



Г.А. Гаджиев

Онтология права



Издательство
НОРМА

Г. А. Гаджиев

Онтология права

**(критическое исследование
юридического концепта
действительности)**



НОРМА
ИНФРА-М
Москва, 2013

УДК 34.01
ББК 67.00
Г13

Сведения об авторе

Гадис Абдуллаевич Гаджиев — судья Конституционного Суда РФ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, научный руководитель факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге, автор 230 работ по конституционному и гражданскому праву, теории и практике конституционного правосудия.

Гаджиев Г. А.

Г13 **Онтология права : (критическое исследование юридического концепта действительности) : монография / Г. А. Гаджиев. — М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. — 320 с.**

ISBN 978-5-91768-331-7 (Норма)
ISBN 978-5-16-006413-0 (ИНФРА-М)

На основе изучения работ по философии и философии права в книге исследуется категория правовой реальности, ее место в системе бытия.

Официальное толкование конституции анализируется с позиции философии права в качестве онтологической и эпистемологической проблемы. Конституционный текст рассматривается как система знаков, символов, а конституционное право — как своеобразное стенографическое право. Символы в тексте конституции вызывают ассоциацию с юридическими концепциями, как доктринальными, так и судебными. Интерпретация конституции является элементом юридического концептуализма, в котором воля законодателя является не волей конкретных людей, а волей государства.

Подвергается критическому исследованию сложившийся юридический концепт действительности и отстаивается идея о необходимости соблюдения методологической чистоты в юридической науке.

Для научных работников, аспирантов, студентов, а также для всех интересующихся проблемами философии и теорией права.

УДК 34.01
ББК 67.00

ISBN 978-5-91768-331-7 (Норма)
ISBN 978-5-16-006413-0 (ИНФРА-М)

© Гаджиев Г. А., 2013

*Посвящается
Розе Тагировне Гаджиевой*

Введение

Юристам кажется, что они знают, с какой реальностью они имеют дело, только до тех пор, пока их об этом не спросят.

Е. Спекторский

В мире борются уже не человеческие, а вселенские силы. И вот передо мной на весах итог борьбы: здесь — моя боль и моя жертва, там — справедливость для всех, пусть сопряженная с тяготами перехода к неведомому, едва угаданному будущему, и я опускаю свой кулак на чашу справедливости.

Ф. Гарсиа Лорка

Приоритет принадлежит не тому, кто первый высказал ту или иную идею, а тому, кто сумел сделать ее плодотворной.

Б. И. Кистяковский
«Социальные науки и право»

1. Эта книга о реальности права и о правовой реальности. Я решил назвать ее «Онтология права», понимая, что тем самым ставлю перед собой чрезвычайно амбициозную задачу. Онтология — это учение о бытии как таковом. Как часть философского знания онтология известна очень давно, задолго до философской системы Хр. Вольфа, который стал использовать именно это понятие. Возможно ли употребление понятия «онтология» в сочетании с правом, ведь при этом делается попытка сфокусировать исследование на том, что является очень незначительной частью бытия, — на правовой реальности.

В России онтологическая проблематика традиционно была более востребована, чем на Западе. Связь с греческой христианской ортодоксией обеспечивала русской философии устойчивый интерес к онтологическим исследованиям. Тема бытия и вещной реальности отчетливо звучала в философских доктринах Владимира

Соловьева, Николая Лосского, о. Павла Флоренского, А. Ф. Лосева, Э. В. Ильенкова¹.

Исследование правовой реальности, ее места в системе бытия и ее структуры — лишь часть проблематики философии права. Поэтому более точно утверждать, что анализ правовой реальности — только онтологический аспект философии права. Автор убежден, что философско-правовые знания являются действительным основанием юриспруденции, а все более или менее значимые шаги вперед в этой сфере являются результатом приложения философского знания к юридической действительности. Разрыв между общей философией и юриспруденцией устраняет философия права, являющаяся философской теорией среднего уровня. Но между философией права и юриспруденцией разрывы есть, и чтобы их не было, необходима практически ориентированная философия права.

Сложность познавательной задачи связана с тем, что многие проблемы онтологической структуры права остаются неясными, незавершенными. Читатель может ощутить чувство неудовлетворенности или даже разочарования. Стоит ли в таком случае публиковать книгу? Сомнения мне помог преодолеть роман У. Фолкнера «Шум и ярость», из которого я узнал, что вполне допустима художественная поэтика, основанная на неясности и незавершенности. Мудрость Фолкнера, его интеллигентность в том, что он показывает различные точки зрения на мир, но не выносит окончательных суждений. Создавая в тексте романа свою художественную реальность, он оставляет ее принципиально незавершенной, не до конца проясненной, поэтому читателю предстоит многое решать самому, выступая невольным соавтором.

Не стоит думать, что философские размышления — монополия профессиональных философов и что занятия философией юристов, экономистов, литераторов — недопустимое интеллектуальное браконьерство. Разве не философична цветаевская проза? Присмотримся к сюжету в «Моем Пушкине» Марины Цветаевой. И есть ли он вообще? Это ведь воспоминания о детских переживаниях, эмоциях, мыслях, связанных с гением русской литературы, которые стали художественной реальностью высочайшей пробы. Цветаева вспоминает о прогулках «по Тверскому бульвару к

¹ См.: Онтология артефактов: взаимодействие «естественных» и «искусственных» компонентов жизненного мира. М., 2012. С. 8.

«Памятник-Пушкину», о поездке на море, о визите сына Пушкина. Но на фоне этой бессобытийной эмпирики читатель обнаруживает интереснейшие философские наблюдения, связанные с поэзией, смыслом жизни, природой любви, мироустройством, существованием рас и расизма. Не случайно Иосиф Бродский считал Цветаеву одним из самых интересных современных мыслителей.

Знакомство с монографией украинского философа права С. И. Максимова¹ убедило меня в необходимости дальнейшего изучения онтологии права, прежде всего конституционного, после критического осмысления сложившейся в доктрине системы юридических взглядов, которые я называю знаково-символической концепцией, особенно заметно проявляющейся в области конституционного права. Суть ее состоит в следующем: текст с изложением норм конституционного права значительно отличается от текста норм других отраслей права своей краткостью, высокой плотностью юридического содержания при минимуме слов, являющихся лингвистической основой нормы. Такие понятия, как «правовое государство», «достоинство личности», «экономическая свобода», отсылают к глубоким концепциям и поэтому больше похожи на символы, которые используются в стенографии. Сам по себе лапидарный слог конституции (от *lapidaries* — высеченный на камне) — это только краткая отсылка к большому массиву юридических знаний, а поэтому конституционное право — это своего рода стенография. В юридическом обиходе важны юридические формулы (знаки нередко называют клаузулами; от латинского слова *klausula* — заключение). В риторике этим словом называют заключительную часть устного (или письменного) текста, обладающую особенно значительным смыслом. То есть знаки, символы, клаузулы в конституционном праве — это способ обратить внимание на то, что за лингвистическим носителем кроется обширный юридический смысл, который иногда называют «духом законов».

Особо значимы исследования онтологической структуры российского права сейчас, когда коренным образом меняется его облик, связанный с появлением правовых позиций высших судов, фактически — квазипреcedентов.

¹ См.: *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002.

Философия права является междисциплинарной наукой, объединяющей начала двух дисциплин — юридической науки и философии. В принципе возможны разные варианты философии права — все зависит от того, кто проводит исследование — философы или юристы.

В. С. Нерсисянцу принадлежит такая идея: философская мысль занимается сферой всеобщего, а правоведение при исследовании проблем философии интересуется сферой особенного, особой частью общественного бытия — юридической действительностью.

Поэтому, как писал Нерсисянц¹, появляются некоторые концептуальные отличия подходов к философии права у представителей философской и юридических наук. Путь от философии к философии права идет от общего через особенное к конкретному (искомой истине о праве), путь же от юриспруденции к философии права — это движение от особенного через всеобщее к конкретному. В таких отдельных юридических науках, как конституционное право, гражданское право, возникают общие юридические категории, которые по степени своей обобщенности претендуют на включение в предмет философии права.

Закон усложнения общественной жизни приводит к тому, что регулируемое правом пространство общественных отношений становится все более обширным, появляется система понятий, которыми оперируют и другие отрасли знания, но которые в юриспруденции приобретают сугубо автономный, юридический смысл. Так, понятие «народ» в юриспруденции отличается от этого же понятия в истории, политэкономии, демографии. И воля народа как юридическое понятие совсем не то, что воля в психологии. Юридическая мысль приводит к осознанию того, что вокруг нас в рамках объективно существующей реальной, овеществленной действительности существует особая реальность — правовая действительность.

В монографии С. И. Максимова, свидетельствующей о возрождении самых лучших традиций отечественной философии права, предпринята очень удачная попытка философского осмысления правовой реальности как особого феномена.

¹ См.: *Нерсисянц В. С. Философия права.* М., 1997. С. 14.

Исследование этого талантливой автора концептуально обосновывает предметную сферу современной философии права, ее методологическую базу с учетом как универсального мирового опыта, так и культурных традиций России, Украины и других государств — участников СНГ. Поэтому автора интересует методология философского осмысления права: что есть философия права, каковы основные методологические парадигмы осмысления права; какова их связь с определенным философским мировоззрением; можно ли рассматривать философию права в качестве правовой онтологии, исследующей особенности сферы бытия права; что собой представляют онтологическая природа и структура права (правовая реальность).

Полагаю, что исследование С. И. Максимова — вариант философии права, основанный на философских науках. Меня же в большей степени интересует практическая онтология права, т. е. я пытаюсь придать онтологическому анализу права прагматический характер и для этого ориентируюсь на такие части правовой действительности, которые охватываются конституционным правом и гражданским правом. Как известно, римский (а до этого греческий) город — полис был устроен следующим образом: в центре обязательно площадь, а со всех сторон к центру города направлены улицы так, что если одновременно в полис с разных сторон войдут два путника, то они обязательно встретятся на площади¹. Я использую эту метафору, чтобы выразить надежду на то, что совместные усилия философов и юристов позволят им встретиться².

¹ См.: *Мотрошилова Н. В.* Рождение и развитие философских идей. М., 2010. С. 22.

² В истории можно встретить немало занимательных примеров конкуренции философии и юриспруденции. В столице Византии — Константинополе в XI в. Филостантин IX Мономах основал юридическое училище. Это был период, когда интеллектуальный климат в столице определяли Михаил Пселл, знаменитый историк, философ, царедворец, и Иоанн Ксифилин, выдающийся юрист. Первый считался главным авторитетом в области философии и риторики, второй — в области юридических наук. Весь цвет столичной молодежи («фаланги интеллектуалов», по выражению Пселла) разделился надвое: «Те, которые избрали своим поприщем общественную службу, желая слиться с толпой, выдвинули в качестве своего стратега Иоанна, тогда как любители более благородных наук, образуя раскол, повернулись ко мне». Обращает на себя внимание принижение Пселлом юриспруденции по отношению к другим наукам. Он писал, что вопреки Ксифилину, начавшему свое обучение с изучения права и прибавившему затем к нему риторику и философию, он, Пселл, начал с философии и риторики, а уж затем погрузился в юридическую науку, «идя, таким образом, от лучшего к худшему» (см.: *Культура Византии* (вторая половина VII—XII в.). М., 1997).

Истории известно много примеров, свидетельствующих о плодотворности союза философии и юриспруденции. В период становления классического римского права возникла дискуссия о так называемой спецификации (переработке вещей). Этим термином римские юристы обозначали изготовление из материала новой вещи (переработка одной вещи в другую). Если и материал, и труд принадлежали одному лицу, то вопрос о праве собственности решался просто: новая вещь принадлежала этому же лицу. Но если труд по переработке был приложен к чужому материалу, то классические юристы решали вопрос по-разному: одни (сабиньянцы) признавали собственником вещи того, чей был материал; другие (прокульянцы) считали, что вещь должна принадлежать тому, кто ее сделал, с обязательством оплатить собственнику материала его стоимость.

В литературе, посвященной римскому праву, сделана попытка (профессором Московского университета П. Э. Соколовским в книге, изданной на немецком языке¹) объяснить различие взглядов римских юристов влиянием греческих философских течений. С этой точки зрения прокульянцы находились под влиянием Аристотеля и перипатетиков, считавших, что при всей важности материи новая вещь (*nova species*) создается только благодаря новой форме, которая придана материи. В решении же вопроса сабиньянцами сказалось влияние стоической философии, придававшей решающее значение материи.

В законодательстве Юстиниана вопрос был решен следующим образом: если, несмотря на переработку, вещь можно вернуть в первоначальный вид (например, изготовленную из металла вазу переплавить в слиток металла), то вещь принадлежит собственнику материала; если же это невозможно (например, в случае изготовления мебели из досок), то вещь поступает в собственность того, кто произвел спецификацию, но при условии его добросовестности и с обязательством вознаградить собственника материала в размере полученного обогащения².

В качестве убедительного примера того, как в философии Нового времени были обнаружены плодотворные для юриспруденции идеи, можно привести важную для понимания «Чистого учения о праве» Г. Кельзена идею о различии между принципом при-

¹ См.: Die Philosophie im Privatrecht. Halle, 1902. Bd. I. S. 69—111.

² См.: Новицкий И. Б. Римское право. М., 1996. С. 98.

чинности и принципом вменения и о проблеме свободы воли. На мой взгляд, эта кельзеновская конструкция появилась из представлений И. Канта о «моральном вменении» и о том, что свобода воли является с точки зрения теоретического познания чистой фикцией¹.

2. Система онтологии права начинается с выявления основных ее категорий, к числу которых необходимо отнести категории правовой действительности, онтологической структуры права, а также юридического концепта действительности.

Легче всего понять специфику правовой реальности, если рассматривать ее в соотношении с реальностью повседневной жизни. Основные категории онтологии права появились в XX в. Философия и юриспруденция проделали большой путь, прежде чем появилось представление о том, что собой представляет юридический мир, правовое пространство.

Основные онтологические категории права разбираются в гл. 3 и 4 настоящей книги. (Мне показалось, что полезно проследить, как в течение тысячелетий мысль человечества «подбиралась» к ним. Это похоже на появление фотоснимков на бумаге: сначала видны смутные очертания, а потом уже более заметные контуры изображения.)

В гл. 1 предпринят реферативный обзор философских идей, а в гл. 2 — преимущественно философско-правовых концепций.

Естественно, даже в самом сжатом виде я не мог описать историю онтологии. Я пытался показать, как онтологические идеи способствовали изменению философско-правовых представлений о правовой реальности. Здесь весьма условно можно выявить три периода: 1) классическая метафизика; 2) экзистенциально-феноменологическая философия; 3) современная онтология.

Для наглядности динамика взглядов показана на примере онтологических единиц правовой реальности, образующих структуру ее юридического концепта: вещей (объектов прав), субъектов права, правовых отношений. При этом на втором плане мыслилось напомнить современному читателю о том, что в начале XX в. в России сложилась блестящая московская школа философии права, у истоков которой стоял П. И. Новгородцев. Из этой школы

¹ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве // Сб. переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 64, 65; Кант И. Основы метафизики нравственности. Соч.: в 6 т. М., 1965. Т. 4. Ч. 1. С. 291.

вышли такие выдающиеся философы, философы права, как И. А. Ильин, Н. Н. Алексеев, Г. Д. Гурвич, братья Трубецкие¹.

Итак, чтобы выяснить содержание и смысл понятия правового пространства, необходим онтологический анализ правовой реальности как предметной области приложения правовой науки, соотношения правовой реальности и овеществленного мира, реального бытия. Бытие — это одна из основных философских категорий, нечто реально существующее, т. е. то, что есть. Прошлое, настоящее и будущее бытие в своем единстве образуют реальность².

П. Бергер и Т. Лукман заметили, что реальность — это возможность иметь бытие, независимое от нашей воли. Допуская множество реальностей, авторы особо выделяют реальность повседневной жизни, называя ее высшей реальностью. По сравнению с реальностью повседневной жизни другие реальности являются конечными областями значений, анклавами в рамках высшей реальности, отмеченными характерными значениями и способами восприятия³. По сути, эти же онтологические идеи высказывал известный русский философ права Б. И. Кистяковский.

Н. Н. Алексеев, устанавливая, является ли положительное право частью бытия, по сути, приблизился к объяснению правовой реальности, которая, с одной стороны, противостоит эмпирической реальности, а с другой стороны, сама является «фактом», бытием (но бытием «сверхопытным», идеальным, символическим).

Остановимся на последней характеристике — символической. Многие юристы сравнивали пространство права с пространством математики и музыки.

Профессиональное мышление юриста в результате утрачивает важнейший навык — видеть полноту жизни и у нее учиться. Глаза юриста застилают то, что я называю символическими правовыми структурами или знаками — юридическими понятиями, лежащими в основе позитивного права. Как математические формулы образуют мир математики в качестве особой реальности, как ноты и

¹ О философии права в России Серебряного века см.: *Валицкий А.* Философия права русского либерализма. М., 2012; а также: *Бернацкий Т. Г.* Теория естественного права Е. Н. Трубецкого и современная философия права // Ленинградский юридический журнал. 2004. № 1. С. 180—193; *Он же.* Онтологические основания естественного права в учении И. В. Михайловского // Правоведение. 2001. № 4. С. 244—250; *Зорькин В. Д.* Позитивистская теория права в России. М., 1978.

² См.: *Иконникова Т. И., Ляшенко В. П.* Философия права. М., 2007. С. 119.

³ См.: *Бергер П., Лукман Т.* Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995.

мелодии образуют пространство музыки, так и правовое пространство использует свои символы¹.

В правовой действительности происходит преобразование вещного мира. В результате юридического восприятия действительности, формирования особого рода мышления — юридического мышления — происходит отражение действительности в этом обедненном и кривом зеркале. Право — это очень искаженное зеркальное отражение действительности, поскольку оно неизбежно использует разного рода фикции, символы. Правопорядок, как и нравственный порядок, по мнению Алексеева, «сам по себе есть фикция». Основные нравственные и юридические понятия — суть виды практических фикций².

Фактическая действительность овеществлена, осязаема, видима, материальна. Стены изгороди — вот пример, который показывает всем, что какая-то часть вещного мира, недвижимости находится в обладании каких-то субъектов права. Можно представить себе такую гипотетическую ситуацию, как одномоментная отмена всех законов. Но и при таком мыслимом исчезновении правового пространства пространство реальной действительности со всеми стенами и изгородями останется. Право собственности, акты регистрации недвижимости реальны, но это особая правовая реальность. Представим себе современный коттедж где-нибудь в окрестностях Санкт-Петербурга. Перед взглядом обывателя предстанет достаточно дорогое строение, которое может быть оценено, к примеру, в миллион долларов. Но это же строение юрист увидит совершенно иным, если он знает, что дом возведен самовольно или есть проблемы с его регистрацией. Тогда цена этого строения, его ликвидность резко снижаются. Юристы в отличие от обывателей воспринимают две разные реальности — обычный реальный мир и правовую реальность. Изучающие право студенты постигают правовую реальность с помощью, образно говоря, особых юридических очков, через которые реальный мир видится в ином качестве.

Э. де Сото пишет, что частью правового пространства является понятие права собственности. Именно зарегистрированное право собственности представляет собой ценность (капитал), возникающую благодаря ее отражению в записях о праве собственности, в тексте договоров о залоге и в прочих подобных юридических бумагах, фиксирующих экономически наиболее полезные характе-

¹ См.: Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 21.

² Там же.

ристики отношений активов в противоположность зримым качествам самих вещей¹. В то время как человек переключает свое внимание на право собственности, на наличие государственной регистрации, а не на сам дом, он сразу же переходит в иное концептуальное пространство, в котором «живут» субъекты и объекты прав и другие явления. Это и есть правовое концептуальное пространство.

В том, что право собственности — это явление правовой реальности, легко убедиться, если вспомнить, как недвижимость (дом) переходит из рук в руки. Глядя на дом, нельзя определить, кто является его собственником. В материальном мире после смены собственника ничего не меняется. Дом остается таким же, даже если его сдали в аренду или передали в залог. Право собственности на дом — это не сам дом, а часть правовой концепции. Стоимость большей части объектов недвижимости, если они одновременно «отображены» в правовом концептуальном пространстве, самым неожиданным образом увеличивается. Миф о царе Мидасе, который превращал в золото все, к чему прикасался, — это отличный образ идеальной правовой системы, где налажены регистрационные механизмы. Дом может использоваться и для проживания, и как обеспечение при получении кредита, и как источник инвестиционных средств — и все это увеличивает его стоимость. Гениальную мысль высказал Аристотель: возможность что-либо делать с вещами бесконечно возрастает, когда наше мышление концентрируется на их скрытых возможностях!

В правовом концептуальном пространстве обитают образы и символы реальных вещей и субъектов. В конце XX в. появилось еще одно пространство — пространство виртуальной реальности², а значит, праву брошен новый вызов, пожалуй, самый серьезный за всю его историю. Несомненно, виртуальное пространство и новые технические возможности передачи информации создают ситуацию, близкую к глубокому кризису права. Например, где-нибудь на сайте в Англии появилась информация, очерняющая доброе имя человека. Как быть в этой ситуации, если право традиционно привязано к территории государства, а межгосударственное регулирование не в состоянии пока защитить достоинства человека? Или виртуальное пространство — это реализация вековой мечты

¹ См.: *Сото Э. де*. Загадка капитала. М., 2001. С. 56.

² См.: *Антонова О. А., Соловьев С. В.* Теория и практика виртуальной реальности: (логико-философский анализ). СПб., 2008.

человечества об абсолютной свободе? Значит ли это, что можно пропагандировать терроризм в виртуальном пространстве? С помощью Интернета можно вести расчеты, не признающие границ, национальных правовых пространств. Возникает общемировое виртуальное пространство, в котором с помощью компьютеров, юридических инструментов — деривативов, векселей, рискованных активов появляются экономические призраки, легко проникающие сквозь границы и радующие своих владельцев временными спекулятивными доходами. Но в результате происходят мировые экономические кризисы. И это серьезнейший вызов современному праву.

Даже такая, казалось бы, простая проблема, как пластиковые карты для расчетов, порождает у судов сложнейшие правоприменительные проблемы. В очередной раз реальная действительность «обгоняет» вечно отстающее право.

Правовое концептуальное пространство постоянно развивается. В Новое время наиболее сильной являлась, пожалуй, немецкая правовая наука, которая в XIX в. в основном представлена исторической школой права, основанной фон Савиньи. В традициях этого направления юриспруденции была автономизация правового концептуального пространства, ограждение его от прочих научных дисциплин. Это типично концептуальная юриспруденция, по выражению Р. Иеринга, «юриспруденция понятий». Юристы создали автономный, замкнутый мир правовых понятий и считали, что право может быть свободно от субъективных суждений правоприменителя, поскольку правовое концептуальное пространство позволяет решить правовую проблему во всех мыслимых случаях посредством применения объективных методов (например, аналогия закона или права) в рамках замкнутой логической системы юридических норм.

Вот тут-то и выявилась практическая значимость этих, казалось бы, предельно абстрактных онтологических категорий. Категории правовой онтологии, оказывается, обладают огромным методологическим потенциалом. Более того, от них зависит тип юридического мировоззрения.

Концептуализм в праве — это, по сути, часть юридического мировоззрения, теоретическая система, которая базируется на юридических символах — понятиях, конструкциях, фикциях. Право — это прежде всего правовые понятия, и самые важные из них — объект права (вещь), субъект права, правоотношения, вина, воля, источник права, ответственность и т. д. Все они априорны по сво-

ей природе, первичны, это не результат, а инструмент науки. Вещи — это уникальный элемент правового концепта. Именно они представляют собой объекты-гибриды, в которых соединяется природное, социальное и идеальное бытие. Правовые понятия представляют собой не случайно обобщенную совокупность правовых явлений, а объективно необходимые категории юридического мышления, которые мифологизируют реальную действительность, поскольку оперируют априорными понятиями, и которые носят оценочный характер, поскольку направлены на упорядочение отношений между людьми посредством разделения юридически существенного и юридически безразличного. Юридический концепт появился, когда римские юристы создали понятие субъекта права — *persona*, который является юридическим символом, не реальным, биологическим человеком, а правовым существом.

Как человек, оказавшийся в греческом или римском театре, в котором артисты носили специальные маски, переносился в особый мир, так и юристы для пространства правовой реальности ввели знаково-символическое понятие субъекта права. Оказывается, физическое лицо — это не человек, а правовая маска человека. Со времен классического римского права утверждение: субъектом права является только живой человек — становится ошибочным как связанное с узкореалистическим пониманием права, его концепта, в котором и еще не родившийся человек, и человек умерший могут быть признаны «субъектами права». То есть для римских юристов *persona* — это был не человек, которого можно было потрогать руками, для них была несущественна телесная сущность человека, они признавали разницу между физическим и юридическим рождением человека.

Чрезвычайно занимательно юридическое понятие «интерпретация». Вообще-то английское слово *interpret* означает перевод с одного языка на другой.

Есть у этого понятия и другой смысл, который ему придан в правовом пространстве, — это поиск иного, юридического смысла слова. Римская формула *interpretare et concordare leges legibus, est optimus interpretandi modus* (толковать таким образом, чтобы гармонизировать одну норму права с другой, — это лучший способ толкования) свидетельствует о том, что уже в то время *interpretare* означало не только перевод слова с одного языка на другой. Весьма поучительна история с переводом известными русскими цивилистами И. Б. Новицким и Г. Ф. Шершеневичем термина *persona*.

В известном учебнике римского права И. Б. Новицкого латинское слово *persona* переведено как лицо. То есть для него *persona* — это человек, пусть и не каждый, раб — это человек, но не *persona*, не лицо. Он недвусмысленно пишет, что лица — это люди. И Г. Ф. Шершеневич в первом издании своего учебника, следуя традиции, перевел *persona* как лицо. Но в более позднем издании «Учебника русского гражданского права» он вдруг неожиданно переводит *persona* как маска, взяв тем самым на вооружение это понятие не как антропологическое, биологическое, а как сугубо юридическое¹.

Казалось бы, какое значение для онтологии права имеет перевод латинского термина *persona* — лицо или маска. Оказывается, имеет, причем значительное. Е. Спекторский разъясняет, почему Г. Ф. Шершеневич уточнил свое понимание термина *persona*: «Даже понятие физического лица является чем-то надэмпирическим, особым метафизическим придатком к реальному человеку. Это понятие является как бы метафизической маской, личиной, надеваемой на людей юриспруденцией, — подобно той маске с очень широким ртом этрусского происхождения, которую носили римские актеры и которая называлась *persona*»². Вот откуда — из атрибутов театральной жизни — заимствовано важнейшее юридическое понятие *persona*! И не случайно, что Шершеневич в своем «Учебнике русского гражданского права» использует вместо понятия «лицо» слово «маска». По всей видимости, он был знаком с работой *Vorcellini*³.

Д. В. Пятков обратил внимание на то, что и один из учеников П. И. Новгородцева — Е. Н. Трубецкой различал понятия *persona* (субъект права) и «человек» как биологическое существо: «Раз закон признает, охраняет право зародыша, последний тем самым признается за субъекта права. Но если так, то, стало быть, субъектом права может быть лицо, еще не родившееся...»

«Известный воздухоплаватель Андрэ, отправившийся открывать Северный полюс, быть может, давно покоился на дне Ледовитого океана, когда право еще продолжало признавать субъекта прав Андрэ, признавало его брачные, имущественные и другие права, доколе не истек установленный французским законом срок безвестного отсутствия. Стало быть, таким образом, субъект права

¹ См.: Пятков Д. В. Физическое лицо человека // Цивилист. 2012. № 1. С. 33.

² Спекторский Е. Юриспруденция и философия // Юридический вестник. М., 1913. Кн. 2. С. 72—73.

³ См.: *Vorcellini*. Totius latinitatis lexicon. III. 1833. P. 365.

и лицо живое, физически существующее, не совпадают между собой», — писал Трубецкой.

В отличие от современной цивилистической литературы, судя по которой вопрос о лице потерял дискуссионный характер, в до-революционной литературе по философии права и по гражданскому праву существовали разные точки зрения на понятие «лицо», которые, с моей точки зрения, отражали разные методологические подходы к пониманию правовой реальности. Трубецкой очень емко показал суть цивилистической проблемы и ее онтологическую «подкладку». Он писал: «В большинстве юридических энциклопедий отдел о субъекте права начинается с положения, что субъектом прав является человек, физическое лицо. Положение, что люди являются субъектами прав, само собой очевидно и не нуждается в разъяснении. Но рядом с этим значительная часть юристов полагают, что субъектами права могут быть только живые, действительные люди. Положение это служит в наше время предметом спора, имеющего первостепенное значение. Утверждение, что субъектом права может быть только живой человек, тесно связано с узкореалистическим пониманием права»¹.

Узкореалистический подход к праву — это не только отрицание правовой реальности за субъектами права, не совпадающими с биологическими человеческими существами, но и негативное отношение к другим элементам юридического концепта, в частности к воле государства. Воля государств в юриспруденции как понятие предполагает совсем не то, что обычно понимается под волей в философии или психологии.

В этом, собственно, кроется суть онтологической ошибки, допускаемой учеными, которые считают это юридическое понятие метафизическим вздором. Юридические понятия не совпадают с аналогичными понятиями в других интеллектуальных концептах. Видимо, в праве выработаны защитные механизмы от угроз методологического синкретизма, а поэтому каждый элемент сложной конструкции, именуемой юридическим концептом действительности, необходимо оберегать.

Д. В. Пятков обратил внимание, что Г. Ф. Шершеневич незадолго до своей кончины — в 1912 г. изменил свой взгляд на понятие «субъект права», прибегнув к конструктивной критике известной теории фикции, обнаружив принципиальное сходство между

¹ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

физическими и юридическими лицами: «Основная ошибка теории фикции заключается в том, что она предположила, будто человек становится субъектом права в силу своей человеческой природы; субъект права, потому что человек, или — человек, а следовательно, субъект права... В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты — это те центры, около которых волей закона объединяются юридические отношения, образуя обособленные комплексы. Здесь мы обнаруживаем основную ошибку теории германистов, которые во что бы то ни стало искали в субъекте реальность, тогда как субъект права есть только юридическое представление, все равно, идет ли речь о юридическом или физическом лице»¹.

До Е. Н. Трубецкого и Г. Ф. Шершеневича в середине XIX в. сходные взгляды на субъект права высказал немецкий ученый О. Гирке, утверждавший, что «лицо» — это исключительно правовое понятие, которое получается при помощи совершаемой правосознанием абстракции, путем выделения одной части действительности. Поэтому юридический субъект невидим и неосязаем. Такой же точки зрения придерживался Г. Кельзен, который утверждал, что лицо, как оно понимается юристами, есть понятие не фактическое, а чисто нормативное². Всякое лицо, по его мнению, как субъект права есть нечто совершенно искусственное, созданное особой юридической конструкцией. Поэтому нельзя отождествлять человека с правовым субъектом. Понятие «человек» не совпадает с понятием «личность» в юридическом смысле слова, психологическая воля человека не имеет ничего общего с его юридической волей. Человек становится лицом, когда при помощи юридической конструкции он превращается в особый «центр вменения», лежащий по ту сторону фактических отношений. Подобным центром вменения правовой концепт может считать не только человека. Существует тождество внутренней природы государства как юридического лица с внутренним существом любого иного субъекта права — будь то человек, корпорация, общество, учреждение. По мнению Г. Кельзена, есть полное сходство между юридической волей государства и волей других лиц в юридическом смысле этого слова, поскольку волей этой является способность к юридическому вменению³.

¹ Пятков Д. В. Указ. соч. С. 36.

² См.: Алексеев Н. Н. Указ. соч. С. 78.

³ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 40.

Юридический концепт действительности постепенно приобрел качества системности, логичности, стал в XIX в. завершенной системой взглядов, проникнутых единым замыслом. Это проявляется во взаимосвязи понятий: закон — лицо — юридическая воля — правоотношения — юридическая ответственность — юридическая причинно-следственная связь и т. д.

Именно взаимосвязь элементов, образующих юридический концепт, может служить доказательством онтологического существования этой системы юридических идей. Такой элемент этой системы, как воля законодателя, имеет важную, пожалуй, даже в некоторой степени системообразующую роль. Во взаимосвязи с ним находится важный для юридического концепта принцип правовой определенности (ясности, непротиворечивости) права¹.

В юридическом концепте воля законодателя (воля государства) оказывается вне пространства реальной действительности, в котором обитают реальные люди — депутаты, наделенные индивидуальной волей. Такой подход отвергается концептуально. Воля государства — это юридическая воля, а поэтому при выяснении ее содержания индивидуальная воля депутатов имеет не очень большое значение. Отсюда явно второстепенное значение, которое сейчас имеет так называемый исторический способ толкования юридических норм.

Восприятие воли государства (воли закона) как юридической воли не является абсолютно субъективным изобретением юридического ума. Скорее наоборот, юридический разум отозвался на объективную потребность. Поскольку общественные отношения в реальной действительности находятся в постоянном развитии, юридические нормы постоянно устаревают. Объективно необходим такой юридический механизм, который позволил бы законодателю делегировать полномочия по осовремениванию закона от законодателя судам. Законодатель сознательно включает в законы общие юридические нормы (нормы-принципы), а суды под видом толкования развивают правовую систему (эстетика энергии в концепции П. Шлага — см. гл. 2 настоящей книги). Для правового регулирования принципиально важно, чтобы юридическая норма

¹ В постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 16 марта 1998 г. подчеркивается значение формальной определенности правовой нормы, которая в ряде случаев может быть достигнута только путем выражения в законе воли законодателя, а не субъективности усмотрения того или иного правоприменительного органа // Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1997—1998. М., 2000. С. 224.

была ясной и понятной, без этого немыслима единообразная судебная практика. Но если исходить из узкореалистического понимания понятия «воля законодателя», то усилия судей будут сориентированы на уяснение внутренней индивидуальной воли парламентариев, участников коллективного волеизъявления¹. Нет нужды доказывать, что это весьма затратное занятие, исключающее рациональное распоряжение ресурсом времени.

По сути, тут срабатывают соображения утилитаризма и рациональности — нет нужды тратить время на выявление воли каждого депутата. Собственно, объективно выявить ее просто невозможно. Даже если предположить невозможное — что все депутаты при принятии закона были объединены «одной, но пламенной страстью», то и в таком случае не будет совпадения между понятиями «воля законодателя» и «юридическая воля». Первая изучается социологией, социальной психологией, вторая — юриспруденцией. Возникла объективная необходимость отказаться от узкореалистического понимания воли законодателя и заменить его на юридическое понятие юридической воли государства. Последнее совершенно иначе ориентирует познавательную активность судов в процессе толкования юридических норм. Развивающийся юридический концепт отказывается от представления о том, что истинное право — это только то, которое создается законодателем (позитивный закон). Прежде, до XIX в., юридический концепт признавал, что право развивается, но без участия судей и креативных субъектов права. Если право менялось судом, то это явление рассматривалось как патология.

Современный образ юридического концепта дополнен образом креативного судьи, который творит право. Он настолько могуществен, что Р. Дворкин не случайно сравнивает его с Геркулесом. Судебная практика становится самостоятельной правовой силой, право становится продуктом судебской интерпретации.

Онтология права предлагает завершить бесконечный теоретический спор о сущности юридического лица. Юридическое лицо — это часть правовой реальности, и нет необходимости искать какой-либо материальный субстрат для него.

Поскольку юридическая жизнь человека — это не то же самое, что его физическая, психологическая жизнь, есть основания

¹ Г. Кельзен писал, что правопорядок — это и есть выражение воли государства, правопорядок «персонифицируется в качество государственной воли», т. е. государственная воля — это «лишь общая форма выражения образующих этот порядок правовых норм, т. е. речь идет о законах» (см.: Чистое учение о праве. С. 97).

предполагать, что она как особая реальность отлична от физической, психологической и иных реальностей. Непонимание этого основного для онтологии права постулата является причиной массы недоразумений в современной юриспруденции¹. Когда ученые связывают понятие физического лица только с живым, реальным человеком, они забывают о *nasciturus*, т. е. о еще не родившихся человеческих существах, приобретающих права, находясь в утробе матери, и тем самым начинающих свою юридическую биографию. Когда современные цивилисты ведут бесконечные бесплодные споры о наличии некоего человеческого субстрата у юридических лиц — это та же методологическая ошибка, это тот же узкореалистический подход к праву. Когда составители современного Гражданского кодекса РФ отрицают, что государство с точки зрения онтологии права — это юридическое лицо, считают, что может существовать только двухчленная классификация субъектов гражданского права, то опять же это пренебрежение онтологией права.

Причина ошибки проста — ученые-юристы, стоящие на позициях узкореалистического восприятия права, неверно оценивают семантику слова «лицо», учитывая его обыденный, а не юридический смысл, придаваемый ему юридическим концептом, непременно ищут людей, наделенных сознанием. А между тем гибкость юридического концепта, как он был задуман гением юристов, состоит именно в том, что юридическим лицом может быть признано даже имущество, оставшееся после смерти человека².

В юридической реальности, как уже отмечалось, существуют искусственно созданные человеческим разумом (и в этом смысле фикционные, но не фиктивные) субъекты, объекты, правовые отношения, а также многочисленные презумпции.

Юридический концепт как теоретическая основа правопорядков, существовавших ранее и современных, исходит из фикции некоего «среднего» человека, наделенного свободой воли. Для правового воздействия (регулирования) в качестве объекта воздействия был избран тип не особо сознательного и не совершен-

¹ Подробнее об этом см. в гл. 3 настоящей книги.

² Виндшейд как разновидность юридических лиц рассматривал совокупность имущества, с которой правопорядок связывает те или другие права и обязанности, например, имущественная масса, которая принадлежит государству, выделяется в виде юридического лица (казны) (см.: *Тютюмов И. М.* Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 47).

но неразумного, а среднего человека. Не случайно в римском праве появился образ рачительного «доброго хозяина» как некий критерий поведения в сфере договорного права. А в современном праве действует принцип: незнание закона не освобождает от ответственности. Г. Кельзен писал: «Современные правовые порядки исходят из представления о среднестатистическом человеке и о среднестатистическом наборе внешних обстоятельств, при которых происходят каузально детерминированные действия людей. Если человек, соответствующий среднестатистическому типу, при среднестатистических обстоятельствах совершает — каузально детерминировано — запрещенный правовым порядком поступок, то согласно этому правовому порядку он ответственен за этот поступок и за его последствия»¹.

3. Для нас очень важна следующая идея: сам по себе юридический концепт действительности сложился объективно, это своего рода естественная закономерность. Поэтому он рассматривается нами не только как продукт развивающегося юридического разума, но и как естественно-правовая интуиция человечества. Объективно юриспруденции и юридическому миру следовало выделиться в самостоятельный анклав действительности, обособиться от пространства политики, экономики, религии, этики. Таково веление цели и замысла. В данном случае имеются в виду цели, которые были осознаны, порой интуитивно, человеческими сообществами. Это потребность социального мира в правовом порядке, в урегулировании юридических конфликтов максимально быстро и беспристрастно.

Человеческие сообщества, по сути, имели своеобразный рефлекс цели, объективно породивший замысел — создание юридического концепта действительности. Чтобы эта идея стала понятной, я воспользовался знаменитой статьей выдающегося русского физиолога, лауреата Нобелевской премии И. П. Павлова «Рефлекс цели»². Один из философских выводов, к которым он пришел: в естественном мире среди других рефлексов существует рефлекс цели, т. е. стремление к обладанию определенным желаемым предметом. Павлов не случайно предпочитал употреблять термин «рефлекс» вместо термина «инстинкт», подчеркивая тем самым идею детерминизма, составляющую суть первого. Человеческие сообщества постоянно преследуют всевозможные цели —

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 69.

² Павлов И. Рефлекс цели // Вестник Европы. 1916. № 4. С. 69—75.

высокие и низкие, важные и пустые, применяя все степени человеческой энергии. При этом, как отмечал Павлов, не существует постоянного соотношения между затрачиваемой энергией и важностью цели. Сплошь и рядом на современно эфемерные цели может быть затрачена огромная человеческая энергия. Вся жизнь человека есть осуществление одной цели — цели сохранения жизни, неустанная работа того, что Павлов называл общим инстинктом жизни, состоящим из массы рефлексов. Рефлекс цели имеет огромное жизненное значение, он есть основная форма жизненной энергии каждого человека. Жизнь только тогда красива и сильна, когда она постоянно стремится к достигаемой, но недостижимой цели¹. Вся жизнь, все ее улучшения, обозначаемые словом прогресс, вся ее культура делается рефлексом цели, только людьми, стремящимися к той или иной цели. Человеческие сообщества постоянно стремятся к тому, чтобы в них было больше справедливости. И эта цель тоже основана на рефлексе, детерминирующем постепенное появление системы объективно возникших юридических идей, называемых юридическим концептом действительности.

Созданный юристами разных стран и эпох, передаваемый по эстафете с помощью рецепции мир юридических универсальных конструкций — фикций, презумпций, — это общемировое достижение человечества. Право благодаря юридическому концепту обрело самостоятельность, при этом оно избавилось от методологического синкретизма. Юристам достаточно давно стало очевидно, что диффузия правового и этического пространства может нанести праву больше вреда, чем пользы, а это значит, что для него пагубны такие этические проявления, как излишняя доброта, сострадание, мягкость, патернализм, в общем — горячее горение сердца! Для юридического концепта важнее формальное равенство, объективность, беспристрастность.

¹ Далее в своей статье Павлов пишет о том, что важно уметь ставить перед собой сложные, иногда кажущиеся недостижимыми цели. Он считает, что высшим проявлением рефлекса цели являются англосаксы, которые на вопрос, какое главное условие достижения цели, отвечают неожиданным, невероятным для русского глаза и уха образом: существование препятствий. Причем в этом ответе совершенно игнорируется невозможность достижения цели. Когда отрицательные черты русского характера — леность, непредприимчивость, равнодушие ко всякой жизненной работе — навевают мрачное настроение, автор говорит себе: нет, это не коренные наши черты, это дрянной нанос, это проклятое наследие крепостного права.

Представим, что к судье на рассмотрение одновременно поступили два дела о взыскании невозвращенной суммы долга. В обоих случаях истцом выступает банк, предоставивший по договору займа некоторую сумму денег двум молодым людям.

Первый из них преследовал весьма благородную цель: он решил потратить деньги на приобретение всего необходимого для своей знакомой девушки — выпускницы детского дома.

Другой увлекся азартными играми и проигрался. Оба должника не вернули в срок взятые займы деньги.

Может ли судья, заботящийся не только о личной репутации, но и о репутации суда как беспристрастного справедливого медиатора, снисходительно отнестись к ситуации, в которой оказался первый молодой человек и взыскать сумму долга полностью со второго? Разумеется, нет, судья не может действовать исходя из своего эмоционально окрашенного отношения к ответчикам.

Формализм объективно, последовательно формирует основные признаки, свойства, характеристики, параметры, элементы юридического концепта действительности. Уже упомянутый коттедж в окрестностях Санкт-Петербурга может быть охарактеризован с помощью параметров, используемых в математическом пространстве. С помощью чисел можно отобразить высоту, ширину, длину дома, количество окон и дверей, площадь этажей и даже прочность стен. В экономическом пространстве этот же коттедж будет оцениваться как потребительская стоимость с помощью денег. В юридическом же концепте ценность дома зависит прежде всего от формальных параметров — есть ли регистрация в едином государственном реестре земельного участка и самого дома или нет.

Итак, для юридического концепта опасно горячее горение сердца. Но это вовсе не значит, что право совершенно бездушно и безразлично, т. е. формально. Недопустимо, на мой взгляд, только избыточное, горячее горение сердца, но не вообще его отсутствие. Это один из самых противоречивых моментов юридического концептуализма, проявляющийся на границе юридического и этического пространств. Необходимо искать разумную меру формализма и человеколюбия. Юридическая концепция не в состоянии предложить какой-то конкретный совет судье. Судья сам должен определить, каким должно быть соотношение частного интереса и общего блага, в какой мере он должен прислушиваться

к голосу сердца и совести, а в какой — к формально-правовым доводам¹.

В двух случаях роль человеческого фактора при конструировании акта правосудия возрастает: когда в законе обнаруживаются пробелы или противоречия и когда становится очевидным, что просто «наложение» с использованием силлогистического метода закона на возникшую ситуацию породит несправедливость. Эта проблема является главной в драме У. Шекспира «Венецианский купец», в которой автор обсуждает важнейшую всемирно-историческую правовую проблему, демонстрируя всю драматичность правового пространства. Гениальный драматург пытается показать, что бывают в мире права случаи, когда добродетель, мораль повелевает прервать «сеть общественных предрассудков, навязанных нам обществом в качестве кодекса нравственности и приличия, когда мы должны стараться сложить власть условных понятий, узкого конвенционализма, которая часто держит в рабстве нашу собственную мораль и сковывает наши нравственные убеждения»². Шекспир вкладывает в уста Кориолана следующую мысль:

Если бы нами во всем руководил обычай,
То прах времен лежал бы, истлевая.

По сути, это тот самый основной для современной онтологии права вопрос: как найти разумное сочетание пространства права с его формализмом и беспристрастностью и пространства этики с его идеей справедливости? История о Шейлоке, венецианском ростовщике, — это драма долгового права. Должник Шейлок в качестве залога предложил часть своей плоти, и когда он оказался

¹ Надеюсь, что буду правильно понят. Я не пытаюсь этим высказыванием возродить патриархальную модель правосудия, о которой можно составить представление по следующей удивительной цитате: «Преимущество самодержавной власти состоит прежде всего в том, что самодержавный властитель имеет возможность поступать по совести и в определенных случаях бывает даже вынужден пренебрегать законом и решать вопрос так же, как отец разбирает спор своих детей, ибо законы — это создание человеческого ума, и они не могли и не могут предусмотреть все намерения человеческого сердца». Удивительность этой цитаты состоит в том, что она взята из отчета III отделения Его Императорской Канцелярии за 1842 г.

И в современном конституционном праве соседствуют формальный принцип равенства перед судом и помилование, и амнистия. Потребности человека в правовой сфере очень противоречивы — он жаждет формального равенства перед судом, но не отказывается от милосердия, противоречащего формальному равенству.

² *Колер И.* Шекспир с точки зрения права (Шейлок и Гамлет). М., 2006. С. 39.

несостоятельным, Шейлок потребовал именно часть тела должника. Шекспир оказался не на стороне формального и беспристрастного права. По его мнению, требование кредитора, формально основанное на законе, не может признаваться защищаемым правом, поскольку оно неожиданно и в силу своей целевой направленности причинить зло другому превращается в неправо, в злоупотребление правом.

Р. Иеринг, который в труде «Борьба за право» анализирует драму Шейлока, писал, что Шекспир создал свою собственную юриспруденцию, которая опередила догматическую юриспруденцию на столетия, так как проблема злоупотребления своим правом — *law of nuisance* в английском праве, *шикана* — в немецком праве возникли позже. Шекспир поставил философско-правовую проблему всемирного значения: обладатель права может быть ограничен в осуществлении своих прав требованием разумного, соответствующего интересам общества использования принадлежащего ему имущества. По сути, Шекспир угадал, что в будущем произойдет публицизация частного права. Он же поставил один из сложнейших вопросов современной юриспруденции: где же грань, за которой первоначально допустимое осуществление принадлежащего человеку права превращается в неправо, а государство в связи с этим отказывается его защищать?¹

Что же представляет собой юридический концепт действительности с точки зрения онтологии права? Это одна из важных методологических категорий, это онтологическая структура. Обнаружить ее удалось в процессе экзистенциального анализа феномена толкования конституций (см. гл. 3 настоящей книги). В процессе разрешения юридических споров, связанных с коллизиями между равновеликими конституционными ценностями, т. е. между основными правами, вдруг выясняется, что юридический концепт, предназначенный для разрешения юридических споров, дает сбой, но тем не менее споры разрешаются, поскольку онтологическая структура конституционного права настолько богата, что позволяет преодолеть ограниченность возможностей юридического концепта. Онтология, разработанная М. Хайдеггером, помогла выявить как сильные стороны юридического концепта действительности, так и слабые и тем самым правильно выбрать цели в сфере весьма специфического, юридического познания.

¹ Проблема злоупотребления правом применительно к конституционному праву разрабатывается В. И. Круссом (см.: Злоупотребление правом. М., 2010).

В результате изучения онтологии права окрепло убеждение в том онтологическом факте, что в нормативном регулировании разных стран в разные эпохи используются одни и те же правовые конструкции, являющиеся объективно необходимыми для рационального разрешения юридических споров и в этом смысле естественными. Это позволяет предположить, что в онтологической структуре права можно выделить некий общепризнаваемый юридический концепт действительности как часть правовой реальности. Возможно, его имел в виду Ф. Энгельс, когда писал о «юридическом мировоззрении», которое он противопоставлял теологическому мировоззрению¹. М. Вебер подразумевал под ним «юридический рационализм»².

Юридический концепт действительности входит в «абстрактную» часть правоведения, которую составляет философия права и теория права. Кельзен обращал внимание на то, что правоведение как познание права (в смысле теории познания Канта), подобно всякому познанию, «имеет конститутивный характер и потому “создает” свой предмет постольку, поскольку понимает его как хаос чувственных восприятий, превращается в космос, т. е. в целостную систему природы лишь в результате упорядочивающего научного познания, точно так же и множество созданных правовыми органами общих и индивидуальных правовых норм (т. е. материал, которым располагает правоведение) лишь в результате познания правоведением превращается в единую, непротиворечивую систему, в право — порядок. Но это “создание” носит часто теоретико-познавательный характер. Это совсем не то, что создание предметов человеческим трудом или создание права властной инстанцией»³.

Правовая реальность — это и право, и изучающая его юриспруденция. Реальность права — это реальность юридических актов, исходящих от нормотворческих, властных органов государства. Эту разницу очень четко показал Г. Кельзен: правоведение может только описывать право, но в отличие от права, созданного правовой властью в общих и индивидуальных нормах, правоведением не может ничего предписывать; сформулированные правоведением высказывания о должностовании (в терминологии автора — «правовые высказывания»; *Sollsätze*), описывающие право, никого ни к чему не обязывающие и не управомочивающие, «мо-

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 21. С. 496.

² См.: Валицкий А. Указ. соч. С. 36.

³ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 53.

гут быть истинными или ложными, в то время как установленные правовой властью нормы должностования (Sollnormen), обязывающие или управомочивающие правовых субъектов, не могут быть ни истинными, ни ложными, но лишь действительными или недействительными; точно так же, как бытийные факты не могут быть ни истинными, ни ложными; они либо есть, либо их нет, и лишь высказывания о фактах могут быть истинными или ложными»¹.

Это идеальная по своей сути онтологическая реальность.

Юридический концепт действительности пришел на смену религиозной системе регуляции общественных отношений. Ф. Энгельс писал о том, как юридическое мировоззрение стало классическим мировоззрением буржуазии. Место религиозной догмы, божественного права в юридическом концепте заняли права человека, а место церкви заняло государство. «Экономические и общественные отношения, которые ранее, будучи санкционированы церковью, считались созданием церкви и догмы, представлялись теперь основанными на праве и созданными государством», — заметил Энгельс².

Г. Кельзен сформулировал ряд важных философско-правовых идей, которые могут быть использованы для формулирования сути юридического концепта действительности. Во-первых, это его идея о порядке как части социального порядка. Речь идет о порядке человеческого поведения. Порядок — это система юридических норм, единство которых зиждется на том, что они имеют общее основание действительности, и это основная норма, из которой выводится действительность всех норм. Правовая власть предписывает определенное человеческое поведение только потому, что считает его (верно или ошибочно) ценным для правового сообщества людей. Право — это принудительный порядок, необходимый для обеспечения коллективной безопасности³. Чтобы применять принуждение, нужно, чтобы вопрос о том, имело ли место правонарушение, решался не непосредственно участниками конфликта, но специальным органом. В правовой действительности, так же как и в экономической, действует принцип разделения труда, поэтому появляется суд, который должен объективно решать вопрос о юридической ответственности, т. е. о принуждении.

¹ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 53.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 21. С. 496.

³ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 19.

При этом правовой концепт не преследует утопичные цели, он не исключает возможность применения насилия между людьми. Социальный мир, согласие также не рассматриваются как некая абсолютная моральная ценность, высшая для юридического концепта действительности. Поэтому в нем не ставится нереальная цель предотвратить то, что невозможно предотвратить: правопорядок не может предотвращать все возможные конфликты между людьми — этические, политические, религиозные и т. д. Реальность юридического концепта состоит в том, что он использует принцип редукции, отбирая те стороны человеческой жизни, те конфликты, которые право способно предотвращать. Редукция, о которой подробно будет сказано в гл. 4 настоящей книги, как свойство, признак сложившегося в праве концепта проявляется и в том, что правопорядок, предписывая лишь определенное поведение, затрагивающее других людей, исходит из того, что высшей ценностью является свобода человека. Она учитывается в виде юридического понятия естественных, неотчуждаемых прав человека. Правопорядок не может ограничить свободу человека в полном объеме — он не ограничивает свободу мыслить, мечтать, желать, свободу творчества. Юридический концепт действительности исходит из того, что и внешнее поведение человека может быть ограничено в большей или меньшей степени.

Логика исследования привела к гипотезе, согласно которой правовая реальность и реальность права — это самостоятельные категории онтологии права. Понятие «правовая реальность» гораздо шире, чем понятие «реальность права». О реальности права можно говорить, когда завершается позитивация права и появляются юридические акты. Но до этого в реальной жизни возникают конфликты, часть из которых небезразлична для права. Правовая реальность взаимосвязана с конфликтной стороной бытия. Исследование онтологии права оставляет ощущение того, что в праве присутствует постоянная двойственность, и это не только двойственность правовой реальности и реальности права. Эту двойственность ощущал Г. Кельзен, когда писал, что «право — или по крайней мере то, что принято называть этим словом, — одной из сторон своего существа принадлежит к царству природы», т. е. в «существовании права есть чисто “природная” сторона»¹.

В качестве одного из примеров того, что обычно воспринимается как событие из области права, он рассматривает этап законо-

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 4.

творческого процесса — принятие закона парламентом. В этом жизненном событии, которое Кельзен называет фактическим составом, он различает два элемента: первый из них — это происходящий в пространстве и времени, чувственно воспринимаемый акт (или ряд таких актов), внешний ход человеческого поведения; второй элемент — это его правовое значение, т. е. значение, которое этот акт имеет в силу права, добавим, в силу того, что в обществе сложились юридические системные представления в виде юридического концепта. В зале парламента собрались депутаты, есть кворум, они выступают, обсуждая законопроект, затем голосуют, поднимая руки или с помощью электронных карточек. Таков внешний, наблюдаемый ход событий. Эти события происходят в реальной жизни. Но у них есть значение, состоящее в том, что депутаты принимают закон большинством голосов. Это особое, правовое значение наблюдаемого акта принятия закона, его нельзя воспринять непосредственно, наблюдая его внешнюю, фактическую сторону, в отличие от того, как мы воспринимаем фактические свойства предмета, например, его цвет, твердость, вес.

Разумно действующие депутаты парламента наделяют свой акт поднятия рук юридическим смыслом, находящим некоторое выражение и воспринимаемым другими людьми. Вот тут-то и появляется удивительное онтологическое явление двойственности. Оказывается, у этого фактического акта есть двойной смысл. Это, во-первых, субъективный смысл в виде того намерения, замысла, цели, которые имелись в виду голосующими депутатами; во-вторых, объективный смысл, который акт имеет в силу того, что в обществе сложились определенные концептуальные представления!

Юридический акт завершается тем, что он выражается в особой вербальной форме, и это позволяет ему самому сказать нечто о своем юридическом значении. В этом, как замечает Г. Кельзен, заключается своеобразие предмета юридического познания¹.

Акт человеческого поведения благодаря системе юридических взглядов может нести в себе юридическое самоистолкование, т. е. суждение о том, что он означает с точки зрения права. «Так, — заключает Кельзен, — направленное на право познание обнаруживает иногда в своем предмете правовое самоистолкование, предшествующее тому толкованию, которое должно явиться как итог правопознания»².

¹ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 5.

² Там же.

Заметим, одна из первичных онтологических единиц — юридический акт обладает свойством двойственности, у него есть субъективный смысл и объективное значение. Это обстоятельство важно не только для понимания сути толкования юридических актов — законов, конституции или договоров, но и для объяснения онтологического устройства мира права, в котором явление двойственности присутствует постоянно. В правовой реальности существуют естественные, неотчуждаемые права человека. Они существуют наряду с теми конституционными, основными правами, которые уже стали реальностью права благодаря их объективизации, конституционно-правовой институционализации. Известный русский философ права И. В. Михайловский стремился устранить дуализм в понимании права, признающий параллельное существование естественного и позитивного права¹. Думается, что дуализм естественного и позитивного права — это имманентно присущее юридическому концепту действительности свойство. Появившись в гуще жизни, естественные права сначала могут быть охарактеризованы как непоименованные в тексте конституций, т. е. официально не признанные до поры до времени. После их признания в силу определенного юридического акта (принятие конституции или решения высшего суда) они становятся частью объективной системы конституционно-правовых ценностей. Естественные права человека и область позитивного права — это та же двойственность, характерная для онтологии права! Неприятие этой идеи порождает скепсис и нигилизм в отношении естественных прав, недоверие в отношении того, существуют ли права человека². Р. Алекси точно подметил, что вопрос о существовании прав человека имеет последствия для теории конституционного права и, в частности, для конституционно-судебного контроля.

Если бы естественные права человека не существовали в правовой действительности, то конституционные (основные) права ограничивались бы тем, что зафиксировано в конституции. В таком случае они имели бы исключительно познавательный характер, а оригинализм и текстуализм были бы единственно возможными вариантами теории толкования конституции. Но если признаются

¹ См.: Михайловский И. В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 186, 205, 216, 217.

² См.: Алекси Р. Существование прав человека // Правоведение. 2011. № 4. С. 21. А. Макинтайр утверждает, что «не существует таких прав, а вера в них того же рода, как вера в ведьм и единорогов».

самостоятельное бытие естественных прав, правовая реальность наряду с реальностью конституционных прав, то последние всего лишь результат позитивации прав человека. А это — тот самый юридический акт, который всегда двойственен. И тогда, как верно подметил Р. Алекси, в теории толкования конституции необходимо развивать «сферу общей практической аргументации». На смену оригинализму и текстуализму придет рационализм в праве, основывающийся на правах человека¹.

Применительно к политике основные последствия вопроса о существовании прав касаются проблемы культурного релятивизма. Отрицание существования прав человека — это аргумент в пользу крайних форм культурного релятивизма. И наоборот, существование универсальных, общепринятых прав человека было бы сильным аргументом против крайних форм проявления культурного релятивизма, если права человека существуют, т. е. общие для всех стран основы права, поскольку понятие общих основ совместимо с допущением учета значительных национальных культурных страновых особенностей. Существование таких основ являлось бы опорой существования глобального правопорядка. Это одно из самых сложных противоречий современной правовой действительности.

Объективно существующей правовой реальностью являются национальные, страновые представления о конституционных принципах и правах человека, отражающие особенности культурного развития того или иного народа (тот самый культурный релятивизм, о котором пишет Р. Алекси). Имея в виду особенности исторической судьбы народа, можно утверждать, что конституция каждого государства кодифицирует важнейшие юридические нормы и одновременно «кодифицирует» сложившиеся социокультурные традиции, *mores* — и в этом смысле те правила, которые отражают связи с прошлым народа. (Я отдаю себе отчет в том, что термин «кодифицирует» во втором случае не совсем подходит.)

То, что мы называем устойчивым социокультурным типом, кодификацией связей с прошлым в Конституции РФ, не является специфическим российским феноменом. В Германии также сложилась «устойчивая национальная культура»², породившая дисгармонию с европейскими конституционными ценностями.

¹ См.: Алекси Р. Указ. соч. С. 22.

² См.: Люббе-Вольф Г. Международная защита прав человека и принцип субсидиарности: аргументы в пользу решения — «коридора» в случае конфликта прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2. С. 70.

В сентябре 2011 г. возник очередной конфликт между Федеральным Конституционным Судом Германии и Европейским Судом по правам человека, который признал пострадавшими отцов, лишенных немецкими судами права общаться со своими внебрачными детьми. Немецкие суды в вопросах отцовства жестко стоят на стороне семьи, т. е. закон, следуя социокультурной традиции, защищает прежде всего семью, даже если ребенок рожден не от официальных отцов. Напротив, Европейский Суд по правам человека посчитал, что Федеральный Конституционный Суд Германии нарушил конституционные права биологических отцов, их право на уважение к частной жизни, которое закреплено в Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод. Интересно, что ранее эти два суда вступили между собой в жесткую бескомпромиссную полемику по вопросу: какие конституционные ценности «важнее» — неприкосновенность частной жизни или свобода прессы?¹

Так как конституционно-правовое концептуальное пространство едино, необходимо строить отношения между национальными конституционными судами и Европейским Судом по правам человека исключительно на взаимном компромиссе. Философия отношений национальных и наднациональных судов должна основываться на следующей идее: нет абсолютной конституционно-правовой ценности (или истины). Именно поэтому единственно возможной правовой формой взаимоотношений этих судов является их диалог². Национальные и европейские конституционно-правовые ценности, исходя из предлагаемого нового пространственно-временного мышления, должны взаимовлиять, взаимодополнять друг друга, «мирно» сосуществовать в едином конституционно-правовом концептуальном пространстве.

Онтологическая проблематика актуализирует методологические мировоззренческие проблемы, представляющие собой самое значительное противоречие, самые ноющие нервы правового пространства. Первая из них — это спор о том, в какой мере следует признать наличие «мирового права», «общих основ права» (Р. Алекси), т. е. идею глобализации правопорядка, которая вступает в противоречие с идеей культурного релятивизма.

¹ Решения Европейского Суда по правам человека. Application № 59320/00 «Von Hannover v. Germany». Judgment of June. 2005.

² См.: *Коста Ж.-П.* Роль национальных властей, в частности судебных, и будущее охраны прав человека в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 1. С. 121.

Вторая состоит в том, что необходимо продолжить развитие, совершенствование юридического концепта действительности. Сейчас актуальна дискуссия на тему: как юриспруденция, не утрачивая свою юридическую идентичность, должна воспринимать новые идеи из сопредельных интеллектуальных пространств — из этики, философии, социологии, экономики. Вот почему у нас есть уверенность в том, что такие научные направления, как юридическая социология и конституционная экономика, пока пребывающие в состоянии «надежды на науку», в скором времени займут о себе.

Для будущего юридического концепта действительности принципиально важен вопрос о роли социологии в праве. Не случайно возникла острейшая дискуссия между Г. Кельзеном и О. Эрлихом¹. Социология права необходима, но именно как часть социологической науки. Методологически социология права не имеет ничего общего с юриспруденцией. Поэтому точка зрения Эрлиха, который считал, что юриспруденция должна быть социологией права, представляется неперспективной. Думается, что методологически более убедительна позиция Кельзена, который считал, что предметом социологии права как науки, познавательной деятельности является не право как таковое, но некоторые явления, сопутствующие ему в обществе.

Социология права соотносит изучаемые ею факты реального бытия не с действительными юридическими нормами, а с другими бытийными фактами (как причинами и следствиями). Она исследует причины, например, которые побуждают законодателя издать именно эти юридические нормы, а не другие, столь же возможные и, может быть, более эффективные². Социология права выясняет, как экономические или идеологические факторы влияют на выбор одного из возможных решений законодателя или судей и каковы мотивы, побуждающие людей согласовывать свое поведение с юридическими нормами. Тут социология права взаимодействует с юридической психологией.

Таким образом, как точно подметил Кельзен, предмет этого социологического познания составляет не право как таковое, но некоторые явления, с которыми право соприкасается в природе³. Точно так же физиолог, исследующий химические или физиче-

¹ См.: Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011.

² См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 72.

³ Там же.

ские процессы, обуславливающие или сопровождающие определенные чувства, не объясняет сами эти чувства, которые, будучи явлением психологическим, не могут быть поняты ни с точки зрения химии, ни с точки зрения физиологии. Юриспруденция изучает правовые нормы, не факты бытия, т. е. не направленное на правовые нормы воление или представление о них, но правовые нормы как смысловые единства, объект воли или представления. Соответственно предметные сферы онтологии права должны быть четко отграничены от иных доктринальных представлений. Кельзен писал: «Чистая теория права занимается физическими составными лишь в той мере, в какой они представляют собой содержание правовых норм, т. е. определены правовыми нормами. Ее предмет — специфическая, подчиняющаяся собственным законам область смысла»¹.

Я уже обращал внимание на то, что в юридическом концепте происходит спецификация, юридизация понятий, появившихся раньше как философские, экономические и т. д.

Юридический концепт действительности отличается от естественно-научного, философского или религиозного, поэтому принципиально важно уяснить, что понятия «причина» и «следствие» в юриспруденции имеют совершенно иной смысл, нежели в естественных науках. На это обратил внимание Кельзен, и данное его наблюдение является одной из самых убедительных сторон его чистой теории права. Определяя право как норму (точнее, как систему норм, юридический порядок) и ограничивая задачи (предмет) юриспруденции познанием и описанием правовых норм и установленных ими отношений между определенными фактами, Кельзен противопоставил право природе, а правоведение как нормативную науку — всем тем наукам, которые направлены на познание причинно-следственных связей. Общество, нормативный порядок общения — это предмет изучения наук, отличных от естествознания. Кельзен заметил: если проанализировать акты человеческого поведения, то станет ясно, что мы связываем их между собой, а также с другими фактами, основываясь не только на естественно-научном принципе причинности, но и на другом, совершенно отличном от него принципе. При описании нормативного порядка человеческого поведения, по мнению Кельзена, применяется принцип вменения². Поскольку правовое высказывание

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 73.

² Там же. С. 55. На мой взгляд, это понятие Кельзен заимствовал у Канта, на что обращается внимание в гл. 1 настоящей книги.

(под которым им понимались различные юридические акты), как и естественно-научный закон, констатирует наличие функциональной связи, его по аналогии можно назвать юридическим законом. Такой «юридический закон» выражает посредством глагола «должен» лишь специфический смысл, в котором условие и следствие, особенно противоправное деяние и его последствие, связаны между собой в правовой норме. Эта связь, описываемая юридическим законом, все же отличается от выражаемой законом природы причинно-следственной связи, хотя и аналогична ей.

Принцип причинности и принцип вменения выражаются в форме гипотетического суждения, в котором определенное условие связывается с определенным следствием, но смысл связи в этих двух случаях различен, что и доказывает юридическую специфичность причинной связи в юриспруденции. Принцип причинности в упрощенном виде значит следующее: если есть А, то есть (или будет) и Б. Принцип же вменения имеет такой смысл: если есть А, то должно быть Б. В принципе вменения награды — заслуге, наказания — преступлению, епитимьи — греху проявляется специфическая, отличная от каузальной, функциональная связь, и эта связь играет чрезвычайно важную роль в юридическом мышлении¹.

Каузальная связь, которую описывает социология права, являющаяся дескриптивной наукой, существует на двух уровнях: между некоторыми экономическими или политическими факторами и создающими право юридическими актами (правовыми высказываниями), с одной стороны, и между этими актами и человеческим поведением, на достижение которого они направлены, с другой стороны. На втором уровне каузальная связь существует, только если такое поведение на самом деле мотивировано представлением о намерении соответствующего акта, что бывает не всегда. Иногда человек возвращает долг не из-за страха перед юридическим наказанием, а благодаря своей порядочности.

Различие между принципом причинности и принципом вменения является одним из самых убедительных, на мой взгляд, доказательств того, что стройная система юридических представлений, названная юридическим концептом действительности, — это сердцевина методологически самостоятельной науки, изучающей правовую реальность как некое смысловое целое, как самостоятельный анклав жизни.

¹ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 73.

Кельзену принадлежит прекрасное высказывание: «Наука как познание отличается имманентным стремлением обнажить свой предмет»¹. Методологические проблемы, которые обнаруживаются при изучении онтологии права, позволят юристам обрести ориентиры, столь необходимые сейчас, когда усложняется правовая реальность и происходит дифференциация общественных наук. Онтология права вносит свой весомый вклад в обоснование социальной ценности юриспруденции как древней и вечно юной, самостоятельной, но постоянно ориентирующейся на достижения философии, экономики, социологии науки.

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 76.

