дают возможность суду решать те или иные вопросы с одной лишь опорой на предусмотренные законом общие категории

(«осмотрительность», «безупречность», «доверие» и др.), независимо от наличия или отсутствия определенных юридических конструкций. Напоминая близкие по сути положения права справедливости по английской юридической системе, «общие оговорки» позволяют преодолевать ту грань требований верховенства закона, которая заключается в жесткой формальной законодательной предопределенности судебных решений.

Так, в ФГК закреплена, да притом в качестве «генеральной», оговорка (ст. 1382), согласно которой каждый должен возместить ущерб, который он нанес другим лицам в результате своего неосмотрительного и небезупречного поведения (*faute*)¹. Ряд общих оговорок подобного рода содержится в ГГУ (§ 138, 157, 242, 826). Одна из них – общая оговорка § 242 ГГУ – правило, по предписанию которого стороны обязуются выполнять договор, взаимно доверяя друг другу и в соответствии с торговыми обычаями.

Стало быть, общие оговорки – такие законодательные положения, которые позволяют суду не только восполнить в результате судебной деятельности то, что мог бы сделать закон, но и *пойти дальше* в области правотворчества. А именно – давать правовые решения (притом имея «за своей спиной» закон!), которые не могут быть оценены только как результат толкования закона или применения норм закона по аналогии, а представляют судебные акты на уровне решений судов общего, прецедентного права – обстоятельство, которое имеет существенное значение для понимания перспектив развития права в современную эпоху. Добавим сюда и то, что и восполнительная функция судебной практики, базирующейся на общих оговорках, весьма значительна.

Как свидетельствует практика применения гражданского законодательства Германии, именно общая оговорка § 242 ГГУ стала законодательной основой для решения судами ситуаций, не предусмотренных законом, – возникших в результате экономического краха, инфляции, потери восточных земель, т.е. ситуаций, прямо не предусмотренных в законе.

Здесь наблюдаются и последствия более общего характера. По утверждению специалистов, общая оговорка § 242 ГГУ «позволила создать превосходный механизм адаптации норм договорного права к меняю-

¹ «Тем самым, – как утверждают специалисты по сравнительному праву, – создавалось «правовое пространство» для свободы деятельности и удовлетворения чувства ответственности индивида, реализацию которых более жесткие формы возмещения ущерба могли бы лишь в определенной мере ограничить или стеснить» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 144).

шимся социально-этическим представлениям общества». С учетом формулировок типа «утрата основы для заключения сделки» (*clausula rebus sic stantibus*), «злоупотребление правом» (*venire contra factum proprium*), «потеря права», особенно на предъявление иска (*Verwirkung*), судебная практика создавала юридические конструкции, которые придавали гибкость нормам договорного права ГГУ, изначально, по мнению авторов, пропитанным духом «махрового индивидуализма»¹.

Так что благодаря упомянутым институтам (прежде всего институту общей оговорки, а также нормативным обобщениям высокого порядка) и ГГУ, несмотря на порожденные его совершенством «минусы», в процессе своего применения также обогатилось высокочисленной судебной практикой, позволившей приспособить его положения к новым требованиям жизни. Как свидетельствуют обобщенные научные данные, сохранение до нынешнего времени достоинств Германского гражданского уложения (Уложение — тоже долгожитель, ему ныне уже перевалило за сто лет!) «обязано судебной практике, благодаря которой осуществилось приспособление устаревших текстов законов к новым требованиям». И это вдохнуло в ГГУ «новую жизнь». Да так, что Уложение выдержало «испытание гитлеризмом» и сохраняет свою юридическую, регулирующую значимость до настоящего времени.

А теперь — наиболее впечатляющие данные из области законодательства. Истории гражданского права известен кодифицированный акт, в котором, по-видимому, в наибольшей степени использованы отработанные законодательные институты, направляющие судебную практику, притом по ориентирам, установленным законом, на самостоятельную творческую правосозидательную деятельность. Это — Гражданский кодекс Швейцарии. Именно швейцарский ГК своим содержанием (а не только — фактически, на практике, как ФГК и ГГУ) показал, что судебная практика в перспективе призвана выйти даже за формулу «восполнения закона» и в условиях верховенства закона способна занять самостоятельное и достойное место в сфере правотворчества.

Дело не только в том, что швейцарский ГК (недаром его принятие и вхождение в жизнь 1907 г. — ознаменовало начало XX в.) по максимуму, сообразно требованиям нового времени сосредоточил основные формы, направляющие суд на самостоятельную творческую деятельность при решении юридических дел (за исключением, пожалуй, нормативных обобщений высокого порядка) — общие оговорки, оце-

¹ Цвайгерт К., Кёмц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 231.

ночные понятия, «рамочный стиль» законодательных установлений, ограниченность во многих случаях при законодательном закреплении институтов «общими описаниями» и др., но и в том, что он откровенно полагается на судебную практику и прямо ориентирует судью в первой же статье Кодекса на то, что он вправе при определенных условиях устанавливать правила как основу решения дела «самостоятельно, как если бы он был законодателем...».

При этом у правоведов во всем мире, придерживающихся передовых взглядов, «восхищение и общее одобрение вызвал тот факт, что эта мысль была выражена прекрасным языком и помещена на самом видном месте». По выражению одного из правоведов (*Geny*), «может быть, впервые современный законодатель признал официально судью в качестве своего незаменимого помощника, сформулировав это в виде общего правила»¹.

К тому же в высшей степени важно, что швейцарский Кодекс нацеливает судью на то, чтобы при всей его самостоятельности сохранялась «почва закона» — требования и дух действующего правопорядка в целом, его начал, выраженных в законе, и плюс к тому такой настрой, когда бы согласно той же ст. 1 не руководствоваться его субъективными впечатлениями, а «строго следовать общепринятой доктрине и традиции».

И другое — не менее важное. Речь, по швейцарскому ГК, идет не о конкретных законоположениях, из которых путем толкования и аналогии извлекаются некие идеи и новые нормативные положения, а о *правопорядке страны в целом*, о его духе, заложенных в нем началах, принципах. Эту мысль, анализируя Кодекс, выразил Е. Хубер. Оставляя его конкретизированные суждения для последующего рассмотрения, важно обратить внимание на то, что, по мнению Е. Хубера, судья должен исходить из следующего: возникающие в реальной жизни проблемы невозможно решить одним лишь толкованием писаного права, он, опираясь на беспробельности правопорядка в целом, призван разработать правовой принцип, который он как законодатель стал бы считать не противоречащим всем остальным нормам и принципам правопорядка².

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 268.

² Huber Eugen. Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf 91902 (цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 269). Любопытную, впрочем — не бесспорную, мысль в этой связи высказывают авторы последнего труда. По их мнению, «тот факт, что швейцарский ГК столь откровенно полагается на судебную практику при восполнении пробелов, объясняется в значительной степени характер-

Заслуживает повышенного внимания то обстоятельство, что и в современной России, несмотря на все трудности и противоречия правового развития (тем более, на мой взгляд, осложненные широким распространением официальной позиции насчет необходимости «диктатуры закона»), есть симптомы, свидетельствующие о плодотворных подходах к возвышению правосозидательной деятельности суда. Есть первые, пусть пока и скромные, шаги в рассматриваемом направлении. При этом сам характер этих первых шагов, а также использование в качестве законодательной опоры положений Гражданского кодекса удивительным образом перекликается с опытом Франции (когда суды в своей правосозидательной деятельности, как мы видели, часто использовали пробелы в тексте, общие и текстуально неопределенные законодательные положения, т.е. то, что порой рассматривается в качестве «всего лишь» недостатков законодательной техники).

Вот пример такого рода практики. В ст. 10 ГК РФ в полном согласии с господствующей доктриной в качестве шиканы – злоупотребления правом рассматриваются действия субъектов, «осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу...». И тут же добавлено положение (которое ввиду его неопределенности вызвало нарекания некоторых специалистов) – «а также злоупотребление правом в иных формах». Но именно это действительно текстуально неопределенное положение позволяет судам развивать прецедентное регулирование этого важного участка социальной жизни общества (таковы, в частности, положения, выработанные Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, о недействительности договора в связи с превышением полномочий при подписании договора одной из сторон).

ными особенностями швейцарского правосудия, сохранившимися и по сей день... А это означает прежде всего, что право не попало в руки «ученых-юристов» и не подверглось столь сильному «онаучиванию», как на территории Германской империи. Поэтому в небольших кантональных общинах Швейцарии применение права сохранило характер народности и ясности» (Там же. С. 266–267). И еще, по мнению авторов, все это стало возможным в Швейцарии в связи с правовыми традициями, в силу действия местного права по кантонам. А вот в Германии, полагают авторы, «создание кодекса, который бы, как швейцарский, возлагал бремя решения отдельных важных вопросов на плечи судей, означало бы возврат в прошлое, в «преднаучное состояние»». В то же время при подготовке проекта общеевропейского ГК «следует ориентироваться на законодательный стиль швейцарского ГК, а не ГГУ». И вообще опыт Швейцарии «даст возможность понять и оценить процесс постепенного развития судьей норм закона, сформулированных в довольно общем виде» (Там же. С. 269–270).

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 время¹ (переросших в принципиальное неприятие указанной идеи в условиях советского общества, когда «закон» стал олицетворением «воли партии и правительства», а суд был низведен до положения одного из звеньев проведения «партийной пролетарской политики»).

Одно из такого рода положений состоит в том, что самая что ни на есть «свободная» судейская деятельность в странах, в которых действует принцип верховенства закона, *должна в любом случае иметь свое обоснование в действующем объективном праве, в законе* – в общих началах, принципах правопорядка, положениях общих оговорок, оценочных понятиях, рамочных законодательных установлениях, в других содержащихся 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 всех иных судей, отправляясь от своего собственного, индивидуального понимания тех или иных предпосылок в законе, будет произвольно по каждому конкретному делу «творить право».

Исходя из опыта и достижений мирового правового развития, правосозидательная деятельность суда и в условиях правовой системы романо-германского типа должна строиться (и это уже находит подтверждение в современных тенденциях развития права) в соответствии с *культурой прецедентного права, ее ценностями*.

И вот здесь необходимо сказать с должной категоричностью, что правосозидательная деятельность суда только тогда обретает существенное юридическое значение как уникальный феномен непосредственно живого права и вообще лишь тогда может быть оправдана, когда она основывается на культуре прецедентного права, прежде всего – на основе его фундаментального принципа «обоснования

¹ Даже такой крупный правовед-мыслитель, как И.А. Покровский, полагал, что «теория свободного судейского правотворения заключает в себе органическую и неустранимую опасность судейского произвола» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 105).

от прецедента к прецеденту». И только тогда, надо добавить, полностью могут быть сняты опасения насчет того, что деятельность суда, обогащающая действующее право, обернется судебскими произволом и своеволием, которые наряду с другими бедами могут привести к утрате важнейшего качества права — его принципиальной определенности, его особенностей как жесткого организма.

Отсюда — существенное терминологическое уточнение. Речь идет о термине (и соответствующем научном понятии) «судебная практика». Этот термин в широком его значении означает любой опыт (в том числе — по количественным показателям, фиксируемый в демонстративных или пропагандистских целях и т.д.). Но в строго юридической значимости, в частности при рассмотрении судебной деятельности в соотношении с законом, судебная практика — это *практика судебных прецедентов*, т.е. судебная деятельность, которая строится по общезначимым принципам культуры общего, прецедентного права, его ведущего начала — «обоснования от прецедента к прецеденту» и которая вместе с тем опирается на основополагающие начала и ценности права — на начала правды, справедливости, соразмерности.

7

ЕЩЕ ОДИН ШТРИХ к группе вопросов, завершающих проблематику взаимосвязи 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 счете — *прецеденты* (в идеале образующие на основе закона *живую ткань права* по принципу «обоснование от прецедента к прецеденту»).

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 правоповедения в условиях коммунистического режима,

во многом была бесплодной. Она «увела» научную мысль от реальной судебной практики как живой материи права и сосредоточила внимание на очевидном явлении — на самом факте использования актов высших органов юрисдикции в качестве нормативных документов, которые как источники права (формально — «подзаконные») ничем не отличались от других формально «подзаконных» юридических документов. И как все последние (к тому же с тем «плюсом», что исходный материал здесь — непосредственно судебная практика), нормативные акты высших инстанций юрисдикции выполняли роль источников права — ту роль, которая формально была как будто бы отдана «закону» — в смысле нормативных актов, исходящих от законодательных и управленческих учреждений.

В принципе в современной российской обстановке такое использование нормативных документов центральных 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. 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»¹. 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 следу-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 396.

ет 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.»¹.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ

ДИКТАТ БЫТИЯ И РАЦИОНАЛЬНОЕ В ПРАВЕ

1

ДИКТАТ БЫТИЯ, требования многообразных экономических, политических, духовных отношений, складывающийся на этой основе опыт решения жизненных ситуаций («требующих права») — вот что с фактической стороны характеризует содержание и развитие права, его реальную первооснову. В том числе — и первооснову закона в его соотношении с требованиями живого права.

Такой в принципе вывод следует и при более широком подходе к проблеме, когда основа права также рассматривается под углом зрения факторов и условий, выражающих диктат бытия, но уже в контексте социальных фактов более высокого уровня и соответственно — в отношении национальных юридических систем в целом.

Вот одна из наиболее полных характеристик таких факторов и условий, которая принадлежит перу уже ранее цитированного автора — видному правоведу Э. Рабелю. Размышляя над проблемой о «научном идеале» понимания права, он говорит: «Материалом для размышлений 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 этническими представлениями; тщеславием и творческой силой отдельных личностей; потребностью в производстве и потреблении товаров; интересами слоев, партий, классов. Воздействуют духовные течения всех видов — так как не одни феодализм, либерализм, социализм производят каждый другое право — и последовательность избранных путей развития права и, не в последнюю очередь, поиск государственного и правового идеала. Все это взаимно обуславливается в социальном, экономическом и правовом оформлении»².

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 396.

² Rabel Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // Rabel Ernst. Gezielte Aufsätze. Bd III. S. 3; на русском языке см.: Рабель Эрнст. Указ. соч. С. 16–17.

При всей основательности приведенных суждений обращает на себя внимание то обстоятельство, что и они главным образом делают 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», «последствия правильности избранного пути развития права», представляют собой не только факты существующей действительности, но и в конечном счете вполне обоснованно поставлены автором в зависимость от существующего строя, от социальных, экономических, правовых реалий.

2

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, связанных и с природной средой.

Например, ряд специалистов по сравнительному праву соотносят 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 единообразный 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, неподатливым для какого-либо внешнего влияния элементом жития, быта, самого образа жизни людей, сложившегося в данной общности. Некой 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.

Вот несколько на этот счет фактов исторического порядка, к которым стоит внимательно приглядеться.

Известно, что Индия к началу своей английской колонизации (со времени создания в 1600 г. Ост-Индской компании) представляла собой страну с высокой культурой и исправно работающей самобытной юридической системой — весьма своеобразным индуистским правом, а с диктатуры Великих Моголов — в ряде регионов еще и исламским правом.

Между тем колониальные структуры в XVIII—XIX вв., не ограничиваясь издавна существующими на индийской земле правовыми порядками, во многом основанными на самобытных философских представлениях, религиозных верованиях и обычном праве, постепенно через учреждаемую ими судебную систему (сначала королевских судов мэров в некоторых городах — *mayors courts*) стали в согласии с новыми развивающимися экономическими отношениями внедрять юридическую систему колониальной державы. Индийские суды начали принимать решения по конфликтным ситуациям «в соответствии с правом и справедливостью», т.е. по сути дела — в соответствии с английским общим, прецедентным правом и английскими законами того времени. Шаг за шагом сообразно провозглашенному требованию «справедливости, беспристрастия и добросовестности» в деятельности индийских судов все более утверждалось английское общее, прецедентное (как мы видели, крайне своеобразное) право — *common law*¹.

Но вот что характерно: проходили десятилетия и десятилетия, как будто факт кардинальной смены юридических систем состоялся. Тем не менее на индийской территории на деле, в практических отношениях, касающихся ряда сфер жизни, особенно в области наследственного и семейного права, продолжало доминировать «свое», индуистское право, а в ряде регионов — исламское право.

В чем тут дело? А как раз в том, что индуистское и исламское право — своеобразные системы социальной регуляции, неотделимые от всей культуры, религиозных верований и философских представлений индийцев и уже поэтому прочно утвердившиеся в нравах, самом образе жизни населения Индии. И вполне объяснимо в этой связи, что — и с этим в принципе считалась английская колониальная политика — «местное», коренное индуистское и исламское право оставалось, в особенности по проблемам, затрагивающим глубоко укоренен-

¹ Вот что было сказано в одном из решений Тайного совета, осуществлявшего с 1833 г. функции апелляционной инстанции по решениям индийских судов: «Дело должно быть решено с беспристрастностью и добросовестностью. Эти термины следует толковать в смысле норм английского права, если установлено, что они применимы в условиях данного общества» (*Waghela Rajsanjia v. Sherh Masludin* (1887), L. K. 14 1 A, 89, 96).

ные традиции и нравы населения (т.е. как раз сферы сугубо личных отношений, семейных и наследственных дел), носителем самобытной культуры Индии. И здесь вырисовывается одна из многозначительных (подтверждаемая аналогичными фактами из истории в сущности всех юридических систем) закономерностей – правовые нормы и начала, относящиеся к глубинным слоям бытия людей и отсюда к исконным традициям естественного права (а таковыми являются нормы и начала семейного и наследственного права), оказываются наиболее прочными, устойчивыми, «вечными» даже в своем первоизданном виде.

А вот еще факты, казалось бы, не имеющие такой своеобразной исторической, социально-культурной и психологической подоплеки, характерной в особенности для восточных культур и религий. Факты, связанные с современными юридическими системами.

Речь идет об особенностях правовых порядков (не раз уже упомянутых ранее) канадской провинции Квебек и североамериканского штата Луизиана.

Вот более конкретизированные пояснения относительно этих особенностей. При колонизации Северной Америки некоторые территории оказались освоенными переселенцами из Франции, и на этих территориях утвердились юридические порядки, характерные для права континентальной Европы, – романского права (и это произошло даже до издания юридического шедевра современности – Французского гражданского кодекса, еще при действии во Франции актов позднего средневековья, кутюмов, в особенности – Парижского кутюма). Затем, к концу XVIII в. данные территории в составе более обширных территориальных регионов перешли под владычество Англии и, хотя спустя известное время эти регионы обрели самостоятельность (Канада – относительную, в качестве доминиона; США – полную, в виде независимого государства), там в целом возобладало общее, прецедентное право, притом право английского образца.

Несмотря на это, на территориях в основном с франкоязычным населением – в штате Луизиана США и канадской провинции Квебек – продолжало и продолжает поныне действовать модернизированное право романского типа. Причем, несмотря на абсолютное господство в США и в Канаде общего, прецедентного права и все попытки унифицировать юридические системы в пределах указанных государств, такого рода анклав романского права сохраняются незабываемыми. Луизиана – единственный штат в США, который не воспринял модельный американский Единообразный торговый кодекс, а в канадской провинции Квебек недавно разработан современный Граждан-

ский кодекс, и, по свидетельству специалистов, между ним и «окружающим» его правом США и Канады в целом существует «пропасть»¹.

Значит, не только юридические нормы и начала, относящиеся к древним слоям культуры и соответствующим первичным постулатам естественного права, обладают устойчивостью, неподатливостью, органичной укорененностью в самом строе, образе жизни людей, но подобным качеством обладают и своеобразные юридические системы современной эпохи, одинаково принадлежащие к христианской культуре.

3

А ВОТ ТЕПЕРЬ есть необходимость несколько «повернуть» изложение, однолинейный ход мысли и в качестве первого шага такого «поворота» сказать о том, что укорененность права в самих глубинах той или иной социальной системы (да и вообще диктат бытия) не имеет абсолютного характера. Факты свидетельствуют о том, что обнаруживаются и другие многозначные тенденции. Причем — факты, относящиеся к уже упомянутым историческим данным.

Вот — правовая система Индии. Исходя из ранее отмеченных тенденций укорененности в сложившихся порядках индуистского и исламского права, можно было бы предположить, что после обретения Индией независимости (1947 г.) все должно вернуться на круги своя, колониальное наследие — общее, прецедентное право будет отброшено также в тех сферах жизни, где оно возобладавало при колониальном господстве, и тогда всецело, во всех секторах жизнедеятельности (а не только в семейном и наследственном праве), вновь восторжествует коренное индуистское и исламское право.

Но этого не произошло. Во всяком случае — в Индии. Общее, прецедентное право английского образца и после 1947 г. сохранилось. И что весьма примечательно — сохранилось в решении ряда 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; причем — именно в тех направлениях, в которых уже пошло и, можно ожидать, пойдет и в последующем развитие и «само-

¹ Авторы труда по современным проблемам частного права говорят о «глубокой пропасти между провинцией Квебек с ее анклавной «цивилистической юриспруденцией» и остальными канадскими провинциями, в которых со времени первых поселений действует общее право» (*Цвайгерт К., Кётиц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 336).

го» английского права – большей структурированности, обогащения прецедентного права кодификационными элементами, другими элементами общей юридической культуры¹.

Так что право на индийской земле, нередко определяемое по своей основе в качестве *англо-индуистского*, достигло довольно высокого уровня развития, кодифицированности, хотя и относится ныне по основным своим характеристикам к семье общего, прецедентного права англо-американского типа.

И такой еще примечательный факт, касающийся другого континента – Африки. Беглые рабы из США, вернувшиеся на свою историческую родину – Африку и основавшие там в 1821 г. поселения, а затем и 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 классически английского типа.

Выходит, что при всей укорененности определенной юридической системы в данной социальной общности и отсюда – 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: когда и в каких случаях это происходит? Ведь и те участки жизни, в которых возобладало право колонизаторов – собственность, договоры, деликты, – это тоже сектора человеческого бытия, также в общем-то относящиеся к глубинным основам жизни общества, к исходным началам естественного права.

Все дело, однако, в том (внимание!), что складывающиеся на этих участках юридические формы, пожалуй, могут быть определены как *общецивилизационные* начала и институты. Они, можно предположить,

¹ Вместе с тем, еще до обретения Индией в середине XX в. независимости, несмотря на приведенное в предшествующем примечании мнение Тайного совета, «другие судьи приняли дальновидную точку зрения, согласно которой конкретное содержание формулы «справедливость, беспристрастие и добросовестность» можно было каждый раз определять на основе сравнительного и критического анализов развитых правовых систем мирового сообщества. В результате появились многочисленные решения, в которых прекрасно образованные и с широкими взглядами судьи использовали как общее право, так и гражданское, особенно римское право». Правда, добавляют авторы приведенного свидетельства, «в целом же нормы общего права, вне всякого сомнения, были полностью реципированы Индией, хотя часто и в несколько модифицированной форме...» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 340).

вообще относятся к числу «нервных центров цивилизации», на их базе человечество и стало развиваться «на собственной основе». И они же, если продолжить 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, по сравнению с традиционными, ранее существовавшими являются более прогрессивными, отвечающими потребностям развивающегося общества, сориентированными на социальные ценности более высокого социального порядка (особенно — 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 *тайной* права. Право проникает в самые глубины, толщи народной жизни, органического бытия людей. И вместе с тем, не существует ли в нем, в праве, в самой его органике, при всей укорененности данной юридической системы в национальном, социальном и духовном укладе, *настроенности на идеалы и цели высокого порядка*? Нет ли в этой связи в праве уникальной особенности, выраженной в органической ориентации на передовые опыт и ценности в сложных процессах развития человеческой цивилизации?

Содержащиеся в такого рода вопросах предположения нуждаются в дальнейшей научной проработке. Но уже сейчас, 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.

Понимание указанной особенности права (если верны высказанные предположения) является, с учетом других его особенностей, поистине поразительной, дающей основания для весьма серьезных выводов в общей теории и философии права. Надо только 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 общецивилизацион-

ный, но и *глубинный общечеловеческий потенциал*, которому суждено придать праву еще более высокое значение в жизни людей.

Кроме того, надо принимать во внимание особые обстоятельства исторического и организационного порядка, относящиеся в основном к сфере культуры, быть может, к еще более глубоким предпосылкам той или иной цивилизации. Ведь, наряду с впечатляющим опытом Индии, есть также опыт английских колоний Западной и Восточной Африки, где настойчивые усилия по внедрению общего, прецедентного права Англии¹ по вопросам собственности, договорам, деликтам не увенчались в конечном счете успехом. Там после обретения бывшими колониями независимости вновь восторжествовало обычное или — в ряде регионов — исламское право, а ныне на этой основе идет процесс формирования своеобразного новоафриканского права. Почему же, спрашивается, «передовое» английское право здесь не возобладало? Думается, наряду с иными причинами (среди них — сохранение в колониях системы африканских судов, продолжающие действовать на основе обычного права, а также — отторжение колониализма вообще), в африканских условиях, в отличие, например, от Индии, все же отсутствовали и отсутствуют поныне необходимые предпосылки экономического и — что не менее важно — культурного, духовно-интеллектуального порядка (увы, похожие процессы, к сожалению, можно было наблюдать в ходе реформ и в России).

Значит, «сила» права все же срабатывает не сама по себе. Тут нужны адекватные условия, потенциалы. Словом, есть тут материал для дальнейших рассуждений, раздумий, касающихся всего строя данной цивилизации, характерных для нее культуры, интеллектуально-духовных предпосылок.

4

ПОЙДЕМ ДАЛЬШЕ.

Наряду с тем, что национальная юридическая система данной страны, оставаясь органическим элементом всего ее социального строя, все же по-разному, порой «выборочно», зависит от разных ее сторон и потенциалов, наряду со всем этим в высшей степени важно видеть, что право вообще имеет *свою собственную жизнь*.

Собственная жизнь права весьма отчетливо проявляется, как было отмечено ранее, в особенностях позитивного права как жесткого организма — объективированного институционального образования и од-

¹ В таких колониях, как Золотой Берег (ныне — Гана), Уганда, Кения, королевскими указами или ордонасами колониальной администрации прямо предписывалось, что в колонии должно действовать «общее право, доктрина права справедливости и законы общего применения, которые действовали в Англии на 24 июля 1874 г.».

новременно – живого регулятора, способного адекватно реагировать на непрестанно меняющиеся жизненные отношения, обстоятельства. Право в данном отношении предстает в виде специфической социальной данности – своеобразной *юридической материи*, обладающей комплексом особых, только ей присущих институционных, структурных и регулятивных свойств, связей и соотношений ее элементов.

Вместе с тем одна из характерных черт этой юридической материи, имеющей свою собственную жизнь, состоит в том, что она весьма тесно сопряжена с *рациональными началами* в праве, 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 состоит даже не только в том, 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 нередко тонкие, 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 обьективированным выражением рациональных начал*.

5

ПОСЛЕДНЕЕ из приведенных положений – одно из ключевых в книге – нуждается в 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 типа¹.

Самое поразительное, что может быть отмечено в отношении этого института, заключается в том, что в современном его содержании и значении он не был придуман, не был сочинен за письменным столом правоведов-профессоров. Точнее: он был «придуман» в средневековой Англии, но первоначально по сугубо прагматическим мотивам, причем как своего рода юридическая уловка, хитрость 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 феодальных зависимостей, связанных с использованием полученного от лендлорда поместья, передавали его по договору другому лицу — доверительному собственнику (*trustee*). Этот доверительный собственник считался по общему праву полноправным владельцем данного поместья, а практически по договору обязывался уступить вассалу имение 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 управ-

¹ Любопытно, что, хотя в штате Луизиана по ранее указанным причинам Единый торговый кодекс США не вступил в действие, «институт доверительной собственности, являющийся одной из наиболее отличительных черт общего права, был воспринят» — впрочем, как отмечается в литературе, «в слегка измененном виде... с помощью специального законодательного акта», причем положения последнего — знаменательный момент! — все же «толкуются судами негласно и с точки зрения понятий, и по содержанию в соответствии с англо-американским правом» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 180).