Глава 1

ФИЛОСОФСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРАКТИЧЕСКОЙ ОНТОЛОГИИ ПРАВА

Государство и его юриспруденция... способны только преподавать право как факт, но не обосновать его. Это задача философская. Философы, со своей стороны, развертывая основания права, не в первую очередь обслуживают юридическую профессию. Они строят онтологию права как этику в широком смысле, включающем иногда также этологию.

В. В. Бибихин
«Введение в философию права»

Вопросы права утрачивают свое самодовлеющее значение и делаются лишь частными отголосками больших философских вопросов. И чем больше углубляется исследование юридических проблем, тем яснее обнаруживается, что сплошь и рядом в основе вызываемых ими споров и разногласий лежит не что иное, как именно глубокое расхождение в философской подпочве этих проблем, в самих этических предпосылках для их разрешения. А видимые течения в юриспруденции оказываются лишь продолжением других, невидимых течений, скрывающихся глубоко в этических убеждениях или предрасположениях.

И. А. Покровский
«Основные проблемы гражданского права»

1. Старая «юриспруденция понятий» возникла еще у римлян и получила блестящее продолжение в трудах представителей немецкой исторической школы права. Ее основой были правильно составленные юридические понятия и их последующая классификация. Но уже во второй половине XIX в. юристам стало ясно, что занятия догматической юриспруденцией, изучение правил правопримене-

ния и толкования законов полезны на этапе начального изучения права, но недостаточны при разрешении сложных юридических дел. В конце XIX в. появилась «юриспруденция социальных отношений», или социологическое направление в праве. Она стремилась сблизить право и жизнь и жизнь и право. Одним из первых русских правоведов, начавших заниматься «правом в жизни», был С. Муромцев¹. Пришло осознание: правильное применение норм закона — это чисто ремесленная сторона юриспруденции, последняя должна вступить на более широкий путь познания социальной жизни и участия в ее совершенствовании. И вот тогда возникла необходимость, применяя философские подходы, подняться на новую высоту.

Конец XIX — начало XX в. — это время расцвета философско-правовых исследований в области юриспруденции. Одной из самых интересных работ того времени, посвященных соотношению юриспруденции и философии в русской литературе, была статья Е. Спекторского, который пожелал, чтобы юристы обратили самое серьезное внимание на философию².

Особенно много понятных и близких им проблем и приемов исследования юристы могут обнаружить в области метафизики. Можно вспомнить определение метафизики Аристотеля: учение о бытии, сущем³. Аристотелю не было равных по силе пронизательности и по способности создавать понятия, которые покрывали всю действительность. Ему принадлежит первенство в формировании первичных онтологических понятий «бытие», «сущее», «возможность» и «действительность». Аристотель писал, что большинство первых философов считало элементом и началом всего только материальные начала, а именно то, из чего состоят все вещи, из чего как первого они возникают и во что как в последнее они, погибая, превращаются, причем сущность хотя и остается, но изменяется в своих проявлениях. И потому они полагали, что ничто не возникает и не исчезает, ибо естество (*per se*) всегда сохраняется. Аристотель считал, что бытие само по себе (*per se*) приписывается всему тому, что обозначается через формы категориального высказывания, ибо сколькими способами делаются эти высказывания — в стольких же смыслах обозначается бытие⁴.

¹ См.: Муромцев С. Очерки общей теории гражданского права. Часть первая. М., 1877.

² См.: Спекторский Е. Юриспруденция и философия.

³ См.: Аристотель. Метафизика / пер. с греч. П. Д. Перлова и В. В. Розанова. М., 2000. С. 118.

⁴ Мераб Мамардашвили обратил внимание на метафизические невозможности языка. «Эти невозможности существуют и в реальности, и при встрече с ними, —

А так как одни высказывания обозначают суть вещи, другие — качество, иные — количество, иные — отношение, иные — действие или претерпевание, иные — «где», иные — «когда», то сообразно с каждым из них те же значения имеет и бытие.

Бытие и сущее означают... что одно есть в возможности, другое — в действительности. Аристотель пояснил эту мысль следующим образом: мы говорим «это есть видящее и про видящее в возможности, и про видящее в действительности»¹.

Это высказывание может быть отнесено к характеристике правовой реальности, в которой бытием является и возможное правомерное поведение, описанное в нормах объективного права, и субъективное право, возникающее на основе норм объективного права, и реализация тех возможностей, которые составляют содержание субъективного права. Метафизике, которую нередко отождествляют с философией, близко понятие онтологии². Этот термин ввел Андроник Родосский — систематизатор произведений Аристотеля. Он назвал метафизикой группу трактатов Аристотеля о «бытии самом по себе». Аристотель построил классификацию наук, в которой первое по значению и ценности место занимает наука о бытии как таковом, о первых началах и причинах всего сущего, «первая философия». В отличие от «второй философии», т. е. «физики», «первая философия» рассматривает бытие независимо от конкретного соединения материи и формы, от движения оформленной материи. Метафизика, согласно Аристотелю, является самой ценной из наук. Она существует не как средство, а как цель человеческой жизни и источник высшего наслаждения. Метафизика не упоминается у Платона, но фактически присутствует в его идеях как специальный метод. Не классицизируя, подобно Аристотелю, «мудрости» на различные науки, Платон в ряде диалогов дает описания высшего типа знания, восходящего от эмпирической реальности к бестелесным сущностям по иерархической «лестнице» понятий³.

Сейчас общепризнано, что бытие представляет собой единство прошедшего, настоящего и будущего. Эта мысль берет начало в «Исповеди» Августина. Он писал: если бы ничего не приходило,

писал М. Мамардашвили, — философ обычно добавляет другие странные слова. Латиняне употребляли, например, слово *per se* — “как таковой”. Этот оттенок трудно уловить. Но когда они хотели высказать какую-то трудноуловимую мысль относительно реальности, то добавляли “*per se*”» (*Мамардашвили М. К. Эстетика мышления*. М., 2000).

¹ Аристотель. Метафизика: в 4 т. М., 1975. Т. 1. С. 71—75.

² См.: Новая философская энциклопедия: в 4 т. М., 2010. Т. 2. С. 541.

³ Там же.

то не было бы прошедшего, а если бы ничего не проходило, то не было бы будущего, а если бы ничего не было действительно существующего, то не было бы и настоящего времени. В чем же состоит сущность первых двух времен, т. е. прошедшего и будущего, когда и прошедшего уже нет, и будущего еще нет? Что же касается до настоящего, то, если бы оно всегда оставалось настоящим и никогда не переходило из будущего в прошедшее, оно не было бы временем, а вечностью¹.

Бытие как таковое представляет для теории познания проблему, почти никогда не разрешимую. Но для метафизики бытие вообще и бытие ее специальных объектов, как бы они ни были невероятны, сомнений не вызывают, поскольку для нее, как выразился Д. Скот, понятие бытия есть первое ясно познаваемое понятие.

Е. Спекторский отмечал: так как бытие как таковое неизбежно предполагает веру в него, методология метафизики — это методология веры в отличие от методологии науки, т. е. методологии опыта и доказательств. Объекты метафизики, т. е. буквально учения о сверхъестественном, находящемся за пределами того, что можно обнаружить в реальном мире, мире вещей, выходят за пределы естественного в смысле как фактичности, реальности, так и доказательности. Они не могут быть ни доказаны, ни показаны, по крайней мере такими путями, которые могут быть проверены всяким сомневающимся.

Таким образом, писал Е. Спекторский, взятый с субъективной стороны мир метафизики — это мир веры, взятый с объективной стороны — это мир бытия предметов, выходящих за пределы научного опыта. Вполне ли чужд этому миру мир юриспруденции? Юристы, любящие щеголять своим реализмом, конечно, решительно отвергают как метафизику вообще, так и метафизику юриспруденции в частности. Но при этом они упускают из виду, что есть два реализма — реализм эмпирической, опытной науки, ничего не признающей, кроме факта, и реализм метафизики, принимающей за конкретные факты предметы своей веры. Они упускают из виду, что они сами слишком часто приближаются к реализму второго типа. Они не замечают, что их реализм весьма часто напоминает «реализм» тех схоластических метафизиков Средневековья, которые в отличие от номиналистов признавали за универсалиями, за отвлеченными понятиями реальное, конкретное бытие, то, что по-немецки так хорошо передается словом *Dasein*.

¹ См.: *Августин*. Исповедь, XI, 14. Антология мировой философии: в 4 т. М., 1969. Т. 1. С. 582—588.

Мир права — это совсем особый мир, как бы надстраивающий юриспруденцию над эмпирической действительностью, причем она очень широко пользуется не только предпосылками нравственного жизнепонимания, которые при обязательном желании можно признать всецело метафизическими, но и целым рядом презумпций, конструкций и фикций, весьма далеких от эмпирической действительности¹.

Для понимания правовой реальности в контексте метафизики имеет значение обнаруженное М. К. Мамардашвили различение реальности и кажимости.

Когда Мамардашвили говорил о кажимости и о том, что есть на самом деле (реальность), и ставил вопрос, откуда вообще появляется такое различие, то он использовал древнюю метафору, внутри которой и содержится вся философия, — знаменитую платоновскую пещеру. Мамардашвили предлагает представить себе, что у вас связаны руки и ноги, а голова закреплена в определенной позиции так, что вы не можете ее повернуть. Взгляд направлен прямо на глухую стену комнаты. И на нее же из-за вашей спины с помощью источника света проецируются тени предметов. Но, поскольку вы связаны, у вас нет возможности совершать какие-то действия, и, может быть, пройдет сто лет, прежде чем будет обнаружено, что все-таки есть какой-то невидимый вам источник света, который падает на предметы, и тогда только станет ясно, что то, что вы видите, — только их тени. А так вы вполне можете принимать эти тени за реальность, поскольку они движутся. «Это и есть платоновская метафора человеческой жизни, так как мы находимся, — писал М. Мамардашвили, — в пещере самих себя, если чего-то не делаем и не мыслим. Наша жизнь подобна пещере, в которой мы видим лишь тени, не зная, что есть источник света, падающий на предметы, и не имея возможности увидеть этот источник».

Эта метафора обрисовывает ситуацию мысли, когда мыслить — значит оперировать различием между кажущимся и тем, что есть на самом деле. Мыслить можно и нужно только существующее, тени ведь не существуют, они отражения, существует что-то другое. По мнению философа, он может только констатировать, только описывать, что не из опыта человек узнает различие между кажущимся и действительным². Если бы человек имел только опыт, он никогда бы этого не узнал (голова-то строго зафиксиро-

¹ См.: *Спекторский Е.* Юриспруденция и философия. С. 79, 80.

² См.: *Мамардашвили М. К.* Указ. соч. С. 55, 56.

вана, повернуться назад невозможно!). Но показать, откуда это приходит, т. е. как все же случилось, что он узнал, где реальность, а где кажимость, остается тайной, которую можно только принять как случившийся факт. В таких случаях религиозные люди говорят: «Надо принять это за откровение», т. е. в нас есть нечто и мы осознаем, что не сами узнали об этом. Откровение, по мнению философа, действительно, недостижимо человеческими силами, но тем не менее оно является нам. Философ принимает такого рода вещи за факт, не пытаясь ответить, откуда он.

Далее Мамардашвили задается вопросом: почему человек мыслит и воспринимает реальность в трехмерном пространстве? И отвечает, что в этом случае мы тоже можем лишь сослаться на устройство человеческой чувственности, которая расположена пространственно трехмерно, но ответить на вопрос «почему?» не в состоянии. Есть нечто, что человек делает, а есть нечто, что делается как бы само собой. Но каким образом это можно понять? Что такое «сделать»? Сделать, грубо говоря, считает Мамардашвили, — это суметь составить по частям. Если что-то можно сделать так, то можно, видимо, сделать и иначе. А можно ли сделать, например, иначе, по-иному акты нашей чувственности, которая располагает предметы в трехмерном пространстве? Нельзя. Почему? Потому что не мы сделали это восприятие, не составляли его по частям.

Итак, философ различает кажимость, и она есть нечто, что происходит с тобой, когда кто-то «подсовывает» тебе информацию, и есть некоторая область, в которую мы вступаем, если сами над собой что-то произвели и с нами или в нас что-то сделалось, и мы оказались измененными, другими.

В содержании опыта, по мнению философа, нельзя узнать разницу между кажимостью и реальностью, следовательно, в нем присутствует независимый от антропологической природы, от наших качеств и свойств, включая нашу способность мыслить, элемент. Ее тоже недостаточно, присутствует какой-то другой элемент. Что это значит, никто не знает. Но именно в нем можно посмотреть на себя видящего и различить себя и свое существование.

Подытоживая, Мамардашвили утверждает: есть нечто, что мы можем сделать, и есть то, что мы сделать не можем, хотя это делается в нас, с нашим участием, но не нами. Введя различие между реальностью и кажимостью, Мамардашвили замечает, что сама идея этого различия не может возникнуть из опыта. (Свет падает на предметы — мы смотрим на экран и тени воспринимаем как

предметы.) Некто подсовывает нам тени в качестве предметов реального мира. Кант в таком случае сказал бы: «Наши представления нами играют». Мы полагаем, что видим, а в действительности из какого-то другого мира, который мы не знаем (так как не знаем, откуда свет), кто-то производит в нас некие состояния, кажущиеся нашими представлениями, и играет с нами.

Кажимость в данном случае есть нечто, что как бы производится в нас неким сознательным существом. Платон человеческий путь представлял как путь спасения или освобождения именно от этой игры. Оказаться человеком для него означало прекратить эту игру, выпасть из нее, чтобы тобой не играл другой мир.

Эту же ситуацию Мамардашвили называет «ситуацией, когда уже поздно»¹. Упрощая, он расшифровывает ее так: я решил что-то подумать, а уже подумалось, потому что слишком поздно! Что значит поздно? Философия говорит: человек понимает то, что он способен сделать сам. А в данном случае тени, принимаемые нами за вещи, не мы сделали, и поэтому не можем их понять, так как сделал кто-то другой, некая тайная инстанция, которая играет нами посредством наших представлений. Уже произошло что-то — поздно. Эту мысль Мамардашвили выразил с помощью социально-политической метафоры, имеющей отношение к пониманию правовой реальности: «Слишком поздно и нельзя быть гражданами демократического устройства, захотеть и быть ими. Поздно, если уже не были. В этом вся дилемма. Гражданами являются те граждане Европы, которые уже добрую тысячу лет являются такими. В отличие от нас они уже в традиции. Это не ответ на то, что делать и чего не делать. Но так существует странный парадокс относительно того, что является историей, бытием»². Эта метафора уже была использована нами ранее, но только теперь в контексте методологии веры становится понятна вся глубина этой мысли, имеющая огромное значение для понимания закономерностей конституционно-правового пространства, о чем речь пойдет в гл. 3 настоящей книги.

2. Ранние буржуазные революции и религиозные войны в Европе получили отражение в философии прежде всего в фокусировке на идее прав человека. Появилась новая онтологическая находка — идея о том, что существует глубокая взаимосвязь между правами человека. Анализ, проведенный известным российским философом права Э. Ю. Соловьевым, убеждает в том, что резуль-

¹ См.: Мамардашвили М. К. Указ. соч. С. 65.

² Там же. С. 65—66.

татом религиозных войн, признания свободы совести стало уважение вообще прав человека¹. По его словам, «западноевропейское общество не провалилось в болотную топь беспринципности»², напротив, идейный кризис сопровождался зарождением новой ценностно-нормативной системы — системы правосознания, основными компонентами которой стали: а) обостренное внимание к проблематике распределительной и карательной справедливости; б) развитие деловой этики, культуры соблюдения обязательств по договорам («вексельной честности», по выражению К. С. Аксакова); в) идея неотчуждаемых прав и свобод, которые от рождения принадлежат человеку как его естественные права³.

Горнилом, в котором выковывалось этически беззаветное правосознание, была борьба за свободу совести (XVII в.). Масса людей, отчаявшаяся в человеколюбии каждого из христианских вероисповеданий, духовно оживала благодаря надконфессиональной идее прав человека⁴. Центральное место в этом интеллектуальном стремлении принадлежит Дж. Локку. Ссылаясь на гл. V «Этики» Аристотеля, Фома Аквинский утверждал: не все из того, что установлено человеческими законами, происходит от естественного закона. Положительное право является противоположным членом деления по отношению к естественному праву. Общие начала естественного закона не могут одинаково прилагаться ко всем по причине значительного разнообразия дел человеческих⁵. Находясь под почти полным влиянием Аристотеля, Фома Аквинский считал, что с точки зрения естественного права все принадлежит Богу, а потому институт права собственности есть учреждение человеческого закона. Но при этом он добавлял: однако, если частная собственность не вытекает из естественного права, она вместе с тем и не противоречит ему. И это был шаг вперед от учения первых отцов Церкви. Целесообразность права собственности Фома Аквинский обосновывал так: а) каждый прилагает больше труда к тому, что ему принадлежит, чем к чужому; б) гражданский порядок обеспечивается лучше всего, когда каждый довольствуется тем, что принадлежит ему⁶.

¹ См.: Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. М., 2005. С. 170, 172.

² Соловьев Э. Ю. Феномен Локка // Прошлое толкует нас: (очерки по истории философии и культуры). М., 1991. С. 129.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ См.: Фома Аквинский. Сумма теологии. М., 2012. С. 338, 339.

⁶ См.: Шершеневич Г. Ф. История философии права. СПб., 1907. С. 170.

Однако вернемся к Дж. Локку. Пожалуй, лучше всех оценил его заслуги Э. Ю. Соловьев: «Локк оказался великим толкователем нарождающегося правосознания, сумевшим зафиксировать и высказать такие его установки, которые не только сохранили свою социальную действенность на протяжении всего XVIII столетия, но в известном смысле вообще оказались “навечными”. Политико-правовые суждения Локка не могут ни состариться, ни отмереть до той поры, пока во всем мире не утвердятся институты гражданского общества, начала конституционализма и разделения власти; пока не перестанет развиваться и оказывать свое нормирующее воздействие на социально-политическую практику концепция прав человека»¹.

Философско-правовые идеи Гегеля, а затем и К. Маркса возникли во многом благодаря Локку, особенно его рассуждениям о собственности. В гл. 5 книги Локка «Два трактата о правлении» в свернутом виде содержится значительная часть философии права Гегеля. Локк писал: «Хотя земля и все низшие существа принадлежат сообща всем людям, все же каждый человек обладает некоторой *собственностью*, заключающейся в его собственной *личности*, на которую никто, кроме него самого, не имеет никаких прав. Мы можем сказать, что *труд* его тела и *работа* его рук по самому строгому счету принадлежат ему. Что бы тогда человек ни извлекал из того состояния, в котором природа этот предмет создала и сохранила, он сочетает его со своим трудом и присоединяет к нему нечто принадлежащее лично ему и тем самым делает его своей *собственностью*. Так как он выводит этот предмет из того состояния общего владения, в которое его поместила природа, то благодаря своему *труду* он присоединяет к нему что-то такое, что исключает общее право других людей. Ведь, поскольку этот *труд* является неоспоримой собственностью трудящегося, ни один человек, кроме него, не может иметь права на то, к чему он однажды его присоединил; по крайней мере в тех случаях, когда достаточное количество и того же самого качества (предмета труда) остается для общего пользования других»².

Дж. Локк обосновал, почему для правильного понимания политической власти и определения источника ее возникновения необходимо рассмотреть, в каком естественном состоянии находятся все люди. Это состояние полной свободы в отношении их действий и в отношении распоряжения своим имуществом и лич-

¹ Соловьев Э. Ю. Феномен Локка. С. 130—131.

² Локк Дж. Два трактата о правлении. М., 2009. С. 234.

ностью в соответствии с тем, что они считают подходящим для себя в границах закона природы, не испрашивая разрешения у какого-либо другого лица и не завися от чьей-то воли. Это, по мнению Локка, такое состояние равенства, при котором вся власть и вся юрисдикция являются взаимными — никто не имеет больше другого¹.

Идея свободы и равенства, обоснованная применительно к собственности, через Гегеля позднее позволила К. Марксу объяснить, почему юридическая, по сути, мысль о свободе договора как следствие свободы собственника лежит в основе товарно-денежных отношений, имманентной правовой формой которых может быть только гражданско-правовой договор. Действительно, только если два собственника, вступая в отношения, целью которых является эквивалентный обмен, свободно распоряжаются продуктами своего труда — вещами, а это возможно лишь на основе свободного соглашения их воли, так как только тогда возможны товарно-денежные отношения. Выходит, юридические понятия лица-собственника, договора, в котором проявляется волеизъявление, первичны, а экономические суть вторичны. Из марксизма, хотя он на это и не рассчитывал, может быть сделан и такой, противоположный идее о первичности экономических отношений, вывод.

Он и был сделан известным немецким философом права, представителем школы «возрожденного естественного права», неокантIANцем Р. Штаммлером (1856—1938), который успешно критиковал марксизм, отождествлявший им с экономическим, вульгарным детерминизмом. Напротив, утверждал Штаммлер, право первично по отношению к экономическим отношениям, если не во временном и причинном, то, во всяком случае, в логическом плане².

Э. Ю. Соловьев точно подметил, что у Локка взаимосвязаны три права — на жизнь, на свободу и на имущество. Эти три права образуют у него конституционный базис правового порядка и впервые делают возможным законодательство не стесняющее, а эмансипирующее по своему основному смыслу, законодательство, сама возможность которого была непредставима для традиционного юридического мышления³. «Несмотря на всевозможные толкования, — пишет Локк, — целью закона является не унич-

¹ См.: *Локк Дж.* Два трактата о правлении. С. 218.

² См.: *Штаммлер Р.* Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. М., 2010.

³ См.: *Соловьев Э. Ю.* Феномен Локка. С. 135.

тожение и не ограничение, а сохранение и расширение свободы... Ведь свобода состоит в том, чтобы не испытывать ограничения и насилие со стороны других, а это не может быть осуществлено там, где нет закона... Она представляет собою свободу человека располагать и распоряжаться, как ему угодно, своей личностью, своими действиями... и всей своей собственностью»¹.

Как пишет Э. Ю. Соловьев, тройственная правовая формула Локка — свобода, жизнь, собственность — вошла во многие раннебуржуазные конституции и явилась «клеточкой, из которой развилось затем более дифференцированное содержание “прав человека и гражданина”». В трактате Локка право на свободу, право на жизнь и право на собственность не выступают как внешние друг другу, рядоположенные принципы. Они представляют собой элементарную систему прав, где одна норма с необходимостью отсылает к другой².

Суммарно онтологически значимые идеи Локка Э. Ю. Соловьев излагает в виде трех утверждений:

1) в каждом из трех прав, провозглашаемых Локком, речь идет в конечном счете об одном и том же: о признании людей полноценными «субъектами обмена», независимыми товаровладельцами, «воля которых пронизывает их товары».

Право на свободное распоряжение собственностью выступает при этом как итоговое, результирующее, интегративное, а право на свободу и жизнь — как его предпосылка;

2) свобода в узком смысле (свобода выбора или право на субъективное полагание и преследование целей) является ущербной и ограниченной, если она не дополнена свободой распоряжения индивидуальными жизненными силами (право на жизнь) и свободой распоряжения продуктами, в которых воплощены субъективные цели и жизненные силы (право собственности);

3) право собственности является ущербным и ограниченным, если оно распространяется только на вещи и не гарантирует возможности добровольного отчуждения своей жизнеспособности, рабочей силы (важнейший аспект права на жизнь) и возможности «располагать как угодно своей личностью» (свобода в узком смысле слова).

Права, означенные в «тройственной формуле» Локка, рефлектируют друг в друга: свобода в узком смысле слова и право на жизнь уже как таковые суть право собственности, ибо в них пред-

¹ Локк Дж. Избранные философские произведения: в 2 т. М., 1960. Т. 2. С. 24.

² См.: Соловьев Э. Ю. Феномен Локка. С. 135, 136.

полагается, что индивид есть владелец своих целей и жизненных сил.

И наоборот, право на собственность и право на жизнь уже как таковые суть свободы, ибо обеспечивают просто для реализации той же самой воли, которая выражает себя в выборе призвания, в полагании целей, нестесненной совести и слове¹.

3. Рождение идеи прав человека неразрывно связано с уважением к достоинству человека. В ст. 21 Конституции РФ читаем: «Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления». Современному читателю трудно обнаружить в этих простых словах многовековую философско-правовую проблему, возникшую еще тогда, когда различали вещи говорящие (рабы) и неговорящие. Когда с человеком обращались как с вещью, происходило насилие над ним, над его личностью, его воля подавлялась. Никакого достоинства за человеком такое отношение, естественно, не признает. И вот в «Основоположении к метафизике нравов» И. Канта появляется следующая сентенция: «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». И далее: «Человек не есть вещь, т. е. то, что может употребляться только как средство, он должен рассматриваться при всех своих действиях одновременно и как цель сама по себе»².

Кант неразрывно связывает понятие автономии с идеей свободы человека. А с понятием автономии связан всеобщий принцип нравственности, который, как считал Кант, в идее точно так же лежит в основе всех действий разумных существ, как закон природы в основе всех явлений³.

В XX в. философский принцип Канта обрел новое онтологическое качество — он стал краеугольным камнем современного конституционного права. Именно поэтому данная тема заслуживает внимания как одна из самых важных в системе философских основоположений онтологии права.

Э. Ю. Соловьев обратил внимание на то, что формула Канта превращает обходиться «только как со средством не просто с другими людьми, но и самим собой». Примером последнего создатель трансцендентальной этики считает самоубийство по эгоистиче-

¹ См.: Соловьев Э. Ю. Феномен Локка. С. 136.

² Цит. по: Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. С. 89.

³ См.: Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. 3-е изд. СПб., 2007. С. 110.

ским мотивам, когда жизнь приносится в жертву расчету удовольствий и неудовольствий. (Это замечание Канта может оказаться полезным при решении сложных юридических дел, касающихся проблемы эвтаназии.) Другой пример подобного «самоосредствления» — это добровольное решение об отказе от личной независимости ради сохранения благополучия¹.

Введенное Кантом понятие «цель сама по себе» имеет самое непосредственное отношение к признанию естественных прав человека. Легистский подход к праву уступает место собственно юридическому, поскольку идея достоинства человека, лежащая в основе практически всего современного конституционного каталога основных прав человека, ставит предел направленным на него утилитарным притязаниям не только со стороны частных лиц, но и государства. Только в таком случае человек перестает быть вещью, обретая статус субъекта права (но не в том догматически-юридическом смысле, который доводят до студентов энциклопедии права, а в совершенно ином смысле: лицо — носитель неотчуждаемых естественных прав, на которые не имеет право посягнуть никто).

Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения (ч. 2 ст. 2 Конституции РФ). Как заметил Э. Ю. Соловьев, сначала И. Г. Фихте, а в России В. С. Соловьев увидели, что из определения категорического императива Канта можно вывести идею неотчуждаемости прав человека². Именно в философских произведениях Канта можно обнаружить первичный юридический смысл слов конституционного текста о неотчуждаемых правах. В юриспруденции такой способ толкования текста закона называется историческим толкованием. Оказывается, неотчуждаемость прав — это и неправомочность человека уступить даже малую толику своих прирожденных прав в пользу государства. Слова Канта «каждый человек имеет неотъемлемые права, от которых он не может отказаться, если бы даже и хотел» очень современно звучат. Нельзя уступать свои избирательные права, а также какие-либо основные права из группы так называемых «прав на участие» («Граждане Российской Федерации имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей» (ч. 1 ст. 32 Конституции РФ)).

¹ См.: Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. С. 92.

² Там же. С. 110.

Э. Ю. Соловьев обнаружил у своего однофамильца — В. С. Соловьева интересные философские вариации на заданную Кантом тему. Обычно считалось, что главным нарушителем неотчуждаемых прав человека является другой человек. В. С. Соловьев в «Оправдании добра» показывает, что опасность использования человека как средства, т. е. утилизаторское покушение на него, может исходить от коллективных субъектов — от «групповой воли» и «собирабельного эгоизма». Э. Ю. Соловьев предлагает вслушаться в слова В. С. Соловьева: «Отличительный характер *человеческого общества* (...) состоит в том, что каждый человек как таковое есть нравственное существо или лицо, имеющее независимо от своей общественной полезности безусловное достоинство (...) Отсюда прямо следует, что *никакой человек ни при каких условиях и ни по какой причине не может рассматриваться только как средство* для каких бы то ни было посторонних целей, — он не может быть только средством или *орудием ни для блага другого лица, ни для блага целого класса, ни, наконец, для так называемого общего блага* (...) Право лица как такового, основанное на присущем ему неотъемлемом от него человеческом достоинстве, на формальной бесконечности разума во всяком человеке (...) это право по существу своему *безусловно*, тогда как права общества на лицо, напротив, *обусловлены* признанием личного права»¹.

Это точно Кант, мысли которого изложены языком современного конституционного права.

И его мысль звучит очень актуально. О ней поневоле вспоминаешь, когда видишь, как расцветают разного рода ереси конституционного права в обличье «суверенной демократии», как пространство публичной политики заполняет грязная пена политтехнологий, как происходит зомбирование человека с помощью телевидения и Интернета.

Манипулирование человеческим сознанием, непредумышленное оглупление человека — это разве не утилизаторский подход к человеку, это разве не унижение его достоинства, не умаление его участия в культурной жизни?²

И далее у Э. Ю. Соловьева: «К безжалостным историческим прорицаниям следует отнести и еще одно рассуждение В. С. Соловьева, опять-таки напрямую связанное с темой утилизации и реификации человека, как она задана Кантом.

¹ Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. С. 110.

² «Каждый имеет право на участие в культурной жизни... на доступ к культурным ценностям» (ч. 2 ст. 44 Конституции РФ).

В “Критике отвлеченных начал” мы находим развернутую характеристику особого образа мысли (и соответственно жизненного порядка), который располагает человека к более или менее добровольному превращению себя самого в “средство и только средство”. Речь идет об *экономизме*, подчиняющем все многообразие социокультурного бытия материально-хозяйственным интересам¹.

Это уже прорицание сегодняшнего общества, которое изложено французскими философами, и прежде всего Ж. Бодрийяром, в «Обществе потребления»². Описанные им цепные психологические реакции можно рассматривать как некую современную магию, природа которой бессознательна.

Потребление предметов больше не связано с их сущностью — речь идет скорее об отчужденных знаках предметов, которые существуют лишь в связи друг с другом. Избыток предметов потребления указывает на «мнимое» изобилие, которое Бодрийяр противопоставляет «подлинному изобилию», существовавшему, по его мнению, при собирательном способе хозяйствования. Бодрийяр считает, что общество потребления — это общество самообмана, где невозможны ни подлинные чувства, ни культура и где даже изобилие является следствием тщательно маскируемого и защищаемого дефицита. В этом смысл структурного закона выживания современного мира. В этом его идеи перекликаются с теорией дефицитной экономики. Бодрийяр рассматривает потребление в отрыве от естественной природы, он считает его следствием возведенной в культ социальной дифференции, направленной на оправдание в любых условиях необходимости экономического роста. В этом он полемизирует, в частности, с Гэлбрейтом, допускающим существование у потребителя рациональных потребностей. Бодрийяр считает, что в манипулировании потреблением содержится объяснение парадоксов современной цивилизации, для которой равно необходимы бедность, войны и эстетическая медицина, преследующие одну и ту же цель — создание уходящих в бесконечность целей для наращивания производства.

Однако человек, знакомый с современным марксизмом, вполне может разглядеть и тут длинные уши утилизаторского подхода к человеку со стороны крупных транснациональных корпораций.

Возьмем в качестве примера экономические функции государства в области маркетинговой деятельности. Опыт индустриально

¹ Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. С. 112.

² Бодрийяр Ж. Общество потребления. М., 2006.

развитых стран в этой сфере показывает, что в процессе правового регулирования данного сектора экономики государство преследует в основном три цели: защиту потребителей, защиту общества и его интересов в целом, защиту предпринимателей друг от друга¹.

Маркетинговые операции могут наносить вред потребителям товаров и услуг с помощью приемов введения в заблуждение, методов навязывания товаров и даже практики запланированного устаревания товаров². Например, в целях расширения продаж производители одежды с помощью рекламы могут ускорять процесс морального старения одежды.

Должно ли государство в таком случае вмешиваться в сферу отношений производителя и потребителей, ограничивая практику ускоренного устаревания товаров, как наносящую ущерб потребителям? В ст. 8 Конституции РФ в качестве одного из важнейших принципов, образующих основы конституционного строя, назван принцип свободы экономической деятельности. В соответствии с этим принципом в ст. 1 ГК РФ утверждается, что гражданское законодательство основывается на неприкосновенности собственности, свободе договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела.

Пределы в регулировании задаются основным конституционным положением, своего рода центром правовой реальности как составной частью («вкладыша») социальной реальности. И это конституционный принцип уважения достоинства личности человека. Современное государство, иными словами, должно осуществлять, защищать конституционный принцип достоинства человека, превращая его из объекта воздействия в активно действующего субъекта. Как правильно заметил П. Хаберле, «дополнительные коррективы в чисто культурологическое понятие достоинства человека вносит разрушение государственных, а вместе с ними и культурных границ “в мировом сообществе” (Лукман). Понятие достоинства человека формируется сегодня уже не только внутри одного общества или одной культуры. Оно складывается и развивается в процессе взаимовлияния различных культур, в особенности под воздействием пактов о правах человека. Развивая концепцию достоинства человека, нельзя упускать из виду «индивидуальную» культуру политического сообщества, но ее не следует и абсолютизировать. Понятие человеческого достоинства отчасти связано с определенной культурой; оно входит в культурный кон-

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации. М., 2003. С. 532.

² См.: *Котлер Ф.* Основы маркетинга. М., 1996. С. 658.

текст, но в своем развитии обнаруживает тенденцию к приобретению универсальных черт»¹.

То, что в немецком правоведении в начале XIX в. появилось понятие «правовое государство», конечно же объясняется фактором философии Канта. Он оказался самым влиятельным для юриспруденции, и не только немецкой, философом. При этом можно обнаружить своего рода парадокс, поскольку в философских работах Канта, посвященных собственно юридической проблематике, а это прежде всего «Метафизика нравов» в двух частях (1797)², много обычной юридической догматики. Не случайно справедливая критика исходит от Гегеля в его «Философия права», когда он пишет о «путанице», которой «страдает кантовское и вообще излюбленное деление на вещные, личные и вещно-личные права»³. Непосредственно на философско-правовую проблематику Кант вышел в таких своих работах, как «О поговорке “Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики”», «К вечному миру» и та же «Метафизика нравов».

Он не мог обойти «вечнозеленое древо» разногласий между юристами — проблему позитивного права и естественного права. Ни в одной гуманитарной науке нет такого разброса мнений, касающихся правопонимания. Не случайно современные теоретики права издают монографии, посвященные этой «многоголосице»⁴.

Юристы долго надеялись на появление интегральной концепции права, которая бы сняла противоречия между позитивным и естественным правом. Нельзя не согласиться с А. В. Поляковым в том, что большинство современных попыток модернизации российской теории права представляет собой эклектичное сочетание разнородных начал и идей, плохо согласующихся между собой⁵.

Кант различал «чисто эмпирическое учение о позитивном праве», которое он еще называл «статуарным правом», и «чистое учение о праве», основанное на разуме. «Чисто эмпирическое учение о праве» ограничивается толкованием норм действующего права,

¹ Государственное право Германии: в 2 т. М., 1994. Т. 1. С. 16.

² Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов.

³ Гегель. Философия права. М., 2009. С. 98.

⁴ См.: Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития права. М., 2010; Нерсисянц В. С. Из истории правовых учений: два типа правопонимания // Политические и правовые учения: проблемы исследования и преподавания. М., 1978. С. 18—29.

⁵ См.: Поляков А. В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2.

некритично комментирует сущее законодательство. Это учение Кант сравнивает с головой (подобно деревянной голове в басне Фэдра), которая может быть прекрасна, но, увы, не имеет мозга¹. Чистое учение о праве не может ограничиваться изучением положительного законодательства, оно нуждается во всеобщем критерии — как право отличить от неправы. Источником подобных рассуждений может быть не опыт изучения действующих законов, а разум.

Право (а по сути философия права. — *Г. Г.*), по мысли Канта, — это совокупность условий, при которых произвол одного лица совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы. При этом в качестве связующего звена между учением о позитивном праве (т. е. правоведением) и чистым учением о праве (т. е. философском его понимании), на что точно обратил внимание Л. О. Иванов², нужна еще одна, особая часть учения о праве (политика права), задача которой — помогать законодателю создавать разумное и соответствующее праву позитивное законодательство. Разработку этой дисциплины, считал Кант, должны осуществлять правоведы. В этой «системе координат», предложенной Кантом, практическая онтология права, являясь, безусловно, частью «чистого учения о праве», должна формулировать идеи, которыми должны воспользоваться юристы, занимающиеся и ответственные за выработку политики права.

Кант предложил новую формулу философского изучения права: право берется не как только историческое и общественное явление, а как закон личной жизни, как внутренняя абсолютная ценность. Кант провозгласил «царство лиц как целей» (а не как средств), основанное на автономной личности. Повторяя идею Канта, русский философ права П. И. Новгородцев писал, что основанием и целью должно являться не общество, а лицо, поскольку так называемый общественный организм не имеет самостоятельного бытия: он существует только в лицах, и это единственные реальности, через которые проявляется дух общения³.

Когда Кант говорит о праве, то это, по умолчанию, не закон, который издан государством и который может быть неправовым,

¹ См.: *Кант И.* Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. С. 284, 285.

² См.: *Иванов Л. О.* О соотношении философского анализа права и конституционного нормоконтроля // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 5. С. 10.

³ См.: *Новгородцев П. И.* Нравственный идеализм в философии права // Проблемы идеализма. М., 2010. С. 254, 255.

это всегда неотчуждаемые локковские права и свободы человека. Но он при этом не забывает и про позитивное право, которое, используя принуждение, должно гарантировать витальность естественных прав.

И опять обратимся к Э. Ю. Соловьеву: «Смириться с репрессивным произволом нравственно развитый человек себе не позволяет. Но он не вправе также уповать на то, что система государственного принуждения в один прекрасный день просто исчезнет из жизни, а на ее место придет общественный порядок, покоящийся на одном только убеждении. Это этически мыслимо, но это было бы моральным прекраснодушием. Неутопичен лишь компромисс, а именно проект нормативного ограничения стихийно развившейся государственной репрессии. В идеале этически обоснованные критерии такого ограничения могут мыслиться как начала, которые конституируют всю политическую практику (в этом случае сохранилось бы лишь такое государственное принуждение, которое обслуживает и защищает частногражданские права). Однако последнее, как не устает подчеркивать Кант, должно пониматься в качестве бесконечно отдаленной задачи: “Возможно лишь приближение (...) к этому состоянию, но никак не полное его осуществление”»¹.

И далее в развитие мысли Канта Э. Ю. Соловьев добавляет, что «двусоставность» действующего права, более того — его неизбежный, исторически заданный дуализм в предвидимом будущем не может быть устранен. Именно поэтому политико-юридическое новаторство должно осуществляться на почве продуктивной взаимодополнительности естественного и позитивного права. И в этих как бы дополнениях Э. Ю. Соловьев проявляет себя не просто как историк философии, но как самостоятельный философ права. Основу либеральной теории права составляет формула Канта: «Уважение к правам человека есть первый из категорических императивов».

В целях последующего исследования онтологии права обратим внимание еще на два феномена философии права Канта: 1) поступок человека в определенной правовой ситуации как важная онтологическая единица (это простейшая часть правовой реальности); 2) онтологическая значимость «всеобщих принципов права». По мнению Э. Ю. Соловьева, в работе «О поговорке...» Кант впервые ввел в свое учение понятие «правовые принципы» при обсуждении «гражданского состояния как состояния правового». «Эти

¹ Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. С. 134.

принципы, — пишет Кант, — не столько законы, которые дает уже образовавшееся государство, сколько законы, единственно на основании которых и возможно образование государства»¹. «Принципами Кант называет объективные, ни от какой властной воли не зависящие конститутивы, на которые должно опираться все здание государственного законодательства», — отмечает Э. Ю. Соловьев².

Для того чтобы наглядно показать онтологическое значение принципов, которые в современной юридической доктрине называются общими принципами права и конституционными принципами, Кант описывает различие между «юристами и правоведами».

Первые озабочены слаженностью, системностью и державной авторитетностью действующего закона (они, иными словами, эталонные представители легистского подхода к праву). Вторые также постоянно имеют это в виду, но все-таки отдают предпочтение «систематическому знанию учения о естественном праве» (можно сказать поэтому, что правоведы у Канта заняты правильным сочетанием легистского и сугубо юридического подхода при осознании приоритета юридика, столь решительно декларированного в статье «О поговорке...» от лица философии). Конституции, воплощающей естественно-правовые требования, кантовский правовед не запрашивает, но главную свою задачу все-таки видит в том, чтобы, опираясь на естественное право, «утверждать неизменные принципы в отношении всякого положительного законодательства».

Если решительно и прямо выразить то, что имеет в виду Кант (ему самому сделать это было очень непросто), считает Э. Ю. Соловьев, то речь пойдет о проверке достоинства и критической правке действующих законов по критериям «естественного права» (или «права разума»). Вот на эту-то верификационную и корректирующую роль и привлекается теперь формула «равенство в свободе по всеобщему закону»³.

Если согласиться с догадкой Э. Ю. Соловьева, то родоначальником идеи судебного конституционного контроля следует считать вовсе не Г. Кельзена, а именно И. Канта.

Общие принципы права и конституционные принципы занимают совершенно уникальное положение в онтологической кар-

¹ Цит. по: Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. С. 153.

² Там же. С. 154.

³ Там же.

тине права. Принципы права при определенной настройке юрисдикционного механизма продуцируют право из принципов¹.

Памятуя об онтологической значимости поступка, обратим внимание на § С труда Канта «Введение в учение о праве» («Метафизика нравов» 1797 г.). Продолжая исследование всеобщего принципа права, Кант пишет: «Таким образом, если мой поступок или вообще мое состояние совместимо со свободой каждого, сообразной с всеобщим законом, то тот, кто препятствует мне в этом, неправ, ибо такое препятствие (противодействие) несовместимо со свободой, сообразной с всеобщим законом».

Э. Ю. Соловьев предлагает исправить русский перевод и вместо «неправ» использовать выражение «действует не по праву» — именно так следовало бы перевести немецкое «ist nicht recht». И тогда рождается ассоциация с Unrecht (неправо) у Гегеля. Но об этом чуть позже.

Завершая изложение данной темы с выводами о вкладе Канта в онтологию права, обратим внимание читателя на приложение к «Введению в учение о праве» «О двусмысленности права» (*jus aequivocum*): «С любым правом в узком смысле этого слова (*jus strictum*) связано правомочие принуждать. Но можно мыслить себе еще и право в более широком смысле (*jus latum*), где правомочие принуждать не может быть определено никаким законом. Этих истинных или мнимых прав имеется два: справедливость и право крайней необходимости; из них первая допускает право без принуждения, второе — принуждение без права, и легко заметить, что такая двусмысленность покоится, собственно говоря, на том, что бывают случаи сомнительного права, для решения которых нет никакого судьи».

На этот фрагмент исследователи редко обращают внимание. А между тем следует онтологически осмыслить, что это за право в широком смысле, в котором правомочие принуждать не может быть определено никаким законом, но тем не менее допускается принуждение без права. И это некое «сомнительное право», которое не может стать реальностью без так называемого усмотрения судьи, о котором писал еще Фома Аквинский. Как будет показано в гл. 3 настоящей книги, судейское право, основанное на принуждении к справедливости, является важным компонентом правовой реальности.

¹ См.: Гаджиев Г. А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2.

4. Философско-правовые идеи Гегеля во многом основаны на философских находках Канта. Так, утверждая в § 29 «Философии права», что «право состоит в том, что наличное бытие вообще есть наличное бытие свободной воли, тем самым право есть вообще свобода как идея», Гегель в примечании ссылается на известное определение Канта, которое гласит: «Ограничение моей свободы или произвола таким образом, чтобы он мог существовать согласно всеобщему закону совместно с произволом каждого другого человека, есть главный момент».

Право у Гегеля «есть нечто святое вообще уже потому, что оно есть наличное бытие абсолютного понятия, самосознательной свободы»¹.

Это значит, что право является пространством существования свободной воли, а свободная воля — критерием права. Право, согласно Гегелю, «не норма», а нормальный способ бытия человеческого духа, выражающий его «зрелое» состояние. Право есть порождение духовной, т. е. интеллектуально-волевой деятельности. Поэтому любая ступень развития Духа как свободы носит у него понятие права. Это и абстрактное право. Его носителем является абстрактная личность или лицо, девиз которого: «Будь лицом и уважай других в качестве лиц». И мораль как внутренняя, субъективная сторона зрелости духа. И нравственность, высшей формой которой является право государства. Право предстает как нечто субстанциальное для всей человеческой жизни, простым же его состоянием является свободная воля человека.

Однако эта субстанциальная основа есть не особенный индивид как воля единичного в свойственном ей произволе (подобно позиции Канта и Руссо), а воля как в себе и для себя сущая, разумная воля, истинный дух, т. е. воля не индивида, а воля народа. Предметом этой воли является то, что ведет к свободе, что создает действительное благо народа. Таким образом, Гегель в конечном пункте свободную волю индивида подчиняет воле народа как целого. Эта свободная воля является разумной лишь в той мере, в какой растворяет себя в государственной воле². Это, очевидно, не позитивное право, а неотчуждаемые права личности. Продолжая линию Локка — Канта, Гегель считает, что источником принципов естественного права является природа, постигаемая с помощью разума. Итог познания воплощается в позитивном праве. Но

¹ Гегель. Указ. соч. С. 84—85.

² См.: Максимов С. И. Указ. соч. С. 104, 105.

если у Канта принципы естественного права раскрывались априорно разумом из самого разума, то у Гегеля они представляют собой имманентную сущность реально существующего позитивного права. Это проекция общей философской позиции — все, что действительно, то и разумно.

В центре внимания Гегеля оказалось действительное, «разумное право», и он называет его «естественным». При этом происходит только использование привычного для читателя термина, однако его смысл у автора иной: он не намекает на некий естественно-природный генезис этого права — оно продукт человека, а не природы. Естественно оно только потому, что определяется природой самого предмета, т. е. понятием, а это свободная воля. Поэтому естественное право — это право разума, и в этом смысле Гегель по праву называет его «философским правом».

Поскольку «в глубине» всех сугубо юридических феноменов и институтов, согласно Гегелю, находится свободная воля, читателю-юристу понять это особенно сложно. Все правовые понятия, сложившиеся в течение тысячелетия, имеют у него своеобразный философский смысл. Читая Гегеля, нельзя поддаваться искушению и воспринимать обычный юридический смысл понятий «договор», «собственность», «семья», «владение», «приобретение». Когда имеется в виду «право», он пишет о «правовом состоянии воли». Правовой институт у Гегеля — это «деяние и состояние воли, освобождающейся во внешней жизни и углубляющейся внутренне».

В § 44 части первой «Философии права» Гегель пишет: «Лицо имеет право помещать свою волю в каждую вещь, которая благодаря этому становится моей, получает мою волю как свою субстанциональную цель, поскольку она в себе самой ее не имеет, как свое определение и душу; это абсолютное право человека на присвоение всех вещей»¹. Человек имеет вещное право, оно принадлежит ему как лицу, и потому оно есть его личное право. Вот почему с таким сарказмом он пишет о «кантовском и вообще излюбленном делении на вещные, личные и вещно-личные права»². Конечно, с точки зрения гегелевской системы это действительно «путаница».

Везде в «Философии права» проявляется «философия духа, третья главная часть Гегелевской системы», как ее называл В. С. Со-

¹ Гегель. Указ. соч. С. 102.

² Там же. С. 98.

ловьев. Философия или феноменология духа — это процесс объективации субъективного Духа, который совершает постепенное восхождение от чувственной уверенности через восприятие, рассудок, самосознание к разуму. По словам И. А. Ильина, было бы недостаточно сказать, что естественное право есть безусловная сущность положительного права; оно есть прежде всего модификация абсолютной сущности мира вообще. Дух, определяя себя к свободе и достигнув субъективно-зрелого состояния — разумной воли, придает себе характер права. Это означает, что право есть одна из необходимых ступеней Духа в его метаморфозе. «Право» есть первое определение субъективного духа, вступившего в объективную сферу; это есть «дух в виде права» или «правовое состояние духа». Поэтому естественное право не только реально, но имеет существенную абсолютную реальность.

То, что Гегель понимает, говоря о естественном праве, следует представить себе прежде всего как внутреннюю, смысловую сущность положительного права; это есть всеобщая логическая основа, как бы категориальный или принципиальный остов всякого права как такового. Отсюда вытекает, что всякое «положительное право» содержит в себе «естественное право» как свою родовую сущность и является ее специфическим видовым определением; всеобщее же, родовое присутствует всегда во всех своих особенных и единичных видоизменениях.

Однако это «присутствие» естественного права в положительном смысле не следует представлять себе по отвлеченной, рассудочной обычной логике. Если местами у Гегеля на первый план выступает такое соотношение, то это является для него самого непоследовательностью и отпадением. Отношение естественного права к положительному следует представлять себе в спекулятивном виде: естественное право есть всеобщность, творчески осуществляющая себя в единичных, положительных правопорядках и включающая их в себя в качестве своих живых видоизменений. Само собой разумеется, что «единичные» правопорядки входят в естественное право лишь в меру своей духовной верности.

Итак, естественное право есть всеобщая, живая сущность права, осуществляющая себя в положительных правопорядках. Это есть *реальный Логос права*. Это право, которое есть всюду, где является право. Но то, что *есть*, есть *Разум*. Поэтому естественное право *разумно* и *действительно*. Оно есть Разум в состоянии мирового осуществления, или всеобщий смысл права, создающий себе более или менее успешно систему единичных явлений. Идея естественного права у Гегеля как критерий ценности правовой деятель-

ности чрезвычайно важна, поскольку юриспруденция основывается преимущественно на оценивающем образе мышления. Из этой идеи логично происходит рассуждение Гегеля о том, что закон может неверно формировать «право само по себе», и тогда обнаруживается расхождение между «законом» и «правом» в его вечной и разумной сущности.

Вот почему Гегель говорит, что «естественное право» есть нечто «действительное и наличное», а не «потустороннее», оно не только реально как нечто «абсолютное», как «божественное» в истории человечества, но оно и действительно как являющаяся сущность, как существующий единичный правопорядок, как положительное право известной эпохи и нации.

Понятно, что «право» причастно ко всем трем видам «бытия»: реальности, т. е. Понятию, Разуму или Логосу; действительности, т. е. единичному, в данном случае социально-историческому, явлению Разума; существованию как необходимой иррациональной форме исторического бытия. Это означает, что «право», как и все остальное в мире, имеет двойной состав: спекулятивно-разумный и эмпирически-иррациональный. Сочетание «спекулятивного» и «эмпирического» слагает тот уровень действительности, в котором живет человек, творящий право¹.

Когда Гегель рассуждает о привычных для юриста юридических понятиях, которые для философов являются «явлениями», феноменами, он имеет в виду правовые «образы». И это также является отличительной чертой онтологии права у Гегеля.

Каждый раз, когда он говорит «право», «государство», «правительство» и т. д., он имеет в виду не выродившееся право, не разлагающееся государство и не развращенное правительство, но явление, стоящее «на высоте», т. е. уже не «явление», а «образ». Мимоходом он касается и «явлений», как для того, чтобы установить наличность в них существенной разумности, так и для того, чтобы отметить их несовершенство. Но собственным предметом его остается всегда «образ». Это означает, что каждый рассматриваемый правовой институт понимается им как зрелое осуществление естественно-правовой разумности в виде положительного права и правопорядка. Право, собственность, договор, семья, партия, государство суть для него не отрешенные, метафизические идеи (наподобие «идей» Платона) и не сверхвременные схемы; в «конкретных» науках Гегель ближе к Аристотелю: он не отрывает «идею» от «явле-

¹ См.: Ильин И. А. Философия Гегеля как учение о конкретности Бога и человека. М., 1918. С. 301, 302.

ния» и мыслит «всеобщее» в его временном мировом осуществлении. «Образ» есть *осуществившаяся победа идеи, т. е. естественно-го права*. Можно условно признать, что естественно-правовой образ есть «идеал», воображаемый мыслящим воображением; однако с тою оговоркою, что этот идеал и сам по себе метафизически реален и, далее, воображен в своем эмпирическом осуществлении. Это не значит, что Гегель всегда понимает определенный единичный порядок, исторически осуществленный каким-нибудь народом¹.

Для современной онтологии права вопрос об образах в праве имеет современное значение. В теории права этим практически не занимаются². А между тем, думается, образы в праве существуют, более того, их следует рассматривать как нечто важное для онтологии права.

Образ, образность как понятие обычно связывают только с миром искусства и литературы. У Гёте есть такие строки: «Человек справедливо радуется в тех случаях, когда бездушная природа рождает в наших душах метафорический образ, который мы любим и чтим».

Законы состоят из юридических норм, каждая из которых — это правило, которое должно предвидеть множество возможных конфликтов. Нормы — это результат обобщений и предвидения возможных ситуаций, то, что в немецкой доктрине прав называют паушализацией. Обратим внимание на эту способность предвидения. Для этого необходима хорошая способность к воображению как к одной из форм научного познания.

Вот почему Гегель придает такое большое значение *правовой интуиции* в процессе применения права.

Обратим внимание: «образы» у Гегеля сохраняют, во-первых, свое самодовлеющее значение *«спекулятивно необходимых ступеней Духа»* и, во-вторых, свою *творческую действительность в мире*, ибо они остаются незримыми и невесомыми деятелями, бессознательно сообщающимися людским душам и направляющими их к свободе. Естественное право Гегеля в качестве родовой, всеобщей сущности права оказывается *единым для всех времен и народов*, подобно тому, как един мировой Дух и едино Божество. Но в раскрытом, космически *«действительном»* виде естественное право *есть органическая система многих различных и своеобразных «еди-*

¹ См.: Ильин И. А. *Философия Гегеля как учение о конкретности Бога и человека*. С. 303.

² Об «образе правового человека» высказывался Г. Радбрух (см.: Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004. С. 118).

ничных» *правопорядков*, выношенных и осуществленных различными народами.

С. О. Кечекьян писал, что «для Гегеля естественное право есть единство бытия и долженствования, осуществляемое в конкретном индивидуальном творчестве народного духа. Естественное право есть философия конкретной положительной нравственности»¹.

Итак, право истолковывается Гегелем с точки зрения творческой силы человеческого духа, каждый «образ» его философии права может быть правильно понят, только если принимать во внимание его волевую природу. Если и признать, что у права в понимании Гегеля есть сила, то это только сила духа.

Точно так же с виду воля есть состояние единичной человеческой души; однако по существу она есть *всеобщая воля*, сохраняющая свою всеобщую природу и в единичной, субъективной воле человека. И если право в понимании Гегеля оказывается волей, то это есть *всеобщая воля народного духа*.

Таковы основные черты «естественного права» Гегеля. Ясно уже, что он пользуется термином «право» в более широком смысле, чем это делают юристы; в своих определениях он сознательно выходит далеко за пределы «ограниченного юридического права», характеризуя его как «формальное»².

Наука о позитивном праве, т. е. юриспруденция, не может, по мысли Гегеля, считаться подлинной наукой о праве.

В прибавлении к предисловию Гегель пишет: «Существуют законы двоякого рода: законы природы и законы права. Законы природы абсолютны и имеют силу так, как они есть: они не допускают ограничения, хотя в некоторых случаях могут быть и нарушены, чтобы знать, в чем состоит закон природы, мы должны постигнуть природу, ибо эти законы верны, ложными могут быть лишь наши представления о них. Мерило этих законов находится вне нас, а наше познание ничего им не прибавляет, ни в чем не способствует им; глубже может быть только наше познание их. Знание права, с одной стороны, такое же, с другой — иное. Мы узнаем эти законы тоже просто такими, как они есть; так более или менее знает их гражданин, и изучающий позитивное право юрист также исходит из того, что дано. Различие между этими двумя типами законов состоит в том, что при изучении правовых законов

¹ Кечекьян С. О. О понятии естественного права у Канта и Гегеля // Вопросы философии и психологии. 1915. № 128. С. 154.

² См.: Ильин И. А. Философия Гегеля как учение о конкретности Бога и человека. С. 305.

действует дух рассмотрения и уже само различие законов заставляет обратить внимание на то, что они не абсолютны. Правовые законы — это законы, идущие от людей. ...В законах права предписание имеет силу не потому, что оно существует, и каждый человек требует, чтобы оно соответствовало его собственному критерию. Здесь, следовательно, возможна коллизия между тем, что есть, и тем, что должно быть между в себе и для себя сущим правом, остающимся неизменным и произвольным определением того, что есть право... Однако именно эти противоположности между правом в себе и для себя и тем, чему произвол сообщает силу права, вызывают потребность основательно изучить право. В праве человек должен найти свой разум, должен, следовательно, рассматривать разумность права, и этим занимается наша наука в отличие от позитивной юриспруденции, которая часто имеет дело лишь с противоречиями... Поэтому теперь возникает особая потребность познать и постигнуть мысли, лежащие в основе права»¹.

«Наука о праве есть *часть философии*». Поэтому она имеет определенный *исходный пункт*, который есть результат и истина того, что *предшествует* и что «составляет так называемое “*доказательство*” исходного пункта». Это означает, что первое и основное «понятие права лежит по своему *развитию* (*Werden*) вне науки о праве», что «дедукция его предполагается» готовой и «должна быть принята как данная». Философия права начинает тем, чем кончила философия «субъективного духа», так что *последнее* звено предшествующего развития совпадает с *первым* звеном нового ряда.

Согласно этому право есть не что иное, как существование (собственно наличное бытие) *свободной воли*. Всюду, где живет свободная воля, хотя бы в своем первоначальном, субъективном виде, есть право; и точно так же наличное бытие (*Dasein*) может быть *правом* только «на основании свободной субстанциальной воли».

Это означает, что право есть не «норма», но как бы «нормальное бытие человеческого духа»; право есть *правовое существование воли*, правильный способ ее жизни, или *правильное состояние души*. Право не есть «полномочие», но правовому состоянию воли присущи *обоснованные правые притязания*. Гегель называет правом все, что скрывает в себе «зрелое» состояние человеческого духа.

Отсюда ясно, что в «праве» Гегель видит прежде всего известную утверждаемую «ценность» или, если угодно, некое *объективно*

¹ Гегель. Указ. соч. С. 59.

значащее достоинство. Но эту ценность он берет не в аспекте должностования, а в аспекте бытия, и притом именно как *живое творческое начало*¹.

Это не то право, которое известно юристам, а «право само по себе», право *per se*. Вспомним, что писал М. К. Мамардашвили по поводу метафизической невозможности языка, при встрече с которой философ добавляет странные слова *per se* — как таковой, а точнее, сам по себе. Эти слова философы используют, когда хотят высказать какую-то трудноуловимую мысль. *Per se* позволяет слову обрести новый оттенок.

Таким образом, «право само по себе» есть *священная сущность всякого права*, пребывающая, однако, в нераскрытом, «непосредственном» состоянии. Этой сущности и предстоит совершить путь к явлению, осознанию и осуществлению. Право должно стать «сущим по себе и для себя». Это означает, что ему надлежит раскрыть в себе «нравственное», составляющее его основу, и его непосредственное «настроение» и превратиться в сознательную и организованную нравственность народа. Но так как право есть наличное бытие свободной воли, весь путь объективного духа может быть описан следующим образом: *воля раскрывает свою разумную и добрую природу и познает ее сверхиндивидуальную всеобщность*. Философия права Гегеля излагает «оправдание воли» в ее основных страстях и влечениях. Эти влечения осуществляют себя в живых и необходимых отношениях человека и слагаются в стройную систему его «объективной» жизни.

В своем непосредственном, нераскрытом состоянии свободная воля человека живет добрыми «нравами» и «обычаями» — *они-то и составляют самую глубокую и подлинную стихию права*. Все основные определения права, а также религии суть собственные имманентные состояния человеческого духа, «*истинных нравов*».

С этой точки зрения в основе всей народной жизни и всего права лежат *живые нравы и обычаи* как первые бессознательные и непосредственные обнаружения объективной свободы. Если же обратиться к ним познавательно, помыслить о них и придать им форму осознанной всеобщности, в совершенстве выразить их реальность и объявить во всеобщее сведение, то «право само по себе» получит вид *закона*. Это значит осознать «право само по себе», утвердить его, придать ему вид наличного бытия (*Dasein*) и значение «*для себя* сущего права»².

¹ См.: Гегель. Указ. соч. С. 306.

² Там же. С. 309.

Обратим внимание на то, что не привлекло внимание исследователей гегелевской философии права и осталось, к сожалению, в тени: это имеющая важное онтологическое значение мысль о реальности неправа наряду с пространством права. Итак, право — это нечто субстанционально правое, это естественное право.

Философия науки о праве имеет своим предметом идею права. И это нечто «общеизвестное и общезначимое», «субстанция правового и нравственного»¹. Но в этом фрагменте предисловия к «Философии права» Гегель предупреждает читателя о «дальнейшей трудности». Она проистекает «из того, что человек мыслит и ищет в мышлении свою свободу и основание нравственности»². А поэтому «право, сколь оно ни возвышено, ни божественно, превращается, однако, в неправо (Unrecht)»³. Происходит это, если мышление признает «себя свободным лишь только тогда, когда отступает от общеизвестного и значимого и может изобрести для себя нечто особенное»⁴. Положительное право может быть порождением «своеволия» законодателя, более того, может скрывать в себе начала «насилия и тирании». Наконец, по мнению Гегеля, положительное право может состоять из дурных законов, ведущих не к единству народной жизни, а, напротив, к конфликтам. Вот тогда, по мысли Гегеля, возникает недостойное зрелище — появляется Unrecht (неправо). Философия, с его точки зрения, не может в своей познавательной деятельности считаться с неправом, принимать его во внимание. Неправом должна заниматься юриспруденция.

Исследуя проблему Неправа, Гегель коснулся еще одного фундаментального для правовой онтологии вопроса — о неизменности закона и его объективной изменчивости, т. е. проблемы неопределенности права, в недрах которой лежит извечный конфликт между естественным правом и позитивным законом. Эта проблема стала разрабатываться в юриспруденции в XIX—XX вв. применительно к свободе судебного толкования законов. Гегель пишет о том, что закон, даже если он верно сформулирован и точно выражает содержание «объективно-всеобщей» воли, может встретиться с великим затруднением. Дело в том, что закон в качестве общего правила вступает в сфере конкретной эмпирии с ее «конечным материалом» и дурной бесконечностью, с ее случайным

¹ Гегель. Указ. соч. С. 32.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

многообразием и не поддающимися предвидению деталями. И вот среди людей возникает нездоровый предрассудок, согласно которому положительное право должно иметь характер «совершенного законодательства», т. е. исчерпывающего все детали и предусматривающего все возможные случаи кодекса предписаний. Начинается безнадежная погоня за ускользающим и все размножающимся эмпирическим материалом, рассудок изнемогает в поисках новых принципов и «разумных» масштабов, а законодательство, не совершенствуясь в содержании, чудовищно разрастается. Тогда оно становится недоступным для знания и усвоения, граждане утрачивают *знание* своего права, и «закон» перестает быть их *собственным* законом: *гибнет свобода повиновения*. Создавать такие законы — все равно что писать кодекс на чужом языке или, подобно тирану Дионисию, вешать законы так высоко, чтобы ни один гражданин не мог их прочесть, — результат один и тот же: утрата свободы, «абсолютная тирания» и бесправие (Unrecht). Граждане оказываются в своего рода крепостной зависимости.

Гегель пишет, что искание такого всеисчерпывающего кодекса нелепо и пагубно. Закон *не может* получить *всестороннего* разумного «определения» и неизбежно остается на уровне абстрактности и всеобщности. И все же он стремится педантически предусмотреть и регламентировать каждое проявление жизни и создает нестерпимое «господство рассудка». Возникает *полицейское государство*, в котором все подчинено закону и «надзору», а закон *противостоит* живому субъективному духу как чуждая, внешняя, все уравнивающая сила, гнетущая и преследующая человека. Право оказывается в корне извращенным, ибо закон вырождается в пустую мысль, лишенную «абсолютной сущности».

Проблема слагается как бы антиномически: с одной стороны, законы должны представлять собой нечто доступное и понятное, некую зрелую цельность, иначе погибнет свобода, но, с другой стороны, непрерывно возникает потребность в новых законах и законодательных определениях. Разрешение этой проблемы Гегель видит в следующем: законы должны содержать только «всеобщие основоположения», прочные и устойчивые, адекватно формулирующие «право само по себе» в его священном содержании; эти основоположения подлежат дальнейшей «специализации» в пределах действительной необходимости; но центр тяжести надо переложить с «отвлеченного правила» на *живую действительность закона в душе человека*, т. е. на правосознание.

Гегель затронул очень важную для юриспруденции проблему соотношения закона, степени его детализации и правоприменительной практики.

Закон не существует сам по себе, в правовой реальности его нормы регулируют общественные отношения с учетом того смысла, который нормам придает толкование¹. Суть интерпретации закона — в выяснении, чья же воля выражается в законе: то ли разработчиков закона и депутатов, которые его обсуждали и голосовали, то ли государства или народа. А может ли быть вообще воля у государства или народа? То, что народ систематически осуществляет акт волеизъявления, очевидно, поскольку народ регулярно избирает представителей власти. Это и есть республиканизм. Следовательно, воля народа или воля государства — это не юридическая фикция. Но тогда можно допустить, что и законодателями являются не разработчики закона и депутаты. Принимая закон, государство говорит не от лица разработчиков законов, а от имени самого закона («именем закона»). И решения судов провозглашаются «именем Российской Федерации»². Тем самым подчеркивается чрезвычайно важное обстоятельство, о котором в силу привычки произносить эти слова каждый день судьи и другие юристы подзабыли. Это решение не группы судей, даже если они самые компетентные специалисты в области юриспруденции, а некоторые из них даже профессора.

Эти решения не только являются актами познания, это и акты публичного волеизъявления. Воля судей совпадает с волей закона, как и воля законодателей только совпадает с волей основного закона. В законе персонифицируется воля государства в том смысле, что он содержит отсылки на «основные нормы», базируется на конституционных принципах, а это уже общее содержание законодательства, к которому парламентарии не имеют отношения. Они связаны конституционными принципами, образующими систему, которая называется основы конституционного строя. А поэтому вполне правомерно, что судьи — толкователи законов

¹ См. ст. 74 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее — Закон о Конституционном Суде РФ): «Конституционный Суд Российской Федерации принимает решение по делу, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов».

² См. ст. 77 Закона о Конституционном Суде РФ.

могут «увидеть» в воле закона (воле государства) то, о чем и не помышляли его конкретные разработчики.

В юриспруденции в такого рода случаях говорят о том, что закон истолковывается в соответствии с духом Конституции¹. Хорошо знающие этот «дух» судьи могут в принципе лучше понять и истолковать закон, нежели его разработчики — парламентарии. Эта идея давно известна юристам благодаря формуле: «Закон всегда мудрее своих разработчиков» (старая юридическая поговорка). В XIX в. Биндинг писал о том, что после обнародования закон начинает жить своей самостоятельной жизнью.

Философски-правовые идеи Гегеля оказывали в России большое влияние на творчество Иосифа Викентьевича Михайловского (1867—1920). Как правильно подметил Г. Г. Бернацкий, И. В. Михайловский ориентировался на объективно-идеалистическое понимание естественного права в среде Гегеля². Он трактовал естественное право как «совокупность наиболее общих принципов, норм, непосредственно вытекающих из абсолютной идеи права и имеющих характер вечности, неизменности и безусловной обязательности для всех времен и народов». Обоснование естественного права в отличие от С. фон Пуффендорфа, который связывал его со стремлением людей к мирному обществу, от Г. Гроция, связывавшего его с общежительной природой человека, от Б. Спинозы, который обосновывал его силой, И. В. Михайловский, подобно Гегелю, искал в идее Абсолютного Разума и Добра.

Из этого положения И. В. Михайловский выводил ряд важных положений и, в частности, принцип единства мира. Он считал, что земная жизнь со всеми ее проявлениями есть лишь бесконечно малая частица мировой жизни, физический порядок жизни земли есть лишь проявление физического порядка жизни мира, социальный порядок человеческого общества есть лишь частица мирового разумно-нравственного порядка. Идея естественного права выводится И. В. Михайловским из мирового разумно-нравственного порядка, существующего объективно, независимо от того, создают его люди или нет. «Если этическая жизнь земли, — писал он, — входит в состав мирового этического порядка, если для совместной деятельности людей необходимо организованное

¹ См.: *Гаджиев Г. А.* Об особенностях конституционно-правового истолкования норм гражданского права // Закон. 2009. № 9.