лению имуществом, по определению его судьбы. И тогда, как отмечается в литературе, «на помощь лицам, передающим имущества в доверительную собственность (и бенефициариям), пришел лорд-канцлер. Он рассматривал нарушения договоренностей доверительными собственниками как бессовестное и аморальное поведение, как «преступление против чистой совести»...». А потому и настаивал на той точке зрения, что хотя спорное имение и принадлежит доверительному собственнику «по закону», т.е. в соответствии с нормами общего права, но, согласно праву справедливости, он в тоже время обязан так распоряжаться имением, как это оговорено в договоре. И вот именно «эта основополагающая идея была постепенно подробнейшим образом разработана в судебной практике лорда-канцлера и уже после отмирания феодальных отношений стала активно использоваться в различных отраслях права. Причем значение доверительной собственности стало столь велико, что в наши дни институт доверительной собственности является наиболее характерной отличительной чертой стиля англо-американского права»¹.

Что в этом сложном процессе формирования института доверительной собственности особо примечательно? А то, что указанный институт в современном его виде и значении сложился спонтанно, в ходе судебной практики, в процессе судебной деятельности по принципу «обоснования от прецедента к прецеденту», в итоге – в движении от юридической уловки к фундаментальной идее.

Причем здесь – прошу обратить на это внимание! – наряду с потребностями экономической и социальной жизни («диктатом бытия») проявилась и жесткая *юридическая логика*, о которой при характеристике правовых средств говорилось ранее. Та логика, которая во многом определяется (по предположению автора этих строк) заложенной в правовой материи органической настроенности на идеалы и ценности высшего порядка. И которая в силу этого спонтанно выводит 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 их надежности и юри-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 286.

дической 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)¹.

Еще один впечатляющий пример конструктивного «вторжения» правоведческой мысли непосредственно в материю права дала американская юриспруденция. Как это ни парадоксально, в судебной практике США, несмотря, казалось бы, на глубокие предпосылки на этот счет в американской Конституции, долгое время, вплоть до конца XIX в., не признавалась в качестве общего принципа норма о неприкосновенности частной жизни (судебная защита по данной категории дел осуществлялась по сугубо конкретизированным основаниям, связанным главным образом с фактами оскорбления репутации или чести). И вот коренной перелом в этой области произошел только после опубликования в 1890 г. журнальной статьи бостонского адвоката Уоррена в соавторстве с будущим членом Верховного Суда США Брандейсом, в которой обосновывалась мысль о том, что в состоявшихся ранее решениях судов по делам о диффамации, договорных нарушениях и иных делах, по существу, уже содержится признание права на неприкосновенность частной жизни (*right of privacy*). И такого рода норма, после известных колебаний в судебной практике, получила, по сути дела, общее признание².

6

С УЧЕТОМ юридической сути приведенных примеров (число таких примеров нетрудно умножить) можно сделать вывод обобщающего характера.

Этот вывод таков. Допустимо на довольно высоком уровне научно-абстрагирования сказать, что два основных начала лежат в основе

¹ Как отмечается в современной литературе, в основе доверительной собственности «лежит до гениальности простая идея. Имущественными правами на какой-либо определенный предмет наделяется несколько лиц таким образом, что одно из них может управлять и распоряжаться им в качестве доверенного лица, в то время как другие — часто в порядке временной очередности — обладают определенным объемом прав на часть доходов от этого предмета. Эта основополагающая концепция обобщающего характера применяется в различных отраслях общего права: в семейном праве, наследственном праве, праве компаний и даже в отношении неосновательного обогащения. Словом, в англо-американском праве с помощью одного лишь этого правового института удовлетворяются потребности также правового оборота, которые, разумеется, известны праву континентальной Европы. Но удовлетворяются они с помощью гораздо большего числа правовых институтов, совершенно различных по своей природе» (*Цвайгерт К., Кёнтц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 56).

² См. там же. Т. 2. С. 503.

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 такого 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 «бессовского» зла — произвола, насилия*.

А в этой связи 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 — возведения указанных элементов юридической материи в нормы, нередко приобретающие ранг или имя «законов».

И — второй слой, условно говоря, *юридико-интеллектуальный*, когда непосредственно в сети юридических средств, юридических конструкций, структурных построений дают о себе знать *правовые идеи*. Они, эти правовые идеи, также образуют в юридически развитой системе права существенный элемент ее содержания, неотъемлемую часть самой объективированной правовой материи. По большей части они, в отличие от конкретизированных юридических норм, воспринимаются в качестве *принципов 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 испод-

воль формируются, выкристаллизовываются правовые идеи. Надо видеть и то, что указанный выше «второй», юридико-интеллектуальный слой правовой материи может не только «скрываться» в регулятивной прагматике позитивного права, в толще юридических средств, конструкций, структурных построений, вырастая или кристаллизуясь «внутри» их в процессе правового развития. Эти юридико-интеллектуальные компоненты позитивного права могут, кроме того, и прямо формулироваться законодателем и таким путем через законы включаться в ткань позитивного права (либо в виде положений обобщающего характера, отражающих уже наличествующие в правовой ткани принципы, либо в виде принципов-идей, которые формулируются законодателем и вводятся законом в составе целостного комплекса взаимоотновязанных между собой юридических норм и принципов). И в этом случае искусный законодатель может усилить, обогатить юридико-интеллектуальное содержание права.

И все же не эти «интеллектуальные усиления» (при всем их значении) должны привлечь внимание науки. И уж, конечно же, не те порой содержащиеся в текстах законов положения, которые представляют собой всего лишь формулирование неких идейных или сугубо политических позиций, попытки утвердить в общественной жизни через закон те или иные идейные и политические ценности, идеалы; подобные положения вообще могут быть оценены как излишние или даже просто чуждые для юридической материи наслоения.

Главное все же — это сама правовая материя и то, что в ней в процессе «естественного», спонтанного развития формируются («вырастают», кристаллизуются) правовые идеи, принципы, выражающие рациональные начала в праве. Причем — такие идеи, принципы, которые имеют для права, его развития и судьбы основополагающее значение. И вот тут сам ход рассмотрения данного круга вопросов подводит к центральному пункту, раскрывающему смысл и назначение позитивного права в жизни людей.

7

ЗНАЧЕНИЕ в праве рациональных начал позволяет рассматривать позитивное право как явление Разума (Разума «с большой буквы», т.е. как глобального явления, а не просто атрибута биопсихических особенностей отдельного индивида). Такого рода положение может показаться тривиальным, характерным и для упрощенных взглядов о праве, о месте и роли в нем рациональных начал. В том числе — таких взглядов,

в соответствии с которыми законы и решения суда просто-напросто (и это, безусловно, верно) должны быть разумными, т.е. логичными, правильными, взвешенными, «умными», точно отвечающими существующим в обществе интересам и уровню правосознания.

Между тем приведенное положение призвано выразить, наряду с отмеченным моментом, прежде всего другое, более основательное, глубокое. То, что позитивное право по самой своей сути, органике выступает в качестве *объективной реальности, представляющей в виде особой правовой материи достоинства и силу Разума как глобального, мирозданческого явления*. И потому оказывается — как это можно было проследить на примере становления института доверительной собственности, — что в ней, правовой материи как таковой, в согласии с требованиями социальных условий и времени, существует *изначальная и определяющая настроенность правового развития на высокие цивилизационные идеалы и ценности*, которые относятся к *смыслу цивилизации* — к реализации и обеспечению *свободы* человека, к *исключению из жизни людей произвола, насилия*.

Разумеется, все то, что окружает людей как разумных существ (и «сотворено» ими как существами разумными), т.е. все *социальное* в наиболее широком значении этого понятия, в значении культуры, представляет собой то или иное выражение человеческого разума. Это — и искусство, и литература, и наука, и все другие компоненты духовной культуры, и явления материальной культуры, в том числе институты собственности, рыночного хозяйствования, банковского дела и т.д.

Вместе с тем есть весомые основания утверждать, что позитивное право, рассматриваемое в данной плоскости, занимает во всем многообразии явлений духовной и материальной культуры *особое место*. Вполне оправданно в нем, позитивном праве, видеть *прямого представителя Разума как глобального феномена, его достоинств и силы* в нашей людской повседневной жизни, в наших делах настоящего и будущего времени.

Вот *три* основания, обосновывающие, на мой взгляд, такой подход к праву.

Во - п е р в ы х, в позитивном праве аккумулируется и накапливается опыт разумных решений жизненных ситуаций *непосредственно в сфере многообразной практической и личностной жизни, в самой гуще практической деятельности, в ситуации конфликтов* — всего того, что представляет *живую практику человеческих отношений*. Таковую практику, которая охватывает самые существенные и важные области жизни человеческого сообщества, каждого человека — отношения собствен-

ности, власти, положения личности и т.д., и все это по большей части – в конфликтных ситуациях, столкновениях интересов, страстей, противоборства «добра» и «зла». Притом здесь, в позитивном праве, отсекается, как правило, не принимается в расчет то, что может быть названо «эмоциональными» и «художественными» проявлениями и формами в практике человеческих отношений. Изначально в центре права – разумная регуляция прозы жизни, реалий нашего бытия, представляющих 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-вторых, в позитивном праве в конечном счете концентрируется (после долгой, многотрудной законоподготовительной работы, совершенствования законов, кодификации, выработки прецедентов, «обоснования от прецедента к прецеденту», вхождения в жизнь правовых традиций и т.д.) *оптимальный опыт, тщательно отработанные типовые решения жизненных ситуаций*. Вполне обоснованно поэтому формулировки, классификации, конструкции позитивного права нередко приобретают характер совершенных, нередко законченных логических построений, точно и строго соответствующих законам формальной логики. Чем еще в условиях античности во многом и прославилось римское частное право.

В-третьих (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 – 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 особой для каждого человека *индивидуальности*, а также к реализации тоже глобальной для человечества задачи – *исключению из жизни людей произвола, насилия*.

Вот, казалось бы, такая весьма высокая нормативная абстракция, как обязательство «неосновательное обогащение», не имеет, в отличие от многих обязательственных конструкций, строгих логически оснований, во всяком случае — с точки зрения формальной логики. По-видимому, своего рода логический максимум здесь сформулирован Э. Рабелем, в соответствии со взглядами которого общая черта многообразных ситуаций данного рода заключается не в том, что «истец имел особое основание требовать, а в том, что ответчик не имел достаточно оснований для удержания (получения)»¹. Но мало кто обращает внимание на то, что именно высокий уровень нормативного обобщения, выраженного в рассматриваемом обязательстве, не только позволяет демонстрировать значительную практическую эффективность данной конструкции, заполняя «бреши» в обязательственном праве, но и (как это подметили еще древнеримские юристы) связывать обязательственные отношения с высокими духовными ценностями — с естественным правом (*jus naturale*), глубокими этическими началами (*bonum et aequum*).

8

ХАРАКТЕРИСТИКА ПОЗИТИВНОГО ПРАВА как явления Разума обуславливает необходимость с несколько иных, чем это принято, позиций подойти к определению места и роли в юридической области *правовых идей*. Обычно последние понимаются в науке, в практике юриспруденции как некие «просто идеологические положения», категории правосознания, которые выражают постулаты какой-то философской, политической или правовой доктрины, в лучшем случае — обобщают или обосновывают конкретный юридический материал, в ряде случаев в виде норм-принципов вводятся в тексты законов.

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

Конечно, в практике юриспруденции могут быть найдены примеры того, как то или иное положение выработано 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; такковы, например, конституционные положения о «разделении властей», положения уголовных кодексов о «вине» и др.).

¹ *Rabel Ernst. Grundzüge des römischen Privatrechts. S. 119.*

И все же самое существенное заключается в том, что правовые идеи изначально пребывают в юридической материи, выраженной в законах, судебных решениях, иных юридических реалиях. Они как бы «спрятаны» там, являются неотъемлемыми, органическими элементами самого содержания. Причем независимо от того, поняты ли они как идеи правоведами-практиками, наукой, выделяются ли они в качестве известных духовных, интеллектуальных начал, закреплены ли в текстах законов в виде идей-принципов. Независимо от всего этого, именно правовые идеи могут быть охарактеризованы в качестве самой сути, центрального звена, своего рода «стержня» юридических конструкций, «изюминки» того или иного структурного подразделения права — того, что в юридической науке нередко обозначается в виде «принципов от-расли» или даже особенностей «метода регулирования»¹.

Признание известных правовых идей составной частью самой объективированной материи права (научное положение, при всей его парадоксальности, значимое само по себе²) позволяет дать углубленную трактовку ряду теоретически и практически весьма значимых проблем. В том числе — таким, как проблемы пробельности права и значения юридической системы как носителя известных идеологических ценностей.

Проблема *пробельности* права, весьма существенная в судебной практике, до нынешнего времени по большей части понимается узкодогматически, т.е. лишь в том отношении, заполнено или нет все пространство нормативной регламентации данного участка социальной действительности конкретизированными юридическими нормами, нормами закона, позволяющими по каждому вопросу определить точную «волю законодателя». Между тем, даже не покидая сферу и императивы юридической догматики, следует не замыкаться в указанном узкодогматическом постулате (реально в полной мере никогда не осуществимом) и отдавать себе отчет в том, что бреши в поле конкретизированных нормативных положений во многом заполня-

¹ По данному вопросу представляется необходимым подтвердить позицию автора книги по проблеме «граней» позитивного права — такой «гранью» в более или менее развитой национальной юридической системе становятся *правовые идеи «в праве»* (Право. 1999. С. 289 и сл.).

² 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 ударение 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).

ются правовыми идеями, в том числе идеями юридических конструкций, 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 еще раз привлечь внимание к научным взглядам известного правоведа Е. Хубера, опирающегося на достижения швейцарского гражданского законодательства. По мнению Е. 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 будто бы в чрезмерной «свободе судьи», которому закон позволяет решать дело так, как «если бы он был законодателем» (ст. 1 швейцарского ГК), Е. Хубер вполне обоснованно считает, что судья был бы даже «более свободен, чем сегодня, когда от него требуют все и вся выводить из закона, даже если это связано с сомнительным искусством толкования. Гораздо достойнее исполняет он свои обязанности, когда от него не требуют создания таких сомнительных шедевров. Он должен будет признать, что писаное право имеет пробелы, которые нельзя заполнить толкованием. И как только он это признает, он будет принимать решение, исходя не из беспробельности закона, а из *беспробельности правопорядка в целом* (курсив мой. — С.А.). И разработает правовой принцип, который он как законодатель стал бы считать не противоречащим всем остальным нормам и принципам правопорядка»¹. Беспробельность же правопорядка в целом характеризуется как раз тем, что «тело» действующего права образуют не только сами по себе конкретизированные юридические нормы, но и лежащие в их основе и «пронизывающие» их правовые идеи.

Авторы, обратившие внимание на приведенное перспективное научное воззрение, говорят о нем в сопоставлении с оценкой германского гражданского законодательства (ГГУ) как об опыте Швейцарии, который, как уже упоминалось, «даст возможность понять и оценить процесс постепенного развития судьей норм закона, сформулирован-

¹ Huber Eugen. Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf 91902. S. 37 (цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 269).

ных в довольно общем виде», причем подобная оценка, думают авторы, «поможет понять, что такой подход не представляет опасности для правовой стабильности, так пугавшей авторов ГГУ, воспитанных в традициях правового позитивизма»¹.

Наряду с тем, что правовые идеи могут заполнять «пустоты» писаного права, не менее значимо в рассматриваемом отношении и то, что известные правовые идеи могут прямо входить в *п р а в о в у ю с и с т е м у*, в самую 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, на поверхностный взгляд 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 передовую идеологию конца XIX в. — взгляды либеральной буржуазии того времени. И вот на то недоумение, которое слышится в рассуждениях, даже в устах 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»², — есть, на мой взгляд, убедительный ответ. 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, казалось бы, в заскоружлой «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 1950-х гг. освободилась от режима фашизма и, сообразно продуманной реформаторской политике, встала на путь формирования современного гражданского обще-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 270.

² Там же. С. 228–229.

ства с высокоразвитой постиндустриальной экономикой и высокой правовой культурой.

Нечто похожее 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 частноправовые начала живут в самой материи и технике Гражданского кодекса (в особенности в варианте 1922 г., построенного по материалам дореволюционного проекта российского Гражданского уложения). Жаль только, что у российских реформаторов, воспитанных на идолах власти, в ходе начатых в 1990-х гг. и громогласно объявленных «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.

9

В СВЯЗИ с характеристикой правовых идей, их места и роли в позитивном праве особого внимания заслуживают *юридические ценности римского частного права*.

Конечно, само по себе то обстоятельство, что классификации, формулы, термины, выработанные две тысячи лет тому назад в Древнем Риме (и в не меньшей мере характерный 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 ушедшей 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 (I—III вв. н.э.), когда открылись широкие возможности во имя почета, престижа — *ius 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»¹. 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, насилия².

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 206–207.

² Вот почему мне еще раз (после краткой ремарки в книге «Философия права» (см. Алексеев С.С. Философия права: История и современность: Проблемы. Тенденции, Перспективы. М.: НОРМА, 1999. 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

Словом, теоретические положения великих римских правоведов (а вовсе не их свободное творчество, не их всего лишь искусное сочинительство и тем более не проявление, как полагают отдельные авторы, новой арабской культуры) представляют собой адекватное формулирование в сжатых формулах того, что *уже реально было в практической юриспруденции*, — реально сложившихся юридических конструкций, фактической разделенности правоотношений на различные подразделения, их юридического своеобразия (юридической природы).

В то же время положения классической римской юриспруденции и опирающиеся на них последующие разработки, в соответствии с данными юридическими реалиями, 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 лицам, вещам, искам) состоит в обобщениях весьма высокого уровня, которые утверждаются спонтанно, в судебной практике или вырабатываются на уровне науки, а затем «переносятся» в живую юридическую материю. Причем представляется важным еще раз обратить внимание на то, что с рассматриваемой точки зрения пандектистика вовсе не сводится к одному лишь выделению во всей системе гражданско-правовых норм «общей части» (как это подчас трактуется в литературе по гражданскому праву), а характеризуется наличием и в научных построениях, и в самой материи права известных «обобщенных конструкций». Таких, как, например, конструкция «обязательство», отразившая как нечто единое то общее, что характерно и для договорных, и для внедоговор-

в праве Древнего Рима не было еще такого определения права собственности, которое сопрягалось бы с «естественными правами» и, значит, с неотъемлемыми правами человека (Право. Свобода. Демократия: Материалы «круглого стола» // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 7). Именно в римском праве со значительным опережением объективных исторических процессов получила развитие и утвердилась *исконная юридическая материя*, в которой заложена тенденция развертывания в ней указанных гуманистических ценностей. Тем более в римском праве — и опять-таки уже на уровне юридических категорий достойное место заняло и естественное право (*ius naturale*).

ных правоотношений. И что — следует добавить — ориентирует соответственно «логике и духу пандектистики» к новым обобщениям высокого уровня, которые приводят в итоге к формированию «общей части» и в обязательственном праве.

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).

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 на 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 содержащиеся в них правовые идеи, стала восприниматься как «арифметика понятий», ориентированная на теоретизирующих и далеких от мирских забот университетских профессоров. Юриспруденция в этой связи обрела дурную славу дисциплины низшего сорта, заско-рузлой 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 частного права оно приобрело академически-теоретический, а не судебно-практический характер, как в Англии»¹.

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 384.

Эта дурная слава в какой-то мере перенеслась и на замечательное кодификационное свершение XIX в., на Германское гражданское уложение 1896 г. (1900 г.), которое до сей поры нередко оценивается как «дита немецкого пандектного права и его глубокомысленной... учености»¹. Для германского Уложения, по мнению многих людей, характерны 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 кодификационного документа отмечаются оценки и факты совсем иного рода? И не только характерные для Уложения точность, ясность и исчерпывающая полнота при регулировании отношений собственности и обязательств, но и вообще отмеченные рядом специалистов его превосходные интеллектуальные достоинства, вплоть до того, что это, по словам Мейтланда, — «лучший в мире кодекс» и что, по оценкам того же автора, «никогда еще до сих пор в законодательный акт не было вложено столько первоклассной интеллектуальной мощи»².

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»³. 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 «упорядочивающее» влияние на представления, восприятие и, пожалуй, само состояние исторически первого звена европейских кодификаций — гражданское право Франции (благодаря разработкам французских правоведов об «общем обязательственном

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 222.

² Там же. С. 228.

³ Там же. С. 227.

праве» в ФГК 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 идеях, утвердившихся на европейском континенте в связи с пандектистикой, и английское право стало восприниматься как целостная, упорядоченная нормативная система¹.

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 говорить 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, базирясь 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, базирясь непосредственно на судебных прецедентах, — «предметны», в них ощущается биение «живой жизни» права.

Но ведь точно так же особенности присущи правовым идеям, основанным на культуре римского частного права (поскольку они не искажены «абстрактными спекулятивными излишествами»)! 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 пола-

¹ По словам Д. Остина, английский юрист, уезжая на континент, «покидает империю хаоса и тьмы и прибывает в мир, кажущийся ему страной порядка и света».

гать, весьма серьезные основания для того, чтобы придавать процессу «онаучивания» права, происходящему в Европе в XVIII–XIX вв., не негативные интонации, 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.

10

ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА как явления Разума многое, на мой взгляд, объясняет в самостоятельном, в каких-то гранях совершенно независимом от социальных и политических условиях правовом развитии, в том числе – в достижениях юридической мысли даже в обстановке тоталитарных режимов.

Пример тому – достижения российских правоведов в условиях безраздельного господства коммунистического строя и ленинско-сталинской идеологии. И это не только, скажем, выработка российскими правоведами в 1930–1940-х гг. конструкции «право оперативного управления», которой воспользовались управленцы для организации внутривозвратных отношений крупных фирм и концернов в развитых капиталистических странах, но и поистине поразительные исследования в советское время крупных цивилистов (Е.А. Флейшиц, Х.И. Шварца и др.) по проблеме ответственности государства за акты власти, предусмотренной в ст. 407 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 89 Основ гражданского законодательства 1961 г. Как убедительно показал А.Л. Маковский, наряду с важными технико-юридическими разработками в этих исследованиях проявились гражданские позиции и смелость авторов, которая, помимо всего иного, состояла в том, что, введя в гражданское законодательство «общее правило возмещения гражданам вреда, причиненного актами власти, они взяли на себя решение вопроса, по природе своей конституционного»¹.

В подтверждение (и в какой-то мере – в развитие) только что высказанных соображений о месте и роли правовых идей и об их специ-

¹ *Маковский А.Л.* Гражданская ответственность государства за акты власти // *Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский.* М.: Междунар. центр финан.-эконом. развития, 1998 (Исследовательский центр частного права). С. 84.

фике можно привести свидетельства того, что эти идеи в своем «первозданном виде», т.е. в виде конструкций и принципов «самого» римского частного права как такового, продолжают реально действовать и в настоящее время. Да, именно так, римско-правовые конструкции, принципы, выработанные более двух тысяч лет тому назад, *продолжают действовать в современных экономических и социальных условиях.*

Вот эти свидетельства.

Одно из них, ранее уже упомянутое, — использование категорий римского частного права в Индии, когда еще в обстановке колониального господства в процессе становления англо-индуистского права эти категории оказались необходимыми для адаптации к индийским условиям норм общего, прецедентного права.

Вообще, при внимательном анализе сложных процессов становления национальных юридических систем создается впечатление, что в ряде случаев римское частное право, появившееся на свет в условиях античности как совершенный юридический шедевр, своего рода поразительное *чудо*, проявляет чудодейственную силу и в последующие исторические эпохи, нередко выступая как некая «волшебная палочка» в решении сложных проблем правового развития.

Пример тому — Гражданский кодекс Чили. Как и в ряде других стран Южной и Центральной Америки, освобождающихся из-под колониальной зависимости, в Чили в качестве образца для построения национальной юридической системы был взят французский Кодекс, как было принято считать, — «кодекс Великой революции». Но ГК Чили, ныне один из лучших гражданских кодексов (в свою очередь ставший образцом для других стран — Колумбии, Эквадора), в чем-то превзошел исходный образец, в частности, его структура оказалась более совершенной, чем структура ФГК, юридические конструкции более отработанными, причем язык в своеобразных латиноамериканских условиях отличается такой же ясностью и выразительностью. Почему же это произошло? А потому, по мнению аналитиков права, что в Кодексе благодаря искусству составителей его проекта удалось, как уже упоминалось, «сплавить воедино французские источники и традиционные институты римского права»¹ (и плюс к тому еще — и это обстоятельство из того же ряда — использовать достижения германской пандектики, выраженной в Общей части ГГУ).

Наиболее же впечатляющее свидетельство регулятивного потенциала и интеллектуальной силы римского частного права, проявляющей-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 176.

ся и в современных условиях, — это его фактическое многостороннее действие в Южно-Африканской Республике (единственный, по всем данным, пример в нынешнюю эпоху).

Характеризуя это действие, придется сначала заглянуть в одну не очень-то известную страницу истории, заслуживающую внимания теоретиков права, — в феномен старонидерландского права, который и сам по себе представляет значительный научный интерес.

Дело в том, что в Голландии, наиболее влиятельной провинции Нидерландов (страны, которая и в современных условиях может гордиться высокой юридической культурой, а также одним из лучших в мире Гражданским кодексом), в средние века сложилась весьма своеобразная юридическая система. Наряду со староголландским обычным правом и в сочетании с ним там действовало римское право, причем — 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, это своеобразная юридическая система сохранилась — примечательный 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 самое существенное — такое, по своей основе римско-голландское, право сохранилось и после того, как в начале XIX в. британская колония и бывшие бургские республики объединились в Южно-Африканский Союз. И хотя в новом государственном образовании — нынешней ЮАР — действуют известные принципы и ряд институтов общего, прецедентного права — и такой «симбиоз» явление также знаменательное, — на первый план в ее правовой жизни, и в деятельности южноафриканских университетов, и в практике

ской юриспруденции, выступают «живые» конструкции и принципы римского частного права¹.

В особенности – в сфере отношений собственности, вещных прав, возникающих в связи с ними проблем. Здесь, при определенном влиянии общего права, реально действующее («живое») право «сохранило понятийную основу римского права, и часто при решении отдельных вопросов используются с большой эффективностью и к месту дигесты и тексты старых голландских юристов»². С этой точки зрения весьма примечательно – как свидетельствуют имеющиеся в литературе данные, – что южноафриканские судьи и адвокаты в своих аргументах по соответствующим делам постоянно оперируют такими понятиями римского права собственности, как завладение (*occupatio*), приращение (*accessio*), приращение во владении путем обработки и придания вещи нового вида (*specificatio*), передача вещи (*traditio*), приобретение владения через представителя (*constitutum possessorium*).

И вот, быть может, самое поразительное, что характеризует римское частное право как «живое». Это – то, что очень модный в нынешнее время и действительно юридически богатый институт доверительной собственности, сложившийся в англо-американском праве и все более используемый на европейском континенте, так и не был воспринят в Южной Африке. Вместо этого институту 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, уч-

¹ В современной литературе отмечается, что с обретением ЮАР независимости «прослеживается четкая тенденция повышенного внимания южноафриканских судов к текстам старых голландских юристов и (внимание! – С.А.) к правовым нормам, для которых они послужили источником. Эти тексты тщательно обрабатывались и применялись к современным условиям». И если, продолжают авторы, в ряде правовых сфер – административном, торговом праве, сохранилось влияние общего, прецедентного права, в том числе принцип связанности прецедентом, то в семейном, наследственном и вещном праве «решающая роль римского права в формулировании доктринальных взглядов неоспорима. Примером этого может служить понятие единства собственности, которое отличают от понятия ограниченных вещных прав и от понятия владения. Столь резкое разграничение этих понятий неизвестно общему праву. Дается также четкое разграничение между сделками, направленными на создание права собственности, и сделками, связанными с его передачей, для признания действительности которых требуется наряду с передачей (или квазипередачей) этого права еще и обоюдное согласие сторон» (*Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 351).