² См.: *Бернацкий Г. Г.* Онтологические основания естественного права в учении И. В. Михайловского. С. 244—250.

общежитие, т. е. необходимо право, то сама идея права есть часть мирового этического порядка»¹.

Эта идея перекликается с системой онтологически-правовых взглядов Э. Фехнера, который позже, уже в середине XX в., писал о том, что право — это часть порядка части порядка (см. гл. 2 настоящей книги).

5. Кант и Гегель разработали общие философские предпосылки изучения философии права. Какие же идеи можно считать общими философскими предпосылками? Окружающая нас реальная действительность — это вещи и люди, в отношении которых мы выступаем в роли наблюдателя и оценщика. Одну вещь мы расцениваем как красивую, другую — как безобразную. Так и в отношении человека — один у нас вызывает симпатию, и это наше чувство является оценкой его достоинств. Как в товарно-денежных отношениях обмениваемые товары оценивают друг друга, так и человек не может воспринимать другого без оценки. Однако всякая оценка требует наличия определенной измерительной линейки, используя которую можно вынести оценивающее суждение. Когда человек имеет эту шкалу оценок, он выделяет себя из реальной действительности, противопоставляет себя ей с помощью субъективных оценок. Таким образом, можно говорить о двух типах поведения людей — об инстинктивном, которое продиктовано соображениями продолжения рода, и оценивающим, которое протекает невидимо в сознании человека.

Является ли «измерительная линейка» (т. е. шкала ценностей) изначально совершенной? Нет, она постоянно развивается по мере развития общества. Иногда эти изменения происходят буквально на глазах одного поколения людей. В конце XVIII в. молодым английским аристократам позволялось заключать пари — кто из их родителей переживет других. И были решения высших судов, которые рассматривали споры, возникающие из этих пари. Но в XIX в. суды начали отказывать в рассмотрении этих исков, полагая, что они безнравственны. Изменилась шкала ценностей! Всякая шкала ценностей представляет собой основу любой культуры человечества. Без нее невозможно обойтись в искусстве, где есть шкала эстетических ценностей, в религии — там своя шкала ценностей, в науке — критерии истинности и ложности. В юриспруденции шкала ценностей имеет особое значение, поскольку она является по преимуществу оценивающим образом мышления.

¹ Михайловский И. В. Указ. соч. С. 202.

Не случайно Фемида с весами (взвешивание — та же оценка, измерение того, насколько обсуждаемое поведение лица соответствует юридическим эталонам) является образом юриспруденции, а не науки, искусства. При этом, рассматривая юриспруденцию как сферу культуры, в которой, как и в морали, оценивающий образ мышления имеет особенно важное значение, мы должны отдавать себе отчет в том, что сами по себе оценивающие критерии релятивны, несовершенны. Они имеют ту же структуру, что и критерии в других сферах культуры: в искусстве, науке. Радбрух писал о том, что культура по определению историков не является абсолютной, совершенной ценностью¹: скорее это понятие постоянно представляет собой смесь гуманизма и варварства (в юриспруденции и морали), вкусов и их отсутствия (в искусстве), истины и заблуждений (в науке).

Независимо от степени совершенства всякие культуры как системы ценностей объективны. Человек застает определенный тип культуры, усваивает именно определенный, исторически сложившийся тип культуры, состоящей из настоящих и сомнительных, а порой и ложных ценностей. Правосознание человека как специфическая форма мышления «фотографирует» определенный образ культуры во всех ее проявлениях (в искусстве, политике, юриспруденции и т. п.). Объективность права и юриспруденции вовсе не означает, что они появились помимо человека. Радбрух справедливо подчеркивал, что право — это творение человеческого разума и, как любое творение человека, может быть понято только из собственной идеи. Рассматривать все сделанное человеком с точки зрения «целеполагания», обусловленного слепыми природными силами, т. е. без оценочного суждения, невозможно; невозможно и инстинктивное, лишенное оценки суждение о праве².

Идея права — это идея справедливости. И в этом Радбрух является очевидным продолжателем дела Канта³, который создал философскую систему координат, в рамках которой развивается современная философия права. Итак, идея права — это идея справедливости, т. е. один из критериев, который принадлежит не правовому, а иному интеллектуальному, культурному простран-

¹ См.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 13.

² Там же. С. 15.

³ На Радбруха оказали влияние работы неокантианцев марбургской и фрайбургской (баденской) школ. В начале «Философии права» он пишет, что его философско-правовые взгляды сформировались под воздействием В. Виндельбанда и Г. Риккерта — вдохновителей фрайбургской школы.

ву — этическому. И в этом основной «нерв» и источник развития права, и одновременно присущий именно праву недостаток в виде его неопределенности. Право будет соответствовать своей цели, если оно обладает четкими критериями, если отметки на «измерительной» линейке равны и отчетливо видны. И для этого создана ценность в виде системы позитивного права. Но его оказывается явно недостаточно. Жизнь создает конфликтные ситуации, которые не могут быть сравнены с юридической «измерительной» линейкой, — на ней не оказывается каких-то микроскопических делений, она слишком груба!

И вот тогда возникает извечный конфликт между правом и моралью. Он неизбежен, поскольку правовое интеллектуальное культурное пространство, находящееся рядом с пространством морали, оказывается в зависимом положении от убеждающей силы критериев добра, справедливости, любви и т. д., т. е. «не своих» критериев. Отсюда и основной юридический дискурс — о приоритете либо позитивного, либо естественного права, опирающегося на нравственные критерии. В этом противоречие между внешним формализмом позитивного права и его внутренней содержательностью, но при этом формально (дефицитной моралью) исток теоретического многовекового противостояния между интернализмом школы позитивного права, когда достаточно создать «рай юридических понятий», научиться толковать законы и автономизировать право, считая его абсолютно самодостаточным, и экстернализмом школы естественного права, когда считается, что право находится в служебном положении по отношению к морали, когда базовой ценностью является ценность этическая — примат справедливости.

Наиболее ярко экстернализм проявляется в знаменитой «формуле Радбруха», изложенной в его статье с красноречивым названием «Законное неправо и надзаконное право»¹. Радбрух был убежденным позитивистом. В своей оценке поведения судей он исходил из того, что они должны приносить свои этические чувства в жертву высшему принципу законности. У него, как и у Кельзена с его «основной нормой», есть понятие «базовой нормы». Но после Второй мировой войны Радбрух стал утверждать, что аморальные законы не обязательны для судей. Образ кающейся Германии дополняет образ меняющих свои взгляды позитивистов. Это были трагические метаморфозы. И их испытали и М. Хайдеггер, и К. Шмитт, которые заигрывали с нацизмом.

¹ Радбрух Г. Указ. соч. С. 228—238.

Радбрух в своей статье оценивает высказывание генерального прокурора земли Саксония, который в судебном заседании высказал следующее мнение: «Ни один судья не может ссылаться на закон и основанную на нем правоприменительную практику, которые не только неправомерны, но и преступны. Мы ссылаемся на права человека, которые стоят выше всего писаного права, на неотъемлемое и существующее с незапамятных времен право, которое не признает действие принудительных приказов бесчеловечных тиранов».

Частный опыт человека часто служит поводом для изменения суждений или вызывает интерес к какой-то сфере познания. А. А. Гусейнов рассказал мне, что поводом для появления замечательного «Введения в философию права» В. В. Бибахина послужило испытанное и пережитое им судебное дело, связанное с автопроисшествием. А интерес к теории суждения проявился у Х. Арндт после того, как она в качестве корреспондента присутствовала на суде над Адольфом Эйхманом в 1961 г. в Иерусалиме. Именно тогда она поставила не только философский, но и философско-правовой вопрос: есть ли у нас право предполагать наличие «независимой человеческой способности, не опирающейся ни на закон, ни на общественное мнение, которая сызнова и самопроизвольно выносит суждение о любом действии и намерении, когда только представляется случай? Обладаем ли мы такой способностью, являемся ли мы, каждый из нас в отдельности, законодателем в каждом своем поступке?»¹.

Свой вариант ответа на «основной вопрос права» содержится в феноменологических направлениях философии.

6. У этих направлений философии и философии права в России имелась теоретическая база в виде психологической теории права Л. И. Петражицкого, который предвосхитил появление экзистенциализма в онтологии права². Он, безусловно, самый яркий представитель петербургской школы философии права, отличающийся следующей позицией: а) право не сводится к системе юридических норм (позитивному праву) и б) оно свободно от рационалистически-ценностных обременений. Ученик Петражицкого — выдающийся американский социолог Питирим Сорокин считал, что феномен права выходит за пределы юридической метафизики — системы, которая получила название «юриспруден-

¹ Арндт Х. Лекции по политической философии Канта. СПб., 2012. С. 161.

² См.: Поляков А. В. Онтологическая концепция права: опыт осмысления // Право и политика. 2000. № 6. С. 5.

ция понятий». Обычно так развиваются многие современные философско-правовые концепции¹.

Психологическая теория права была воспринята в русской юридической литературе начала XX в. в целом критически, хотя у нее появилось много сторонников. Б. А. Кистяковский считал, что взгляд Петражицкого на право как на психологический феномен основывается на неверной онтологической посылке, согласно которой существуют только две реальности — физическая (овеществленная) и психическая. Между тем после появления диалога «Федон» Платона возникла иная реальность — реальность идей². Феноменологическая школа основывается на признании реальности мира идей, причем эта сфера идеального бытия объективна, поскольку не зависит от индивидуального сознания.

В этом направлении развивалась философская мысль выдающегося русского религиозного философа С. Л. Франка, философская система которого получила название «идеал — реализм». Франк полагал, что общественная жизнь, частью которой является право, представляет собой своеобразную сферу бытия, которая не может быть отнесена ни к материальному миру, ни к психическому бытию. Право невозможно усмотреть в овеществленной материальной реальности, но это не только психические переживания человека. Франк писал о том, что уже давно и с неопровержимой убедительностью философская мысль достигла сознания, что «объективная действительность» кроме совокупности эмпирически данного ее материала содержит в себе нечто иное — а именно то, что образует его «форму». Это есть элемент, который называется «идеальным» и который открывается чисто умственному, «интеллектуальному» созерцанию³.

¹ А. В. Поляков обращает внимание на позицию Г. Д. Бермана, который считает, что в своем определении и исследовании права социальная теория права должна делать упор на взаимодействии духа и материи, идей и опыта, свести воедино все три традиционные школы — политическую (позитивизм), этическую (теория естественного права) и историческую (историческая юриспруденция) и создать интегративную юриспруденцию (см.: *Берман Г. Д.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 57).

² Великий философ описывает в «Федоне» все несовершенство окружающей его материальной действительности и воображает занебесные выси, истинную землю, что покоится в истинном небе, пеструю, как цветной мяч, сшитый из двенадцати кусков кожи, и излучающую истинный свет (см.: *Лосев А. Ф., Тахо-Годи А. А.* Платон. М., 1977. С. 184).

³ См.: *Франк С. Л.* Реальность и человек. СПб., 1997.

Кант отмечал, что пространство и все, что в составе опыта им определено, не принадлежит к конкретному материалу внешнего, чувственного опыта, а лишь присутствует в нем. Он показал также, что время, в составе которого мы вообще воспринимаем все опытно данное, также есть само не «материал» опыта, не то, что именно в нем дано, а условие опыта — то, как и в какой форме он дан. Франк пишет о Канте, показавшем, что целый ряд общих элементов и отношений, которые мы причисляем к составу действительности (таких, как «причина», «качество», «отношение», «вещь» (или субстанция) и т. п.), сам не дан в опыте на тот лад, на который дан его чувственный или вообще конкретный материал, а как-то по-иному присутствует в нем, образуя его «формы». Эти или подобные элементы бытия Кант считал формальными. А видение «идеальных» элементов бытия впервые было достигнуто именно Платоном — настоящим теоретиком и создателем философских идей, как это понимали греки. Их «теория» (*theoria*) означала не отвлеченное созерцание, а именно «видение». Слово «идея» (*idea*) есть предмет видения¹.

Для Канта присутствие в составе опыта идеальных элементов, которые он считал формами человеческого сознания, порочит саму объективную реальность того, что называется эмпирической действительностью. Она представлялась ему некоей картиной, которую мы сами творим, налагая на чувственный материал формы, присущие нашему собственному сознанию. Поэтому эта картина оказывается у Канта не подлинной реальностью, а только объективированным комплексом наших представлений, как пишет Франк, «некоей застывшей, устойчивой, общей всем людям иллюзией».

По мнению С. Л. Франка, идеальные элементы опытно данного также входят в состав объективной действительности. Он считал: учитывая наличность этих идеальных элементов, целесообразно заменить при обозначении того, что «подлинно есть», термин «эмпирическая действительность» (в котором акцент делается на том, что дано нам чувственно или конкретно, т. е. на «материале» бытия) на термин «объективная действительность»².

Дважды два четыре, диаметр делит круг на равные половины, в мире существуют отношения различия и тождества, постоянства и изменчивости — эти и им подобные отношения являются свойст-

¹ См.: Лосев А. Ф., Тахо-Годи А. А. Указ. соч. С. 172.

² См.: Франк С. Л. Реальность и человек. С. 17.

вом объективной действительности, они ничем не отличаются от следующих эмпирических фактов — железо тяжелее дерева.

Объективная действительность кроме чувственно или наглядно данной области может включать в себя область невидимого. Франк признает, что такой «супернатурализм» отличается от привычного натурализма, но он все же совпадает с ним по общему логическому типу представления о реальности. Классический образец такого типа мышления — метафизика Аристотеля и производная от нее философская система Фомы Аквинского. Этот тип мышления Кант называл «догматической метафизикой». Все сущее (включая представления о Боге, душе, духах) укладывается при этом в общую вселенскую картину бытия, т. е. всеобъемлющего единства конкретной объективной действительности.

Все мировое бытие протекает во времени, возникает, длится и изменяется. Идеальные же формы обладают иным свойством — они сверхвременные (или вневременные). Числовые и геометрические соотношения, логические соотношения существуют, как считал Франк, не изменяясь, т. е. вне времени.

Выходит, что они существуют в каком-то ином плане или измерении бытия. Есть известная корреляция этих идей с феноменологическим учением Э. Гуссерля, который, по мнению Франка, в своих трудах доказал, что, например, содержание математических и логических понятий представляет собой вневременные объективные идеи, не зависящие от сознания людей. К этой же сфере идеальных отношений, существующих независимо от психических переживаний отдельных людей, Франк относил и предмет чистой этики.

Можно ли и мир права считать совокупностью вневременных идей? Как отмечает А. В. Поляков, к такому объективно-идеальному пониманию права склонялись представители немецкой неокантианской школы философии права — Г. Коген, Р. Штаммлер, Г. Кельзен¹. Но с ними Франк не соглашается. Его корректировка сводилась к следующему: как общественная жизнь, так и право являются не абстрактно идеальным, а конкретным бытием.

Право не имеет вневременного бытия, поскольку оно возникает, длится и исчезнет во времени (в отличие от математических, логических, а также «чистых этических идей»). Поэтому бытие государства и права предполагает не только вообще бытие людей, в

¹ См.: Поляков А. В. Онтологическая концепция права: опыт осмысления. С. 7.

отношении которых оно имеет силу, но и их подчинение данному праву и государству.

Вывод С. Л. Франка: природа общественного бытия, права выходит за пределы антитезы «субъективное — объективное», поскольку является одновременно и тем, и другим. Эта идея перекликается с выводом, к которому пришел Н. Н. Алексеев, считавший под воздействием феноменологии Гуссерля: то, что подчиняет субъекта праву, имеет ценностную природу, а то, что образует право, является его идеей, правовым «эйдосом» (сущностью). То, что можно считать «объективной действительностью», Франк назвал «прозрением»: называемое объективной действительностью даже в самом широком, казалось бы, всеобъемлющем смысле этого понятия не исчерпывает собой бытие. «Всякой действительности, всему, что мы включаем в состав мирового бытия, мы вынуждены противопоставить более широкое понятие реальности, в состав которой входит кроме действительности еще сверхвременное “идеальное” бытие»¹.

Отталкиваясь от идеи Декарта о реальности, лежащей за пределами мира объектов, выраженной в его формуле *cogito ergo sum*, Франк утверждает, выражаясь приблизительно и в обычных понятиях, заимствованных из области предметного знания, что «я», которое сознает себя в мире самого факта мысли или ее носителя, есть реальность, в которой «объект» совпадает с «субъектом». Это есть реальность, которая вообще не предстает в роли объекта, открывается самой себе, но не в силу того, что кто-то другой на нее смотрит, а в силу того, что само ее бытие есть непосредственно бытие для себя, самопрозрачность². Это то бытие, которое стало откровением, открывшимся Августину, — сверхмирное, сверхобъективное. Это бытие не является немой пассивной действительностью, извне предстоящей нашей мысли. Это бытие, будучи первичным существом нашего собственного бытия, в его лице обнаруживается как первичное существо реальности вообще. Это же открытие Августина — Декарта сделал и Кант, который по праву считается основоположником немецкого идеализма. Он также осознал релятивность понятия «объективная действительность». В объективной действительности, которую неискушенное сознание воспринимает как абсолютную, самодовлеющую и всеобъемлющую реальность, Кант усмотрел не что иное, как корреляцию

¹ Франк С. Л. Реальность и человек. С. 24.

² Там же. С. 32.

(сам Кант толковал ее как «порождение») самой познающей мысли и потому как нечто, имеющее лишь ограниченную и относительную значимость. Согласно Канту, подлинно всеобъемлющим целым оказалась не «объективная действительность», которая есть лишь корреляция «теоретического разума», а превосходящая ее сфера «сознания».

Дальнейшее развитие этой кантовской мысли, считает Франк, у Фихте и Гегеля «открыло подлинную всеобъемлющую реальность в виде более глубинного и первичного начала “духа”». И этот итог представляет собой естественный вывод из открытия, что не «объект (то есть не то, что предстает нашей мысли), а, напротив, сам субъект есть откровение подлинного существа реальности». Это был, как говорил Платон, «поворот глаз души» извне вовнутрь, в силу которого существо реальности открылось не так, как она извне предстает в качестве «объективной действительности», а так, как она есть и обнаруживается в живых глубинах самосознания.

Душевная жизнь человека, этот субъективный мирок, форма бытия которого так сокрыта от объективного мира, тем не менее является частью объективной действительности.

И тогда правосознание человека как часть этого «субъективно-го мирка» также должна признаваться частью правовой реальности. И если речь идет о правосознании, допустим, президента страны, то ощущение, что оно является действительностью, усиливается, поскольку под его воздействием оказываются очень важные для всего общества решения.

Таким образом, эта парабола философской мысли: Платон — Августин — Декарт — Кант — Коген — Франк — может привести нас к выводу о том, что правовая реальность не ограничивается реальностью существующих юридических норм, действительность которой поддерживается такими институтами, как суд, тюрьма и т. д., но это и реальность правосознания как отдельного человека, так и общества в целом.

Есть ли какая-то связь между правовой реальностью и трансцендированием? Для ответа на этот вопрос необходимо погружение в философское пространство, созданное Хайдеггером. С. Л. Франк считал: чтобы понять, что такое трансцендирование, необходимо вспомнить старую, установленную Декартом истину: душа человека не имеет места в физическом организме, не имеет объема и пространственной формы. Это не значит, что она вообще автономна от тела: болезни и страдания определенно воздействуют на нее. И тем не менее душа находится в известной автоно-

мии от тела. Она может унести мечтами в будущее, представить мысленно прошлое, перенестись мысленно в другой город или на другой континент.

Говоря о внутренней реальности духовного мира человека, в целях наглядности С. Л. Франк прибегает к образу души: это подобие подземной шахты, которая имеет маленький вход извне, из наружного слоя «объективной действительности», внутри же есть некий огромный, сложный, потенциально бесконечный подземный мир. Хайдеггер, по мнению С. Л. Франка, предлагает менее наивное и более точное учение о замкнутости и изолированности внутренней жизни человека. Подобно тому, как физики в учении об искривленном пространстве, говорят о конечности мироздания, совместимой с его неограниченностью, так «экзистенциализм» Хайдеггера, обнаружив необозримую полноту своеобразной реальности в составе внутреннего бытия человека (его Existenz), утверждает все же ее конечность и замкнутость в себе. С этой точки зрения то, что обычно называется «душой», хотя и есть неизмеримая вселенная, но все же вселенная, замкнутая в себе, навеки пребывающая в пределах самой себя, существует только в себе, как пребывая в пожизненном одиночном заключении¹.

Именно это основное утверждение Хайдеггера С. Л. Франк считал в корне несостоятельным. Бытие субъекта — это изнутри меня открывающаяся моя жизнь, хотя есть ближайший, наиболее явно и непосредственно мне данный слой первичной реальности, отнюдь ее не исчерпывающий. Дело в том, считает С. Л. Франк, что этот слой по самому своему существу немислим иначе, как в связи с чем-то иным, ему запредельным, что этой первичной реальности по самому ее существу присущ момент трансцендирования, выхода за пределы себя, как чего-то ограниченного. Существо этого момента трансцендирования состоит в том, что я не могу иметь «мое собственное» бытие иначе, как часть или члена бытия вообще, выходящего за его пределы. Сознать или иметь границу и выходить за нее означает, по Франку, одно и то же².

«Во всех явлениях такого рода, то, что я имею, — пишет Франк, — есть такое интимное мое достояние, что в каком-то смысле совпадает с тем, что я есть. Или наоборот: мое собственное бытие есть здесь не что иное, как моя принадлежность к почве общего бытия, и хотя эта принадлежность не есть мое растворение и исчезновение в этой почве, а есть, напротив, источник всей поло-

¹ Франк С. Л. Реальность и человек. С. 52.

² Там же. С. 54.

жительности моего собственного бытия как бытия индивидуального, но в силу ее моя индивидуальность не есть обособленность и замкнутость, а есть именно соучастие в общей почве... Это и означает, что основоположная черта “моего внутреннего бытия” есть имманентно присущий ему момент трансцендирования — соучастия в бытии за пределами самого себя»¹.

Скорее всего, именно идея трансцендирования является философской подосновой мысли Н. Н. Алексеева о том, что право можно обнаружить там, где есть право, т. е. притязания одного к другому. Право в смысле притязания или правомочия — это важнейший элемент правовой реальности. Но, по сути, любое правомочие только тогда может считаться правомочием, если ему корреспондирует обязанность другого лица (лиц).

7. В начале XX в. многим философам казалось, что онтологические исследования иссякли, поскольку успехи метафизики и традиционной онтологии исчерпали эту проблематику. Но тут появилась знаменитая книга М. Хайдеггера «Бытие и время». И хотя к моменту ее появления (1927) Э. Гуссерль уже создал свою феноменологию как онтологию, М. Хайдеггер оценил степень разработки проблем бытия критически: вопрос о бытии «сегодня предан забвению, хотя наше время приписывает себе прогресс в новом утверждении “метафизики”»².

Переворот, произведенный Хайдеггером в онтологии состоит в том, что он использовал необычный метод. Если традиционная дохайдеггеровская онтология усматривала бытие вне человека, т. е. как все то, что вне его, что его окружает, то Хайдеггер предложил начать анализ бытия с внутреннего индивидуального сознания человека с помощью специального инструмента — феноменологического усмотрения сущности.

До него категория «бытие» рассматривалась как предельно широкая и отчужденная от человека. Хайдеггер поддержал традицию трансцендентализма, идущую от Д. Скота, Ф. Суареса, Х. Вольфа. Это понятие было существенно перетолковано Кантом, который связал его с априорностью, критикой разума и его возможностей и противопоставил трансцендентному. В критической философии Канта понятие «трансцендентальное» стало одним из основных. Это объемное понятие использовалось им для обозначения большинства разделов, рубрик, характеристик познавательных способностей человека. Он называл трансцендентальным «всякое позна-

¹ Франк С. Л. Реальность и человек. С. 59.

² Философия Мартина Хайдеггера и современность. М., 1991. С. 16.

ние, занимающееся не столько предметами, сколько видами нашего познания предметов, поскольку это познание должно быть возможным а priori»¹.

Шеллинг в «Системе трансцендентального идеализма» продолжил эту традицию, считая, что трансцендентальное рассмотрение состоит в постоянной самообъективации субъективного. Существенно трансформировал понятие «трансцендентальное» учитель и предшественник М. Хайдеггера Э. Гуссерль². Он писал: «Я сам употребляю слово “трансцендентальный” в самом широком смысле — для... такого оригинального мотива, который благодаря Декарту является смыслопридающим во всех нововременных философиях, и во всех них приходим... к самому себе... Это мотив обращающего назад вопрошения о предельных источниках всех познавательных образований, самоосмысления познающим самого себя и своей познающей жизни... Это мотив часто обоснованной из этого источника, окончательно обоснованной универсальной философии. Этот источник имеет название Я — сам со всей моей действительной и возможной познавательной жизнью, в конце концов со всей моей жизнью вообще. Вся трансцендентальная проблематика кружится вокруг отношения этого моего Я — эго — к тому, что само собой разумеется, для этого полагается: к душе, а затем снова вокруг отношения этого Я и жизни моего сознания — к миру»³.

По Хайдеггеру, только через человеческое бытие (бытие — сознание) бытие как таковое может стать помысленным, может стать проблемой. А бытию — сознанию, для обозначения которого Хайдеггер использует перетолкованный им по-новому старый онтологический термин *Dasein*, по существу, как он считал, не было места в традиционной онтологии. Итак, *Dasein* помещается в центр онтологии, и в этом суть переворота.

Как заметила Н. В. Мотрошилова, еще одно важное отличие трансцендентализма Хайдеггера от трансцендентализма Канта — Гуссерля состоит в том, что он не стал развивать осуществленную Гуссерлем редукцию, в которой он предлагал отсечь от индивидуального сознания все индивидуально-психологическое, социальное, особенное. Наоборот, Хайдеггер, настаивал на необходимости феноменологического всматривания в пласты сознания человека, которые Гуссерль предлагал исключить во имя поиска чего-то большего, общей структуры сознания. И это такие экзистенциалы

¹ Кант И. Критика чистого разума. М., 1994. С. 44.

² См.: Новая философская энциклопедия. Т. 4. С. 98.

³ Там же.

бытия человеческого сознания, как одиночество, заброшенность, покинутость, усредненность, смерть¹.

В своих работах по истории философии Хайдеггер постоянно обращается к онтологической проблематике, к мышлению бытия. Он приходит к выводу, что мышление бытия есть первоначальный способ поэтического речения. В нем прежде всего язык приходит к «проговариванию», т. е. выступает в своей сущности. Мышление говорит, а задает диктант, диктует истина бытия.

Для понимания фундаментальной онтологии Хайдеггера необходимо обратить внимание на то, как он всматривается в этимологию слов и смысл понятий, сравнивая их с бытием во всем его многообразии. Для юристов такое «рассмотрение под микроскопом» юридических понятий издавна является привычным делом, составляет часть юридической герменевтики. Юрист не просто читает юридическую норму «Жилище неприкосновенно» (ч. 1 ст. 25 Конституции РФ), он сразу обращает внимание на то, что в тексте использовано довольно архаичное русское слово. Сейчас говорят не «я купил жилище», а «я купил квартиру, дачу, дом». Это юридическое понятие встречается в жилищном, гражданском, уголовно-процессуальном и прочем законодательстве, причем каждый раз в него вкладывается различный юридический смысл. И только в тексте Конституции РФ в этом предельно широком понятии объединены все возможные юридические смыслы. И если следователь приходит с ордером в загородный дом в целях проведения обыска в жилище, то он может осмотреть не только сам дом, но и гараж, баню, летнюю кухню и даже конуру собаки. А в практике Европейского Суда по правам человека появился специальный термин, обозначающий такое расширительное толкование смысла юридических понятий — эволюционное толкование.

Точно так же и Хайдеггер выходит за рамки обыденного словоупотребления и связанного с ним инерционного мышления. С его точки зрения, обыденная речь ориентирована на повседневное общение с налично сущим. Феномены бытия, напротив, принципиально не могут быть выражены в ее рамках². Эта мысль выражена Хайдеггером в замечании, содержащемся в § 7 его работы «Бытие и время»: одно дело сообщать, повествуя о сущем, другое — схватить сущее в его бытии. Для второй из названных задач не хватит не только большей частью слов, но и прежде всего «грамматики»³.

¹ См.: *Мотрошилова Н. В.* Драма жизни, идей и грехопадения Мартина Хайдеггера // *Философия Мартина Хайдеггера и современность.* М., 1991. С. 17.

² См.: *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права. Харьков, 2006. С. 49.

³ См.: *Хайдеггер М.* Бытие и время. М., 2011. С. 39.

Феноменам бытия тесно в словесной форме — слова являются для них прокрустовым ложем, феномены бытия гораздо более информативны.

Идея Гуссерля и Хайдеггера имеет чрезвычайно большое значение для юриспруденции, в особенности — для конституционного права. Пользуясь этой идеей, А. В. Поляков так объясняет этимологию русского слова «закон»: оно происходит от слова «конь», что означает начало и конец. Первоначально это слово означало кол, столб, служащие для межевания земельных участков. Конь — это граница между началом и концом, а за-кон — это и есть закон — запрет выхода за пределы¹.

Создается впечатление, что в основе методологии Хайдеггера лежит нигилизм. Он решительно отказывается пользоваться привычными и ставшими общеупотребительными понятиями классической метафизики. В этом философия Хайдеггера так же критична, как критична философия Канта. Феноменологический метод (его ядро) описан в знаменитом § 7 «Бытия и времени», озаглавленном «Феноменологический метод разыскания». «Предметом разыскания» является бытие сущего, смысл бытия вообще. Этой задачей должны быть предопределены и метод, и задача онтологии. Она состоит в выделении бытия сущего и экспликации самого бытия. Метод онтологии будет в высшей степени сомнительным, если испрашивать совета у исторически унаследованных онтологий. Эта философская дисциплина должна формироваться из объективной необходимости определенных вопросов и из способа проработки, требуемого «самими вещами». Способ проработки этого вопроса Хайдеггер называет феноменологическим.

Феноменология — это прежде всего методическое понятие. Оно характеризует не только содержательное «что» предметов философии исследования, но и «как». Титул «феноменология», считает Хайдеггер, суть максимы, которая выражается словами «к самим вещам», а это значит (в этом суть критики) — против всех свободнопарящих конструкций и случайных находок, против заимствования любых лишь мнимо доказанных концепций, против мнимых вопросов, которые часто на протяжении столетий выпячиваются как проблемы.

Предпонимание феноменологии предполагает установление, что же такое наука о феноменах. Значение выражения «феномен» у Хайдеггера отличается от того, какой смысл в него вкладывали

¹ См.: Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003. С. 476.

Кант, Гуссерль: это само-по-себе-себя-кажущее, очевидное. Давая этимологию греческого слова, от которого произошло современное «феномен», он напоминает его смысл — то, что показывает себя, то, что находится на свету или может быть выведено на свет. Это то, что греки отождествляли с сущим. Сущее может казаться себя из себя самого разным образом, смотря по способу подхода к нему. Возможно, что сущее кажет себя как то, что оно в самом деле не есть. Это явление Хайдеггер называет кажимостью (вспомним, как это понятие использовал М. К. Мамардашвили). Отсюда возникает «явление» как проявление чего-то, и оно означает как раз не показывание самого себя, но давания знать о себе чего-то, что себя не кажет, через нечто, что себя кажет. Явление есть «себя-не-казание».

Хотя «явление» никогда не есть казание себя в смысле феномена, все же оно возможно лишь на основе какого-то казания себя. Слово «явление» имеет двоякое значение: 1) (про) явление в смысле давания о себе знать как себя-неказание и 2) само дающее знать — которое в своем казании себя указывает на нечто себя-некажущее. И наконец, можно применять явление как титул для аутентичного смысла феномена как казания себя. Когда эти три разных положения вещей обозначают как одно «явление», путаница неизбежна. Так, Хайдеггер наглядно показывает, почему он столь критичен к метафизической онтологии. Примером явления в значении давания о себе знать через кажущее является покраснение щек человека при определенном освещении. Эта кажущаяся краснота может быть принята за дающее о себе знать заболевание, что со своей стороны индицирует какие-либо нарушения в организме. На самом же деле это только результат освещения, и человек может быть здоров.

Феномен — это себя-в-себе-самом-показывание, это особый род встречи чего-то. Явление, напротив, подразумевает сущую в самом сущем отсылающую связь, а именно так, что отсылающее (дающее знать) способно удовлетворить свою возможную функцию, только если оно кажет себя само по себе, есть «феномен».

Науки как образы поведения человека имеют способ бытия этого особого сущего — человека. Особенность этого бытия в § 4 «Бытия и времени» Хайдеггер обозначил термином «присутствие». Присутствие есть сущее, которое не только случается среди другого сущего. Оно, напротив, оптически отличается тем, что для этого сущего в его бытии речь идет о самом этом бытии. К этому бытийному устройству присутствия, однако, тогда принадлежит то, что в своем бытии оно имеет бытийное отношение к этому бы-

тию... Само бытие, к которому присутствие может так или иначе относиться и всегда как-то относилось, Хайдеггер именует экзистенцией.

Присутствие понимает себя всегда из своей экзистенции, возможности его самого быть самим или не самим собой. Эти возможности или присутствие выбрало само, или в них попало, или в них уже выросло. Так у Хайдеггера появляется рассуждение об онтологической структуре экзистенции. Вопрос о структуре нацелен на раскладку того, что конституирует экзистенцию. Взаимосвязь этих структур Хайдеггер называет экзистенциальностью.

Он выделяет две структуры: *Dasein* — бытие-в-мире и со-бытие. Эти структуры призваны обозначить тот факт, что мы никогда не существуем «вообще», но всегда в мире, и это значит среди других людей¹. Человек не занимает позицию вне мира, откуда мы можем его понять. Также он не находится в мире так, что отделен от всего иного сущего. Поэтому бытие-в-мире — это не свойство и не качество *Dasein*, но термин, выражающий его онтологическую позицию в мире и бытийное отношение к иному сущему².

Онтология как методология у Хайдеггера включает в себя четыре элемента: феноменологическую редукцию, феноменологическую конструкцию, герменевтику и феноменологическую деструкцию³.

Посредством герменевтики бытийная понятливость, принадлежащая к основоустройству *Dasein*, извещается о смысле своего бытия и собственных онтологических структурах. Данное извещение происходит в модусе феномена, когда смысл бытия и бытийной структуры *Dasein* кажут себя в бытийной понятливости. Поскольку феномен есть само-по-себе-себя-кажущее, неизбежно возникает проблема толкования. Таким образом возникает «герменевтический круг», когда для того, чтобы толковать феномены, мы должны уже их как-то понимать, а для понимания необходимо какое-то истолкование⁴.

В 1950 г. Хайдеггер прочитал в Баварской академии изящных искусств доклад, названный им «Вещь». Понятие «вещь» со времени римских юристов занимает одно из центральных мест в догматической юриспруденции. «Вещь» как юридическое понятие в ней уже оторвано от овеществленного мира. Кроме телесных вещей в юриспруденции оперируют понятием «вещи бестелесные»

¹ Цит. по: *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права. С. 52.

² Там же.

³ Там же. С. 55—62.

⁴ Там же. С. 57—58.

(это разного рода права требования). Совокупность вещей в праве — это имущество. В наследственном праве передаваемое по наследству имущество называется наследственной массой. В ее состав входят не только телесные вещи, не только имущественные права требования, но и личные неимущественные права, не связанные с личностью умершего.

Казалось бы, что можно сказать о вещи в философии? Метафизика не смогла добавить ничего оригинального и нового для юриспруденции. Невиданное уплотнение времени, скорость передачи информации, способность с помощью виртуального пространства переноситься в любой конец Земли — все это сделало ранее далекое близким. И тогда Хайдеггер поставил вопрос: «Что такое близость, если она вам не дается, несмотря на свертывание длиннейших расстояний до кратчайших дистанций»¹.

Это, как замечает Н. В. Мотрошилова, один из самых важных для Хайдеггера вопросов, причем его надо понимать и в прямом, и в переносном смысле². В переносном смысле речь идет о понятии «далекий» и «близкий» с философской точки зрения. «Близко» к нам то, что мы называем вещами. Только что такое вещь? До сих пор человек о вещи как вещи задумывался не более чем о близости. Хайдеггер предлагает взглянуть на вещь с точки зрения ее бытия. Осмысливая вещь, он показывает, что есть само мышление. Наверное, это грубое сравнение — как через каплю морской воды можно составить представление о целом океане, так и осмысливание такого относительно простого понятия, как вещь, позволяет Хайдеггеру вывести мышление «на очную ставку с вещью» (Н. В. Мотрошилова). При этом он использует основные достижения феноменологии Гуссерля, касающиеся скрытых возможностей сознания. Аристотель говорил, что наши возможности что-либо делать с вещами бесконечно возрастают, когда наше мышление концентрируется на их скрытых возможностях.

Гегель в «Философии права» обратил внимание на то, что слово «вещь» (*Sache*), как и слово «объективное», может иметь противоположное значение. В одном случае, когда говорят: в этом суть дела (*das ist die Sache*), — все дело в вещи, не в лице — оно имеет субстанциональное значение; в другом — когда вещь противопоставляют лицу, вещь есть нечто противоположное субстанциональному, лишь внешнее по своему определению³.

¹ Хайдеггер М. Время и бытие: статьи и выступления. СПб., 2007. С. 437.

² См.: Мотрошилова Н. В. Драма жизни, идей и грехопадения Мартина Хайдеггера. С. 42.

³ См.: Гегель. Указ. соч. С. 99, 100.

Хайдеггер прежде всего имеет в виду субстанциональное значение вещи, а не ее кажимость.

В труде «Суммы теологии» Фомы Аквинского, в вопросе 95 «О человеческом законе» есть весьма любопытный сюжет: «*Sed contra est quod Tullies dicit in sua Rhetor (II, 53): Res a natura profectus, et a consuetudine probates, legume metus et religio sanxit*». Этот текст А. Аполлонов перевел так: «Но против: Туллий говорит в “Риторике”: Вещи, имеющие исток в природе и подтвержденные обычаем, подкрепляются уважением и страхом перед законом».

Однако, с моей точки зрения, это неточный перевод латинского слова *res*. В предыдущем абзаце приведена цитата из «Дигест» Юстиниана, которой возражает Туллий. В ней сказано: «Не все имеет рациональное основание». Фома Аквинский делает вывод из этого высказывания: «Следовательно, не все человеческие законы выводятся из естественного закона».

Судя по контексту § 4 раздела 2 вопроса 95, *res* в латинском тексте — это не вещь, а закон! Точнее, все, что касается всех, — это и есть закон, особая вещь.

Но у *res* есть еще один смысл. Это определение, которое давал человеку Сенека, — *res sacra* — священная вещь!

Хайдеггер доказывает, что на самом деле это не скрытые возможности вещи, это не ее «способности», а способности сознания человека. Казалось бы, что можно сказать о такой вещи, как чаша? Философ показывает беспредельные возможности человека, его осознания скрытых возможностей, потенциалов, коими обладает чаша.

Итак, Хайдеггер ставит вопрос просто: что такое чаша? Обычно следует ответ — это емкость, приемлющая в себя что-либо другое, какое-то вещество. Приемлющее в чаше — дно и стенки. В качестве емкости чаша есть нечто такое, что стоит само по себе. Самостояние характеризует чашу как вещь самостоятельную. Нечто самостоятельное может стать пред-метом, когда мы ставим эту вещь перед собой. Это можно сделать двояким образом: либо через непосредственное восприятие, либо с помощью создания в сознании представления о вещи путем актуализации в памяти образа чаши. Но при этом наука делает вещественность вещи — «чашечность чаши» забытой и скрытой для сознания.

Но что же такое вещественность вещи и чашечность чаши? Они не поддаются определению через предметность предмета. Чаша остается емкостью, представляем мы ее или нет. Как емкость чаша стоит сама по себе. Но что значит ее приемлющее са-

мостоятельно? Разве самостояние емкости чаши определяется как вещь?

Все-таки чаша как емкость само-стоятельна лишь в той мере, в какой поставлена. Происходит это в результате и благодаря изготовлению чаши в таком виде. Гончар изготавливает чашу способной к стоянию. Что стоит благодаря поставлению чаши на стол или на иную поверхность, то самостоятельно. Принимая чашу как изготовленный сосуд, мы, казалось бы, берем ее как самостоятельную вещь, а вовсе не как простой предмет. Или мы и теперь все-таки еще берем чашу как предмет? Безусловно, считает Хайдеггер. Правда, ее уже нельзя считать просто предметом представления, хотя она все равно пред-мет, т. е. что-то поставленное перед нами, напротив нас благодаря своему изготовлению. Вроде бы чаша как вещь получает свои характеристики в сознании благодаря своему самостоянию. По сути, однако, говорит философ, мы сознаем ее самостояние от изготовления. Самостояние — это то, на что нацелено изготовление. Так нас учит наука. Все равно самостояние чаши мыслится тут исходя пока еще из предметности, хотя осознание пред-стояния, как нам известно из науки, изготовленной вещи уже не коренится в голом представлении. Так или иначе, от предметности предмета и от самостояния никакой путь к вещественности вещи (и чашечности чаши) не ведет, полагает Хайдеггер.

Что же тогда вещественно в вещи? Оказывается, мы доберемся до вещи в себе, только когда наша мысль прежде доберется, наконец, просто до вещи как вещи. По сути, тут Хайдеггер начинает развивать идею Аристотеля о наличии у вещи скрытых возможностей!

Читателю может показаться чрезмерным столь подробное описание мыслей и философствований Хайдеггера. Думаю, в этом есть смысл: только так можно понять значение онтологического переворота, осуществленного им. В гл. 2 настоящей книги я постараюсь показать, как данный переворот вызвал, в свою очередь, метаною в представлениях философов права.

Однако вернемся к ходу мысли великого философа. Оказывается, вещественность вещи — это ее способность говорить с помощью языка о ее скрытых возможностях и значении в жизни. Слова, мысли раскрывают потаенную, скрытую вещественность вещи. Так в чем же заключается чашечность чаши? Оказывается, говорит философ, мы выпустили ее из виду в тот момент, когда чашечность была вытеснена видимостью, которую создает наука. Именно научное мышление заслонило от нашего сознания чашечность

чаши, т. е. действительность действительной вещи как части бытия. Мы составили представление о том, что действительно в таком сосуде, как чаша, о ее емкости, о пустоте как о полном воздухе полном пространстве чаши. Это действительно пустота в смысле одного из понятий физики, но она — не пустота чаши. Мы в своем мышлении о чаше не обратили внимания на то, что в емкости чаши оказывается приемлющим, не подумали, как происходит само вмещение, а в результате от мышления ускользнуло, что вмещает чаша. Это может быть чаша для благородного вина, но оно с помощью научного познания превратилось просто в безликую жидкость, как одно из агрегатных состояний материи. И тут начинается обеднение, редукция мышления!

Научное мышление таково по своей структуре, что в результате мы упускаем возможность задуматься о том, что вмещает чаша, как она вмещает — а от этого зависит бытие чаши.

Оказывается, она вмещает, приемля то, что в нее наливают. Слово «вмещает» двузначно: принятие вливаемого и удержание влитого, которые взаимно принадлежат друг другу. Единство их проявляется процессом выливания, и это одно из предназначений чаши как части бытия. А вот выливание из чаши может оказаться не бесцельным выливанием, а подношением. Поднести чашу — это значит одарить кого-то ее содержимым. Чашечность чаши, таким образом, состоит, в частности, в подношении налитого в нее. Коса или молоток не способны к возможности такого поднесения. Подношением в чаше может быть питье. В чаше дают выпить воды, вина. В подносимой воде незримо присутствует источник. В источнике присутствует скала, в ней — темная дрема земли, принимающей в себя дождь и росу неба. В воде источника присутствует бракосочетание неба и земли. Оно же присутствует в вине, если подносится вино. Вино — плод виноградной лозы, в котором взаимно вверились друг другу соки земли и солнце небес. В подношении воды, в подношении вина по-своему пребывают небо и земля. Подношение их и есть чашечность чаши, в существе чаши оказываются, пребывают и земля, и небо.

На наших глазах философия мысли превращается в чудесную поэзию! Можно только поражаться фантазии философа-поэта. Поэтому трудно удержаться от последующего изложения мысли Хайдеггера. Подносимое в полной чаше — питье для смертных. Оно утоляет их жажду, веселит их досуг. Оно взбадривает их общительность. Подношение чаши может совершаться и для жертвенного возлияния. Если содержимое чаши для возлияния, оно не утоляет жажду. Оно возносит на высоту торжественность праздни-

ка. В подношении чаши для питья пребывают по-своему смертные. В подношении чаши для возлияния пребывают по-своему боги. Получается, что в подношении чаши всякий раз по-своему пребывают смертные и божества.

Чашечность чаши — это подношение, в котором одновременно пребывают земля и небо, божества и смертные.

А далее начинается вызывающая полное восхищение своеобразная игра со словом. Подношение чаши собирает в себя то, что входит в поднесение. Это многосложно простое собирание четырех элементов и есть существо чаши. Язык называет собирание одним старым словом — *thing* — вече. Существо чаши есть чистое дарящее собирание односложной четверицы в едином пребывании. Чаша существует как *Ding* — вещь. Вещь веществует, веществование собирает.

Такое ощущение, что этот поток фантазии бесконечен. И в этом ценность хайдеггеровской онтологии — она показывает на бескрайность мышления.

Вещь по-латыни *res*. Но Хайдеггер обнаруживает иное происхождение и значение этого слова. То, что ранее было осязаемой вещью в ее вещественности, может быть превращено в «прекрасную незнакомку» (Н. В. Мотрошилова), в вещь в себе в кантовской интерпретации. Вещь в себе, осмысленная по Канту, означает предмет, никак не являющийся предметом для нас, ибо он существует без всякого противостояния человеческому представлению, которое шло бы ему навстречу. Хайдеггер полагает, что возможен обратный процесс — движение «в вещь», в «мировость мира» от разрушительного трансцендентализма, который только отделяет нас от настоящего бытия и который, согласно интереснейшей и глубокой интерпретации Хайдеггера, есть не только явление философии, но само существо того распространившегося способа жизни, мироощущения и миропознания, которое соответствует стремительному расширению власти науки и техники¹.

Оказывается, у латинского *res* есть и иное значение — нечто, задевающее нас. Поэтому появились словосочетания *res adversae*, *res secundae*. Первое означает то, что задевает людей неприятным образом, второе — то, что людям благоприятствует. Словари между тем правильно переводят *res adversae* как несчастье (вещь — несчастье!), а *res secundae* — как счастье, но о том, что могут гово-

¹ См.: Мотрошилова Н. В. Драма жизни, идей и грехопадения Мартина Хайдеггера. С. 46.

речь эти слова, произносимые как оно есть для мысли, словари сообщают мало.

Хайдеггер высказывает очень важную для понимания права, толкования юридических норм, состоящих из многозначных, многосмысловых понятий, идею. Он говорит, что по-настоящему дело здесь и в прочих подобных случаях обстоит не так, что мысль питается этимологией, а наоборот, этимология неизменно обречена на то, чтобы вспоминать прежде о сущностных отношениях того, что неразвернутым образом именуют слова словаря как слова мысли.

В этой мысли содержится ответ на вопрос: как надо толковать нормы конституционного права, излагаемые, как правило, предельно лапидарно, емко? «Жилище неприкосновенно», «добросовестная конкуренция», «труд свободен», «достоинство личности» — эти и другие словосочетания в тексте Конституции РФ должны обретать свою юридическую содержательность не через этимологию слов, из которых они состоят, обнаруживаемую в словарях.

8. Право является феноменом социальной жизни, это часть социальной реальности, окружающей человека, той реальности, которая «конструирует» человека. Именно поэтому проблема социальной реальности активно разрабатывается в социологии. Представителями феноменологической социологии являются А. Шюц, П. Бергер, Г. Лукман. При этом Лукман, являясь методологом, занимающимся проблемами «протосоциологии», или «софиологии жизненного мира», последовательно ориентировался на феноменологию Гуссерля. Пользуясь самым простым определением реальности как качества, присущего феноменам иметь бытие, независимое от нашей воли и желания, Бергер и Лукман пришли к выводу, что реальность социально конструируется и социология знания должна анализировать процессы, посредством которых это происходит¹. Связь с феноменологией проявляется у этих авторов в выявлении взаимосвязи между человеческим мышлением и социальным контекстом, в рамках которого он возникает.

Идею о том, что ценность и мировоззрение имеют социальное происхождение, современная социология знания заимствует у марксизма. Речь идет об известном положении К. Маркса: социальное бытие определяет человеческое сознание. Когда в 1932 г. была заново открыта важная работа Маркса «Экономико-фило-

¹ См.: Бергер П., Лукман Г. Указ. соч.

софские рукописи 1844 года», появилась возможность оценить значение его вклада в социологию, которая именно от Маркса «ведет» свою основную тему, пользуясь его ключевыми понятиями («идеология», «ложное сознание» (мышление, отчужденное от реального социального бытия мыслящего), «субструктура/суперструктура»). Маркс указывал на то, что человеческое мышление производно от человеческой деятельности и от социальных взаимосвязей, возникающих в результате этой деятельности. Так появились понятия «базис» («субструктура») и «надстройка» («суперструктура»), которые можно лучше понять, если рассматривать их соответственно как человеческую деятельность и мир, созданный этой деятельностью.

К. Маркс оставил потомкам логику «Капитала», и эта Логика (Ленин писал с большой буквы) является методом исследования, логикой всех общественных наук¹.

У Маркса и Энгельса можно обнаружить чрезвычайно полезные приемы исследования правовой реальности. До них вопрос о причинной обусловленности действующих правовых институтов, о социальных, культурных условиях, их вызвавших, интересовал юридическую науку очень мало. Юриспруденция считала себя наукой, обслуживающей нужды гражданского оборота, и полагала, что необходимо сфокусироваться на содержании права, выраженном в юридических нормах и институтах. Главное для нее было доведение действующих норм до максимальной степени детализации, исключая пробелы в правовом регулировании. Это была догматическая юриспруденция, имевшая следующие цели: 1) описать, 2) систематизировать; 3) научиться применять юридические нормы.

Капиталистический способ производства обусловил появление еще одной научной дисциплины — политической экономии, которая, так же как и право, развивалась в неразрывной связи с выдвигаемыми жизнью практическими потребностями капиталистического общества. Но задачи, которые выдвигали догматическая юриспруденция и политическая экономия, были разными, а поэтому они стали применять различные методы исследования. Сложившееся в настоящее время глубокое различие между правовым и экономическим концептуальными пространствами является результатом разной методологической структуры. Сформировалось различное экономическое и юридическое мышление. Хайдеггер

¹ См.: Ленин В. И. *Философские тетради*. М., 1936. С. 241.

писал об этом процессе разобщения в своей известной статье «Что такое метафизика?»¹.

«Для того чтобы ориентироваться в сложных отношениях капиталистического производства и обращения, — писал профессор С. И. Аскназий, — участникам этих отношений необходимо было понять эти отношения в их причинной обусловленности и необходимой последовательности. Поэтому классическая политэкономия создавалась как наука, изучающая прежде всего причинные зависимости между таковыми отношениями производства и обмена»².

Задача науки, указывает Маркс, заключается в том, чтобы видимое, выступающее на поверхности явлений движение свести к действительному внутреннему движению. В «Теориях прибавочной стоимости», подвергая критике предшествующие ему экономические направления, Маркс неоднократно противопоставляет два возможных метода исследования: один — вскрывающий внутренние связи буржуазного общества и другой — остающийся лишь в области внешних кажущихся зависимостей. Именно развитие этих двух методов исследования и положено Марксом в основу разграничения предшествующих им течений политэкономии на классическое и вульгарное.

С. И. Аскназий заметил, что один из этих методов исследования проникает во внутреннюю связь, в физиологию капиталистической экономической системы, а другой — только описывает, т. е. носит сугубо дескриптивный характер, каталогизирует понятия, подводит под схематизирующие определения понятий то, что обнаруживается внешним образом в экономической действительности.

Говоря об экономической концепции А. Смита, Маркс отмечал, что оба эти метода исследования у него идут не только рядом друг с другом, но и переплетаются, постоянно противоречат друг другу, т. е. создают методологический эклектизм³. Суть научного метода познания социальной действительности, метода, приложимого и к анализу правовой реальности, заимствован Марксом у Гегеля.

¹ «Научные области далеко отстоят друг от друга. Способ разработки ими своих предметов в корне различен» (*Хайдеггер М.* Время и бытие: статьи и выступления. С. 23).

² *Аскназий С. И.* Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008. С. 46.

³ Там же. С. 52.

Какие же условия и предпосылки должны быть осуществлены, дабы правовые знания получили характер знаний научных, дабы правовые дисциплины в этом отношении могли стать в одну плоскость с другими социальными дисциплинами, например с политической экономией и другими?

Задачей всякого научного познания является выяснение существа определенной группы явлений, установление характера присущих им необходимых связей и путей их закономерного развития. Только описание и систематизация этих явлений могут составить лишь подготовительную стадию научного знания, но не могут дать такого знания.

Однако вскрыть необходимые связи между явлениями, установить присущий им закон — задача нелегкая. Дело в том, что помимо общих трудностей индуктивного обобщения реальные связи между явлениями нередко оказываются замаскированными особенностями форм их проявления. Применительно к одним и тем же явлениям различные закономерности оказываются нередко столь переплетенными друг с другом, что расчленив в сложном комплексе явлений те из них, которые связаны отношением причины и следствия, оказывается трудно. Одни и те же предшествующие порождают как будто различные следствия. Причем для одинаковых следствий часто не удается найти тождественные обуславливающие, их предшествующие. В действительности это объясняется тем, что к явлениям, которые должны вызвать определенные следствия, присоединился ряд других явлений, оказавших на эти следствия свое воздействие и их глубоко видоизменивших. Исследователь должен обладать способностью распутать этот клубок закономерностей, за формой, в которой анализируемые им явления выступают вовне, усмотреть их «сущности» — закон, которым только и может быть объяснено все многообразие форм их проявления¹.

Не будем в целях настоящего исследования обращать внимание на недостатки и крайности экономического детерминизма. Вряд ли заслуживает поддержки идея Маркса, выдвинутая им в «Немецкой идеологии»: «Право точно так же не имеет своей собственной истории, как и религия»². Главное — это то, что в марксизме был поставлен онтологический вопрос о реальности права, причем как проблема сущего в праве.

¹ См.: Аскназий С. И. Указ. соч. С. 51.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 4. С. 54.

Начиная с М. Шелера фундаментальное положение марксизма о суб/суперструктурах было взято в социологию знания с пониманием того, что есть некая связь между мышлением и отличной от него «основополагающей реальностью». Согласно Шелеру, реальность регулирует условия, при которых определенные «идеальные факторы» могут появляться в истории, но не могут влиять на содержание «реальных факторов», т. е. общество определяет наличие (Dasein), но не природу (Sosein) идей¹.

Сущность правовой реальности помогает прояснить введенная в научный обиход Э. Дюркгеймом категория социального факта как особой вещи. То, что человек ест, спит, — это еще не социальный факт. Но когда он действует как брат, супруг или гражданин, т. е. выполняет обязательства, установленные помимо него в обществе, тогда появляются социальные факты как явление объективной реальности. Согласно Э. Дюркгейму, часто случается, что нам неизвестны детали налагаемых на нас обязанностей, и чтобы узнать их, мы вынуждены справляться с кодексом и советоваться с его уполномоченными истолкователями. Точно так же верующий при рождении своем находит уже готовыми верования и обряды своей религии. Если они существовали до него, то, значит, они существуют вне него. Систем знаков, которыми я пользуюсь для выражения своих мыслей, денежная система, употребляемая мною для уплаты долгов, орудия кредита, служащие мне в моих коммерческих отношениях, обычаи и т. д. — все это функционирует независимо от их употребления как особых вещей².

Эти новые вещи обладают специфическими свойствами. Эти социальные факты представляют собой способы мышления, деятельность, чувствования, находящиеся вне индивида и наделенные принудительной силой, вследствие которой они ему навязываются. Именно поэтому они отличаются от органических явлений, состоящих из представлений и действий, от явлений психических, существующих только в индивидуальном сознании. Этот новый вид вещей — социальные факты, считал Э. Дюркгейм, и образуют собственно область социологии.

Развивая эту базовую для социологии идею, П. Бергер и Г. Лукман предлагают довольно простую характеристику повседневной жизни как реальности. В рамках эмпирической социологии эту реальность можно принять как данность, а определенные ее фено-

¹ См.: Бергер П., Лукман Г. Указ. соч. С. 10.

² См.: Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение. М., 1995. С. 30.

мены — как социальные факты без дальнейшего, более глубокого исследования оснований этой реальности, что составляет задачу общей философии. В целях проводимого нами исследования правовой реальности предлагаемый социологический подход к реальности представляется нам вполне достаточным. Члены общества в их субъективно осмысленном поведении считают мир повседневной жизни само собой разумеющейся реальностью. Это мир, создающийся в их мыслях и действиях, переживается ими в качестве реального¹. С точки зрения Лукмана и Бергера, необходимо прежде всего анализировать высшую реальность, а это реальность повседневной жизни:

«Различные объекты представляются сознанию как составляющие элементы разных сфер реальности. Люди, с которыми я сталкиваюсь в повседневной жизни, имеют отношение к реальности и сильно отличаются от бесплотных образов моих сновидений. Две системы объектов вызывают в моем сознании совершенно различное напряжение, и мое внимание к ним — вовсе не одинаково. Это значит, что мое сознание способно перемещаться в различных сферах реальности. Иначе говоря, я осознаю мир состоящим из множества реальностей. По мере перемещения из одной реальности в другую я воспринимаю этот переход как своего рода шок, который вызван переключением внимания в связи с этим переходом. Лучше всего это иллюстрируется тем состоянием, которое испытывает человек, просыпаясь».

Среди множества реальностей существует одна, представляющая собой реальность *par excellence*. Это — реальность повседневной жизни. Ее привилегированное положение дает ей право называться высшей реальностью². Напряженность сознания наиболее высока в повседневной жизни, т. е. последняя накладывается на сознание наиболее сильно, настоятельно и глубоко. Невозможно не заметить и трудно ослабить ее властное присутствие. Следовательно, она вынуждает меня быть к ней предельно внимательным. Я воспринимаю повседневную жизнь в состоянии бодрствования. Это бодрствующее состояние существования в реальности повседневной жизни и ее восприятие принимается мной как нор-

¹ Эту идею М. Вебер выразил в «Хозяйстве и обществе»: для социологии объектом познания, предметной сферой приложения ее методов является субъективное значение действий людей. В результате появляется амбивалентность общества, которое является объективной фактичностью (Э. Дюркгейм), и одновременно это субъективное значение действий.

² См.: Бергер П., Лукман Г. Указ. соч. С. 19.

мальное и самоочевидное, т. е. составляет мою естественную установку.

Лукман рассматривает реальность повседневной жизни как упорядоченную реальность. Ее феномены уже систематизированы в образцах, которые кажутся независимыми от моего понимания и которые налагаются на него. Реальность повседневной жизни оказывается уже объективированной, т. е. конституированной порядком объектов, которые были обозначены как объекты до появления человека на сцене. Язык, используемый в повседневной жизни, постоянно предоставляет необходимые объективации и устанавливает порядок, в рамках которого приобретает смысл и значение и эти объективации, и сама повседневная жизнь.

Реальность повседневной жизни организуется вокруг «здесь» человека и «сейчас» настоящего времени. Это «здесь-и-сейчас» — фокус внимания человека к реальности повседневной жизни. В том, как это «здесь-и-сейчас» дано в повседневной жизни, заключается *realissimum* сознания человека. Реальность повседневной жизни, однако, не исчерпывается этим непосредственным присутствием, но охватывает также феномены, которые не даны «здесь-и-сейчас». Это означает, что человек воспринимает повседневную жизнь в зависимости от степени пространственной и временной приближенности или удаленности. Ближайшей к нему является та зона повседневной жизни, которая непосредственно доступна физической манипуляции. Эта зона включает мир, находящийся в пределах досягаемости, мир, в котором действует человек так, чтобы видоизменить его реальность, или в котором он работает.

Реальность повседневной жизни представляется человеку как intersубъективный мир, который он разделяет с другими людьми. Именно благодаря intersубъективности повседневная жизнь резко отличается от других осознаваемых человеком реальностей. Он один в мире снов, он знает, что мир повседневной жизни столь же реален для других, как и для него. Действительно, в повседневной жизни человек не может существовать без постоянного взаимодействия и общения с другими людьми.

По сравнению с реальностью повседневной жизни другие реальности оказываются конечными областями значений, анклавами в рамках высшей реальности, отмеченными характерными значениями и способами восприятия. Высшая реальность окружает их со всех сторон, и сознание всегда возвращается к высшей реальности как из экскурсии. Это становится понятнее на уже приводившихся примерах реальности сновидений или теоретического

мышления. Аналогичны «переключения» с мира повседневной жизни на мир игры как играющих детей, так и взрослых. Блестящая иллюстрация такой игры — театр. Переход из одной реальности в другую отмечен тем, что поднимается и опускается занавес. Когда занавес поднимается, зритель «переносится» в другой мир со своими собственными значениями и устройством, не имеющими ничего или, напротив, много общего с устройством повседневной жизни. Когда занавес опускается, зритель «возвращается к реальности», вернее, к высшей реальности повседневной жизни, по сравнению с которой реальность, представленная на сцене, кажется незначительной и эфемерной, сколь бы живым ни было представление несколько минут назад. Эстетический и религиозный опыт богат такого рода переходами, поскольку искусство и религия создают конечные области значений.

Все конечные области значений характеризуются переключением на них внимания с реальности повседневной жизни. Лукман пишет, что мир повседневной жизни имеет пространственную и временную структуру. Пространственная структура имеет социальное измерение. Темпоральность же — это то свойство, которым обладает сознание¹.

Поток сознания всегда упорядочен во времени. Можно различать разные уровни темпоральности, поскольку она характерна для любого субъекта. Каждый индивид ощущает внутреннее течение времени, которое основано на психологических ритмах организма, хотя и нетождественных ему. Для того чтобы детально проанализировать уровни интересубъективной темпоральности, следовало бы значительно расширить рамки данных пролегомен.

Как уже отмечалось, интересубъективность повседневной жизни тоже имеет темпоральное измерение. В мире повседневной жизни есть свое интересубъективное доступное стандартное время, которое можно понять как пересечение космического времени и существующего в обществе календаря, основанного на временных циклах природы, и внутреннего времени с его указанными выше различиями.

¹ См.: Бергер П., Лукман Г. Указ. соч. С. 50.

Глава 2

РЕАЛЬНОСТЬ ПРАВА И ПРАВОВАЯ РЕАЛЬНОСТЬ

Нельзя сказать: все, что полезно народу, — право. Скорее наоборот: лишь то, что право, — полезно народу.

Г. Радбрух

Вся материальная философия права уже всегда была какой-то правовой онтологией.

А. Кауфман

1. В современной российской философско-правовой литературе в рамках правовой онтологии используется понятие правовой реальности¹. Контент-анализ изданных учебников по философии права убеждает, однако, что только в одном из них обращено внимание на методологическую ценность понятия «правовая реальность»².

Между тем в русской философско-правовой литературе Серебряного века ему придавалось важное значение. О правовой реальности высказывались Б. А. Кистяковский, Е. В. Спекторский, Г. Ф. Шершеневич, Л. И. Петражицкий, Н. Л. Дювернуа, Е. Н. Трубецкой, Д. Д. Гримм, а до них — Б. Н. Чичерин, С. А. Муромцев. Особенно впечатляющие успехи были достигнуты московской школой философии права, основанной П. И. Новгородцевым. Наибольший вклад в разработку проблемы правовой реальности внесли И. А. Ильин и Н. Н. Алексеев — два блестящих ученика Новгородцева. И прежде чем излагать представления автора о методологическом значении понятия «правовая реальность», являющегося основной категорией онтологии права, есть смысл провести своего рода «реконструкцию» взглядов указанных авторов.

Новгородцев и Петражицкий в России и Р. Штаммлер в Германии после столетия увлечения идеями исторической школы права вновь обратили внимание на ценность доктрины естественного

¹ См.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 40.

² См.: *Иконникова Т. И., Ляшенко В. П.* Указ. соч. С. 119—139.

права. Как отмечал Новгородцев, именно Петражицкий придал естественному праву характер твердой и опирающейся на широкий научный базис доктрины. Однако эта его заслуга была мало оценена.

«Философия, — писал Новгородцев, — должна восстановить свои права и указать истории ее пределы»¹. Обратив внимание на только что появившиеся книги Р. Штаммлера и Ф. Жени, он указал, что эти авторы внесли свет высших принципов (права) и обобщений в обработку норм положительного права. Работы Штаммлера и Жени и предшествовавшие им труды Петражицкого свидетельствовали о движении к возрождению доктрины естественного права. Крупной и знаменательной работа в области юриспруденции может быть только тогда, когда она исходит от идеальных начал и вдохновляется ими, когда она, свободно обозревая свой материал, возвышается над ним во имя высших принципов. Без этого ей остается полезная, но чисто техническая задача приспособления законодательного материала для нужд практического оборота, считал Новгородцев².

Новое естественное право, по мысли Новгородцева, т. е. его смысл на новом витке исторического развития, означает возрождение априорного метода, сочетающегося с идеальными стремлениями и признанием самостоятельного значения за нравственным началом. Естественное право — это идеальное право. Мысль человеческая имеет свойство жить не только в настоящем, но и в будущем, переносить в него свои идеалы и стремления, и в этом смысле естественно-правовые построения являются неотъемлемым свойством нашего духа и свидетельством его высшего призвания. В историческом развитии естественно-правовой доктрины этот момент идеального построения соединялся с другим моментом, который находился с ним в связи, но не был с ним однороден.

Устанавливая детальные требования, мы часто говорим, что они вытекают из самой природы, отсюда и название: естественное право. Предположению о существовании права, вытекающего из природы, способствовало, между прочим, и следующее наблюдение: среди определений каждого права есть известные положения, как бы не зависящие от произвола людей и предначертанные самой природой. Таковы, например, нормы, определяющие различие людей в зависимости от возраста; вещей в зависимости от их юридической категории, естественных свойств и т. п. Это наблю-

¹ Новгородцев П. И. Указ. соч. С. 221, 265.

² Там же. С. 227.

дение заставляло в действующем праве открывать следы права естественного и отличать в юридических установлениях неизменные и естественные определения от изменчивых и произвольных.

Таким образом, концепция естественного права издавна имела двойкий состав: она покоилась на практическом требовании более совершенного права и на теоретическом наблюдении естественной необходимости известных правоположений. Эти два элемента могли поддерживать друг друга, но не могли быть сведены один к другому: в первом случае естественное право ставится над положительным, во втором случае оно является лишь известной частью положительного права; в одном случае оно рассматривается как идеальная норма, еще не осуществившаяся в данном праве и может быть даже ни в одном из существующих прав; в другом — как общераспространенный факт, присущий каждому праву¹. Следует обратить внимание на это новое понимание естественного права как части положительного права! А сведение естественного права к неким общим правовым принципам, общим для всего человечества правовым идеям имеет важное значение для понимания реальности права.

Новгородцев приблизился к самому заветному и дорогому убеждению моральной философии: принципы нравственного должностования и причинной необходимости должны быть сближены, поставлены в связь. Он писал в финале своей знаменитой статьи, что философия Канта, которая впервые с полной ясностью провела грань между бытием и должностованием, вместе с тем установила между этими областями безысходный и безнадежный дуализм. Нравственная идея оказывалась возвышенной, но недостижимой целью стремлений. И задача, по мысли Новгородцева, состоит в том, чтобы понять связь двух областей и их конечную гармонию.

Итак, обнаружены две самостоятельные «области» социальной жизни — пространство права и пространство морали. Это разделение освящено мнением Канта, который установил между двумя этими пространствами дуализм, причем совершенно безысходный и безнадежный, в том смысле, что нравственная идея всегда стремится вывесь, праву же суждена роль «догоняющей» области.