² Там же. С. 352.

реждаемая 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 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»¹.

11

И В ЗАКЛЮЧЕНИЕ характеристики рациональных начал в праве (и в этой связи — о праве как явлении Разума) — замечание, явно выходящее из числа строго научных, высказываемое автором этих строк в порядке то ли 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 сказать, уже давно названного «писаным разумом») нашли выражение, как уже отмечалось ранее, в *пандектистике* — своде идей и принципов, сокрытых в объективированных конструкциях, формулах, институционных построениях формально-определенных норм, их подразделенности на виды и классы. А эта пандектистика нашла свою обитель прежде всего в Германии, в науке и в законодательстве, в Германском гражданском уложении, — на территории и в среде, которые в современную эпоху стали поприщем углубленной философской мысли, классической философии — высшего проявления разума (так ярко проявившегося в творчестве ряда великих мыслителей — от И. Канта до О. Шпенглера). Тут все, на мой взгляд, закономерно.

А теперь — факт поистине парадоксальный. В Японии — стране, в которой глубоко утвердилась юридическая система, основанная на конфуцианстве и во многих отношениях чуждая, порой прямо противоположная праву Запада с его древнеримскими, формалистическими императивами, казалось бы, внезапно прорвался интерес именно к пандектистике. В литературе по сравнительному праву отмечается, что, хотя в Японии еще до второй мировой войны были приняты некоторые юридические документы и утверждались судебные процедуры по западному образцу,

¹ Цвайгерт К., Кёtz Х. Указ. соч. Т. 1. С. 352.

эти «писаное право и судебные процедуры оставались мертвой буквой» и тем не менее японская правовая наука вплоть до второй мировой войны посвящала себя бескорыстным изысканиям в области пандектистики¹.

Нечто подобное может быть зафиксировано и на Российской земле. В условиях советского тоталитарного строя, при всеобъемлющем господстве коммунистического права, в самый разгар тотального сталинского террора в юридической науке получили небывалое развитие позитивистские правовые исследования. И в первую очередь — разработки цивилистов (тоже бескорыстные и даже находящиеся под жестким, нередко безжалостным прессом официальных марксистско-ленинских догм) 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 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 в Германии, Японии, ЮАР, России, 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 вспышки нестандартных, поражающих воображение интеллектуальных свершений. В том числе и по вопросам права, сосредоточенных в некой одной точке.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ ПРАВОВЕДЕНИЕ И ПРАВОВЕДЫ

1

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.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 443.

Коль скоро правовые идеи в истинном своем значении (а не просто спекулятивные, умозрительные суждения и фантазии гуманитариив «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 — во взаимопроникновении) с позитивным правом, с самим его «телом», с правовой материей.

Это взаимодействие и взаимопроникновение (как показывают данные, относящие 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 не столько иллюзорная, подчас идеологизированная) видимость существующих юридических реалий, а также — *сама по себе юридическая реальность*, от которой в немалой мере зависят 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 разработчики римских правоведов. В особенности — в «золотой век» римской юриспруденции, когда суждения ведущих римских юристов через институт *ius respondendi* приобретали непосредственно нормативное значение¹. Такой облик стройной,

¹ Как показал И.А. Покровский, «мало-помалу не только такие формально данные responsa, но и иным образом высказанные мнения (*sententiae opinionones*) юристов *cum iure respondendi* пробрели большое влияние на практику, в особенности, если мнения разных юристов сходились. Вследствие этого таким мнениям приписывается также сила «как бы закона» (*legis vicem*), а самые эти юристы в глазах последующего времени представлялись подлинными «создателями права» — *conditores juris...*» (Покровский И.А. История римского права. С. 197).

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 североамериканского 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 ней впечатлений, но который на самом деле отражал действительные системные характеристики указанных юридических систем как объективированных институционных образований.

2

СПЕЦИАЛЬНО следует отметить те исторически своеобразные случаи в мире права, когда действие юридической системы как регулирующего фактора проявляется непосредственно *через юридическую науку, через суждения и выводы правоведов.*

Наиболее показательны в этом отношении исламское право — совокупность норм, которые следуют из божественных откровений, открытых людям Аллахом через пророка Мухаммеда. Ведь его основной источник — *Коран* — представляет собой собрание заповедей, религиозных изречений пророка Мухаммеда общего религиозного порядка. То же самое характерно и для *сунны* — второго по значимости источника исламского права. И сунна является собранием изречений и деяний, которые мусульманская священная традиция приписывает пророку и его ученикам. То и другое, и Коран, и сунна, являясь источниками права, неизменно остаются носителями божественных откровений; они не кодексы в строго юридическом значении, отличающиеся в идеале по всем нормативным положениям точностью и конкретностью юридических норм. И потому своего рода «перевод» божественных откровений, которым обязан следовать верующий, в конкретные и детализированные юридические нормы, распространяющиеся на те или иные жизненные ситуации, оказался уделом пра-

ведов, 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 сунне.

Отсюда – «повышенное» социальное и юридическое значение правоведения и правоведов в области исламского права, их интерпретаций (далеко не всегда точно согласующихся с современным мировым уровнем правовой культуры, что и служит почвой для неблагоприятных, порой жестко отрицательных оценок). И отсюда же следует, что вполне оправданно здесь, в области исламского права, значение источника права, вслед за Кораном и сунной, получило *иджма* – «единое мнение всей исламской общины, неспециалистов и юристов, по какому-либо вопросу исламского учения об обязанностях правоверных»¹. Причем решающее значение в соответствующих случаях придается согласованному, единому мнению ученых; именно оно в конечном счете определяет, какое положение Корана или сунны непосредственно либо по аналогии следует применять в качестве действующего права. И вместе с тем уже начиная с IX в. возобладало мнение, что юристам нельзя принимать самостоятельные решения по какому-либо правовому вопросу, основываясь непосредственно на Коране и сунне. Их деятельность ограничивалась токованием и разъяснением правовых книг, которые отдельными школами были признаны как авторитетные источники².

Иначе сложилась миссия юридической науки в правовой системе из иного времени и юридического ареала, но также отличающейся глубоко идеологизированным характером (по византийскому образцу) – в *системе советского права*.

Здесь главным назначением науки, в особенности ее подразделений, непосредственно представляющим ортодоксальную коммунистическую доктрину, стала идеология мистификации, изображение советского права в качестве «самого передового», «самого лучшего и образцового в мире и во все времена». Этому способствовали некоторые

¹ А в этой связи существенное значение приобрел принцип суждения по аналогии – *кыяс*, «то есть, – как разъясняется в литературе, – применение соответствующих норм, сформулированных в Коране, сунне или *иджме*, к новым аналогичным случаям». Более позднее и более гибкое понимание этого принципа таково: «в качестве нормы права стали признавать единое мнение, достигнутое в определенный период времени учеными всех школ или даже какой-либо отдельной школы. Этот принцип имеет в историческом плане что-то общее с древнеримским *communis opinio prudentium* (единое мнение ученых-специалистов)» (*Цвайгерт К., Кёнтц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 453).

² Там же. С. 543–544.

формулы, включенные в советские законы, иные нормативные акты (такие, как записи о «воле трудящихся», на которых будто бы строятся законы), ряд нормативных установлений социального порядка, также рекламируемых в качестве таких, которые «служат трудящемуся народу». Увы, восхваление такого рода записей и установлений служило в основном декоративным прикрытием реального репрессивного коммунистического режима, который строился на насилии, догмах, и практики диктатуры пролетариата, революционного правосознания.

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) порой становилась заложником проповедуемых в науке идей. В ряде случаев при решении трудовых дел, дел по социальному обеспечению и даже уголовных (не политических) дел, при решении подобных же процессуальных вопросов учреждения советской юстиции стремились продемонстрировать строгость и последовательность «социалистических завоеваний трудящихся» и решали юридические дала с опорой на упомянутые записи и установления в интересах граждан, защиты их прав.

3

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. Оно, это своеобразное юридическое мышление, не получило такого же, как в культуре римского права, «теоретизированного выражения» в логических суждениях юристов-классиков «золотого века» римской юриспруденции, а затем уже в средневековье — в разработках глоссаторов, в пандектистике. Но здесь, на английской земле, в самом ходе правового развития оказались как бы кристаллизованными, заложенными в саму 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 с развитием 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.

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, который сопряжен с деятельностью юристов-практиков. И здесь, по словам Макса Вебера, наблюдается та закономерность правового развития, в соответствии с которой правовой стиль какого-либо определенного общества отчетливо проявляется в профессиональном образовании и деятельности, в сословных организациях и экономических интересах юристов, именуемых Вебером юристами высокого ранга (*Rechtshonoratioren*)¹.

Вместе с тем представляется весьма важным учитывать своеобразие влияния правоведения и правоведов на американскую юридическую систему, которое в свою очередь решающим образом обусловлено рядом особенностей самой этой системы. Тем прежде всего, что она как система общего, прецедентного права, воспринятая переселенцами при формировании североамериканской государственности уже в «готовом», и притом сугубо прагматическом виде, не несла в себе сформировавшихся ее исторических традиций, трудной судьбы и ценностей общеевропейской значимости. И плюс к тому еще — 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 1787 г., которая наряду с передовыми институтами демократической государственности закрепила основные, фундаментальные права и свободы человека, имеющие высокое гуманистическое содержание. И потому корпус американских юристов, в первую очередь служители Фемиды — судьи, взамен «догматической схоластики» получили в каче-

¹ Weber Max. *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 тяжбы. Поэтому воспроизводится то, что возросло на почве римского права под названием «каутеларная юриспруденция» (*Kautelarjurisprudenz*)».

стве 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 силового американского капитализма с его жесткой направленностью на сугубо прагматические результаты рыночной экономики, первоначально — как, увы, везде — выступившей в виде «разбойничьего рынка».

Отсюда с достаточной отчетливостью можно видеть как несомненные достоинства американской юриспруденции, ее непреклонность в утверждении прав и свобод человека и придании приоритета в юридической области правосудию, так и, с другой стороны, ограниченность и односторонность юридических подходов и образа мысли, характерные для них тенденции отторжения собственно юридических ценностей, склонность к замене их категориями чисто экономико-прагматического, узкосоциального и даже личностно-психологического характера.

Именно с этим сопряжено доминирование в американской юриспруденции узкосоциологических «реалистических» интерпретаций права, и сообразно этому — придание значения общезначимых постулатов таким сентенциям американских правоведов (подчас высказываемых попутно, в публицистическом жанре), как-то: «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 культуры¹,

¹ По мнению Паунда (которое, как и мнение М. Вебера, воспроизводится по книге К. Цвайгерта и Х. Кётца), «современный преподаватель права должен изучать социологию, экономику и политику. Он должен знать не только судебные решения и принципы, лежащие в основе их принятия, но в той же мере обстоятельства и условия, социальные и экономические, в которых эти принципы должны применяться, а также состояние умов и чаяния населения, составляющие среду, в которой эти принципы будут практически реализованы. «Юридические монахи», которые проводят свою жизнь в атмосфере чистого права, безжизненной и лишенной живого человеческого слова, не могут сформулировать практические принципы, применяемые в беспрестанно меняющемся мире

место которых во многом заняли требования «прагматического реализма»¹, 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 европейской юриспруденции, в том числе — во Франции и в Германии. Но в отличие от Германии и Франции идеи Паунда и «реалистов» стали в правовой жизни Соединенных Штатов доминантой. «Правовые проблемы, введенные в научный оборот под названием «юридический реализм»... — справедливо отмечено в литературе, — определяли развитие правовой мысли в США на протяжении прошлого поколения и фактически стали «общим местом»².

Некоторые весьма неблагоприятные, по мнению автора этих строк, тенденции в развитии юридической системы США, о которых пойдет речь в следующей главе, 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

НАРЯДУ с той значительной ролью, которую играют в мире права юристы-практики (притом, что наиболее существенно, — через сферу юридического мышления, правовых идей), необходимо отдать должное также и тому направлению развития правоведения, стержнем которого являются научные обобщения высокого уровня — теория права.

из крови и плоти. Наиболее логичные и блестяще обоснованные нормы могут уничтожать право при практическом применении, так как не приспособлены к среде, в которой они должны проводиться в жизнь» (*Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 368–369).

¹ 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 никакое другое. Исходным пунктом при этом служит убеждение, что традиционная правовая догматика не имеет большого значения для решения дел и часто лишь дает материал, который помогает судье дополнительно отшлифовать решение, уже найденное им ранее другим способом. По мнению «реалистов», даже связанность прецедентом более не гарантирует стабильности права и предсказуемости будущих судебных решений, что является основным постулатом ортодоксальных учений» (*Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 369–370).

² *Yntema.* American Legal Realism in Retrospect, 14 Vand. L. Rev. 317 (1960) (цит. по: *Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 370).

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, овеванная неким ореолом ультрасовременности, на умы политических деятелей и правоведов других стран. Тем более — в обстановке будто бы происходящего «заката Европы».

Между тем категории и разработки, относимые подчас с ноткой пренебрежения к «профессорскому» или «онаученному» праву (или даже, сообразно американскому научному стилю, к неким изыскам, по словам Паунда, «юридических монахов», проводящих, по его же словам, «свою жизнь в атмосфере чистого права»), достойны, несмотря на имеющиеся крайности, совсем другой оценки. Эти категории и разработки, базируясь на уникальных достижениях римско-правовой мысли, основополагающих категориях мировой юридической культуры, призваны выражать в системе обобщений высокого уровня удивительное своеобразие правовой материи, ее специфическую логику, а отсюда — «выход» права на фундаментальные ценности человеческого бытия, его настоящего и будущего, его судьбы. Что, в свою очередь, предопределяет отношение в данном обществе к праву и к правоведению в настоящее время и в перспективе.

Вот почему, как уже отмечалось, есть серьезные основания для того, чтобы придавать процессу «онаучивания» права, начавшемуся в Европе с XVIII—XIX вв., не негативный оттенок, как это заметно в суждениях и оценках ряда специалистов в области сравнительного правоведения последнего времени, а значение явления крупномасштабного 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.

Во - 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.

Об этом еще раз (после аналогичных по своей сути характеристик правовых идей) приходится говорить, в частности, потому, что в общественном мнении и, увы, в суждениях видных ученых из области естественных и технических, а порой и гуманитарных знаний утвердились сдержанные, а иной раз и прямо пренебрежительные оценки «правовой догматики» и «юридического позитивизма» как области научных знаний «низшего сорта». Как о чем-то таком, что не идет дальше некоторой «просто азбуки» в сфере законодательства и судебной деятельности, сопровождаемой какими-то ненужными «премудростями». Но такого рода оценки, пожалуй, могли быть сравнимы с тем, как если бы о математике в целом судили по особенностям элементарной арифметики. И сообразно этому – видели в высшей математике всего лишь непонятное скопление цифр и условных значков (именно подобным образом иной раз оценивают «непонятные» сложности и премудрости правоведов, занимающихся теоретическими разработками права).

Конечно, понимание «глубин» юридической материи требует 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 правового материала, как оказывается, что в юридической материи обнаруживается своя «высшая математика» – свои своеобразные свойства, сложные и тонкие связи и соотношения, для которых характерна особая юридическая логика. Эта логика, базирующаяся на сочетании «должного» и «сушего», 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 особенности 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, многогран-

ности, привлекательности. И тогда под «лучами» такой углубленной теории под внешним, сугубо прагматическим, регулятивным слоем юридической материи раскрывается, расцветиваясь многоцветием культуры и свободы, ее истинный смысл и назначение в жизни людей. Те ее качества, которые в ходе развития человеческой цивилизации воплощаются в праве цивилизованных народов.

Во - в т о р ы х, существенное направление влияния теоретических разработок, осуществляемых в юридической науке, на правовую жизнь общества выражено в выводах правовой теории о структуре права, его системе.

Позитивное право как жесткий организм (институционное образование) отличается объективно существующей структурированностью — тем, что в ходе правового развития в нем спонтанно, естественным путем складываются известные общности — отрасли, институты, иные подразделения. Но эти подразделения далеко не всегда находят внешне строгое, четко объективированное выражение¹, и это весьма отрицательно сказывается на восприятии права, его толковании, практическом применении.

И вот тут на «помощь» позитивному праву приходит правовая теория. В ряде случаев — и это характерно прежде всего для юридических систем, построенных на прецедентах (т.е. в настоящее время главным образом праву англо-американской группы), — для придания праву относительной системности, точнее для ее «раскрытия» или формального констатирования, оказываются достаточными сами по себе теоретические разработки (как это случилось в отношении английского права еще в середине XVII в. благодаря труду У. Блэкстона «Комментарии к английским законам») или неофициальная либо полуофициальная, официозная систематизация действующего права (как это реализовалось в отношении частного коммерческого права США).

По большей же части — и это характерно главным образом для романо-германского права — решающую роль играют здесь теоретические обобщения высокого уровня и правовые идеи, которые (обобщения, идеи) становятся «правовыми реальностями» *путем кодификации*. Кодексы, таким образом, выступают в данном случае преимущественно

¹ Вряд ли верен во всех отношениях распространенный в литературе взгляд, в соответствии с которым общее, прецедентное право в силу самой своей природы хаотично, не обладает «достаточной способностью к самоструктурированию» и не может служить основой для рациональной систематизации. Другой вопрос, что эта структурированность как бы «спрятана» в необозримом множестве прецедентов и отдельных законодательных установлений и потому не находит (и сама по себе не может находить) строго внешнего выражения.

не в виде «формы систематизации» (как это принято считать), а в виде высшей формы законотворчества и в этой связи – способа формирования четко структурированной юридической системы с высоким уровнем нормативных обобщений. 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 и в каком образе «выглядит» и функционирует действующее право, как и в каких направлениях вырисовывается его развитие.

Характерный пример тому – ожесточенные дискуссии, которые в 1930–1940-х гг. проходили в условиях советского общества по проблемам системы права. Прежде всего – по проблеме о месте гражданского права в «правовой системе социализма», о том, не следует ли его «заменить», как настаивали 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 действовавшего ГК существовали частноправовые элементы, и они определенным образом «давали знать» о своей перспективности, о том, что рано или поздно придет и их «время».

6

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 профессиональной деятельности в иных социальных сферах (включая экономику, управление).

Конечно, подобная оценка оправдана постольку, 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 «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 применительно к таким, крайне неблагоприятным условиям, в которых работали ученые и практики-юристы в обстановке советского тоталитарного режима. При всех пороках и негативах со-

ветской юриспруденции и в то время, порой исподволь, но вместе с тем целеустремленно шла работа по развитию глубоких правовых принципов. Один из примеров такой работы уже отмечен в предшествующем изложении. Это, в частности – проработка видными учеными-цивиристами того времени (Е.А. Флейшиц, Х.И. Шварцем и др.) острой проблематики, относящейся к гражданской ответственности государства за акты власти, что нашло отражение еще в советском законодательстве, в Основах гражданского законодательства 1961 г. (ст. 89), а затем послужило предпосылкой для последующих теоретических и законодательных разработок и новелл уже в годы начавшихся демократических перемен¹.

Здесь есть предпосылки и для более основательных выводов. Надеюсь, не будет преувеличением утверждать, что именно истинное положение правоправедения и правоправедов в том или ином обществе является показателем действительного состояния права и законности в данной стране. Стремится ли государственная власть «приручить» правоправедов, втянуть их в свою машину властвования и сформировать податливую и щедро облагодетельствованную «придворную» юриспруденцию (первый вариант) *и л и ж е* государственная власть (второй вариант) поддерживает самостоятельность и независимость отечественного правоправедения, 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 дел в области права в данной стране, его (права) действительных возможностей и судьбы.*

¹ См.: *Маковский А.Л.* Гражданская ответственность государства за акты власти // Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова. С. 67 и сл.

Часть третья. Перспектива

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ НАДЕЖДА

1

ПРАВО — одно из немногих явлений современной цивилизации, которое получило общее признание в качестве неперемennого условия нормального существования людей, феномена исконно цивилизационного порядка, достижения человечества, его культуры. И именно в таком качестве и таком значении праву, по общему признанию, уготовано оптимистическое будущее — оно переходит в новое, третье тысячелетие и призвано по-прежнему играть достойную, высокозначимую роль в жизни человеческого сообщества.

Потому-то, надо полагать, само понятие «право», производные от него формулы и лозунги, в том числе «правовое государство», «правовой порядок», «законность» и т.д., независимо от реального положения дел в том или ином обществе, повсеместно и постоянно используются буквально всеми: и правящими режимами, и политической элитой, и оппозиционными кругами, деятелями разной политической и моральной ориентации, обывателями. Притом неизменно используется как надежный знак приверженности высоким требованиям современной развитой цивилизации, культуры, морали. Иной раз, увы, как некое общее место, дежурная фраза, привычный словесный оборот, дабы не прослыть реакционером.

С великим сожалением приходится констатировать и то, что декларации о праве в ряде случаев использовались в качестве прикрытия античеловеческих, репрессивных режимов, оправдания фактов произвола и государственного терроризма. Ведь даже чудовищный режим гитлеровского нацизма именовал себя «правовым государством», а СССР, другие коммунистические страны, выразив свое презрение к праву в постулатах его «отмирания» и в практике «революционного правосознания», вместе с тем довольно искусно маскировали массовые факты расправ и террора «открытыми судебными процессами», другими на первый взгляд современными юридическими формами

и процедурами — тем, что в социалистическом обществе все происходит «по закону», в соответствии с «социалистической законностью».

2

МЕЖДУ ТЕМ реальное значение права, его высокий престиж в современном мире на рубеже третьего тысячелетия действительно имеют глубокие, вполне оправданные основания. Право по самому своему существу может быть охарактеризовано как *наша, людей, надежда*. И в этом отношении как условие и средство решения многих сложных (увы, не убывающих по числу и по количеству среди них острых) проблем, преодоления негативных тенденций и опасностей, а главное — условие и средство поступательного развития человечества, его всесторонней модернизации. Отчасти по зрелым размышлениям, по данным науки, а нередко и интуитивно, по наитию это реальное значение и миссия права в жизни людей и «улавливается» в самом факте его высокого престижа. А это в свою очередь является порой побудительным фактором и для спекулятивного, в маскировочных целях манипулирования правовыми формулами и лозунгами.

Здесь принципиально важно сделать ударение на главном факте — на том обстоятельстве, что наиболее крупный сдвиг в истории человечества — переход от традиционных к либеральным цивилизациям по своей сути немислим без права.

Ибо кроме права нет иной социальной формы, через которую может быть реализована и обеспечена сама предоснова любой цивилизации либерального типа — великая *самоценность жизни человека, свобода людей*, оптимальная реализация *индивидуальности* человека (для этого не «приспособлены» никакие иные социальные регуляторы: ни мораль, ни обычаи, ни корпоративные императивы). И кроме права нет иной социальной формы, которая бы обеспечивала существование и оптимальное функционирование общества, его экономической, социальной и политической систем в условиях реализованных либеральных ценностей и идеалов, т.е. существование и функционирование на началах *саморегуляции* — самоуправления в политической и социальной сферах, рыночной саморегуляции в экономической сфере (на постиндустриальной стадии развития экономики).

К этому следует добавить и то, что опыт прошлого и настоящего свидетельствует — неизбежная в условиях цивилизации борьба с наиболее отвратительными проявлениями человеческого бытия, *произволом* (включая все виды преступности) и *насилием* (допускающими

и оправдывающими *уничтожение человека*), вне права не только не приводит к ожидаемым результатам, но и неизменно оборачивается такой же или еще большей бедой для людей.

Есть здесь основания и иного, тоже фундаментального порядка, но относящиеся непосредственно к праву, к правовой материи.

Речь идет не только об уникальных особенностях позитивного права, его качестве жесткого организма и одновременно — живого права, но и о связанном с этим своеобразии юридической системы как эффективного регулятора (прежде всего — об общеобязательной нормативности, всеобщности), т.е. о том, без чего само существование и функционирование общества в условиях всесторонней модернизации невозможны.

Главное здесь — это то, что сама по себе правовая материя (о чем, как мы видели, свидетельствуют данные, относящиеся к различным юридическим системам) спонтанно, в силу самой юридической логики *«ведет» к важнейшим гуманитарным ценностям*. Причем это касается юридической материи как таковой — даже в условиях, когда особенности права в достаточной мере еще не раскрылись, да и сама юридическая система обслуживает главным образом власть, выполняет в основном карательно-запретительные функции, носит в целом реакционный, античеловеческий характер. Словом, в позитивном праве, во многом независимо от функций в данных конкретных исторических условиях, все же наличествует — пусть до поры до времени и потенциально или в урезанных формах — «социальный плюс». В нем как бы изначально заложена настроенность («заданность») на цивилизационные идеалы и ценности высшего порядка — обеспечение высокого статуса и достоинства личности, свободы людей, реализацию начал справедливости, равновесности в правах и обязанностях, исключение из жизни людей произвола, насилия.

Право, стало быть, по самой своей природе — гуманитарный институт высокой значимости, призванный по самой изначальной сути («замыслу») служить людям.

Эта поистине удивительная специфика позитивного права, подтверждаемая самой жизнью, реальной практикой, в полной мере еще не осмыслена наукой (хотя, надо полагать, признание права в качестве «явления Разума» уже во многом объясняет указанную настроенность, «заданность» или, во всяком случае, открывает путь к ее постижению).

В многотысячелетней человеческой истории судьба права, его изначальная предназначенность служить людям оказалась причудливой, порой трагичной. На первых фазах истории, долгие тысячелетия право выступало в неразвитом, примитивном виде — в виде обычаев, прецедентов, отдельных законодательных установлений; все это становилось инструмен-

том власти, по большей части подчинялось произволу правителей. И все же право по мере развития общества все более и более раскрывает свою суть, свое историческое предназначение. И наконец, в ходе великого, глобального исторического сдвига, когда реализуется переход человечества от традиционных к либеральным цивилизациям, суть права в условиях гражданского общества как бы обнаруживает свою изначальную предназначенность, и право заявляет о себе как инструмент обеспечения самоценности жизни, свободы, основополагающий гуманитарный институт и одновременно как надежное, соответствующее требованиям цивилизации средство борьбы против своего исконного антагониста — произвола, насилия.

Отсюда становятся, можно предположить, понятными высокие оценки права в суждениях знаменитых мыслителей, философов и правоведов. Вплоть до таких, как это делает Иммануил Кант, когда право оценивается в качестве *цели общества, главного критерия* общественного развития.

3

ВОТ МЫ ПОДОШЛИ к главной характеристике современного права, которая позволяет видеть в нем надежду человечества, к его особенностям как *права человека*. И одновременно в этой связи (или даже — как к исходному фактическому поводу рассмотрения проблемы) — к правовой трактовке одного из «знаковых» событий конца второго тысячелетия — делу Пиночета, о котором говорилось в прологе к настоящей книге.

Но сначала — несколько слов о том месте, которое заняли категории прав человека после второй мировой войны. Именно — после второй мировой войны, в 1950—1960-х гг. Ибо известные со времен античности и возвышенные как основополагающие духовные демократические принципы в эпоху Просвещения, в годы Великой французской революции, в последующие десятилетия XIX и первой половины XX в., права человека как неотъемлемые, прирожденные права личности как раз в 1950—1960-х гг. заняли центральное место в политической и духовной жизни демократических стран, в ценностях и идеалах, исповедуемых демократической общественностью. Ужасы второй мировой войны, кровавый вандализм тоталитарных режимов, нередко прикрываемые внешне престижными государственными институтами, потребовали того, чтобы права человека, его исконная свобода и достоинство стали основой и высшим критерием правового порядка в мире, во всех странах.