Право зарождается в реальной действительности социальных отношений, в гуще конфликтных правовых ситуаций. Возникающее при этом право объективируется либо в авторитетном решении суда, либо затем в законе. Источником же таких правообра-

¹ См.: Новгородцев П. И. Указ. соч. С. 230.

зующих ситуаций чаще всего является соприкосновение пространства морали и пространства права.

Возможна ли гармония между ними? Новгородцев считал, что основой такой гармонии может быть только моральная идея личности. В качестве идеала, создаваемого ввиду несовершенств существующего порядка, естественное право может служить для самых различных стремлений; но с давних пор оно сроднилось с индивидуализмом как с наиболее законной формой своего выражения, и в этом виде, на этой почве оно получило свое широкое развитие. Дело в том, что вместе с протестом против положительного права естественно-правовая идея всегда несет с собой протест против власти, от которой исходят положительные законы.

В качестве границы этой власти можно было назвать высший нравственный закон, волю Божию, как это часто делали в Средние века. Но чаще всего в качестве противовеса власти выставлялись притязания отдельных лиц. Такой именно смысл имеют естественно-правовые теории Нового времени, сформулировавшие впервые идею неотчуждаемых прав личности. Рассматриваемое с этой точки зрения естественное право является выражением самостоятельного абсолютного значения личности, которое должно принадлежать ей при всяких формах политического устройства. В этом виде оно является более чем требованием лучшего законодательства: оно представляет протест личности против государственного абсолютизма¹.

Новгородцев обратил внимание на то, что у права есть разные стороны (границы) — логическая и этическая. При этом он предупреждал: логический элемент права не должен приобретать гипертрофических размеров, ибо тогда юриспруденция уклоняется от служения человеку и превращается в мертвую «юриспруденцию понятий» (выражение Р. Иеринга).

2. Несомненная заслуга Ильина заключается в следующем: развивая идеи Новгородцева, он в своей первой самостоятельной работе «Понятие права и силы (опыт методологического анализа)» разрабатывал нормативное понятие права и проблему реальности права как философско-правовой категории.

Как и его учитель, Ильин являлся убежденным сторонником методологического плюрализма² в понимании права и считал, что само по себе оно — в высшей степени сложное образование, обла-

¹ См.: Новгородцев П. И. Указ. соч. С. 264—266.

² На Западе сторонниками этого методологического подхода к праву были П. Лабанд, Г. Еллинек, М. Вебер, Р. Штаммлер.

дающее целым рядом отдельных сторон и форм «бытия». При этом каждая из этих сторон входит в сущность того, что именуется одним общим названием «право», но каждая из них представляет нечто до такой степени своеобразное, что предполагает и требует особого рассмотрения.

В своей работе «Понятие права и силы (опыт методологического анализа)» Ильин выдвинул такую идею: правопознание начинается, дифференцироваться¹. Юридические дисциплины могут разделяться не только по характеру регулируемых общественных отношений, но и по способу рассмотрения права как такового.

Между этими отдельными способами рассмотрения, методологическими рядами правопознания могут существовать большая и меньшая близость и отдаленность.

Таковыми методологическими рядами являются, например:

а) догматическая разработка норм права с целью построения системы юридических понятий;

б) социологическое объяснение правовых явлений;

в) философская оценка правовых явлений.

Познавая право с помощью одного из этих логических рядов, указывал Ильин, мы отвлекаемся от тех его сторон, которые характеризуют его как реальное явление. Далее автор анализирует понятие силы, которое, с его точки зрения, имеет онтологическое значение. Сила — это метафизическая реальность. Затем Ильин проводит сопоставительный анализ понятий права и силы, пытается обнаружить, возможно ли, чтобы один из методологических рядов правоведения (несколько таких рядов) оказался сродным той научной плоскости, в которой стоит понятие силы. При этом следовало выяснить, есть ли у права такая сторона (грань), которая никоим образом не допускает методологического сближения с понятием силы.

Для того чтобы понятие права сблизилось с понятием силы или тем более поглотилось им, необходимо, чтобы оно само перенеслось в онтологический ряд, так или иначе стало членом реального ряда, получило значение чего-то реального. Вне этого понятия силы и права не могут сблизиться. И если мы видим, по мнению Ильина, что эти понятия попадают в том или ином учении в такое соотношение, при котором понятие права определяется через понятие силы, т. е. сила является родовым понятием, а право видовым, то мы можем быть уверены, что право так или иначе ста-

¹ См.: Ильин И. А. Теория права и государства. М., 2008. С. 185.

ло членом реального ряда, получило реальное значение. Такой подход к праву мыслит право как нечто реальное, право получает значение метафизической реальности, поскольку и сила признается метафизической сущностью.

Анализируя методологический ряд, с помощью которого право рассматривается как строго логическая система (догматическая юриспруденция, юриспруденция понятий), когда исследование абстрагируется от всякой временности и действительности юридических норм, автор приходит к такому выводу: право, рассматриваемое с логической стороны, когда вырабатываются юридические суждения (т. е. мысли), не является частью правовой действительности. Ильин был сторонником нормативного рассмотрения права, когда оно берется в отрыве от политического, социологического, исторического и логического содержания. При этом нормативный подход к понятию права означает, что право связано с силой (принуждением), ибо мыслить право как силу значит мыслить право как нечто реальное. Когда же право рассматривается как логическая система — неважно, есть оно или его нет, — ему не приписывается ни бытие, ни небытие, а происходит отрыв такого понимания права от действительности. Право оказывается результатом условной операции, преследующей, возможно, большее логическое осознание изучаемого предмета.

Рассуждения автора о соотношении понятий права и силы привели его к следующим выводам: «Право может рассматриваться как сила, но может рассматриваться и в таком понимании, которое не допускает сближения с силой. Праву присущи все признаки силы в «реальном» правопознании, т. е. в психологическом, социологическом, историческом и политическом рядах рассмотрения; праву не присущ ни один из признаков силы в «юридическом» правопознании, т. е. в нормативном и логическом ряду. Иными словами: поскольку право рассматривается как введенное в реальный ряд, постольку допустимо его сближение с понятием силы — здесь сила есть родовое понятие, а право видовое; поскольку же право отрывается методологически от реальности в ее различных видах и пониманиях, постольку такое сближение недопустимо, постольку право и сила лежат в рядах, взаимно методологически индифферентных»¹.

В целом эта позиция близка высказанному Р. Иерингом в работе «Борьба за право» тезису: право есть «понятие силы», а не «ло-

¹ Ильин И. А. Понятие права и силы. С. 187.

гическое понятие». С прагматической точки зрения данный методологический подход показывает свою дееспособность при разрешении таких проблем, как действительность юридических норм, фактическая утрата силы законом, ретроактивное действие утратившего силу закона и т. д.¹

Работа молодого ученого вызвала большой интерес и породила дискуссию о правовой реальности. Б. Кистяковский, высоко оценив методологическое построение Ильина, предназначенное для объяснения, что такое право и как надо представлять его реальность, все же заключил: оно является научно неправильным, хотя в него «вложена большая энергия абстрактного мышления»².

Кистяковский признал, что «методологический плюрализм», «выделение различных сторон» у права, «обособление различных рядов» — совершенно правильные принципы научного исследования, однако их надо разумно применять. Если методологические ряды выделены неправильно, а тем более если они после своего выделения превращаются в какие-то чисто логические конструкции, то их познавательная ценность сомнительна. Кистяковский заметил, что методологический плюрализм в сфере гуманитарной науки о праве является, по существу, приложением к тем методам, которые выявили свою плодотворность в естествознании. Напомним, что Ильин говорил о психологическом, социологическом, политико-телеологическом и историческом способе рассмотрения права, и эти «методологические ряды» объединил в один общий «реальный ряд», несмотря на их крайнюю разнородность, а затем свой «реальный ряд» концентрировал или, вернее, гипостазировал в понятии силы.

Кистяковский обнаружил в этом построении ошибку. Дело в том, что, по его мнению, крайняя разнородность рядов состоит в том, что в основе психологического, социологического, методологического рядов лежит причинная обусловленность явлений: политико-телеологический ряд — телеологическая (целевая) их зависимость, а исторический методологический ряд — весьма сложные генетические процессы образования явлений. Так как «реальный ряд», сформированный Ильиным, в целом не причинный и не телеологический, Кистяковскому пришлось придать ему метафизическое значение — он особенно подчеркивает его «онто-

¹ См.: *Тилле А. А.* Время, пространство, закон. М., 1965. С. 96.

² *Кистяковский Б. И.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права // *Философия и социология права.* СПб., 1998. С. 184.

логичность». Напротив, нормативное и логическое рассмотрение права имеет в виду понятие права, чуждое всякой реальности.

Недостатком методологических рядов, сконструированных Ильиным, Кистяковский считал следующее: устанавливая свои ряды, Ильин провел неправильную разделительную черту — он отделил право от различных форм его осуществления, сконцентрировал их в понятии «сила», а это означает отделить право от различных его состояний, которые также являются правовой реальностью. Следовательно, самое важное замечание Кистяковского: право нельзя методологически отделять от его осуществления, так как всякое право именно потому, что оно есть право, является всегда действующим или осуществляющимся правом. Нарушаемое право также относится к действующему праву. «Ломаемое право» и «пригибаемое право», или, как выразался Ильин, «бесильное право», а также «бесправная сила», поскольку она, конечно, может стать правом, а не есть выражение чистейшего произвола, указывал Кистяковский, — это пограничные явления в области права¹.

Разрабатывая методологическую проблему реальности права, Кистяковский сформулировал ряд оригинальных юридических идей, не утративших и сегодня своей ценности. В частности, он считал: как бы ни формулировались отдельные понятия права, каждое из них только тогда имеет научное значение, когда оно связано с реальностью права и определяет ее более или менее всесторонне. Правильный методологический путь в исследовании права состоит в его изучении как преимущественно государственно-повелительного, социального, психического и нормативно-логического явления. Все эти различные исследования представляют одинаковую ценность в процессе научного познания права. Только такой путь исследования права является правильным, научным.

Правовая реальность, согласно Кистяковскому, объемлет все стороны права — совокупность и юридических норм, и правоотношений, т. е. объективное и субъективное право. При этом, обсуждая проблему реальности права, автор не дал анализ самого понятия реальности, потому что он имел в виду реальность в самом обыденном эмпирическом смысле, т. е. реально все, что дано как факт, как явление, к какой бы сфере явления оно ни относилось. Казалось бы, реальность в этом смысле может быть признана чем-то очевидным.

¹ См.: Кистяковский Б. И. Указ. соч. С. 187.

Но, как считает Кистяковский, при более внимательном взгляде эта самоочевидная реальность на самом деле представляет собой глубокую, сложную и трудную гносеологическую проблему.

Возвращаясь к чисто эмпирическому понятию реальности и поставив вопрос, какова же реальность права, Кистяковский высказывает такую мысль: она, с одной стороны, психическая, а с другой стороны, духовная, но отнюдь не физическая. К правовой реальности относится и сама общественно-государственная организация, слагающаяся из правоотношений и правовых учреждений. Право, как и всякая культурная ценность, является производением человеческого духа, но при объективировании произведения человеческого духа всегда получают то или иное материальное воплощение.

Заключительные выводы Кистяковского о правовой реальности сводятся к следующему: «Если мы после всего сказанного сравним реальность права с реальностью рассмотренных нами различных видов культурных благ, то мы прежде всего, конечно, должны будем признать своеобразие той реальности, которая присуща праву. Ее следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведений литературы и музыки — с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго. Ведь ясно, что право не может существовать без субстанциональных элементов общественной организации, которые составляют его неотъемлемую часть».

Мы видим, таким образом, что вопрос о реальности права чрезвычайно сложен и труден. В сущности, это вопрос о научном познании права вообще. Лучше всего ориентироваться в этом вопросе на то, как решает проблему реальности естествознание. Известно, однако, что в противоположность реальности материального мира, которую мы так непосредственно и интенсивно ощущаем в наших переживаниях, естествознание конструирует особую реальность, устанавливая необходимые соотношения между явлениями¹.

Заслуга Кистяковского состоит в том, что он не согласился с идеей Петражицкого о том, что существует онтологическая дихотомия, т. е. только два типа реальности — физическая (овеществленная, опредмеченная, осязаемая) и психическая (реальность психических переживаний событий, происходящих в физической

¹ См.: Кистяковский Б. И. Указ. соч. С. 200.

реальности). Тем самым он, как Ильин и Алексеев, придерживался такого подхода к природе права, когда оно рассматривалось с разных сторон — и как система юридических норм (нормативная реальность), и как правосознание (психологические переживания правовых явлений), и как система правоотношений (социальных или социологических), и как социокультурная реальность (ценности, традиции).

3. К московской школе философии права также принадлежал выдающийся ученый, к сожалению, сравнительно мало известный, Николай Николаевич Алексеев. В опубликованной в Праге в 1924 г. книге «Основы философии права» он, глубоко изучив достижения немецкой философии, находясь под влиянием феноменологической школы и ее основателя Э. Гуссерля, основываясь на самых последних достижениях немецкой и французской философии права, выдвинул интереснейшие идеи о правовой реальности. На Алексеева сильное влияние оказали труды по философии права трех ученых: Г. Еллинека, Г. Радбруха и Р. Штамллера.

Правовая реальность — это прежде всего реальность норм положительного права и юридических институтов¹. В противоположность данности вещного и естественного мира данность норм положительного права гораздо менее «естественна», менее необходима и потому в гораздо большей степени лежит в области действия человеческой воли. Поэтому и все наблюдения этой данности имеют очень условный характер.

Алексеев высказал мысль об условном характере права, рассуждая о так называемой догме права. Познавательные приемы, применяемые в догматической юриспруденции, могут быть в некотором смысле названы чисто опытными. «Опытность» ее состоит в том, что она имеет дело с определенным, чисто конкретным материалом — с положительным, установленным действующим правом. Главная задача «юриспруденции понятий», которая имеет дело не с какой-то абстракцией, а с определенной исторической, чаще всего национальной, системой права, — в описании и систематизации юридических норм. Научная задача, как писал П. Лабанд, сводится к конструкции правовых институтов, к сведению отдельных правовых положений к общим правовым пояснениям. Для выполнения ее нет других средств, кроме формальной логики. В результате логической обработки норм положительного права конкретного государства получается цельная логическая система.

¹ См.: Алексеев Н. Н. Указ. соч. С. 21.

Что же означает условность логики правовой системы, по мысли Алексеева? Все наблюдения при ее построении имеют очень условный характер. В условном же смысле решаются все вопросы построенной на изучении положительного права юридической теории. Например, условно определяется, что будет источником положительного права, кто будет признан субъектом правовых отношений и т. д. В этой условности лежит причина затруднительности материальных определений юридических понятий, и здесь коренится так называемый формализм юридической догматики.

Так правовая реальность начинает превращаться в «особую реальность», о которой писал Кистяковский.

Используя идею О. Гирке о том, что «личность есть правовое понятие», которое получается при помощи совершаемой правосознанием абстракции путем выделения одной части действительности, Алексеев делает такое умозаключение: юридический субъект не тождественен какой-либо воспринимаемой нами реальной целостности явлений, поскольку он невидим и неосязем. Кстати, такой же точки зрения придерживался Г. Кельзен, по мнению которого лицо (и не только юридическое), как оно понимается юристами, есть понятие не фактическое, а чисто нормативное, т. е. существующее в том самом особом пространстве правовой реальности.

Особой заслугой Алексеева я считаю его идеи об отношении «постоянного», «вечного», «всеобщего» момента в праве к изменчивому, историческому, поскольку это один из самых трудных и неразработанных вопросов философии права. Автор замечает, что теория естественного права наметила основные пути для его решения. При этом она внесла в его постановку некоторые допущения, чрезвычайно осложнившие и запутавшие существо самой проблемы. Дело в том, что основной предпосылкой естественно-правовых теорий являлось утверждение, что «постоянный», «вечный», «всеобщий» момент в праве является именно правом.

Судя по всему, этот подход Алексеев не поддерживал. Он предпочел разработать категории структуры права. Алексеев считал, что глубочайшие основы права не обязательно должны быть нормами права. То, что самая общая для всех норма не будет естественным правом в смысле философии права, хорошо видно при рассмотрении наиболее глубокого направления естественно-правовой доктрины, а именно воззрения на естественное право как на правовой логос (как полагал Фома Аквинский).

Алексеев писал: «И действительно, то, что можно назвать “логосом права” и что мы называем правовой структурой, есть нечто по существу своему чисто предметное, объективное, содержательное и не включающее в себя никакого рефлексивного момента. Между тем норма по смыслу своему всегда есть нечто рефлексивное, включающее в себя идею отношения к воле, к настроению, к психике. Норма есть известное субъективное отношение к предмету, как к должному и желаемому, а не сам предмет.

Единственным достойным выражением объективности правового логоса являются теоретические суждения о праве вообще, а не практические высказывания о желаемом и должном. Через норму права правовой логос не может найти адекватного выражения. Норма права сама есть только известный отблеск правовой структуры — и пытаться при помощи этого отблеска выразить самый предмет, значит, затемнить и исказить этот последний.

То, что мы разумеем под правовой структурой или правовым логосом, не есть сумма каких-то общих и вечных правовых норм. Правовая структура для нас есть идеальная целостность явлений права. Когда мы применяем понятие права, мы мним в нем, как и в различных других понятиях, нечто бесконечное. В представлении нашем мы не можем обозреть всю сумму тех конкретных явлений, которые именуется правом. Мы даже не знаем большинства их, как, например, китайского права или права готтентотов. А между тем мы имеем идею права и с совершенной твердостью владеем ею и пользуемся. Это значит, что бесконечные правовые явления связаны между собой в какую-то целостность правовой идеей. В созерцании отдельных моментов этой целостности и обнаруживается структура права. Правовая структура есть то, что придает различным явлениям правовую форму. И, в частности, нормы права являются “правовыми” только потому, что в них отображается правовая структура. Мы называем “правовыми” нормами в отличие от других видов норм те, которые предполагают особого носителя (способность признания), в которых выражаются реализованные ценности и которые формулируются в особых определениях (права — обязанности)»¹.

Со времен Канта в энциклопедиях права для раскрытия соотношения морали и права использовали утверждение: праву имманентно присущ внешний формализм, а вот мораль внутренне содержательна. При этом имеется в виду, что предметом права явля-

¹ Алексеев Н. Н. Указ. соч. С. 196, 197.

ются внешние проявления, поведение человека как участника небезразличных для публичной власти общественных отношений, а предметом морали является внутреннее, содержательное, моральное, апелляция к совести, долгу. Конечно, это очень грубая и предельно упрощенная схема. Например, человек договорился со своим другом пойти в кино и не пришел — это внешнее поведение, но право к нему индифферентно. С другой стороны, очень многие элементы права построены на учете внутреннего — психических процессов в виде воли совершить правонарушение (формы вины, понятия добросовестного поведения и т. д.). Согласно Канту, императив морали — нравственное поведение, а право требует законного поведения.

Радбрух считал, что «нравственность» и «законность» означают не различие в способах обязывания (долг в морали и обязанность в праве), а во-первых, то, что только моральная норма имеет волевою основу, допускающую возможность свободно принимать решения о своем долге, в то время как природа основы права — поведенческая, исключая такую возможность (в бихевиористском смысле), во-вторых, не что иное, как различие в основах как констатация факта, что предметом воздействия морали является индивид с его побудительными мотивами; право же, наоборот, регулирует совместную жизнь людей, в которой его действие распространяется на внешнее (и лишь косвенно на внутреннее) поведение индивидов, но не их побудительные мотивы как таковые¹. Внешний формализм права и внутренняя содержательность морали усматриваются в различной ценности их источников. Праву предписывают «гетерономию», т. е. подчинение воле государства, выраженной в юридической норме, которая, подобно чужой воле, принуждает человека. Мораль же автономна, так как ее императивы каждый налагает на себя сам в соответствии со своей нравственной природой².

С этой точкой зрения можно и не согласиться. Допустим, заключен договор между двумя близкими людьми, у которых сложились доверительные (фидуциарные, как говорят юристы) отношения. Всегда ли человек исполняет свою обязанность как юридическую, боясь угрозы применения юридических санкций? А может, исполняя обязанность, он руководствуется «чувством долга», т. е. морально мотивирован? В каком-то случае право санкционируется моралью, в другом — моральная норма санкционируется

¹ См.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 53.

² Там же. С. 55.

правом. Статья 169 ГК РФ, к примеру, запрещает заключать сделки, противоречащие основам морали.

Алексеев считал: можно «всею душою переживать обещанное», как это бывает в случае горячего обета или какой-либо клятвы. Обещание в таком случае может настолько овладеть душою, что юридические санкции просто померкнут. Значит ли это, что юридическое обязательство превратилось в нравственное? По мнению Алексеева, различие между нравственным обещанием и юридическим договором сводится к различным степеням глубины в переживаниях ценности. Если эта глубина значительна, если она соответствует ступени эмоционального переживания ценностей, мы имеем дело с явлением нравственным. Если глубина сравнительно поверхностна... мы имеем дело с явлениями правовыми. Право с этой феноменологической точки зрения является определенным уровнем восприятия ценностей, причем не только нравственных, но и эстетических, религиозных. Юридическая охрана, например, религиозной свободы или памятников искусства является одним из способов отношения к ценностям в праве, но это отношение конечно же менее глубокое, чем любовь к Богу в религии или к Добру в нравственности¹.

Пожалуй, тут проявляется влияние на Алексеева феноменологических исследований. В феноменологии Гуссерля эйдос — это чистая сущность, объект интеллектуальной интуиции. Взгляды Гуссерля отличает прежде всего блестящая интуиция. Феноменология как интуиция всеобщего, как способ вчувствоваться и вмыслиться в идеи как познавательный метод открывает новый неизведанный мир.

«Вмысливание» Алексеева в идею «ценности» позволило ему выявить различные по степени эмоционального воздействия отношения, что он и использовал для разграничения пространства права и пространства морали. При этом Алексеев был убежден в том, что эмоционализм в области права должен быть поставлен в жесткие рамки юридической необходимости. Право есть интеллектуальный подход к ценностям, а не сугубо эмоциональный². Судья не может признать человека невиновным, даже если ему этого человека очень жалко или он испытывает к нему любовь. Но в то же время право относится к области ценного, и это обстоятельство решительно отграничивает его от области чисто теоретических истин, т. е. от того, что по существу не открывается в актах

¹ См.: Алексеев Н. Н. Указ. соч. С. 69.

² Там же. С. 70.

любви и заинтересованности. По мнению Алексеева, особенности чисто правового, интеллектуального отношения к ценностям можно выразить через понятие «признание», придав ему специфический, неюридический смысл¹.

Под признанием подразумевается особое отношение к ценностям, сводящееся к установлению разумного, интеллектуального общения с ними. Так, можно «признать» какое-либо произведение искусства, не обладая способностью глубоко понять его внутренний смысл². «Признание» есть не этический, а преимущественно правовой акт. Тот, кто ограничивается «признанием», специально держит себя на незначительной нравственной глубине, не позволяя себе руководствоваться чувством горячей любви или глубокой ненависти. Плохо это или хорошо? Отвечая на этот вопрос, Алексеев говорит, что общение с имперсональными сущностями учит нас понимать сущность юридических явлений, в которых нет места для пламенного горения сердца. С правом не совместим культ излишней мягкости, диктуемый исключительно интересами любви, в известной мере холодность права является целесообразным, разумным и необходимым средством общения.

В процессуальном праве такой подход приводит к институционализации в качестве правового принципа беспристрастности судьи как элемента его независимости³. Этические механизмы регулирования поведения уместны в сфере доверительных отношений, а вот юридические нормы более эффективны в отношениях, в которых люди индифферентны друг к другу. Воздействие юридических норм на поведение в большей степени носит рациональный, чем эмоциональный, характер. Для сферы правовой реальности важно найти меру юридизации этических по своей природе ценностей. Вряд ли можно требовать, чтобы прагматичное гражданское право канонизировало принцип «возлюби ближнего как самого себя». Но при этом гражданское право, оказывается, вообще не может обойтись без принципа добросовестности.

4. Очень близких к онтологическим воззрениям Алексеева и Кистяковского взглядов придерживался и Е. В. Спекторский, научная деятельность которого также относится к началу XX в.

Онтологическая проблема права бытия описывается Спекторским с помощью категории морального непонимания. По его мнению, и право, и нравственность при всем их различии неиз-

¹ См.: Алексеев Н. Н. Указ. соч. С. 70.

² Там же. С. 71.

³ Судьи независимы (ч. 1 ст. 120 Конституции РФ).

бежно обладают общей чертой — и это особое этическое отношение права и нравственности к деяниям людей. Эти две нормативные системы соподчинены моральному жизнепониманию, которое отличается от жизнепонимания психического и тем более физического.

Моральное жизнепонимание основывается на двух принципах:

1) на убеждении в свободе человеческой воли, в возможности каждого человека выбирать и поступать так или иначе и самому решать, исполнять или не исполнять свою либо нравственную, либо юридическую обязанность;

2) на убеждении, что нормы, как нравственные, так и юридические, существуют объективно, поскольку есть общие критерии того, что такое добрый поступок, а что такое — злой, что справедливо, а что несправедливо. Без таких объективных критериев человеческую деятельность невозможно подвергнуть этической квалификации. Эта идея присутствует в высказывании апостола Павла о невозможности распознавания греховного, если нет закона.

К этим двум основным принципам, образующим особое моральное жизнепонимание действительности, Спекторский добавляет ряд субсидиарных принципов, считая, что они не являются необходимыми и обязательными. Один из них — вера в специальное воздаяние за акты добра и зла, воздаяние либо прижизненное, либо загробное. При этом он ссылаясь на Канта, который допускал, что возможна этика, совершенно свободная от наличия или отсутствия каких бы то ни было санкций. При нравственно развитом сознании человека необходимость исполнения долга (скажем, возврат взятых займы денег) сознается свободно, вне связи с возможным наказанием юридическим или осуждением нравственным¹.

И если юридический долг может быть возвращен не из-за боязни привлечения к юридической ответственности, а в силу нравственного осознания того, что есть должное, то приходится признать, что первичной ценностью, истинной ценностью обладают этические нормы, хотя с точки зрения степени объективации, т. е. детализации предписываемого поведения они уступают юридическим нормам. Правовые нормы более формальны.

Таков логический минимум всякого морального жизнепонимания. Человек свободен и разумен, и он не существует вне закона.

¹ Эти же мысли можно встретить у Радбруха и у Алексева, которые показали различия между понятиями долга в пространстве нравственности и в пространстве права (см.: *Радбрух Г.* Указ. соч. С. 55).

Эта подзаконность человека является моральной, деонтологической подзаконностью, существенно отличающейся от той, что называется физической, или психологической. В пространстве овеществленном тоже действуют физические законы и существует физический детерминизм, но последний отличается от морального детерминизма. В физическом пространстве законы, которым оно подчиняется, не предписывают определенные варианты поведения человека. В области физической действительности факты или явления описываются с тенденцией к онтологическому, причинному детерминизму. Поэтому один и тот же эмпирический факт приобретает совершенно различный характер в зависимости от того, как мы к нему относимся — с точки зрения морального непонимания или физического. С точки зрения физического непонимания, например, преступление рассматривается как связь причины и следствия (удар ножом в область сердца человеку обычно приводит к его смерти). Пример физического взгляда на преступление — это заключение судебно-медицинского эксперта о причинах биологической смерти.

Этический и юридический взгляд на это явление действительности протекает в системе координат совершенно иного концептуального пространства — оценочного. Объективность содеянного согласно юридической норме оценивается в особой искусственно созданной обстановке суда, который является неотъемлемым элементом правовой реальности. Суд — это способ абстрагирования от физической действительности!¹ Тот, кто осуществляет суд Фемиды, не случайно надевает на лицо повязку, чтобы не видеть лица преступника, чтобы его индивидуальность, эмпирический детерминизм не повлияли на выводы. Под физическим судом Спекторский, видимо, понимает оценку личности преступника, которую осуществляют ламброзианцы исходя из его происхождения, строения черепа и т. д.

Так появляется один из принципов правового концептуального пространства — *nullum crimen sine lege*, который является приме-

¹ Суд как один из важных элементов правовой реальности можно сравнить с театром как красочным примером того, как человек переносится из одной реальности в другую. Так же человек незаметно для себя попадает в иную, особую реальность — правовую, когда он вступает в правоотношения, выступает истцом или ответчиком в суде и т. д. П. Бергер и Т. Лукман называют театр анклавом в рамках высшей реальности. Играющие дети, взрослые в театре — это пример перехода из одной реальности в другую. Блестящая иллюстрация такой игры — театр. Переход из одной реальности в другую отмечен тем, что поднимается или опускается занавес (см.: Бергер П., Лукман Т. Указ. соч. С. 21).

нением к новому, изобретенному юристами, понятию преступления теории этического познания и оценки, ранее применявшейся апостолом Павлом в отношении понятия греха. Юридический закон, лежащий в основе правовой действительности, — это не закон физики, а чисто этический закон. Вся теория юридического жизнепонимания подтверждает мысль римского юриста Цельса: *boni et aequi notitiam profitemur*.

Юридическое жизнепонимание возможно только в обществе. Но общество при этом понимается не как арифметическая сумма или биологическое общежитие, а как известный моральный союз. Поэтому такие правовые отношения, как собственность и брак, не являются физическими отношениями между людьми и вещами и людьми и людьми — это чисто моральные отношения между лицами.

Различие между правовым пространством и иными концептуальными пространствами, описывающими социальную жизнь с других сторон, Спекторский показывает в сравнении с экономическим концептуальным пространством. Экономическая наука ставит своей целью раскрыть механику если не всей общественной жизни в полном объеме, то по крайней мере ее хозяйственной стороны.

Вопрос о соотношении между юриспруденцией и экономикой может решаться по-разному. У меркантилистов хозяйство всецело растворялось в праве, утрачивая свою онтологическую самостоятельность. У марксистов, наоборот, в силу экономического детерминизма право растворяется в экономике. Р. Штаммлер, используя аристотелевские категории формы и материи, рассматривал право как форму, а хозяйство как материю социальной жизни. Спекторский исходя из своей методологии рассматривает юриспруденцию как науку социально-этического типа, а экономику — как науку социально-физического типа. Поэтому эти науки формируют свои собственные понятия об одних и тех же явлениях вещественного мира. Одно и то же явление приобретает совершенно различное значение в глазах юристов и экономистов. Так, считает Спекторский, в юридическом концепте рабочий — это лицо, т. е. моральное существо, вступающее в частноправовой договор с работодателем. Между тем экономист, не страдающий методологическим эклектизмом, путем привнесения в экономическое понятийное пространство понятий из другого концептуального пространства (в частности, юридических понятий) рассматривает рабочего с совершенно иной теории познания, а именно — физической. С этой точки зрения рабочий — это не лицо, т. е. мо-

ральное существо, имеющее свои права, притязания и обязанности, а «одушевленный инструмент», как выразился еще Аристотель, а значит, источник определенной энергии, необходимой для производства товара, точно так же, как для этого необходимы сырье, электричество или иные факторы производства. При этом плата за труд рабочего принципиально ничем не отличается от расходов работодателя на содержание машин. Понятно, что с точки зрения экономики о духовных запросах работника не может быть и речи. Но как только экономисты начинают признавать запросы и притязания рабочих, они незаметно вступают в сферу юриспруденции.

Юриспруденция как система понятий появилась примерно тогда, когда появилась метафизика. Именно поэтому у них много общего. Юристы, как и схоласты — метафизики Средних веков, признавали за универсалиями, т. е. за предельно отвлеченными понятиями, конкретное, реальное бытие.

Мир права, замечает Спекторский, — это особый мир, как бы надстраиваемый юриспруденцией над эмпирической действительностью. При этом она широко пользуется не только предпосылками нравственности, жизнепонимания, которые при желании можно признать всецело метафизическими, но и целым рядом презумпций, конструкций и фикций, весьма далеких от эмпирической действительности.

Спекторский точно подметил, что юридическое рождение человека — это не то же самое, что его физическое рождение, а «натуральные» дети — это еще не непременно законные дети¹. Юридическая жизнь лица и его юридическая смерть — это опять-таки совсем особые события, создаваемые особыми актами, сообщающими данному человеку кроме эмпирического бытия еще и особый метафизический характер, или квазихарактер, вроде «ноуменального характера» человека в нравственной философии Канта. Юридическая воля субъекта права не совпадает с эмпирической волей конкретных людей, подобно тому, как воля законодателя далеко не всегда отождествляется с подлинной волей автора, редактора или издателя того или иного кодекса, с волей носителя суверенной власти, санкционировавшей этот кодекс. Нельзя не увидеть фикции в том государстве — субъекте с особой волей, которое так часто конструируется в государственном праве вопреки реальной действительности, что убедительно доказывали Н. М. Корку-

¹ См.: Спекторский Е. К спору о реальности права // Юридический вестник. 1914. Кн. 5. С. 62.

нов, Л. Гумплович, Л. Дюги. Словом, заключает Спекторский, вся работа юридической мысли совершается в особом надэмпирическом мире. Как учили юристы XVII в., юридические отношения — это отношения между особыми надэмпирическими «моральными существами», имеющие место в каком-то особом «моральном пространстве».

В этом особом пространстве правовой реальности имеют место заимствования не только из такой сферы интеллектуальной деятельности, как метафизика, но и из поэзии и математики. Спекторский заметил, что для юридической мысли характерна такая черта, как ее пластичность, любовь к конструкциям и даже фантазиям, переносящим ее из узкого мира эмпирической действительности в огромный мир метафизически возможного. Метафизика здесь сближается с поэзией. Специфика права и в том, что оно широко использует характерную для поэзии символику (вспомним символизм акмеистов). А Г. Дернбург видел в фантазии последнее основание юриспруденции¹. И. Унгер писал о том, что «язык права олицетворяет, что как поэзия, так и фантазия играют роль в праве... одной логикой юриспруденция не может жить». Но если Дернбург выражал сожаление по поводу того, что новейшее законодательство Германии испытывает дефицит фантазии, К. Геснер, напротив, не без основания видел причину отчуждения юриспруденции от народа в чрезмерном обилии научной фантазии, в результате чего появляются слишком замысловатые конструкции в мире юридическом, отсутствующие в мире эмпирическом.

Где научная юриспруденция, там и конструкции, и чем выше научная юриспруденция, тем замысловатее ее конструкции, производимые ею в мире мыслимых возможностей, весьма далеком от непосредственной эмпирии. Настоящего юриста, смело пускающегося в область «высшей» (по выражению Иеринга) юриспруденции, не могут остановить советы Монтескье держаться реальности и не увлекаться «фигурами». Путем конструктивной фантазии юриспруденция отрывается от реальной действительности и создает в мире юридически возможного не только «фигуры», но и тела, вроде тех, о которых писал Иеринг, который видит «юридические тела» и изучает их как явления, рассуждая о «феноменах из жизни тел».

По мнению Спекторского, такой юридический визионизм сближает юриспруденцию не только с метафизикой, но и с мистикой.

¹ См.: *Derenburg H. Die Phantasie im Rechte*. 2. Aufl. Berlin, 1894.

А между тем его исповедует не юрист-метафизик, увлекающийся естественным правом, которое, пользуясь сравнением О. фон Гирке, бродит вокруг положительного права, как вампир, т. е. существо из какого-то сверхъестественного мира, его исповедует враг естественного права, реалист и позитивист в юриспруденции.

Таким образом, юриспруденции не чужды вопросы метафизики — об этом писал еще Г.-В. Лейбниц.

По мнению Спекторского, юриспруденция, в сущности, непрерывно решает вопросы теории познания, а поэтому ясная и определенная теория познания вообще и теория юридического познания в частности являются крайне необходимыми для юриспруденции. При этом главным вопросом теории юридического познания является вопрос о реальности специального мира, с которым имеет дело юриспруденция. Юристам кажется, что они знают, с какой реальностью они имеют дело, только до тех пор, пока их об этом не спросят.

Как же найти или установить реальность юридического мира? Без привлечения теории познания этих вопросов юристу не решить.

По мнению Спекторского, реальность юридического мира — это не историческая реальность, которую устанавливает историческая наука путем изучения письменных памятников и документов.

Для того чтобы определить, что же собой представляет реальность юридического мира, считает Спекторский, необходимо уяснить, в каком смысле реальны нормы положительного права, учреждения, их применяющие, и, наконец, те или иные юридические акты. Очевидно, по мнению автора, реальность всего этого — это совсем не реальность предметов видимого мира или душевных состояний. Согласно Спекторскому, часть юридического мира — это и высшая судебная инстанция — Правительствующий Сенат. Но при этом он имеет в виду не здание на Сенатской площади (которое относится к миру эмпирической реальности. — *Г. Г.*) и не психические эмоции заседающих в Сенате лиц, а учреждение, функционирующее по определенным нормам в мире судебных притязаний. Отрицать реальность Сената — это все равно что отрицать реальность физических и юридических лиц.

Реальность права собственности, которым обладает конкретное лицо, как выразился Кант, не феноменальна, а ноуменальна, т. е. это не субъективное переживание той или иной души, а совершенно конкретное применение к данному лицу норм института права собственности.

Реальность правовой нормы состоит в том, что она действует, т. е. применяется судом. Пароименигиризм как юридический институт сходным образом надо считать не психологическим переживанием, а строго юридическим, т. е. действуют ли нормы объективного права или хотя бы нормы обычного государственного права, порождая определенную форму организации государственной власти.

А поэтому действительность юридического мира — не физическая, не психическая, а моральная. Это такая же действительность, как действительность логических и математических истин. Но в отличие от нравственности в узком смысле мир права познается путем совершенно осязаемых внешних признаков, сообщающих юридическому опыту весьма конкретный характер. У норм объективного права есть вполне осязаемые документальные источники.

Итак, в юриспруденции есть много элементов в виде понятий, конструкций, фикций, гипотез, сближающих ее с метафизикой.

И скорее всего, думает Спекторский, следует согласиться с тем, что конструктивные (и не только гипотетические, но и фиктивные) элементы играют неизбежную и даже преобладающую роль в создании объективных истин во многих науках, и в том числе в юриспруденции. Для юридического мира необходимы неизбежные для области юридической метаэмпирии юридические конструкции.

5. Человек ежедневно и многократно вступает в пространство правовой реальности, порой не осознавая даже, что он участник правоотношений: утром он едет на работу и при этом становится участником договора перевозки, посещая торговый центр и обедая, он заключает договор купли-продажи, и даже бросая монету за чашку кофе в автомат, он заключает конклюдентный договор. В непосредственных ощущениях это вхождение в пространство правовой реальности человеком не осмысливается. В этом для обыкновенного человека и нет особой нужды. Но вот юристу, и особенно ученому-юристу, важно знать, что является предметом юриспруденции, что она изучает. Такой взгляд на мир права — это аспект философского осмысления права, который составляет онтологическую сумму знаний или правовую онтологию. Это понятие используется и зарубежными авторами¹.

¹ См.: *Maihofers W. Sein und Recht: Prolegomenazueiner Rechtsontologie. Frankfurt am Main, 1954.*

Правовая онтология — это учение о мире права и формах его существования. Практическая онтология права представляет собой ее часть, выступая связующим звеном между философией права и практической юриспруденцией. По сути, это применение философско-правовых выводов о мире права для решения сложных проблем юриспруденции, причем порой таких сложных, что кажется, что у них вообще никогда не будет решения.

Как было показано в гл. 1 настоящей книги, проблема природы юридического мира, уяснение, к какому типу реальности он тяготеет, связана с типом правопонимания и являлась чрезвычайно дискуссионной в европейской философско-правовой литературе XX в.

Философско-правовая категория правовой реальности исследовалась С. И. Максимовым как методологическое средство, адекватное для разрешения сложнейшего вопроса о типе правопонимания. Издание чрезвычайно интересной монографии Максимова является свидетельством того, что в конце XX в. центром онтологическо-правовых проблем на постсоветском пространстве стали Украина и Белоруссия. Украинские и белорусские ученые разрабатывают помимо правовой реальности различные аспекты бытия¹.

Максимов, взгляды которого представляют для нас наибольший интерес, предлагает различать правовую реальность:

- 1) как объективно существующий мир права, данный субъекту на практике (опыте);
- 2) картину правовой реальности как модель правовой реальности, служащую средством познания и конструирования мира права.

По мнению Максимова, правовая реальность должна восприниматься не как внешняя для человека (субъекта ее осмысления) действительность, а как такая, в которую вовлечен он сам в процессе общения с другими участниками правовой жизни².

Он различает широкий и узкий смыслы понятия «правовая реальность». В широком смысле под правовой реальностью понимается вся совокупность правовых феноменов: правовых норм, институтов, правоотношений, правовых концепций, явлений правового менталитета и т. д.; в узком — имеются в виду только

¹ См.: *Есинчук Н. М.* Историческая реальность как предмет познания. Киев, 1978; *Искусство: художественная реальность и утопия.* Киев, 1992; *Смирнова Р. А.* Природа социальной реальности: бытие и познание. Минск, 1991; *Бочинин В. А.* Морально-правовая философия. Харьков, 2000.

² См.: *Максимов С. И.* Указ. соч. С. 147.

базисные правовые реалии, по отношению к которым все остальные правовые феномены оказываются производными. Тогда под правовой реальностью следует понимать или правовые нормы, или правоотношения, или правосознание. В контексте интегрального правопонимания Максимов предлагает интегральную концепцию правовой реальности как мира права, который конструируется из правовых феноменов, упорядоченных в зависимости от отношения к базисному феномену как к некоей «первореальности права».

Правовая реальность не представляет какую-то субстанциональную часть реальности, а является лишь способом организации и интерпретации определенных аспектов социальной жизни, бытия человека, причем настолько важным, что при его отсутствии распадается мир человеческого общения. Поэтому это реально существующий мир, отличный от бытия собственно социальных объектов и субъектов. При этом понятие «существующий» не отвергает, а, наоборот, предполагает, что мир права — это в основе своей мир долженствования, а не существования. И это не только форма общественного сознания в духе социологического детерминизма, это особый мир, имеющий собственную логику и свои закономерности, с которыми нельзя не считаться.

Онтология права предстает в таком случае как проблема укорененности объективных юридических норм в бытии межлического общения. Специфичность онтологии права состоит в том, что это особый модус бытия — бытие-долженствование. Онтологическим основанием правовой реальности является вопрос: чему оно обязано своим происхождением? В отличие от объектов овеществленной реальности оно возникает не в силу каких-то природных законов, хотя определенные объективные закономерности в происхождении права могут быть обнаружены. Представители исторической школы права рассматривали право в контексте развития народного духа. Для представителей этой научной школы право «населено» фикциями, фикцией являются основные субъекты права — физические и юридические лица. В этом мире, оторванном от овеществленной жизни, как в логическом пространстве, существуют идеальные понятия, объем которых могут постигнуть только юристы, изъясняющиеся на своем эзотерическом языке. Нормы права как системы математических теорем выводимы одна из другой.

Но этот юридический разум не связан ни с каким объективным законом — природным или психологическим.

Право имеет природу, близкую к природе моральной реальности, поэтому юридический мир является не реальностью чувственно воспринимаемого мира и не миром душевных состояний, а реальностью деонтологической, невидимой, но все же имеющей свои проявления в эмпирическом мире.

Право представляет собой особый род бытия, причем идеального, суть которого состоит в долженствовании, и эта сфера конституирует человека как человека. Это «бытие» имеет смысловое строение, при этом способ существования смыслов является весьма многоплановым. Они укоренены в бытии, и прежде всего в человеческой деятельности, но кроме того, они опредмечиваются в действиях, в языке, в отраженных и порожденных образах, в метафорах, в символах, в мифах. Смыслы права находят выражение в ментальных установках, идеях и теориях, в знаково-символической форме норм и институтов, в человеческих действиях и отношениях, т. е. в различных проявлениях правовой реальности¹.

По мнению Максимова, право представляет собой единство двух моментов — смыслового и предметного. По отношению к правовой реальности ее смысловой и предметно-институционный (внутренний и внешний) аспекты соответствуют традиционному делению на естественное и позитивное право². Именно их противоречивое единство и составляет в самом первом приближении структуру правовой реальности. Такой дуалистической трактовки структуры права придерживались дореволюционные русские философы права И. А. Ильин, В. С. Соловьев, А. С. Яценко. По сути, это выявление в структуре мира права как позитивно-нормативной легальности, так и естественно-правовой справедливости. Такая позиция находится в оппозиции к односторонне-монистическим подходам, когда в соответствии с концепциями естественного права оно рассматривается как критерий и идеал для развития позитивного права или в соответствии с позитивистским подходом — как только нормы позитивного права.

В русле интегральной юриспруденции Максимов развивает концепцию структуры правовой реальности, в рамках которой осуществляется анализ полярной противоположности естественного права и позитивного права как наиболее общих категорий, оформляющих принципов бытия права. На языке региональной онтологии — онтологии права они, считает автор, выражают то, что на языке общей онтологии носит название сущности и суще-

¹ См.: *Максимов С. И.* Указ. соч. С. 161.

² Там же. С. 163.

ствования. По сути, это вопрос о том, как общая система бытия находит свое выражение в структуре правового бытия. Раскрывая основную категорию онтологии — «бытие», однопорядковую с категориями «действительность», «реальность», «существование», Максимов пишет, что применительно к миру права правовая реальность — это правовой способ бытия человека (человека как части мира, которая не является бытием, но обладает бытием). В свою очередь, в самом мире права могут быть выведены различные способы его существования (различные реальности со своими специфическими принципами). Вопрос о том, какой из них является приоритетным, — это вопрос о сущности права¹.

Максимов считает, что задача структурирования правовой реальности выдвигает на первый план анализ категорий сущности и существования. Сущность представляет собой внутренний (опосредованный) план бытия в отличие от внешнего (непосредственного) плана бытия, который выражается категорией явления. Она есть тот слой бытия, который раскрывается за эмпирическим бытием, является более устойчивым, чем первый, и выступает глубинным основанием мира явлений (наличного бытия).

Сущность и явление — это гносеологические категории, выделяющиеся в связи с познавательным отношением субъекта к объекту, а сущность и существование — онтологические категории, выделяющиеся в связи с анализом самодвижения объекта². Проблема сущности и существования является проблемой любой социальной науки, включая правоведение, где анализу подлежат объекты, развивающиеся при непосредственном участии человека. В связи с этим возникают вопросы о качестве самого существования: является ли существование того или иного объекта качественно полноценным, действительным, если не является, то насколько в этом существовании реализована, осуществлена его сущность, каковы возможности изменения этого существования, перспективы выражения объектом своей сущности?

Проблема существования — это проблема каждого человека, который решает, как реализовать себя, как стать действенным, т. е. стать личностью. Противоречивость существования человека проявляется в том, что в процессе формирования личности между неразвитым бытием как началом и действительностью как завершением становления пролегал сложный процесс индивидуально-

¹ См.: Максимов С. И. Указ. соч. С. 168.

² С. И. Максимов развивает следующую идею А. Кауфмана: реально структура права впервые обнаруживается в двойственности сущности и существования права (см. далее в настоящей главе).

го бытия. Имеет место разрыв между наличным существованием индивидуума и его проекцией в прошлое и будущее. В своем бытии человек стремится осуществить себя, реализовать свои способности.

Аналогичные процессы происходят и в мире права. Право по своему содержанию ориентировано на преодоление препятствий для самореализации человека. Идее (сущности) права тоже присуще стремление к реализации путем объективирования в нормах позитивного права и осуществлению в формах правомерного поведения субъектов права. Право представляет собой проекцию бытия самого человека.

Человеческая деятельность содержит в себе как реальные, так и идеальные аспекты. Право — это преимущественно идеальные предмет и форма деятельности. В мире права акцент делается на форме, а не на материи. Для мира права очень важны символы, которые являются материей идеальной формы.

Обратив внимание на то, что структура правовой реальности в онтологическом аспекте представляет собой противоречивое единство (дуализм) естественного и позитивного права, Максимов подчеркивает, что реальное, или действительное, право есть единство справедливости, составляющей его предметно-институциональную форму. Поэтому необходимыми условиями действительности права являются как справедливость, так и позитивность. В самом понятии права необходимо присутствует момент истинности, которая есть «эйдос» права — идеальная структура, выражающая его сущность.

Максимов использует методологический принцип плюрализма. Плюрализм не означает чисто внешнее эклектическое соединение различных принципов и элементов, а предполагает их методологическое упорядочивание на основе представлений о структуре правовой реальности. Он позволяет раскрыть не только статику, но и динамику правовой реальности как процесса становления права и его теоретического воспроизведения в развертывании философско-правовых категорий от абстрактных определений сущности права до все более конкретных и содержательных определений форм его существования.

В качестве ведущего методологического основания предлагаемый автором подход включает принцип противоречия, который позволяет осуществлять анализ права как автономной саморазвивающейся системы, источником саморазвития которой являются именно противоречия правовой реальности. Эти противоречия

возникают в результате взаимодействия различных сторон правовой реальности.

Исходя из избранных методологических оснований, Максимов выделяет следующие слои (уровни) правовой реальности или формы «бытия» права:

- а) мир идей: идея права;
- б) мир знаковых форм: правовые нормы и законы;
- в) мир взаимодействия между социальными субъектами: правовая жизнь.

Данное деление традиционно и в целом аналогично делению на такие формы бытия права, как правосознание, правовые нормы и правоотношения, единство которых представляет собой право (в интегральных концепциях права). В результате Максимов подводит читателя к легко читаемому выводу: право — это и есть правовая реальность, а правовая реальность представляет собой право. К сожалению, автор не отвечает на естественно возникающий вопрос: если право — это правовая реальность, то зачем нужно множить понятия? Многие выпускники юридических вузов, получившие специальность правоведа, скорее всего, удивятся, узнав, что они изучали правовую реальность.

Однако продолжим изложение концепции Максимова. Вся многослойная (точнее, трехслойная) реальность связывается в единую (эйдетическую) структуру сознания, которая и задает «правовое» качество всем слоям или формам правового бытия. Каждый из этих слоев находит свое отражение в соответствующих философско-правовых концепциях (или типах правопонимания). Идея права отражается в теориях естественного права; нормы права — в правовом позитивизме; мир взаимодействия между субъектами — это пограничный слой, в котором право, по выражению автора, как бы «затухает», переходя в мир социальной реальности. Одновременно этот мир участвует в формировании права.

Статический аспект анализа структуры правовой реальности Максимов дополняет динамическим. Делается это для того, чтобы проследить процесс саморазвития права (в силу противоречий, о которых шла речь выше), развертывания его сущности через:

- а) абстрактно-общие определения (правовые идеи и принципы);
- б) конкретно-общие определения (нормы позитивного права);
- в) материально-конкретные определения (судебные и иные правоприменительные решения);
- г) социально-предметное воплощение в поведении субъектов права.

При этом каждый уровень (форм) «бытия» права представляет собой более конкретную по содержанию его форму, большую действительность права, более полное его бытие.

А. Идея права является исходным логически, но не онтологически первым уровнем правовой реальности, предназначение которого в масштабировании истинности права. В разных правовых концепциях, у разных ученых этот компонент получает разные обозначения: естественное право, ценностно-смысловое ядро правосознания, правовой логос и т. д.

По мнению Максимова, правовая идея есть данность нашего сознания, выражающая в самом общем плане момент должествования. Назначение идеи права заключается в том, чтобы служить основанием и критерием оценки существующего правопорядка. Однако свое назначение она может выполнить лишь в том случае, если обладает действительностью. При этом под действительностью понимается (как у Г. А. Нанейшвили¹) все то, что дано как определенная значимость, и то, что одновременно действует. Идея права в отличие от идеи позитивного права обладает лишь потенциальной действительностью, но эта потенциальность столь существенна, что задает действительность, а следовательно, нормативную силу позитивному праву, которое представляет собой опредмечивание, реализацию идеи права.

Идея права обладает качеством действия не актуально, а лишь потенциально, как «претензия на осуществление», т. е. стремится осуществиться в сущем, фактическом бытии.

Под осуществлением, следуя сложившейся в теории права традиции, автор понимает достижение правом своей цели, когда оно приобретает наиболее развитую и конкретную форму своего бытия путем перехода в иную реальность — реальность социальной жизни.

Критически оценивая эти рассуждения, обратим внимание на то, что сначала, описывая уровни или формы бытия права, Максимов упоминает правовые идеи и принципы (во множественном числе), но в последующем этот уровень жизни права редуцируется до одной правовой идеи, которая напоминает «основную норму» у Кельзена. Такой подход снижает значимость правовых, особенно конституционно-правовых, принципов, в отношении которых вряд ли можно утверждать, что они «обладают лишь потенциаль-

¹ См.: *Нанейшвили Г. А.* Действительность права и опыт обоснования нормативных актов. Тбилиси, 1987. С. 14.

ной действительностью», и «не обладают качеством действия актуально».

Б. Второй уровень правовой реальности — это мир знаковых форм, система юридических норм, позитивное право — то, что в теории права достаточно лапидарно выражается в понятии «источники (формы) права».

Если идея права не имеет временных параметров, то норма позитивного права имеет начало во времени. Максимов использует убедительное сравнение — образ: «Подобно тому, как в картине эстетическая идея находит свое воплощение, так и идея права в позитивном праве приобретает действующее правовое содержание»¹. Позитивное право — это актуализация и конкретизация правовых принципов, шаг на пути к конкретному праву, но не право во всей его полноте. Это своего рода «застывшее право», право на определенном этапе его становления. Поясняя свое определение «застывшее», автор пишет, что закон есть общая норма для множества возможных случаев и существует он как суждение о должном. Опосредующим звеном при переходе от идеи права к позитивному праву выступает процесс правотворчества. Однако, как замечает Максимов, воля власти — лишь результирующий фактор правообразования, который непосредственно соединяет форму и материю права, выступающих как идея права (принцип справедливости) и реальные фактические общественные условия (выражающиеся в праве через понятия «потребность», «интерес»), в правовом содержании. Именно равнодействие принципов справедливости и фактических условий, которые определяют возможность реализации справедливости в данных исторических условиях, и формирует содержание позитивного права. Поэтому процесс правообразования часто не является дедуктивным процессом конкретизации идеи права, это разнонаправленный дедуктивно-индуктивный процесс.

Законодатель принимает закон на основе ценностного решения, в котором переплетаются требования справедливости и целесообразности. Другим требованием при создании закона является историчность, т. е. необходимость учета социальных интересов. Требование учета реальных жизненных условий указывает на тесную связь права с жизнью. Такое сочетание справедливости и целесообразности является весьма сложным как в чисто техническом плане (ибо нелегко соединить и завет, и запрет), так и в плане влияния наличных социальных условий. Поэтому всегда

¹ Максимов С. И. Указ. соч. С. 182.

возникает проблема связи естественного и позитивного права как проблема несовпадения сущности и существования права.

Отдавая должное автору, я не могу не обратить внимания на то, что между первым и вторым уровнями правовой реальности возникает одно, для практической юриспруденции, возможно, самое важное противоречие. Это несоответствие между духом закона и его буквой, расхождение в интерпретации юридической символики (в виде особых юридических понятий, фикций, презумпций) различными правоприменителями. Эта проблема возникает в силу того, что творец закона единичен, а вот правоприменителей — множество. Поэтому в правовой реальности, в отношениях между ее первым и вторым уровнями, проявляется универсальная истина великого поэта «мысль изреченная есть лож».

В. Следующий уровень правовой реальности — это мир взаимосвязей в социуме. Процесс социальных взаимодействий соответствует такой стадии в жизни права, как осуществление, реализация (субъективного) права. На этой стадии идея права находит свое осуществление и оказывает влияние на жизнь. Формой такого осуществления является правомерное поведение. Ссылаясь на А. Кауфмана, Максимов полагает, что право — это не то, что содержится в нормах, не абстрактная схема правильного действия, это само правильное действие и правильное решение в конкретной ситуации.

Это идея Фомы Аквинского: в своей сущности право — это «собственно справедливое дело».

Именно этот третий уровень (правоотношения) превращает действительность права в фактическую действительность. Правовая реальность, по мнению Максимова, будет отсутствовать до тех пор, пока сторонами правоотношений не станут реальные личности или по крайней мере пока реальные личности не признают для себя значение подобных правовых отношений¹.

Анализ структуры правовой реальности привел автора к следующему выводу: не закон является наиболее полной формой выражения права. Право не находится в готовом виде в законе, из которого может быть непосредственно извлечено. Но при этом закон не является обязательной рекомендацией для судьи. Напротив, судья связан имеющим силу законом. Но закон должен быть соотнесен с признанными в данном обществе принципами справедливости, с природой вещей, т. е. со справедливостью в конкретной ситуации. Поэтому методы каждого конкретного судеб-

¹ См.: Максимов С. И. Указ. соч. С. 185.

ного решения, как и методы позитивного законодательства, также дедуктивно-индуктивны. Право есть то, что возникает из закона в процессе правосудия, а не только то, на основе чего принимается закон. Идея права выступает логически первичным элементом, действительным основанием права, однако онтологически первичным, как считает Максимов, выступает право в конкретной ситуации¹.

Итак, право с различной степенью конкретности реализуется и в принципах справедливости (идея права), и в законе, и в правомерном поведении, и в судебном решении. При этом каждое правовое решение является успехом не одного законодателя или даже судьи, это творческое решение, в котором принимают участие все — и законодатель, и судья, и представитель исполнительной власти, и обычный гражданин. Все они — участники правовой коммуникации, объединенные правовым этосом, возникшим на основе сформировавшегося в данных социально-культурных условиях образа права, правопонимания.

Эта модель права как целостная правовая реальность, как конкретизация содержания права, осуществляемая на различных уровнях, считает Максимов, более адекватна современному правовому государству, чем модель права как совокупности норм.

Автор отмечает, что его философская концепция правовой реальности весьма близка юридической теории механизма правового регулирования, созданной усилиями С. С. Алексеева, с той лишь разницей, что правом следует считать не одни только правовые нормы, а некое становящееся целое, регулирующее поведение людей. Причем такое целое, при разложении которого на элементы теряется его системное качество.

В ходе своего становления оно осуществляется на трех уровнях:

- 1) принципы справедливости (идея права);
- 2) позитивный закон (реализация идеи права);
- 3) решение и поведение в конкретной ситуации (осуществление идеи права).

При этом каждый предыдущий уровень задает обязующую силу последующему, но каждый последующий есть более высокая стадия в развертывании правового содержания, его бóльшая конкретность.

Ввиду особого интеллектуального и психически-волевого накала в ситуации вызревания и принятия судебного решения, в котором аккумулируются все предшествующие стадии становления

¹ См.: Максимов С. И. Указ. соч. С. 187.

права, оно является правом в наиболее конкретном его понимании.

Все элементы правовой реальности пронизаны единым началом, особым правовым этосом (способом мышления и деятельности), логический строй которого предполагает такие элементы, как субъект права (с присущими ему способностями), система реализованных в праве ценностей и долженствования (модель поведения), проявляющихся через связь прав и обязанностей. Каждый из этих элементов, как резюмирует автор, рефлектирует на другие, а это и есть нечто сказанное об идее права, его смысле другим языком, языком ценностей (идея права), долженствования (нормы права) и качеств субъекта и его взаимодействия с другими субъектами права.

6. Скорее всего, нет и не может быть одной картины реальности права. Многообразие мнений позволяет увидеть правовую реальность с разных сторон: в англо-американском мире она приобретает один образ, в континентальной Европе, где прецедентное право, творимое судьями, имеет гораздо меньшее значение, — другой образ.

Американский философ права П. Шлаг не случайно предлагает ввести в оборот теории права новое понятие эстетики права¹. При этом он вкладывает в греческий термин *aisthetikos* (восприятие, переживание) новый оттенок. Шлаг описывает повторяющиеся формы, которые принимают образ создания, понимания и сущности права. То есть он исключает попытки обнаружения элементов красоты, что свойственно обычно для эстетики. Систематизация повторяющихся форм позволила ему выявить четыре эстетики, в пределах которых действует американское право (эстетика сетки, эстетика энергии, эстетика перспективизма и разобщающая эстетика). Все они, безусловно, имеют важный онтологический эффект, поскольку по-разному моделируют правовую реальность как объективную данность, сущность, что-то находящееся здесь, как то, что мы имеем, над чем размышляем, что пытаемся познать и в связи с тем, по поводу чего спорим.

Значение использования правовых эстетик в целях онтологии вызывает и побуждает различные виды профессиональной самореализации юристов, которые, в свою очередь, меняют картину правовой реальности. Эстетики помогают формировать познава-

¹ См.: Шлаг П. Эстетика американского права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 112—181.

тельные, эмоциональные, этические и политические интересы, цели, ценности и тревоги профессиональных юристов.

Не вдаваясь в детали, если очень схематично попытаться показать различные картины правовой реальности, которые описал Шлаг, окажется: то, что он называет «эстетикой сетки», по сути является направлением в европейской юриспруденции, которое генетически связано с исторической школой права и которое воспроизводит то, что обозначено нами как юридический концептуализм. Это такой эстетический подход к праву, когда его можно описать, обращаясь к образу сетки. В эстетике сетки все построено на систематизации юридических понятий, на их детальной классификации, на выявлении общих черт и различий (допустим, виды договоров и деликтов). Процесс дробления реальных юридических феноменов продолжается, пока не будет достигнута таинственная точка, в которой право заканчивается, и все, что остается, — это вопросы факта.

Шлаг считает, что «образ сетки» не только придает праву пространственную форму, но и позволяет правоведам рассматривать юридические понятия как материальные объекты. Понятия становятся материальными объектами, содержащимися в пределах определенных подразделений, частей, подразделов, которые составляют право. Образ сетки не просто является сознательной концептуальной стратегией, это эстетика: право понимается, познается уже как делимое таким образом. Как только сетка-систематизация установлена, основная роль судьи и ученого заключается в «применении права к фактам» и «выстраивании границ сетки»¹.

При таком взгляде на мир права, который отражает эстетика сетки, ключевой операцией является «применение права», посредством которого правоприменитель достигает правового решения, причем единственная вещь, которую остается сделать судье для его получения, — просто наложить сетку юридических норм на факты и изучить результаты. Это правовой концептуализм, который описывается судьей Верховного Суда США следующим образом: «Когда закон Конгресса в надлежащем порядке оспаривается в судах как не соответствующий Конституции, у судебной власти государства есть только одна обязанность: соотнести статью Конституции, которая предшествует оспариваемому закону, и решить, совпадает ли с ней последний»².

¹ См.: Шлаг П. Указ. соч. С. 122.

² Там же.

В эстетике сетки роль судьи важна, поскольку он с помощью прецедентов выстраивает сетку юридических норм. Судья несет ответственность за сохранение беспробельности, определенности, непротиворечивости юридических норм. Французский философ права П. Лежандр в связи с этим даже пишет, что юристы являются «сборщиками мусора», а «право представляет собой свалку»¹. Занимаясь расчисткой авгиевых конюшен², и судьи высоких судов, и ученые-юристы приходят в восторг, латая сеть, применяя ее к новым житейским проблемам. Это и есть очарование права, уподобленного геометрии³.

Сторонник эстетики сетки работает над созданием права. Может оказаться, что его вклад — немного простой отделки одной маленькой детали, но все же он высекает ее в камне, он — хозяин своего угла в сетке. Образ права, высеченного в камне, позволяет стороннику эстетики сетки полагать, что своими размышлениями и работами он производит что-то, что выдержит испытание временем⁴.

Важно отметить, что в эстетике сетки роль субъекта права остается второстепенной, на первом плане все-таки правоприменители, заботящиеся о состоянии сетки юридических норм, поддерживающих юридический концептуализм, его непротиворечивость.

В связи с этим обратим внимание на важный для онтологии права момент. Признавая многообразие онтологий права, множество картин (панорам) юридического мира, следует согласиться, что в любом случае на них присутствуют постоянные персонажи — это субъекты права, обращающиеся в суд, и судьи (и другие правоприменители), разрешающие юридический спор. В разных юридических картинах будет различным изображение креативности каждого персонажа, но самое главное — это их неизменное присутствие в ситуации конфликта. Вот почему мы так часто обращаемся к философско-правовому понятию субъекта права и его активности. От этого зависит, каким будет онтологический образ права.

Это извечный для права вопрос: судьи должны только искать право в сети юридических норм и принципов или они могут также создавать право, изменяя его? Для права, выступающего в образе

¹ Цит. по: *Шлаг П.* Указ. соч. С. 124.

² Образ, предложенный Р. Дворкиным (см.: *Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004).

³ См.: *Шлаг П.* Указ. соч. С. 125.

⁴ Там же. С. 124.

сетки, считает Шлаг, этот вопрос является эстетической проблемой¹.

Сетка инертна, она не движется. Понимание или отражение права в терминах сложившегося концептуализма удастся хорошо, пока не возникает потребность отобразить изменение, движение в праве, т. е. описать право как динамическое явление, когда образ сетки становится неадекватным. Это эстетическая проблема, которая поднимает вновь и вновь более «сущностные» или «политические» вопросы о правомерности или легитимности трансформации права судами. В немецком доктринализме (или концептуализме) XIX в. считалось, что изменением права должна заниматься политика права, а не юриспруденция (т. е. он основан на табуировании активности судьи).

Отсюда мы можем вывести следующие умозаключения: концептуализм не признает ни активную роль правоприменителя — судьи, ни креативность субъектов права. Право, конечно, изменяется, но без их участия. Если право меняется судом, то это патология. Истинное право — это только то, что создается законодателем. Таким образом, эстетика сетки — это то, что обычно называют юридическим позитивизмом.

Иная возможная онтологическая картина мира — это эстетика энергии, когда доминирующей метафорой и образом права становится энергия, а ее проявления — «изменение», «преобразующее изменение», «реформа», «прогресс» становятся господствующими мотивами. В этом образе права появляется креативная фигура судьи, творящего право. Он настолько могущественен, что Р. Дворкин не случайно сравнивает его с Геркулесом.

Судья создает прецеденты, и у них, в их движении, есть направление — они проходят от одного комплекса эмоционально окрашенных представлений судей к другому², как у планет или метеоров есть гравитация или гравитационная сила. Такими силами гравитации при создании прецедентов являются равновеликие конституционные принципы, которые вступают в конфликт друг с другом, что становится очевидно при разрешении дел в суде. Одна сторона в споре опирается на один конституционный принцип (или право), другая — на другой. Эти принципы и основные права и являются векторами, или системами координат, порождающими векторы, зафиксированные в прецеденте. Судебная практика теперь является не просто набором правовых норм, а правовой си-

¹ См.: Шлаг П. Указ. соч. С. 129.

² См.: Дворкин Р. Указ. соч.

лой, действующей в социальном мире. Появляется космология правового реализма, в котором прецеденты и законы реконструированы как причины и результаты, условия и последствия¹.

Право становится «интерпретируемым делом», резко возрастает роль толкования как активной творческой деятельности. Экономический анализ права, возникший в США на питательной почве правового реализма, основывается на убеждении, что право — это новый экономический фактор, который позволяет немалым образом сокращать операционные издержки в ходе гражданского оборота. Право начинает активно вмешиваться в логику рыночного воспроизводства Калдора — Хикса². Неудивительно, что эстетика энергии и ее обращение к физическим образам — массе, весу, толчку, силе и пр. способствуют социальной инженерии и функционализму как ее более академическому воплощению. Решения отдельных судей рассматриваются как возможности создать предписания для организации общества³.

Как пишет Р. Познер: «По сравнению со скромной и покорной работой сторонника сетки, это величественный образ права»⁴. Но и этот образ мира права таит в себе опасности, поскольку конфликтующие силы конституционных принципов и прав и конституционная политика формируют право в ситуации конкретного судебного решения, требуют оценки и взвешивания их ценностей. Для эстетики энергии — это одно из господствующих представлений о задачах суда.

В связи с этим Шлаг высказывает ряд полезных критических замечаний в адрес либеральных правовых учений или, по его типологии, в адрес нормативной правовой мысли, к представителям которых он относит Г. Харта, Д. Ролза, Р. Дворкина и др.⁵ К главным недостаткам указанных концепций он относит попытку связать право с положительными ценностями, придание ему моральной окраски и создание «романтизированного образа права», которое, будучи связанным с предписанием и защитой «хорошего и правильного», само по себе воспринимается как хорошее и правильное. Шлаг старается избежать идеализации права. В его концепции право представлено как средство достижения определенных практических целей, а не какого-либо идеала общезначимости, оно

¹ См.: Шлаг П. Указ. соч. С. 135.

² См.: Познер Р. Экономический анализ права. СПб., 2004.

³ См.: Шлаг П. Указ. соч. С. 136.

⁴ Познер Р. Указ. соч.

⁵ См.: Самохина Е. Г., Харитонов Л. А. Постмодернистская интерпретация права Пьера Шлага // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 10.

связано с решением насущных проблем повседневности, а поэтому деятельность юристов является скорее ремеслом, чем искусством.

Юристы, которые представляют мир права в эстетике энергии, придерживаются лозунга «давайте считать и измерять». При таком подходе, как считает Шлаг, все внутренне противоречивые энергии в правовой реальности должны быть учтены, определены, оценены и изменены, чтобы установить, какая из них будет преобладать. Уравновешивание (балансирование) чрезвычайно распространено как метод решения дел, особенно в высших судах, и даже как определенный закоренелый, недиалектический образ мысли. Судьи уравновешивают свой подход ко всем видам правовых режимов — многофакторные тесты, профилактические правила, правила разрешения дел по существу и т. д.¹

Ссылаясь на мнение П. Канны и А. Т. Алейникова, Шлаг пишет, что уравновешивание, если им злоупотреблять, может оказаться наивным и неверным. Его успехи или неудачи во многом зависят от интеллекта конкретных судей, и этот субъективизм не позволяет полагаться на балансирование правовых ценностей как на панацею. Именно судья решает, какие ценности присоединить к интересам, доводам и обстоятельствам. Эта оценка может стать трудной задачей, потому что часто бывает неясно, как различные обстоятельства соответствуют одному и тому же масштабу². Именно поэтому результаты балансирования могут оказаться сомнительными.

Самой успешной попыткой найти единый показатель ценностей в американском праве оказался экономический анализ права, восходящий к утилитаризму И. Бентама. Этот правовой концепт предлагает привести все ценности в сфере права к общему знаменателю: пользе или доллару. Эти «единые валюты» утилитаризма представляют все в таком свете, что можно измерить количество производимого для человека счастья.

Особое внимание в концепции Шлага уделяется исследованию субъекта права. Он отмечает, что в рамках «нормативной правовой мысли» (т. е. либерального направления в праве), правового концептуализма (формализации) субъект права наделяется такими характеристиками, как универсальность, нейтральность, объектив-

¹ См.: Самохина Е. Г., Харитонов Л. А. Указ. соч. С. 137.

² См.: *Aleinikoff A. T. Constitutional Law in the Age of Balancing // Yale Law Journal. 1987. No. 96. P. 943; Kahn P. W. The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Power // Yale Law Journal. 1987. No. 97. P. 1, 4–5.*

ность, разумность и пр. Обладающий такими характеристиками субъект права, как правило, способен лишь воспринимать и оценивать появившиеся извне правовые нормы, в создании которых он не принимал никакого участия, т. е. он является пассивной фигурой. У Шлага субъект права — это, напротив, самостоятельный, креативный субъект, включенный не только в процесс реализации права, но и, что самое важное, в процесс его конструирования. Образ права формируется в первую очередь в психике того или иного субъекта под воздействием самых разных факторов. Именно этот образ права предопределяет представление субъекта о характере и содержании правовых норм, на основании которых он строит свои отношения с другими членами общества¹.

7. Введенное М. Хайдеггером онтологическое различие бытия и сущего является площадкой, на которой в XX в. развивалась немецкая феноменологически-экзистенциальная философия права. Если в классической онтологии бытие является одним из атрибутов сущего, то в фундаментальной онтологии Хайдеггера оно, напротив, лишь обуславливает сущее как сущее². Соответственно, не правовое сущее порождает правовое бытие, но, наоборот, сущее может стать «подлинно правовым» лишь в особом — правовом модусе бытия.

Что же такое правовой модус бытия? Разворачивая этот вопрос, А. Кауфман, один из самых известных немецких философов права второй половины XX в., формулирует онтологически-правовую проблему следующим образом: «Какую сущностную форму, какую онтологическую структуру, какую бытийную конституцию имеет то сущее, которое мы называем правом»³? Рассматривая право как сущее, в поисках онтологической структуры права Кауфман возвращается к основной оппозиции в праве — его делению на позитивное право и естественное право, которые рассматриваются как некие крайности и ценность которых состоит лишь в том, что они позволяют искать «золотую середину».

Для этого он применяет одну из модификаций онтологического различия Хайдеггера, осуществленную Ж.-П. Сартром. Речь идет о том, что на основе разделения «бытие — сущее» французский философ вводит такие понятия, как «эссенция — экзистенция». Пытаясь найти «золотое сечение», Кауфман предложил такую идею: реально — онтологическая структура права впервые

¹ См.: Самохина Е. Г., Харитонов Л. А. Указ. соч. С. 110.

² См.: Стомба А. В. Артур Кауфман: в поисках «целого» права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 145.

³ Там же.

обнаруживается в двойственности сущности и существования права, в его естественности и позитивности¹. Правовой дуализм определяется им следующим образом: «Подобно тому как человек есть прежде всего человек, когда психическое и телесное действуют вместе, точно так же реальное право осуществляется через друг-с-другом естественности и позитивности»². Он полагал, что онтологическая сущность позитивизма укладывается в классическую формулировку Сартра «существование предшествует сущности»³.

В основе правового позитивизма лежит предпочтение экзистенциальных элементов права эссенциальным. Правовые задачи должны решаться как математические задачи. Но этому противится духовное, метафизическое содержание права. Поэтому, согласно Кауфману, нельзя согласиться с мнением К. Бергбома: необходимо признавать обязывающим и подлое законное право, если оно принято формально правильно. Но полное отрицание правового позитивизма как другая крайность тоже ошибочно. Нельзя ставить справедливость, подлинность или содержание естественного права, которое автор называет естественностью, выше позитивности, так что она практически более не играет роли⁴.

Понять суть концепции Кауфмана помогает образ электрической лампочки. Когда право проявляет себя, «вспыхивает» как лампочка. Тогда, когда закон применяется при разрешении конфликтной юридической ситуации. «Закон есть всеобщая норма для множества конкретных случаев, право, напротив, разрешает действительную ситуацию здесь и сейчас». «Право не есть наличие нормы, не абстрактная схема для верного поступка, оно скорее есть этот правильный поступок либо верное решение в конкретной ситуации»⁵.

Затем философ обращается к проблеме легитимации как права, так и закона. Для легитимации права используются традиционные для естественно-правовой концепции идеи: оно коренится в естественном порядке вещей, является объективно-необходимым, порождается самой природой социальной жизни, а не является результатом воли какого-то земного или внеземного авторитета. Право есть порядок сущего в его конкретной полноте, и оно при

¹ См.: *Стовба А. В.* Артур Кауфман: в поисках «целого» права. С. 145.

² Там же. С. 146.

³ См.: *Кауфман А.* Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 152.

⁴ Там же. С. 154.

⁵ Там же. С. 146.

этом целиком и полностью конкретно¹. Это естественное право не может объективно существовать, бытийствовать без формы — без закона: «Все право имеет закон в качестве предпосылки». Правового решения не может быть дано без нормы, без масштаба правильности. Онтологически право имеет преимущество, логически, напротив, первичен закон².

С точки зрения Кауфмана, оба исходных пункта — и правовой позитивизм, и «идеалистическое» естественное право высказывали нечто верное о праве, но в силу своей односторонности «промахивались» мимо онтологической структуры права, а поэтому необходимо покончить с этим противопоставлением друг другу естественного и позитивного права³.

Вполне солидарны с господствовавшими в послевоенной Германии и высказанными одним из учителей Кауфмана — Г. Радбрухом идеи: он заполняет оппозицию между правом и законом, между логикой, онтологией и аксиологией, указывая, что закон не может быть произвольным, он должен основываться на известном решении основных ценностей, т. е. морали и *bonum commune*, которые законодатель не постигает, но принимает как данное. Словом, в чистом виде повторяется известная «формула Радбруха»⁴.

Как верно заметил Стомба, аксиология всегда порождает вопрос о соответствующей гносеологии. Если законодатель «не постигнет» морали и справедливости, которые должны быть критериями «законности» закона, т. е. его доброкачественности, то как они станут известны вообще, причем так, чтобы создать четкий «масштаб законности»? На этот вопрос Кауфман дает весьма уклончивый и неопределенный ответ: «Здесь должен быть допущен известный гносеологический релятивизм». Итак, начав с поиска онтологической структуры права, Кауфман приходит к аксиологии⁵. В этом, собственно, нет ничего удивительного. Взаимосвязь онтологии и теории познания (гносеологии, эпистемологии) очевидна. Довольно часто проблематика теории познания может содержаться в философско-правовых концепциях в скрытом виде, через формулирование онтологии права, которая имплицитно определяет не только предметную сферу, границы мира права, но и возможности познания и сам характер, дизайн знания.

¹ См.: Кауфман А. Указ. соч. С. 146.

² Там же.

³ Там же. С. 156.

⁴ О «формуле Радбруха» см.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 228.

⁵ См.: Кауфман А. Указ. соч. С. 147.

Согласно концепции Кауфмана становление права происходит в три ступени. Первая ступень есть основная норма, под которой понимается не основная норма Г. Кельзена, а естественное право, общепризнанные правовые принципы. Вторая ступень — это позитивное право, сумма законов. Третья — это решение в конкретной ситуации. Окончательное «превращение» закона в право происходит в суде. При этом судья разрешает дело не путем исключительно дедукции, выводя из общих норм позитивного права решение по частному случаю. В равной мере отдельное правовое решение может быть основано на индукции, проистекать из природы вещей, вовлеченных в конкретную ситуацию. Таким образом, заключает Кауфман, именно в правосудии впервые из закона возникает право. Суд является местом, в котором право осуществляется в его полноте¹.

Правовой сущностью, эссенцией в таком случае становится судебное решение. В этом и заключается, согласно Кауфману, онтологическая структура права. При этом, как считает Стомба, ключевым является обоснование «процессуальности права»: если раньше право мыслилось как нечто статичное (идея естественного права, позитивный закон), то теперь оно предстает перед нами как вечно возобновляющийся поиск верного решения в конкретной ситуации.

Так же, как у Шлага, как у любого автора, который описывает онтологическую картину мира права, у Кауфмана в его концепции возникает субъект права и одновременно субъект правотворчества. У Кауфмана таким субъектом может быть только тот, кто на основе позитивного права обнаружит «верное решение». В судебной практике национальных высших судов, в практике Европейского Суда по правам человека существует такое явление, как судебное признание новых прав человека, неизвестных позитивному законодательству².

Понятие позитивности в концепции Кауфмана получает новый, более глубокий смысл. Оно не просто означает, как полагает господствующая, укорененная в позитивистских представлениях точка зрения, свойство нормы «быть установленной субъектом», позитивность у него скорее присутствие, телесность бытия права. Иными словами, позитивность права означает такую меру актуализации и конкретизации его сущности, когда оно становится

¹ См.: Кауфман А. Указ. соч. С. 147.

² Подробнее об этом см. в гл. 3 настоящей книги.

«юстициабельным»¹. При этом могут существовать правовые нормы, которые хотя и позитивны, но не установлены законом (как, например, право на жилье, которое возникает по фригольду в английском праве, не в силу закона, но в силу *usus continuus*). Вместе с тем в законе могут существовать юридические нормы настолько абстрактные и неопределенные (как некоторые нормы о принципах конституционного права) в своем юридическом содержании, что с онтологической точки зрения они не могут быть признаны позитивным правом. Такие общеупотребляемые в законодательстве различных стран романо-германской правовой семьи оговорки, как добросовестность, добрые нравы, не являются частью позитивного права. Они превращаются в нормы-гарантии только после их конкретизации посредством судебных решений или усилиями правовой науки.

С точки зрения Кауфмана, основные принципы права сами по себе не являются правом, но для права они являются в собственном смысле слова основополагающими². Отсюда, по мнению автора, впервые становится видно, что такое правовое государство. Оно является чем-то большим, нежели законное государство. В законном государстве господствует догма полной идентичности закона и права. В нем один лишь законодатель определяет право. В правовом государстве, напротив, выработано серьезное убеждение, что право есть нечто большее, чем закон, что вся государственная власть должна действовать заодно, чтобы свершить право. И именно в этом смысл разделения властей: при такой форме права в обществе всякой государственной власти будут соответствовать свои собственные задачи и функции³.

Одним из самых интересных вопросов онтологии права является возможность существования права в качестве сущего и должного вне нормативных актов. Речь идет не только об относительно простой ситуации с правовыми обычаями, которые конечно же относятся к праву, будучи косвенно признаны в законах. В Гражданском кодексе РФ источником права признаются национальные обычаи, обычаи торгового оборота. Более сложной является проблема признания прав человека (в том числе судом), когда позитивный закон данные права не предусматривает. В ч. 1 ст. 55 Конституции РФ сказано, что перечисление в Конституции РФ основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание

¹ См.: Кауфман А. Указ. соч. С. 158.

² Там же. С. 172.

³ Там же. С. 174.

или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина. То есть возможно признание других, общепризнанных прав и свобод. Науки конституционного права и международного права подскажут, как отличить общепризнанные права от необщепризнанных, а значит, какие непоименованные в Конституции РФ права и свободы можно официально признать, в том числе и в суде.

Ну, а если речь идет о каких-то основных правах, которые существуют наряду с официально признанными и закрепленными в Конституции РФ, но не являются общепризнанными? Могут ли составлять часть бытия права такие права? Могут ли существовать вне рамок Конституции РФ основные права?

8. На многие из этих вопросов (но не на все) помогает найти ответы «Философия права» Э. Фехнера, который предложил переосмыслить концепцию естественного права, подвергнув ее онтологической спецификации. Это тем более необходимо, что государство в Основном законе Германии 1949 г. явно заявило о своей приверженности естественно-правовым идеям.

По мнению Фехнера, естественно-правовая проблема является ключевым вопросом философии права. Нельзя не привести доказательства абсолютной значимости высших правовых установлений, не принудить себя примириться с сознанием своего бессилия, удовлетворившись произвольным характером права и его полной относительностью.

Убеждающая сила собственного переживания права автором делает очевидным, что в праве есть «широко распространенные объективные явления»¹. Но эта объективность покоится, где она дана, не на формальном и четком порядке. Речь здесь идет скорее об «изменчивых связях, где человек одновременно слышит и послушен, где он прислушивается и придает форму, в которой он связывает и связан сам, где он познает порядок и упраздняет его... Мы должны отвергнуть всякое представление об абсолютном, неизменном, застывшем порядке. Все же мы обнаруживаем, что вынуждены принимать в расчет объективную власть и находить в ней неотъемлемую идею естественного права, из которой она в постоянно меняющейся форме обновляется снова и снова»².

Но вместе с тем естественное право подвержено воздействию человека. Итак, естественное право, с одной стороны, объектив-

¹ См.: Фехнер Э. Философия права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 548.

² Там же.

но, с другой стороны, изменчиво под воздействием человека. Но каково соотношение этих двух противоположных сил? Чтобы получить ответ на этот вопрос, как отметил Стомба, Фехнер предлагает исследовать место права в целостной взаимосвязи бытия¹. Для этого он обращается к работам по онтологии немецкого философа Н. Гартмана. Мир, в котором живет человек и частью которого он является, может быть разделен на области неорганического, органического, психического и духовного. Если спросить, где же в этом разделенном на четыре области мире находится право, то можно ответить, что оно принадлежит к области социального. В самом социальном везде находятся правовые связи и существует относительно немного отношений, не поддающихся правовому регулированию (например, любовь полов).

Право есть часть порядка части порядка. Оно есть часть порядка внутри межчеловеческого порядка, со своей стороны принадлежащего к великому порядку «фюсис», «биос», «псюхе» и «логос»². Правопорядок не может противоречить ни неорганическому (так как человек представляет собой материальное тело), ни органическому (так как человек живое существо), ни психическому либо духовному слоям бытия. При этом социальный порядок (и правопорядок как его часть) не представляет собой самостоятельного слоя бытия, подобно четырем областям Гартмана, но пронизывает их, будучи вынужден им соответствовать.

Естественное право в понимании Фехнера — часть порядка в социальной области и порядка в целом. И этот подход позволяет утверждать, что право не является сферой абсолютно субъективного начала, и попытаться определить, есть ли в праве что-то объективное, не зависящее от воли и сознания человека.

Укорененный в социальном мире биологический, экономический порядок носит вполне объективный характер. Отношения матери и ребенка определяются «чеканной размеренностью биологического порядка», и этот осмысленный порядок исходит из природы, а не права. Однако «правапорядок завязан на этом порядке, включает себя в него и рационально идет далее»³. Мудрый правопорядок всегда считается с «бегом природы». Но правопорядок не может быть зеркальным отражением натуральных человеческих инстинктов и биологического и иных порядков. Да, право во многом предопределено объективно сложившимся социальным

¹ См.: *Стомба А. В. Э. Фехнер: пограничность или бытие между правом и экзистенцией // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 531.*

² См.: *Фехнер Э. Указ. соч. С. 555.*

³ Там же. С. 557.

порядком и в этом смысле объективно, но вместе с тем оно предполагает активную роль общества, причем воздействие этих двух факторов отнюдь не постоянно.

Какова же роль человека (субъективный фактор) и социального порядка (объективный фактор)? Отвечая на этот вопрос, Фехнер решает онтологическую проблему о месте права в целостной взаимосвязи бытия. «Частично право вверено свободе людей, — замечает автор. — Оно не подчинено строгой каузальности природы, например, покорности тупой неизбежности биологического, но “отдано” людям»¹. Тем самым право не брошено на произвол, оно основывается на разуме и чувстве ценности, в которых встречаются объективные силы, обращенные к человеку, не открывающие себя ему, но требующие его, не формулируя своего требования. Таким образом, Фехнер пытается примирить два исторически сложившихся подхода к естественному праву, во-первых, предполагающих естественность права в объективных человеческих инстинктах, желаниях и, во-вторых, подчеркивающих разумность сложившегося естественного права, являющегося продуктом коллективного человеческого разума.

Вот в «этой частично явленной данности и частично явленной заданности заключен своеобразный характер права»². Именно эта двойственность объясняет ряд особенностей, которые и определяют своеобразное место права в отношении с целым, т. е. человеческой социальности. «Неправо и противопорядок» противоречат объективной структуре бытия межчеловеческой области.

Дополнительно характеризуют идею Фехнера о месте права в структуре бытия следующие высказывания: «Потеря меры, власти и потеря права часто суть причины полного разрушения. Но вместе с тем этот ход событий не принудителен. Быть может, природа останавливает упадок. Повсюду данный людям внеправовой порядок занимает место недействительного правопорядка и предотвращает полный распад»³. Порядок появляется только в обществе, и человек становится человеком лишь посредством этой меры. Свобода и достоинство человека заключаются в том, чтобы познавать и признавать, так как он должен признать высший порядок мира, физические законы, законы мышления. Подобно понятиям метафизики и законам мышления, правовые положения не произведены, но воспроизведены, не изображены, но открыты. Использо-

¹ Фехнер Э. Указ. соч. С. 559.

² Там же.

³ Там же. С. 563.

мый автором термин «правильное право» означает «послушание бытию», «бытийную справедливость»¹.

Человек встречает эту объективность, на которую он может оказать лишь незначительное влияние и которая предписывает ему определенное решение. У него возникает «чувство права» как неизбежность биологических, экономических, политических и других событий. Человек начинает переживать момент глубокой вплетенности в объективное бытие, он оказывается охвачен властью «идеи права». Если это происходит с учетом претерпевания неправа, то может произойти трагедия. Если же увлеченность чувством права происходит из любви к праву, поскольку человек любит порядок, который свят, поскольку он любит людей, которым это во благо, то в этом случае мы имеем великие свидетельства и приверженцев этого, таких как Сократ или Томас Мор.

Проясняя отношение человека к праву и тем самым структуру бытия права и его положение в целом упорядоченном мире, Фехнер ставит вопрос: каким должно быть творческое участие человека и могут ли быть ограничения в отношении объективных данностей?

На этот вопрос он отвечает, сравнивая право с архитектурой и музыкой. Структура архитектурного сооружения зависит от реального материала, из которого оно построено. Но будучи воздвигнутыми из одинакового материала, индийский или греческий храм либо готический собор являются творческим образом возможностей, заложенных в соответствующем человеке либо в соответствующем культурном окружении, которые осуществляются из свободы. Архитектура зависит от реальных данностей, как музыка, которая гармонию тонов хаотически волнующегося моря понуждает являться в прекрасном порядке. Тем не менее Фехнер замечает: как известно, музыка также связана со строгой закономерностью математического рода, хотя она воспринимается интуитивно и не просчитывается². Она есть строгая закономерность, но в то же время творение, вырвавшееся из бытия в человеческую действительность. И здесь, как кажется, видно влияние Радбруха, который писал о сходстве юриспруденции с математикой по типу мышления. Подобно математику, который в пестром многообразии действительности должен увидеть лишь пространственные и поддающиеся численному выражению отношения, считал Радбрух, юрист обязан принимать во внимание только совершенно

¹ См.: *Фехнер Э.* Указ. соч. С. 565.

² Там же. С. 567.

определенную картину общего плана, передающую лишь грубые контурные очертания всего красочного многообразия и образного богатства жизни¹.

Ф. К. фон Савиньи называл юриспруденцию «математикой посредством понятий» и говорил: «Плохой математик — плохой юрист».

Фехнер обратил внимание еще на одну черту объективной силы структуры бытия: как неправое порождает новое неправое, так же и право порождает в каждом малом решении и поступке новое право, поскольку ничто в мире не сильно так, как живой сопутствующий пример. Это и есть источник силы, который освобождает сокрытые ранее силы и приводит их в действие².

Завершая свой анализ проблемы естественного права как проблемы онтологии права, Фехнер сформулировал важные выводы. Они сводятся к следующему.

1. Все попытки философии описать бытие являются лишь частичными ответами, они не охватывают целое. Предположительно сокрытость причисляется к сущности бытия. А поскольку этот основной онтологический вопрос не закрыт, то и естественно-правовой вопрос не может быть окончательно разрешен. Этот вопрос является онтологическим и направлен на конечную бытийную взаимосвязь. Он вопрошает не только о бытии права, но и о бытийном основании, в котором право, со своей стороны, первоначально основано. Этот вопрос не поддается рациональному пониманию, отчего и является вечным вопросом философии права.

2. Однако этот вывод не означает, что невозможно осветить и объяснить посредством научных и философских усилий вопрос о характере бытия права как сущего среди иного сущего³.

Эти выводы имеют практические следствия.

Первое из них связывается с внутренним состоянием человека. В проблемном и рискованном характере права, на котором основаны достоинство людей и свобода познать и признать объективный закон, одновременно заключена опасность проглядеть его, забыть или утратить его понимание.

Такая опасность равнодушия перед призывом и ответственностью грозит прежде всего скептикам и релятивистам.

Другая опасность — попытка отказаться от свободы и «потеряться в обманчивой надежности заданного поведения», которое

¹ См.: *Радбрух Г.* Указ. соч. С. 118.

² См.: *Фехнер Э.* Указ. соч. С. 569.

³ Там же. С. 571.

представителями привилегированного слоя воспринимается не как гнетущее принуждение, но как само собой разумеющееся. Эта опасность грозит позитивистам, для которых, как считает Фехнер, «закрыты вершины и глубины бытия и равно тем самым возможности новых плодотворных начинаний и форм»¹.

Третья опасность — это игнорирование того, что не может быть абсолютной свободы, что всякая свобода предполагает признание «заданной великой взаимосвязи порядка»². Этой опасности подвержены определенные направления философского идеализма и теории сверхчеловека.

Второе практическое следствие касается внешних деяний. «Вплетенность» права требует его приспособления к фактическим условиям. Право должно оставаться правом не как желаемый образ, но как фактически обусловленный порядок. Эти основания правового действия касаются всех, кто по профессии либо как-нибудь иначе осуществляет право в своем бытии. Они значимы для законодателя, который в великом всеобъемлющем высказывании стремится сделать видимым соразмерный бытию порядок. Они действенны для судьи, который соответственно справедливости бытия исправляет отдельный случай. Они значимы, наконец, для всякого порядка отношений договора либо соглашения, которые лишь тогда исполняют свое назначение, когда составлены справедливо фактически и бытийно.

Из предоставленности порядка в человеческой свободе следуют проблема и необходимость риска. Право не передано человеку как нечто готовое, полученный без труда подарок, но вложено ему в руки со всей неизвестностью и вопросительностью с тем, чтобы он его раскрыл не просто как единичное существо, которое формирует свое поведение посредством личной ответственности³.

Третье следствие — это заключенное в онтологической взаимосвязи требование свободы.

Четвертое следствие состоит в том, что право надо рассматривать только как одну из упорядочивающих сил в социальном мире, но не единственную. Изоляция, которой страдает юридический доктринализм, — это не только «выпадение из порядка в целом, но и замыкание и ограничение в его части»⁴.

Правовое усилие есть подлинная забота о правильном порядке совместной человеческой жизни, принимающая во внимание упо-

¹ Фехнер Э. Указ. соч. С. 572.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 573.

рядочивающую власть права. В пределах данной частичной области и эта забота равно является фактическим участием во всеобщем смысле, который ищет свое выражение в праве и может найти его тогда, когда упорядочивающая власть права не абсолютизируется либо изолируется, но понята в ее частичном характере. Изолированное правовое мышление, напротив, ведет к тезису: «*Summum jus summa injuria*» (лат.: высший закон — высшая несправедливость), так как абсолютизация части порядка ведет к нарушению его в целом, как выражает это фраза «*Fiat justitia pereat mundum*» (лат.: торжествует правосудие, гибнет мир). Но верно понятое правовое усилие означает соучастие в сохранении и умножении полноты сущего¹.

Правильность и действительность естественного права заключены в убеждении, что при упорнейшем исследовании и добросовестном обдумывании всяческих данностей человеческие возможности служат установлению истины, а потому правомерно могут выдвинуть требование: пусть межличностная действительность будет оформлена в соответствии с этим познанием. Такая неизвестность в известном и известность в неизвестном, такое участие лица в подлинном (т. е. подлинно достигаемом) убеждении, которое должно подтверждаться *на деле*, соответствует положению человека в бытии как объективно обусловленного и равно субъективно всегда вновь рискующего. Она представляет собой изначальный творческий источник развития права².

Подытоживая все вышеизложенное, Фехнер делает следующий вывод.

Таким образом, естественное право есть постоянно возобновляющееся беспокойство и воодушевление, лучше и соразмернее связывающее межчеловеческое событие. Оно есть, где только оно есть подлинно, честное предельное беспокойство об адекватном оформлении реальности, при которой стрелка права неизменно установлена на абсолютную действенность, сколь бы в малой степени в каждом конкретном случае ни достигалась бы подобная абсолютность либо могла бы стать известной абсолютная истина. Естественное право в данном случае — не самообман человечества, но выражение его высшего достоинства, дозволения искать, чтобы в исполнении этого призвания еще более открыть, что ему суждено отыскать как живому существу, которому закон не задан, но дан (*nicht aufgegeben, sondern gegeben ist*). При этом призвание

¹ См.: Фехнер Э. Указ. соч. С. 573.

² Там же. С. 574.

само по себе есть бесконечный и окончательный результат, который впервые видим в ходе истории.

Естественное право равно является великим рискованным предприятием Европы, которое одарило человечество плодотворными мыслями точно так же, как и великие естественно-научные открытия, с которыми естественное право пребывает в одном ряду¹.

Экзистенциально-феноменологическое направление в философии права продолжает Стомба, разрабатывая фундаментальную онтологию ситуации². Его безусловной заслугой является то, что он выясняет, как бытие того сущего, которое имеет место в правовой ситуации, обуславливает это сущее, делает его правовым. Стомба, как и Фехнер, Радбрух, Алексеев, Майхофер, обращается к анализу онтологической структуры права.

Прояснение этой структуры включает в себя два этапа: онтический анализ права как сущего и онтологический, когда право раскрывается как особый способ бытия сущего, который определяет его как правовое³.

Формально-онтический каркас права составляют, по мнению Стомбы, деяние и его правовые последствия. Затем он переходит ко второму (собственно онтологическому) этапу осмысления структуры бытия права.

Приступая к выяснению бытийного устройства права, он замечает, что право как онтологический феномен неразрывно связано с ситуацией. Любая норма как правовое суждение в отношении абстрактной (закон, обычай) либо конкретной (прецедент) правовой ситуации суть знак, указывающий ответ на явно либо латентно заданный вопрос о границах, пределах правомочий лица (лиц) в правовой ситуации⁴.

Стомба пишет о трех значениях права, объясняющих онтологическую структуру бытия права.

В первом своем значении право есть «правлящее». Во втором значении право есть истина, правда. В третьем (пространственном) смысле право (антоним «лево») суть направление. Исходя из этого можно предположить, что онтологическое устройство (структуру бытия) права выражают три фундаментальные черты: во-первых, это действительность права, его правящий характер, способность влиять на людей и события, во-вторых, его истин-

¹ См.: Фехнер Э. Указ. соч. С. 574.

² См.: Стомба А. В. Правовая ситуация как исток бытия права.

³ Там же. С. 103.

⁴ Там же. С. 115.

ность; в-третьих, его направленность. Право всегда несет в себе «интенцию», оно всегда направлено на определенное «место», которое необходимо упорядочить. Итак, право суть: 1) правдиво, 2) направлено, 3) правящее.

Эти три черты не являются отдельными модусами бытия права (поскольку право не есть сущее, а само суть способ бытия), но составляют его онтологическое устройство лишь в своей совокупности. В отличие от структуры права как сущего, которая характеризует связи между его отдельными элементами, черты бытия права не могут быть рассмотрены в отдельности, они сохраняют свой смысл лишь в их целостности¹.

Выводы Фехнера и Стовбы излагаются столь подробно для того, чтобы понять онтологическую природу ядра каждой правовой системы — системы общих принципов права и конституционных принципов и их объективную природу².

Человечество давно знакомо с объективными процессами, при-сущими окружающему миру, которые происходят независимо от воли и сознания людей. Фиксируя эти закономерности, человек формулирует законы природы и общества. Законы физики носят строго детерминированный характер. В области производства материальных благ существуют экономические законы, имеющие такую же объективную природу, как и законы физические.

Но есть ли такие же объективные закономерности в области права, и если есть, насколько они обязательны для законодателя?

Среди экономистов бытует мнение, что в юридической сфере нет ничего объективного — в ней преобладает полное усмотрение законодательных органов, которые порой не замечают объективную экономическую природу отношений, подвергающихся правовому регулированию.

Между тем и в правовой сфере значение объективных процессов столь же велико, как в физике или в экономике. Отражением этих объективных закономерностей в сфере права являются правовые принципы. Их роль в механизме правового регулирования пока недооценена.

Изучение правовых принципов следует считать одной из самых важных частей юридического источниковедения, т. е. такого направления в науке теории права, которое призвано исследовать систему источников действующего права. А объективно обуслов-

¹ См.: *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права. С. 118.

² См.: *Гаджиев Г. А.* Объективная природа правовых принципов и их учет в хозяйственном законодательстве // *Законодательство и экономика.* 2004. № 5.

ленный характер правовых принципов повышает их значение в системе источников права и требует их безусловного учета и применения судами и другими правоприменителями.

Большинство принципов, в частности, гражданского права имеет объективную экономическую природу. Для примера можно сослаться на п. 2 ст. 258 ГК РФ, содержащий конкретную норму: земельный участок и средства производства, принадлежащие крестьянскому (фермерскому) хозяйству, при выходе одного из его членов из хозяйства разделу не подлежат. Вышедший из хозяйства имеет право на получение только денежной компенсации, соразмерной его доле в общей собственности на это имущество.

Очевидно, что при этом происходит ограничение прав того члена крестьянского хозяйства, который намерен выйти из него. Однако оно носит объективно необходимый характер, поскольку вытекает из потребности считаться с законными интересами других членов хозяйства. Поэтому подобное ограничение не противоречит ни ч. 3 ст. 16 Конституции РФ «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц»), ни ч. 3 ст. 55 Конституции РФ (права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом, но только в той мере, в какой это необходимо в целях достижения шести перечисленных в этой статье целей). К такому выводу пришел Конституционный Суд РФ в постановлении от 16 января 1996 г. № 1-П. Тем самым Суд признал, что необходимо учитывать определенные объективные экономические закономерности в сфере в данном случае сельскохозяйственного производства. Дело в том, что в целях рационального и эффективного ведения хозяйства недопустима избыточная парцеллизация (дробление) земельных участков. Не случайно рассматриваемая юридическая норма не является плодом субъективной деятельности законодателя, она сложилась объективно в силу выявленной потребности обеспечить целостность экономического субъекта и «выросла» из обычаев и обыкновений, сформировавшихся среди народа.

На особый порядок наследования у крестьян и на то, что возникающие при этом отношения могут регулироваться не законами государства, а сложившимися в недрах народной жизни обычаями, обращалось внимание в дореволюционной русской юридической литературе и в решениях Правительствующего Сената. В случае ссылки сторон на местный обычай судам дозволялось

принимать его во внимание при рассмотрении споров, связанных с выходом одного из членов крестьянского двора¹.

И. Я. Ефименко писал об особенностях крестьянского наследственного права, обусловленных тем, что «соискатели крестьянского наследства являются прежде всего членами одной трудовой ассоциации... Участие в общей собственности, по мере труда, вложенного на приобретение этой собственности, — вот основной принцип (курсив мой. — Г. Г.) крестьянского наследственного права»². И. М. Тютрюмов отмечал, что «порядок наследования по обычному праву крестьян по самому своему основанию представляет существенное отличие от того порядка, который находит применение в наших гражданских законах, ибо если нельзя отрицать значения начала кровного родства в области крестьянского наследственного права, то во всяком случае по обычаям бесспорное в этой области существование приобретает другое начало, начало *экономическое* (курсив мой. — Г. Г.), трудовое»³.

Норма обычного русского крестьянского права о недопустимости раздела земельного участка и средств производства отнюдь не является оригинальной и присущей только России. Как известно, в странах Западной Европы в период феодализма сложились юридические нормы, в силу которых земельные владения не дробились, а передавались по наследству старшим сыновьям, младшие же были вынуждены «искать приключений» в крестовых походах.

В современном праве есть множество юридических норм, имеющих целью обеспечить целостность имущественной базы той или иной организационно-правовой структуры предпринимательской деятельности. Так, в соответствии с п. 1 ст. 78 ГК РФ участнику, выбывшему из полного товарищества, выплачивается стоимость части имущества товарищества, соответствующая доле этого участника в складочном капитале. И только по соглашению между выбывающим участником с остающимися участниками выплата стоимости имущества может быть заменена выдачей имущества в натуре.

Фехнер вспоминал слова своего учителя Радбруха, который во второй половине своей творческой жизни перешел от релятивизма к естественному праву и писал следующее: «Существуют осново-

¹ См.: Решения Гражданского кассационного департамента. 1888. № 174.

² Ефименко И. Я. Исследования народной жизни. Цит. по: Законы гражданские (с разъяснениями Правительствующего Сената). СПб., 1911. С. 793.

³ Тютрюмов И. М. Крестьянское наследственное право // Слово. 1881. № 2. С. 82.

положения права, которые более сильны, нежели любое положение права, так что даже закон, который противоречит им, лишен силы»¹. Однако, несмотря на «авторитет данностей», Фехнер подчеркивает свою основную мысль о возможности и необходимости творческого участия людей в праве.

Право существует, как будто бытие требует активного участия и сотворчества для того, чтобы целиком раскрыть его полноту, как будто человек призван его завершить. Достоверность естественного права как принципа и ненадежность в оформлении его содержания восходят к этому напряжению между объективной заданностью бытия и активным творческим участием человека. Они порождают основополагающее напряжение всех философско-правовых вопросов и соответствуют структуре бытия, которая требует проявления этого напряжения, чтобы новое из зачатков возможностей всегда превращать в действительность. Потому вечное возвращение естественного права, всегда одновременно с этим переживаемая «вопросительность права» и постоянно намечающееся переживание новой достоверности суть не только постижимые, но и полные смысла явления. «Каждый новый естественно-правовой набросок есть бросок к истине»², — Фехнер в этом случае говорит на языке философии права о таком важном институте конституционного права, как признание прав и свобод.

9. В Конституции РФ, в ее главе 1, содержится своего рода компендиум, т. е. сжатое, суммарное изложение основных положений конституционного права. Особое положение этой главы подчеркивают и ее название — это основы, т. е. юридические принципы, на которых зиждется весь строй, и ч. 2 ст. 16 — о более высоком положении этих норм среди всех других норм Конституции РФ.

Но и в главе 1 есть свой компендиум — свернутое содержание всей Конституции РФ. Это ст. 2, состоящая из двух важнейших положений, — своего рода итог многовековых философско-правовых рассуждений от Аристотеля — Канта до наших дней:

- 1) человек и его явление в сфере правовой действительности в виде его прав и свобод — превыше всего, высшая ценность;
- 2) главная обязанность государства в связи с этим состоит в том, чтобы: а) признавать, б) соблюдать и в) защищать права и свободы.

Много ли мы знаем о судебном признании прав и свобод?

¹ Фехнер Э. Указ. соч. С. 567.

² Там же.

Судя по конституционному тексту, признает права только публичная власть в виде государства.

Источник всякой власти, в том числе конституционно-учредительной власти, — многонациональный народ Российской Федерации — права и свободы утверждает (см. преамбулу Конституции РФ).

Признание прав и свобод государством осуществляется разными способами.

Государство признает права жителей муниципального образования, признавая и гарантируя местное самоуправление (ст. 12 Конституции РФ);

Признавая экономическую свободу, равным образом частную и публичную формы собственности (ч. 2 ст. 8 Конституции РФ), государство признает за каждым человеком право на использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34 Конституции РФ). Признавая идеологическое многообразие и многопартийность (ст. 13 Конституции РФ), государство признает ряд духовных конституционных прав — право на свободу творчества, академическую свободу.

Признавая права и свободы, наше государство считает необходимым и допустимым прибегать к рецепции (если мы избавим этот термин от исторического контекста и будем понимать под ним всякое заимствование и приспособление нашим обществом социальных и культурных правил и норм, возникших в других странах и даже в другую эпоху). Я имею в виду признание нашим государством прав и свобод в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права (ст. 17 Конституции РФ).

Рецептируя эти принципы и нормы, наш народ, чья память предков, не забывая, кто мы и какие мы, какие у нас представления о справедливости и о добре, вместе с тем сознает себя частью мирового сообщества (см. преамбулу Конституции РФ).

Из ч. 1 ст. 55 Конституции РФ можно сделать вывод: Конституция РФ не только признает отдельные права, но и факт общепризнанности прав и свобод. (В этой части ст. 55 говорится, что перечисление в Конституции РФ основных прав и свобод не означает, что государство не признает другие, непоименованные, но общепризнанные права и свободы.)

Итак, в мировом правопорядке сложился некий статус-кво: общее признание цивилизованными государствами ряда прав и свобод. Конституция РФ признает эти права посредством признания факта общепризнанности.

А могут ли суды как конституционные органы признавать права и свободы граждан? Да, отвечает Конституция РФ, могут. И тем самым она уполномочивает суды выступать в роли современных пророков, несущих народу сакральные юридические знания.

Судебный конституционализм¹ в качестве одной из духовных предтеч имеет институт пророчества. Был такой институт в культурной истории человечества. Наиболее известные пророки — они же и глубочайшие мыслители, этики божьей милостью, но и конституционалисты — Моисей, Иисус, Мухаммед. Вот что пишет о пророках Р. А. Папаян: «В Библии выделены лица, которые по особому Божьему благоволению являются глашатаями слова Господня. Это пророки, являющиеся наиболее вдохновенными и боговдохновенными деятелями. Они несут людям Божественную истину, передают им Господни установления, назидания, предупреждения о грозящих опасностях и катастрофах... Как правило, их слова — самые нелюбимые как для всего общества, так и для властителей, и тем не менее они высказывают их с бесстрашием и без оглядки на лица и на возможные неприятные последствия для них самих...» И далее: «Конечно, пророк может вступать в диалог и непосредственно с царем, но, как правило, не бывает “дворцовых” пророков. Пророк всегда, даже в своих частных обращениях к конкретному лицу... обращается ко всему народу, ибо слова его были бы обесмыслены при частном адресате и превратились бы в ворожбу и гадание.

Между тем пророки — не гадалки, их слова обретают значение и смысл в силу того, что говорят о проблемах общества, страны, о тревогах, теребящих ее, и о бедах, ожидающих ее.

Несмотря на жанровое разнообразие пророческих книг... все они представляют собой соединение наиболее непримиримой критики общественных и управленческих пороков, предвидения их катастрофических последствий в будущем»².

Потребность в утверждении социального порядка привела к тому, что в разных странах независимо друг от друга появились разные пророки: Конфуций, Будда, Моисей, Иисус Христос, Мухаммед.

Если говорить о преобразовании института пророчества в современном обществе, то, конечно, фрагментарно функции этого общественного института должны выполнять: творческая интеллигенция (пророки — это библейская интеллигенция), средства массовой информации и суды.

¹ О том, что такое судебный конституционализм, см.: *Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России. М., 2011.

² *Папаян Р. А.* Христианские корни современного права. М., 2002. С. 78.

10. В 2005 г. Институт философии РАН небольшим тиражом издал книгу В. В. Бибикина «Введение в философию права». Она появилась после скорострительной смерти автора, наступившей 12 декабря 2004 г. Монография возникла из курсов лекций, которые Бибикин, один из самых самобытных и значительных философов современной России, читал на философском факультете МГУ в 2001—2002 гг. и в Институте философии РАН в 2002 г.

С 1972 г. и до последних дней своей жизни он работал в Институте философии РАН, сотрудничал со знаменитым А. Ф. Лосевым. Ученые-философы говорят о нем с огромным уважением, несмотря на то что он не получил базового философского образования: «Человек из круга А. Ф. Лосева и С. С. Аверинцева».

Знаток русской философии XIX — начала XX в., Бибикин был выдающимся просветителем. Эту свою роль в русской культуре он осуществил благодаря яркому таланту переводчика. Трудно представить, но Бибикин перевел для русского читателя Г.-Г. Гадамера, Г. Марселя, К. Ф. Юнга, Х. Арндт, В. Дильтея, У. Эко, а также литературные произведения Э. Ионеско, Г. Бёлля, А. Арто. Но самое значительное в его просветительской деятельности — это перевод «Бытия и времени» М. Хайдеггера. Этим, собственно, все сказано. Уже можно не упоминать о других переводах, если бы это не были переводы В. Гумбольдта, Г. Паламы, Ж. Деррида.

Как отмечали С. С. Неретина и А. П. Огурцов, «Введение в философию права» Бибикин готовил специально для издательства Института философии РАН¹. Остается только удивляться, но это значительное, самобытное философско-правовое исследование осталось практически незамеченным российскими юристами. Хотя удивляться, пожалуй, не стоит: слишком удалились друг от друга области философии и юриспруденции в современной России на беду последней. На это обстоятельство автор обращает внимание в первых же строках книги, во вступлении: государство и его юриспруденция способны только преподать право как факт, как данность, но не способны обосновать его, поскольку это задача сугубо философско-правовая. Философы, со своей стороны, развертывая основания права, не в первую очередь обслуживают юриспруденцию. Они строят онтологию права как этику в широком смысле, включающем иногда также этологию².

Это одно из самых важных, афористичных высказываний по онтологии права, которые мне довелось прочитать у российских

¹ См.: Бибикин В. В. Введение в философию права. М., 2005. С. 336.

² Там же. С. 3.

авторов. Обратим внимание: онтология права — не автономная система ценностей. Бибахин не оставляет места юридическому позитивизму, ибо система ценностей юриспруденции синкретична, в ней есть место и собственно юридическому концептуализму, без которого юриспруденция не может явить себя миру в качестве самостоятельной науки. Но одновременно для права чрезвычайно важна этическая система ценностей.

Философия права Бибахина представляет интерес прежде всего с онтологической точки зрения. Правовая реальность — это самостоятельная реальность в рамках высшей реальности (по Г. Лукману и П. Бергеру¹), это своего рода анклав. П. Бурдые использовал термин «область» для выделения специфики пространства права, мира права. Он пишет о том, как человек покидает одну «область» и переходит в другую. Область философии находится по соседству с миром права. В качестве примера автономной области, анклава Лукман предлагал театр. Как только в зале гаснет свет и поднимается занавес, зритель переносится в иное пространство. А Бурдые заметил, что они только что были в ином пространстве². Вот и Бибахин пишет, что «право говорит с нами на своем, не нашем языке»³. В мире права, в этом анклаве говорят на эзотерическом языке, непонятном обывателям. Тут есть бестелесные вещи, юридические лица, недвижимое в виде воздушных судов и прочие странные юридические понятия, это основа юридического концепта действительности.

Переход из одного пространства в другое осуществляется незаметно, но это не значит, что между ними нет условных границ. Юристы хорошо знают про особенности того пространства, которое можно назвать миром права, «особой реальностью»⁴ (Н. Н. Алексеев) или «миром права»⁵ (Е. Спекторский).

¹ «Среди множества реальностей существует одна, представляющая собой реальность *par excellence*, — это реальность повседневной жизни. Ее привилегированное положение дает ей право называться высшей реальностью... По сравнению с реальностью повседневной жизни другие реальности оказываются конечными областями значений, анклавами в рамках высшей реальности, отмеченными характерными значениями и способами восприятия...» (Бергер П., Лукман Г. Указ. соч. С. 50).

² См.: Бурдые П. Политическая онтология Мартина Хайдеггера. М., 2003. С. 29.

³ Бибахин В. В. Указ. соч. С. 29.

⁴ См.: Алексеев Н. Н. Указ. соч. С. 78.

⁵ См.: Спекторский Е. Юриспруденция и философия. С. 79: «Мир права — это совсем особый мир, как бы надстраиваемый юриспруденцией зла над эмпирической действительностью».

Бибихин также обнаружил эти границы между автономными пространствами, анклавами в рамках высшей реальности, с которых начинается выделение предметной сферы философии права с помощью онтологии права. По его наблюдениям, с которых, собственно, и начинается его «Введение в философию права», в конфликтных ситуациях, возникающих в российском обществе, практически всегда имеет место тенденция, желание или искушение «не вступить в область права, суда, судопроизводства и договориться по душам»¹. Нежелание говорить формальным языком россиянами воспринимается как более естественное и человеческое. Сложности перехода в правовое пространство связаны, в частности, с тем, что правовые процедуры являются преимущественно письменными, сопровождаются составлением протоколов, исковых требований в суд, выдачей доверенностей, составлением договоров и завещаний. «Действия по фиксации, записи на бумагу или в машину отмечают переступание некоего порога и вхождение в особый режим отношений»². Но перед переступанием порога делается последняя попытка договориться нарочито неформальными средствами, т. е., например, скорее намеком, чем *expressis verbis*, удержаться на своих, семейных, неофициальных устоях. Что это за устои, будет один из наших вопросов. Совпадают ли они с так называемым обычным правом? В порядке опережения надо ответить на такой вопрос отрицательно³.

«Переступить порог» — это значит оказаться участником правового пространства. Первое, что о нем надо знать: в нем обитают не живые люди, а «субъекты права». Бибихин пишет: «Субъект права не дан раньше правопорядка; субъект, наоборот, определяется уже из существующей системы права и может быть привязан, гибко привязан или вовсе не привязан к телесному человеку, к так называемому индивиду»⁴. Тем самым Бибихин сразу же попадает в «десятку». Умение отличить субъект права (лицо) от биологического существа — человека, индивидуальности — это признак преодоления узкореалистического подхода к праву. По этой проблеме

¹ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 4.

² Там же.

³ Там же. Академик А. А. Гусейнов рассказывал мне, что одним из побудительных мотивов к написанию «Введения в философию права» для В. Бибихина послужило юридическое дело, связанное с автотранспортным средством, непосредственным участником которого он оказался. Скорее всего, это и подобные наблюдения, которые подвергаются универсализации автором, и оказались в сублимированном виде в центре философско-правовых исследований Бибихина.

⁴ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 76.

в русской философии права в начале XX в. имели место весьма интересные высказывания, которые неведомы многим современным теоретикам права.

Философско-правовая идея о том, что правовая реальность — это реальность особого рода, что ее следует отличать от вещного мира, имеет самое непосредственное отношение к учению о лице и к проблеме классификации субъектов гражданского права.

Возможно, «Введение в философию права» — это основное философское произведение Бибихина, оставшееся, к сожалению, неоконченным. Я думаю, что в своей последней книге он сделал попытку объективировать в каком-то смысле смутные догадки о чем-то постоянном в природе российской Власти, собственные этико-политические переживания. Обратим внимание: Бибихин не имел юридического образования, и именно поэтому его интуиции, касающейся российского права, особенно интересны. Он и не претендует на то, чтобы создать абстрактную философию права в качестве системы саморазвития некоего Духа, как этот проект осуществлен у Гегеля. Это не привычный для юристов отвлеченный структурный анализ любого позитивного права, который проделал Г. Кельзен в «Чистом учении о праве». Это сугубо русская философия права как результат философского синтеза, интеграции исторических знаний, филологических и искусствоведческих методов анализа и, повторяюсь, это синкретический подход к русскому праву.

А. Михайловский совершенно справедливо констатирует: книга «Введение в философию права» ставит Бибихина в один ряд с другими представителями практической философии в России — К. С. Аксаковым, Б. Н. Чичериным, В. С. Соловьевым, Б. П. Вышеславцевым, П. И. Новгородцевым, Е. Н. Трубецким¹. Если вспомнить смысл словосочетания «практическая философия» у Аристотеля, то это наука о деятельности людей. Соглашусь с А. Михайловским: практическая философия — это наука об условиях правильного поступка, это вместе с тем политическая философия, поскольку действие имеет место в полисе, в публичном пространстве². Сам Бибихин видел призвание философии права в России в том, чтобы прояснить суть «конфликта между воображаемой неопределенностью (права. — Г. Г.) и реальной крепостью правовой системы в нашей стране»³.

¹ См.: Михайловский А. Владимир Бибихин как философ права // Сократ. 2011. № 3. С. 46.

² Там же.

³ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 128.

Использованный Бибихиным метод познания, как мне кажется, сформировался под влиянием онтологии М. Хайдеггера. Со всем не случайно весьма интересные озарения о природе русского права и власти в России пришли в голову нашему автору — переводчику и интерпретатору Хайдеггера. Это ведь хайдеггеровский совет — уметь присмотреться к вещи, увидеть вещь в себе, ее скрытые возможности. До Хайдеггера классическая онтология, восходящая генеалогически к Платону, исходила из того, что любая вещь является лишь копией вечной и неизменной идеи, которая и определяет вещь *per se*.

Стомба пишет, что идея — это удел, рок вещи. Идея подобна диктатору, предписывающему, кто есть кто и что есть что. Этот диктат распространяется и на область юриспруденции, и на область философии права, которые с такой платоновской постановкой вопроса обречены находиться в узких рамках ранее сформировавшихся представлений о правовых «вещах»¹.

Напомним, что под влиянием Платона под вещью сначала понимали только предметы материального мира. Позже под вещами стали подразумевать и нематериальные предметы, сначала такие, как, скажем, права требования, возникающие после заключения договора. Еще позже вещами стали называть справедливость, свободу.

Совершенно иной подход к вещам, и в этом суть произведенного им онтологического переворота, предложил Хайдеггер. Как заметил Стомба, сама вещь самим фактом своего бытия (со-бытия) указывает не столько на лежащую в ее основе идею, сколько на весь необозримый мир². Хайдеггер великолепно показал это в своем эссе «Вещь», когда поставил вопрос и ответил на него — в чем вещественность вещи (чашечность чаши)? А вот что пишет Бибихин: «Отношение к земле очень важно в России, и в нем обязательно надо разобраться. Если, конечно, теория для нас — это не еще одна конструкция, гипотеза, а то, что теория и означает — вглядывание в то, как вещи показывают себя»³.

Скорее всего, Бибихин решил «повернуть взгляд» на мир юридических вещей и проанализировать такую вещь, как русское право, в качестве коррелята человеческого присутствия в мире сущего. В таком случае вещь должна рассматриваться и не как материальный объект, и не как идея этого предмета. Вещи, по Хайдеггеру,

¹ См.: *Стомба А. В.* Правосудие: процесс, событие, происшествие? Каузальные ряды вины и приговора // *Российский ежегодник теории права.* 2008. № 1. С. 86.

² Там же. С. 85.

³ *Бибихин В. В.* Указ. соч. С. 43.

собирают мир, и в этом их подлинная суть, они вызывают всеобщую взаимосвязь. И если право (или вещь) рассматривать с такой онтологической точки зрения, то неизбежно приходится обнаружить связь между современными российскими правом и властью и предшествующими им генетически правом и властью. В орбиту исследования, таким образом, попадают и римское, и византийское право.

В общем-то такой подход к онтологии права вполне допустим. Ведь не случайно в преамбуле Конституции РФ есть очень важные для понимания ее своеобразия слова: «принимая Конституцию, мы, многонациональный народ России, чтим память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость». Эти слова не просто возвышенная фраза, патетика, они обладают глубоким юридическим смыслом, это один из инструментов, используемых при толковании Конституции РФ. Что означает «память предков»? Передали ли они нам что-либо, кроме любви и уважения к Отечеству? Есть ли в переданном наследстве *topos* или речь идет только об этической, а не о юридической субстанции? Можно ли вообразить, что с помощью этих важных слов из преамбулы Конституции РФ обозначаются генетические связи права и власти с историческим прошлым страны, которые в силу этого обладают своеобразной силой инерции, постоянно присутствуя в правовом сознании? Не является ли Конституция РФ кодификацией важнейших юридических норм о власти, об устройстве гражданского общества, многие из которых рецептированы из западного конституционного права, а также кодификацией невидимого права, переданного нам прежними поколениями россиян?

Вторым мыслителем, влияние которого ощущается в книге Бибихина, является П. Бурдьё, на работы которого по критической социологии он ссылается. Нередко построение многозвенной системы рассуждений начинается с цитаты из Бурдьё. Заимствуется не конкретная мысль, а метод социальной реконструкции интеллектуального схематизма, который Бурдьё с успехом применил в своей «Политической онтологии Мартина Хайдеггера». Этот метод не чужается интуиций, более того, они занимают очень заметное место в философии права Бибихина. Доказательством тому служит следующее высказывание (многократно повторяемое в книге): «Мы интуитивно ощущаем, что в нашем обществе при всей неопределенности ситуации с Конституцией и правами человека существует жесткая норма»¹. Хайдеггер писал, что истина феноменоло-

¹ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 121.

гии, не замеченная самой феноменологией, — это затушеванная неокантианцами истина «Критики чистого разума», которая состоит в том, что «познавать — это всего лишь пользоваться интуицией».

Влияние Бурдые проявляется в синкретизме используемых методов анализа российского права, выражающемся в отказе от чисто юридических методов анализа. Это и методы критической социологии, и юридический позитивизм «Чистого учения о праве» Г. Кельзена, количество ссылок на который примерно таково же, как и на П. Бурдые. При этом не складывается впечатления, что имеет место эклектизм.

От Бурдые у Бибахина, скорее всего, стремление к преодолению крайностей немецкого правового концептуализма, сформировавшегося под влиянием исторической школы права в Германии начала XIX в., когда были созданы «рай юридических понятий» (Р. Иеринг), автономное правовое пространство, самодостаточное для того, чтобы найти правильный ответ на любой поставленный юридический вопрос. Не случайно Бибахин обратил внимание на критические высказывания Бурдые, которые, по сути, призваны демистифицировать, десакрализировать правовое концептуальное пространство, основанное на фикциях. О фикционизме права писали и Г. Радбрух, и Н. Н. Алексеев. Аристотель говорил о сходстве жрецов и юристов. В римском праве было достаточно много сакральных элементов, сохранились они и в современном конституционном праве.

По Бурдые, профессия заставляет юристов быть политически заинтересованными, в частности, в обосновании таких юридических идей, имеющих очевидную философскую «подкладку», как идея общего блага¹. Юристы изобрели фикцию в виде безличной государственной машины, хотя в реальности действуют не фикционные «государственные органы», а люди, индивиды. Бурдые в работе «Реинтерпретация государства: генезис и структура бюрократического пространства»² объясняет, как исторически появилась одна из юридических фикций.

При последнем короле Франции Людовике XVI была предпринята перестройка судебной системы в сторону ее зависимости от монарха. Однако только в условиях независимости суда профессия адвоката могла приносить достойные доходы. И вот в ходе

¹ См.: *Аристотель*. Политика.

² *Bourdieri P. Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field. Cambridge (U. K.) Polity Press, 1998. P. 43.*

подготовки к перестройке судебной системы и обсуждения в обществе появляется старая аристотелевская идея общего блага и служения не монарху, а абстрактному государству. В предреволюционной Франции, по мнению Бурдьё, публицистика, авторами которой были в основном юристы, выдвинула на первое место служение не лично государю, а благу государства. Заговорили лица, претендующие на роль объективных экспертов незаинтересованной преданности всеобщему благу. А ведь юристы были заинтересованы в придании универсальной формы выражению своих клановых интересов, в выработке теории служения обществу или общественному порядку и, соответственно, в автономизации государственной логики отдельно от монархической логики, от «королевского дома», и тем самым в изобретении *res publica* (общего дела, интереса, общей вещи), а потом уже юридического фикционного понятия «республика» как инстанции, трансцендентной по отношению к агентам (включая короля), временно ее воплощающим¹.

Развивая идею Бурдьё, Бибихин замечает: «Общественному благу при таком его понимании служит наравне со всеми гражданами и сам государь. Тем самым потенциально уравниваются с государем те, кто прежде ему всего лишь служил. Со временем встал вопрос о проверке, действительно ли государь служит общественному благу. Этот критерий не исключал изгнание и казнь государя как плохого служителя теми, кто знает и выполняет задачу лучше.

По Бурдьё, профессия юристов, сыгравшая главную роль в создании такого общественного мнения, была политически заинтересована в нем. Быть государем не дано каждому: для этого надо иметь нужную наследственность. Служить общему благу может наоборот каждый, надо только доказать, что ты именно этим занят. Государственная идеология общего блага становится со временем решающей силой. Право и его принудительность остаются прежними, теряется только лицо носителя права, которое было всем видно на троне. Фиктивность нового государства делает его неуловимым. Реальный исполнитель принуждения невидим за государственной администрацией, как палач за гильотиной»².

Само же государство в рамках изобретенного конституционно-правового концептуализма превращается, по выражению Бурдьё, в «удобный стенографический знак», причем очень опасный, по-

¹ См.: *Bourdieri P. Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field.* P. 48.

² *Бибихин В. В. Указ. соч. С. 25.*

скольку он, заслоняя реальность, кратко и превратно обозначает области взаимоотношений реальных сил.

Принуждение спряталось в юридической фикции, найти его источник теперь трудно.

«Упрочение новоевропейского государства, — пишет Биbihин, — обеспечивали идеологи, внушавшие независимый от личной воли государственный разум (*raison d'Etat*) вне религии и морали. Всеобщее благо требует подчинения себе. Грубое или неразумное поведение властей освежает идею всеобщего блага. Она притягивает к себе больше сил, когда требуется ее восстановление. Разум, который люди хотят видеть в государстве, тем более привлекает, что государство отождествляется с правом. Будучи собственно системой механизмов права, оно кажется автоматически обеспечено правотой. Естественно ожидать, что его ученые, судьи, политики обеспечат правду лучше, чем одиночка»¹.

Бурдье, отмечает Биbihин, предлагает видеть причину сложившейся послереволюционной ситуации, когда под именем демократии выступает неизвестно чье правление, в механизме представительства. Номинально все граждане равны в правах. Они делегируют свои полномочия тем, кого специально для этого выбирают. Делегат говорит своими формулами и решениями за массу, которая должна поверить, что слышит в нем свой голос.

«Реальный источник магии перформативных (предписывающих) высказываний скрывается в мистерии служения, т. е. делегирования (прав), в силу которого индивид — король, священник или представитель — получает мандат говорить и действовать от имени группы, конституирующейся в нем и через него»².

Далее, разбирая, как складывался современный конституционализм с его базовой идеей народовластия, Биbihин констатирует: «Отсюда как будто бы напрашивается вывод, что если инстанцией, где выявлена фикция общего блага, оказывается представительство, то единственным подлинным своим выразителем может быть только все общество в полном составе. Представительная инстанция должна уступить место народному собранию. Здесь надо возразить, что агора, вече, тинг, в наше время всенародный референдум — неповоротливые механизмы, увязающие в бесконечном обсуждении. Молчаливое большинство было бы предано говорливым меньшинством только в случае противоречия в их высказываниях.

¹ Биbihин В. В. Указ. соч. С. 26.

² Bourdier P. *Language and Symbolic Power*. Cambridge (Mass.); Harvard University Press, 1991. P. 75.

Такого, однако, не наблюдается, потому что большинство в принципе не высказывается никогда. Оно должно быть молчаливым, как молчат земля, мир, вселенная. Переход молчания в голос так или иначе происходит, и неожиданность при этом неизбежна»¹.

Так возникла конституционно-правовая идея народного представительства, применительно к которому уже столетие юристы пытаются построить юридические конструкции, объясняющие, что из себя представляет закон, принимаемый органом народного представительства, является ли он актом коллективной воли или же это в чистом виде фикция. Показательна подмеченная Бибихиным динамика в представлениях Кельзена о том, что такое акты голосования в парламенте. Сначала он считал, что эти акты, в результате которых закон принимается большинством голосов и становится действительным, т. е. вступает в силу, не всегда являются актами воли, потому что голосующие депутаты парламента часто не знают или знают недостаточно хорошо содержание закона, за который они голосуют, а волящему должно быть известно содержание воли. Однако затем Кельзен изменил свою точку зрения, объяснив это тем, что, когда член парламента голосует за законопроект, содержание которого ему неизвестно, содержание его воли представляет собой своего рода уполномочивание. Голосующий хочет, чтобы законом стал тот законопроект, за который он голосует, независимо от его содержания².

Переход молчания большинства в голос депутата становится возможным потому, что право не может существовать без этических ценностей. Доверие составляет основу уполномочивания, и этот фактор доверия, лежащий в сфере правовой этики, заставляет признать закон легитимным, поскольку голосующий хочет, чтобы законом стал законопроект, даже если депутат не разбирается в юридических тонкостях его содержания. Это объяснение с использованием аргументов из правовой этики приобретает чрезвычайную важность в настоящее время, когда депутатов избирают не по так называемой мажоритарной системе, а в составе предлагаемых партиями списков. Голосуют ли при этом граждане за политическую платформу, предложенную партией, т. е. за идеи, или же голосуют за личности, включенные в партийный список? Соответственно, если после выборов кандидаты в депутаты становятся депутатами от партий, могут ли партии прекратить их полномочия как депутатов? Это проблема так называемого императивного или,

¹ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 27.

² Там же.

напротив, свободного мандата. Видимо, в конституционном праве есть не только сакральные вкрапления в виде, например, клятвы Президента (см. ст. 82 Конституции РФ) или присяги, приносимой судьями, но и элементы правовой морали. Именно о них Биbihин пишет почти на языке поэзии: «Соблюдение права, в отличие от этого, как уже говорилось, вовсе не обязательно приносит непосредственную выгоду мне или еще кому-нибудь. В праве есть сторона рыцарства: я верен закону, долгу просто из верности. Есть разум в том, что требования долга не смягчались упоминанием о том, что их выполнение, и только оно, делает человека достойным счастья»¹.

Ни одна книга по философии права (либо по теории права) не обходилась без рассматривания оппозиции «позитивное право — естественное право». Но если обычно анализ начинается с позитивного права, то у В. Биbihина право, которое существует в форме закона и заполняет публично-правовое пространство, вовсе не является самым важным. Его экскурс в мир права с целью философски осмыслить самые основные юридические понятия, начинается с обычного права, которое действует без помощи государственных силовых структур. Это право поддерживается силой нравственного осуждения, общественного мнения, необходимостью конформизма (власти людей, которые «так не делают» или «все так делают»). Позитивное, писаное, уставное право всегда имеет в качестве предшествующих ранее действующие нормы. Эта связь проявляется в следующем: чтобы сделать юридически действительными новые законы, публичная власть должна заявить об отмене предшествующих. Даже осуществленная в 1917 г. в России ликвидация частной собственности на средства производства и возникновение общенародной собственности имели за собой традицию общинного пользования землей с переделом².

Развертывая суждения о позитивном праве, Биbihин подчеркивает такие характеристики права, как «не наше, не свойское», «неприступное лицо права». Поэтому судьи в официальной ситуации одевают мантии. Право уходит корнями в интимное ощущение, что какие-то наши действия и поступки хороши, безусловно надежны, счастливы, а другие, наоборот, неудачны, сомнительны. Мы чувствуем, что есть такие вещи, как судьба, выпавшая нам в жизни доля, которая велит нам делать одно и запрещает другое. Как считает автор, четко определить это ощущение трудно, и мы

¹ Биbihин В. В. Указ. соч. С. 28.

² Там же. С. 9—10.

ищем опору для своего поведения в принятой норме. Никому не хотелось бы, чтобы эту норму создавали такие же люди, как мы сами. Источник права должен быть глубже и надежнее, чем человеческие мнения и установления. И хотя тут есть место для самообмана, человек привык к такой мистификации закона. А вот обычное право авторитетно только потому, что оно существует давно. Возможно, в этом слове «давно» кроется авторитет обычая. Он — в силе инерции. Как в физическом мире существует закон инерции движения, так и в социальной жизни привычное поведение, сложившиеся модели общения, сама неизвестность, почему и когда возник обычай, придают ему сакральность. О позитивном праве, законах, тоже в целях сакрализации, мы не говорим, что их сформулировали мы сами, т. е. люди, оказавшиеся в роли депутатов парламента. Нет, они называют себя глашатаями всего народа, понимая под народом не просто собравшийся коллектив современников, а включая в это число юридическое (т. е. фиктивное) понятие народа и умерших с завещанной ими традицией, и потомков, которые еще не родились. Традиции очень влиятельны. Даже местное самоуправление осуществляется в современной России в городах, сельских поселениях с учетом исторических и иных местных традиций (ст. 13 Конституции РФ).

Закон всегда содержит непонятность. До полного прояснения закона, до приближения его к нашему спору дело практически никогда не доходит. Видимо, в этом не вполне ясном для сознания юриста высказывании содержится еще одна очень важная характеристика законов: они не могут предусмотреть всех возможных в реальной жизни ситуаций. Это своего рода объективная закономерность сосуществования жизненного мира, «вышей реальности» и пространства права. Последнее всегда находится в роли догоняющего. Закон же, для того чтобы «угнаться» за развивающейся жизнью, должен постоянно приспосабливаться к новациям общественных отношений. Эту ситуацию легко пояснить на примере развития популярности виртуального пространства Интернета. Во Всемирной компьютерной сети можно обнаружить все, включая абсолютно аморальные явления. Конечно, это пространство нуждается в правовом регулировании. Но вот незадача, сеть — всемирная, а законы издаются в пределах национальных государств. Остается только надеяться на мудрость юристов, которые предложат супранациональное правовое регулирование.

Неопределенность закона, как указывает Бибахин, заставляет обратным импульсом снова формулировать право, т. е. правоприменение рождает новые нормы, но теперь уже судейского права.

Завершая эту линию рассуждений, автор высказывает чрезвычайно глубокую мысль о том, какова должна быть судьба извечной оппозиции «позитивное право — естественное право»: надо надеяться и реалистически стремиться достичь равновесия, баланса между уставным и неуставным. Недостаток современного законодательства состоит в том, что в нем мало обоснования «надчеловеческими инстанциями», например, древностью, это своего рода кризис референции — привязки законов к надежному авторитету, их легитимации. И поэтому актуальным становится соотношение «сила — право»¹. Суть дела описывается с помощью афоризма Паскаля: «Право всегда можно оспорить, сила легко опознаваема и бесспорна. Так что не удалось придать силу праву, потому что сила противоречит праву и сказала, что оно неправо, и сказала, что она права. И, таким образом, поскольку не удалось сделать, чтобы справедливым было сильным, сделали, чтобы сильным было правым».