И как раз с той поры, с Декларации ООН по правам человека 1948 г., последующих международных документов, в мире, завоевывая все но-

вые и новые рубежи, утвердилась в качестве господствующей общечеловеческой ценности *культура прав человека*. Пожалуй, даже — все более доминирующего на планете — *духа прав человека*.

Весьма примечательно в этой связи, что и во внутригосударственном праве демократических стран, в том числе в конституциях, других фундаментальных законах, заглавное место стали занимать нормативные положения о правах и свободах человека, о достоинстве личности. Не менее существенно и то, что во главе этого процесса оказались страны, пережившие ужасы тоталитарных диктатур и потому в реальной жизни выстрадавшие потребность утверждения стойкой преграды перед этим бедствием и проклятием, — Германия, Испания, Италия, в конституциях которых положения о правах человека стали заглавной формулой и определяющей основой построения всего конституционного строя.

4

ОБРАТИМСЯ ТЕПЕРЬ к тому, обозначенному ранее, исходному пункту, отправляясь от которого попытаемся охарактеризовать право современной эпохи, — к делу бывшего чилийского диктатора.

Напомню суть дела. Генерал Пиночет, глава военной хунты, совершившей в начале 1970-х гг. государственный переворот и учредившей затем репрессивный режим в Чили, был в 1998 г. во время его частной поездки задержан в Великобритании по обвинению, представленному Испанией, в преступлениях против человечности. В то время, когда пишутся эти строки, казалось бы, все точки над «i» в этом деле уже поставлены. Пиночет в связи с состоянием его здоровья по сугубо гуманитарным соображениям не выдан Испании, а получил возможность вернуться в Чили. Хотя — нужно заметить — уже на чилийской земле ставится вопрос о привлечении бывшего диктатора к ответственности по чилийским законам.

Но как бы то ни было (и даже независимо от того, как завершится данное дело в Чили), 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 и что вытекающие отсюда правовые последствия имеют обязательную юридическую силу во всем мировом сообществе. А это значит (внимание!), что *права человека становятся действующим правом в глобальном отношении — на «наднациональном», надгосударственном уровне*. И что, следовательно, права человека обладают, скажем так, *супермощной, универсальной юридической силой*, и потому

по вопросам прав человека утверждается идея *универсальной юрисдикции*. И главное — в соответствии с приоритетом международного права каждая национальная юридическая система призвана строиться соответственно принципам и критериям *права человека*.

Тут нужны некоторые пояснения. В мировой юридической практике еще до дела Пиночета права человека 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 одних лишь положений о правах человека привлечение к ответственности деятелей «другого», притом уже не существующего государства — бывшей ГДР за действия, которые они совершали по существовавшему в свое время (но к моменту рассмотрения 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, напомним, 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» и пропагандистскими формулами), а формируются и утверждаются в самом процессе правового развития и по своим результатам прямо «входят» в действующую юридическую систему, а отсюда и в практику правовой и политической жизни.

Последнее из указанных обстоятельств является в высшей степени важным. Оно, надо полагать, уже в значительной мере объясняет смысл высказанного выше утверждения о том, что каждая национальная юридическая система теперь «призвана строиться соответственно принципам и критериям права человека». Прошу внимания! Не просто *прав* человека, а именно *права* человека! Стало быть, не в значении одних лишь субъективных возможностей индивида, отдельного лица, имеющих к тому же в основном духовное, моральное значение (как до сих пор понимается данное выражение), а прежде всего *в значении объективного права, элемента или даже основы действующей юридической системы со всеми присущими объективному праву характеристиками — общеобязательностью, государственным принуждени-*

ем к исполнению соответствующих требований, юридической ответственностью за их невыполнение.

Тут нужно вспомнить азбучное положение из области юридических знаний. Слово «право» в юриспруденции имеет два основных значения: во-первых, значение субъективных прав (юридических возможностей индивида, конкретного субъекта, например, правомочий гражданина на получение пенсии) и, во-вторых, значение объективного права (системы норм, законоположений – например, пенсионное право).

Так вот, права человека только тогда обретают действительную юридическую силу и значимость, когда – и тут, казалось бы, при «повторе слов», нет никакой тавтологии! – *действующая юридическая система становится «правом человека»*. То есть – когда действующая юридическая система, сохраняя все особенности общеобязательного, властно-принудительного нормативного регулятора, вместе с тем по своему содержанию, юридическим механизмам, построению юридических институтов, процедур *ю р и д и ч е с к и настроена на служение человеку*. И когда, следовательно, человек, его неотъемлемые права становятся высшим принципом и высшим критерием – притом не только общечеловеческим, но уже и юридическим критерием! – при решении любых правовых вопросов. И когда, нужно добавить, в практическом отношении права человека как категория духовного, морального порядка высокой значимости оснащаются силой юридических механизмов и средств действующей юридической системы, что и делает их полностью субъективными правами и в строго юридическом значении.

Есть весомые основания полагать, что перед нами – *самое знаменитое явление в процессе преобразования права при переходе человечества к цивилизациям либерального типа*. Если угодно, кульминация «либеральной революции» в праве.

Сейчас, на пороге нового тысячелетия, при всей значительности самого этого качественного перелома в мире права, мы пока находимся на первых фазах указанного процесса. Сам переход человечества к цивилизациям 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 сам этот «качественный перелом» в мире права определился с должной строгостью и главное – уже реально происходит.

Причем факты последнего времени свидетельствуют, что в такого рода перенастройку юридических систем в практическом отношении вовле-

каются 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 — как будет показано в последующем изложении — намечается аналогичная линия по проблематике частного права.

И вот здесь важен, так сказать, масштаб подхода к рассматриваемому явлению. Наряду с отработкой юридических механизмов, всего правового инструментария в соответствии с идеалами и критериями права человека (многогранная работа, которая по всем данным требует 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 правосознания и правового мышления*, а следовательно — самой трактовки всего комплекса юридических институтов, принципов и идеалов, тенденций и перспектив их развития.

Одна из таких «новых трактовок» — характеристика законности как принципа современного демократического общества. «Законность», нередко определяемая в качестве общего, одинакового для каждого общества требования строжайшего соблюдения существующих юридических норм, в действительности может иметь качественно разное значение, далеко не всегда с одними только позитивными характеристиками и оценками (коварная миссия «социалистической законности» в советском обществе, олицетворявшей режим сталинской тирании и произвола, — тому пример). Поэтому сама логика жизни потребовала того, чтобы приведенная выше общая характеристика законности, при всем ее значении, получила бы как принцип современного демократического общества особое выражение, отвечающее сути права человека.

Думается, соответствующая формула уже прозвучала в исследованиях выдающегося мыслителя Ф. Хайека, которому порой отводят амплуа всего лишь «теоретика-рыночника», но который, надо полагать, достоин более высокого статуса — классика современного либерализма, его основ. Именно в исследованиях Ф. Хайека при рассмотрении самой сути общества, утверждающего либеральные ценности, сформулировано положение о *правозаконности* как об одном из величайших достижений либеральной эпохи, «послуживших не только щитом свободы, но и отлаженным юридическим механизмом ее реализации»¹.

¹ Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 128.

Это выражение — «правозаконность» — не тавтология, не «масло масляное», как это может показаться на первый взгляд, а констатация того, что принципом демократического общества должна быть признана не всякая законность, не «просто» строжайшее соблюдение действующих юридических норм (хотя и эта сторона законности, как мы увидим, остается весьма существенной). «Шитом свободы» и тем более «отлаженным юридическим механизмом ее реализации» должна быть признана именно *правозаконность* — законность, *основанная на праве в его глубоком гуманистическом понимании*. То есть — под углом зрения особенностей права в либеральную эпоху — законность, *основанная на праве человека как объективной категории*.

И еще один существенный момент, который следует взять на заметку. Здесь уместно в дополнение к ранее сказанному хотя бы в самой общей форме вспомнить о том, что, наряду с происходящей с середины XX в. линией на возвышение права, произошел в это же время гигантский, поистине фантастический прорыв научно-технической мысли, взрывной подъем науки и техники, технических свершений, создавших основу для перехода к постиндустриальной стадии экономики, нарастающего и устойчивого экономического развития, прогресса во всех областях жизни общества.

Впрочем, «другое» ли это явление? Не вернее ли считать, что тут перед нами, по всем данным, нечто единое, органически цельное, выражающее при переходе к либеральным цивилизациям взлет человеческого духа, разума? В последующем (в главе четырнадцатой) мы вернемся к этим вопросам.

ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ ПРЕДВЕСТНИКИ И ЗНАКИ БЕДЫ. ДРАМА ПРАВА

1

МИССИЯ, предназначенная историей праву 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 таят в себе опасность грозных последствий — тяжелой беды для людей, для самой, казалось бы, вполне благополучной, оптимистичной перспективы общественного развития. Да не только

опасность — но уже и саму беду, учитывая ее очевидные знаки, приметы. И что особо должно быть отмечено, — все эти сложные, противоречивые социальные перипетии, касающиеся всех стран, но в первую очередь тех, которые идут или стремятся идти по пути формирования и утверждения принципов и идеалов современного гражданского общества, выливаются в *драму права*.

2

ОТМЕТИМ сначала те трудности и сложности в правовом развитии, которые, будучи весьма тревожными, вместе с тем, по всем данным, являются неизбежными в процессе всесторонней модернизации общества, при переходе человеческого сообщества к цивилизациям либерального типа.

Это прежде всего — все то, что в XIX—XX вв. в странах, вступивших на путь капиталистического развития, стало негативной стороной экономической и политической свободы: разрастающаяся преступность, приобретающая в условиях экономического роста и технического прогресса все более разветвленный и изощренный характер, рэкет, преступный бизнес, особо страшная его разновидность — бизнес наркотический, отмывание грязных денег, добытых преступным путем, и т.д. Одновременно с этими негативными процессами и в переплетении с ними дают о себе знать негативы «дикого, разбойничьего рынка», практики «социального дарвинизма», махового индивидуализма, нравы силового захвата, дележа и перезахвата ресурсов, источников сырья, сфер сбыта.

Словом, оказалось, что начала саморегуляции, лежащие в основе современного модернизируемого общества, требуют в идеале того, чтобы они сочетались с должной *организованностью* во всех областях общественной жизни, действием строгих «правил игры». Такой организованностью и такими «правилами игры», которые являются не только следствием «саморегуляции», но и в необходимых пределах инициируются, поддерживаются, обеспечиваются на практике деятельностью государственного аппарата, введением и развитием соответствующих институтов публичного права. Что, к несчастью, сопряжено с появлением и разрастанием новых проблем, относящихся к бюрократическим и полицейским порядкам и нравам и, в особенности, к их какому-то неизбежному атрибуту и истинному проклятию — коррупции.

Не углубляясь в характеристику только что отмеченных и аналогичных процессов (их более широкий, подробный анализ — тема особая), можно уже на основе приведенных кратких характеристик отметить

известные негативные явления из числа реалий и тенденций, противостоящих общей линии на возвышение права в современную эпоху.

Основное из таких явлений — это тревожный факт, — резко контрастирующий с указанной общей линией, — «падения» (или «потери») права в практических делах и общественном мнении — его бессилие перед сложными и жесткими реалиями жизни, упадок его престижа, утрата былой безусловной веры в него как в универсальное и безотказно действующее средство решения социальных проблем. Порой даже создается впечатление, что возвышенные представления о праве, о его верховенстве в жизни демократического общества (нашедшие выражение в самих формулах о «правовом государстве» и «правлении права») — всего лишь уходящие в прошлое рудименты правовой романтики и юридических иллюзий.

А в этой связи в практических делах и в общественном мнении возрождается былой *расчет на власть как таковую, ее силу — силу бюрократического, полицейского аппарата, вооруженных сил, оснащенных мощной техникой*, и отсюда — известное возвеличивание власти как перво-степенной социальной ценности (когда во имя дела, его успеха можно пренебречь иными «формальностями»). Именно с властью, с ее сильными и решительными акциями связываются в представлениях многих людей решение острых проблем нашей действительности, сам образ «крепкой государственности». 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 достижения некоего желанного образца — безупречных «порядка и дисциплины».

3

НАСКОЛЬКО ГЛУБОКО проникают в наше бытие отмеченные реалии и тенденции, можно проследить на частном и притом не очень-то бросающемся в глаза примере — на некоторых сторонах состояния и решения правовых вопросов в области экономических отношений в США.

Казалось бы, многое и в этой области подтверждает бытующий взгляд о передовом характере порядков и настроя американской юридической системы. Передовое — даже в том скептическом отношении к «догме права», которое выражено в оценке последней всего лишь как некоего дополнительного средства, позволяющего судьям только «отшлифовать» решение ситуации, принимаемое на основе экономических и иных «неюридических» данных. Тем более, что со времен из-

вестного «письма Брандеиса» 1907 г. по делу *Muller v. Oregon* (208, US, 412, 1908), с мнением о необходимости максимального учета социальных интересов участников процесса, на первый план в американской юриспруденции и юридической практике выдвигается то, что, казалось бы, сполна компенсирует пренебрежение к юридической догматике. А именно, как свидетельствуют современные учебники по прецедентам, — приоритетное внимание к экономическим обстоятельствам дела, умение разобраться в относящихся к делу медицинской, психиатрической и криминологической информации, деловой практике.

На первый взгляд, как будто бы в таких подходах к юридическим вопросам «все хорошо» — перед нами передовые взгляды (и действительно, по ориентировке на углубленный анализ фактических ситуаций — передовые). За исключением одной, по поверхностным впечатлениям, «мелочи» — того, что вместе с юридической догматикой при рассмотрении юридических вопросов в области экономических отношений *исчезает «само» право*.

Подтверждением этому могут, на мой взгляд, служить модные ныне исследования Познера, представленные в его труде «Экономический анализ права» (1977 г.)¹. Автор в этом труде исходит из того, что недостаток ресурсов в обществе заставляет передавать их в интересах повышения благосостояния в руки тех, кто сможет их использовать с наибольшей эффективностью. Но как, каким путем передавать? Рыночными методами? Путем товарного обмена?

Познер как бы склоняется к этому. Согласно цитируемому изданию, он утверждает, что «при определенных условиях сумма обмена становится «оптимальной», так как все недостаточные ресурсы благодаря рыночному механизму достигают места своего наиболее эффективного применения, а дальнейшие обмены не приведут к увеличению общей полезности».

Но — внимание! Спрашивается, каким же образом все это может происходить практически? Если нет сомнений в том, что исходя из необходимости оптимального распределения ограниченных ресурсов «правовые нормы можно исследовать с такой точки зрения: способствуют ли они «эффективному» распределению недостаточных ресурсов»² (и именно так приведенные воззрения и интерпретируются в юридической науке на Европейском континенте), то в сугубо прак-

¹ Здесь и далее изложение по данным: Цвайгерт К., Кёму Х. Указ. соч. Т. 1. С. 371–372.

² Или, добавляют авторы цитируемого издания, «другими словами», идут ли «действия индивида, которые преследуют свои частные цели, одновременно на пользу всего общества» (Там же).

тической плоскости, на которую, кажется, ориентируются правоведы США, неизбежно возникает принципиально иная ситуация.

Дело в том, что «недостаточные ресурсы» не в состоянии «достигнуть места своего наиболее эффективного применения» *только* «благодаря рыночным механизмам» и строго соответствующим таким механизмам частноправовым формам регуляции. И здесь, во всяком случае на том участке экономических отношений, когда «ресурсы» должны достигнуть «места» их наиболее эффективного использования, не обойтись одними правовыми институтами, адекватными рыночным отношениям, — институтами частного права.

Как же быть? И вот здесь, строго говоря, нет иного варианта, как прибегнуть к властной, регулирующей роли государственной власти. А такой вариант (притом с использованием известных «рыночных механизмов» в виде своего рода «хозрасчета») реализован, как свидетельствует мировая практика, не в опыте демократических стран с современными правовыми системами, а в идеологии и практике планового социалистического хозяйствования с соответствующим, в основном публично-правовым, инструментарием (хотя и со «вкраплениями» некоторых урезанных рыночных методов и соответствующих гражданско-правовых способов регуляции).

Вот, как говорится, и приехали! Сугубо «экономический анализ», столь модный в нынешнее время, приводит при попытках его проецирования на практическую жизнь к необходимости прямого государственного регулирования с «использованием рыночных механизмов», т.е. к тому, что в социалистической плановой экономике именовалось «хозрасчетом» и «социалистическими гражданско-правовыми формами», в том числе — к «обязанности заключить договор», директивному определению содержания договорных отношений, реальному исполнению (в директивной интерпретации) обязательств. А все это — несмотря на будто бы престижный юридический антураж — олицетворяет собой фактическую «утрату права», что реально и происходило в обществах социализма. И что — с прискорбием приходится констатировать в отношении американских реалий — согласуется с пренебрежительным отношением к «юридической догматике», являющейся в действительности по своей глубокой сути выражением и носительницей основательной юридической культуры¹.

¹ Любопытно (под углом зрения, в соответствии с которым «экономический анализ» неодолимо влечет к социализму), что примеры сторонников «экономического анализа» приводятся не из договорного, как этого требует логика материала, а из деликтного права. И они по своим выводам сводятся к тому, что «суды считают «небрежным», а потому и виновным такое поведение, когда ответчик мог бы принять, но не принял никаких мер для предотвращения ущерба и когда сумма издержек, связанных с принятием

А ТЕПЕРЬ — замечание более общего характера. 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 правовому гражданскому обществу не только носят исторически длительный, порой многовековой характер, но и в этой связи характеризуются 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 типов, которые одновременно «заражены» соблазнами изошренного потребительства, порывами к достижению все более и более изошренных благ современного потребительского общества (нередко переходящими грань норм морали, да и простого здравого смысла, здорового образа жизни).

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 (сектора и рудименты «старого», «издержки»), но и феномен, который является *прямым антиподом права*, более того — его исконным, кровным врагом, антагонистом-противоборцем, преодоление которого стало судьбой права.

Речь идет о подлинной беде и проклятии человечества — *произволе и насилии*. Особенно — насилии. То есть о произволе, направлен-

этих мер, оказалась бы ниже ушерба, нанесенного несмотря на то, что эти меры были бы приняты» (*Швайсерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 371–372.). Или другой пример, когда «применение оговорки об освобождении от ответственности может объясняться нарушением принципов «взаимного доверия», «осмотрительного поведения» или «добросовестности», и это зависит от того, освобождает ли она от риска ту сторону в сделке, которая могла бы избежать его с меньшими потерями, чем другая, и застраховаться от него с меньшими издержками, чем другая сторона, если риск или убытки неизбежны» (Там же). Но при чем тут, спрашивается, «экономический анализ»? Аналогичные, а пожалуй, еще более точные с юридической стороны выводы следуют и при корректном использовании категорий юридической догматики, в том числе — таких, как принцип соразмерности, распределения риска ответственности, виды ответственности, рассматриваемые в различных юридических ракурсах, и т.д.

ном 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 — век XX 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*. Если угодно — *безумием* насилия.

Именно — 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.

Причины такого безумия поистине непостижимы. То ли это «социальный СПИД» в ответ на безудержное вторжение человека в природное и естественное социальное бытие? Или вспышка биологических программ, замкнутых на вражде и агрессии? Или агония темных, злых сил, таящихся в органике человеческого рода? Или те же самые, возведенные в квадрат издержки при переходе человечества к эпохе свободы? Или грозное предупреждение от нового соблазна достигнуть заоблачных высот благосостояния и благодной гармонии (предположение — наиболее беспощадное для нас, людей, и, не скрою, — наиболее близкое к размышлениям автора этих строк)? А быть может, все это вместе, в каком-то сложном сочетании и последовательной, взаимной зависимости...

Но как бы то ни было, представляется принципиально важным сразу же обозначить центральный пункт в понимании складывающегося положения дел и перспективы решения возникающих здесь проблем. С позиций, отстаиваемых в данной книге, этот центральный пункт заключается в том, что сейчас, на пороге нового тысячелетия, насилие *открыто противостоит праву*, которое по логике Истории призвано занять центральное место в жизни людей. Причем — противостоит не просто как своему исконному врагу, антагонисту-проти-

воборцу, но и как врагу *смертельному* — той *решающей*, а по ряду отношений *единственной силе, которая по самой своей природе способна преодолеть насилие*.

5

ТАКОЕ ЗНАЧЕНИЕ права, его высокая миссия в преодолении насилия, борьбы с ним подмечены наукой уже давно. С наибольшей выразительностью соображения на этот счет высказаны замечательным мыслителем, философом, обосновавшим важнейшие ценности современной эпохи, — Иммануилом Кантом.

Необходимость права, по Канту, проистекает не только из потребности определить границы свободы, но и из надобности противостоять насилию, этому страшному, неподатливому злу: «Насилие, которому подвергается народ со всех сторон, и проистекающие от него бедствия заставляют его в конце концов прийти к решению подчиниться тому принуждению, которое сам разум предписывает ему как средство, а именно подчиниться публичным законам и перейти к *государственно-гражданскому устройству...*»¹.

Еще выразительней мнение Канта о средстве, способном противостоять самому ужасному, кажется, непреодолимой кульминации насилия — войне. Он пишет: «Против этого (войны. — С.А.) нет никакого средства, кроме международного права, основанного на публичных и опирающихся на силу законах, которым должно подчиниться каждое государство (по аналогии с гражданским или государственным правом для отдельных лиц)...»². Примечательно, что Кант в приведенном положении говорит не о международном праве как о своеобразной области правовых феноменов, а о праве в целом как явлении цивилизации, и в этом отношении — о том, что в большей мере характерно для внутригосударственного права — права, «основанного на публичных и опирающихся на силу законах».

Знаменательно, что указанные антиподы права (и насилие как таковое, и война) требуют развертывания институтов, характерных для общества, строящегося на правовых началах, — прежде всего правосудия, судебной системы. Ведь смысл права во многом как раз и состоит в том, чтобы реализовать предназначение цивилизации — обеспечить самоценность жизни человека, свободу людей и исключить из жизни людей хаос произвола, насилие, в современных условиях — «право си-

¹ Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 343.

² Там же. С. 349.

лы». Исключить путем публичных законов и создания судебной системы, решения которой обладают «силой закона», могут то или иное лицо «объявлять правым или неправым» и тем самым решать, «на чьей стороне право». Иначе, если в обществе не утвердится судебная система, по-прежнему будут торжествовать война или же «суд божий», который, по свидетельству истории, на деле подчас, как это происходило в средневековье, опять-таки оборачивается «правом силы», прямым насилием¹.

Мысли Канта в настоящее время, как это следует из предшествующего изложения, находят подтверждение в современных научных разработках, посвященных природе права, его смыслу, предназначению в жизни людей.

Ведь право в современном его понимании – это тот данный Историей и, если угодно Богом, институт, который предназначен для реализации в масштабах всего общества и всего человеческого сообщества задач, относящихся к самим основам существования и развития общества. А именно – обеспечить на твердой, строго определенной, гарантированной основе решение жизненных ситуаций, конфликтов; и притом – непременно так, чтобы исключить при таком решении произвол, прежде всего произвол, обращенный против самого человека, его жизни и свободы. В этом отношении право представляет собой также и институт, под эгидой которого необходимые действия власти по пресечению насилия, в том числе войны и терроризма, не оборачиваются явлениями такого же порядка, теперь уже со стороны власти, ибо только в праве и через право принудительные акции могут быть «приняты» цивилизацией, стать правовым принуждением. И плюс к тому – право в высших своих значениях (таких, как право человека) призвано создавать основу для действия высших духовных сил – антиподов насилию на уровне духовной жизни общества и человека, веры, основополагающих моральных критериев поведения людей.

6

ДУМАЕТСЯ, существо и характер процессов, происходящих в современном мире, позволяют утверждать, что *право и насилие* – это не только два наиболее остро противостоящих один другому антипода, но и социальные силы, *именно в нынешнее время столкнувшиеся в жесткой схватке*.

И стало быть, именно сейчас, на пороге нового тысячелетия, во многом решается судьба человечества. Прежде всего, надо полагать, ре-

¹ Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 349.

шается коренной вопрос — возобладает ли в схватке между насилием и правом указанная ранее линия на возвышение правовых начал в жизни людей и право в своих высоких значениях — в современных условиях право человека — *займет центральное место в жизни общества*. Или же произойдет трагический для человечества поворот назад — к порядкам права силы, к нравам (по-византийски приукрашиваемым благообразными лозунгами и формулами) произвола, насилия, доводимого до таких крайних отметок, когда по разряду политических акций рассматривается задача «уничтожения» людей.

С этой точки зрения те две жизненные ситуации, о которых говорилось в прологе к книге (судебное дело Пиночета, конфликт в Югославии), — это не просто некий фактический материал, использованный автором для того, чтобы в какой-то мере подвести читателя к рассмотрению непростых теоретических проблем, которым посвящена книга.

Создается впечатление, как уже отмечалось, что Провидение на самом рубеже нового тысячелетия решило, скажу жестко и грубо, *ткнуть нас носом* в такую тяжкую прозу жизни, которую мы в череде обыденных дел не видим (а если видим, то главным образом скандальные подробности и 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 дела Пиночета и конфликта в Югославии 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 навсегда, станут в новом, третьем тысячелетии христианской эры непреложными постулатами человеческого жития. Пусть даже на первое время XXI в. хотя бы в качестве таких идей и ценностей, которые будут получать все большее признание, все больше утверждаться в наших жизни и делах.

Это (в связи с делом Пиночета) — безусловная святость основных прав и свобод человека, самоценности жизни и свободы человека, недопустимость их попрания ни под каким предлогом и принципиальная невозможность уклонения от ответственности за такого рода деяния в будущем, в том числе под прикрытием формул о государственном суверенитете, должностных регалий, официального или официозного статуса

и, казалось бы, оправдательных мотивов — допустим, таких как «борьба с коммунизмом» или создание «эффективной рыночной экономики».

Это, далее (в связи с событиями в Югославии), — принципиальная недопустимость использования регулярной армии, с ее тяжелым вооружением и предназначенностью для ведения войны, с целью решения внутрисоциальных конфликтов, даже таких острых, как борьба с террористами и сепаратистами. Ибо действия регулярной армии, тем более армии, оснащенной тяжелым вооружением, нацеленным на массовое, по сути тотальное поражение врага, представляет собой не что иное, как своего рода облагороженное насилие. И, следовательно, здесь — ситуация, которая неизбежно ведет к нарушению основных прав и свобод человека, невинным жертвам, невосполнимым материальным потерям, а в условиях острых межэтнических конфликтов (как это произошло в Югославии) — влечет за собой геноцид в отношении части населения, преступления против человечности.

7

В ТО ЖЕ ВРЕМЯ вопросы права в современных условиях отличаются не только своей остротой (во многом сопряженной с противостоянием права и насилия), но и тем, что в нынешнее время происходит *драма права*.

Эта драма (читатель, надеюсь, ощутит — истинная драма!) не сводится лишь к тому, что само право во многих странах и регионах продолжает существовать в отсталых, нередко весьма архаичных формах, что еще нередко доминируют примитивные, а порой прямо реакционные юридические порядки, взгляды и представления, что процесс утверждения права в высших его значениях идет с трудом и к тому же в основном затронул страны с утвердившимся демократическим режимом, развитой юридической культурой.

Суть истинной драмы права — в другом.

В том, что юридические формы и принципы в высших значениях понятия права (т.е. как права человека) *могут стать предпосылкой и даже опорой для явлений антиправового характера* и — что особенно прискорбно — для новых витков спирали насилия, нарушений основных прав и свобод человека.

Как это ни парадоксально, свидетельством такой драмы права опять-таки являются события 1999 г. в Югославии.

По ряду существенных моментов действия стран НАТО, выразившиеся в начавшихся с весны 1999 г. систематических бомбардировках Югославии, ее военных и стратегических гражданских объектов, име-

ют в принципе те же «оправдательные» основания, что и в деле Пиночета; и они являются реакцией на нарушения основных прав и свобод человека в югославской провинции Косово, на происходящие в этой провинции военные акции югославской регулярной армии против «сепаратистов» и «террористов», вылившиеся в этнические чистки, в геноцид, в преступления против человечности.

Ведь в ответ на возникшее в этой провинции движение значительной части местного населения — косоваров (этнических албанцев) за обретение независимости югославская регулярная армия с применением тяжелой военной техники повела жесткую борьбу с сепаратистами, объявленными «террористами». А так как регулярная армия приспособлена действовать в режиме войны, т.е. с нацеленностью на уничтожение врага, не считаясь с неизбежными в этом случае «попутными» потерями (в том числе — с жертвами среди мирного населения), то в такой обстановке акции регулярной армии с применением тяжелой техники, обращенные против сепаратистов, приобрели характер этнических чисток. Когда югославские танки и артиллерийские установки громили албанские села с целью уничтожить «террористов», то разрушения и гибельные последствия от военных акций приобретали общегражданский характер, население сел, неся потери, вынуждено было уходить в леса и горы. В такой обстановке начался массовый исход мирного населения из Косово, а в этой связи — крупномасштабные нарушения основных прав человека, очевидные явления геноцида, преступлений против человечности.

Значит, если исходить из только что отмеченных обстоятельств, действия стран НАТО являются по своей основе оправданной реакцией на массовые нарушения основных прав человека, геноцид, преступления против человечности. Значит, и здесь в каком-то отношении, можно предположить, происходит нечто значительное, крупное в жизни людей, связанное с правом, его пониманием, его судьбой.

Но все ли оправданно («чисто») с правовой стороны в реакции стран НАТО на ситуацию в Косово? Даже с учетом того, что попытки мирного решения конфликта, переговоры, проходившие под эгидой НАТО, не дали результата, не достигли успеха и этнические чистки на косовской земле продолжались (во многом потому, что югославские власти со ссылкой на свой суверенитет настаивали на том, что ситуация в Косово — это только «их внутреннее дело»)?

Тут ряд существенных моментов, свидетельствующих по крайней мере о небезупречности вооруженных действий стран НАТО, а по крупному счету — об оценке этих действий в качестве не соответствующих требованиям права.

Прежде всего, руководство НАТО, по сути дела – руководители ведущих стран Запада, применило вооруженное воздействие, направленное против суверенного государства – Югославии с целью повлиять на ее руководство, «на Милошевича», не обращаясь к существующим процедурам получения разрешения на применение силы для урегулирования конфликтов по действующему международному праву. Стало быть, акция западных стран «против Милошевича» с оправданной целью прекратить этнические чистки совершается по решению только руководства региональной военной организации, помимо принятых международно-правовых процедур (лишь спустя месяц после начала бомбардировок к решению, теперь уже с участием России, возникающих здесь проблем начали привлекаться ООН, ее Совет Безопасности, Гаагский международный суд; военная акция была прекращена, в действие под флагом ООН вступили «миротворцы», в том числе – российские).

Слов нет, в нынешних условиях, по всем данным, проблематична или вообще бесперспективна сама возможность привести в действие существующие процедуры для применения вооруженной силы с целью обеспечения в международно-правовом порядке защиты прав человека (с учетом, в частности, того, что ведущие мировые державы имеют в Совете Безопасности право вето). Но при всем при том здесь принципиальное значение имела бы первоочередная и решительная попытка использовать указанные процедуры. А в случае неудачи – твердая правовая констатация (на мой взгляд, предпочтительнее – определенная и зафиксированная в правосудной процедуре) невозможности приведения в действие существующего порядка и крайней, не терпящей отлагательств необходимости применения в сложившейся ситуации решительных силовых мер.

А теперь – главное. И в данном случае (как и в акциях югославских властей, а теперь уже и со стороны НАТО) применен по сути дела метод войны – вступили в действие мощные вооруженные силы регулярной армии, приспособленные для ведения войны и настроенные на уничтожение противника. И хотя в данном случае – с использованием высокоточного оружия и с объявленным намерением «ограниченных жертв», но зато с другой тревожной особенностью, возвращающей вооруженные действия к практике колониальных войн, – с заведомым, гигантским военно-техническим превосходством, с монопольным обладанием чудовищной по поражающим, разрушительным последствиям современной ракетно-авиационной техникой.

И потому результат от такого «воздействия» оказывается ровно таким же, как и в других случаях, когда во имя, казалось бы, вполне оправданных правовых задач применяется метод войны и начинает

действовать по своему прямому назначению регулярная армия (даже с самым что ни есть высокоточным оружием). Результат, вполне однотипный с тем, который произошел в Чечне, когда в 1994–1996, а затем в 1999–2000 гг. «наведение конституционного порядка» осуществляла российская регулярная армия. Или – когда в борьбе с «сепаратистами» в Косово начала осуществлять свои операции регулярная югославская армия. Происходят во всех этих случаях (как реакция на крупномасштабное насилие) не только сплочение нации вокруг ранее даже порой не очень популярного руководителя, но и возникновение волны патриотизма, широкого народного сопротивления, еще большее обострение национальных чувств населения, действительно воспринимающего действия регулярной армии на его территории как «агрессию».

8

ДА, ПЕРЕД НАМИ, помимо всего прочего (в сложном переплетении социально положительного и негативного), не что иное, как глубокая *драма права*.

С одной стороны, замечательная правовая основа – право, достигшее высокого, пожалуй, потрясающего по своей гуманистической значимости рубежа – право человека как объективная реальность (с возвышением этого права человека – и это следует из дела Пиночета – на «надгосударственный» уровень, когда утверждается идея универсальной юрисдикции – возможность действенной правовой защиты при нарушении прав человека независимо от государственных границ).

И в то же время – тревожная «другая сторона» данной ситуации. Это – возможность произвольного, в том числе с опорой на вооруженное насилие, использования передовых юридических форм. И вытекающая отсюда возможность серьезных отрицательных последствий в тех случаях, когда как будто бы обоснованно, вновь «независимо от государственных границ» применяются жесткие насильственные меры с благой целью – должным образом отреагировать на нарушения прав и свобод человека, на факты геноцида, преступления против человечности.

А в этой связи – своего рода кульминация драмы права – *новый «прорыв» насилия* в жизнь людей, притом под благообразным прикрытием правовой категории высшей юридической значимости – права человека!

Как тут быть? Не обуславливают ли указанные трагические обстоятельства необходимости более точной характеристики передовых правовых форм, выдвинутых современностью, – права челове-

ка, правозаконности? Вопросы большой научной и практической сложности. И не риторические. Ведь действия вооруженных сил по «югославскому варианту» могут получить некое оправдание — и не только психологическое, но и «юридическое», стать своего рода прецедентом, образцом действий и в будущем.

И впрямь. Не успели люди залечить раны от последствий военных акций на югославской земле, как на юге России вновь возникла острая ситуация вокруг Чечни. В ответ на неправомерные акты в Дагестане (с попыткой, коренящейся в деятельности ряда чеченских деятелей, объявить, не считаясь с существующими границами и государственным статусом территорий, некое единое «исламское государство») и акты вандализма в Москве, в других городах с «чеченским следом» регулярная российская армия начала — во многом по «натовскому образцу» (главным образом во имя сокращения собственных людских потерь) — активные военные действия, осуществляемые регулярной армией с ее тяжелой современной техникой, с целью «уничтожения террористов». Увы, и здесь, как и в войне 1994—1996 гг., при всем объявленном стремлении военных кругов уничтожить сами основы международного терроризма и свести к минимуму возможные потери, стали давать о себе знать все негативы использования методов войны для решения внутригосударственных задач.

Оценки второй чеченской войны, вспыхнувшей совсем уж «по датам» в дни и месяцы вступления человечества в новое тысячелетие, — разные. Многими слоями населения — одобрительные. Ибо решительная борьба с терроризмом, особенно — таким, который приобретает международный характер и укореняется в региональных социально-политических структурах, может найти оправдание в самой логике борьбы «права и насилия».

Но и при таких оценках, на мой взгляд, *остается неизменным* при осуществлении практических акций в борьбе с терроризмом (и обеспечением территориальной целостности государства) *приоритет высших правовых ценностей, выраженных в праве человека и исключающих в этой связи использование методов войны*, неизбежно влекущих за собой массовое нарушение прав человека. В том числе, а быть может и в особенности, — для стран, где еще сильны порядки византийского права и соответствующий строй юридических представлений, правового мышления (которые, как свидетельствует опыт, легко соскальзывают к представлениям и образу мысли имперского характера или постулатам революционного правосознания), — обстоятельство, далеко не всегда учитываемое в политической жизни России, что так негатив-

но сказывалось в прошлом и сказывается ныне на состоянии и судьбе правового развития в российском обществе¹.

И здесь, в связи с событиями в Югославии и Чечне, в чем-то меняются общие представления о правах человека. Сквозь радостное обаяние формул о достоинстве и свободе человека на первый план выступает простейшее из простейших начал, относящееся к самой сути идеи прав человека, — *право на жизнь, ее изначальная самоценность*, а в этой связи принципиальная недопустимость каких-либо действий по *уничтожению человека* (с чем, помимо иных оснований, связана все более утверждающаяся в мире линия в правовой политике на недопустимость смертной казни).

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ «ПРАВО ЦИВИЛИЗОВАННЫХ НАРОДОВ»

1

ПРЕДВАРЯЮТ ЭТУ КНИГУ слова немецкого правоведа, специалиста по цивилистике и сравнительному правоведению, в сущности нашего современника, — Эрнста Рабеля. Воспроизведу эти слова (в одном из оригинальных переводов с немецкого²), оборванные в конце фразы многоточием: **«Переливающиеся многоцветием под лучами солнца и трепещущие от дуновения ветра живые организмы права цивилизованных народов составляют вместе единое целое...»³**.

По первым впечатлениям, как будто бы, — фраза как фраза, некая, пожалуй, даже нарочитая красивость. Я же смею утверждать, что перед нами — одна из самых глубоких, спрессованных в одну фразу характеристик права *под углом зрения передовых научных взглядов*.

Э. Рабель завершает приведенную фразу так: после слов «составляют вместе единое целое» он утверждает — целое, «которое еще ни-

¹ О позиции автора этих строк по вопросам права в связи с событиями в Чечне см.: Общая газета. 1999. № 42, 47, 51; 2000. № 6.

² По данному фрагменту автор воспользовался переводом, сделанным проф. Ю. Юмашевым в книге: *Цвайгерт К., Кётиц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 53. В отличие от дословного перевода, который будет приведен в последующем, Ю. Юмашеву удалось, на мой взгляд, теоретически и терминологически более строго выразить саму суть идей Э. Рабеля (во всяком случае, в тех ее гранях, которые относятся к содержанию настоящей работы).

³ *Rabel Ernst.* Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // *Rabel Ernst.* Gesammelte Aufsätze. Bd III. S. 5. Дословный перевод данного фрагмента 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».

кому не удавалось обозреть во всей полноте». Да, при жизни Э. Рабеля действительно не удавалось. «Во всей полноте» — не удалось, по имеющимся материалам, и до сей поры. Но уже то, что специалисты сумели «обозреть» к настоящему времени, и то, что уже освоено наукой, прежде всего — современным сравнительным правоведением, дает основание для постановки и проработки весьма существенных, на мой взгляд, передовых, в немалой степени *прорывных* идей для отвечающего нынешнему времени пониманию права (не только частного, но и права в целом), его природы, смысла и назначения в обществе.

Важнейшей из таких идей является сама мысль о живых (и притом — вибрирующих) организмах *«права цивилизованных народов»*, которые различны в каждой стране, 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 общетеоретических взглядов, касается принципиальных особенностей права на современной стадии цивилизации — «права цивилизованных народов».

2

«ПРАВО ЦИВИЛИЗОВАННЫХ НАРОДОВ» (выражение условное, с некоторым даже этически небесспорным, проблемным акцентом, потому и поставленное «в кавычки») — это, на мой взгляд, юридические системы, которые уже состоялись как «демократические» и «правовые», притом — на достаточно продвинутой стадии перехода к либеральным цивилизациям, существуют и функционируют в качестве реально высокозначимого звена современного гражданского общества. Хотя — тут же замечу — вряд ли было бы оправданно точно, «поименно», в исчерпывающем перечне обозначить «списочный состав» стран, в которых в полной мере сформировались юридические системы указанного уровня. Даже в самых развитых в демократическом и правовом отношении 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.

Два момента в таком понимании «права цивилизованных народов» с юридической стороны являются наиболее существенными.

Первый — это то, что здесь 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 счете — 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 слова «гуманистическое», когда оно обозначает понятие приоритета и высшей юридической значимости 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, убедительно и весьма впечатляюще демонстрирующие принципиально новый настрой современной английской юридической системы.

Несколько ранее, но в общем в то же самое время, в 1996 г., аналогичное по значимости решение вынес (об этом ранее также уже упоминалось) Конституционный суд Германии по делу бывших руководителей ГДР, признанных ответственными сообразно требованиям основных прав человека за действия, совершенные в ГДР и как будто бы отвечающие быломu «социалистическому законодательству».

Причем такое решение Конституционного суда Германии тоже впечатляющий, но не единичный эпизод, а по сути дела определившаяся линия судебной практики, свидетельствующая об устойчивом характере преобразований действующей германской юридической системы. 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 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»¹. Вот и сейчас, в наши дни, су-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

дебные и иные государственные инстанции Германии рассматривают вопрос о правовой ситуации, связанной с компенсациями за рабский труд, использованный немецкими фирмами при фашистском режиме.

Второе, что характеризует рассматриваемое явление, «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 положения права во всем комплексе институтов и средств социальной регуляции. Прежде всего (и притом с атрибутами «абсолютно», «безусловно») — в сфере принуждения, особенно — государственного, которое в гражданском обществе в условиях демократического режима должно выступать исключительно в виде *правового принуждения*, со всеми присущими ему характеристиками — ответственностью за персональную вину на единых для всех субъектов юридических оснований, реализуемой только в строгих процессуальных процедурах, и т.д.

Последний из указанных моментов представляется в высшей степени важным. Он означает, что праву современного гражданского общества должны быть присущи, по крайней мере, следующие принципиальные особенности.

Во-первых, 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 применение насилия для решения жизненных проблем, в том числе и методов войны с использованием регулярной армии и ее тяжелой техники для решения внутригосударственных дел, конфликтов, тем более — с прямой нацеленностью на уничтожение людей, объявленных без надлежащих правосудных процедур «врагами» (за исключением, понятно, пресекательных и оперативных полицейских действий и военных действий в действительных ситуациях войны; и там, и здесь, впрочем, жестко «обставленных» законодательными ограничениями и процедурами).

И во-вторых, высокое положение права в жизни общества предполагает в целях обеспечения строго правового порядка, в том числе и прежде всего по вопросам государственного принуждения, сохранение и упрочение непреходящих, «вечных» юридических ценностей, максимальное использование всего богатства юридической культуры, всех накопленных человечеством достижений в области юридических гарантий и юридических средств, обеспечивающих действительную реализацию право-

вых идеалов и ценностей. А отсюда — признание на практике твердыми и незыблемыми тех действующих юридических принципов и механизмов, которые выражают такого рода правовые идеалы и ценности.

3

А СЕЙЧАС пора вновь обратиться к вопросу о тех передовых юридических формах, которые утверждаются в качестве явлений «права цивилизованных народов», — о праве человека как объективной реальности и о принципе правозаконности. К вопросу о том, не обуславливают ли события последнего времени необходимости более точной характеристики этих передовых правовых форм, выдвинутых современностью и достойных высокой социальной и юридической оценки?

Действительно, вполне оправданные высокие оценки права человека и принципа правозаконности как приоритетных категорий в мире юридических явлений могут создать впечатление, что они открывают широкий простор для действий самых различных направленности и значения, которые при указанных оценках вовсе не всегда должны соотнобразовываться с какими-то устаревшими категориями и стародавними порядками.

В самом деле, разве не логичен примерно такой ход рассуждений: коль скоро права человека — «впереди всего другого», то стоит ли со всем этим «другим» — давними юридическими процедурами, формальными порядками — во всех случаях считаться? И с этих позиций разве не следует отказаться, например, от абсолютизации принципа законности «вообще», с учетом, в частности, того, что подобная абсолютизация была характерна даже для реакционных режимов? Не только таких, как режимы абсолютистской монархии, но и таких, как советский политический режим, который даже в условиях сталинской тирании — и по сути дела во имя ее — провозгласил незыблемость «социалистической законности», непререкаемую «святость» советских законов.

И вот тут, при ответе на эти — кажется, предельно остро поставленные — вопросы и возникает необходимость более точной, более корректной характеристики передовых правовых форм, свойственных «праву цивилизованных народов» — праву человека как объективной реальности и, в особенности, принципу правозаконности.

В этой связи сначала — два предварительных замечания общего характера.

Первое из них такое. Сохранение и упрочение и на уровне права современного гражданского общества всего положительного, что входит в накопленный человечеством потенциал правовой культуры, предпо-

лагает бережное отношение к противоречивым явлениям прошлого. Это значит, что должны быть сохранены и правовые ценности, которые вошли в жизнь на *известных исторических, преходящих этапах* развития общества, притом нередко в противоречивых характеристиках, в нераздельном сочетании положительных и негативных своих сторон.

И вот тут, при всем нашем неприятии негативных реалий прошлого и настоящего (прежде всего авторитарных режимов власти), нужно все же отдавать отчет в том, что важные юридические ценности, вошедшие в непреходящий, «вечный» потенциал права, сложились и утвердились в исторических условиях, когда с ними оказались сопряженными и упомянутые негативы. Именно такой правовой ценностью является *принцип законности вообще*, который в наиболее полном (абсолютном) виде дал о себе знать еще в условиях абсолютистской монархии, а затем, как это ни парадоксально, при авторитарных режимах власти. То есть в условиях, когда принцип законности (законности «вообще») явился средством сохранения и обеспечения существующего режима власти путем требований неукоснительного соблюдения законов, иных нормативных документов, изданных как раз с этой целью — обеспечить неприкосновенность, «вечность» данного режима власти.

Здесь — такая важная, во многом парадоксальная особенность указанного правового принципа. Он широко использовался в узкополитических целях авторитарными режимами. Но по своей сути принцип законности имеет общее и основательное значение для права вообще, для самих его основ. И в конечном счете он в своем современном демократическом, гуманистическом понимании и значении (в значении правозаконности) несовместим с режимом авторитаризма!

Не этот ли пункт в приведенных рассуждениях еще раз (теперь в области производного от закона явления — законности) демонстрирует противоречивость и коварство рассмотренной в одной из предшествующих глав категории «закон»?

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 правосу-

дия (при установлении истинности фактов и определении юридических последствий), принцип равенства в праве.

И второе предварительное замечание общего характера. По тем же, только что охарактеризованным, основаниям, касающимся парадоксальной противоречивости правовых реалий прошлого, надо видеть, что накапливаемые человечеством 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 (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 — так же как и упомянутые ранее правовые принципы — имеют непреходящее значение, сохраняют свое значение и свою юридическую силу и в новых условиях, в том числе и тогда, когда на первое место («впереді всего другого») самой логикой жизни и общественным сознанием выдвинуты неотъемлемые права и свободы человека.

4

ОБОСНОВАННОСТЬ предложенной постановки вопроса о законности иных правовых принципов и институтов «из прошлого» подтверждаются как раз событиями 1999 г. в Югославии.

Вернемся в этой связи к вопросу о правовых основаниях действий вооруженных сил НАТО против Югославии, предпринятых весной—летом 1999 г., с целью «заставить Милошевича» прекратить этнические чистки против албанского населения в Косово. Да, как уже отмечалось ранее, по многим данным такого рода основания существовали. Недаром население стран Западной и Центральной Европы в своем подавляющем большинстве поддержало натовские бомбардировки территории Югославии.

Но — внимание!

Что ни говори, вспомним, что действия вооруженных сил НАТО (напомню — региональной военно-политической организации стран Западной Европы и Северной Америки) не соответствуют существующей системе международной безопасности, в том числе — порядку применения вооруженной силы в мировом сообществе, предусмотренному ООН. И учреждения, лица, ответственные за проведение этой военной акции, не зафиксировали в юридически значимом акте, допустим, невозможность использования требуемых в данном случае юридических процедур. Это дало повод к обвинениям со стороны России, некото-

рых других стран в том, что натовские вооруженные силы совершают «грубую агрессию» в отношении суверенной страны, да и в странах приверженцев НАТО массированные бомбардировки Югославии вызвали, скажем так, неловкость, а в ряде случаев — прямое неприятие.

Пришлось сторонникам натовских акций оправдываться — ссылаться на не очень ясные «резолюции ООН по Югославии», а главным образом на соображения целесообразности, на то, что ооновские юридические процедуры, исходящие из устаревших принципов абсолютного суверенитета, неминуемо завели бы критическую ситуацию в тупик, а эта ситуация требовала быстрого решения, НАТО же выражает интересы и порядки передовых в демократическом развитии стран и т.д. и т.п.

В подобных соображениях есть верные оправдательные предпосылки и мотивы. Они, более того, могут быть усилены и иными аргументами. Прежде всего — тем, что само право в современную эпоху, в том числе — международное право, уже перешло или интенсивно переходит в новую, более высокую стадию развития, названную ранее «правом цивилизованных народов», когда в его содержании и практике применения на первое место выдвигаются гуманистические ценности, права человека, и отсюда — безусловная необходимость действенного решительного реагирования на их нарушение, в особенности на такие грубые, как факты геноцида, преступления против человечности.

Все это верно, *кроме — одного*. Кроме того, что указанные соображения и аргументы 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 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 человеческого бытия, неизбежный характер, — такими, в частности, последствиями, как безвинные людские жертвы, гигантские материальные потери, экологические беды.

И вот, при всех, казалось бы, благостных предпосылках, касающихся реакции на факты геноцида в Югославии, игнорирование действующей системы международной безопасности (при всей очевидной ее устаре-

лости) означает также и игнорирование начал законности. А также — игнорирование других правовых ценностей, в особенности — правосудия и равенства в праве (рядом с Югославией, в Турции и на прилегающих территориях, происходили и происходят до сей поры драматические события, касающиеся курдского народа, трактуемые одной стороной участников конфликта как факты «терроризма», а другой — как факты «геноцида»).

И еще, не менее печальное — многомесячные бомбардировки Югославии натовской авиацией, пусть и при использовании самого высокоточного оружия, повлекли за собой не только гигантские материальные разрушения, экологические беды, но и жертвы среди мирного населения, массовые нарушения первейшего права человека — права на жизнь, а сверх того еще — нечто поистине бесовское — ужесточение межэтнических столкновений, этнических чисток со стороны югославских властей, массовый исход и албанского, и сербского населения, спровоцированного авиационными бомбардировками, затем — при вступлении на землю Косово «миротворцев» — состояние безвластия. И хотя цели НАТО в конечном счете как будто оказались достигнутыми, натовские войска и плюс к ним — российские под флагом ООН и под именем «миротворцев» вошли в Косово, глубокая рана в душах людей и земле Центральной Европы, явившаяся следствием попрания начал законности, других правовых принципов и порядков, осталась. Осталась, по крупному счету, *рана в праве*.

И позже — потянулась цепочка. Когда в августе—сентябре 1999 г. взорвалась ситуация в Дагестане, действия российской регулярной армии, ее дальнобойной артиллерии и фронтовой авиации с массированными ракетно-бомбовыми ударами (сначала против «агрессии» радикальных исламистов из Чечни, а потом — и самой Чечни) производились как бы сами собой, без специальных юридически законодательных и правосудных оснований, причем так, что ставилась цель — «уничтожение» экстремистов, террористов. И когда в странах Запада в самый разгар второй чеченской войны (перед лицом значительных человеческих и материальных жертв) зазвучали голоса с осуждением такого рода фактов, то, кажется, никто не принял во внимание то обстоятельство, что в известном отношении и данная ситуация является в какой-то мере последствием кровотокашей раны в праве — продолжением того, что несколько ранее произошло в Югославии, понятно, с добавлениями, характерной для нашей страны евразийской (точнее — византийской) специфики, весьма далекой от принципов права человека как объективной категории.

И ВОТ – КОРЕННОЙ ВОПРОС для всей группы рассматриваемых в данной главе (да и во всей книге) проблем. Вопрос о том, каким образом возможно совместить требования современного гуманистического права с характерным для него приоритетом прав человека и необходимостью реакции на их нарушение, как совместить все это с требованиями законности «вообще», с другими общими – пусть и стародавними – правовыми началами, с действующими юридическими порядками, выражающими общезначимые, «вечные» достижения мировой юридической культуры?

Главное при ответе на поставленный вопрос заключается в следующем. 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 конструктивное выражение 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 об их, правах человека, нарушениях, даже таким фактам, как геноцид, преступления против человечности. То есть фактам, по самой своей сути требующим жесткой реакции, при необходимости – мер государственного принудительного, даже вооруженного воздействия.

В соответствии с принципом законности есть только один путь (кроме, понятно, законодательных нововведений) для того, чтобы такого рода факты приобрели значение достаточного основания для юридически значимых действий. Это – их признание в качестве юридически значимых и в этом отношении юридически достаточных *органами правосудия*. Именно суд, действующий в надлежащих процес-

суальных процедурах, по своему месту в юридической системе, статусу и возможностям может устанавливать истину по данной ситуации и именно ему «дано» непосредственно определять юридические последствия по данным, в правосудном порядке установленным фактам — ситуациям, требующим правового реагирования.

Следовательно, *права человека как таковые могут служить непосредственной юридической основой для вынесения юридически значимых решений только для органов правосудия*. А уже затем эти решения могут или, скажем жестче, должны стать достаточным юридическим основанием и для надлежащих действий управленческих, исполнительных органов всех рангов.

Мы видели, что именно так, именно таким путем, т.е. через суды, права человека как идеологическая категория реально «входят» в действующее право, свидетельствуя о его глубокой «перенастройке», об обретении действующей юридической системой качества права человека как объективной реальности, о фактической реализации требований правозаконности.

Причем и в деятельности судов в рассматриваемом отношении могут быть отмечены некоторые важные особенности.

Одна из них заключается в том, что органы правосудия развитых демократических стран принимают указанные решения, ориентируясь при этом на общее состояние утверждающегося в таких странах «права цивилизованных народов». Ранее уже приводилась выдержка из решения 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 отводится 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...»¹.

Другая особенность судебной практики по проблемам прав человека состоит в том, что высшая юридическая значимость права человека (по сравнению с некоторыми формальными установлениями, иными юридическими реалиями) неизменно придается в ситуациях, когда судом фиксируются грубые нарушения прав людей, их попра-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

ние — такие, как пытки, геноцид, иные факты, дающие основания видеть в этих фактах преступления против человечности.

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 внутрисударственных — политических и иных проблем, в том числе и в особенности таких, которые целеустремлены на «уничтожение человека» — людей, объявленных вне правосудных процедур, допустим, «бандитами» и «террористами».

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ

ЭФФЕКТ — НЕЖДАННЫЙ, ВПЕЧАТЛЯЮЩИЙ, НЕЗАМЕЧЕННЫЙ

1

НАРЯДУ С ПРОБЛЕМАТИКОЙ, относящейся к праву человека как объективной реальности, есть еще один пункт, который (притом — в сочетании с отмеченными особенностями права человека) представляется в весьма высокой степени важным для характеристики «права цивилизованных народов».