Красной нитью через все лекции Бибихина, объединенные в книгу, проходит одна увлекшая автора мысль — о соотношении «уставного» (позитивного) и неписаного права. Сфокусировавшись на ней предельно, автор, как мне кажется, допустил некоторые преувеличения в доказательствах того, что в России право является самобытным и совсем не таким, как в Европе. Эти размышления вращаются вокруг двух взаимосвязанных тем — темы крепостного права и темы византийского влияния на русское право. Можно и так определить основную предметную сферу, интересующую автора — своеобразный биюрицизм, присущий России, т. е. такая ситуация, когда юридические нормы, определяющие поведение, безусловно существуют в их двуединстве — это и неписанные нормы, и подробно предписанные нормы позитивного права. Но они не создают режим правления права, а создаются существующей властью и подвластным *ad hoc* в конкретных ситуациях и гибко меняются сообразно обстоятельствам. Значит, вместо жесткого *rule of law* в России преобладает селективное правоприменение. И вот эта ситуация повторяется на протяжении столетий, образуя стабильность этой системы. «Мы интуитивно ощущаем, что в нашем обществе, при всей неопределенности ситуации с Конституцией и правами человека, существует жесткая норма. Это ощущается на каждом шагу, например, при получении паспорта и регистрации. Западной дисциплине у нас соответствует не менее прочная, но другая по сути норма», — пишет Бибахин². В россий-

¹ См.: Бибахин В. В. Указ. соч. С. 17.

² Там же. С. 121.

ском обществе, если попытаться раскрыть юридическое содержание этой «другой по сути нормы», стабильно закрепление человека и его статуса задним числом в рамках ситуативно сложившегося вокруг него и в отношении него права. Например, рождение и место жительства человека случайны, но как только он записан в паспортном столе, место жительства жестко закрепляется за ним. Далее Бибихин указывает: «Стабилен не закон, который течет, как Конституция, которая переписывалась на протяжении восьмидесяти лет четыре раза полностью, а инерция записи о лице и вещи. Для этой черты правовой реальности есть старое слово: крепость»¹.

Поскольку эта онтологическая идея у Бибихина является, пожалуй, самой главной, рассмотрим более подробно систему его аргументации. Его философско-правовое обобщение, а это именно глубокое обобщение, имеющее прежде всего отношение к современному праву в России, а не только историческое значение, построено на примере того, как в России возникло крепостное право. Переписывание населения для учета податей и несения тягот военной службы существовало задолго до крепостного права. Для удобства сборов налогов создавались условные «сотни», «миры» или «общины». Подать платилась и рекруты выставлялись не отдельно семьями, а «миром». Если из общины кто-то выезжал, за него приходилось платить остальным. Поэтому свои же своих не отпускали, община была связана круговой порукой. Уйти можно было только полностью расплатившись по всем текущим и будущим податным обязательствам. Для ухода из общины была определена неделя до Юрьева дня — 26 ноября, когда полностью оканчивались все полевые работы, и неделя после.

В противном случае крестьянин считался беглым. Это была жесткая связь с общиной, но не личная, а денежная. Такая же денежная круговая порука предусмотрена и в «Русской правде», появившейся еще в XI в. Вдруг, именно к началу XVII в., предположительно в связи с какими-то не дошедшими до нас указами Бориса Годунова крестьяне оказались жестко прикреплены к земле и лично к хозяину земли. Отмена Юрьева дня предположительно случилась около 1592 г. При этом историки с удивлением замечают, что нет юридического акта о введении крепостного права. Правительство, считает Бибихин, не велело вести крепостное право, а только пошло на поводу у начавшегося почему-то стремления крестьян идти в полную личную зависимость от хозяев земли. Оказывается, главным документом, зафиксировавшим крепостное

¹ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 121.

право, стала всеобщая перепись 1592 г. В. Ключевский считал, что крепостное право не было введено законодательно, а сложилось фактически в силу заметно участвовавших случаев принятия актов гражданско-правового характера.

После переписи 1592 г. крестьяне были объявлены крепкими земле в последующие примерно 15 лет на тех местах, где их застала перепись. Это было выгодно государству, так как стабилизировались уплаты налогов и поставка рекрутов. Другим основанием для закрепления крестьян, помимо переписи, была странная, но опять же характерным образом, проведенная жесткая фиксация сложившегося положения дел как «норм старины», т. е. потому, что крестьянин уже жил на этом месте 10 лет и больше. Нормы старины — это нормы обычного, крестьянского права, существовавшие в России до 1917 г. Они, как я убежден, существовали и позже в виде норм Гражданского кодекса РСФСР и норм Примерного устава колхоза о колхозном дворе, которые и сейчас существуют как реальность и как юридическое понятие крестьянского двора.

Волостные суды рассматривали имущественные споры крестьян в соответствии с нормами обычного крестьянского права. Только к началу XX в. появилась судебная практика Правительствующего Сената, позволявшая применять к спорам с участием крестьян Свод законов гражданских. В частности, лишь в конце XIX в. при разрешении споров, возникавших по поводу приобретения собственности, в силу приобретательной давности стали применять имперское право. До этого считалось, что никакой давности на завладение родовыми усадьбами, хотя бы и с согласия общины, быть не может, ибо это противоречит духу крестьянского обычного права¹.

Итак, согласно Бибахину, сильнее недействительного, слишком идеального писаного права была норма прикрепления человека к его ситуации. Причем это только кажется, что он занимается исторически-правовым исследованием. На самом же деле в центре его внимания оказывается онтология конституционного права в современной России. Есть реальность юридическая — и это реальность текста Конституции РФ, юридическая Конституция, которая закрепляет конституционное право каждого, кто законно находится на территории Российской Федерации, свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства (ст. 27 Кон-

¹ См.: Рудоквас А. Д. Спорные вопросы учения о приобретательной давности. М., 2011. С. 21.

ституции РФ). Есть еще фактическая Конституция, создаваемая законами с подзаконными актами, противоречащими Конституции, которые, по сути, вытесняют ее нормы из реального пространства. «Если я... явлюсь в паспортный стол и скажу, что давно уже постоянно проживаю в Москве и на этом основании имею право на регистрацию, то... лучше мне так не поступать», — пишет Бибихин¹.

Окончательные звенья в этих чрезвычайно интересных философско-правовых онтологических размышлениях доказывают, что Бибихин действительно озабочен осмыслением современной правовой ситуации в России. Почему в публично-правовой сфере декларируется одна система ценностей, а на самом деле реально действует совершенно другая? Виновато ли в этом «слишком идеальное», т. е. нереалистичское, романтическое конституционное право? Прочен не сам по себе закон, а постановление, гласно или негласно принятое по гибкому закону. Но в любом случае традиция остается действеннее закона.

Мнение, что отсталость России связана с существованием крепостного права, которого на Западе собственно почти никогда не было, как считает А. Михайловский, придется полностью пересмотреть. На Западе ту же роль играл закон. Наша крепость соответствует по значимости, по весомости, по соблюдаемости закону на Западе. Будем говорить, что место закона у нас занимает крепостное право. Явление крепости одинаково сильно и в уставных, и в неуставных отношениях².

На примере с крепостным правом, которое возникло именно как крепость не в результате принятия акта позитивного права, Бибихин пытается прояснить: есть ли различие между понятиями «закон» и «порядок». Отчасти старому пониманию крепости соответствует понятие «порядок». Отсюда более общее наблюдение: при отсутствии или полной неопределенности норм позитивного права, жесткой рамкой общества, государства становится порядок. По сути, с долей преувеличения можно говорить, что есть общие закономерности существования правовой реальности, являющейся анклавом в рамках «высшей реальности» (по Лукману).

Мы уже обратили внимание на внешнее сходство законов инерции в физическом мире и в мире права. Инерционность сознания человека настолько влияет на правовую ситуацию в целом, что акты позитивного права могут не действовать либо действо-

¹ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 123.

² См.: Михайловский А. Указ. соч. С. 43.

вать со слабой эффективностью. Как и в физическом мире, в мире права существует закономерность «природа не терпит пустоты»: если непонятен, неясен Основной закон, то будет действовать либо неписаное право, либо подзаконный акт, консервирующий старые правовые подходы. Это и есть биюридизм как возможное, но вряд ли позитивное, онтологическое состояние реальной системы правового регулирования. Диагноз поставлен. В одном из своих публичных выступлений А. А. Гусейнов напомнил высказывание В. О. Ключевского, связанное с его размышлениями о сознании человека: «Если человек в детстве упал и стал горбуном, то имеет ли смысл в зрелом возрасте с помощью одежды скрывать этот недостаток?»¹.

Для понимания русской философии права Бибахина одним из самых важных является сконструированное им понятие «свободы права», которым он обозначает, с одной стороны, свободу каждого трактовать здесь и теперь закон применительно к обстоятельствам и, с другой стороны, свободу создавать для каждого случая новый писанный или неписанный закон. Бибахин был впечатлен наблюдением современного французского социолога М. Мендрас: «Россия не стала ни правовым государством, ни экономикой регулируемого рынка... Парадоксальным образом принятая, среди больших трений, Конституция в декабре 1993 г. озаменовала конец краткого периода конституционализма в России... Без боязни противоречия я бы сказала, что Россия живет в состоянии “стабильной неуравновешенности”»². Это наблюдение вызвало у Бибахина его собственные ассоциации. Он пишет, вспоминая Чаадаева, что Россия не имеет истории, ее исключает ситуация перманентной революции. Революция пройдет на Западе, и Франция вновь примет форму, но у России еще ни разу не было шанса зафиксировать «форму».

Русскую естественную политическую форму еще никто не видел. У нее и нет возможности появиться, потому что революционный анархопорядок здесь не просто стабильный, но, похоже, вечный³. К перманентной революции как закону русской истории Бибахин обращается в попытке понять природу этого закона. Существо его связано с уверенностью в отсутствии должного (райского) порядка как определяющего настроение населения страны.

¹ Не об этом же говорил М. К. Мамардашвили в своих лекциях по эстетика мышления? Это его мысль о «ситуации, когда уже поздно» (см.: *Мамардашвили М. К.* Указ. соч. С. 65, 66).

² Там же. С. 120.

³ Там же. С. 65.

Можно поэтому определить этот закон как теснящую близость нездешнего рая. Его убедительная, нечеловечески достоверная недостижимость срывает все наши попытки устройства. Они же упорчивают наше устройство по неписанным законам. Нас теснит присутствие того, от чего мы бесконечно далеки. В уверенности, что мы опоздали к сотворению мира, наша основная опора. Мы твердо знаем, что то, чем мы всегда обделены, нас не подведет¹.

Эта «теснящая» близость нездешнего рая — не религиозное рассуждение, поскольку речь идет об онтологии права. Речь, с моей точки зрения, идет о взаимоотношениях со сложившимся со времен римского права европейским правопорядком, о потребности в рецепции европейских конституционно-правовых ценностей и в постоянном их отбрасывании. Силы притяжения и отталкивания, как в физическом мире, постоянно находятся в состоянии равновесия. Вспоминается гениальная фраза В. Ключевского о мудрых российских преобразователях, которые, любуясь, как реформы преобразуют русскую старину, не заметили, как старина преобразовала реформы.

То, что Библихин обозначил как феномен «свободы права», в России во многом объясняется тем, какие сложились земельные отношения и отношения собственности на землю. По его словам, «крепостное право было бы невозможно, если бы помещик был владельцем земли в западном смысле, а не получил землю условно за государеву службу; помещичья земля была пожалована ему государем, могла быть отнята, и государевой, т. е. ничьей, была вся земля. Крепостной был в важном смысле владельцем полнее и свободнее помещика, потому что сидел на земле и был одно с ней, а помещика присылали на его землю». Так понятая бедность оборачивается чувством хозяина всей земли. Наша принадлежность к земле сливается с принадлежностью нам земли и *не сводится к юридической собственности на землю*.

Обычное право русских крестьян, основанное на идее изначальной ничейности земли, ее принадлежности всем, кто на ней «сидит» и ее обрабатывает, объясняет, почему крестьяне не восприняли норму позитивного права о приобретательной давности. Для них были важны не давность, как далекое от них, чужое понятие римского права, а то, какая из тяжущихся сторон обрабатывает землю. В этом смысле представляют интерес споры крестьян с помещиками, в которых часто фигурировала давность владения. Как заметил А. Д. Рудоквас, после того как в конце XVIII в. дво-

¹ См.: Мамардашвили М. К. Указ. соч. С. 65, 66.

рянство окончательно освободилось от обязанности несения военной и гражданской службы государству, в глазах крестьян оно утратило *raison d'être* своего обладания землей. Традиционная легитимация господства аристократии, которая может быть выражена формулой «крестьянин работает — дворянин его защищает», была утрачена¹.

Краткий период конституционализма, окончившийся, по мнению автора, в 1993 г., был не единственным в России, если иметь в виду попытки конституционных реформ М. М. Сперанского в XIX в. Обобщая, Бибихин констатирует, что всегда в России все тонуло в сочетании внешней неопределенности и внутренней жесткости. Поэтому трезвый, а не романтически настроенный наблюдатель уже не может надеяться на какой бы то ни было серьезный результат (кроме, конечно, камуфлирующего) от очередного нового периода правового законотворчества. Горькая, но, очевидно, верно описанная правовая реальность России. Как это созвучно настроениям М. К. Мамардашвили и А. А. Гусейнова! Это оценка подлинного русского патриота, который, как Н. А. Некрасов, склонен «проповедовать любовь враждебным словом отрицанья».

Бибихин убежден, что надо продолжать интенсивную работу в области философии и теории права. Это необходимо для прояснения ситуации с правовой реальностью в России. У российского конституционализма, конечно, есть будущее. Бибихин согласен с мнением М. Мендрас, которая считает, что «будущее режима права в России разыгрывается главным образом в умах и в жизненном укладе, а не в конституционных или юридических реформах».

Свобода права, которая существует в жестких рамках порядка, имеет у Бибихина, как заметил Михайловский, двойкий смысл: 1) «свобода каждого трактовать здесь и теперь закон применительно к обстоятельствам»; 2) «свобода создавать для каждого случая новый писанный или неписанный закон»².

По сути, эта онтологическая характеристика российского права, сформулированная в духе критической социологии, доказывает, что в России нет почвы для действия конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, являющегося ядром концепции правового государства наряду с таким ее существенным элементом, как принцип правовой определенности. И это очень важный вывод, имеющий большое значение для политической философии и конституционной политики. Если мы знаем,

¹ См.: Рудоквас А. Д. Указ. соч. С. 21.

² Михайловский А. Указ. соч. С. 49.

что это наше слабое место, мы должны уделять ему больше внимания. Селективное правоприменение — это то, что отбрасывает нас назад, мешает развитию страны, если, конечно, не считать, что консервация старины является целью политики.

Бибихин обратил внимание на следующее: то, как возникло крепостное право в конце XVI — начале XVII в., показывает, что при нечеткости или даже отсутствии закона о прикреплении крестьян к земле и к личности землевладельца это прикрепление, хотя и опиралось просто на материалы переписи населения, было более жестким, чем любой закон, при общей русской способности обходить законы. Впечатление туманности или размытости права в России, таким образом, неверно. Оно касается только лицевого, официального законодательства, прежде всего Конституции РФ. Она действительно неопределенна и двусмысленна. Но эта неопределенность не распространяется на так называемые подзаконные акты, приказы и инструкции министров, другие акты органов государственного управления¹.

Утверждения В. Бибихина о неопределенности и двусмысленности Конституции РФ справедливы и вместе с тем несправедливы, если обратить внимание на отрицательную коннотацию, присутствующую в них. Российская Конституция так же неопределенна и двусмысленна, как и другие конституции, ну, может быть, чуть более амбивалентна и даже, возможно, эклектична. Упреки в ее эклектичности можно услышать и от философов права², и от конституционалистов. Однако практически во всех странах мира конституции используют абстрактные слова с весьма неопределенным и инвариантным юридическим содержанием: «человеческое достоинство», «право на жизнь», «труд свободен», «неприкосновенность частной жизни», «свобода выражения мнений».

Использование таких емких, предельно абстрактных юридических формул в текстах почти всех конституций не делает ситуацию в России какой-то особенной. Во всех странах, напротив, идет дискуссия по поводу определенности норм конституций. Также везде есть сторонники юридического позитивизма, разновидностями которого является литерализм (т. е. поклонение оригинальному тексту конституции), легализм, историзм. Для юристов, придерживающихся этого направления, Конституция ничем не отличается от кодексов, а поэтому она должна толковаться также

¹ См.: Михайловский А. Указ. соч. С. 128.

² См.: Осипов И. Д. Философско-правовые основания российского конституционализма // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики. М., 2010.

с использованием тех же правил толкования, выработанных догматической юриспруденцией. Это конституционно-правовой концептуализм, имеющий наибольшее количество сторонников в Германии и Австрии. Согласно такому конституционному мировоззрению в конституции нет и, главное, не может быть пробелов. Она дает правильные ответы на любые поставленные жизнью вопросы, потому что содержит универсальные конституционные принципы.

Другой точки зрения придерживаются представители правового реализма, естественно-правового подхода¹. Для них конституция — это, скорее, не текст, точнее, текст, с помощью которого и опираясь на который выявляются и формулируются неписанные, абстрактные принципы политической философии и морали. Это в отличие от мировоззрения позитивизма, являющегося интерналистским (from the inside), эктерналистский тип конституционного мировоззрения. Неписанные структурные принципы правовой морали могут превалировать над текстом, и поэтому повышается роль судебной дискреции при толковании норм конституции. Очевидно, что юристы при этом используют мешающее правильному пониманию конституционно-правовой действительности понятие «толкование», созданное юридической догматикой. А ведь вполне в духе М. Хайдеггера можно утверждать, что это вовсе и не толкование. Когда судьи перелицовывают юридическую норму, предлагая под видом толкования совершенно новый баланс конституционных ценностей, честнее признать, что это акт политического волеизъявления, аналогичный тому, который совершается законодателем, принимающим закон в порядке конкретизации конституционных положений².

Таким образом, некая неопределенность позитивного закона — вовсе не врожденный порок, это нечто имманентно присущее всякому позитивному закону. Причем и тут есть свои закономерности: по мере «старения» законов в силу происходящих в реальной жизни изменений эта неопределенность только усиливается.

На страницах книги Бибахина постоянно всплывает тема неопределенности права. Складывается впечатление, что автор хочет доказать, что российское право извечно двулично или попросту лицемерно. Он обсуждает замеченную маркизом Астольфом де Кюстином странность — в России законом юридически отменена смертная казнь, но на практике множество людей забивают шпиц-

¹ См.: *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*. Oxford University Press, 2006.

² Подробнее об этом см. в гл. 3 настоящей книги.

рутенами. Складывается ситуация, когда закон становится номинальным¹. «В ситуации ограничения зрения уставное, писаное, узаконенное право (т. е. позитивное право. — Г. Г.) часто выполняет задачу фасада, который должен спрятать то, что демонстративно скрывается»², не то, что законы путаны, а сама законность и есть «путаница в религиозных, политических и правовых вопросах». Именно эта путаница, считает Биbihин, называется в России «общественным порядком». При этом он остроумно подметил, что русское слово «порядок» в ряду своих значений начиная с состояния благоустройства и налаженности доходит до обычая, обычновения, причем в дурном смысле (старый порядок). На одном из российско-германских симпозиумов в Петербурге в 1997 г. возникло недоразумение, потому что русская сторона в определенной фазе при обсуждении многократно употребляла выражение «российские порядки» в смысле беспорядка. В немецком языке значения «обычай», «обыкновение» у слова *Ordnung* нет.

Как характер человека, так и черты государства более стабильны, чем может показаться, на протяжении веков³. Вслед за А. Тойнби, Биbihин пытается исследовать глубину византийского влияния на право в России. Он вспоминает о старце Трехсвятительского Елиазарова монастыря, который в послании великому князю писал: «Два Рима пали, но Третий стоит крепко, а четвертому не бывать». Наследницей всего Рима, т. е. и Запада, и Востока, в этом послании считается Византия, однако она не смогла справиться с восточной стихией и пала. А Московское царство смогло!

Это говорится уверенно, как считает Биbihин, из-за «интимности сложившихся у Москвы отношений с восточной силой: Москва вобрала ее в себя, присвоила себе ее приемы (по формуле Бердяева, Москва — христианизированное татарское царство) и теперь в принципе, поскольку воплотила в себе начало, сломившее Византию, по определению не может его опасаться»⁴. Биbihин пытается связать кажущуюся ему амбивалентность византийской культурной реальности с ситуацией постоянной неопределенности российского права. Мне не показалось, что это у него получилось. Действительно, можно ли из известного факта о том, как византийский историк Прокопий Кесарийский официально восхвалял императора Юстиниана, а в своей «Тайной истории», которую

¹ См.: Биbihин В. В. Указ. соч. С. 104.

² Там же. С. 103.

³ Там же. С. 175.

⁴ Там же. С. 177.

он замуровал в стену для потомков, называл его злобным демоном государства, выводить столь обширное обобщение, как амбивалентность права в Византии?

Возможно, для византийской государственности было характерно требование формирования устойчивых патриотических и государственных державных начал. Возможно, Византия была идеологическим государством или государством единодушия, политической симфонии, как это называлось в Византии. Тем самым исключалось разделение властей¹. Но делать Россию наследницей византийских тоталитарных традиций вряд ли можно. Но одно наблюдение Бибахина, что называется, цепляет сознание: «Суть римского права в его форме, и еще точнее, в том, что этой форме соответствует: в дисциплине, которую берет на себя человек, входящий в роль или в профессию римского гражданина². Дисциплина не была создана правом. Она нашла себя в нем, выразилась и оформилась в его формулах, процедурах»³.

Что же произошло с римским правом, правом частного человека, в Византии? Оказывается, в идеологическом государстве, государстве единоначалия Право ушло на второй план, а на первый вышла Власть. Право стало зависимым от Власти. Вот это отношение можно обнаружить и в наше время. Вспомним, как в начале 1960-х гг. на XXII съезде КПСС было принято решение ввести регулярную сменяемость партийных руководителей. Секретари парткомов, райкомов, обкомов, включая ЦК КПСС, не могли занимать партийный пост более одного срока. Это решение высшей партийной инстанции никогда не соблюдалось. Пришел Л. И. Брежнев, начался застой. И в 1990-е гг. в конституции и уставы всех республик, краев, областей России были внесены нормы в духе республиканизма — о необходимости регулярного вентилирования властных кабинетов, о том, что президент (глава области) не может занимать свой пост более двух сроков. В начале 2000-х гг. эти элементы республиканизма испарились. Власть оказалась сильнее Права.

Какие еще наблюдения Бибахина о природе русской Власти и Права могут привлечь внимание современного человека? Какие его философско-правовые наблюдения имеют практическую значимость? В результате наблюдений за событиями, имевшими место в России в 2000-е гг., у него сформировалось определенное политико-этическое настроение. Его догадки о реальной природе

¹ См.: Бибахин В. В. Указ. соч. С. 190.

² Вспомним, что одно из значений слова *persona* — «маска».

³ Бибахин В. В. Указ. соч. С. 226.

российского права не лишены убедительности. Во-первых, в России нет и не было реального разделения властей. Во-вторых, община, мир, т. е. коллективное начало всегда превалируют над индивидом. (Вспомним, что именно деревенский мир отвечал перед царем за недоимки и за выставление рекрутов для армии.) Но так было и в Германии. Возможно, не случайно одновременно возник социализм в СССР и национал-социализм в Германии. Мы, пожалуй, действительно пока еще недооценили сходство традиций наших двух стран. В-третьих, в России есть склонность к персоналистскому режиму власти.

Повторим: Библихин не имел юридического образования, поэтому многое в его философии права продиктовано интуицией. Чем-то его глубокие догадки похожи на полотна гениального Нико Пиросмани. Его идеи точно привязаны и находятся в поле традиционных для русской философии права точек зрения и в поле обсуждаемых проблем. Это состоящее из одновременно возможных точек зрения поле, на котором авторская позиция Библихина может быть выявлена через различия, через систему отличий. Нечто подобное имело место в Германии в начале XX в. Неокантианцы марбургской школы — Г. Коген и Э. Кассирер считали себя наследниками великой либеральной традиции. Кассирер, в частности, доказывал, что идея республиканизма в Конституции — это не чужеродное включение в германскую традицию, но, напротив, высшая форма философского идеализма. В оппозиции к неокантианцам находился М. Хайдеггер, экзистенциально-феноменологическое понимание бытия которого столь зримо присутствует во взглядах Библихина.

И зная про эту немецкую ситуацию, я бы предложил читателям Библихина не подпадать под очарование его мысли. Нельзя чрезмерно увлекаться некой мистической уникальностью русского национального сознания. Философско-правовой дискурс России и Германии имеет больше сходства, нежели различий. Истинная мудрость В. Библихина — в терпеливом восприятии объективно существующих обстоятельств правового пространства России, объективной реальности мирного сосуществования пространства права и неправы.

Именно поэтому философия права Библихина — это то, что составляет мейнстрим современной российской политико-философской мысли. Нельзя не согласиться с И. Д. Осиповым, по мнению которого по вопросу о конституционализме в дореволюционной России все политические партии, участвовавшие в конституционном процессе, придерживались крайней бескомпромиссности.

Никто не хотел уступать или понять своих идейных противников. А ведь еще М. М. Сперанский писал, что основой конституции является компромисс различных социальных сил¹. Действующая российская Конституция является результатом ценностного и социального компромисса, что придает ей гибкость в выборе возможного варианта развития социальных отношений². Современная российская политическая философия исходит из того, что необходимо найти тонкий и деликатный баланс между ценностью частного, индивидуального, не забывая при этом сложившиеся традиции уважения коллективного и государственного начала. Само российское географическое пространство вызывает к централизованному типу организации Власти.

Таким образом, «чтя память предков», как сказано в преамбуле Конституции РФ, имея традиционный набор рафинированных либеральных конституционно-правовых ценностей, в Конституции есть место и для традиционализма. Это, согласно И. Д. Осипову, идеология консервативного конституционализма, или конституционного консерватизма³. Возможно, я ошибаюсь, но философско-правовые взгляды Бибихина созвучны конституционному традиционализму. Я не уверен в правоте своего вывода, скорее всего, он излишне прямолинеен. Во всяком случае я убежден, что аргументы о сложившейся «исторической матрице России», о «нелиберальном геноме русского народа» (А. Кончаловский) не должны чрезмерно эксплуатироваться для консервации не только традиций, но и предрассудков. «Чтя память предков», мы не должны забывать, что в преамбуле есть и другие слова: о «незыблемости демократической основы государственности России», об «ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями» россиян и, наконец, о том, что мы такие же, как все, ибо мы «часть мирового сообщества».

Сам Бибихин без одобрения говорит о публицистах, которые, высказываясь о том, как надо обустроить Россию (скорее всего, он имел в виду известную брошюру А. И. Солженицына), описывают «парадоксальные свойства России и ее отличия от Запада, большей частью идеализированного и воображаемого»⁴.

11. Интересные наблюдения об онтологической структуре права можно обнаружить в работах ученых, занимающихся социологией права, — О. Эрлиха, Г. Д. Гурвича. Социология права по сво-

¹ Цит. по: *Осипов И. Д.* Указ. соч. С. 99.

² Там же. С. 100.

³ Там же.

⁴ *Бибихин В. В.* Указ. соч. С. 39.

ему предмету и методу дистанцировалась от традиционного правоведения, задача которого — познание не того, что фактически дано как сущее, а того, что должно быть в силу права (правоведение является оценочной, а не объясняющей наукой, наукой нормативной). Это направление в юриспруденции отторгалось представителями позитивистского крыла, и прежде всего Г. Кельзеном. В русле традиционного для неокантианцев подхода Кельзен утверждал: «Сущее не может оцениваться, поскольку оно уже предстанет как нечто иное, если будет рассматриваться под углом зрения оценки; категории Должного и Сущего являются основным мыслимым делением всего, поэтому в рамках данного исчерпывающего двусоставного деления немыслима вещь, которая не будет ни долженствованием, ни действительностью либо будет сразу и тем, и другим»¹.

Г. Радбрух предпринял попытку найти правоведению место между категориями Должного и Сущего, поместив его в срединное положение, являющееся сферой культуры. Согласно этой точке зрения понятие права рассматривалось как понятие культуры, а правоведение — как культурная наука². Право у Эрлиха понимается как правило сущего, определяющее человеческое поведение, а правоведение — как наука о действительности, схожая с естественными науками. Он считал, что социальный порядок зиждется на базовых социальных институтах — браке, семье, владении, договорах, наследовании. При этом социальный институт не является физической, осязаемой вещью, подобной столу или шкафу, хотя он и доступен для восприятия в том смысле, что лицо, находящееся в определенных социальных отношениях с другими лицами, действует в соответствии с установленными нормами. Социальный порядок появляется и без так называемых правовых предложений, под которыми Эрлих понимал зафиксированные в вербальной форме предписания, адресованные судьям и указывающие им на то, как решать споры (нормы решения), либо адресованные чиновникам и указывающие им на то, как поступать в конкретных ситуациях (управленческие нормы). Современный юрист понимает под «правом» только правовые предложения, однако возможна правовая система и без правовых предложений³.

¹ Кельзен Г. Основоположение социологии права // Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 597.

² См.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 13.

³ См.: Эрлих О. Социология права // Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 581.

Кельзен не отрицал возможности появления такой отрасли научного знания, как социология права, но при этом он настаивал на том, что она по предмету и методу существенно отличается от правоведения, задачей которого является познание не того, что фактически дано в виде сложившегося социального порядка, а того, что должно быть в силу права. Правоведение, как утверждал Кельзен, является оценочной, а не объясняющей наукой. Совершенно недопустимыми являются только смешение проблематики обеих направлений, методологический синкретизм нормативной юриспруденции и экспликативной социологии права¹. Эрлих поставил перед собой цель — создать социологию права в качестве чисто теоретической науки в противоположность «практической юриспруденции». Ученый упрекал сложившийся юридический концепт действительности в том, что он является отвлеченно дедуктивным, полагая, что выработанный юристами строй юридических понятий, конструкций — это пустые формальные произведения, которые чем абстрактнее, тем менее связаны с действительностью. По мнению Эрлиха, в своем развитии юриспруденция не соответствует тенденциям развития современной науки, в которой преобладает индуктивный метод познания. Кельзен утверждал: в том, что касается «связи с действительностью», недостаток этой связи не может быть поставлен в упрек той науке, которая изначально не будет являться объяснением действительности².

В традиционной юриспруденции объектом исследования были только те правила, которые регламентируют поведение определенной категории людей — судов и иных государственных органов. Социология права, по мнению Эрлиха, должна исследовать более широкий круг правил, по которым действуют все люди. Онтология права у Эрлиха дополняется анализом права не только как формы, но и как содержания социальных явлений. Это проявляется в требованиях, адресуемых юриспруденции: она должна быть одновременно и политической экономией, и историей экономики, чтобы дать сведения об аграрной конституции того или иного региона, о фактических экономических отношениях между супругами, между арендаторами и арендодателями и т. д. Эрлих вводит новое понятие «живое право», сущность которого состоит в противопоставлении традиционной юриспруденции, плохо справляющейся со своей задачей, поскольку она только описывает то,

¹ См.: Кельзен Г. Основоположение социологии права. С. 597.

² Там же. С. 599.

что устанавливает закон, а не то, что фактически происходит в правовой реальности.

Сущностным элементом правовой действительности выступает мирный порядок, который регламентирует внутреннюю жизнь союзов людей. Внутренний порядок человеческих союзов не только был, но и является основополагающей формой права. Как в период появления права, так и в современном обществе генезис права связан не с государством, а с тихой, непрерывно осуществляемой властью союза людей, которые подчиняют себе индивидов. Неогосударственное общество конституируется отдельными группами, а право общества преимущественно проявляется в форме автономных правопорядков, устанавливающих мир и сотрудничество в данных группах. Первичная правовая действительность воплощается в этих внутренних порядках и оказывается более объективной и конкретной, чем не только правила решения конфликтов (и правовые предложения в целом), но и прямые правила поведения¹.

Все юридические нормы имеют производный характер и формируются только с того момента, как член общества в определенной степени отделяется от тотальности, в которую он интегрирован. Все эти юридические правила сами по себе являются статичными, неподвижными, абстрактными. А правовая действительность, напротив, подвижна, динамична, конкретна, спонтанна, она не нуждается в словах и формулах для того, чтобы навязывать себя; она более объективна, чем все юридические нормы, и именно поэтому оказывается истинной основой всей правовой жизни.

По мнению Эрлиха, абстрактные положения позитивных законов играют довольно скромную роль в сравнении с правом общества. Будучи более абстрактными, чем конкретные правила решения и реальные правила поведения, правовые предложения являются лишь тенями непосредственной правовой действительности². Социологическое описание правовой действительности, считал Эрлих, ведет к выводу о том, что роль государства в правовой жизни может быть минимальной. Государственная концепция права, т. е. юридический концепт действительности, основывается на чистой фикции и поэтому препятствует тому, чтобы углядеть наиболее живую и реальную часть права, которая имеет негосударственный характер. Это неудачная фикция, которую юридическая

¹ См.: Гурвич Г. Д. Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социально-права // Эрлих О. Основоположения социологии права. С. 655.

² Там же. С. 657.

доктрина представляет в качестве неизбежного априорного постулата «юридической логики».

Как заметил Г. Д. Гурвич, Эрлих сорвал маски с предполагаемой «юридической логики», которая не имеет ничего общего с истинной логикой¹. Это самое главное в антиэтатистской критике Эрлиха. Он считает догматическим утверждение, что все правовые потоки берут истоки исключительно из единой воли государства. Есть несколько формальных процедур, с помощью которых можно констатировать позитивное право. В соответствии с доктриной Эрлиха формальные источники позитивного права параллельно дифференцируются на трех уровнях правовой действительности. Эти источники различаются применительно: а) к праву неогосударственного общества, праву, рождаемому в союзах, общностях людей; б) к правилам решения конфликтов; в) к абстрактным правовым предложениям. Что касается права неогосударственного общества, то существуют такие формальные процедуры, как обычай, конвенция, одностороннее волеизъявление, проявление власти над лицами, вытекающее из отношений собственности, сами отношения собственности. Иными оказываются формальные источники правил решения — это судебная практика, доктрина. Наконец, источниками абстрактных правовых предложений являются закон, обычай, существующий внутри государственной организации.

Итак, через анализ проблем источников позитивного права Эрлих пришел к теории «права общества». Отталкиваясь от нее, Г. Д. Гурвич проложил путь к своей доктрине социального права².

Дискуссия между Г. Кельзеном и О. Эрлихом — двумя выдающимися австрийскими правоведами оказалась чрезвычайно плодотворной и для теории, и для практики. После Второй мировой войны в Европе отказались от крайних суждений, свойственных позитивизму в праве. Получили большую популярность естественно-правовые воззрения, и, казалось бы, в споре победу одержал Эрлих. Но нельзя не отметить, что на теоретической концепции Кельзена возросла конституционная юрисдикция, получившая широкое распространение не только в Европе, но и в Азии, Африке. Основная норма Кельзена — база для конституционного правосудия. Возможно, Эрлих поторопился, предложив выбросить на свалку истории теоретические положения, выработанные юриста-

¹ См.: Гурвич Г. Д. Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права. С. 660.

² См.: Гурвич Г. Д. Идея социального права. СПб., 2004; *Он же*. Философия и социология права. СПб., 2004.

ми в течение тысячелетий и призванные обслуживать прежде всего практическую деятельность — юрисдикцию. Да, юридический концепт действительности фикционен, поэтому многие из критических замечаний, высказанных Эрлихом, особенно в его «Юридической логике» (1918 г.), помогают обнаружить слабые места в догматической юриспруденции и тем самым оказать помощь практике. Но сам по себе мир юридических конструкций, фикций, понятий полезен, крайне необходим, ибо без них невозможно осуществлять правосудие. Поэтому идея Эрлиха, согласно которой социологическое описание правовой действительности с необходимостью ведет к выводу о том, что роль государства в правовой жизни может быть лишь минимальной, нам сейчас кажется категоричной и преувеличенной.

Концепция Кельзена полезна, если иметь в виду относительно простые, но при этом самые многочисленные юридические споры. Юридический концепт действительности, состоящий из множества таких элементов, как формальные источники права, субъект права, объективная истина, воля закона, тысячи юридических конструкций (универсалий в праве), дает сравнительно простой способ их разрешения с помощью правила юридического силлогизма.

Концепция Эрлиха продуктивна, когда возникают юридические казусы, в которых присутствует что-то нетипичное, непонятное, запутанное. Чаще всего это юридические споры, в которых стороны опираются на равновеликие правовые ценности, а теория категорического силлогизма практически неприменима. Это, как правило, сложные конституционно-правовые споры, для разрешения которых необходимо применять особые юридические нормы, нормы конституционные. Вот почему столь интересна онтология конституционного права.

Глава 3

ОНТОЛОГИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА (КРИТИКА ИНТЕРПРЕТАЦИОННЫХ ТЕОРИЙ В ПРАВЕ)

Для мира права очень важны символы, которые являются материей идеальной формы.

С. И. Максимов

Символическая власть есть власть, которая предполагает признание, т. е. незнание о факте творимого ею насилия. Следовательно, символическое насилие, осуществляемое служителем культа, возможно только при некоего рода соучастии, оказываемом ему вследствие незнания теми, кто испытывает на себе это насилие.

П. Бурдьё

1. Онтологическая структура конституционного права¹ значительно отличается от онтологической структуры уголовного, финансового или экологического права. В ней чрезвычайно важную роль, помимо позитивного закона, т. е. текста конституции и других законов, играют конституционные принципы и сложившиеся концептуальные представления об их нормативном содержании и правоприменительной практике, особенно решения высших судов, раскрывающие смысл юридических символов — принципов. Именно поэтому так называемое толкование конституционных норм на самом деле таковым не является или, во всяком случае, разительно отличается от толкования норм в иных отраслях права.

В онтологической структуре конституционного права выделяются три слоя: 1) естественное право — объективно существующая система неотчуждаемых прав человека, принадлежащих каждому от рождения; 2) позитивное конституционное право, реальность

¹ Обратим внимание: для правильного понимания материала, изложенного ниже, следует знать, что речь идет не о конституционном праве отдельной страны, а о конституционном праве как части культуры человечества.

текста конституции; 3) традиции и сложившаяся правоприменительная практика.

Нас интересует онтология конституционного права. Возможно, для него нормативно-государственное волеизъявление имеет гораздо меньшее значение, чем для таких отраслей права, как уголовное, административное, ведь даже основной закон — конституция — обычно исходит не от законодательного органа государства, а от народа (мы — народ...). Постоянное развитие системы основных прав происходит в сфере конституционного права путем не только принятия законов, но и признания новых прав человека судами в определенной правовой ситуации — ситуации спора, т. е. возможно возникновение объективной необходимости признания официально тех норм, которые уже объективно сложились в обществе. И тогда следует найти место тем, по сути, юридическим нормам, которые самопроизвольно уже появились в социуме, регулируют отношения в онтологической структуре права. Было бы, наверное, неосмотрительно сразу же отвергнуть их как неюридические только потому, что не состоялся акт их официального признания.

Анализ онтологической структуры конституционного права помогает выявить новые универсалии и категории философии права — такие, как спор и согласие, определенность в праве, правовое концептуальное пространство.

Спор и согласие являются средствами обнаружения права. Право выявляется, становится определенным, фиксированным прежде всего в результате рассмотрения юридического спора с помощью специальных юрисдикционных механизмов, универсальных для всего человечества. Вопреки устоявшемуся мнению центром правовой реальности являются не юридическая норма и не право, а коллизия, спор и его результат — согласие, компромисс. При этом право, возникающее в результате спора, первично по отношению к закону. Поэтому в качестве первичного онтологического слоя в онтологической картине правовой реальности рассматривается конфликтная бытийная сторона жизни. Именно конфликты приводят, причем объективно, необходимо, к появлению определенных правовых закономерностей, из которых по мере развития юридической техники появляются своеобразные юридические универсалии — юридические конструкции (понятия, принципы, презумпции, фикции и т. д.).

Обнаружить правовую реальность очень сложно, поскольку в течение веков наслоились догматические юридические представления, камуфлирующие то, чем на самом деле руководствуется че-

ловек при совершении юридически значимых поступков. Право — это важнейшая система регулирования в обществе, его предписания — это не рекомендации, а то, что должно исполняться, а поэтому оно должно состоять из ясных, понятных, непротиворечивых, определенных норм, доступных сознанию большинства людей. Право — один из побудительных мотивов поведения человека в обществе.

Философы и юристы заметили, что может быть номинальное (формально действующее) и реально работающее право. В. В. Биbihин, давая эти характеристики правовой реальности, пишет также о том, что в современном российском обществе «сохраняется демонстративный характер права, тождественный, как... заметил маркиз де Кюстин по поводу идеальных, опережавших европейскую гуманность законов Екатерины II, отсутствию права, в более корректной современной правоведческой терминологии пассивности права»¹.

Академик Б. Н. Топорнин уже о действующей Конституции РФ писал: «Правовое регулирование, выдержанное нередко в духе лучших образцов мировой правовой классики, не дает у нас искомого результата <...> принципы и нормы могут оказаться просто неработающими, записанными в бездействующих законах»².

И далее: «Основы нашего конституционного строя отвечают самым строгим меркам современного этапа человеческой цивилизации <...> Нередко получается так, что положения Конституции как бы утрачивают свойства правовых норм и становятся нормами-декларациями, нормами-ориентирами»³.

В. В. Биbihин, соглашаясь с этой оценкой конституционных норм в России, пришел к следующему выводу: «Конституция, которая неисполнима по своей идеальности, вовсе не бездействует. Она эффективно обосновывает необходимость введения других норм вместо неработающих»⁴. По сути, он подметил то, что номинальное конституционное право в правовой реальности может быть заслонено нормами либо неконституционного закона, либо подзаконных актов, либо даже некими юридическими обыкнове-

¹ Маркиз де Кюстин заметил, что отмена смертной казни при Екатерине II была элементом «фасадного права», т. е. демонстрацией гуманности. На самом же деле существовало наказание шпицрутенами, приводившее к летальному исходу (см.: Биbihин В. В. Указ. соч. С. 157).

² Топорнин Б. Н. Сильное государство — объективная потребность времени // Вопросы философии. 2001. № 7. С. 14.

³ Там же. С. 15.

⁴ Биbihин В. В. Указ. соч. С. 157.

ниями, не обладающими признаками формальной определенности. Вот почему для характеристик онтологии конституционного права явно недостаточно изучения позитивного законодательства, т. е. конституции и других конституционных законов. Необходимо изучение формально-неопределенных и формально-определенных структур, образующих онтологию конституционного права. К формально-определенной структуре относятся конституция и другие конституционные законы. Анализ этой структуры убеждает, что применительно к ней проблема определенности предстает в виде вопросов об автономности конституций и их верховенстве, а также об онтологической сущности толкования конституций.

Философско-правовой подход к конституции должен отличаться от методов изучения, присущих конституционному праву. Метод философии права — это выявление универсалий, общих идей. Такими универсалиями в области права, общими для всех цивилизованных наций, являются прежде всего универсальные правовые понятия — конструкции права, а именно: субъект права, воля государства, объективная истина, правовое государство и т. д., презумпции, фикции. Пространство конституционного права с точки зрения философии права включает в себя весь конституционно-правовой опыт человечества, который может быть выражен с помощью такой категории онтологии права, как конституционно-правовое концептуальное пространство.

К формально-неопределенным структурам в онтологии конституционного права могут быть отнесены общие правовые принципы (естественное право), объективно необходимая система прав человека, а также юридические обычаи (традиции) и сложившаяся правоприменительная практика.

Неожиданно выясняется, что сквозной при анализе как формально-определенных, так и формально-неопределенных правовых структур, составляющих онтологию конституционного права, является синтезирующая, объединяющая идея — и это проблема определенности и ясности всех онтологических единиц. Выявление воли законодателя, интерпретация закона судом, особенно в случаях применения так называемого систематического метода толкования, оказываются такой деятельностью, которая подчиняется принципу (идее) определенности права, о чем пойдет речь в следующем разделе этой главы. Эта категория должна быть рассмотрена с философско-правовой точки зрения, поэтому она сравнивается с хорошо известным в юриспруденции принципом правовой определенности, который обычно используется для ха-

раактеристики только позитивного закона, однако должен использоваться при анализе всех структур права.

Одним из элементов юридического концепта действительности является так называемая объективная истина, которая добывается в процессе осуществления правосудия.

В связи с этим изложенное выше исследование онтологической структуры конституционного права должно завершиться гносеологической проблемой, а именно сравнением судебного познания действительности со строго научным познанием. Можно вспомнить Канта, который писал о различиях между предметными сферами приложения усилий: а) практического разума и б) теоретического разума. Первая сфера — это правовая реальность, в которой приходится иметь дело со сферой «должного». Вторая — это естественные науки, которые познают «сущее», природное, объективное.

Но если учесть, что в области права в виде неопределенных онтологических структур присутствуют объективные закономерности, то это различие утрачивает свою категоричность и строгость. Естественное право — это, по сути, то объективно необходимое для существования человеческого социума, что очень напоминает объективные причинно-следственные зависимости в естественных науках. Поэтому наш анализ завершается проблемой познания.

2. Реферативный обзор различных философско-правовых концепций, осуществленный в рамках гл. 2, позволяет высказать предположение, что реальность права и правовая реальность — это не просто игра слов, а различные взгляды на право с онтологической точки зрения. Реальность права для многих юристов прошлого и настоящего — это реальность действующего законодательства, а также правоотношений, возникающих между людьми при применении этого законодательства.

Если использовать для уяснения разницы концентрические логические круги, то круг с большим радиусом будет соответствовать понятию «правовая реальность», а входящий в него круг с меньшим радиусом — понятию «реальность права». Реальность права — это прежде всего такое существование права, когда оно получает внятную юридическую форму, объективируется. А. Кауфман писал о том, что право приобретает позитивность, поскольку становится юридически телесным, его онтологическая сущность приобретает такую меру актуализации и конкретизации, что оно становится юстициабельным¹.

¹ См. гл. 2 настоящей книги.

В правовой реальности зарождаются новые права. Объективные закономерности их генезиса — это тоже часть правовой реальности, хотя говорить при этом о реально существующем праве еще рано, поскольку оно существует в потенциально-возможном, свернутом виде. То, что относят к сфере весьма условного понятия «естественное право», является частью правовой реальности.

Философы и юристы полагают, что помимо реальности права в виде позитивного права есть еще нечто иное в сфере правовой реальности. Вот почему В. В. Бибихин так скрупулезно искал в структуре современного российского права его «исторический геном», описывал традиции, *topos*¹. Юристы-непозитивисты, склонные к естественно-правовым концепциям, более открыты и восприимчивы к усвоению социологических, экономических, этических концепций.

Конституционное право в его современном виде очевидно основывается на естественно-правовой концепции, которая содержит скрытые потенции, важные импульсы для развития реальности права на основе «признания» новых прав (ст. 2, 55 Конституции РФ). Именно поэтому стоит обратить внимание не только на общую картину онтологии права, но и на то, что находится «в тени» в сфере правовой реальности — на принципы естественного права, т. е. попытаться найти его место в онтологической структуре права.

Основной оппозицией в правовом мире является различие закона и права, в котором понятие права отражает наличие объективных закономерностей в устройстве социальной жизни. Это могут быть биологические, экономические и другие закономерности, которые учитываются в праве, но не путем их зеркального отражения, а опосредованно. Отражая объективно складывающиеся в социуме порядки, право имеет свои объективные закономерности, которые человек должен познать. Собственно, само понятие права, которое является самостоятельным, наряду с понятием закон и выражает в концентрированном виде этот онтологический факт. Право является результатом познания объективных потребностей человеческого общества, результатом человеческого разума. Таким образом, вырисовываются два фактора, обуславливающие развитие права — объективный и субъективный, причем воздействие этих факторов на право в пространстве и времени не является величиной постоянной. На первый взгляд кажется, что роль субъективного фактора в создании права неизмеримо больше, что пра-

¹ См.: Бибихин В. В. Указ. соч.

во вверено усмотрению людей, что это продукт человеческого разума.

Казалось бы, право не подчинено строгим причинно-следственным зависимостям, которые выявляют эмпирические науки, например физика, биология, экономика, психология, оно основывается на разуме человека и получаемых с его помощью ценностях. И. Кант развил концепцию рационального естественного права, обнаружив некие априорные принципы, которые должны быть положены в основу законодательства. Закон не всегда является актом научного познания, зачастую это просто акт политического волеизъявления. Поэтому в поисках права Кант предлагал не изучать действующие законы, а обратиться к помощи практического разума, который и способен выявить категорические императивы для всякого законодателя. В результате естественное право в понимании Канта превратилось в совокупность априорных правовых принципов, имеющих прежде всего моральное значение. В концепции Канта объективные закономерности реальной жизни ушли в тень, право превратилось в явление сугубо субъективное.

На самом деле право всегда объективно-субъективно, двусоставно. В процессе его познания это двуединство необходимо учитывать, а не противопоставлять позитивное право естественному, априорные правовые принципы объективным закономерностям общественной жизни.

Одним из самых важных для онтологии права на протяжении столетий был вопрос: является ли собственно правом естественное право, входит ли оно в онтологическую структуру права? А. Л. Золкин допускает возможность признания не только общей онтологии права, но и «специфической естественно-правовой онтологии»¹, которая имеет место в тех случаях, когда в описании пространства права обращаются к некоему «естеству», в той или иной форме преподносимому в качестве обладающего особым авторитетом в этом мире. При этом под естественным правом понимаются явления совершенно неоднозначные в категориальном отношении, поскольку имеют место многовековые наслоения смысловых пластов: одно понимание сложилось в античный период (разумное устройство космоса, в котором все части согласованы друг с другом и живут по общим естественным законам), другое — в период Средневековья (божественное естественное право у Фомы Аквинского), третье — в Новое время (совокупность прирож-

¹ Золкин А. Л. Философия права. М., 2012. С. 89.

денных прав человека плюс разного рода интуиции по поводу справедливости)¹. Но независимо от типа этих трех разных культур нельзя не признать, что онтологический статус естественного права постоянно очень высок, а поэтому, рассматривая проблемы онтологии права, с этим обстоятельством невозможно не считаться. Нельзя рассматривать эту систему юридических взглядов как некую случайность или идеалистическое увлечение, своего рода детскую болезнь человечества.

На протяжении тысячелетий человечество, рассматривая право с онтологической точки зрения, обнаружило в нем две области, или два пространства — верхнее и нижнее. Внизу находится позитивное право, которое не рассматривается как «истинное» право. На эту роль претендуют нормы, находящиеся в высоких, «разряженных» слоях правовой «атмосферы», именно там обитает некое идеальное право, по поводу которого бесконечно спорят: а право ли это? Идея естественного права остается бессмертной, как бессмертна вера человека в лучшее будущее. Это вера в то, что жизненные отношения базируются на каком-то высшем юридическом или этическом начале, которое и должно быть эталоном при конструировании позитивного права. Вся сложность в том, что об этой «измерительной рулетке» многие пишут, мечтают, но, кажется, никто еще не держал ее в своих руках, хотя попытки такого «инструментального» применения естественного права юристами предпринимались. И первые такого рода попытки можно связать с Новым временем, когда юристы создали основы рационального понимания естественного права. Аксиома Г. Гроция гласила: люди по своей природе являются свободными и поэтому стремятся к свободным отношениям с себе подобными. Основной принцип естественного права, таким образом, состоит в спокойной и свободной совместной жизни людей между собой. Люди достаточно разумны, чтобы создать правовой порядок из объективных закономерностей совместной жизнедеятельности.

Таким естественным основанием позитивного права является идея формальной справедливости, которую в XX в. разрабатывал академик В. С. Нерсисянц. Естественное право у Штаммлера — это особым образом построенное позитивное право, к которому относятся правовые положения, обладающие формальным свойством справедливости. Этим качеством обладают правовые нормы, условное содержание которых соответствует социальному идеалу, увиденному Штаммлером в идее человеческого обще-

¹ См.: Золкин А. Л. Указ. соч. С. 90.

ния¹, способного порождать юридические нормы помимо государственного воления. Это идея о социальном волении «связанных общими целями лиц». Она выражается не только в праве, но и в морали, обычаях, обыкновениях. От других видов социального воления право отличается принудительным характером, однако вовсе не обязательно, чтобы юридические нормы устанавливались только государством.

Как самостоятельную онтологическую единицу, по Штаммлеру, можно рассматривать принципы справедливого (естественного) права, которые, с его точки зрения, не являясь общеобязательными правовыми положениями, представляют собой «методические директивы». Ими надо пользоваться выбирая между различными вариантами юридических норм. Среди этих принципов следует выделить два основных: 1) принцип уважения (содержания одного «воления» не может зависеть от произвола другого, любые цели ограничены личностью другого человека); 2) принцип участия (юридически связанное лицо не может быть произвольно исключено из общения, ни одно лицо не может быть субъектом исключительно юридических обязанностей). Такое представление обогащает понимание естественного права в его отношениях с позитивным. Выходит, что право не может быть никаким иным, как позитивным, но последнее не может содержательно состоять только из произвольных велений — приказ, содержащийся в юридической норме, должен находиться в системе координат мира человеческих ценностей и прежде всего этических. Следовательно, онтологическая картина права приобретает новые краски и оттенки. Позитивное право не может существовать вне неких ценностей, являющихся элементом права, призванных дополнить его образ.

Н. Н. Алексеев не считал, что естественное право является частью «мира права»². А вот С. Л. Франк под естественным правом понимал «онтологически укорененные нормирующие начала мирового бытия»³. Как считал Франк, это естественное право по самому своему существу неизменно и незыблемо. Люди могут уклоняться от него, нарушать его, но никакая человеческая инстанция не только не вправе, но и фактически не в силах отменить или изменить его. При этом надо иметь в виду, что естественное право не совпадает с какой-либо совокупностью конкретных норм, как это представляли себе в XVII—XVIII вв. Не существует, безуслов-

¹ См.: Золкин А. Л. Указ. соч. С. 93.

² См. гл. 2 настоящей книги.

³ См.: Франк С. Л. Свет во тьме. Челябинск, 2011. С. 190.

но, неизменных и незыблемых конкретных норм — не только в положительном праве, но и в обычаях и нравах, в известных пределах даже в области морали. Нет точно определенного на все века и при всяких условиях обязательного и незыблемого конкретного порядка человеческой жизни. Не существует никакой «естественной», незыблемой формы правления, формы организации хозяйства и незыблемо неизменной, единственно правильной формы брачной и семейной жизни. То, что Франк называл «естественным правом», являлось лишь комплексом неких общих идеальных руководящих начал, в зависимости от эмпирических условий места и времени необходимо имеющих весьма многообразное конкретное воплощение в реальном положительном праве, в учреждениях, нравах и быте. В составе порядка человеческой жизни можно уловить лишь немногие общие институты и формы, которые именно в своем общем существе не отменимы и имманентно ему присущи при всей изменчивости их конкретного содержания.

По мнению Франка, общий смысл «естественного права» заключается в том, что оно утверждает некий при данных конкретных условиях максимально разумный и справедливый порядок, соответствующий существу человека. Мерило разумности порядка — то, что им обеспечивается функционирование системы коллективной, общественной жизни с минимальным трением, т. е. функционирование, при данных условиях наиболее благоприятное для сохранения и развития человеческой жизни. Разумность порядка определяется, другими словами, тем, что он в максимальной мере благоприятствует осуществлению идеальных, высших начал человеческого бытия в условиях, вытекающих из несовершенного состояния мира. Справедливость же порядка состоит в принципе *sum cuique*, т. е. в том, что им обеспечиваются «естественные права» каждой человеческой личности, а именно те ее потребности и притязания, которые вытекают из ее природы как тварного носителя образа Божия. Это значит следующее: права каждой человеческой личности должны быть определены так, чтобы они не умаляли прав других людей и чтобы ими не нарушалось основное условие человеческого бытия — солидарное совместное существование в общественном союзе, т. е. чтобы были утверждены максимальное равновесие и максимальная согласованность между свободными субъективными силами всех.

Начало справедливости есть этическое выражение равновесия и гармонии мирового бытия как системы свободных (и свободно связанных между собой) личных существ, осуществляемого в условиях несовершенного земного бытия. Другими словами, суще-

ство или основной смысл естественного права, согласно Франку, состоит в возможно наилучшем согласовании начал свободы и солидарности — в утверждении порядка, при котором индивидуальная свобода не шла бы в ущерб необходимой солидарности (или общим условиям совместной жизни людей) и солидарность или общая упорядоченность не осуществлялась бы за счет подавления индивидуальной свободы. То и другое — блюение человеческой свободы и согласованности или солидарности совместного бытия людей определено стремлением так нормировать жизнь, чтобы внешние условия жизни, определяемые законом, в максимальной возможной мере нашли себе действенное выражение и проявили уважение к святости человеческой личности и любовь к ближнему.

На взгляд автора, одной из нереализованных возможностей при исследовании естественного права с позиции онтологии права является невнимание к таким философским универсалиям, как спор (конфликт) и согласие (компромисс). Исторически одной из самых первых юридических идей была идея права собственности, однако философия права не обращала внимания на то, что в основе этой идеи лежит философия согласия. Собственность как система отношений в человеческом социуме возникла в результате того, что человечество столкнулось с феноменом дефицита, который порождал споры об охотничьих угодьях, о жизненном пространстве¹. Эти конфликты представляли собой реальную угрозу для популяции человека. Сама жизнь показала, что антитезой отсутствия идеи собственности является вечный бой, война всех против всех (*bellum omnium contra omnes*).

Ж.-Ж. Руссо в книге «Происхождение неравенства между людьми» писал о том, что если бы не было человеческой несправедливости, зачем нужна была бы юриспруденция? Право возникло, как только исчезли свобода человека и равенство, как только один человек почувствовал нужду в другом. Когда обнаружилось, что одному выгодно иметь припасов на двух, равенство исчезло, установилась собственность, труд стал необходимостью. Размножение людей привело к интенсивному (сельскому) хозяйству, последнее — к собственности, а собственность явилась первым источником неравенства, потому что с этого момента установилось различие между богатыми и бедными». И далее: «Первый, который огородил свой участок и осмелился сказать: это мое, и нашел

¹ См.: *Маттеи У., Суханов Е. А.* Основные положения права собственности. М., 1999; *Русская философия собственности.* СПб., 1993.

людей достаточно наивных, чтобы поверить ему, был истинным основателем гражданского общества».

Итак, вот оно противоречие — собственность возникла для того, чтобы не было конфликтов, как порождение естественного права, но в результате того, что появилась собственность, появились конфликты между бедными и богатыми. И эта извечная противоречивость собственности делает ее очень загадочной, интересной. Внутренняя противоречивость собственности не случайно привела к тому, что она как идея постоянно способствовала развитию юридических институтов. Итак, собственность в качестве института является формой согласия, т. е. выходом из ситуации конфликта, порождаемого дефицитом. Согласие (компромисс) для правовой реальности — такая же универсальная категория, как и категория спора. По сути, все пространство права можно редуцировать до этих универсалий: ситуация спора (конфликта) и ситуация согласия (компромисса). При желании эту предельно сжатую онтологическую информацию о правовом мире можно вообще свернуть в четыре символа: $S(K) — C(K)$.

На первый взгляд создается видимость, что в пространстве права самой важной онтологической единицей является категория закона. Но на самом деле первичной категорией в мире права является спор. Нормы позитивного права может и не быть в силу пробельности закона либо закон может содержать взаимоисключающие юридические нормы. Но в случае возникновения спора нельзя отказать в правосудии, сославшись на пробельность, противоречивость или неясность закона. Спор все равно подлежит рассмотрению — и это общий принцип права, зафиксированный в Швейцарском Гражданском Уложении. Не случайно О. Эрлих считал, что правовая норма в исходной форме, именуемая им правовым предложением, является судебным решением¹.

Ситуация спора демонстрирует вовлеченность человека в процесс правообразования, это составная часть жизненного опыта человека, которая запечатлевается в его правовом сознании и в этом запечатленном виде также является частью правовой реальности. Более того, борьба за свои права в ситуации спора — это, пожалуй, самая важная часть правовой реальности. Опыт человека по использованию конституционных прав — это тоже часть правовой реальности. Приобретение такого опыта может ускоряться либо замораживаться государством, и это две возможные конституционные практики, составляющие саму суть конституционной поли-

¹ См.: Эрлих О. Социология права. С. 584.

тики, проводимой государством. Опыт демократического поведения граждан будет приобретаться, если будут проводиться свободные выборы, и это перспективная практика.

Возможна и консервативная практика, когда государство сдерживает проведение свободных выборов, предполагая (и не без основания), что такие выборы в некоторых регионах приведут к результатам, прямо противоположным ценностям конституционализма. Из греческого языка в русский попали слова не только «демократия», но и «хаос». Поэтому и консервативная конституционная политика не всегда означает измену идеям конституционализма. Как само конституционно-правовое сознание, так и скорость перемен в нем, ускоряемая ими, наоборот, сдерживаемая той или иной конституционной политикой государства, — все это феномены конституционно-правовой реальности.

Категории спора — согласия являются основными универсалиями онтологии права.

Академик В. С. Степин рассматривает категорию «согласие» как одну из универсалий культуры человечества, а М. Г. Алиев открыл новое направление исследований в социальной философии — общую теорию согласия¹. Русская философия права традиционно занимается разработкой проблем согласия (компромисса). Как отметил А. С. Яценко, главными принципами философской системы В. С. Соловьева были равновесие и гармония². Для Соловьева согласно его работе «Оправдание добра» главной оказалась «синтетическая идея равновесия», выражающая самую существенную особенность права. Он считал, что «право есть исторически подвижное определение принудительного равновесия двух нравственных интересов — личной свободы и общего блага»³.

Соловьев полагал: для того чтобы борьба личного и общественного начал и сталкивающихся интересов могла быть примирена, необходимо предварительное их примирение в личном сознании индивида свободным актом самоограничения, добровольным признанием интереса других лиц. Это ограничение своего интереса может произойти не во имя того же интереса, а во имя долга.

По мнению Яценко, основная идея воззрений Соловьева на право находится в полном соответствии и гармонии с его общеправовой философской позицией.

¹ См.: Алиев М. Г. Согласие. Социально-философский анализ. М., 2001.

² См.: Яценко А. С. Философия права Соловьева. СПб., 1999.

³ Соловьев В. С. Замечания на статью проф. Т. Ф. Шершеневича // Вопросы философии и психологии. Кн. 38. С. 483.

В основных философских воззрениях Соловьев был врагом преувеличения односторонней точки зрения, построения философской системы на каком-нибудь одном «отвлеченном» начале. В определении же природы права он удержался от сведения права лишь к одному из его элементов и сумел взглянуть на право истинно синтетически.

Необходимыми для понятия права Соловьев считал следующие основные элементы: с формальной стороны — 1) личную свободу; 2) общность (равенство перед законом); 3) разграничение (как необходимое следствие соединения двух предшествующих элементов); с материальной стороны — 4) общее благо (как минимум нравственности); 5) принудительную внешнюю реализацию.

Эти элементы должны быть приведены между собой в определенную связь, которая и породит определенное органическое целое.

Таким синтезирующим началом Соловьев считал идею равновесия, что, собственно, соответствует всей его философии, основанной на идее равновесия и гармонии. «Именно равновесие есть отличительный специфический характер права», — утверждал он в «Критике отвлеченных начал»¹. Соловьев следовал традиции, сложившейся в философии и праве. На идее гармонии строил свою философию Пифагор. Гармонией принципов счастья, пользы, добродетели, долга, подчинения божественной воле характеризуется нравственная философия Сократа. О принципе предустановленной гармонии писал и Лейбниц. А К. Шмитт исследовал рационализм, лежащий в основе идеи уравнивания. Он отмечал общее значение представления о сбалансированности, как важном образе, типически повторяющемся в истории политической и правовой мысли.

Начиная с XVI в., писал он, во всех областях духовной жизни человечества господствуют все возможные виды балансов (В. Вильсон, пожалуй, впервые указал на это в своих речах о свободе): торговый баланс в национальной экономике, европейское равновесие во внешней политике, космическое равновесие притяжения и отталкивания, равновесие страстей у Н. Мальбранша и А. Шефтсбери, наконец, равновесие питания у Й. Й. Мозера. О центральном значении этого представления для теории государства можно сразу же заключить по нескольким именам: Харрингтон, Локк, Болингброк, Монтескьё, Мабли, де Лольм. М. Ориу

¹ Соловьев В. С. Критика отвлеченных начал // Собр. соч. В. С. Соловьева. М., 1911. С. 514—515.

в «Principes de droit public» привлекает для рассмотрения каждой проблемы государственной и административной жизни представление о равновесии, а большой успех определения парламентского правления, которое было дано Р. Редслобом, доказывает, сколь действенным оно может быть и по сей день¹.

Из того что сущность права состоит в равновесии двух нравственных интересов — личной свободы и общего блага, Соловьев выводит заключение: нельзя упразднить один интерес в пользу другого, так как при этом нарушится равновесие и исчезнет само право — или в анархии, или в деспотизме.

Отсюда Соловьев пришел к следующему окончательному определению права: «Право есть исторически-подвижное определение принудительного равновесия между двумя нравственными интересами: формально-нравственным интересом личной свободы и материально-нравственным интересом общего блага».

Вполне в соответствии с таким пониманием права Соловьев видит закон как одну из форм права и определяет его как «обще-признанное и независящее от личных мнений и желаний понятие о должном в данных условиях и в данном отношении *равновесии* между частною свободою и благом целого».

А. С. Ященко заметил, что равновесие у Соловьева является характерным признаком права не только в его материальном понимании как совместности лично-общественных интересов, но и в формальном понимании как соединении свободы и равенства. В правовых и гражданских отношениях в правомерном государственном порядке, рассматриваемых как только формальный элемент человека (что склонен был полагать Соловьев в первый период своего философского развития в «Критике отвлеченных начал»), также является некоторое равновесие личного и общественного начала в виде юридического равенства, в силу которого все равны перед общим правым законом: «Забота государства не в том, чтобы каждый достигал своих частных целей и осуществлял свою выгоду, — это его личное дело, — а лишь в том, чтобы, стремясь к этой выгоде, он *не нарушал равновесия* с выгодами других, не устранил чуждого интереса в тех пределах, в которых он есть право».

Итак, идея равновесия оказалась кардинальной для всей философии права Соловьева. По мнению Ященко, его идеал — свободная общинность. Свободная же общинность, по его собственному определению, есть положительное *равновесие* и внутреннее единст-

¹ Цит. по: Шмитт К. Духовно-историческое положение парламентаризма // Политическая теология. М., 2000. С. 194.

во между всеми и каждым, между общественным и личным элементом¹.

В г. Шеки, находящемся в Азербайджане, есть храм, построенный, как считается, в период расцвета Кавказской Албании. В его центре находится каменная тумба, на которой высечен символ жизни, похожий на весы, находящиеся в состоянии равновесия. Этот символ напоминает, что есть жизнь и смерть, день и ночь, добро и зло, а кроме того, что полезно в жизни придерживаться правила «золотой середины».

Правило «золотой середины» — это древняя этическая идея, превратившаяся в праве в общеправовой принцип пропорциональности. Символ из шекинского христианского храма выражает также идею согласия, компромисса, рождающегося из юридического спора.

Этот символ, помещенный на обложку книги, может служить выражением идеи справедливости как предполагающей равновесие и гармонию в мире.

В равной степени это символ права вообще, поскольку, как уже отмечалось, Соловьев считал, что равновесие есть специфический отличительный признак права.

Социальная аксиология Соловьева была выражена в его концепции «свободной общинности», или свободной теократии. Такое общество достигает солидарности своих граждан, обеспечивая им право на достойное существование. По сути, это стандарт размышлений о русской идее².

Переход от ситуации спора к ситуации согласия осуществляется благодаря юрисдикционному механизму, основанному на оценивающем образе действий. Критерии оценки этого образа действий являются основой, без которых невозможна оценка действий конфликтующих сторон.

Оценка должна быть не только законной (ориентация на такой критерий, как формально-определенный закон), но и справедливой, объективной (ориентация на нечто не столь формально-определенное, но тем не менее необходимое).

В результате процесс познания в мире права тоже приобретает амбивалентную форму: в упрощенном, редуцированном виде познание сводится к теории юридического силлогизма, согласно которой юридическое решение — это результат наложения юридиче-

¹ См.: Яценко А. С. Указ. соч. С. 41.

² См.: Ивогин Ю. П., Ивогина О. И. *Ex Occidente Lux: русская идея семьи Соловьевых*. Новосибирск, 2011. С. 227.