Это — *максимальное использование в действующих юридических системах позитивного потенциала права, всего «юридического богатства», накопленного человечеством.* И с данной точки зрения — повышенное внимание к *чистым* юридическим формам, где юридический инструментарий не искажен сугубо прагматическими новеллами, порождаемыми подчас острыми, но преходящими экономическими и политическими ситуациями, в силу чего способен в полной мере раскрыть свои регулятивные и духовные, интеллектуальные возможности.

С этой точки зрения современное право, отвечающее требованиям правового гражданского общества, — это не только по своему строю *право человека*, но и право, в котором приводятся в действие *оптимальные юридические средства и механизмы*, обеспечивающие юридическое регулирование на последовательно гуманистических началах.

Именно под таким углом зрения необходимо рассматривать, например, преодоление на нынешней стадии общественного развития приоритета неких «смешанных форм» (таких, как «торговое законодательство», обособленное от законодательства по гражданскому праву) и весьма определенную тенденцию развития «чистых» юридических форм, в том числе исконных гражданско-правовых средств и конструкций, построенных на строгих началах частного права¹.

Еще более существенное (и, к сожалению, не замеченное наукой явление нынешнего времени) — это своего рода синтез указанных ранее процессов — соединение «чистых» правовых форм с культурой прав человека. Притом такое соединение, которое — в высшей степени многозначительный факт! — дало впечатляющий, поистине потрясающий эффект — в относительно недавнее время, в 1950–1960 гг., привело вместе с другими факторами к решению кардинальных экономических и социальных проблем современной эпохи. Словом, речь идет о том феномене, который, наряду с делом Пиночета и событиями в Югославии, был обозначен в качестве знакового уже на первых страницах книги — о факторах, обусловивших бурное восходящее развитие стран Запада, начавшееся в указанные выше годы.

Здесь нужны некоторые пояснения (проблемы тут — большой, глобальной значимости).

2

СУТЬ ДЕЛА по рассматриваемому кругу вопросов — вот в чем.

Во второй половине XIX в. в условиях продолжающегося процесса перехода человечества к цивилизациям 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

¹ Г.Е. Авилов убедительно показал, что в современном законодательстве зарубежных стран дуализм частного права (когда оно разъединяется на гражданское и торговое) либо полностью преодолен, либо торговое законодательство теряет свое регулирующее значение, отселяемое единым гражданским законодательством, охватывающим все сферы имущественных и соответствующих личных неимущественных отношений. Автор справедливо пишет: «Наличие или отсутствие специального Торгового кодекса, также соотношение гражданского и торгового права в системе частного права определяется в первую очередь правовыми традициями страны и степенью кодифицированности ее гражданского законодательства. Государства, имеющие новые или сравнительно новые гражданские кодексы, как правило отказываются от торговых кодексов» (Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование. М.: НОРМА, 1999. С. 11–12).

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 гибельных процессов, порожденных необузданным демоном «вольного», а точнее — дикого капитализма. Более того, живая, творческая и трепетная душа романтизма и созидательной энергии свободного общества здесь даже исчезает из общественной жизни. И тут еще — разрушительные периодические кризисы, массовая безработица, обнищание множества людей, экологические катастрофы. К ним добавляются колониальные войны, политика империализма, ввергающая все страны мира в общий котел людских несчастий.

Словом, человечество в конце XIX и первые же десятилетия XX в. оказалось перед вызовом времени. Этот вызов во всей своей жуткой наготе выступил в виде кровавой бойни первой мировой войны, повлекшей истребление миллионов людей, послевоенную разруху, социальное разложение 1920-х гг. Он же и напрямую прозвучал в очевидных свидетельствах крушения всего строя промышленного капитализма и политики империализма в годы Великой депрессии начала 1930-х гг., подведшей человеческое общество к черте тотального разрушения цивилизации, ее ценностей, разложения культуры и морали.

Правда, к середине 1930-х гг. глубокий кризис, поразивший промышленно развитые страны Запада в годы Великой депрессии, мало-помалу как будто бы заканчивался. И человечество, казалось бы, вновь стало обретать энергию прогрессивного развития. Но это впечатление оказалось обманчивым. Общие беды общественного развития, проявившиеся в строе промышленного капитализма, и в послекризисное время сохранились, и даже по некоторым направлениям еще более обострились. В демократических странах наряду с тенденциями к модернизации усилились процессы, свидетельствующие об общественной стагнации, общественном упадке.

Значит — что? Все же тупик в общественном развитии?

Ведь обанкротились и те течения общественной жизни, которые в представлении немалого числа людей, казалось бы, давали ответ на вызов времени — коммунистический строй и фашистские режимы. Напротив, тот и другой варианты общественного развития, при всем их действительном и кажущемся различии, породив некоторые приметы

модернизации, а еще более видимость благополучия и даже иллюзию будто бы близкого «грандиозного будущего», обернулись на деле порядками диктатуры, беззакония и мракобесия. Режимом рабства и истребления целых народов, наций — по идеологии и практике фашизма.

И уж совсем похоронным маршем общественному прогрессу стала новая мировая бойня 1939–1945 гг., по сути — кровавая схватка фанатичных идей, безумия вооруженного насилия, принявшая невиданный в истории истребительный характер. К счастью, в согласии с логикой Истории эта новая мировая бойня завершилась в 1945 г. разгромом цитадели системы насилия и истребления народов, наций — фашизма. В какой-то мере оказалась подорванной и коммунистическая идеология, так как борьба Советского Союза с фашистской Германией, сыгравшая в разгроме фашизма решающую роль, проходила в союзе с демократическими странами под общими лозунгами «свободы» и «демократии».

Не оправдались в этой связи надежды на право. Увы, одним из последствий событий конца XIX и в особенности первой половины XX в. стали подмеченные рядом мыслителей утрата в общественном мнении и в науке веры в право, девальвация юридических ценностей. Право, юридические механизмы, в том числе частное право, оказались бессильными, немощными перед глобальными бедами. Значит, посчитали многие специалисты и глашатаи общественного мнения, право вообще не такой уж значимый и великий социальный институт, как это пригрезилось в угаре лозунгов Великой французской революции, идей Просвещения.

Но вот другое явление общественной жизни, возобладавшее в капиталистических странах в связи событиями конца XIX — первой половины XX в., привлекло внимание. Это — идея *усиления регулирования со стороны государственной власти*. Регулирования — всеохватного и вседесущего — экономики, сферы распределения, вмешательства в социальных целях в частные дела (что еще более подорвало веру в право, да и в право вообще, создающего всяческие «препоны» во властной государственной деятельности)¹.

¹ Ведь и впрямь выход из Великой депрессии начала 1930-х гг. сообразно знаменитому «новому курсу» Рузвельта был найден в ряде решительных государственных мер по упорядочению экономических процессов. И уже совсем показалось поучительным «императивное государственное регулирование» экономических и социальных процессов в предвоенное и военное время. Затем — усиление и расширение социальной деятельности государства, особенно в послевоенных условиях. Да что ни говори, при всех очевидных и в то время минусах коммунизма, есть все же — как это под напором массовой пропаганды показалось в 1930–1940 гг. — великолепный опыт СССР, создавшего на твердой государственной основе коллективное сельское хозяйство, передовую индустрию, гигантский современный промышленный потенциал и решивший в неве-

К великому сожалению, и в прошлые годы, и сейчас мало кто придает должное значение тому обстоятельству, что «вторжение власти» в экономическую и социальную жизнь возвращает общество к пройденным фазам развития, к общественным порядкам, построенным на доминировании власти с ее пороками и коварством и отсюда — со всеми отрицательными последствиями для общественного развития, прогресса общества. И 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 по своим конечным результатам достижения огосударственного общества оказываются временными, эфемерными, со шлейфом пороков и отрицательных явлений. Ведь и широко разрекламированная в свое время советская плановая экономика, действительно с известным успехом решив ряд грандиозных, но краткосрочных проблем и с еще большим успехом создав в 1930-е гг. пропагандистский ореол «победы социализма», показала в мирной, «ординарной» обстановке свою бесплодность, растратность, породила целый комплекс негативов и трижды подвела советское общество к черте катастрофы (в период «военного коммунизма», в начале 1930-х гг., к 1970—1980-м гг.).

А уж в условиях правового гражданского общества «нарастающее усиление роли государства», переходящее грань его нормального развития (особенно сообразно требованиям свободной конкурентно-рыночной экономики) — это всегда «вмешательство», связанное с негативными сторонами использования власти в экономической и социальной жизни, с невиданным ростом, разбуханием бюрократии, государственным своеволием. И оно — притом с заведомо неизбежными потерями — может быть оправдано в пределах терпимой целесообразности и уровня развития во имя решения социальных задач, задач образования, фун-

ротно сложных условиях войны экономические проблемы — факты, получившие широко 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, получили 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).

даментальной науки, здравоохранения, а за этими пределами — только чрезвычайной обстановкой. Обстановкой природной стихии, техногенных катастроф, войны. И именно такой характер — характер временных, чрезвычайных мер, «неизбежного зла» — имело по сути дела усиление государственного воздействия на экономику западных стран в условиях военного и послевоенного времени, и оно, как свидетельствуют факты, по мере отпадения острой необходимости постепенно свертывалось, заменялось при решении социальных задач формами, адекватными требованиям свободной рыночной экономики¹.

Другой вопрос, притом вопрос концептуального порядка — это необходимость в условиях гражданского общества *общего государственного регулирования*, в том числе общего государственного регулирования отношений в сфере конкурентно-рыночной экономики. Но регулирования — *правового*, причем такого, когда оно не переходит «меру» и «пределы», определенные требованиями гражданского общества, и когда в соответствии с этим его *сердцевиной является частное право, возведенное в закон*, в гражданское законодательство, развитое общее право англо-американского типа, а также в «сопровождающие» и «сопутствующие законы» публичного права.

Иначе, при отсутствии такого социально оправданного общего регулирования опять-таки велика угроза «срыва», когда «рынок» скатывается в разбойничью криминальную вольницу с господством «права сильного», с криминальными нравами и разборками.

Главное же — «государственное вторжение» 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, расширением и ужесточением властно-императивных начал в жизни общества, тенденциями к доминированию командно-административного управления. А значит — с укоренением бюрократи-

¹ Оправдано, понятно также концентрированное использование государственных властных мер в особых исторических условиях. Скажем, сильное, целенаправленное и вместе с тем — аккуратное, взвешенное государственное руководство необходимо при переходе от плановой, административно-командной коммунистической системы к условиям гражданского общества, к цивилизованной конкурентно-рыночной экономике. С тем, чтобы процесс реформ оказался наименее болезненным для людей и общество не сорвалось в бездну безоглядной вольницы, разгула криминальной стихии.

ческих сторон функционирования аппарата, стремлениями к чиновничьему всемогуществу, дальнейшими порывами ко вмешательству во все и вся и, как показывает жизненная практика, с ростом злоупотреблений властью, коррупцией, мздоимством.

3

МЕЖДУ ТЕМ, еще в предвоенные годы, во время войны начал набирать силу, а в 1950–1960-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, информатику, управленческое дело.

И это не только оказалось решающим фактором для перехода экономики в *постиндустриальную* фазу развития, для резкого повышения производительности труда, экономии энергии и материалов, быстрой и плодотворной «товарной отдачи» от производительной активности, предприимчивости, творчества, но и еще более, чем это было в условиях промышленного капитализма, *для возвышения активного и творческого человека, человека как личности*. Большинство людей в экономически развитых странах, активно участвующих в экономическом и социальном деле, науке, просвещении, здравоохранении, образовании «средний класс», слой работников с «синими» и «белыми» воротничками – людей с достойным уровнем жизни, знающих себе цену и занимающих высокое место в обществе, уверенных в своих силах и уже в результате этого обретающих высокий гражданственный статус.

Словом, в условиях мощного научно-технического прогресса (в какой-то мере даже в обстановке неразвитых и реакционных политических режимов и уж напрямую, полномасштабно – при демократическом строе) 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 общество, центром которых должен стать человек – творец и созидатель, гражданин, личность с высоким статусом 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 экономико-социальными последствиями и одновременно – развитие культуры прав человека.

Получилось, стало быть, что ключевыми, поворотными для права в середине и во второй половине XX в. оказались события 1950–1960-х гг., явившиеся как результатом общего постиндустриального прогресса общества, так и 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 общественное развитие. Перемены, затронувшие юридические системы развитых демократических стран и означавшие, по сути дела, не что иное, как их вхождение в принципиально новую стадию, отвечающую требованиям новой эпохи, — в стадию, как было показано ранее, *права человека* как объективной реальности.

4

А ТЕПЕРЬ — САМОЕ СУЩЕСТВЕННОЕ в этой части рассказа о праве в связи с глобальными переменами в обществе, начавшимися в послевоенное время в 1950–1960-е гг.

Главное здесь (что и должно ответить на вопросы, поставленные в прологе) — вот что. «Новое качество», характерное для «права человека», вовсе не ограничилось одной лишь областью конституционных установлений да непосредственным использованием положений о правах человека в сфере правосудия. То есть теми сферами, о которых говорилось ранее в связи с делом Пиночета и событиями в Югославии. Оно, это «новое качество» права, неожиданно затронуло кардинальную проблему, обозначенную самим ходом развития общества, — проблему выхода из глобального кризиса капиталистической системы 1930–1940-е гг., а под более широким углом зрения — проблему факторов, определивших, наряду со стабилизацией и утверждением демократических ценностей в политической жизни, современное, «восходящее» развитие демократических стран, их постиндустриальной экономики.

Существо дела в том, что культура прав человека в том виде, в каком она стала выстраиваться в 1950–1960-е гг., *резко возвысила человека, придала новое возвышенное качество его юридически защищенному статусу, прочность и надежность его «суверенности», самостоятельности и независимости, вселила в него уверенность во всех сторонах его активного творческого поведения, усилила 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, ответственности*. Человек, действующий в «поле» и в согласии с началами современного гражданского общества.

И именно здесь (наряду и в связи с гигантским взлетом научно-технического прогресса) следует видеть одно из главных оснований, которое вслед за стабилизацией политической жизни, упрочением демократических ценностей, необходимыми упорядочивающими государственными мерами стало решающим фактором для преодоления тупика, порожденного промышленным капитализмом, а затем и для нынешнего экономического и социального успеха в демократических странах.

Выходит, в действительности, передовую экономическую и социальную значимость имеет не «просто рынок», а рынок, развивающийся на основе научно-технического прогресса, в условиях утверждающегося современного гражданского общества и потому — *облагороженный современным правом, единым с культурой прав человека* (когда корректнее говорить 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 в базарно-разбойничью вольницу, а в полной мере раскрывает природные творческие силы человека, его производительную активность, нацеленность на напряжение сил и ума, его способность идти на риск во имя экономического успеха, его собственную 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, возвышенные культурой прав человека, играют для экономики социальной жизни более глубокую и притом изначально позитивную роль. Здесь экономическая свобода *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 через внешние государственно-властные меры, а через самого

человека, его творческую активность, которая сама по себе представляет собой мощное внутреннее регулирующее начало.

В итоге – поразительные результаты частнопредпринимательской экономики демократически развитых стран во второй половине XX в. – это 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 вышли Человек, его достоинство и неотъемлемые права.

5

НАДО ДОБАВИТЬ к только что сказанному и то обстоятельство, что именно благодаря праву человека (человека! – т.е. существа разумного и изначально «социального», общественного) собственный интерес, эгоизм отдельной личности получает в современном праве такое юридическое выражение, когда эти противоречивые особенности жизни людей сочетаются с началами человеческой солидарности.

Стало быть, именно на счет современного частного права, функционирующего в сочетании с солидарностью, в единстве и взаимодействии с публичным правом, нужно во многом отнести достоинства постиндустриальной экономики, когда в экономической жизни отсекаются многие «негативы» просто рыночных отношений и крайности экономической свободы и в полной мере начинает работать их потенциал – по своей основе потенциал «оцивилизованной» частной собственности и конкурентного состязания, раскрывающих свои достоинства через частное право новой, современной эпохи в человеческой истории.

ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ ПРАВОВАЯ КОНВЕРГЕНЦИЯ

1

СТАНОВЛЕНИЕ права человека и реализация требований правозаконности на основе высокой юридической культуры (все то, что включает понятие «право цивилизованных народов»), развитие «чистых» юридических форм в их единстве с культурой прав человека – не единственное, что характеризует перспективу развития права в нынешнее, переломное время нашей Истории.

Наряду и в органической связи с указанными процессами, относящимися к содержанию и социальному действию современного права, происходят и существенные преобразования в *самой юридической материи* – в особенностях публично-правовых и частноправовых институтов, а также в тех структурных и иных особенностях, которые разграничивают разнообразные юридические системы, их группы, семьи. В том числе и в специфических чертах профильных, базовых ареалов права, существующих ныне на нашей планете: таких как романо-германское право – «право, выраженное в законе» (сложившееся и утвердившееся в континентальной Европе), общее, прецедентное право (англосаксонское право, право англо-американской группы), а также традиционные неотдифференцированные системы, включая социалистические, содержание которых во многом определяется традиционными началами, философскими, идеологическими доктринами.

Характеристики происходящих в настоящее время такого рода преобразований в правовой материи, в особенностях юридических систем по большей части ограничиваются в юридической науке констатацией факта *сближения* между публичным и частным правом, а также между различными национальными и региональными юридическими системами.

Между тем «сближение» – лишь внешнее проявление более глубоких процессов, преобразующих мир права (еще раз скажу – «мир» с точки зрения самой правовой материи, ее конструктивных особенностей). Процессов, которые могут быть названы *правовой конвергенцией*.

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 и с различными вариациями, но все же в *одном направлении*. Причем так, что происходит взаимное обогащение права в различных ареалах и в конечном счете – 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.

Именно в результате правовой конвергенции (интеграции) в правовых системах демократически развитых стран появляются известные черты общности, своего рода «новой однотипности», что и позволяет рассматривать их «вместе», видеть в них некоторое «одно целое» и с юридической стороны, притом – так, что они образуют в этом своем единстве «право цивилизованных народов».

ПРАВОВАЯ КОНВЕРГЕНЦИЯ имеет «собственные» основания, коренящиеся в глубоком единстве интеллектуального содержания права, в его первооснове, неотделимости от силы разума, рациональных начал и связанных с этим традициях и направленности общественной мысли, в особенности — правоведения. И вытекающей отсюда — заложенной в праве тенденции к своему совершенствованию. Есть тут также уникальные исторические ситуации (такие, как особенности развития права в канадской провинции Квебек и американском штате Луизиана). Или — региональная специфика исторического развития (как это характерно для «северной», «скандинавской» правовой семьи в Европе).

И все же происходящая в настоящее время правовая конвергенция представляет собой нечто единое с формированием «права цивилизованных народов», и с этой точки зрения — общую для всех этих процессов исходную «причину» мирозданческого порядка — глобальный перелом в развитии человеческой цивилизации, развитие и утверждение цивилизаций либерального типа и, значит, современного гражданского общества, центром и смыслом которого являются Человек, его достоинство и высокое положение в социальной системе, его неотъемлемые права.

Весьма отчетливо эта обусловленность в развитии права от глубинных процессов развития общества в нынешнее время может быть прослежена в сфере публичного права. И в странах с традиционно монархической формой правления, и в странах с республиканским государственным устройством, при всем, казалось бы, качественном различии существующих здесь государственных систем, одинаково вместе с развитием демократии складываются в принципе однотипные юридические режимы, основанные на принципах народовластия, свободных выборов, разделения властей, приоритета прав и свобод человека и гражданина.

Аналогичные процессы происходят в сфере частного права. Здесь наукой раскрыто в общем-то поразительное явление, которое получило название *презумпции идентичности*.

Дело в том, что при всем многообразии, универсальности правовых средств в частном праве существуют на каждом этапе развития общества «единые правовые потребности»¹, которые обуславливают необходимость выработки адекватных правовых решений. И вот — поразительное явление

¹ Например, как подмечено специалистами, все развитые правовые системы мира должны содержать нормы, защищающие права приобретателя или залогодержателя недвижимости в первую очередь от ущерба, который может быть нанесен этим правам законными, но неизвестными приобретателю или залогодержателю притязаниями на данную недвижимость третьих лиц.

ние (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»¹.

Понятно, при этом нужно принять во внимание, что на содержание юридического регулирования оказывают влияние различные факторы, нередко сугубо субъективные или этические, религиозно-философские. Но «если исключить эти сугубо субъективные и этически обусловленные вопросы — преимущественно семейного и наследственного права, — а к остальным областям права применить в сравнительном плане «неполитическое» частное право, то вновь подтвердится констатация: одни и те же юридические проблемы одинаково или в значительной мере сходно решаются во всех развитых правовых системах мира». Это и позволяет говорить о «презумпции идентичности» (*presumptio similitudinis*), причем даже «как инструменте для принятия практических решений»².

3

ИНТЕГРАЦИЯ в праве, конечно же, имеет свои пределы. В связи с фундаментальным характером подразделения права на публичное и частное, а также в не меньшей степени — в связи с глубокой укорененностью права в недрах тех или иных социальных систем, в самой органике самобытных цивилизаций, нынешний облик права, существующего на нашей планете, по основным своим очертаниям не претерпит, надо полагать, коренных изменений.

И в будущем, можно уверенно предположить, сохранит свое фундаментальное значение подразделенность права на публичное и частное. Можно уверенно предположить, что и основные, базовые подразделения в мире права (системы романо-германского типа; общего, прецедентного права; традиционные, неотдифференцированные системы) с приоритетом в каждой из них «своих» юридических начал, ценностей и символов по главным своим очертаниям сохранятся, причем, пожалуй, и в сравнительно отдаленной перспективе.

Вместе с тем процессы правовой конвергенции и связанная с ними интеграция в праве, по всем данным, останутся в качестве опре-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 58–59.

² Там же. С. 59. При этом авторы специально обращают внимание на то, что эта презумпция «неприменима в тех областях права, которые несут слишком сильный отпечаток политических и моральных представлений данного общества» (Там же. С. 60).

деляющей и, возможно, усиливающейся тенденции мирового правового развития.

В предшествующем изложении, при рассмотрении отдельных проблем, относящихся к характеристике права на пороге нового тысячелетия, то там, то здесь давали о себе знать многообразные проявления такой тенденции. Не упуская из поля зрения все эти многообразные проявления интеграционных процессов, следует, думается, обратить повышенное внимание на два основных направления правового развития, связанных с указанными процессами.

Первое из таких направлений — это *взаимопроникновение в действующих юридических конструкциях и структурах публично-правовых и частноправовых начал*. Такое взаимопроникновение в закономерно-оправданных, оптимальных вариантах выражает, с одной стороны, высокое место в жизни современного общества «социального» — социальных форм, гарантирующих достойное положение каждой личности, обеспеченность самих предпосылок достойного существования и социального развития каждого человека, защиту его от произвола, а с другой — незыблемость «сугубо человеческого, индивидуального» — основных устоев гражданского общества, основ экономической свободы, неприкосновенность частной собственности, приоритет прав и свобод человека. Стало быть, характерное для современной эпохи взаимопроникновение частного и публичного права может быть признано оправданным и оптимальным в таких формах, при которых сохраняются «исходный» и фундаментальный характер публичного и частного права, и по этим моментам — их *чистота* как основных сфер действующего права, в наибольшей степени — именно благодаря своей «чистоте» — способных раскрыть свои достоинства, регулятивные и духовные свойства.

Второе направление современного правового развития, которое как раз отражает основные характеристики и выводы, касающиеся проблем, рассмотренных в настоящей книге, — это *все более полное раскрытие, признание и восприятие в мире ценности права, его конструкций и механизмов, нашедшие выражение в достижениях правовых систем различных типов*. Прежде всего — в достижениях правовых систем, развивающихся в условиях современной всесторонней модернизации и демократизации общества, — романо-германского права («права, выраженного в законе») и общего, прецедентного права.

Здесь с достаточной отчетливостью раскрываются главные аспекты ценности права, один из которых связан с *законом*, его достоинствами, а другой — с *судом, правосудной деятельностью* и отсюда — с правовой сутью жизненных ситуаций, требующих правового решения (в даль-

нейшем будет отмечен еще один, третий аспект ценности права, относящийся к духовным, «сакральным» его началам).

4

С ВЕСЬМА ОПРЕДЕЛЕННОЙ ОЧЕВИДНОСТЬЮ достоинства права, имеющие перспективное значение, могут быть зафиксированы в отношении центрального звена права континентальной Европы — закона, его совершенной формы — *кодекса, законодательной культуры в целом*. Факт проникновения, если угодно — «интервенции», закона и законодательной культуры в сферу его «извечного юридического антитипа», казалось бы, несовместимого по органике антагониста — общего, прецедентного права хорошо известен, общепризнан. Его проявления во многом уже отмечены в этой книге.

Дело не только в том, что и в сфере общего, прецедентного права, как и на Европейском континенте, сама конструкция, термин и лексика «закона» служат, как мы видели, надежным знаком, символом *верховенства действующего правопорядка* и исходным основанием института, выражающего требование неукоснительного соблюдения действующих юридически норм, — *законности*. Наиболее существенное в практическом отношении заключается здесь в том, что, по утвердившемуся в современной научной литературе мнению, «в общем праве... все больше пробивает себе дорогу тенденция пользоваться услугами законодателя для унификации, более рационального использования и упрощения права»¹.

Но возрастающее значение закона и законодательной культуры в сфере общего, прецедентного права не сводится к одним только что отмеченным, сугубо прагматическим (и несомненно, крайне существенным) моментам — унификации, рациональному использованию и упрощению права. Есть здесь и более глубокие основания, весьма важные для перспективы правового развития.

¹ Цвайгерт К., Кёмиц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 406. Здесь же отмечается, что в Англии «назрела необходимость систематизации и модернизации общего права», даже в официальном порядке признанных важнейшей задачей. Свидетельство этого — создание в 1965 г. правовой комиссии, «перед которой была поставлена четкая задача «пересмотреть все право с точки зрения его дальнейшего систематизированного развития и реформирования прежде всего путем его кодификации». А потому «даже техника толкования законов больше не является в Англии зоной, свободной от критики, благодаря установлению более тесных связей с континентальным правом через посредство права Европейского сообщества». И именно сравнительно-правовые исследования показали, что применительно к технике кодификации стиля законов «и в этой области можно было бы многое почерпнуть из опыта гражданского права» (Там же. С. 405–406).

Сначала — несколько фактов, ранее уже отмеченных, но достойных того, чтобы сказать о них еще раз, — фактов, довольно любопытных и наводящих на основательные размышления.

Вспомним — в ряде молодых африканских государств, освободившихся из-под британской колониальной зависимости, одновременно с колониальным режимом утратило свое значение «импортированное» английское право, и его место начали занимать национальные юридические системы, при формировании которых на основании местного обычного, а в ряде стран — исламского права решающую роль играют кодифицированные акты, собственные национальные «своды законов» (причем при их подготовке, осуществляемой во многих случаях с помощью английских специалистов, используется, по имеющимся данным, терминология и некоторые иные элементы юридической техники общего, прецедентного права).

Нечто иное и вместе с тем близкое по сути, как мы видели, уже произошло при формировании национальной юридической системы Индии. В этой стране на базе ряда законов, принятых с конца XIX в. (особенно после обретения государственной независимости), в том числе Конституции 1959 г., частное право, имеющее по своей основе совершенно «импортированному» английскому праву прецедентный характер, оказалось в основном кодифицированным. Хотя — возьмем это на заметку — одновременно и таким, где сохранились существенные ценности общего права (необходимость следовать сложившимся прецедентам, процессуальные средства правовой защиты и др.).

О чем свидетельствуют эти факты? Думается, наряду с иными выводами и предположениями, также и о том, что в данных случаях в результате целенаправленной правотворческой деятельности использованы достоинства законов, особенно — кодифицированных, как правовых средств юридико-интеллектуального характера, способных целенаправленно оснащать юридическую систему современными правовыми ценностями высокого порядка.