ских правил, установленных в законе (большая посылка), на фактические обстоятельства возникшего спора (малая посылка). Но объективным фактом является и то, что закон всегда отстает от развивающихся социальных отношений, он каждый день стареет, как и биологические существа. Поэтому познание в правовой реальности не сводится к познанию формально-юридическому, оно должно ориентироваться на поиск объективного элемента, на выявление права. Лучшим образом такое познание осуществляется при разрешении конкретных споров, особенно таких, когда спорящие являются носителями равновеликих правовых ценностей. Это идея А. Кауфмана о том, что «суд является местом, в котором право осуществляется в его полноте»¹.

Когда юрисдикционный орган сталкивается с необходимостью разрешения спора, в котором спорящие апеллируют к равнозначным правам (таким, например, как право выражения мнений и право на неприкосновенность частной жизни), теория юридического силлогизма как способ познания не срабатывает, поскольку приходится решать иные когнитивные задачи. Столь же сложные познавательные задачи приходится решать органам конституционной юстиции при решении споров частных лиц с государством, когда первые утверждают, что законодатель в законе не обеспечил объективно необходимые для общества правовую справедливость и равенство. Каковы должны быть критерии доброкачественности, справедливости закона, каким должен быть масштаб оценки? Можно ли при решении важнейших для общества проблем ограничиться гносеологическим релятивизмом или же необходимо продолжить трудные поиски новых способов решения сложнейшей эпистемологической проблемы? Совершенно очевидно, что гносеология здесь переплетена с аксиологией.

Двойственность права проявляет, обнаруживает себя при решении сложных юридических дел, когда необходимо решить аксиологическую задачу. Она не может быть решена только на основе формальной логики. Процесс судебного познания при разрешении таких сложных юридических дел в большей степени похож на эмпирическое научное познание. Акты конституционного судопроизводства приобретают в силу этого особое значение, становясь не только актами волеизъявления одного из высших органов государства (и в этом смысле волей государства), но и актами научного познания. Конституционная категория свободы человека приобретает новый, познавательный, когнитивный смысл. Чело-

¹ Кауфман А. Указ. соч.

век в процессе познания реальности, и в том числе правовой реальности, должен не только познать, но и признать объективно существующие в ней закономерности, включающие законы социума, физические и биологические законы, законы мышления. Как заметил Э. Фехнер, подобно понятиям метафизики и законам мышления правовые нормы «не произведены, но воспроизведены, не изобретены, но открыты». А поэтому предложенный им термин «правильное (правовое) право» выражает идею детерминированности права бытием, «бытийную справедливость».

Эта идея должна по-новому формировать когнитивные функции конституционного правосудия, проявляясь в том, какие обстоятельства должны выясняться в процессе рассмотрения дел в конституционном суде, и в конечном счете — какими должны быть аргументы, используемые этим особым судом. Необходимо разработать специальную теорию аргументации в конституционном судопроизводстве.

Ситуация спора возникает, естественно, не только в правовом пространстве. Спор может быть богословским (теологическим), научным, спортивным, бытовым и т. д. Юридические споры имеют, несомненно, видовые отличия. Для преодоления юридических споров созданы специальные общественные институты — суды, деятельность которых тесно связана с процессом правообразования. По сути, юрисдикционные механизмы (суды) являются выражением объективной потребности социума в согласии. Не случайно Наполеон говорил, что судьи так много делают для обретения обществом согласия, что никакие награды для них не кажутся чрезмерными. Естественное право — это постоянное стремление общества к преодолению конфликтов путем компромиссов.

Спор как юридическая универсалия не ограничивается конфликтом человека с человеком, человека с законом (преступление). Это также коллизии (споры) между противоречащими друг другу нормами законов (или одного закона), между нормами национального законодательства и международного права, между федеральными юридическими нормами и нормами субъектов федерации, между нормами, относящимися к правопорядкам различных государств¹. С точки зрения онтологии конституционного права важное значение имеют коллизии между непоименованными в Конституции правами человека и позитивным законодательством.

Онтологическая картина права — это вопросы: какое место занимает право в бытие человека и общества и какова структура права, его пространственный объем?

¹ См.: Тихомиров Ю. А. Коллизионное право. М., 1997.

Вопрос о сущности права является в большей степени эпистемологической задачей. Обычно, излагая суть философско-правовой онтологии, ученые исходят из того, что обращают внимание на верхушку айсберга. И это, естественно, совокупность юридических норм, данных человеку в виде законов, кодексов, указов, постановлений, эдиктов, инструкций, прецедентов и т. д. Все они устанавливают границы свободы человека.

Для того чтобы показать различие между миром права и иными нормами (моральными, религиозными), внимание обращается на степень обязательности юридических норм. Право, как писал Р. Иеринг, включает в себе два момента — юридическую норму и осуществление ее посредством принуждения. Только те из установленных обществом норм заслуживают названия правовых норм, которые влекут за собой принуждение¹.

Так появилось научное юридическое понятие права, которое довлеет над сознанием и, возможно, может помешать правильному разрешению онтологического вопроса. Думается, есть смысл посмотреть на феномен права с позиции фундаментальной онтологии М. Хайдеггера. Такая попытка представляет собой очевидное усилие избавиться от инерционного восприятия очень многообразного явления только с точки зрения его понятия, включающего два признака — нормативность и принудительность.

Постоянное развитие системы основных прав происходит в сфере конституционного права не только путем принятия законов, а путем признания новых прав человека судами в определенной правовой ситуации спора, т. е. возможны такие элементы, как объективная необходимость признания официально тех норм, которые уже объективно сложились в обществе. И тогда необходимо найти место тем по сути своей юридическим нормам, которые самопроизвольно уже появились в социуме, регулируют отношения в онтологической структуре права. Было бы, наверное, неосмотрительно сразу же отвергнуть их как неюридические только потому, что не состоялся акт официального их признания².

Такой подход, формально ориентированный, может привести к ошибочным выводам о роли общества и государственных институ-

¹ См.: *Иеринг Р.* Цель в праве. СПб., 1881. С. 238.

² Вспомним понятие «живое право», которое использовал О. Эрлих. Он считал, что это право, не закрепленное в правовых предложениях, иными словами, это все то, что спонтанно образуется в ходе правового общения. Эрлих соглашался с предложенным Ф. Жени разделением данного и сконструированного в праве (см.: *Антонов М. В.* Социология права: рождение новой научной дисциплины // *Эрлих О.* Основоположение социологии права. С. 16).

тов в возникновении прав. Если то, что имело место в самоупорядочении общественных отношений до официального признания права, не имеет никакого юридического значения, как считается в системе позитивного права, то непропорционально, несоразмерно возвеличивается роль такого государственного института, как суд в признании прав. Появляется иллюзия, очень вредная и даже опасная, что все зависит от роли судей, от того, как они истолкуют текст Конституции — расширительно или ограничительно. Даже сам термин, который используется при этом судьями и юристами — толкование, интерпретация, уводит человека в чащу мистики и лицемерия. Но так ли рассматривают свою функцию судьи? Всегда ли они воспринимают свою работу по толкованию Конституции как механическую работу переводчика с языка уже сложившихся в жизни юридических норм на официальный язык закона? Нет, и об этом свидетельствуют амбициозные заявления: Конституция — это не текст, а то, что по поводу этого текста скажем мы, судьи. И на этих утверждениях строятся научные концепции децизионизма, суть которых в том, что с онтологической точки зрения текст Конституции не представляет собой важного значения, хотя реальность этого текста никто не отрицает; в сущностном смысле не текст является сосредоточением конституционного права, а мнения судей, которые только делают вид, что говорят от имени Конституции, принятой народом.

Подведем итоги. В онтологической картине права, и в частности конституционного права, обнаружен своего рода эпицентр, его исходная точка. И это не юридическая норма, не закон, не Конституция, а спор (конфликт, коллизия). Этот конфликт в праве обычно персонализирован; это субъективный конфликт, коллизия воли, волевое борение. Однако в глубине, за покровами, скрывающими его суть, спор является порождением объективно сложившейся ситуации дефицита.

3. Одной из разновидностей юридического спора является коллизия между нормами конституций и нормами обычных законов. Законодатель может принять законы, которые в такой степени будут противоречить Конституции, что она будет «задернута занавесом» из этих законов. Такая ситуация возможна, она анализируется в теории конституционного права под достаточно условным наименованием «автономность конституций».

Проблема автономности конституционного права имеет еще один онтологический аспект, а именно: является ли оно предельно автономной отраслью права и научной дисциплиной с самостоятельной системой юридических понятий, проникнутых внут-

приотраслевой правовой логикой, или же у него должны быть интенсивные межотраслевые связи, причем не только с другими отраслями права, что само собой разумеется в силу сложившейся иерархии отраслей права, но и с другими отраслями гуманитарных знаний?

Обсуждение этого непростого, порой парадоксального вопроса должно составлять одно из основных направлений правового дискурса в России.

Самое интересное — это обсуждение проблемы автономности права как реальности в реальности, одной из реальностей.

И тут обнаруживаются два возможных подхода к миру права — интерналистский и экстерналистский. Интерналистский подход к правовой реальности — это, по сути, онтологический подход к этой реальности как к самодостаточной, автономной от прочих гуманитарных наук. Правовая наука в системе догматической юриспруденции выработала несложную методику принятия порой очень сложных юридических проблем. Юристы не обращают внимания на слова-предупреждение римского юриста Ульпиана, что все юристы занимаются «истинною, не притворной философией» при разрешении юридических споров (дел), но занимаются этим порой бессознательно, а как иронично замечал Е. Спекторский, — также бессознательно, как бессознательно изъяснялся прозой мещанин во дворянстве Мольера: «Каким бы банальным не казалось ежедневное маленькое дело обиходной юриспруденции, даже оно построено на предпосылках чисто философского значения и притом величайшей глубины. В деятельности суда есть и этика, и метафизика, и даже теория познания, словом, вся философия»¹. Интерналистский подход к юриспруденции (from the inside) отвергает такой подход к решению юридических задач, полагая, что наука юриспруденция выстроила за века юридический доктринализм, своего рода юридическую метафизику, которая позволяет решать юридические проблемы from the inside, т. е. пользуясь только аргументами исключительно юридического происхождения. Каждое юридическое дело с точки зрения интерналистского подхода — это обычный силлогизм, т. е. банальная логическая операция. Есть формальные источники принятия юридических решений, они объявлены обязательными, а это своего рода юридическая сакральность. Из них, и только из них можно черпать весомые аргументы, из которых строится юридическое решение. Большая по-

¹ Спекторский Е. Указ. соч. С. 63.

сылка берется из этого формального общеобязательного «источника права».

Далее необходимо истолковать эту большую посылку, т. е. норму закона и «наложить» ее на жизненную ситуацию, породившую спор. И вот мы уже приближаемся к третьему суждению, а именно к умозаключению о том, кто же прав в этом споре. Решение суда может быть либо в интересах истца А, либо в интересах ответчика Б, оно может быть верным или неверным, экономически оправданным или неэффективным, справедливым или несправедливым. Как это ни парадоксально, для интерналистской доктринальной юриспруденции, для юридического позитивизма все это не важно! Важно только то, что это решение суда, властного органа публичной власти, наделенного компетенцией «говорить право» (*ius dicere*) — это и есть юриспруденция. Главное — это юридическая сила, решение суда, его действительность. С такой точки зрения решения суда очень похожи на решения законодательного органа, который тоже принимает юридические решения — законы. Они похожи тем, что представляют собой простой акт волеизъявления. Можно спорить, что конституция эклектична или, наоборот, целостна, что она несправедлива или, наоборот, разумна и справедлива, но от этого акт волеизъявления народа не потеряет своей сакральности! Можно считать, что такой подход, изобретенный в доктринальной юриспруденции, имеет недостатки. Вероятно, так и есть. Это как демократия — в качестве способа ведения публичных дел она очень несовершенна, но человечество пока не придумало ничего более разумного. Юридические решения, положим, решения парламента или суда, объединяет то, что это волеизъявительные акты, и как всякое проявление воли в определенной степени — это произвольные акты, а значит, возможно, неэффективные, несправедливые, неразумные и неверные. На все это интерналистская юриспруденция отвечает хлестким, полемичным высказыванием судьи Верховного Суда США: «Наши решения (решения Верховного Суда США. — Г. Г.) окончательные не потому, что они мудрые, но они мудрые, потому что окончательные».

Интерналистская юриспруденция популярна в континентальной Европе. К. Грехениг и М. Гелтер склонны видеть связь между такой популярностью и классической немецкой философией, которая негативно относилась к утилитаризму И. Бентама¹. На аме-

¹ См.: *Грехениг К., Гелтер М.* Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6.

риканском континенте право привыкли рассматривать с экстерналистских позиций. Для американских юристов привычны неправовые аргументы, и отсюда их интерес к междисциплинарному подходу к изучению правовых явлений. Они склонны обсуждать экономическую эффективность правовых решений — и законов, и решений судов. Для них решение юридической проблемы — это один из актов научного познания действительности. Причем такой подход к праву явно доминирует в США. Как заметил С. Ломбардо, американские юристы, занимающиеся корпоративным правом, — это на самом деле не совсем ученые-юристы, а скорее экономисты, предметом исследования которых является право¹. Большое «раздражение» экстерналистский подход к праву вызывает у немецкоговорящих ученых-юристов, юридическую культуру которых формировали фон Савиньи и Г. Кельзен.

Немецкие юристы отрицают возможность использования методов, разработанных в сфере экономической науки, социологии, иных гуманитарных наук, в области юриспруденции, которая является автономной научной дисциплиной, обладающей собственными научными методами. Поэтому немецкий доктринализм выступает против смешения методологии. Так сложилась дилемма, которой посвящено множество работ в правовом дискурсе и в США, и в Европе: одни юристы допускают возможность применения неюридических аргументов, приближая юридическое решение к акту научного познания, другие показывают опасности, подстерегающие юриспруденцию на этом пути. Ведь если судья при решении экономического спора в суде будет исходить только из критериев экономической эффективности, то он сразу почувствует себя человеком на льду, не умеющим кататься на коньках. Если критерии эффективности в целях обеспечения оптимального распределения ресурсов при минимальных трансакционных издержках (т. е. метод экономического анализа права) станут основными, то юрист-судья должен быть специалистом-экономистом, обладающим экономическим мышлением. Конечно, у него нет таких знаний, но также может обнаружиться, что наиболее эффективное с экономической точки зрения юридическое решение окажется неприемлемым, поскольку оно не принимает нематериальные этические ценности: окажется эффективным, но несправедливым.

¹ См.: *Lombardo S. Regulatory Competition in Company Law in the European Community. 2002. P. 18.*

Высокая романтическая мечта экстерналистской юриспруденции состоит в следующем: необходимо добиваться, чтобы юридические решения отвечали трем разным (с точки зрения отнесения к научным дисциплинам) критериям: законности, эффективности, справедливости. Возможно ли осуществить эту мечту? На этот вопрос юридический позитивизм и юснатурализм дают противоположные ответы.

Дискуссия об автономности конституции возникла во Франции при обсуждении так называемой реалистической теории толкования, авторство которой обычно приписывается Т. Аскарелли и М. Троперу. В ходе этого обсуждения исследовался онтологический вопрос: в каком смысле конституция реальна — это реальность текста конституции, который безусловно является частью правовой реальности, или сам текст конституции не заслуживает внимания, поскольку наиболее важно с точки зрения онтологии права решение законодательных и судебных органов, интерпретирующих текст, причем достаточно вольно? Результатом обсуждения можно считать появление в доктрине конституционного права нескольких точек зрения.

Первая из них основана на признании конституции самостоятельной единицей онтологии права, объективной правовой ценностью, автономной системой юридических норм высшего порядка¹. Вторая — это позиция М. Дюверже о формальной (юридической) и фактической конституциях. Третья — это уже упомянутая теория реалистического толкования конституции. Четвертая — теория частичной автономности конституций.

В известных работах М. Дюверже отражено строго политическое понимание значения текста конституции. Его можно считать одним из родоначальников социологического, или политологического, конституционного права. Конституция в его понимании из юридического документа превратилась в приложение к реальности политических институтов. По Дюверже, конституция — это прежде всего реальность политических институтов, созданных ею, это институциональная система. Чтобы сбросить оковы «юридического формализма», чтобы конституция оправдывала семантический смысл слова «конституция» (устройство), необходимо изучение политических институтов методами политической социологии. Только тогда, с точки зрения Дюверже, выявится разрыв между формальной юридической конституцией и реальными

¹ См.: *Пферманн О.* Автономизация конституционного права во Франции.

практиками политических институтов. Школа Дюверже исследует реальные практики, поскольку юридический формализм «не имеет объяснительной силы».

Нормы конституции о полномочиях президента не дескриптивны, они не описывают, каким должно быть поведение высшего должностного лица, какой стиль управления он должен применять. Поэтому сами по себе нормы конституции о полномочиях президента не имеют большого значения. Необходимо наблюдать, как реально осуществляются властные полномочия. Результаты этих наблюдений, если они методологически неоспоримы, формируют новые нормы, образующие особую нормативную систему. Она-то и является фактической конституцией в отличие от формальной, юридической.

Конституционалисты институционального толка во Франции питают свою концепцию теми голлистскими идеями, которыми руководствовались отцы-основатели Конституции Франции 1958 г. и которые оказали столь явное влияние и на Конституцию РФ 1993 г. Это установки на сильную президентскую власть, поскольку необходимо «укротить» недостатки демократии, рационализировать полномочия парламента, усилить исполнительную власть. Отсюда конституционный образ Президента — более сильный, чем в большинстве европейских государств. Очевидно, называется сложившаяся во Франции политическая традиция — Наполеон — Луи Бонапарт — де Голль... По сути, дювержистская концепция конституционного права умаляет значение конституции как ядра правовой реальности. Эта концепция не обосновывает объективную ценность и автономность конституционного права.

Третья концепция — это уже упомянутая теория реалистической конституции Тропера — Аскарелли. Ее суть в том, что конституции существуют лишь в той мере, в какой являются реальностью интерпретационные акты применителей Конституции — парламента и судов. Это и есть настоящая Конституция, реально существующая онтологическая единица — судебная и законотворческая практика. Текст же конституций — малозначительная часть фактической реальности.

Во французской доктрине конституционного права есть еще одна точка зрения, согласно которой конституционное право подчиняется некоторым высшим по отношению к нему правовым принципам и поэтому конституция, являясь важным норматив-

ным документом, тем не менее не считается вполне автономной от этих высших принципов¹.

Автономность конституции в концепции О. Пферсмманна имеет очевидные онтологические корни. По его мнению, юридический объект может быть объявлен автономным двумя способами: с онтологической точки зрения он автономен, если нормы, из которых он состоит, юридически не зависят от других норм; с эпистемологической точки зрения он автономен, если знание данной области не сводится к знанию какой-либо другой². Доказываемый им тезис об автономности конституционного права утверждает, что Конституция Франции 1958 г. онтологически автономна в силу ряда соображений: 1) она больше не может нарушаться, поскольку нарушение Конституции приведет к функционированию механизма конституционной юстиции; 2) она реально структурирует политические институты и взаимодействие между ними; 3) она эпистемологически автономна, поскольку у нее имеются собственные объекты и методы; 4) она свободна от «юридизма» и регулирует системообразующие элементы политической реальности.

На мой взгляд, полезность тезиса Пферсмманна об автономности конституционного права велика. В частности, он обнаруживает онтологическую значимость такой новой институции, как конституционное правосудие. Действительно, народ на референдуме принимает свод важнейших принципов жизнеустройства — Конституцию. Но и в последующем он не расстается со своей учредительной властью, поскольку создан судебный (или квазисудебный — как во Франции) механизм контроля со стороны народа за соблюдением этих принципов государством. Институт, который постоянно поддерживает эту первоначальную учредительную власть, приобретает в силу этого уникальную двойственную природу. С одной стороны, это часть государственного аппарата, поскольку финансируется орган конституционной юстиции из бюджета. С другой стороны, это важный инструмент в руках гражданского общества, каждый член которого может направить жалобу в Конституционный Суд и тем самым «нажать на кнопку». Таким образом он инициирует начало действия механизма конституционной юстиции, которая становится посредником между гражданским обществом и государственной бюрократией.

¹ См.: *Пферсмманн О.* Автономизация конституционного права во Франции. С. 55.

² Там же.

В результате поддерживается вытекающая из народного суверенитета учредительная дееспособность народа. Она достигается благодаря тому, что народ, принимая конституцию, весьма предусмотрительно создал орган, у которого, как у двуликого Януса, два облика (государственный и общественный), при этом гарантировано право граждан на участие в управлении делами государства (ч. 1 ст. 32 Конституции РФ), в том числе посредством обращения с жалобой о проверке конституционности закона в конституционный суд.

Значит ли это, что если в конституции нет статей об органах конституционной юстиции, то она онтологически неполноценна? Утверждение о том, что нет конституции без контроля за ней, основывается на кельзеновской теории, и оно не бесспорно. В Англии нет конституционного суда, но есть конституционный контроль, и тем самым постоянно поддерживается дееспособность учредительной власти народа. Но вот что действительно важно для того, чтобы конституция рассматривалась как онтологически значимая единица правового пространства, — это иерархия между ней и другими законами. Она выражается в названии — конституция, основной закон. Если закон, противоречащий конституции, не может быть отменен, то это значит, что конституция не является условием действительности, юридической витальности закона! Но тогда это равносильно признанию, что реальность конституции — это всего лишь реальность текста юридических принципов, ничем не отличающихся от принципов, выводимых теоретиками. Есть много формальных признаков, объясняющих, почему конституция — это не обычный закон, а основной. В частности, положения глав 1, 2 и 9 Конституции РФ не могут быть пересмотрены Федеральным Собранием, т. е. парламент не обладает дееспособностью по корректировке основных конституционных принципов, прав и гарантий. Это означает, что конституция, в принципе, неизменна. Замечательный русский религиозный философ В. В. Библихин обратил внимание на то, что ценность неизменности в праве познана людьми еще в древности. Древние мудрецы, законодатели греков в Великой Греции, на Сицилии Залевк и Харонд постановили, что всякий желающий внести новый закон должен явиться в народное собрание с петлей на шее и тут же на месте повеситься, если предлагаемый им закон не будет принят. Это помогло, и за триста лет в законы Залевка и Харонда было внесено только два дополнения. К норме «если кто кому выколет глаз, сам пусть лишится глаза» было добавлено: «если выколет од-

ноглазому, должен лишиться обоих». К норме «кто развелся бездетным, тому дозволяется взять новую жену» было добавлено: «но не моложе прежней»¹.

Идея о том, что конституция — это основной, а не обычный закон, образует, с точки зрения автора, основную юридическую норму — гарантию онтологической автономности конституций. Можно только сожалеть, что из текста действующей российской Конституции исчезли слова «основной закон». Как известно, Конституция РСФСР 1978 г. называлась «Конституция (Основной Закон)». Да и немецкая конституция называется Основным законом. Эти упущенные в действующей Конституции слова — серьезный пробел, поскольку эти два слова чрезвычайно нормативны. Слов этих нет, но их смысл раскрывается в ст. 15 Конституции РФ путем указания на следующее: 1) Конституция имеет высшую юридическую силу; 2) она обладает прямым действием; 3) все обязаны в первоочередном порядке соблюдать Основной закон, а уже потом — иные законы; 4) если принимается правовой акт, противоречащий Конституции, действует конституционная норма. Таким образом, гипотетическая норма, которую Г. Кельзен называл *grundnorm*, на самом деле существует: она воплощена в словах «основной закон» и раскрыта в своем нормативном содержании в принципе высшей юридической силы.

Не наличие органа конституционной юстиции, а высшая юридическая сила конституции, сопряженная с ее верховенством на всей территории Российской Федерации, обеспечивает онтологическую автономность конституции.

4. Проблема автономности конституции сопряжена с феноменом иерархичности правового пространства и верховенства в нем конституционных норм. Казалось бы, если право устроено иерархично, и на вершине пирамиды находятся конституции, то все нижерасположенные юридические нормы должны соответствовать им как обладающим верховенством. Так должно быть в идеале, однако в правовой реальности все обстоит гораздо сложнее.

Сама конституция, учитывая реалии, складывающиеся в пространстве права, не исключает возможность действия юридических норм, противоречащих ей. В этом смысл структуралистского анализа позитивного права, осуществленного Г. Кельзеном в «Чистом учении о праве».

Однако есть и другая точка зрения. Л. Дюги, Р. Карре де Мальбер утверждали, что противоречащий конституции закон является

¹ Бибихин В. В. Указ. соч. С. 16.

недействительным *ab ovo*, т. е. с самого начала, так что вне зависимости от того, будет ли отменен впоследствии, он не может порождать правовых последствий с момента его появления.

Какая из этих двух точек зрения заслуживает поддержки? Способствует ли режиму правовой определенности такая ситуация, когда не только любой суд, но и любой гражданин будет объявлять, что, с его точки зрения, закон мешает действию какого-то положения конституции, а это означает, что он не будет считать необходимым придерживаться предписаний закона, признавая более авторитетными положения конституции?

Концепция Л. Дюги, Р. Карре де Мальбера попала в текст Конституции РФ¹, поскольку в ней содержится положение о том, что судьи подчиняются только Конституции и федеральному закону. Если судья обнаруживает, что подлежащий применению закон расходится с Конституцией, то он должен обратиться с запросом в Конституционный Суд с просьбой проверить конституционность закона (ч. 4 ст. 125 Конституции РФ). Но вот если суд установит при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, то он вправе принимать решение в соответствии с законом (ч. 2 ст. 120 Конституции РФ). В таком случае судья не обращается в какой-либо юрисдикционный орган с просьбой установить для всех факт несоответствия подзаконного нормативного акта закону, он, образно выражаясь, «обходит его стороной»! Но для всех других граждан и судов этот подзаконный акт будет продолжать действовать, хотя и окажется в состоянии «заподозренности» в его недействительности.

Легко обнаружить слабые места в этой французской концепции: появляется слишком много субъектов, которые могут выразить мнение о несоответствии акта закону. Ведь профессиональная подготовка судей может весьма существенно различаться, а поэтому обладающий хорошей теоретической подготовкой судья может обнаружить несоответствие подзаконного акта закону. Другой же судья будет по-прежнему, не пребывая в плену сомнений, применять этот подзаконный акт. И тогда возникает ситуация правовой неопределенности, которая, получается, заложена в тексте Конституции. Ведь если разные суды будут по-разному применять данный подзаконный акт и по-разному разрешать дела на Дальнем Востоке и на западе России, то это состояние в Консти-

¹ Возможно, благодаря В. А. Туманову, который оказывал большое влияние на процесс формирования проекта конституционного текста и которому французская концепция была ближе всех иных.

туции РФ квалифицируется как неравенство перед законом и судом, как состояние полной правовой неопределенности.

Очевидно, что оценка противоречия между конституцией и нормативным актом является субъективной. На это обращает внимание французский ученый М. Тропер¹. Лишь компетентный государственный юрисдикционный орган может разрешить коллизионную проблему *ergo omnes*, т. е. для всех. Вот почему применительно к сомнениям о соответствии законов конституции спор монополично разрешает единственный правомочный орган — это конституционный суд. Что же касается подзаконных актов, а к их числу относятся и такие авторитетные нормативные акты, как постановления Правительства РФ, то в стране есть тысячи судов, которые теоретически вправе признать в силу ст. 120 Конституции РФ, что постановления Правительства РФ являются недействующим. По сути, в Конституции РФ достаточно эклектично воплощены две разные теоретические позиции — французская (Лаферрьер, Дюги, Карре де Мальбер) и австрийская (Кельзен).

Согласно концепции Г. Кельзена недействительных нормативных актов быть не может, существуют лишь акты, подлежащие отмене компетентным органом, при этом желательно, чтобы таких органов было немного. Акт, изданный одним компетентным органом и не отмененный другим компетентным органом, является действующим и должен применяться, как считает Кельзен. Использование одной и той же характеристики или квалификации «недействительный акт» по отношению к акту, отмененному одним монопольным судом, и акту, который частное лицо либо ординарный суд считают противоречащим Конституции или закону, вносит путаницу. Предположение об обязанности суда воздерживаться от применения таких подзаконных нормативных актов чревато риском правовой неопределенности.

Именно кельзеновская концепция лежит в основе правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в постановлении от 16 июня 1998 г. № 19-П. Заявитель указал в своем запросе, что в результате неопределенности в понимании компетенции судов, установленной ст. 125—127 Конституции РФ, имеют место случаи признания неконституционными федеральных и других законов иными, помимо Конституционного Суда РФ, т. е. суда-монополиста, судами. По его мнению, проверка конституционности федеральных законов, конституций, уставов, законов и иных норматив-

¹ См.: Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. М., 2005. С. 173.

ных актов субъектов РФ относится к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ. По сути, данный запрос имеет в качестве своей теоретической основы концепцию Г. Кельзена. Нельзя не признать, что принятое по данному запросу постановление Конституционного Суда РФ помогает устранить присутствующий в тексте российской Конституции эклектизм и даже противоречие. По мнению Конституционного Суда РФ, отказ от применения в конкретном деле закона, неконституционного с точки зрения ординарного суда, противоречил бы конституционным положениям, согласно которым законы действуют единообразно на всей территории РФ (ст. 4, 15 и 76), и в то же время ставил бы под сомнение верховенство Конституции РФ, так как оно не может быть реализовано, если допускается разноречивое толкование различными судами конституционных норм. Обратим внимание на это понимание принципа верховенства: только при наличии суда-монополиста допустимо такое состояние системы нормативных актов, построенной на началах иерархии, которое называется верховенством Конституции. Чисто кельзеновский подход.

Конституционный Суд РФ пришел к заключению, что из ст. 76 Конституции РФ, регулирующей принципы разрешения коллизий между нормативными актами различного уровня, не вытекает правомочие федеральных судов признавать нормативные акты субъектов РФ не соответствующими их конституциям (уставам). Осуществление указанной функции, влекущее лишение нормативных актов субъектов РФ юридической силы, по смыслу ч. 2 ст. 5, ст. 73 и 118 Конституции РФ, возможно лишь органами конституционного судопроизводства.

Очевидно, что Конституционный Суд РФ не мог не принять во внимание, что он не в состоянии деконституционализировать какие-то положения, присутствующие в тексте Конституции РФ. Именно поэтому в п. 7 указанного постановления содержатся следующие осторожные оговорки:

«Конституционное закрепление исключительного полномочия Конституционного Суда Российской Федерации по проверке конституционности нормативных актов, перечисленных в статье 125 (пункты “а” и “б” части 2) Конституции Российской Федерации, не затрагивает положение ее статьи 120 (часть 2), согласно которому другие суды, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного органа закону, принимают решение в соответствии с законом.

Непосредственно из Конституции Российской Федерации не вытекает также, что суды вправе вне связи с рассмотрением кон-

кретного дела осуществлять нормоконтроль в отношении нормативных актов, перечисленных в статье 125 (пункты “а” и “б” части 2), и признавать их недействующими в связи с несоответствием иному акту, имеющему большую юридическую силу. В то же время статьи 76, 118, 120, 125, 126, 127 и 128 Конституции Российской Федерации не исключают права законодателя специально предусматривать осуществление судами общей юрисдикции и арбитражными судами в порядке административного судопроизводства полномочий по проверке соответствия перечисленных в статье 125 (пункты “а” и “б” части 2) нормативных актов ниже уровня федерального закона иному, имеющему большую юридическую силу акту, кроме Конституции Российской Федерации. Однако признание недействующими названных в статье 125 Конституции Российской Федерации актов ниже уровня федерального закона невозможно вне четкой регламентации принятия таких решений».

В 1998 г. Кемеровский областной суд удовлетворил заявление областного прокурора о признании Закона Кемеровской области недействительным как противоречащего федеральному законодательству. Администрация области обжаловала решение областного суда в Верховный Суд РФ, полагая, что оно подлежит отмене, поскольку в соответствии с постановлением Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П рассмотрение возникшего спора относится к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ.

Судебная коллегия Верховного Суда РФ при рассмотрении дела приостановила производство и обратилась в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации». В принятом Конституционным Судом РФ постановлении содержится следующий вывод: утрата законом юридической силы, как следует из ч. 6 ст. 125 Конституции РФ и конкретизирующих ее ст. 79 и 87 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», возможна лишь в результате признания его неконституционным. Такое решение, вынесенное в порядке конституционного судопроизводства, действует непосредственно, и потому отмена не соответствующего Конституции РФ закона органом, его принявшим, не требуется, так как этот закон считается отмененным, т. е. недействительным, с момента оглашения постановления Конституционного Суда РФ.

Различия в юридических последствиях признания закона субъекта РФ недействительным и признания закона субъекта РФ действующим обусловлены различиями между его несоответствием Конституции РФ и несоответствием федеральному закону.

Рассмотрение судом общей юрисдикции дела о проверке закона субъекта РФ, в результате которой он может быть признан противоречащим федеральному закону, не исключает последующей проверки его конституционности в порядке конституционного судопроизводства. Следовательно, решение суда общей юрисдикции, которым закон субъекта РФ признан противоречащим федеральному закону, по своей природе не является подтверждением недействительности закона, его отмены самим судом, тем более лишения его юридической силы с момента издания, а означает лишь признание его **недействующим** и, следовательно, с момента вступления решения суда в силу не подлежащим применению. Как любое судебное решение, оно обязательно к исполнению всеми субъектами, которых оно касается. Лишение же акта юридической силы возможно только по решению самого законодательного органа, издавшего акт, или в предусмотренном Конституцией РФ порядке конституционного судопроизводства.

Можно ли предположить, что возможно автономное существование двух разных реальностей — реальности конституционного текста и конституционно-правовой реальности? Этот вопрос звучит и в принятом в доктрине конституционного права использовании понятий «юридическая конституция» и «фактическая конституция».

В целях более подробного анализа коллизии юридических норм рассмотрим концепцию Г. Кельзена, обратив внимание на ее онтологическую составляющую. В «Чистой теории права» Кельзен утверждает, что предположения о возможности ситуации, когда имеет место несогласование между нормами высшего порядка (конституционные нормы. — *Г. Г.*) и низшего порядка (обычное законодательство), или о неконституционности закона являются «противоречием в определении» (*contradictio in adjecto*). По мнению Кельзена, если норма имеет юридическую силу, то основание ее действительности заключается не иначе, как в норме более высокого порядка.

В то же время норма является действительной до тех пор, пока она не отменена в соответствии с действующей в юридической системе процедурой. А поэтому при отсутствии специальной процедуры признания законов недействительными, каждый принятый законодательным органом в качестве закона акт является

действительным. Таким образом, Кельзен сконструировал новое понимание старого юридического понятия «действительность нормы». Основа действительности нормы в наличии «основной нормы», причем независимо от доброкачественности юридического содержания нормы. Иными словами, если конституция не предусматривает процедуры отмены законов, она тем самым создает основание для существования норм, противоречащих ее предписаниям.

Кельзен утверждал, что, поскольку конституционные нормы, регулирующие законодательную процедуру (и полномочия парламента. — *Г. Г.*) имеют характер альтернативных предписаний, законодательный орган имеет возможность выбора.

Для того чтобы понять смысл самого важного в концепции Кельзена понятия «действительность нормы», необходимо обратить внимание на три основные предпосылки ее формирования, тем более что первая из них имеет онтологическую природу. Для Кельзена принципиально важно подчеркнуть различие между понятиями «сущий» и «должный». Как известно, *Sein* (сущее) и *Sollen* (то, что должно существовать, должное) — это категории классической метафизики, представляющие собой онтологический дуализм. Еще раз обратим внимание читателя: эти метафизические онтологические категории представляют собой философское основание позитивистской по своей природе теории Г. Кельзена.

Исходя из идеи Канта Кельзен полагал, что следует различать практический разум и теоретический разум. Во-первых, у каждого из них своя предметная сфера, сфера приложения усилий соответствующего разума. Науки, основанные на практическом разуме, а это прежде всего юриспруденция, имеют дело со сферой «должного». Науки, основанные на теоретическом разуме, а это естественные науки, имеют дело со сферой «сущего» (природного). Именно поэтому в центре концепции Кельзена, изложенной в «Чистой теории права», находится позитивное право как таковое, как совокупность действующих юридических норм, а не изучение правовой системы какой-либо конкретной страны¹.

Во-вторых, чистая теория права стремится к структурному анализу позитивного права, а поэтому содержание юридических норм у Кельзена уходит на второй план. Для него важно иметь структур-

¹ См.: *Лукашевич В., Шалат О.* В поисках чистоты в юридической науке // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 13. С. 178.

ное понимание, усвоить устройство позитивного права — как оно внутренне устроено и как оно функционирует.

В-третьих, чистая теория права Кельзена не является единственной или единственно верной теорией, которая может объяснить право. Право может и должно изучаться социологией. Единственная оговорка Кельзена, которая многими интерпретируется ошибочно¹, но на самом деле является верной: юридический подход к миру права не должен основываться на методологическом синкретизме и применении методов, свойственных другим, неправовым наукам.

Верно охарактеризовали чистую теорию права В. Лукашевич и О. Шалат: это теория методологически чистого структурного юридического анализа позитивного права². Заслуга Кельзена состоит в том, что он глубоко изучил очень важную для юриспруденции категорию иерархии норм и их действительности в увязке с иерархией. Онтологическая ограниченность теории Кельзена, с моей точки зрения, заключается в том, что он сфокусировался на теме иерархии норм и, как это часто бывает, оказавшись в плену увлечения, не заметил, что в правовой действительности есть место не только иерархии норм.

Понятие «иерархический порядок», как писал Л. фон Барталанфи — один из лидеров системных исследований, является «фундаментальным для общей теории систем... Иерархия проявляется как в структурах, так и в функциях»³. Существуют две формы иерархической организации: 1) иерархия, основанная на принципе жесткой детерминации, и 2) иерархия, базирующаяся на принципе вероятности (случайности).

Первая форма иерархической организации свойственна процессам управления в обществе (нам они знакомы через «вертикаль власти»). Если в некотором коллективе, организованном по принципам жесткой детерминации, одного из индивидов наделить правом на инициативу, то функционирование общества возможно только за счет подавления инициативы всех других индивидов. При наличии инициативы хотя бы у двух членов коллектива функционирование коллектива (общности) будет парализовано, поскольку инициатива предполагает определенные самостоятельные

¹ Многие считают, что Кельзен стремился автономизировать право, «очистить» его от влияний со стороны идеологии, религии, экономики.

² См.: Лукашевич В., Шалат О. Указ. соч. С. 178.

³ Барталанфи Л. Общая теория систем — обзор проблем и результатов // Системные исследования. Ежегодник. 1969.

и независимые действия и решения¹. Как правило, общественные системы, построенные на основе принципа жесткой иерархии, обладают временной эффективностью. Но чаще всего они завершаются таким финалом, таким потрясением общества, что результаты этой временной эффективности быстро исчезают.

Вторая форма иерархической организации имеет следующую особенность: элементы системы, их состояние и поведение не зависят, не определяются и не коррелируют друг с другом. Единство таким системам придают внешние обстоятельства, внешние условия. Характеристика такой системы как целостной определяется не конкретным поведением каждого отдельного элемента системы, а программами, структурой его возможных состояний и поведения.

Иерархия норм у Кельзена — это прежде всего не идея соподчиненности норм высшего и низшего порядка, а идея производности норм. В этой логике иерархии обязательно должна быть найдена основная норма, от которой происходят и все остальные. От Grundnorm производны все остальные в смысле своей действительности. Причем это не реальная норма, а норма гипотетическая, предполагаемая, ее существование является логическим основанием действительности всех остальных норм. И из этой идеи, как из зерна вырастает дерево, происходит вся конституционная юрисдикция, составляющая заметный сектор конституционно-правовой реальности.

Действительность нормы по Кельзену — это не просто ее характеристика, традиционная для догматической юриспруденции, когда под ней подразумевается юридическая сила, проистекающая из факта ее принятия компетентным властным органом, это ее принадлежность к правовой системе, а также эффективность. Онтологически действительность нормы у Кельзена — это специфическая форма существования права: правовая норма действительна, если она принадлежит правовой системе, т. е. производна от иной нормы высшего порядка. Действительность нормы — это и качество юридической системы, основанной на иерархии норм².

¹ См.: Новая философская энциклопедия. Т. 2. С. 84.

² Можно обратить внимание на то, что «Чистая теория права» Кельзена появилась в то время, когда в Европе в среде философов возник интерес к системным исследованиям. В общем, это наблюдение не отличается оригинальностью: каждая более-менее известная юридическая концепция рождается в определенной философской среде.

Именно это соображение легло в основу идеи Кельзена о необходимости специального конституционного контроля, осуществляемого новой институцией — конституционным судом. Конституционный суд играет роль «контролера» действительности норм в правовой системе, хотя даже решение о недействительности не влияет на действительность нормы в период до ее аннулирования. Именно поэтому в процессе судебного-конституционного контроля оспоренная норма не признается недействительной с эффектом обратной силы — *ab initio*. Решение конституционного суда с обратной силой поставило бы под сомнение действительность нормы с момента ее принятия и вступления в силу и опровергало бы всю концепцию Кельзена. Именно поэтому конституционный суд объявляет о недействительности нормы, как противоречащей нормам высшего порядка — конституционным нормам, лишь на будущее время — *pro futuro*. До этого действует одна из презумпций конституционного права: всякий закон соответствует конституции, пока он не будет признан недействительным в установленном законом порядке. Конституционный суд, объявляя о недействительности нормы на будущее, выступает в роли неполного законодателя. Полный законодатель может как принять юридическую норму, так и отменить ее; неполный, выступающий в качестве «отрицательного законодателя», вправе отменить норму, притом только на будущее время. С точки зрения кельзеновского структуралистского подхода признание нормы недействительной *ab initio* восстанавливает непротиворечивость, согласованность юридических норм, а отмена *pro futuro* — признает правовые отношения в прошлом основанными на недействительной норме. В идеале все нормы должны быть согласованными и не противоречащими друг другу, но такого идеального состояния правовой системы не бывает, поскольку правовая система — это продукт человеческой деятельности. Поэтому нужен конституционный суд, задача которого состоит в гарантировании максимально возможной согласованности юридических норм.

Возможность отмены нормы как недействительной является самым противоречивым положением кельзеновской концепции. И не случайно во Франции она не была принята и поддержана.

Использование Кельзеном специфического понимания понятия «действительность нормы» было необходимо для того, чтобы попытаться объяснить, каким образом правовая система, содержащая две противоречащие друг другу нормы, может считаться единой и целостной, а эти обе нормы — действительными. Кельзен считал, что ценность поведения в соответствии с правовой

нормой является весьма относительной, поскольку норма не поддерживается никаким материальным ценностным суждением. А поэтому две нормы, предписывающие противоположное поведение, могут быть одновременно действительными, а следование любой из них может вызвать положительное ценностное суждение¹. В «Чистой теории права» приведено суждение о том, что правовые нормы не являются ни истинными, ни ложными. Нормы либо действительны, либо недействительны, а потому противоречие между ними невозможно. Если две правовые нормы, которые, казалось бы, противоречат друг другу, находятся на одном и том же иерархическом уровне, то действительность одной из них определяет принцип «последующий, более новый закон отменяет действие предыдущего» (*lex posterior derogat priori*). Если нормы, которые предположительно противоречат друг другу, относятся к разным уровням юридической иерархии, то действительна норма более высокого уровня. Вот почему в системе, где иерархия норм зависит от действительности норм, правовые нормы не противоречат друг другу.

5. Проблемы верховенства конституции, действительности юридических норм в правовой системе связаны с ее толкованием. При этом необходимо оговорить, что такое толкование и кто им занимается. Обычно считается, что толкование — это один из этапов правоприменительного процесса, логическая операция, предшествующая разрешению спора в суде. Однако применением и толкованием такого закона, как конституция, занимается прежде всего законодательный орган, который чаще всего истолковывает положения конституции прежде, чем принять соответствующий закон. Чтобы принять, к примеру, кодекс законов о труде, необходимо истолковать, что означает конституционный принцип «труд свободен», в какой мере принцип свободы договора распространяет свое действие на сферу трудовых отношений и что означает «принудительный труд» (ч. 1 ст. 37 Конституции РФ). Такое необходимое для разработки закона применение текста Конституции предполагает необходимость его истолкования.

М. Тропер, обратив внимание на это внесудебное толкование, ставит точные вопросы: должно ли оно осуществляться, подчиняясь той же методике толкования, какой руководствуются суды в процессе правоприменения, т. е. является ли акт правоприменения конституции законодательным органом равнозначным толкованию конституции, осуществляемому судом; толкует ли при этом

¹ См.: Лукашевич В., Шалат О. Указ. соч. С. 180.

законодатель конституцию или эта логическая операция должна называться как-то иначе? Отвечая на эти вопросы, М. Тропер указывает, что «наука конституционного права не разработала теории этого (внесудебного — Г. Г.) типа толкования»¹.

По мнению М. Топера, интеллектуальная операция, предполагающая либо «буквальное» толкование, либо свободное, корректирующее норму конституции истолкование, может быть основана на убеждении, что толкование является научным, а не волеизъявительным актом. Как и всякое научное решение, оно может быть верным или неверным. Но если рассматривать толкование конституции законодателем как акт волеизъявления, то характеристика верный — неверный, как считает Тропер, неуместна, необходимо это решение законодателя оценивать в иной системе координат: а) эффективное — неэффективное, б) действительное — недействительное².

Так чем же является толкование конституции — актом научно-го познания или актом волеизъявления, таким же, как и принятие закона? По мнению М. Топера, который солидаризируется с Т. Аскарелли, Я. Вроблевским, Г. Кельзенем, такое толкование не является актом познания. Толкование — это разновидность логической операции. Правоприменительный орган обязан предварительно уяснить смысл текста применяемой нормы, и только после этого он может принять норму низшего порядка, составляющую нормативное содержание акта толкования. Эта операция может быть актом дедукции. И суды, и законодатели принимают решения в конкретной ситуации, и эти решения являются результатом разрешения силлогизма, в котором нормы высшего порядка (обычно конституционная норма) содержат большую предпосылку. Толкование предшествует построению силлогизма. Сам по себе текст, т. е. то, что реально существует как написанное «черным по белому», в силу многозначности юридических понятий до построения силлогизма представляет собой с юридической точки зрения многовариантность, множественность значений. Из этого множества возможных решений уполномоченный правоприменитель конституционной нормы выбирает одно. Заметим, другие возможные решения были бы столь же авторитетными. Толкование — это всегда выбор, и часто это выбор между практически равноценными вариантами. А поэтому действительность результата данной операции зависит, по мнению М. Топера, только от

¹ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 171.

² Там же. С. 172.

юридического статуса того, кто совершает акт толкования. Если этот орган наделен соответствующими полномочиями, то его толкование становится частью юридической системы, каким бы (удачным или неудачным) ни был выбранный смысл.

Кельзен в «Чистой теории права» называет такое толкование «аутентичным». С позиции юридического позитивизма было бы абсурдным квалифицировать такое аутентичное толкование как «неправильное» или «неточное», поскольку «правильного» толкования, с которым его можно было бы сравнить, не существует. Такая логика свидетельствует только о желании правоприменителя возвести свой акт толкования в юридически обязательное *ergo omnes* (для всех). Важно то, что с момента оглашения толкования компетентным органом, компетенция которого устанавливается конституцией, этот акт толкования, содержащий юридические нормы, становится обязательным, причем независимо от того, каково его содержание. Эти юридические нормы становятся действительными в том значении, которое понятие «действительность нормы» получило в концепции Кельзена.

Описанная дилемма воспроизводит один из основных парадоксов юриспруденции. Поэтому вопросы, поставленные М. Тропером (как следует толковать конституцию, чтобы сохранить нормативную иерархию, кому доверить полномочие толкования), будут звучать еще долго. Есть ли возможность избежать этого парадокса? Р. Карре де Мальбер, размышляя о Третьей Французской Республике, обратил внимание на двойную компетенцию парламента: он обладает не только законодательными полномочиями, но и учредительными, поскольку вправе инициировать процедуру внесения в конституцию. Парламент может отклонить закон, противоречащий конституции, но он может принять поправку к Конституции и тем самым этот закон станет частью конституции. Если же проект закона принимается парламентом, то это означает, что парламент не видит необходимости внесения изменений в Основной закон¹.

И все же остается сомнение по поводу существования иерархии между конституцией и законом. Нужно ли приходиться к выводу о верховенстве конституции над законом, поскольку закон всегда ей соответствует и его действие (действительность) основано на ней, или же, напротив, следует заключить, что парламент, располагая полномочиями по толкованию, не связан своим собственным волеизъявлением? М. Тропер констатирует, что создается впечатле-

¹ См.: *Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 175.

ние, что сам Карре де Мальбер колебался между этими двумя возможными решениями и склонялся то к первому, то ко второму.

Г. Кельзен тоже не избежал двойственности в своих суждениях на тему: существует ли на самом деле иерархия между конституцией и законом. Ведь если согласиться с тем, что толкование является важным этапом при принятии нормы парламентом, то следует заключить, что в соотношении «толкование — нормативная иерархия» именно изучение феномена толкования является ключевым, а не наоборот¹.

Тем не менее кельзеновская концепция толкования оказала влияние на теорию иерархической градации. В тех странах, где нет органов конституционного контроля, парламенты, применяющие конституцию при принятии законов, осуществляют ее толкование. Это толкование всегда является аутентичным (в том смысле, который вкладывает в этот термин Кельзен). Оно создает значимые для юридической системы последствия, поскольку принимаемые в дальнейшем нормы должны соответствовать осуществленному толкованию. Таким образом, аутентичное толкование является актом правотворчества не только в том смысле, что оно устанавливает норму низшего порядка, но также и особенно в том смысле, что оно определяет или «воссоздает» высшую норму².

Так М. Тропер формулирует суть своей реалистической концепции толкования:

«Объектом толкования является не сама норма, а текст, изучаемый с целью определения содержащейся в нем нормы. Текст может нести множество смысловых структур, а следовательно, и множество правовых норм, и среди них правоприменительный орган должен выбрать ту, которую он применяет. До осуществления этого выбора применяемой нормы не существует, существует лишь текст. В некотором смысле именно толкование вводит в текст определенную норму. Согласно выражению профессора Аскарелли, вне толкования норма не существует, это обыкновенный текст, который посредством толкования становится способной к применению нормой. Производимый выбор является результатом волеизъявления, проявлением свободной воли правоприменительного органа. Строго говоря, именно он устанавливает применяемую норму. И не имеет особого значения, что эта деятельность приводит его к принятию не той нормы, которую “на самом деле” имел в

¹ См.: *Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 172.

² Там же. С. 175.

виду автор текста. Поскольку толкование не подлежит никакому контролю и признано аутентичным, только та норма, которую оно производит, действительна и действительна. Следовательно, верховенство конституции над актами, принятыми в ее исполнение, следует рассматривать как юридическую фикцию: органы, издающие эти акты, подчинены тем нормам, которые они сами и определяют. Данную проблему (согласование нормативной иерархии с существованием сохраняющих свою силу, хотя и противоречащих конституции актов) можно разрешить более простым способом: не существует нормативной иерархии и не существует противоречащих конституции актов. Содержание конституции составляют только нормы, созданные путем толкования правоприменительными органами, и эти последние подчинены исключительно своей воле. В частности, они истолковывают предписания, определяющие их собственные полномочия, другими словами, они сами эти полномочия и определяют»¹.

Если принять эти рассуждения, то надо сделать вывод: «толкование» положений конституции парламентом при принятии им обычных законов только лишь в силу двойственного характера полномочий — как законодательного, так и учредительного органа обладает очень своеобразной природой, отличной от судебного толкования норм конституции. Безусловно, эта французская концепция более уважительно относится к принципу народного суверенитета, чем кельзеновская концепция. Обратим внимание: в основе реалистической концепции толкования конституции Тропера — Аскарелли находится идея онтологического дуализма. Текст конституции при этом рассматривается как первичная реальность. Наиболее важной для общества становится реальность актов толкования, являющаяся частью конституционно-правовой реальности! Толкование, дано ли оно *in abstracto* или *in concreto* (т. е. в ходе абстрактного нормоконтроля или конкретного нормоконтроля²), всегда является абстрактным, обязательным для всех. Эта идея и выражена в знаменитом высказывании судьи Верховного Суда США Хьюза: «Конституция — это то, что под ней понимают судьи».

Развивая концепцию реалистического толкования конституции, Тропер отвечает на возражения скептиков: даже если правоприменительные органы — законодатели создают конституционные нормы в силу своих полномочий по толкованию, то эти пол-

¹ *Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 176.

² Абстрактный нормоконтроль предусмотрен в ч. 2 ст. 125 Конституции РФ, конкретный — в ч. 4 этой же статьи.

номочия установлены самой «первичной» конституцией, хотя они и определяют свою собственную компетенцию, последняя не создается ими, она проистекает из волеизъявления народа, принявшего конституцию¹. Он соглашается с тем, что парламент создан конституцией. Волеизъявление, посредством которого учредитель принимает конституционные предписания, имеет субъективное значение нормы. Об объективном значении нормы можно говорить только тогда, когда юридической системой предусматриваются правовые последствия ее нарушения. Как показал автор, именно толкование, которое осуществляют правоприменительные органы, позволит определить, была ли нарушена норма, и следовательно, должны ли иметь место в подобном случае предусмотренные правовые последствия. То есть именно толкование, которое и является применением конституции, по мнению Тропера, может придать конституционным предписаниям объективное значение норм. Таким образом, как считает Тропер, конституция представляет собой не совокупность юридических норм, а свод предписаний, содержащих в себе субъективное значение норм.

Реалистическая теория толкования не лишена здравого смысла. Более того, неявным образом, вполне возможно, что и неосознанно, интуитивно концепция Тропера воплощена в юридических нормах, которые являются для законодательства о конституционной юстиции частями конституционного законодательства, причем ключевыми.

Оценивает ли конституционный суд в ходе проверки конституционности юридическую норму, которая создана волеизъявлением законодательного органа, т. е. то, что называется буквальным смыслом нормы? Нет, законодатель ставит перед Конституционным Судом гораздо более сложную задачу. Он должен, принимая решение по делу, оценивать как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов (ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Законодатель понимает, что его волеизъявление не окончательно, он допускает возможность его уточнения с учетом изменяющихся общественных отношений. Причем иногда правоприменительная практика создает такие нормы, которые заслоняют или даже вытесняют норму, созданную законодателем, из пространства правовой реальности.

¹ См.: *Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 176.

Вместе с тем, если применить методологию онтологии права, то становятся очевидными противоречия и откровенно слабые места в этой популярной во Франции концепции. На многие из них уже отреагировал О. Пферсманн¹.

М. В. Антонов обратил внимание на то, что для обоих оппонентов — и для М. Тропера, и для О. Пферсманна центральной темой рассуждений является тема толкования конституций конституционными судами². Но в онтологическом аспекте исходные позиции этих авторов существенно разнятся: если для Пферсманна бытие права раскрывается и постигается через нормы, то для Тропера право существует и развивается в действиях субъектов права и особенно правоприменителей, а выявленный в результате толкования текста смысл образует собой правило, которое может обрести «юридическую силу», т. е. реальный эффект. Представление об обязывающей силе закона как выражения «общей», «народной» воли и об объективном юридическом значении общих норм закона (и конституции) для М. Тропера и для других представителей школы правового реализма является мифологическим предрассудком, приемом идеологического обоснования иллюзорной власти законодателя³. Лишь фактическая связанность одного лица волей другого лица (органа) может заставить (понудить, сделать обязательным) это первое лицо вести себя сообразно тому значению, которым второе лицо (орган) наделило тот или иной текст. Понимание права как системы норм объективного права, как онтологически независимых императивов есть лишь изобретение юридической доктрины в целях легитимации нового типа правового регулирования, который складывался в Европе с XVIII в.

Пферсманн так же, как и Тропер, опирается на понимание права как системы модальных высказываний, связанных с применением санкций со стороны государственных правоприменительных органов. Возражая Троперу, он указывает на иные варианты нормативного измерения права, которые не учитывает его оппонент. Пферсманн считает, что норма не имеет в качестве содержания волю народа или иную подобную метафизическую субстанцию; сущность нормы заключается в особой модальности высказывания, которая либо запрещает, либо дозволяет какое-то поведение. Эта

¹ См.: *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. Касательно спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.

² См.: *Антонов М. В.* Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.

³ Там же. С. 6.

модальность может быть производна в конечном итоге от воли не абстрактного института, а конкретного лица, истолковывающего поведение другого лица в связи с моделью поведения, которую это первое лицо (автор толкования) находит в правовом тексте¹.

И Пфферсманн, и Тропер опираются на концепцию Г. Кельзена, в частности, используя его понятие «правовое высказывание» (как часть текста закона) и его понимание юридической нормы как значения правового акта, закона. Как отмечает М. В. Антонов, реалистическая теория толкования М. Тропера строится на таком кельзеновском понимании нормы². Пфферсманн исходит из иного образа нормы — как веления, исходящего от суверена, органа государственной власти. В этом случае толкование закона будет являться познавательным актом выявления значения, изначально присутствующего в правовой норме, выраженной в тексте закона.

Тропер утверждает, что в правотворчестве нет механизма, способного преобразовывать волю отдельных парламентариев в некую общую волю государства, имеющую объективное значение, имманентно присущее тексту закона. Он сравнивает законодателей с авторами литературных произведений, утверждая, что тексты законов и произведения имеют одни и те же функции. И законодатели, и авторы литературных произведений лишь создают текст. Этот текст может подвинуть и читателя, и судью-правоприменителя к определенному восприятию, **представлению** о литературном образе, о правовом высказывании в тексте закона, но при этом никто не может гарантировать, что это представление с учетом происшедших изменений в пространстве времени будет адекватным смыслу, заложенному автором произведения и создателем закона. По сути, Тропер крайне нигилистически высказывается об одном из базовых элементов юридиико-теоретической модели действительности — понятии «воля государства» (или «воля закона»). На взгляд автора, не признавать объективного значения за текстом закона, т. е. отрицать эту онтологическую реальность — это больше, чем научное заблуждение, это демонстрация отсутствия преданности юриспруденции, это разрушение объективно сложившегося юридического концепта действительности³.

¹ См.: Антонов М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании. С. 6.

² Там же. С. 7.

³ Об объективных закономерностях, которые и создали юридический концепт действительности, см. в гл. 4 настоящей книги.

Особое неприятие вызывает тезис Тропера о том, что акт судебного толкования — это всегда только акт властного волеизъявления, но акт познания. Странно, почему автор не считает возможным признать понятие «воля законодателя», допуская при этом понятие «воля правоприменителя», в этом явно просматривается логическая ошибка. Любое толкование имеет субъективный характер. Но если акт судебного толкования конституции представляет собой акт голого волеизъявления суда, то открывается дорога к полному релятивизму. Такая концепция носит явно нигилистический характер, унижает онтологическую природу конституции. Он полностью отрицает такие онтологические единицы, как объективно образовавшиеся конституционно-правовые принципы, являющиеся сердцевинной конституционного права. Согласно концепции Тропера суд при толковании текста конституции совершенно свободен, он не связан какими-либо правилами толкования, нормы, выводимые судом, не являются следствием каких-либо правовых закономерностей общественной жизни. Тем самым им и другими последователями концепции неореализма недооценивается наличие в онтологической структуре конституционного права того, что Э. Фехнер называл элементом «заданности», т. е. не зависящих от воли законодателя объективных правовых закономерностей. По сути, взгляды М. Тропера могут быть классифицированы как позитивистские¹. Он предлагает отказаться от идеологических мифов о праве в пользу реальной картины правового бытия — совсем в духе критической социологии П. Бурдьё. Но при этом он теряет чувство меры, переходит к крайностям в суждениях и неизбежно выходит на разрушение юридического концепта действительности.

Пферсманн точно подметил, что реалистическая теория толкования Тропера основывается на онтологическом тезисе о независимости актов судебного толкования, которые только и являются правовой реальностью, от текста конституции. Эта теория демонстрирует неприкрытый скептицизм в отношении доктринального юридического толкования и исключает онтологический факт правовой реальности общих конституционных норм. Поэтому можно согласиться с Пферсманном, когда он указывает, что реалистиче-

¹ Видимо, это не случайно: Тропер в 1963 г. защитил кандидатскую диссертацию под руководством Ш. Эйзенмана, являвшегося учеником и последователем Г. Кельзена.

ская теория толкования представляет собой «нормативный антиреализм» и «семантический антиреализм»¹.

Возможно, он прав, когда скептицизм Тропера в отношении текста конституции, содержащего общие, каучуковые формулировки, сопоставляет с той позицией, которую Крипке приписывает Витгенштейну².

6. На первый взгляд толкование Конституции является сугубо юридической проблемой. Попробуем, однако, взглянуть на нее с точки зрения философии. В начале XX в. Е. Спекторский обратился к вопросу о соотношении юриспруденции и философии, пытаясь подняться над первой на определенную философскую высоту и посмотреть оттуда, что из себя представляет юриспруденция, каковы ее теоретические и практические цели, какими средствами она обладает для их решения и каких результатов в сфере познания от нее можно ожидать³.

Из этого озарения вовсе не следует, что юриспруденция должна отказаться от лежащего в ее основе юридического мировоззрения, которое мы обозначаем термином «правовой концептуализм», от своей методологии, способов аргументации и т. д. Просто становится понятным, что в свете философии лучше видно все пространство, являющееся предметной сферой юриспруденции. Спекторский напоминает, как один дюссельдорфский купец, прочитав одну из «Критик» И. Канта, написал ему письмо, в котором с гордостью известил своего корреспондента, что критическая философия не дала ему ничего нового, но привела в порядок то, что он до тех пор представлял себе в смутном виде.

Толкование Конституции, осуществляемое не доктринально, а официально — это не простое судебное дело, это сложная категория юридических дел, а поэтому онтологическая и эпистемологическая методологии при изучении сущности официального толкования Конституции могут дать новые результаты. Является ли толкование Конституции только лишь онтологической проблемой или же это эпистемологическая проблема? По этому вопросу возникла известная дискуссия между О. Пферсманном и М. Тропером⁴, которая привлекла внимание юристов всей Европы.

¹ Пферсманн О. Против юридического неореализма. Касательно спора о толковании. С. 56.

² Там же.

³ См.: Спекторский Е. Юриспруденция и философия.

⁴ См.: Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4 (53). С. 171—181; Он же. Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозре-

Когда официальные органы государства осуществляют толкование конституции, какой характер носит их деятельность — познавательный или же это акт политического волеизъявления, не имеющий к эпистемологии никакого отношения? Вот тот философский вопрос, который оказался в эпицентре дискуссии между двумя известными французскими теоретиками конституционного права¹. Ответ на этот вопрос имеет важное практическое значение для юриспруденции, в особенности для таких ее разделов, которые занимаются теорией юридической аргументации, и для юридического источниковедения. Если склониться к мысли, что акт официального (судебного) толкования конституции представляет собой акт (научного) познания, то появляется больше возможностей для расширения круга изучаемых при этом социальных, экономических, культурологических, социологических и других научных проблем. И по этому пути идут высшие суды в странах общего права. Если же рассматривать судебное толкование конституции сквозь призму акта волеизъявления, как это делает Тропер, то познавательные возможности ограничиваются пространством юридического концептуализма. И по этому пути идут высшие суды континентальной Европы. Таким образом, судам стран общего права присущ экстерналистский подход к проблеме толкования конституций, а судам стран континентального права характерен интерналистский подход.

Пользуясь иной терминологией, суды стран с системой общего права более склонны к так называемому судебному активизму,

ние. 2006. № 1 (54). С. 136—143; *Он же*. Функция отправления правосудия или судебная власть? // *Мировой судья*. 2006. № 2; *Пферсмани О.* Значение социальных принципов в сравнительном конституционном праве // *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. № 1. 2003. С. 45—51; *Он же*. Селективное правовое государство и конституционная жалоба // *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2003. № 3. С. 175—181; *Он же*. Понятие разделения властей и проблема «власти во власти» // *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2004. № 2 (47). С. 44—49.

¹ Вторая дискуссия о сущности официального судебного толкования возникла между Р. Гуастини и К. Альчурроном (см.: *Guastini R.* Interpretive Statements). Статья явилась результатом дискуссии, которая произошла в июне 1995 г. во время посещения К. Альчурроном Генуи. Альчуррон является сторонником «смешанной» теории интерпретации, согласно которой судебную интерпретацию можно рассматривать и как процесс познания, и как официальное волеизъявление в зависимости от того, в какой категории юридических дел имеет место толкование — в сложных или простых. Гуастини больше склонялся к когнитивной теории толкования, предполагая, что интерпретация законов является познавательной деятельностью, разновидностью эмпирических знаний о тексте или о значении, объективном смысле этого текста либо о субъективных намерениях законодателя.

а континентального права — к доктрине самоограничения судов в процессе толкования.

Не является ли официальное толкование Конституции амальгамой из добросовестного заблуждения и наивного лицемерия? Возможно ли, что и Тропер, и Пферсманн заблуждаются? Могут ли акт судебного толкования и его результат в виде правовой позиции быть одновременно актом волеизъявления (т. е. в какой-то мере актом волюнтаризма) и актом — результатом научного познания, т. е. иметь доктринальную природу? Попытаемся найти ответы на поставленные вопросы.

С точки зрения российской Конституции ее официальным толкованием вправе заниматься только Конституционный Суд по запросам лиц, указанных в ч. 5 ст. 125 Конституции РФ. Поскольку эта деятельность осуществляется Конституционным Судом, то она является разновидностью деятельности по осуществлению правосудия¹. Чем же отличается судебная деятельность от деятельности законодательной, а также связанной с исполнением законов? Тропер обратил внимание на то, что политическая деятельность законодательных органов является полностью зависимой от личных предпочтений, и в этом смысле пристрастной. Именно ей можно противопоставить беспристрастную деятельность судов, осуществляющих юрисдикционную деятельность по справедливому, независимому, объективному отправлению правосудия². Юристы внесли весомый вклад в успех этого «предрассудочного противопоставления своей особой идеологией, а именно теорией юридического силлогизма»³.

Согласно этой теории, распространившейся начиная с XVIII в.⁴, судебные решения более объективны, в них воля судьи незначительна, поскольку судебные решения как конечный результат актов правосудия являются результатом силлогистического умозаключения, в котором законы и другие источники права, заранее отобранные и официально признанные в этом статусе, образуют большую предпосылку, а фактические обстоятельства конкретного судебного дела — меньшую. Принятие судебных решений сводится

¹ В соответствии с ч. 1 ст. 118 Конституции РФ правосудие осуществляется только судом.

² См.: *Тропер М.* Функция отправления правосудия или судебная власть? // *Мировой судья.* 2006. № 2. С. 4.

³ Там же.

⁴ Об этой теории см.: *Васковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002.; *Ориу М.* Основы публичного права. М., 1929. С. 50.

к механической операции, в которой свободе усмотрения и личного пристрастия судьи места не находится. Именно это обстоятельство имел в виду Монтескьё, когда писал, что полномочия суда в некоторой степени ничтожны. Согласно этой классической теории правосудия функция, осуществляемая юрисдикционным органом, не имеет политического характера, поскольку заключается не в создании, а лишь в применении заранее отобранных источников права.

Данная концепция является ядром юридического мировоззрения, самой важной частью того, что представляет собой юридический концепт реальности.

Итак, юридические понятия «символы» являются частью особого пространства — это правовое знаково-символическое концептуальное пространство, которое проделало длительный исторический путь развития.

В основе концептуализма в конституционном праве находится идея, согласно которой в тексте конституций используются слова, словосочетания, выполняющие роль неких символов, вызывающих у просвещенных юристов мгновенные ассоциации с системными юридическими идеями, концепциями (как доктринальными, так и судебными). Таковыми символами (или знаками) являются слова «демократия», «республика», «правовое государство», «социальное государство», «народ» и т. д. Для понимания можно сравнить конституционный текст со стенографией, т. е. способом скоростного письма, основанного на применении специальной системы знаков и сокращений слов и словосочетаний, позволяющей рационализировать технику письма. Текст Конституции отличается краткостью, емкостью, многозначностью — и это все способы рационализации техники правоприменения этого текста. Конституционное право, если иметь в виду рациональное соотношение между текстом и доктринальными представлениями о знаках, из которых этот текст состоит, отличается от других отраслей права своей стенографичностью, это стенографическое право! Конечно, за разными «символами» в конституционном тексте скрывается разный объем юридической информации. Его можно измерять, используя понятие интерпретационного радиуса символа — нормы Конституции. Соответственно знаки, символы в тексте Конституции можно представить в качестве кругов с разными радиусами: круг, образуемый символом «правовое государство», будет больше, чем круг, образуемый символом «светское государство».