С этой точки зрения необходимо обратить внимание на специфику североамериканской юридической системы — прецедентного права США. Своеобразие этой правовой системы, по «материнской линии» также коренящейся в английском общем праве, состоит, кроме всего иного (не всегда — безусловно положительного), в том, что в своем формировании и развитии оно уже в конце XVIII в. обрело «могучую» законодательную основу в виде Конституции, Билля о правах, конституционных принципов построения демократической государственности, императивов неотъемлемых прав человека.

Отсюда — не только повышенная «склонность» прецедентного по своей основе права США к кодификации (особо выразительно проявившаяся в подготовке и действии Единообразного торгового кодекса), но и особенности судебной деятельности и прецедентной практики, изначально опирающихся через Конституцию и прежде всего заложенные в ней императивы прав человека на высокие духовные, моральные начала права.

И хотя, на мой взгляд, эта высокочающаяся линия судебной деятельности и прецедентной практики строится при неоправданном и нелогичном отторжении юридической догматики (обостряемом наукой в ее «социологических» и «реалистических» ориентациях), она — и притом именно благодаря закону высшего уровня, Конституции, — придала юридической системе США отчетливый интеллектуально-ценностный характер, заложила в ней предпосылки для создания нормативных обобщений высокой значимости и в итоге вывела ее по ряду существенных позиций на передовые рубежи мирового правового развития. Впрочем, рубежи, которые в целом до настоящего времени (и ряд событий, в том числе в Югославии 1999 г., тому подтверждение) не являются пока еще ближайшей перспективой.

С рассматриваемых позиций можно, думается, ожидать, что в демократических странах, юридические системы которых строятся на принципах общего, прецедентного права, в обозримом будущем и тем более в отдаленной перспективе высокое значение приобретет квалифицированная и отработанная законодательная работа. Работа *особого рода*, которая, можно предположить, сохранит достоинства и преимущества общего, прецедентного права и вместе с тем возвысит и придаст новое качество действующей юридической системе, отвечающей требованиям современной эпохи. И это во многом станет возможным как раз путем использования потенциала интеллектуального содержания права, нормативных обобщений. Практически — путем не только модельного законопроектирования, но и, допустимо надеяться, твердого закрепления в законодательном порядке не всей многообразной юридической конкретики, а главным образом — основных начал права и в необходимых случаях рамочных и диспозитивных установлений, регламентирующих отработанные юридические конструкции, иные действенные средства нормативно-правовой регуляции (по своему содержанию и построению отвечающих как условиям современного постиндустриального и социального развития, так и категориям и принципам права человека).

Приведенные данные, надо полагать, дают основания для предположения о том, что «интервенция» закона и законодательной культуры в сферу общего, прецедентного права (и такого же рода явления в ан-

клавах традиционного права) имеет глубокую социальную и исконно правовую направленность, которая в перспективе призвана реализовать истинно историческое предназначение права в жизни людей, в утверждении высоких духовных, гуманистических основ и принципов современного гражданского общества.

Надо видеть, что закон и законодательная культура, «вторгаясь» в сферу общего, прецедентного права, иные правовые ареалы, и со своей стороны существенно преобразуются сообразно требованиям современной эпохи и юридической логике. И это касается стран — приверженцев романо-германской культуры, для юридических систем которых как раз характерно «право, выраженное в законе», преимущественно стран континентальной Европы, Южной Америки, некоторых других регионов.

Такого рода процессы в юридических системах романо-германского типа в ряде существенных моментов совпадают с только что отмеченными и по сути аналогичными явлениями в сфере общего, прецедентного права. Но тут, в области доминирования романо-германского права, немало и специфики, которая обусловлена не только преодолением «культы закона», но и явлениями иного рода — встречным «вторжением» в данную область принципов и техники общего, прецедентного права.

5

ВОЗРАСТАНИЕ РОЛИ *судебной деятельности и прецедентной практики* в условиях гражданского общества вполне оправданно рассматривать (так же, как и возрастание роли закона) в качестве общей закономерности или хотя бы доминирующей тенденции современного правового развития. И такое утверждение, следует думать, тем более оправдано, что эта закономерность или тенденция в полной мере согласуется как с требованиями жизни в современную эпоху, так и с логикой права. С теми ее проявлениями, которые характеризуют оптимальные соотношения закона и судебной практики, при которых достигаются преодоление недостатков и слабых сторон закона, его рассмотренного ранее «коварства», и оптимальная реализация достоинств права как жесткого и одновременно живого организма (об этом говорилось в заключительной части главы восьмой).

С наибольшей выразительностью указанная закономерность или тенденция проявилась в последние два столетия как раз в странах Европейского континента, юридические системы которых построены «на законе».

Впрочем, исторические данные свидетельствуют, что эта закономерность (даже как тенденция) проявилась в континентальной Европе не сразу, не вдруг. Напротив, во Франции, открывшей свершениями и ду-

хом своей Великой революции эпоху перехода человечества к цивилизациям либерального типа, утвердился, по мнению многих специалистов, миф о законе как единственном источнике права. Потому-то первоначально после издания ФГК на первый план в сложной материи французского гражданского права выступила, наряду с кодексом, непосредственно доктрина, научное толкование законодательных положений.

В литературе по сравнительному правоведению отмечается: «Первые десятилетия после вступления в силу ГК (речь идет о ГК Франции. — С.А.) представляли собой малопродуктивную позитивистскую фазу его развития, которая характеризовалась буквальным и логическим толкованием его текста (так называемая «школа толкования»...). Судебная практика при этом совершенно игнорировалась». И только «с конца XIX века картина кардинально меняется. Под влиянием взглядов Жени и Салея приходит осознание того, что «школа толкования» не в состоянии быть судьям в должной мере полезной при применении ГК в условиях изменившихся социальных отношений. Так называемая «школа свободных научных исследований» (по выражению Жени) развивала точку зрения, противоположную точке зрения «школы толкования». Согласно воззрениям этой новой школы, следует стимулировать более свободное отношение судьи к тексту законов. От него требовалось не ограничиваться лишь их логическим и систематическим толкованием, а прежде всего учитывать живые и постоянно развивающиеся общественные потребности, нравы и обычаи участников правового оборота, а также результаты социологических и сравнительно-правовых исследований»¹.

Такие же процессы (правда, с меньшей временной дистанцией от безусловного поклонения законодательному тексту до признания правосозидающей роли суда) характерны для Германского гражданского уложения, его действия, когда со временем нормативные установления ГГУ все более и более «окутываются» данными судебной практики.

В итоге уже в первой половине XX в. оказалось, что «все разделы ГГУ, как, впрочем, и ФГК, столь сильно «отлакированы» судебским правом, что часто одно лишь чтение текста закона не может дать ни малейшего представления о действующем, «живом» праве»².

Наряду с констатацией все более утверждающейся юридической однопорядковости «права, выраженного в законе», и общего, прецедентного права (подробнее об этом — дальше) наше внимание должно

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 148.

² Там же. С. 235.

привлечь и другое обстоятельство. Это — сопряженная с возрастанием роли суда и судебной практики своего рода *модификация* самих законодательных форм.

Наглядный и во многом «пионерский» образец такой модификации дало еще в начале XX в. швейцарское законодательство, уловившее тенденции правового развития новой эпохи. В ГК Швейцарии 1907 г. обозначилась прямая нацеленность на резкое возрастание роли суда, который при отсутствии надлежащих законоположений был управомочен на то, чтобы действовать так, как если бы суд «был законодателем». И сообразно этому в Кодексе уже в то время был сделан крен в сторону модифицированных законодательных форм — общих положений, рамочных норм, общих оговорок.

Характерно и то, что и в ГГУ подобные модифицированные формы, до того растворенные во всем массиве нормативного материала, в ходе усиления правосозидающей роли суда были последним «вытащены» на первый план. И все это — как и аналогичные явления в развитых в правовом отношении демократических странах — свидетельствует о перспективах развития законодательства, в котором, как можно ожидать, за счет (вместо) мелочного, конкретизированного, формализованно исчерпывающего регулирования будет происходить, можно уверенно предположить, *увеличение удельного веса норм-принципов, рамочных установлений, оценочных понятий, формул, являющихся «общими оговорками», других модернизированных законодательных форм*, — словом, того, что связано с более широким использованием нормативных обобщений, сориентированных на более высокую и продуктивную в юридическом отношении роль и ответственность суда. При этом, как бы ни была значительна роль судебной практики, «за спиной» правосозидающей деятельности суда *должен во всех случаях находиться «закон» в широком значении этого понятия*, т.е. в значении наличного действующего правопорядка (а в системах романо-германского типа — закон в строго юридической значимости, хотя, понятно, в современных его модифицированных формах — с доминированием в его содержании общих начал, общих оговорок, рамочных установлений и др.).

В то же время, очевидно, и сама возрастающая по своему значению судебная деятельность требует того, чтобы в ней, особенно при осуществлении правосозидающих функций, утвердились принципы, реализующие достижения общего, прецедентного права, его культуру, ценности. А это означает, по крайней мере, следующее.

Во-первых, вынесение правовых решений, претендующих на развитие позитивного права, требует в соответствии с культурой прецедент-

ного права *тщательного, скрупулезного изучения каждого конкретного юридического дела, его специфики, всех его особенностей* — особо тщательного и скрупулезного в случаях, когда данная жизненная ситуация не подпадает под существующие юридические конструкции, признаки норм закона. При этом центр тяжести при таком изучении должен быть сосредоточен на *правовой сути* данной ситуации — на тех выводах правового порядка, которые вытекают, независимо от тех или иных формальных установлений, из реальных, фактических обстоятельств дела.

Во-вторых, позитивный опыт права стран англо-американской группы требует того, чтобы выносимое решение *вписывалось в логику прецедентного права*. То есть, чтобы при наличии предшествующих судебных актов по таким же — как и настоящее дело — ситуациям эти акты выступили в качестве прецедентов, причем предполагается углубленная проработка всех предшествующих решений по ситуациям данного рода. И одновременно необходимо, чтобы данное решение выносилось с расчетом на то, что и оно станет прецедентом для подобных случаев в последующем. С тем, в конечном счете, чтобы по цепочке шло непрерывное, углубляющееся «обоснование от прецедента к прецеденту» (*reasoning from case to case*), когда происходит развитие, совершенствование заложенных в прецеденты идей и когда в итоге судья постепенно формирует на основе их обобщенной проработки принципы, нормы, с помощью которых ему предстоит решить рассматриваемое им дело.

И еще одно обстоятельство по вопросам возрастающей роли суда, прямо уже относящееся к реалиям нашего времени (в том числе тем, которые вытекают из недавней ситуации в Югославии).

В современных условиях существует острая потребность специальной констатирующей деятельности суда, результатом которой было бы правосудное установление тех или иных фактов. Например, таких, как факты геноцида. Или, допустим, факты терроризма.

Хотелось бы обратить внимание на то, что в данном случае речь идет не о рассмотрении уголовных и гражданских дел во всей их полноте с вынесением приговоров или решений о применении мер юридической ответственности, возмещении ущерба и т.д. (такого рода полнокровная правосудная деятельность вполне оправдана, необходимость ее остается, но она — особая, по большей части последующая по отношению к констатирующей, нуждающаяся в правосудном установлении также и иных обстоятельств, а главное — в вынесении решения по делу). Речь идет о судебных делах, посвященных *только факту*, об одной лишь *констатации того, был ли такой факт в действительности или нет*.

Конечно, и тут нужна оценка жизненных обстоятельств, и такая оценка может быть в конечном счете дана при учете более широкого состава, необходимого для дела в целом, субъективных и иных факторов, и без этого «предрешающее» (преюдициальное) значение соответствующего констатирующего акта не может быть признано полным и достаточным. Тем не менее при всех возможных в данном случае трудностях и ограниченной правовой значимости принимаемых решений правосудная констатация факта — акт истинно *правовой*, согласующийся с многовековой юрисдикционной практикой и главное — открывающий возможность для применения мер государственного принуждения. Такой правосудный акт, в отличие от актов управленческих, исполнительных органов (включая решения региональных организаций, таких как НАТО, или решения органов российской исполнительной власти о применении вооруженных сил в Чечне), в критических ситуациях все же позволяет, с необходимыми ограничениями и «сдержками», использовать регулярные вооруженные силы для противостояния действиям, свидетельствующим о геноциде, других преступлениях против человечности.

Так что, думается, в контексте решения одной из неотложных проблем мирового правового развития — надлежащего законодательного урегулирования использования государством, его руководящими инстанциями регулярных вооруженных сил для решения внутригосударственных проблем — должное место следует отвести именно правосудным процедурам, которые обеспечивали бы установление в правосудном порядке фактов, обосновывающих с фактической стороны такое использование вооруженных сил.

6

ТАКИМ ОБРАЗОМ, происходящая в современную эпоху правовая конвергенция как бы «собирает вместе», интегрирует, зачастую в специфических, модернизированных формах, достоинства основных, базовых мировых юридических систем. Приведенные в предшествующем изложении данные позволяют, надо полагать, увидеть, что правопорядок стран, вставших на путь современного правового развития, воспринимает юридические достижения *и от* юридических систем романо-германского типа (в основном — в связи с кодификацией, обогащением интеллектуального содержания, — устойчивой структурированности, других качеств права как жесткого организма), *и от* систем общего, прецедентного права (в основном в связи с судебной деятельностью — тем, что усиливает качества права как живого социального регулятора).

И тут возникает вопрос — не воспринимает ли современное правовое развитие известные позитивные, рациональные элементы также и от третьей базовой семьи юридических систем — традиционно-неотдифференцированного права?

На первый взгляд напрашивается отрицательный ответ на подобный вопрос. Ведь само определение известных юридических систем (в основном стран Дальнего Востока) в качестве «неотдифференцированных» как будто бы означает, что это юридические системы, перешедшие к нам в нетронутом виде из далекого прошлого, представляют собой рудименты первых фаз становления права, когда юридические нормы и принципы еще не отделились от других форм социальной регуляции и духовных факторов — моральных, этических и философских императивов.

В таких оценках есть оправданные с фактической и социальной сторон предпосылки и акценты. Вместе с тем никуда не уйти от фактов и вытекающих из них оценок иного рода. В том числе — от многотысячелетнего долгожительства указанных юридических систем, а в этой связи — также от того, что и ныне они демонстрируют мощную регулируемую силу, которая далеко не всегда находит достаточное объяснение в самих по себе архаичных традициях и застойном, отсталом характере социальных систем, частью которых они являются.

Здесь, по всем данным, требуется более углубленная проработка проблемы. В этой связи есть основания полагать, что — если не везде, то во многих регионах Востока — сила того права, которое с немалой степенью условности обозначено терминами «традиционное», «неотдифференцированное», коренится, помимо иных факторов, в глубоких духовных, этических и даже непосредственно философских началах. И не этими ли глубокими духовными, этическими, философскими началами — понятно, в том качестве, которое соответствует условиям и требованиям современной эпохи, — может быть обогащено и еще с одной стороны усилено современное право?

Такого рода перспектива представляется остро необходимой. Тем более, что современное право даже в упомянутых ранее интегрированных формах нередко предстает (и получает научную интерпретацию в некоторых течениях философской и правовой мысли) в виде сугубо технологического агрегата, чуть ли не чисто технического инструмента регуляции в постиндустриальном обществе. Причем такого инструмента, когда право (лишенное веры) «вырождается в законничество», в «легализм»¹.

¹ Берман Гарольд Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999.

Между тем недаром по своей генетике и восприятию (а также и по формулам высокого научного порядка) право предстает в качестве *святого* явления, феномена *возвышенного*, изначально, по самой своей сути *достойного высокого уважения*.

Есть ли это «сакральный элемент», который является еще одним пунктом правовой конвергенции, характерный для юридических систем восточных цивилизаций? Да, вполне возможно. И такой аспект правовой конвергенции важен еще и потому, что сообразно традициям и требованиям философии восточных культур «духовное» и «этическое» в отношении современного права следует понимать не в плоскости проблемы «соотношения морали и права», в прагматической, непосредственно регулятивной плоскости (тут право и мораль — феномены однопорядковые), а в плоскости *духовных и этических основ права*. Тех основ, которые имеют истинно философский характер и в соответствии с этим концентрируются на уровне категорий «совести», «стыда», «чувства вины», «раскаянья и покаяния». Как справедливо отметил Гарольд Дж. Берман (притом именно по вопросам права, его современного развития), «нужно не отвергать позитивные ценности Востока или Запада, а заново их объединять»¹.

7

КОНВЕРГЕНЦИЯ, выраженная в интеграции достоинств и позитивных «наработок» различных правовых систем, — это не только процесс, происходящий в различных регионах с той или иной степенью интенсивности, но в настоящее время уже *фактически существующая и работающая реальность*.

Здесь прежде всего следует обратить внимание на исконно надгосударственное правовое образование — *международное публичное право*.

Правда, международное публичное право — субстанция своеобразная, весьма отделенная от национальных юридических систем и — что особо существенно — явление многослойное, несущее в своем содержании противоречивые тенденции, элементы различной социальной и правовой значимости. В том числе и такие, которые выражают, наряду со всем другим, также принципы и порядки XIX в., основанные на императивах абсолютного суверенитета, охраняющих безусловную неприкасаемость государственной деятельности, объявляемой исключительно «внутренними делами».

Вместе с тем международное публичное право является также и носителем прогрессивных тенденций эпохи. Начиная с середины XX в.,

¹ Берман Гарольд Дж. Указ. соч. С. 403.

в настоящее время оно все более и более обогащается правовыми началами, основанными на гуманитарных ценностях, правах человека и даже по некоторым пунктам с опережением в сравнении с внутригосударственным правом, перенастраивается в том направлении, чтобы стать «правом человека», да притом на таком уровне, когда получает развитие специальное правосудие по защите основных гуманитарных ценностей. Это — обстоятельство, имеющее существенное значение в связи с тем, что в противовес приоритетам прошлого международное правовое регулирование в демократических странах приобретает приоритет по отношению ко внутригосударственному праву.

В этой связи представляется важным обратить внимание на ряд явлений, характерных для международного права нынешнего времени и непосредственно связывающих его с национальными юридическими системами. Наиболее существенное из них, на мой взгляд, это — то, что наряду с официально признанным и официально действующим международным правом, фактами его преобразования по содержанию¹ в этой сфере, по всем данным, существует и все более набирает силу своеобразный феномен, относящийся к области правосознания и все же более значимый, нежели «просто правосознание». Речь идет о явлении, складывающемся и существующем в самом законосообразном порядке внешних связей государств, а главное — в общем состоянии и в «настроенности» права, характерных для мирового сообщества. Дело в том, что в обстановке XX — начала XXI в., сблизивших через поразительную по эффективности систему коммуникаций людей всех стран и континентов, есть основания утверждать о существовании в мире *общего правового состояния*, своего рода *уровня права, планки и порога правосознания*, задаваемых процессами правовой интеграции, которые основаны на общепризнанных правовых ценностях данного времени, правовой культуре наиболее развитых, продвинутых по путям прогресса стран, в первую очередь — культуре прав человека, их приоритета.

Вполне понятно поэтому, что опорными точками для правового развития в каждой стране должны стать не только внутренние, существующие в данном обществе условия и импульсы, но и та планка правовых ценностей, которая в связи с указанными процессами правовой интеграции характерна для человеческого сообщества в целом. А в этой связи сама жизнь выдвигает необходимость (согласующую-

¹ Один из таких фактов — это формирование и расширение гражданско-правового подразделения в составе международного права, по старинке именуемого «публичным», в том числе — конвенций и единообразных документов по отдельным гражданско-правовым институтам (собственности, купле-продаже, исковой давности и т.д.).

ся с кантовской идеей всеобщего характера гражданского общества) формирования на уровне мирового сообщества институтов, обладающих надлежащей компетенцией и достаточными императивными возможностями для инициирования и поддержания в странах, вставших на путь современного правового развития, правовых форм, ориентированных на утверждение в реальной жизни передовых правовых ценностей, идеалов прав человека (права человека)¹.

8

ТЕПЕРЬ (в сокращенном изложении) — те реалии мира интегрированного права, которые формируются и развиваются на основе существующих национальных юридических систем и их семей, наиболее тесно «приближены» к ним.

Здесь прежде всего надлежит отметить тот уже давно подмеченный наукой и практикой факт «сближения», а точнее однопорядкового, «сближающегося» развития двух базовых, качественно контрастных юридических типов — романо-германского (строящегося «на законе») права и общего, прецедентного права. Вполне обоснованно, с опорой на реальные факты, специалистами по сравнительному правоведению сформулировано положение о том, что «абсолютное преобладание на континенте права, основанного на законе, ушло в прошлое», а «доктрина *stare decisis* общего права и соответствующая практика судов континентальной Европы ведут в значительной мере к сходным результатам»² и что поэтому современная юридическая мысль, основанная на знании мировых юридических систем, склоняется «к той точке зрения, что сходные потребности правооборота удовлетворяются приблизительно одинаково во всех развитых правовых системах»³.

¹ Реальное значение при решении возникающих здесь многосложных вопросов имело бы развитие и совершенствование системы международных судов, призванных защищать права человека, упрочение и углубление их компетенции, императивной силы их решений. В частности, судов с такой, ранее уже обозначенной в порядке постановки вопроса компетенцией, которая бы позволяла выносить в правосудном порядке «констатирующие акты» о грубых нарушениях прав человека, фактах геноцида, других преступлений против человечности.

² При этом «единение» двух юридически контрастных систем достигает таких значений, когда по оценкам, высказанным в литературе, например, «во Франции нормы гражданского права в значительной степени являются судебным правом чистой воды и часто лишь формально опираются на тексты ФГК...» (См.: Цвайгерт К., Кётч Х. Указ. соч. Т. 1. С. 58–59, 193).

³ Там же. С. 406. К. Цвайгерт и Х. Кётч в отношении суждений о резкой, несовместимой противоположности европейского континентального права и общего, прецедентного права замечают, что к подобным суждениям «следует относиться с осторожностью...

И хотя такого рода единение доминирующих в мире правовых систем и является одним из оснований, обосновывающих идею «права цивилизованных народов», здесь перед нами все же не сами реальные интегрированные структуры, а процессы и их последствия, связанные с правовой интеграцией, но не выходящие за пределы уже существующих национальных юридических систем и их семей.

Между тем в «мире интегрированного права» существуют и развиваются в настоящее время и реальные интегрированные структуры.

Одна из разновидностей таких интегрированных структур — это формирование *регионального общего права*.

Примером такого регионального юридического образования является *общее право Европейского Сообщества*. Возникнув и начав развиваться в 1950–1960-е гг. на основе юридических принципов и институтов ЕЭС, оно путем нормативных актов руководящих инстанций Сообщества (комиссий, Европарламента) и в не меньшей мере прецедентной практики судов Сообщества (Люксембургского — по многообразному комплексу гражданских и даже некоторых конституционных отношений, Страсбургского и Гаагского — по правам человека) достигло уровня самостоятельного институционального образования, имеющего «суверенный» статус и находящегося в сложных взаимосвязях с национальными юридическими системами стран Сообщества. Это позволяет констатировать, в частности, факт формирования *общего европейского гражданского права* (в интерпретации некоторых специалистов — единого *континентального* права в области цивилистики) с проработками, обосновывающими возможность и необходимость создания единого для европейских стран Гражданского кодекса. Более того, по мнению ряда правоведов, одна из новейших кодификаций, Гражданский кодекс Нидерландов, имеет «собственный стиль, разработанный на основе общего континентального европейского права»¹.

Еще один пример. Это — интегрированные институты (также позволяющие, возможно, констатировать существование общего регионального образования), характерные для права северных (Скандинавских) стран — Швеции, Норвегии, Дании, Финляндии, Исландии².

было бы ошибочным полагать, что между методами индуктивного и систематического мышления существует непреодолимое противоречие. Подобная антитеза, несомненно, свидетельствует о вероятных предпочтениях и тенденциях в общем и гражданском праве. Но ее абсолютизация ведет в значительной мере к искажению реального процесса отправления правосудия в обеих крупнейших правовых семьях...» (Там же. С. 386).

¹ Цвайгерт К., Кётиц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 158

² В течение XVII–XVIII вв. в Дании и Швеции изданы всеобъемлющие кодексы, благодаря чему в обеих странах было унифицировано гражданское, уголовное и про-

Другой разновидностью интегрированных структур, наряду с региональными общностями (Европейское Сообщество; северные европейские страны), является ряд национальных юридических систем как таковых — систем, для которых характерен известный *синтез* правовых порядков разных юридических типов, словом, речь идет об особенностях *гибридно-го* образования, вобравшего достоинства различных ответвлений права.

Причем в некоторых случаях указанные особенности права возникли в результате своеобразного, в сущности уникального исторического развития, связанного с переходом известных территорий с уже утвердившимися на них правовыми порядками в состав государственных образований с иным юридическим режимом. Таковы — правовые структуры канадской провинции Квебек и американского штата Луизиана. Построенные по модели французского права, т.е по модели «права, выраженного в законе», и утвердившиеся на локальных территориях североамериканской земли, они впоследствии, в результате перехода указанных территорий под суверенитет соответственно Канады и США, оказались в плотном окружении тоже импортированного из Европы общего, прецедентного права. И вот, существуя бок о бок и непрерывно взаимодействуя друг с другом в течение многих десяти-

цессуальное право. В том же ключе был построен и норвежский Кодекс XVII в. Унификация законодательства в Скандинавских странах усилилась в XIX в., и это, как известно, положительно повлияло на улучшение качества законодательства в этих странах. Тем более, когда в соответствии с идеями датского профессора Ларсена (предложившего по своим итоговым разработкам создать единый для северных стран Гражданский кодекс) была осуществлена унификация отдельных сторон вещного права и выработан проект закона о купле-продаже движимого имущества, и такого рода закон после надлежащих процедур вступил в силу в 1905—1922 гг. в Швеции, Дании, Норвегии и Исландии. Важным результатом сотрудничества Скандинавских стран в законодательной области стал и закон, называемый в Швеции Законом о договорах и других правовых сделках в области вещных прав. Он вступил в силу в Швеции, Дании и Норвегии в период между 1915 и 1918 гг., а в Финляндии в 1929 г.

В конечном счете в регионе упомянутых северных стран благодаря их географическому единству, общности истории и своеобразным связям с другими регионами, отличающихся самобытными юридическими системами, сложилась особая интегрированная юридическая общность. Общность во многом — уникальная, которая, помимо всего иного, характеризуется тем перспективным качеством, что в ее рамках удалось соединить и особенности общего, прецедентного права, и преимущества германской юридической системы, силу нормативных обобщений. Не случайно поэтому интегрированные структуры, сложившиеся в данном регионе, получили широкое признание, и «в настоящее время скандинавский опыт рассматривается как модель для соответствующего сотрудничества на общеевропейском уровне» (*Цвайцерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 180—183). И факты подобного рода уже имеются. Так, выработанный в скандинавском регионе порядок возмещения покупателю ущерба в случае поставки некачественных товаров, независимо от вины продавца, в основном уже воспринят Единообразным законом о международной купле-продаже.

тилетий, они – правовые структуры и Квебека, и Луизианы – в конце концов образовали локальные юридические системы, которые, как это признано в литературе, нельзя «отнести ни к гражданскому, ни к общему праву», а следует рассматривать в качестве систем *sui generis*, находящихся «где-то посередине» между указанными юридическими типами, причем (как это замечено в литературе в отношении гражданского права провинции Квебек) здесь возникла «интересная модель симбиоза гражданского права и общего права».

Наибольший же интерес, исключительно важный для понимания перспектив развития права, представляют те случаи, когда национальные юридические системы «молодых», недавно состоявшихся стран нацеленно формировались, судя по имеющимся данным, с расчетом использовать достижения различных, подчас качественно различающихся друг от друга, юридических систем. С тем, чтобы в едином национальном праве совместить оптимальные конструкции и формы, которые известны авторам юридических разработок и соответствуют их представлениям о «наилучшем праве».

В таком направлении получили развитие, в частности, правовые системы Индии, ряда молодых африканских государств, где на основе утвердившихся при колониальных порядках общего, прецедентного права, затем, после обретения этими странами государственной независимости, доминирующее значение приобрело кодифицированное законодательство с широким использованием «культуры и техники закона» по образцам европейского континентального права (Швейцарии, Германии).

Вместе с тем важно обратить внимание на те случаи целенаправленного формирования «гибридных» юридических систем, в которых исходное значение отдано закону, а все иные элементы получили развитие на его основе¹.

¹ В этом отношении, надо полагать, примечателен опыт формирования юридической системы Израиля. В этой системе, представляющей в силу особенностей своего исторического развития, по определению ряда правоведов, «слоеный пирог» (с какими-то элементами османского права, общего права и преимущественно собственными нововведениями), все же возобладавало своеобразное построение с действительно оптимальным соотношением разнотиповых элементов.

В чем суть такого оптимального соотношения?

Насколько можно судить по имеющимся материалам, в настоящее время в Израиле ведущее значение в юридической системе приобрели законы, в том числе кодифицированные законы, которые по форме следуют модели европейского континентального права, т.е. модели «права, выраженного в законе» (в них, по свидетельству специалистов, нет запутанных детализаций в стиле «барокко», столь типичных для английской кодификационной техники). И вместе с тем эти законы – что принципиально важно! – ограничиваются в основном установлением основополагающих принципов, конкрети-

Знаменательно, что такого рода построение разнохарактерных по типу элементов обнаруживается и в правовых структурах северных стран, где, как мы видели, также весьма определенно дают о себе знать интеграционные процессы. Вот отраженный в литературе любопытный пример на этот счет. Шведскому законодательству неизвестна общая оговорка о добросовестности при исполнении договора. Но после того, как похожие нормы были введены в законы о платежах в рассрочку (1915 г.), о страховых договорах (1927 г.) и о денежных обязательствах, Верховный суд Швеции в 1948 г. постановил, что «условия сделок, противоречащих принципу добросовестности, должны признаваться недействительными *в рамках любых* (курсив мой. — С.А.) договорных отношений, включая и не урегулированные в законодательном порядке»¹. Словом, суд в данном случае выработал общую норму прецедентного характера, вполне согласующуюся с принципами и техникой общего права, но выработал *на основе законов*.

9

В СООТВЕТСТВИИ с уже имеющимися данными, отражающими тенденции и оптимальные формы интегрированного права, вырисовывается *идеальная модель*, которая — допустимо предположить — может быть использована при формировании и совершенствовании национальных юридических систем в современную эпоху.

Эта идеальная модель складывается из трех базовых блоков.

Первое. Это — блок законов (в основном конституционного права, отраслей публичного права, в том числе — уголовного права, административного права с его разнообразными ответвлениями), вводящих императивные нормы, направленные на установление и поддержание в обществе надлежащей организации общественных отношений

зирать которые предоставлялось судьям, а также общих оговорок, иных модернизированных форм, также сориентированных на судебную деятельность. А вот судебная деятельность, со своей стороны, по стилю и методу сложившегося в Израиле правопорядка ориентируется на традиции общего, прецедентного права, когда используется его позитивный потенциал (см.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 355). По приведенному в книге мнению Фридмана, «израильское прецедентное право являет собой типичный пример права стран, придерживающихся традиций общего права. Манера ведения процесса, способы доказательства и общий подход характеризуются чертами, присущими системе общего права. То же самое можно сказать и об отношении судей, ученых-юристов и адвокатов к прецедентам, о роли судов и об их вкладе в развитие права» (*Friedmann. The Effect of Foreign Law on the Law of Israel. P. 22*).

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 423.

и устойчивого правопорядка на централизованных началах, и обеспечивающих реализацию этих норм. Все это, разумеется, — в строгих пределах, необходимых для современного гражданского общества, с надежными гарантиями против авторитаризма, своеволия власти, произвола.

Второе. Это — блок законов с «модернизированными законодательными формами», т.е. законов, основное содержание которых (наряду с необходимым минимумом императивных установлений) складывается из основополагающих принципов, рамочных норм, оценочных понятий, регламентации на диспозитивных началах типовых конструкций и оптимальных правовых средств, призванных обеспечивать строгое проведение правовых начал в областях жизни, нуждающихся только в децентрализованном регулировании.

Третье. Это — прецедентное право, складывающееся в соответствии с культурой и техникой судебных прецедентов на основе законов.

Реализация такого рода идеальной модели в каждой стране нуждается в том, чтобы она была адаптирована к специфическим условиям данной страны, ее общественному и государственному строю, ее историческим и национальным традициям, уже существующим правовым реалиям.

В наибольшей мере она может быть использована, надо думать, в странах, в которых в той или иной степени утвердилась культура романо-германского права, прежде всего в странах континентальной Европы, а также Южной Америки, некоторых других регионов.

Но и в странах, где пустило корни общее, прецедентное право, приведенная идеальная модель, а точнее, те или иные ее аспекты, могут, следует предположить, стать ориентиром для совершенствования действующей юридической системы, для ее более органичного вхождения в общую систему права современной эпохи.

10

ПРОЦЕССЫ ПРАВОВОЙ КОНВЕРГЕНЦИИ затрагивают в основном передовые, демократически развитые страны, которые существенно продвинулись в утверждении ценностей либеральных цивилизаций. Да и здесь, как мы видели на примере событий 1999 г. в Югославии, еще немало сбоев, явлений, выбивающихся из общего потока такого рода процессов. Передовые интегрированные правовые структуры довольно быстро утверждаются и в ряде других стран, прежде всего «молодых» государственных образований, твердо вставших на путь современного демократического и правового развития.

В немалом же числе стран, особенно экономически и социально отсталых, указанные процессы только намечаются. Или даже в лучшем варианте могут рассматриваться в качестве более и 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, где, кроме всего прочего, в качестве еще одного осложняющего фактора выступает доминирование порядков и нравов рассмотренного ранее уродливого и глубоко укоренившегося явления — «византийского права».

В этой связи — несколько кратких замечаний о возможностях и перспективах восприятия и реализации в российском обществе процессов, характерных для идущего в настоящее время мирового правового развития. В том числе — тех процессов, которые выражают утверждение в жизни общества права человека, институтов, принципов и идеалов «права цивилизованных народов».

Прежде всего было бы опрометчивым и губительным для перспективы цивилизационного развития России встать на путь ускоренного продвижения, одним по-большевистски мощным броском выйти в области права на уровень передовых демократических стран. Результаты проведенных в подобном темпе и с подобными устремлениями в 1992–1996 гг. «кардинальных» экономических реформ, которые привели не к формированию свободной конкурентной рыночной экономики с устойчивым постиндустриальным экономическим развитием, а к одному из вариантов номенклатурного полукриминального капитализма, должны быть для нас горьким поучительным уроком.

Вместе с тем сама логика перехода от тоталитарного строя советского образца к современному гражданскому обществу требует известных «опережающих» акций именно в области права — авангардного достижения тех рубежей, которые могли бы стать ориентиром и надежной основой для плодотворного экономического и социального продвижения вперед в общем направлении демократического реформирования.

Но такое «опережение» — внимание! — должно происходить все же в соответствии с *существующим состоянием правового развития страны* (в том числе — в области правовой культуры, правосознания), а главное — в согласии с *позитивными юридическими реалиями, которые выражают уже определившиеся в прошлом и вошедшие в жизнь типовые характеристики, принадлежность к той или иной семье права*. Пусть даже эти юридические реалии и характеристики — как это произошло в России — во многом, а при советском строе — чуть ли не исключительно, имели преимущественно внешний характер, не очень-то затрагивающий реальную политическую и социальную жизнь.

Это значит для российского общества в условиях, когда оно только-только начинает выходить из строя всепоглощающего коммунистического тиранического режима, не осуществление некоей «правовой конвергенции», во всяком случае — в полном ее объеме, а в первую очередь максимальное, насколько это возможно, использование тех ценностей на одном из магистральных направлений мирового правового развития — *ценностей права романо-германского (в основном — германского) типа, — путь, на который Россия твердо уже встала и стала развиваться* начиная с XVIII—XIX вв. И на котором, 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), главным образом представляют собой реализацию ценностей «права, выраженного в законе». А отсюда — в полном соответствии с первыми фазами такой реализации, которую прошли или проходят все страны, где утвердилось право романо-германского типа, — возвеличивание закона, признание его абсолютного и безусловного верховенства (вплоть до проповедования в качестве некоего высшего правового идеала порядков, обозначаемых как «диктатура закона» — формула, по ряду пунктов, на мой взгляд, неприемлемая). 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 на ближайшее и, быть может, на более отдаленное время именно *культура закона*, несмотря на все «коварства» закона, другие его недостатки, 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, произойдут, 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 первостепенной важности — это возвышение права, придание ему значения цели и идеала социального развития (задача — трудности неимоверной в условиях продолжающегося господства «византийства», непреодолимого доминирования идола власти).

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 правоведы*. 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 зависят как решение всех упомянутых выше задач, составляющих суть предстоящей действительной российской правовой реформы, так и в целом судьба права в России. Задач — тем более трудных, что их решение осложняется «сбоями» в правовом развитии, — в том числе такими драматичными, как потери и деформации в области права, в правовых представлениях и ориентирах в связи с войной в Чечне 1994–1996 и 1999–2000 гг.

11

В ЗАКЛЮЧЕНИЕ рассмотрения данной многосложной проблемы несколько слов о юридической науке в связи с процессами правовой конвергенции.

Правовая наука в каждой стране имеет свои национальные черты. Вдохновляющий революционный романтизм французского, ученая умудренность германского правоведения, устремленность юристов Скандинавии на деловой реализм суровой жизни, вера и плохо скрываемая горечь русских правоведов — все это отзвуки мира реалий данной страны, ее судьбы, свершений и надежд. Добавим сюда также, думается, вполне понятный предпочтительный интерес юристов той или иной страны к «своему» праву, представляющему собой к тому же предмет практической юриспруденции, во имя которой во многом складываются и развиваются юридические знания.

Вместе с тем право по своей природе — явление *универсальное*, и как только правовая материя обретает собственное бытие (в необходимом обособлении от религии и государственной власти), возникает острая необходимость понимания права в целом, постижения его общих черт, сути, смысла, назначения в жизни людей. И потому национальная ограниченность правовых знаний пределами данной страны, их замкнутость на сугубо национальном позитивистском материале, при всей его важности для каждого правоведа, является в конечном счете губительной для правоведения как истинной науки.

На опасность такой национальной ограниченности указывал ряд мыслителей, в том числе — Монтескье, Бэкон, Фейербах. По словам Рудольфа Иеринга, национальная замкнутость представляет собой «унизительную, недостойную форму существования науки»¹, приводя к тому же, следует добавить, в условиях идеологического монополизма и доминирования тоталитарной власти к духовной нищете, к появлению слоя «придворных юристов» — безропотных слугителей режима².

¹ В современной литературе отмечается даже, что «нет нужды говорить об убожестве и узости философии права, которая базировалась лишь на изучении своего национального права» (*Давид Рене, Жоффре-Спинозе Камилла*. Указ. соч. С. 10).

² Верно замечено — «изучение лишь национального позитивного материала ограничивало представления о всей полноте и многообразии возможностей, которыми располагает юрист для решения почти любой правовой проблемы. В результате у юристов этого поколения не развивались чувство личной ответственности, критический подход к праву. В целом позитивистская школа породила высококлассных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению. Духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не могли противопоставить национал-социализму» (*Цвайгерт К., Кётц Х*. Указ. соч. Т. 1. С. 38–39).

Отсюда — настоятельная необходимость вовлечения в круг исследований, осуществляемых правоведением каждой страны, всего богатства данных, относящихся к правовым системам, существующим (и существовавшим) на нашей планете. И это — забота не только специальной науки, сравнительного правоведения, призванной занять высокое место во всей системе юридических знаний, но правовой науки в целом, ее заглавной части — теории права. Ибо, как справедливо подмечено в литературе, освоение материалов, относимых к сравнительному правоведению, «указывает, в противовес позитивизму, догматизму и ограниченному национализму, 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»¹.

Все это, надо полагать, настоятельно требует как интенсивного развития международного сравнительного правоведения и достойного места сравнительно-правовых знаний в системе национальной юридической науки, так и углубления на этой основе *общей теории права*, которые в перспективе призваны стать *всеобщей, наднациональной теорией* правоведения. И такая перспектива, конечно же, не только не препятствует тому, чтобы в каждой стране общетеоретические правовые знания отвечали потребностям данного общества, но и по сути дела является необходимым условием для этого. То есть — для возвышения общей теории права на новый, более высокий уровень постижения правовой действительности и отсюда, стало быть, для надлежащей реализации теорией ее функций и предназначения в обществе².

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 36.

² Здесь, впрочем, есть один пункт, связанный с перспективой углубления общетеоретических знаний на основе материалов сравнительного правоведения, который с самого начала рассмотрения данной проблемы должен быть принят во внимание.

Это — уровень, а главное — характер достигнутых в настоящее время разработок в общей теории права. Эти разработки, концентрирующиеся в основном на специальных юридических вопросах общего порядка (во многом представляющих собой «выведенные за скобки» материалы отраслевых юридических дисциплин), касаются преимущественно догмы права во всех ее многообразных проявлениях.

Нередко такого рода общетеоретические разработки воспринимаются отдельными авторами, особенно теми, кто не знаком с особенностями и тонкостями юридической материи, как нечто «схоластическое» и «догматическое», будто бы далекое от реальной жизни. Между тем подобные специально-юридические разработки не только важны для юридической практики и правового обучения. И не только, как свидетельствуют исследования последнего времени, выводят на понимание собственной логики права, а в этой связи на постепенное постижение таких его «тайн», которые по цепочке содержательных

В настоящее время еще трудно во всем объеме и в конкретизированных предположениях определить, в каких направлениях, как можно ожидать, пойдет углубление общетеоретических правовых знаний на основе данных, относящихся ко всему комплексу основных юридических систем, существовавших и существующих на нашей планете.

Но это, думается, — не только *новое прочтение* основных «узловых пунктов», через которые происходит широкий (если угодно, тоже «всеобщий») общенаучный подход к праву как факту социальной данно-

выводов следующих одна за другой юридических проблем раскрывают смысл и предназначение права в жизни людей.

Общетеоретические специально-юридические исследования, проводимые в настоящее время, кроме того, уже сейчас во многом носят *универсальный* характер и, стало быть, в общем — пусть и не во всем — соответствуют тому уровню, который согласуется с требованиями сравнительного правоведения и перспективой формирования всеобщей теории права.

Почему? Да потому, что разрабатываемые в современной общей теории права 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 частного права, 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 — в советском правоведении.

Пандектистика — своеобразный концентрат культуры всепланетного шедевра, римского частного права, является как раз первой в истории *универсальной* системой юридических знаний, а положения юридической догматики (нашедшие воплощение в Германском гражданском уложении, в российских законопроектах по гражданскому праву) — одним из наиболее высоких достижений юридической мысли, которое вполне обоснованно находит признание как феномен *наднационального* порядка.

Вот почему при решении проблем, связанных с формированием всеобщей теории права, нет нужды идти «от нуля», «все начинать сначала». Общая теория права в ее современных разработках является областью юридических знаний, уже существенно продвинутой к рубежам всеобщей теории. И, надо думать, она является уже готовой основой для углубления общетеоретических знаний на основе данных сравнительного правоведения.

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

сти, своеобразному социальному феномену и явлению мирозданческого порядка. Хотя, следует предположить, что и тут такого рода подход (при котором постижение права идет от ступени осмысления элементарных частиц правовой материи к логике права, а отсюда — к попыткам постижения смысла и предназначения права в жизни людей) способен существенно обогатить и детализировать наши общетеоретические представления.

Наряду с таким «новым прочтением» и на его основе главное, чего следует ожидать от всеобщей теории права, это — *существенное продвижение вперед к новым горизонтам науки*, возможно, своего рода *прорыв* в сфере юридических знаний, выход на *принципиально новые идеи*, которые существенно повлияют на социальную значимость и социальный статус современного правоведения, на общее его признание в качестве передовой области человеческих знаний.

В данной книге, которая, как уже говорилось в прологе, представляет собой продолжение многоаспектного исследования «Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования», сделаны в меру авторских сил только первые шаги в данном направлении. При этом использован ограниченный круг сравнительно-правовых данных, относящихся главным образом к частному праву¹.

Но и эти первые шаги, можно надеяться, позволили более основательно подойти к постановке и решению целого ряда фундаментальных проблем теории права, продвинуться к пониманию новых сторон того сложного, многогранного, во многом еще «таинственного» феномена, каким является право. В частности, обретается принципиально новое видение первичных элементов права, не сводимых, как выясняется теперь (по разработкам, содержащимся в этой книге), к одним лишь юридическим нормам, обнаруживается уникальное, в чем-то трудно объяснимое соотношение в нем качеств жесткого организма

¹ В этой связи хотелось бы еще раз сказать о научной значимости издания, столь часто использованного в этой книге, — монументальной работы К. Цвайгерта и Х. Кётца по сравнительному правоведению в сфере частного права (*Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М.: Международные отношения, 1998*). Это издание во многом уникально потому, что оно не только обобщает и представляет в систематизированном виде новейшие данные по основным секторам права, существующего на нашей планете, но и — на мой взгляд, главное! — не ограничивается изложением указанных данных с фактологической стороны, как это характерно для большинства работ по сравнительному правоведению, а подвергает их *основательному, нередко тонкому юридическому анализу*. Такого рода анализ, во многих случаях опирающийся на замечательные исследования Э. Рабеля, послужил исходной предпосылкой, а по ряду пунктов и решающим звеном для многих теоретических разработок в данной книге.

и «живого права», выявляется первостепенное значение рациональных начал, прорывающихся через «диктат бытия» во всех его многообразных проявлениях.

И самое существенное — именно такого рода новая проблематика, весьма значимая для науки и практики сама по себе, оказывается, открывает путь к чему-то более глубокому, поистине основательному, — сначала к пониманию особой («юридической») *логики права*, а затем и к характеристикам мирозданческого порядка. К тому, что самая что ни есть проза правовой действительности, ее формалистические конструкции, заскорузлые дела практической юриспруденции — все это, как выясняется, ведет под углом зрения указанной выше проблематики к пониманию *смысла права*, его *исконного предназначения служить людям*, способствовать реализации *гуманитарных ценностей высокого порядка*.

Насколько такого рода подходы справедливы и какая еще новая проблематика постижения права может дать о себе знать в научном контексте всеобщей теории, покажут новые исследования. Но то, что именно здесь — важнейшее перспективное направление дальнейшего развития науки права — обстоятельство, думается, и очевидное, и обнадеживающее.

Эпилог

В книге, которая начинается с «пролога», должен быть, понятно, и «эпилог» — завершающая концовка, когда автором подводится итог всему изложенному.

Ну что ж, эпилог — так эпилог.

Но сама-то суть дела — в том, что у права, предмета этой книги, в канун третьего тысячелетия христианской эры никакого эпилога, никакой концовки как раз нет. Напротив, все то, что касается права, в нынешнее время находится в процессе, в порой противоречивых переменах, в сложных преобразованиях.

И все же на пороге нового тысячелетия в мире права обозначились основные направления, тенденции развития. И вот некоторые штрихи такого развития (именно — некоторые, не более того, притом преимущественно на материалах частного права) охарактеризованы в этой книге.

Самое примечательное здесь — это то, что при всей необыкновенной сложности нынешней действительности, ее крайней противоречивости, во многом — драматизме, все же, на мой взгляд, определилась оптимистическая перспектива права на нашей планете, которая, по мнению автора этих строк, отчетливо проявилась в событиях конца уходящего в историю XX века.

Да, живые организмы права разных стран, говоря словами Э. Рабеля, «переливаются многоцветием». Но все они, будем верить, идут к той ступени развития, когда они утверждают себя в качестве «права цивилизованных народов». То есть таких юридических систем, истинно национальных и одновременно универсальных, в которых утвердится право человека как объективная реальность, развернутся на службе людям все богатства юридической материи и которые в нашем всеобщем человеческом общежитии призваны «составить вместе единое целое».

Что ж, если это верно, то значит у человечества есть основания для оптимизма. Есть право цивилизованных народов — право человека, которое, по словам Канта, — самое святое из того, что есть у Бога на земле. Человечество, стало быть, обладает тем, с чем оно с достоинством и надеждой может вступить в новое тысячелетие.

Екатеринбург, 11 марта 2000 г.

ПРИМЕЧАНИЯ К ТОМУ 5

*Самое святое, что есть у Бога на земле:
Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху*

Произведение опубликовано отдельной книгой в 1998 г. в Москве издательством «Норма». Как точно указано в аннотации к изданию, «правовые воззрения Канта по своему содержанию и современности таковы, что они могут и должны принципиальным образом изменить видение права, его смысл и назначение в жизни людей».

С.С. Алексеев в название своей книги вынес слова великого философа о праве: «самое святое, что есть у Бога на земле». Слова эти не только подчеркивают кантовское представление о миссии права, но и служат объединяющим началом учения Канта и философско-теоретических разработок С.С. Алексеева, «стирающим» двухсотлетний временной разрыв. Идеи Иммануила Канта развивались С.С. Алексеевым и в ряде других трудов: «Восхождение к праву», «Частное право» и др. Как подчеркивает С.С. Алексеев, «наиболее примечательно, мысли Канта о праве, и напрямую, и как повод к размышлениям, к попыткам на основе его идей решить непростые правовые вопросы, оказались в высшей степени современными, ближайшим образом затрагивающими сложные и острые проблемы сегодняшнего дня, суть и перспективы правового развития в современном мире, нашем Отечестве — словом, право в современной эпохе».

Философские основы учения С.С. Алексеева о праве, базируемые на кантовском мировоззрении, нашли свое отражение и в произведениях, вошедших в настоящее Собрание сочинений: «Философия права» (том седьмой), «Два имени» (том девятый).

Текст произведения воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле: Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху*. М.: НОРМА, 1998.

*Право на пороге нового тысячелетия:
Некоторые тенденции мирового правового развития —
надежда и драма современной эпохи*

Монография издана в 2000 г. в Москве издательством «Статут». Исследование имеет подзаголовок «Некоторые тенденции мирово-

го правового развития – надежда и драма современной эпохи». Автор отмечает, что по ряду вопросов содержание книги представляет собой своего рода «теоретическую состыковку» ранее разработанных идей и данных современного сравнительного правоведения, содержащихся главным образом в исследованиях сравнительно-правового профиля по частному праву. Настоящий труд созвучен и гармоничен с обстоятельной двухтомной книгой немецких правоведов К. Цвайггерта и Х. Кётца «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права», на которую по ряду исследуемых проблем опирается С.С. Алексеев.

Текст монографии воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. М.: Статут, 2000.

СОДЕРЖАНИЕ

САМОЕ СВЯТОЕ, ЧТО ЕСТЬ У БОГА НА ЗЕМЛЕ: ИММАНУИЛ КАНТ И ПРОБЛЕМЫ ПРАВА В СОВРЕМЕННУЮ ЭПОХУ

От автора.....	9
Глава первая. Право в мироздании.....	10
1. Спорные и, возможно, неожиданные утверждения.....	10
2. Почему Кант?.....	17
3. Звено в «замысле» природы.....	32
4. Другие определения и характеристики.....	44
5. «По ту сторону» представлений о природе: духовный мир человека и право.....	51
Глава вторая. закон и право.....	58
1. Объективное право: понятие, соотношение с законом.....	58
2. Право и закон в жизни общества.....	77
3. Законность («законосообразность»).....	87
4. Право – регулятор.....	94
Глава третья. Чистое право.....	106
1. Предубеждения и императивы жизни.....	106
2. Форма и содержание в праве.....	114
3. Истоки права.....	122
4. Чистое право: суть, требования, принципы.....	129
5. Понимание и перспективы.....	149
Глава четвертая. Право человека.....	156
1. Право человека (право людей): идея, основания, аспекты.....	156
2. Первоначальный договор.....	163
3. Дозволительное право.....	169
4. От «прав человека» к «праву человека».....	185
Глава пятая. Право в жизни и судьбе людей.....	192
1. Право как цель.....	192
2. Право в его соотношении с моралью.....	204
3. Идеи Канта о праве: утопия? прогноз? вехи?.....	216

ГЛАВА ШЕСТАЯ. ПРАВО: ХИМЕРЫ И РЕАЛИИ СОВРЕМЕННОЙ ЭПОХИ.....	224
1. Проклятие коммунизма	224
2. Либерализм и право: непроходящие ценности и утраты.....	239
3. Будущее: прочное правовое устройство	259
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. РУБЕЖИ ПРАВОПОНИМАНИЯ	269
1. Реалии. Беды. Ценности	269
2. Перспективы	286

**ПРАВО НА ПОРОГЕ НОВОГО ТЫСЯЧЕЛЕТИЯ: НЕКОТОРЫЕ
ТЕНДЕНЦИИ МИРОВОГО ПРАВОВОГО РАЗВИТИЯ –
НАДЕЖДА И ДРАМА СОВРЕМЕННОЙ ЭПОХИ**

Пролог	297
Часть первая. Право – единое и разное	303
ГЛАВА ПЕРВАЯ. ПРОСТЫЕ, ЭЛЕМЕНТАРНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ПРАВЕ	303
ГЛАВА ВТОРАЯ. ИМПЕРАТИВЫ ЦИВИЛИЗАЦИИ И ПРАВО	307
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. ПРАВОВЫЕ СИТУАЦИИ	316
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. ПЕРВИЧНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ.....	321
ГЛАВА ПЯТАЯ. «СЕМЬИ» В ПРАВЕ	344
Часть вторая. Закон и живое право	368
ГЛАВА ШЕСТАЯ. ЗАКОН: ОЧЕВИДНЫЕ ДОСТОИНСТВА И КОВАРСТВО.....	368
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. ЖИВОЕ ПРАВО.....	393
ГЛАВА ВОСЬМАЯ. ЗАКОН И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА	407
ГЛАВА ДЕВЯТАЯ. ДИКТАТ БЫТИЯ И РАЦИОНАЛЬНОЕ В ПРАВЕ	425
ГЛАВА ДЕСЯТАЯ. ПРАВОВЕДЕНИЕ И ПРАВОВЕДЫ.....	456
Часть третья. Перспектива	471
ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ. НАДЕЖДА.....	471
ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ. ПРЕДВЕСТНИКИ И ЗНАКИ БЕДЫ. ДРАМА ПРАВА	479
ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ. «ПРАВО ЦИВИЛИЗОВАННЫХ НАРОДОВ»	494
ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ. ЭФФЕКТ – НЕЖДАННЫЙ, ВПЕЧАТЛЯЮЩИЙ, НЕЗАМЕЧЕННЫЙ	505
ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ. ПРАВОВАЯ КОНВЕРГЕНЦИЯ.....	514
Эпилог	544
ПРИМЕЧАНИЯ К ТОМУ 5.....	545

Сергей Сергеевич АЛЕКСЕЕВ

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ

В десяти томах

Том 5

Линия права. Отдельные проблемы концепции

Редактор *Т.Б. Дегатькова*

Художественное оформление: *В.В. Самойлова*

Компьютерная верстка: *С.В. Родина*

Подписано в печать 20.10.2010. Формат 60х90 ¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 34,5. Тираж 2000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:

119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;

тел./факс: +7(495) 649-18-06

E-mail: book@estatut.ru

www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-0707-1



9 785835 140707 1