Идея о том, что конституционное право основано на применении символов, знаков не нова. Ее можно обнаружить в высказываниях различных юристов. Председатель Верховного Суда США Дьюи выразил эту идею в одном из решений: «За предписаниями конституции скрываются ограничивающие и направляющие постулаты»¹. Концепция нейтральности конституционных принципов, сформулированная в XX в. в США, означает, что Верховный Суд США принимает решения на основании нейтральных конституционных принципов, зафиксированных в конституционной традиции². Эта концепция обеспечивает беспристрастность суда, поскольку он не решает вопрос, что выгодно или невыгодно с точки зрения сохранения и осуществления сиюминутной власти, его не интересует, кто что получит от его решения. Пфферсманн обратил внимание на то, что «возможно, общие и абстрактные нормы не являются нормами в строго юридическом смысле, а являются скорее индикаторами и инструментами, используемыми особым способом»³.

Несомненно, есть что-то общее между знаково-символической системой, являющейся структурным элементом конституционно-правового концепта действительности, и системами цен, слов и чисел. На это обратил внимание известный американский экономист, основатель «висконсинской школы» институционализма Джон Р. Коммонс. Он писал о том, что система цен подобна системе слов или системе чисел. Они суть знаки и символы, необходимые для действия норм⁴. Обратим внимание: и юридические нормы, и цены, и слова, и числа — это средства человеческой коммуникации, это ткань, из которой состоит полотно социальной жизни. Каждая из этих систем общения является эффективным средством. При их помощи люди могут взаимодействовать друг с другом по поводу реальных вещей. Но все эти системы коммуникаций не свободны от неясности, неопределенности, с которыми связаны и риски непонимания. Слова могут вводить в заблуждение, если они не сумели передать смысл, который имел в виду автор. Числа тоже могут лгать, если они не отображают реальные количества. Цены подвергаются инфляции и дефляции, если они не соотносятся с курсом реальной стоимости.

¹ *Principality of Monaco v. Mississippi*. 292 U. S. 313 (1934).

² См.: *Wechsler H. Toward Neutral Principles of Constitutional Law* // *Harvard Law Review*. 1959. Vol. 73. No. 1. P. 15—17.

³ *Пфферсманн О.* Против юридического неореализма. Касательно спора о толковании. С. 279—334.

⁴ См.: *Коммонс Д. Р.* Правовые основания капитализма. М., 2011. С. 18.

Т. Парсонс в своей социологической концепции также уделяет много внимания системе символов. Индивид понимается им как «система ориентаций», которая представляет собой усвоенную в ходе социализации совокупность культурных норм. Последние институционализированы в социальной системе и в ходе взаимодействия людей выступают в качестве групповых ожиданий определенного поведения от человека (экспектаций по терминологии автора). Действие индивида в отношении объектов ориентируется на эти экспектации при помощи системы символов, общей для него и других членов общества, т. е. через общую культуру. Для людей одной культуры эти символы различимы, для представителей разных культур — нераспознаваемы.

Согласно учению Т. Парсонса существует изначальная связь между ориентациями деятеля, его восприятием ситуации и экспектациями. Налицо определенная обусловленность «действий» человека содержанием общей культуры. Это свобода человека, понимаемая как осознание рамок, установленных символическими структурами. Представители индивидуалистической традиции, воплощенной в социологических школах «символического взаимодействия», «теории обмена», считают свободу индивида отправной точкой теоретического анализа. Парсонс опирался именно на эту традицию, но вместе с тем считал, что она основывается на явном недопонимании теоретики — методологической роли понятия «индивид».

Конкретный индивид, т. е. живой, реальный человек относительно свободен и самостоятелен. Но когда личность рассматривается не как реальный, дышащий, видящий человек, а аналитически, т. е. не узкореалистически, а как субъект, являющийся частью концептуального пространства, то индивид представляет собой соединение различных общественных сил, главнейшие из которых — символические силы, содержащие в себе нормативные элементы. Тут можно вспомнить одну из притч О. Уайлда, в которой он сравнивает людей с железными опилками, находящимися в поле сильного магнита.

Пферсманн, рассматривая понятие толкования, обнаружив в нем множество значений (символов), пишет: «Толкование есть исполнение некоего множества знаков. Эти знаки напрямую рассматриваются в качестве правил для действия — к примеру, как произносить определенные слова, играть определенные ноты (есть символы, обозначающие темы исполнения) или делать некие жесты. Здесь могут затрагиваться различные сферы действий, для которых отношение между знаками/правилами и их реализа-

цией, в свою очередь, может быть в большей или меньшей степени связано с исполнением знаков: артикуляция слов, музыкальных звуков, пластических или мимических жестов, декораций сцены»¹.

Поэтому и здесь речь идет о выборе между множеством возможных вариантов — установление приемлемых альтернатив интерпретаций будет означать толкование в строгом смысле: если ритм музыки обозначается просто как «аллегро», то музыканты располагают достаточно широким выбором исполнения, но при этом все же исключается такой вариант исполнения, когда движения будут осуществляться медленно либо слишком быстро. Это толкование как исполнение, являющееся разнovidностью толкования как решения. Но между этими двумя возможными смыслами понятия «толкование» есть различие, которое заключается в том, что установление возможных вариантов и выбор альтернативы смешиваются здесь в одно единое действие.

Можно вспомнить Оригена, осужденного в 543 г. специальным эдиктом Юстиниана. Как заметил К. А. Свасьян, методология Оригена была развитием идеи гнозиса, связываемой с апостолом Павлом². Трехотомическому пониманию состава человека (дух — душа — тело) у него соответствовал троякий метод **понимания**. Прежде всего это означало, что текст Священного Писания не есть догма, на которую следует ссылаться как на некий кодекс истин. Интерпретация согласно апостолу Павлу должна зависеть от свободного развития и фантазии при условии, что первое не впадает в произвол, а вторая оказывается точной. Наиверной гарантией адекватного понимания служит раскрепощенность разума и свободы выбора³. Писание имеет троякий смысл — телесный или буквальный, душевный или моральный и духовный или мистериальный. Точность понимания — результат соответствующего прочтения. Догматизация одного из смыслов неизбежно влечет за собой аберрации и заблуждения. Таковы, в частности, как считал Ориген, иудейская тенденция буквального понимания и частично гностического злоупотребления только духовным прочтением. Ориген приводил множество примеров. Что может быть бессмысленнее, чем буквальное прочтение наставления Спасителя апостолам: «Не приветствуйте никого в пути»? Абсурдно в буквальном смысле и наставление тому, кого ударят по правой щеке, ведь на-

¹ *Пферсмани О.* Ономастический софизм: изменять, а не познавать: (о толковании конституции) // *L'interpretation constitutionnelle*. P., 2005. P. 33—66.

² См.: *Свасьян К. А.* Становление европейской науки. М., 2002. С. 62.

³ См.: *Ориген.* О началах. Казань, 1899. Кн. III. Гл. 2. С. 11.

носящий удар делает это обычно правой рукой, и стало быть, удар приходится по левой щеке. Все это **символы**, передающие некий мистериальный смысл через видимо телесные, но в действительности сверхчувственные события. Застрять в телесной оболочке символа — значит, читать его не духовными, а физическими глазами. А итог такого узкореалистического прочтения — абсурд.

Уже тогда, в VI в., возникла дилемма: сознанию предстоял выбор между 1) рациональностью, разумным **пониманием** и 2) безграничной **верой**, предпочитающей абсурд разумности и даже считающей это подвигом верующего. Как пишет Свасьян, первый путь требовал духовности как исключительно **индивидуального праксиса**. Модель второго пути развития сознания выглядела куда более скромной — это образ стада, ведомого пастырем.

Совершенно неожиданно проблема толкования конституции превращается в точку пересечения разных концептуальных пространств — искусства, теологии, морали, права. И об этом надо постоянно помнить, чтобы не допустить методологических ошибок. У толкования конституции как толкования символов есть черты, общие с толкованием нот, священных текстов, литературных произведений. Но есть у юридического толкования и свои концептуальные особенности, поскольку оно является одной из юридических фикций, образующих так называемый юридический концепт действительности, о котором еще пойдет речь в гл. 4 настоящей книги.

Использование в конституциях символов означает, что они являются нейтральными.

Нейтральность конституции является весьма специфическим онтологическим феноменом. Так, Основной закон Германии не содержит положений, категорически предписывающих в качестве цели государства или конституционного принципа определенную экономическую систему. Поэтому в Германии бытует мнение, что Конституция допускает установление любого типа экономического устройства, вплоть до социалистического, без изменения ее текста. Как отметил О. Пферсманн, конституционные тексты дают повод предполагать, что их толкование имеет иную природу, чем толкование других юридических текстов.

Нормы конституций специфичны с учетом четырех аспектов: идеологического характера, неопределенности, туманности и общности. Вместо четко и эксплицитно выраженных условий, при которых наступают нормативные последствия, в текстах конституций содержатся такие юридические нормы, которые обращаются к представлениям об общественном благе или о некоем политиче-

ском идеале, при этом нормы конституции выражаются в очень неопределенной форме — они не признают четко какой-либо идеологический выбор и не отвергают напрямую те идеологические установки, которые были исключены или которые желательно исключать в будущем. То есть это такие юридические нормы, при применении которых не всегда легко определить, каковы юридически допустимые альтернативы выбора и где таких альтернатив вообще нет¹.

Нейтральность конституционных норм является чрезвычайно важной онтологической характеристикой конституционного права. Принцип правовой определенности как сумма требований, предъявляемых как к закону, так и к судебной практике, на мой взгляд, неприменим к конституционному тексту. В целях обеспечения неизменности и стабильности конституций их нормы часто становятся амбивалентными, что позволяет, не меняя конституцию, относительно свободно действовать в политической сфере. Тем самым конституция в неявном виде содержит полномочия, передаваемые конституционным законодателем суду — полномочие осуществлять выбор одного из возможных вариантов нормы, изначально содержащегося в конституционном тексте. При этом, и это тоже специфика конституционного права, суду предоставляется выбор исходя из сложившейся обстановки. В конституциях практически нет правил, детально определяющих, как надо осуществлять этот выбор, какими критериями необходимо руководствоваться. Конституция останавливается на том, что предписывает суду обязанность сделать вывод и доказать его рациональность. Вопрос: чем должен руководствоваться суд в своем выборе, скорее всего, не является предметом конституционного права. Возможно, этим должно заниматься не конституционное право, а иные отрасли науки (экономический анализ права, конституционная экономия, теория рационального выбора и т. д.).

Итак, онтологический анализ интерпретации конституционного текста позволяет одновременно решать и гносеологическую проблему. Появляется более ясное представление о пределах познавательных задач, решаемых юриспруденцией. Принцип разделения властей в системе конституционализма предполагает, что конституционный законодатель осознает в качестве объективной данности то, что конституция должна существовать и регулировать базовые общественные отношения и в будущем, при этом

¹ См.: Пферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать: (о толковании Конституции) // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 3.

объективно невозможно предвидеть и соответственно урегулировать те или иные жизненные обстоятельства. Это явление как часть Сущего предопределяет то, каким должно быть Должное. Познание будущего имеет свои границы, что и учитывается в онтологическом облике конституционного права. Его образ формируют символы, знаки, предоставляющие суду достаточно широкое усмотрение при условии чрезвычайно щепетильного отношения к тексту конституций. Конституционные нормы нейтральны, многозначны, но, с моей точки зрения, их нельзя считать неопределенными.

Использование символов — это часть культурного наследия всего человечества. Символы как элемент и инструмент культуры являются предметной сферой специальной отрасли гуманитарного знания — культурологии, в которой культура (охватывающая и правовой концепт) в целом трактуется как особая символическая реальность, существующая параллельно с реальностью жизни. В «Философии символических форм» Э. Кассирера, представителя Марбургской школы неокантианцев, даже отождествляется культура человечества и символическая реальность. Влияние идей Кассирера можно обнаружить в философии права Т. Радбруха, Н. Н. Алексеева, в работах современных авторов, например П. Шлага. Это идея об образах в праве, об эстетике права и т. д.

Символы в культуре предполагают наличие специальной методологии «расшифровки» того смысла, который сознательно, а в каких-то случаях бессознательно был придан объекту культуры. Поскольку символы в праве почти всегда являются результатом сознательного творчества (лежащего в основе всякой культуры, в том числе юридической), в юриспруденции понятие «расшифровка смысла, замысла» было заменено на частный случай расшифровки — на понятие истолкования юридических норм, хотя, в сущности, все это общий род феноменов.

В культуре можно выделить три типа передачи сообщений: прямое (когда имеет место однозначная связь знака и его смысла), косвенное (когда знак, символ обладает полисемантической формой, имеющей фиксированный смысл, но не исключающей свободную интерпретацию значения, смысла знака) и символическое (когда полисемантическая форма имеет смысл только как заданность предела интерпретации)¹. Из этих трех типов передачи информации в сфере культуры последний символический тип имеет

¹ См.: Новая философская энциклопедия. С. 538.

для конституционного права наибольшее значение, поскольку неоднозначная, непалисемантическая форма (норма), находящаяся в культурном контексте и особенно пребывающая в правовом пространстве, которое всегда означает появление фактора времени, превращается в символ с практически бесконечной перспективой интерпретации.

Итак, в процессе толкования Конституции судья сталкивается со своеобразным «стенографическим» правом, которое в тексте Конституции с помощью слов-символов отсылает подобно бланкетным нормам в обычных законах и в отличие от них не к другим юридическим нормам, а к глубоким доктринальным и судебным концепциям.

Обратим внимание на очень важное для понимания природы толкования Конституции обстоятельство: процесс толкования норм Конституции менее всего подвержен действию теории юридического силлогизма. И действительно, много ли юридических норм устанавливают правила толкования Конституции? Не является ли это наблюдение основанием предполагать, что толкование Конституции — не простая юрисдикционная деятельность, а напротив, деятельность, основанная на научном познании действительности? Полагаю, что используемые категории онтологии права помогут разобраться в сложнейшем для права эпистемологическом вопросе, еще раз подтвердив философскую идею о том, что всякая онтологическая проблема в конечном счете и эпистемологическая.

В Конституции РФ нет норм, касающихся правил ее толкования (*interpretative provisions*), подобных тем, которые содержатся в Поправке IX к Конституции США.

Вместе с тем в тексте Конституции есть как минимум три важных правила ее толкования.

В ч. 1 ст. 55 Конституции РФ говорится: «Перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина», а в ст. 2 сказано, что «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». Если эти две статьи рассматривать во взаимосвязи, можно предположить, что есть две юридические реальности: а) реальность закрепленных в главе 2 Конституции РФ прав и свобод и б) реальность других прав человека, которые пока не признаны, но которые государство должно

признать путем как принятия законов, заключения международных договоров, так и судебного признания, включая расширительное толкование норм Конституции РФ. (В Канаде такое толкование называется *generous interpretation*, т. е. интенсивное толкование¹.)

Права человека зарождаются и становятся реальностью, осознаются людьми, живущими в обществе. И эти права, возникающие в «открытом обществе толкователей Конституции»², составляют самостоятельную объективную систему ценностей, существующую параллельно с признанными в Конституции, поименованными в ее тексте правами и свободами. Знание об этом позволяет свободно толковать Конституцию и признавать новые права.

Второе правило толкования содержится в преамбуле Конституции, и его можно обнаружить в словах, отдающих патетикой: «Мы, многонациональный народ Российской Федерации, чтя память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость». Это положение схоже с положением из секции 27 Канадской Хартии прав и свобод, в соответствии с которым Хартия должна быть истолкована так, чтобы сохранить и укрепить мультикультурное наследие канадцев. (Сейчас подобное положение появилось в преамбуле новой Конституции Венгрии.) Очевидно, что учет такого рода обстоятельств при толковании требует уважительного отношения к традиции, к *mores* в философско-правовом, социологическом смысле этого латинского слова. Это не то правило толкования, которое обычно называется историческим толкованием конституции. Толкование положений конституции с учетом исторической матрицы означает, что толкование носит творческий, креативный характер, что у интерпретаторов имеется большая свобода в толковании.

Слова о многонациональном народе России, который чтит память предков, имеют не просто возвышенное значение, они обладают глубоким философско-правовым смыслом, и это одно из правил, используемых при толковании Конституции. Что означает «память предков»? Передали ли они нам что-либо кроме любви и уважения к Отечеству? Есть ли в переданном наследстве *mores*, идет ли речь только об этической или же и о юридической субстанции? Можно ли вообразить, что с помощью этих важных слов

¹ См.: *Interpreting Constitutions. Comparative Study* / ed. by *Jeffrey Goldsworthy*. Oxford, 2006. P. 87.

² См.: *Хаберле П.* Открытое общество толкователей Конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2003. № 1.

из преамбулы Конституции РФ обозначаются генетические связи права и власти с историческим прошлым страны, которые в силу этого обладают своеобразной силой инерции, постоянно присутствуя в правовом сознании? И не является ли Конституция РФ кодификацией не только важнейших юридических норм о власти, об устройстве гражданского общества, многие из которых рецептированы из западного конституционного права, но и невидимого права, переданного нам прежними поколениями россиян? Категория «невидимого права» является отражением реально существующего в правовом пространстве явления и, возможно, может рассматриваться в качестве самостоятельной структурной онтологической единицы.

Третье правило наиболее интересно для выработки толкования: нормативной системой толкования конституции является проблема выбора при конкуренции равновеликих конституционных ценностей. Речь идет о делах, рассматриваемых в конституционном суде, когда приходится решать, какому из основных прав необходимо отдать приоритет, например, то ли праву на свободу информации, то ли праву на частную жизнь; то ли свободе выражения мнения в ходе избирательной кампании, то ли свободе выбора. Какими ценностями при этом необходимо руководствоваться, и где они находятся — в самой конституции или вне ее? Это область аксиологии конституционного права, которая имеет очень важное значение для выработки нормативной системы толкования конституции¹.

Интерпретация основных прав и конституционных принципов в процессе применения принципа пропорциональности (см. ч. 3 ст. 55 Конституции РФ) заставляет задуматься: не является ли осуществляемая судьями балансировка равноценных основных прав и принципов чем-то большим, чем обычное толкование? Почему судьи уверены, что их субъективная оценка, каким должен быть баланс конституционных прав и принципов, более точна, чем та, которая была найдена демократически избранным законодателем? Для меня несомненно, что когда судьи заменяют баланс, найденный законодателем, собственными представлениями о том, чему отдать предпочтение — публичному интересу или частному, праву на свободу выражения мнения или праву на неприкосновенность частной жизни, они занимаются конституционной политикой,

¹ О конституционно-правовой аксиологии см. в разд. 7 гл. 3 настоящей книги.

а не конституционно-правовым толкованием проверяемых на конституционность законов.

Юристы по-прежнему называют эти акты собственного волеизъявления «толкованием». Но в данном случае этот юридический термин только скрывает подлинную реальность происходящего в конституционно-правовой действительности, а поэтому лучше было бы отказаться от его использования.

Итак, один из моих основных выводов: то, что обычно называется толкованием конституции, — это юридическая фикция, каких много в праве. Г. Радбрух не зря писал о феномене фикционизма в праве. Американские юристы изобрели неудачный эвфемизм «судебный активизм». И это тоже неточно. Строго юридически балансировка равноценных конституционных принципов, осуществляемая судьями высших судов, — это одна из форм конституционной политики. И эта идея находится в русле требования о соответствии фактической и юридической конституции. С точки зрения фактической конституции нельзя решение конституционными судами аксиологических споров втискивать в понятие «толкование».

На мой взгляд, чрезвычайно интересно рассмотреть акты толкования конституции в разрезе получения информации о структуре правовой реальности. Если собственно юридических правил — стандартов толкования конституции не так уж много, то возникает вопрос: как рождаются эти акты, что реально является источником их появления и не являются ли они своеобразным индикатором того, что из себя представляет правовая реальность как другая, более широкая категория онтологии права, включающая в свой логический объем в том числе и правовой концептуализм? Какие аргументы используют судьи Конституционного Суда при официальном толковании норм Конституции, и можно ли из анализа этих аргументов выявить то множество слоев, из которых состоит правовая реальность? Для меня несомненно одно: правовая реальность несводима к одному из ее пластов — к позитивному законодательству, которое взаимодействует с другими ее пластами, образуящими в целом некий культурно-правовой контекст.

Правовая норма в ее современном понимании не может существовать вне культурно-правового контекста, из которого она заимствована. Правовая норма находится в невидимых логических, исторических, социальных связях с реальностью, она лишь частица правовой жизни. Это понятие используется в философии права Г. Радбруха. Он различает правовую науку в узком и широком

смысле. Первая занимается правопорядком, и прежде всего нормативным порядком. Предметная сфера такой правовой науки ограничивается позитивным правом, это сфера догматической юриспруденции. Ее не интересуют проблемы правовой жизни, правовые факты, она сосредоточивается на правовых нормах. Правопорядок, правовые нормы, как писал Радбрух, — это понятия, прямо относящиеся к ценности, данности, которые, по сути, призваны служить справедливости. Правовая жизнь, правовые факты — понятия, опосредованно относящиеся к ценности...¹

Понятие культурно-правового контекста юридической нормы может быть использовано в качестве инструмента для обнаружения онтологической структуры правовой жизни, правовой реальности. Правовая норма обычно рассматривается как функция, как производное от воли законодателей. При этом под последней понимается коллективная воля депутатов парламента определенного созыва. Полагаю, что такое понимание воли законодателя, от которой зависит бытие нормы, ошибочно. Роль юридической нормы в жизни общества настолько важна, что ее нельзя связывать с коллективной волей законодателей. Она является производной и от воли народа, понимаемой в сугубо юридическом смысле, и от воли государства. Воля государства проявляется прежде всего во всей системе юридических норм, представляющих логическую систему, построенную на определенных принципах. Посредством этой системы можно выявить цель принятия конкретного закона, а совокупность законов позволяет увидеть общее содержание всего законодательства. Воля государства выявляется не только посредством волеизъявления депутатов парламента, но и благодаря усилиям судей, которые часто выявляют смысл юридической нормы исходя из общих целей, которые преследовал законодатель, принимая закон. Иногда эти цели трудно установить, если руководствоваться только текстом отдельной нормы.

Предлагаемое представление о понятиях «воля народа», «воля государства» является базовым для конституционно-правового концептуализма. Оно помогает лучше понять задачи, стоящие перед официальным судебным толкованием Конституции. Более того, и ответ на вопрос, является ли судебное (официальное) толкование Конституции когнитивным, прежде всего зависит от правильного понимания понятия «воля государства». Самое важное — это то, что воля государства как концептуальное юридиче-

¹ См.: Радбрух Г. Указ. соч. С 127.

ское понятие находится не в пространстве реальной действительности, в которой обитают биологические существа — люди: депутаты, специалисты и т. д. Такой подход — попытка обнаружить людской субстрат применительно к понятию «воля законодателя» как узкореалистический подход к праву в юридическом концептуальном пространстве преодолен. В конституционно-правовом концепте понятие «воля государства», выраженная в законе — это та воля, на которую ориентируется суд при интерпретации закона, она носит автономный сугубо юридический характер.

Появление данного понятия было объективно необходимым. Дело в том, что юридические нормы по истечении времени постоянно устаревают в силу того, что общественные отношения в реальной действительности находятся в постоянном развитии. Для целей правового регулирования общественных отношений необходимо, чтобы предписания носили ясный, непротиворечивый, понятный характер. Появление новых общественных отношений зачастую приводит к образованию пробелов в правовом регулировании. Позитивное право не всегда предоставляет решения для любого рассматриваемого казуса. Обычно в случаях, когда говорят о пробелах, на самом деле речь идет о том, что в законе отсутствуют исключаящие из общих правил предписания для особых случаев. Заполнение пробелов означает, что судья ради особых жизненных случаев переступает через общее правило, находит для них новую норму, чаще всего развивая положения уже существующих специальных предписаний¹.

Предположим, что в судебной практике преобладала бы точка зрения, которую мы обозначили как узкореалистическое понимание смысла понятия «воля законодателя». В каждом отдельном таком случае, когда закон неясен, следовало обращаться к законодателям на предмет выяснения их, законодателей, воли, которую они имели в виду при создании закона. Но законодательные органы работают в определенных циклах, в течение которых их людской состав меняется. В силу ряда факторов в таком случае пришлось бы тратить большое количество времени и сил на выяснение воли в условиях коллективного волеизъявления. С экономической точки зрения это очень затратное мероприятие. Поэтому когда появилось сугубо юридическое понятие «воля законодателя», юристы, конструируя его таким образом, что обращение к обстоятельствам

¹ См.: *Цительман Э.* Пробелы в праве // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 621.

принятия закона является только одним из нескольких возможных способов его толкования, по сути, исходили из необходимости рационального распоряжения временными и денежными ресурсами. Даже в тех маловероятных случаях, когда голосование при принятии закона отличается редким единодушием, нет гарантии, что будет полное совпадение того, что подразумевается в юридическом концепте под «волей законодателя», т. е. понятия из правовой реальности, и понятия «коллективная воля законодателей, принявших закон», которое относится к иной реальности — реальности жизни и изучается методами социологии.

Сконструированное юристами в созданном ими юридическом концептуальном пространстве понятие «воля законодателя» носит специфический смысл, который совершенно иначе, чем в социологии, ориентирует познавательный процесс судей. Ученые, которые не видят разницы между правовой реальностью и реальностью жизни, которые стоят на позициях узкореалистического понимания права, доказывают, что понятие «воля законодателя (государства)» абсурдно.

Но на что же должна быть направлена когнитивная активность судей при неясности смысла юридического текста? Как распознается воля государства? Обратим внимание: судебные решения объявляются от имени государства. Что это — некая традиция или элемент системы, именуемой нами юридическим концептуализмом, как явление в сфере правовой реальности, образующей в области высшей реальности, реальности жизни некий анклав? Специфическое юридическое содержание понятия «воля законодателя» отличается от такого содержания аналогичного понятия¹, которым оперируют в социальной психологии или в социологии, тем, что оно не признает фикцию в виде воображаемого единого образа единой воли законодателей.

Воля законодателя, как писал Г. Радбрух, является не средством толкования, а его целью и результатом, и это утверждение полностью соответствует юридическому концепту². Целью судебного толкования и выявления воли законодателя является поддержание системности в праве — это объективная потребность поддержания правопорядка в непротиворечивом состоянии. При таком подходе к официальному толкованию Конституции обнаруживается, что

¹ Об этом писал Э. Циттельман в своей работе «Юридическое волеизъявление» (1878 г.).

² См.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 128, 129.

вся деятельность по выявлению воли законодателя, в том числе и конституционного законодателя, форматируется принципом правовой определенности.

При решении задачи, связанной с априорной необходимостью выявления воли законодателя, смысл нормы предполагает одновременно систематизированное уяснение смысла правопорядка в целом. В результате такой специфически юридической познавательной деятельности, направленной на выявление воли законодателя, предметной сферой этой деятельности оказывается исследование не коллективного волеизъявления, а системных связей между различными нормами позитивного права, а также между различными онтологическими структурами правовой реальности. В результате этой особой когнитивной деятельности возможен и такой результат, который изначально законодателем не замышлялся.

Суд может лучше понять и сформулировать юридическую норму, чем создатели закона. Закон всегда мудрее своих разработчиков, поскольку он попадает в систему юридических норм позитивного права и находится в контексте других слоев правовой реальности, различающихся между собой по критерию формальной определенности. Позитивное право как средний слой правовой реальности обладает признаками формальной определенности. Общие же принципы права, обычаи, традиции, юридические судебные и доктринальные концепции образуют высший и нижний слои правовой реальности и характеризуются формальной неопределенностью.

Совершенно прав Г. Радбрух в своем выводе: «Юридическое толкование — не переосмысление задуманного, а окончательное осмысление продуманного»¹. Оно, как считает Радбрух, отталкивается от «филологической интерпретации закона, чтобы быстрее обрести самостоятельность — подобно кораблю, уходящему в плавань, который лоцман проводит по предписанному маршруту через портовые воды, а затем капитан “кладет” на собственный курс в открытом море». Юридическое толкование исподволь трансформирует умозрения законодателя в нормы, которые толкователь установил, «как если бы он сам был законодателем», следуя формуле знаменитого вводного параграфа Швейцарского гражданского кодекса. Оно — не разлагаемая на элементы смесь теоретического и практического, познаваемого и творческого, непродуктивного и

¹ См.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 131.

продуктивного, научного и интуитивного, объективного и субъективного. Сколь бы ни было толкование практическим, творческим, продуктивным и интуитивным, оно тем не менее обусловлено меняющимися потребностями права. Поэтому содержание воли законодателя, установление которой является целью и результатом толкования, не закрепляется им на вечные времена, а способно отвечать на меняющиеся с течением времени правовые потребности и вопросы обретением нового значения. Не следует думать, что воля законодателя — одноразовое волеизъявление, воплотившееся в законе. Она — «долговечная, закононосная воля», способная к постоянным изменениям. «Законодатель, — пишет Гоббс, — это не тот, властью которого закон обретает жизнь, а тот, властью которого закон продолжает оставаться законом»¹. Судья не должен придавать чрезмерного, абсолютного значения тексту юридической нормы, он должен понимать, что есть некая объективная реальность в виде амбивалентности многих слов, из которых состоит юридическая норма.

Двойственность смысла слова — это явление, которое возникло тогда же, когда появилась речь как способ коммуникаций между людьми. Именно поэтому появилась наука о толковании — герменевтика. Герменевтика как отрасль философского знания осуществила онтологизацию символов и знаков, обратив внимание не столько на значение знака, сколько на бесконечный, но законосообразный процесс его интерпретации².

Развивающаяся жизнь не только изменяет слова, но и вкладывает новый смысл в старые слова. Г. Радбрух обратил внимание на то, что духовные речи, произносимые по случаю каких-либо событий, содержат отдельные слова священных текстов, в которые в зависимости от ситуации все время вкладывается новый смысл, при этом не обращается внимание на их первоначальный смысл. В этом смысловом богатстве и разнообразии заключена неизбежная жизненность библейских слов. Но так и в словах юридических норм присутствует особая витальность, основанная на том, что можно менять первоначальный смысл слов, используемых в юридическом тексте, исходя из общей цели, стоящей перед правовым регулированием. Следуя сложившейся сакральной традиции почитания священных текстов, юристы хитроумно перенесли эту

¹ Радбрух Г. Указ. соч. С. 131.

² См. подробнее об этом: Рикер П. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. М., 1995.

традицию и на юридические тексты. Так появилась конституционно-правовая идея о неизменности Конституции (см. ч. 3 ст. 135 Конституции РФ).

Потребность в изменениях, модификации юридических слов в соответствии с изменяющимися условиями реальной жизни удовлетворяется посредством конструирования представлений, создаваемых путем обнаружения нового юридического смысла в старых словах. Г. Еллинек одним из первых обратил внимание на различие юридических понятий «изменение» и «преобразование» конституций. Как известно, неизменность конституции проявляется в сложности внесения законодательных изменений в ее текст. С этой точки зрения различают трудноизменяемые, «жесткие» и «гибкие» конституции. Изменение, по мысли Еллинека, — это внесение изменений в текст конституции. При преобразовании конституции конституционный текст остается неизменным, но меняется юридическое содержание конституционной нормы. По сути, это частный случай известной судебной доктрины о необходимости преобладания юридического содержания над словесной формой.

Остается выяснить, в результате каких правовых фактов становится возможным преобразование конституции? Большинство ученых-конституционалистов находятся в плену метафизического заблуждения, полагая, что этим правовым фактом является официальное толкование конституции¹. На самом же деле преобразование конституции в результате особой формы юрисдикционной деятельности реально выходит далеко за пределы того, что обычно признается толкованием литературного текста. Само понятие «толкование», имеющее свою метафизическую генетику и историю, только препятствует правильному познанию правовой реальности.

Юрисдикционный орган — конституционный суд, обладающий соответствующими полномочиями, использует широкий набор аргументов, которые не задействуются обычными судами, и на их основе выявляет неявный смысл, содержащийся в тексте кон-

¹ См.: *Хабриева Т. Я.* Правовая охрана Конституции. Казань, 1995. С. 179. Правда, автор констатирует, что толкование Конституции в отличие от других видов толкования особенно близко к правотворчеству. Более того, она считает: если принять широкую трактовку права, то в ряде случаев следует говорить именно о формировании права в ходе интерпретационной деятельности столь высокой инстанции, какой является Конституционный Суд. При этом она признается, что при толковании не исключен некоторый субъективизм.

ституции. Образно выражаясь, Конституционный Суд обнаруживает потайное двойное дно, тройное дно! Текст Конституции при этом, следуя древней сакральной традиции, рассматривается как кладезь неявных конституционных знаний, делающих возможным осуществление процесса конституционно-правового познания, являющегося разновидностью научного познания, практически бесконечным. Бесконечен и процесс познания вообще! Результат этого познавательного процесса в силу официального статуса познающего органа объявляется имеющим особое правовое значение, и этим судебное познание отличается от научного. Оно закрепляется путем получения особого правового статуса — статуса правовой позиции конституционного суда. По сути, по роли в правовой реальности правовые позиции конституционного суда, являясь прежде всего актами познания, тем не менее содержат вторичные правовые идеи, принципы, веления, имеющие общеобязательное значение. Это кристаллизованное право, а поэтому правовые позиции конституционного суда, безусловно, являются источником права¹. Но тогда необходимо отбросить сложившееся представление о том, что преобразование конституции является результатом только толкования литературного юридического текста. Что-то тут, в таком понимании, не соответствует реальной правовой действительности. Эти представления основаны на ошибочном и запутывающем применении метафизического понятия «толкование».

Анализируя процесс преобразования (модификации) законов, убеждаешься в гениальной прозорливости Мартина Хайдеггера, который предупреждал, как сложившиеся в науке метафизические понятия могут исказить процесс познания. В своей фундаментальной онтологии Хайдеггер предлагал всматриваться в этимологию слов и в смысл научных понятий, сравнивать их с тем, что имеет место в бытии во всем его многообразии. М. Хайдеггер ана-

¹ Заслуживает поддержки идея, высказанная Н. С. Бондарем: специфика нормативной энергии решений Конституционного Суда такова, что она имеет предметом (сферой) своего влияния прежде всего *нормативные величины наиболее высокого, абстрактного уровня — общие принципы права, конституционные ценности и принципы*, получающие реализацию во всех отраслях системы действующего права. С помощью конституционно-контрольной деятельности происходят своего рода *приращение и актуализация нормативного содержания соответствующих принципов*, а также установление их сбалансированного взаимодействия. Главная специфика конституционно-судебных нормоустановлений заключается в том, что, являясь конституционным источником права, они сочетают нормативность с доктринальными началами (см.: *Бондарь Н. С.* Указ. соч. С. 122).

лизировал этимологию слов и смысл понятий, сравнивая их с бытием во всем его многообразии.

Точно также и Хайдеггер выходит за рамки обыденного словоупотребления и связанного с ним инерционного мышления. С его точки зрения обыденная речь ориентирована на повседневное общение с налично сущим. Феномены бытия, напротив, принципиально не могут быть выражены в ее рамках. Эта мысль выражена Хайдеггером в замечании, содержащемся в § 7 его трактата «Бытие и время»: одно дело сообщать, повествуя о сущем, другое — схватить сущее в его бытии. Для второй из названных задач не хватит не только большей частью слов, но прежде всего «грамматики»¹. Феноменам бытия тесно в словесной форме, они являются для них прокрустовым ложем, феномены бытия гораздо более информативны.

Этимология — это раздел языкознания, изучающий происхождение слов, их генетику. Может ли нести какую-то информацию происхождение слова интерпретация (толкование)? Английское *interpret* — это синоним английского глагола *construe* — толковать, что означает обнаружение значений, смысла слов языка, а также устный перевод слов одного языка на другой. В *Black's Law Dictionary* интерпретация определяется как искусство или процесс обнаружения и удостоверения значения, смысла закона, завещания, договора или иного письменного документа². Процесс интерпретации сводится к выявлению и представлению истинного смысла любых символов, знаков, предназначенных для передачи идей. Таким образом, это поиск истины, и даже этимологический анализ слова «интерпретация» позволяет предположить, что, толкуя юридическую норму, юрисдикционный орган решает познавательную (эпистемологическую) проблему.

А что дает анализ латинского изречения *interpretare et concordare leges legibus, est optimus interpretandi modus* — толковать и таким образом согласовывать юридические нормы — это лучший способ толкования? Информацию о том, что толковать как сугубо юридическое понятие — это не простая филологическая проблема, это сложная юридическая задача по гармонизации юридических норм в целях их непротиворечивого сосуществования в сис-

¹ Хайдеггер М. Бытие и время. С. 39.

² Обратим внимание: это переведенное с английского языка определение, в котором использовано слово *will* — завещание. Однако в силу его многозначности данное слово можно было перевести и так: интерпретация — это процесс выявления смысла закона, воли. И это не было бы юридической ошибкой!

теме права, поскольку специфика правовых норм в том, что они не могут существовать как отдельные онтологические единицы вне системы. Вот почему толкование в юридическом смысле — это вовсе не толкование, а преобразование юридических норм с учетом их юридического и культурно-исторического контекста. В крайнем случае понятие толкования норм Конституции лучше заменить понятием правовой интерпретации.

Понятие *interpretatio* римскими юристами редко использовалось без связи с другими, уточняющими понятиями, что является примером высокого уровня римской юридической культуры.

Римским юристам известны такие понятия, как:

1) *interpretatio restricta* — способ уяснения смысла юридической нормы, когда превалирующее значение придается тексту, смыслу слов, который они имели в период создания текста¹;

2) *interpretatio extensiva* — способ интерпретации юридических норм, допускающий более объемлющее понимание значения слов, способствующее расширению юридического содержания нормы;

3) *interpretatio ex cedens* — уяснение, в ходе которого заменяется смысл нормы, который очевидно в нее не вкладывался; абсурдное толкование. В настоящее время существует презумпция разумности закона, означающая следующее: если закон допускает несколько толкований (смыслов), одно из которых очевидно абсурдно, а другое — нет, то приоритетом должно пользоваться последнее, как более рациональное². Это так называемое золотое правило толкования. Обратим внимание: эта разновидность научного познания смысла юридической нормы имеет свои юридизированные правила (своего рода стандарты, толкования), и одно из них — требование рациональности, которое является одним из требований современного научного познания наряду с требованиями объективности, верифицируемости гипотез, нейтральности и т. д.;

¹ Это такой метод толкования, который основан на поиске значения слов, относящихся ко времени принятия Конституции. Судья Верховного Суда США Холмс говорил: «Мы спрашиваем, не что этот человек имел в виду, но что эти слова значили в устах обычного человека, говорящего на английском языке, употребляющего их в обстоятельствах, в которых они были употреблены». Американский исследователь В. Кросски даже создал специализированный словарь слов, употреблявшихся в период разработки Конституции США (см.: *Pritchett H. Constitutional Law of the Federal System*. Englewood Cliffs. N. Y., 1984. P. 37).

² См.: *Смирнов А. В., Манукян А. Г.* Толкование норм права. М., 2008. С. 37, 38.

4) *interpretatio soluta* — уяснение, проистекающее из общего принципа о цели интерпретации, как всегда представляющей собой общее благо (*good faith*);

5) *interpretatio predestinata* — способ толкования, имеющий место тогда, когда интерпретатор, находясь под воздействием личных пристрастий, преобразовывает смысл текста исходя из определенной предзаданности или предвзятости. Он также охватывает творческую, креативную, развивающую интерпретацию (*interpretatio vafer*), с помощью которой интерпретатор пытается придать иной смысл норме, нежели тот, который преследовался нормотворцем. Такое толкование, а точнее преобразование смысла юридической нормы, является весьма популярным в тех случаях, когда необходимо разрешить дилемму — поддержать неизменность юридического текста и одновременно вдохнуть в него жизнь в виде нового смысла, ибо в противном случае неминуема юридическая смерть нормы. *Fiat iustitia et peret mundus* — пусть свершится правосудие, хотя бы погиб мир, — девиз германского императора Фердинанда I. Его можно истолковать и таким образом: чтобы спасти мир от распада, необходимо, сохраняя неизменными юридические тексты, посредством правосудия вливать в «старые меха новое вино», т. е. преобразовывать юридический смысл. По сути, это уже будет полностью относящееся к сфере научного познания решение, основанное на логическом анализе. Данный способ толкования особенно достоин рассмотрения, учитывая его длительное употребление главным судьей Верховного Суда США Д. Маршаллом в знаменитых постановлениях. Метод наиболее ярко демонстрирует дело «Марбэри против Мэдисона», в котором Маршалл не ссылаясь на судебные постановления, чтобы обосновать свои аргументы. Его аргумент представлял собой прежде всего упражнение в логике. «По-видимому, просто необходимо придерживаться определенных принципов, — говорил он, — допуская, что их придерживались в течение долгого времени для принятия решений». Его основной принцип заключался в том, что Конституция — это высший закон государства. Верховный Суд принял присягу, в которой поклялся поддерживать Конституцию. Логически следует заключение: когда закон Конгресса вступает в конфликт с высшим законом, Верховный Суд не может провести его в жизнь, и он должен быть объявлен недействительным;

6) *interpretatio contra legem* — толкование, которое заведомо противоречит замыслу создателя юридической нормы.

Возвращаясь к проблеме воли, порождающей юридическую норму, обратим внимание на то, что суд обнаруживает смысл, цель этой нормы благодаря ее двойной контекстности.

Во-первых, она находится в юридическом контексте всего правопорядка. Поэтому суд в процессе преобразования юридической нормы ориентируется не на волю конкретных людей — парламентариев и разработчиков проектов законов, а на волю государства, которое генерирует всю совокупность юридических норм как взаимосвязанную систему.

Во-вторых, юридическая норма находится в более сложном в силу его неуловимости, скрытности контексте — культурно-юридическом, который создается не только существующим поколением людей, образующим народ, но и теми поколениями, которые составляли этот народ в течение столетий его истории. Эта глубокая юридическая идея обнаруживается в преамбуле Конституции РФ, где отмечается и конституируется понятие многонационального народа Российской Федерации, который становится таковым благодаря соединению общей судьбой на своей земле (принцип земли и крови), в силу того что многонациональный народ сохраняет исторически сложившееся государственное единство. Многонациональный народ Российской Федерации чтит память предков, передавших нам, нынешнему поколению россиян (а если иметь в виду понятие народа как гражданской, а не культурной нации¹, то нынешнему поколению русских, ибо все мы согласно теории гражданской нации русские, — и это тоже факт правовой реальности) любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость. Народ, а точнее российская нация, — это основной актер правовой жизни. Он существует как наследник предыдущих поколений, представлен нынешним поколением и воплощается в будущих поколениях. Как известно, прошлое, настоящее и будущее бытия в своем единстве образуют реальность. Прошлые, нынешнее и будущие поколения русских также образуют единство — единство судьбы, земли, традиций, культуры и ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями исходя из осознания себя частью мирового сообщества. Таково место народа (нации) в правовой жизни (реальности). Из этого онтологического факта следует, что закон — это во-

¹ См.: Гусейнов А. А. Нация и личность. Диалог культур в условиях глобализации. XII Международные Лихачевские научные чтения. СПб., 2012. С. 74.

ля не только государства, но и народа, понимаемая в сугубо юридическом, концептуальном смысле.

Поэтому в онтологической структуре правовой реальности есть место и для воли народа. И когда судьбы выявляют смысл, цель неясной юридической нормы либо нормы нуждающейся в преобразовании (модернизации, модификации), они учитывают ее культурно-юридический контекст. При этом они учитывают социокультурный контекст юридической нормы, предполагающий определенные исторические напластования. Преобразуя юридическую норму Конституции, Конституционный Суд должен учитывать, что в корпусе конституционных норм, являющихся результатом работы по их кодификации, есть место и для кодификации невидимых норм, образующих дух Конституции, — и это кодификация норм, которые сложились объективно в ходе исторического развития.

Великий американский юрист и ученый, судья Верховного Суда США, осуществлявший свои полномочия до 95 лет, О. Холмс считал, что есть очень важный фактор, который необходимо принимать во внимание при толковании Конституции, он называл его «опытом».

Эмпирический подход позволяет рассматривать Конституцию скорее как политический, нежели юридический документ. В США общепризнанно, что на интерпретацию Конституции должны влиять и современные ценности, и сумма общего опыта страны. Американские юристы считают, что намерение создателей, конечно, является частью этого опыта, но опыт включал и войну во Вьетнаме, и Уотергейт. Значение слов в первоначальном употреблении — есть изложение исходных фактов, но это относится и к языку каждого президентского послания Конгрессу. Можно использовать логические правила Конституции, но можно взывать и к чему-то такому неуловимому, что определяется как «дух Конституции». Целью конституционной интерпретации, как можно предположить, является достижение консенсуса по современному значению документа, составленного в 1787 г., консенсуса, который позволяет находить рациональный подход к современным проблемам и учитывать уроки, извлеченные из опыта, но в то же время признавать основные положения документа и философию ограниченной государственной власти, которую он выражает.

Такой подход дает право каждому поколению США адаптировать Конституцию к собственным нуждам в той мере, в какой эта

адаптация совместима с языком Конституции. Естественно, положение о том, что Президент может быть избран на четырехлетний срок, не может быть реинтерпретировано, чтобы оправдать пятилетний срок его пребывания у власти. Но иные многозначные положения Конституции через определенное время могут быть интерпретированы достаточно свободно. Д. Маршалл защищал такое мнение о гибкости Конституции, когда сказал на процессе «Маккалок против Мэриленда»: «Мы не должны никогда забывать, что именно Конституция является предметом толкования, она, которая предназначена, чтобы выдержать испытание временем и выстоять и в результате адаптироваться к различным кризисам человеческого бытия».

Нормы Конституции необходимо преобразовывать также с учетом такого важного правового факта: будущие поколения русских обладают конституционно-правовой правосубъектностью, что является предметом самостоятельного конституционно-правового исследования.

Методология онтологии конституционного права обладает не только познавательным, но и критическим потенциалом. В частности, она позволяет критически оценивать децизионистские теории толкования, о которых говорилось выше. Речь идет прежде всего о реалистической теории толкования М. Тропера. Ее суть в том, что не текст является сосредоточием конституционного права, а мнения судей, которые только делают вид, что они говорят от имени Конституции, принятой народом. Что-то есть в этом добросовестном заблуждении от мистификации жрецов. В критической социологии П. Бурдые предложено точное определение — это «самосвящение доверенных лиц»¹. Свою статью «Делегирование и политический фетишизм» он начинает с цитаты М. Бакунина: «Аристократы интеллигенции полагают, что есть истины, о которых не следует говорить народу. Я же, социалист-революционер, заклятый враг всяческой аристократии и опеки, думаю, напротив, что с народом нужно говорить обо всем». Бурдые вскрывает покровы тайны делегирования, с помощью которого одно лицо (лица) предоставляет свои полномочия другому лицу. Полномочные представители — а это и депутат, и судья, и министр — все это лица, располагающие мандатом представлять, т. е. выражать и отстаивать интересы определенного лица или, чаще, группы лиц. В этом отношении Бурдые увидел корни иллюзии, в силу которой

¹ Бурдые П. Социология политики. М., 1993. С. 108.

в предельном случае представитель может восприниматься другими и, самое главное, воспринимать себя в качестве *causa sui*, так как он сам является причиной того, что составляет его власть, поскольку группа, инвестирующая в его полномочия, не существовала бы или во всяком случае существовала бы не в полной мере в качестве представляемой группы, не будь он ее воплощением.

Если говорить о конституционном праве, то тем самым «предельным случаем», о котором упоминает Бурдьё, является сложившееся представление о «свободном мандате» избранного депутата, который после его избрания не должен быть связан какими-либо обязательствами с избравшим его «электоратом». Явление узурпации потенциально присуще акту делегирования. Факт, позволяющий говорить за кого-то, т. е. в его пользу и от его имени, может перейти в естественную склонность говорить вместо — это и есть самосвящение доверенных лиц, которое имеет самое непосредственное отношение к признанию прав, толкованию Конституции и тем самым к онтологии конституционного права.

На этот феномен обращал внимание и И. Кант. В работе «Религия в пределах только разума» он заметил, что Церковь, основанная не на рациональной, а на абсолютной вере, имела бы не «служителей» (*ministri*), а «высокопоставленных функционеров» (*officials*), которые посвящают в сан и которые, даже когда не выступают во всем иерархическом блеске, как, например, в протестантской церкви, и на словах восстают против подобных претензий, тем не менее желают, чтобы их рассматривали как единственных уполномоченных толкователей Священного писания, и превращают тем самым «служение» (*ministerium*) Церкви в господство (*imperium*) над ее членами, хотя для того чтобы скрыть факт узурпации, они и пользуются скромным званием служителей.

Бурдьё в своем критическом рассмотрении института доверенных лиц и делегирования полномочий опирается также на Ницше, который в «Антихристе» обличает не христианство, а служителей католического культа, которые являются доверенными лицами. Вот почему Ницше так яростно нападает на священников и их святейшее лицемерие, а также на приемы, с помощью которых доверенные лица Церкви возводят себя в абсолют, самоосвящаются. «Первый прием, которым может воспользоваться священнослужитель, состоит в том, чтобы убедить других в своей необходимости в качестве посредника: “При чтении этих Евангелий нужно

быть как можно более осторожным: за каждым словом встречается затруднение»¹.

И далее Бурдые продолжает: «Доверенное лицо — это тот, кто возлагает на себя священные задачи. Принимая во внимание, что почти у всех народов философ есть только дальнейшее развитие жреческого типа, нечего удивляться его жульничеству перед самим собой, этому наследию жреца. Если имеешь священные задачи вроде исправления, спасения, искупления человечества... сам, освященный подобной задачей, изображаешь тип высшего порядка...»². По мнению Бурдые, эти приемы священнослужителей имеют в своей основе лицемерие в сартровском понимании этого термина — самообман, «святая ложь», с помощью которых священнослужитель, определяя ценность вещей, объявляет абсолютно хорошими именно те вещи, которые хороши для него самого. Священнослужитель, как считает Ницше, — это тот, кто осмеливается «назвать “Богом” свою собственную волю»³. Ницше писал: «“Закон”, “воля Божья”, “священная книга”, “боговдохновение” — все это только слова для обозначения условий, при которых жрец идет к власти, которыми он поддерживает свою власть, — эти понятия лежат в основе всех жреческих организаций, всех жреческих и жреческо-философских проявлений господства»⁴. Этим Ницше хочет сказать, что доверенные лица приспособливают к своим нуждам общечеловеческие ценности, завладевают ими, «конфискуют мораль» и присваивают себе такие понятия, как Бог, Истина, Мудрость, Народ, Свобода и т. д., превращая их в синонимы... В синонимы чего — самих себя. Они выдают себя за святых, освящают себя и тем самым возводят барьер между собой и простыми смертными, становясь, по словам Ницше, «мерой всех вещей».

Описание Бурдые функции священнического смирения, «эффекта оракула» в полной мере релевантно применимо к судьям, «толкующим» конституцию.

Аналогии напрашиваются сами собой: таинство (мистерия) служения то ли церкви, то ли конституции оказывается возможным только при условии, что служитель скрывает осуществляемую им узурпацию и *impregium*, которую она ему обеспечивает, представляясь простым служителем, толкователем, интерпретатором — переводчиком. Использование обманным путем в личных интересах преимуществ своего положения, как считает П. Бурдые,

¹ Бурдые П. Социология политики. С. 109.

² Ницше. Антихрист. Соч.: в 2 т. М., 1990. Т. 2. С. 639—640.

³ Там же. С. 673.

⁴ Там же. С. 682—683.

возможно лишь в той мере, в какой оно скрывается, — это входит в само определение символической власти. «Символическая власть есть власть, которая предполагает признание, т. е. незнание о факте творимого ею насилия. Следовательно, символическое насилие, осуществляемое служителями культа, возможно только при некоего рода соучастии, оказываемом ему вследствие незнания теми, кто испытывает на себе это насилие»¹.

Децизионистские и реалистические теории толкования Конституции вызывают у меня определенное недоверие прежде всего потому, что предпочитают рассматривать акты судейского толкования как исключительно акты волеизъявления. Есть в этих теориях какая-то обреченность в восприятии любых, даже волюнтаристских представлений о конституционном праве. Напомню, что волюнтаризм — это идеалистическое направление философии, объявляющее волю высшим принципом бытия, противопоставляющее ее законам бытия и утверждающее ее независимость от реального мира (Шопенгауэр, Ницше).

Если правовая позиция Конституционного Суда, основанная на преобразовательной интерпретации конституционной нормы, представляет собой в большей степени акт познания, то, как и всякий акт познания, она может быть либо истинной, либо ложной. Но не противоречит ли этому выводу норма ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», объявляющая, что решение суда окончательно и не подлежит обжалованию? Отвечая на этот вопрос, можно вспомнить шутку одного из судей Верховного Суда США, в которой, как и во многих шутках, только доля шутки: решения Верховного Суда окончательно не потому, что они мудры, но они мудры хотя бы потому, что окончательно.

На самом деле решение может быть и ошибочным, но потребность в правовой определенности — это также необходимость вынесения окончательных судебных решений. Возможность существования неконституционных решений Конституционного Суда гипотетически существует. Более того, я полагаю, именно благодаря признанию этой возможности в конституционном правосудии столь большое значение придается особым мнениям судей.

Для конституционной юстиции неприемлем принцип, которым руководствовались в научных дискуссиях пифагорейцы, — принцип *ipse dixit* (сам сказал). Цицерон писал, что он не одобряет

¹ Ницше. Указ. соч. С. 109.

того, что известно о пифагорейцах. Как передают, когда они что-либо утверждали в научных философских спорах, то на вопрос: почему это так, обычно отвечали: сам сказал. «Сам» — это был Пифагор. Такова была предубежденность, что авторитет имеет силу и без разумного основания. Особое мнение судей конституционных судов разительно отличается от особых мнений судей по уголовным или гражданским делам. Можно даже выдвинуть смелую гипотезу о наличии нормативных элементов (или их признаков) в этих актах конституционного правосудия. Социальная и правовая ценность особого мнения состоит в следующем: с его помощью судья, оставшийся в меньшинстве, доказывает, что, принимая такое решение, он руководствовался не желанием самовыражения, не просто высказал свои личные предпочтения или субъективные мировоззренческие взгляды, а стоял на строго правовых позициях. Таким образом, особое мнение резко повышает индивидуальную ответственность каждого судьи при коллегиальном рассмотрении дела. Таким образом, полноценное особое мнение — это способ защиты профессиональной чести судьи.

Руководствуясь определением Конституционного Суда РФ от 17 января 2012 г. № 174-О-О, суды общей юрисдикции отказывают гражданам — участникам уголовного процесса в ознакомлении с особыми мнениями судей. Автор, будучи не согласен с отказом в принятии жалобы к производству, обращал внимание на элементы нормативности в особых мнениях, усиливающиеся по мере того, как в российском правопорядке появляются квазипреcedентные судебные акты.

Только на первый взгляд проблема ознакомления с особым мнением судьи по уголовному делу представляется как точечная, периферийная. На самом деле это часть системной проблемы признания или непризнания за судами права участвовать в развитии права (в том числе уголовного и уголовно-процессуального).

На эти обстоятельства уже обращалось внимание в литературе. А. А. Верещагин пишет «об определенной концептуальной проблеме». В России с ее традиционно континентальным подходом к правосудию судьи рассматриваются лишь как «оракулы права», а не создатели норм. Как полагает автор, именно этот традиционный подход в конечном счете служит оправданием закрытости особых мнений¹.

¹ См.: *Верещагин А. А.* Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4. С. 1078.

Вне всяких сомнений, вопрос о том, кто имеет право знакомиться с особым мнением, связан с признанием или непризнанием того, что суды вправе участвовать в развитии права. В едином государстве, каким является Российская Федерация, не должно быть различных подходов к роли судебной практики в правообразовании таких юрисдикций, как суды общей юрисдикции и арбитражные суды.

Не случайно расширение возможностей судебных решений, принимаемых Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, в правообразовании юрисдикций сопровождается повышением статуса особых мнений. Согласно ч. 9 ст. 303 АПК РФ судья, не согласный с мнением большинства членов Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, вправе изложить свое особое мнение, которое приобщается к материалам дела и подлежит опубликованию вместе с постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ.

7. Третье правило толкования, о котором шла речь в предыдущем разделе данной главы, основано на коллизиях, спорах, возникающих в правовой жизни, когда спорящие отстаивают свои законные интересы¹, опираясь на конституционные ценности — конституционные принципы и права, между которыми нет привычной юридической иерархии.

Есть принципиальная разница между конституционными нормами, закрепляющими конституционные принципы и содержащими обычные юридические правила. Первые обладают наивысшей степенью нормативной обобщенности, неконкретным юридическим содержанием и в силу этого имеют высокий потенциал развития посредством формирования о них развивающих их представлений. Это такие принципы, как признание государством достоинства человека, экономическая свобода, правовое государство, социальное государство и т. д. Вторые более конкретны и понятны при их применении. Таковы, например, конституционные нормы, регулирующие состав, порядок образования, полномочия органов государства. Только применительно к первым нормам уместно использование образа постоянно растущего дерева представлений о конституционных принципах.

Конституционные принципы, будучи, естественно, разновидностью правовых принципов, представляют собой базовые мировоззренческие юридические предписания, пребывающие в «свер-

¹ См.: Матейкович М. С., Горбунов В. А. Законные интересы в конституционном праве. М., 2011.

нута виде». Не будучи до конца распознаны, они реальны, но вместе с тем представляют собой некое таинство. А поэтому, подобно притчам в священных текстах, обладают скрытым содержанием. Социальная ценность конституционных норм-принципов, естественно, не в их таинственности, а в том, что они находятся в системных связях с двумя категориями юридических норм. Прежде всего они предопределяют конкретное содержание всех иных конституционных норм.

Кроме того, конституционные принципы преобразуются в отраслевые принципы права, выступая в качестве «общих начал» отраслевого законодательства. В этой связке правовые принципы как нечто неизменное, отражающее объективные закономерности развития правового регулирования, предопределяют содержание не только норм действующего в данный момент законодательства, но и того законодательства, которое неизбежно в процессе обновления появится в будущем. Такова особая функция конституционных принципов в механизме правового регулирования. Онтологический аспект конституционных принципов предполагает поиск ответа на вопрос, для чего существует идея конституционных принципов в особом сегменте бытия — в юридической действительности? Судя по всему, с этой точки зрения предназначение конституционных принципов — прежде всего программирование, выбор общих ориентиров — иначе, функции маяка.

Неизменность конституционных принципов, их метафизичность — это только неизменность текста Конституции, но не самой Конституции. Содержащиеся в Основном законе особые положения о конституционных поправках и пересмотре Конституции (гл. 9) существенно затрудняют изменение представлений о конституционных принципах. Представления же создаются судьями в интересах эффективного правового регулирования и правоприменения.

Представления о конституционных принципах достаточно эластичны. Однако это не флюгер, который меняет направление в зависимости от направления ветра. Устойчивость в представлениях о конституционных принципах должна обеспечиваться, в частности, путем выявления объективной природы каждого конституционного принципа. Конституционное право не обладает такой длительной историей, как гражданское право, которое содержит значительное количество правовых принципов, отражающих объективные закономерности развития имущественных отношений. Законодатель любой страны должен считаться с этими объектив-

ными закономерностями. Но и конституционное право с помощью норм-принципов демонстрирует объективные закономерности функционирования общества.

Изменение представлений о конституционных принципах является результатом конституционной политики, осуществляемой всеми высшими органами государства.

Коллизия конституционных принципов является рефлексией как противоречивой природы устремлений человека, так и тех многочисленных противоречий, которые составляют «ткань» современной общественной жизни. К примеру: чего ждет человек от правосудия? Казалось бы — законного, справедливого, правосудного судебного акта. И эту потребность человека выражает Конституция РФ (ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 120). Но человек хочет и милосердия! В преамбуле говорится о «вере в добро и справедливость». Исходя из этой противоположной по направленности устремленности человека, в Конституции РФ предусмотрено специальное полномочие Президента РФ осуществлять помилование (п. «в» ст. 89), аннигилирующее вполне законный, правосудный и справедливый судебный акт. Более того, государством может быть проявлено милосердие в гораздо более широком масштабе — путем объявления Государственной Думой амнистии (п. «е» ч. 1 ст. 103 Конституции РФ).

Разные социальные группы общества, естественно, имеют различные цели и законные интересы. Экономическая свобода, являющаяся конституционным принципом (ч. 1 ст. 8 Конституции РФ), выражает интересы прежде всего экономически активного населения, обладающего интеллектуальными способностями и имуществом для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ). Однако общество состоит также из инвалидов и пожилых граждан, а в государственной поддержке кроме них нуждаются семья, материнство, отцовство и детство (ч. 2 ст. 7 Конституции РФ).

Конституционный принцип социального государства, политика которого должна быть направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, отражает устремление достаточно большой группы населения страны. Понятно, что, учитывая эти устремления, государство путем взимания налогов вынуждено ограничивать экономическую свободу, осуществлять перераспределение национального продукта внутри общества. Народ, утверждая права и свободы человека и гражда-

нина, нуждается в «гражданском мире и согласии» (см. преамбулу Конституции РФ), т. е. в юридическом компромиссе.

Взаимосогласование противоречивых конституционных принципов, осуществляемое конституционным судом в процессе рассмотрения дел, является основным содержанием конституционной политики, имеющей своей целью утверждение гражданского мира и согласия (т. е. преодоление состояния спора, конфликта).

При осуществлении конституционной политики в форме толкования конституционных норм-принципов, конституционный суд исходит из того, что, как правило, конституционные принципы не могут применяться изолированно от других, поскольку являются частью системы юридических принципов, в своей совокупности образующих основы конституционного строя.

Разные юридические представления о ценности таких конституционных принципов, как экономическая свобода и социальное государство — это только надводная часть айсберга. В глубине — разные философские традиции, две различные интеллектуальные параболы, сложившиеся на европейском континенте, в Англии и США.

Можно предположить, что эти две параболы различаются потому, что опираются на различные философско-правовые основы. Для европейских юристов безусловным философско-правовым авторитетом был И. Кант. А в Англии и в США он был менее популярен, чем в Европе, поскольку там большим уважением пользовался утилитаризм И. Бентама. Одним из постулатов утилитаризма является ценность экономической свободы, которая представляет собой юридическое конституционно-правовое понятие. Путем экономической свободы лучше всего можно обеспечить экономическую эффективность. Образно выражаясь, экономическая свобода, с точки зрения американских юристов и философов права, — это юридические одежды эффективности. На европейском континенте всегда в большем почете была правовая этика.

В связи с этим можно вспомнить идею Э. Дюркгейма: разделение общественного труда с необходимостью приводит к появлению социальной солидарности¹. По сути, разделение труда имеет не только экономический смысл, но и важное нравственное, этическое значение, поскольку солидарность — это этическая категория. Солидарность предполагает безусловное признание всеми членами общества определенного минимума объединяющих людей общих ценностей, образующих то, что Э. Дюркгейм называл

¹ См.: Дюркгейм Э. Указ. соч. С. 326.

«коллективным сознанием». Их не нужно придумывать, это не априорные моральные ценности Канта, их нужно лишь коллективно отобрать из *ценностей*, уже функционирующих в общественном сознании и в социокультурных традициях.

Так человечество и поступило, создав Всеобщую декларацию прав человека. Появились коллективные ценности — конституционные, и они существуют наряду с индивидуальными, в том числе индивидуально-национальными. Их столкновение — это одно из основных диалектических противоречий, приводящих в движение российскую правовую систему.

Концепция социального государства, идея государственного регулирования экономических отношений, укрепление доверия к экономическим институтам имеют этическую природу. Они образуют то, что весьма условно можно назвать конституционно-правовой этикой. В тексте американской Конституции есть положения о свободе договора, о защите собственности, но нет ничего о социальном государстве, о солидаризме.

По вопросу «регулирование — дерегулирование» экономических отношений европейские (дирижизм) и американские (свобода рынка) воззрения расходятся еще больше. С моей точки зрения, отражением в сфере конституционного права данных расхождений является то, что по-разному решается проблема соотношения разных конституционных принципов.

Конституционные суды нередко сталкиваются с противоречиями между представлениями о различных конституционных принципах, да и сами конституционные принципы могут быть внутренне противоречивы.

Поиск баланса, согласование конституционных принципов — вот чем обычно занимаются конституционные суды, вырабатывая правила их уравнивания, поскольку все конституционные принципы *равноценны* и между ними, как правило, нет иерархии.

В основе идеи уравнивания, в том числе и конституционных принципов, лежит рационализм, означающий следующее:

- а) все конституционные принципы должны сосуществовать;
- б) лучшим способом их сосуществования является такое истолкование одного конституционного принципа, когда новые представления о нем позволяют усилить регулятивный эффект от другого конституционного принципа (принципов);
- в) возможно не только уравнивание двух конституционных принципов, но и усиление значения, «возвеличивание» одного из них в определенный период времени.

Балансировка конституционных принципов — это поиск рационального, проявляющегося в пропорциональности, соразмерности. Принцип пропорциональности, являясь одной из конституционных ценностей, становится в конституционном праве универсальным методом решения юридических задач.

В основе идеи о равноценности конституционных принципов, на мой взгляд, лежат философско-правовые представления американских ученых, которые считают, что каждый конституционный принцип выражает определенный интерес большой социальной группы людей. При этом с точки зрения конституционного права такие интересы и выражающие их конституционные принципы являются *равноценными* — и в этом особенность конституционно-правовой аксиологии.

С точки зрения конституционно-правовой онтологии возникает интересный феномен, поскольку в равноценных конституционных принципах «размещается» множество важнейших социальных законных интересов. Это одна из самых загадочных сфер конституционного права! В особой юридической форме конституционных принципов выражается информация о самых важных социальных интересах, существующих в реальной действительности. В конституционно-правовом концептуальном пространстве конституционные принципы являются особыми знаковыми носителями основополагающей юридической информации, и именно в этом состоит их конституционно-правовая ценность.

Исходя из этого становится более понятным предназначение конституционных принципов в правовом концептуальном пространстве. Они нужны для выработки базовых консенсусов в обществе, в котором всегда существуют противоречивые социальные интересы, порождающие юридические споры.

Поиск баланса между равноценными, но вместе с тем антинормичными конституционными принципами — это своего рода подведение черты под противостоящими точками зрения, служащее целям гармонизации общественной жизни. Одновременно исключительно важно обратить внимание на такую онтологическую закономерность, как *бинарность* конституционных принципов. В основах конституционного строя гарантируется конституционный принцип экономической свободы. С его помощью обеспечиваются социальные интересы экономически энергичных членов общества — предпринимателей, работодателей, частных собственников. Другая категория граждан, которая нуждается в помощи государства, находится «под зонтиком» конституционного принципа социального государства. Юридический принцип экономи-

ческой свободы системно взаимосвязан с экономическими принципами эффективности и максимизации прибыли, а принцип социального государства связан с экономическими процессами перераспределения получаемой предпринимателями прибыли. Получается взаимосвязанная (в силу разнополюсности интересов) пара конституционных принципов.

Другой такой парой конституционных принципов, которую можно привести в качестве иллюстрации идеи бинарности, являются конституционные принципы свободы выражения мнений и свободы выборов. Столь же противоречивы и конституционные положения, которые, с одной стороны, гарантируют неприкосновенность частной жизни, а с другой — защищают свободу прессы. Аналогичная парность возникает и применительно к защите интересов женщины, ребенка и общества при решении проблемы аборт (также — проблемы эвтаназии, искусственного оплодотворения). Возможно, бинарность конституционных принципов как онтологическая закономерность является проявлением формального равенства, которое, по мнению В. С. Нерсесянца, есть необходимый способ бытия свободы в обществе¹.

Традиция рассматривать конституционные нормы о правах человека и конституционные принципы как взаимосвязанные, а не дискретные, отдельные правовые единицы является американской, а не европейской. О. В. Холмс в своем эссе «Путь права» писал: «Судьям не удалось адекватно признать своим долгом *взвешивание* соображений социальной выгоды»².

Итак, конституционно-правовые принципы существуют в конституционно-правовом концептуальном пространстве не изолированно, а во взаимосвязи друг с другом. При этом «парные» конституционные принципы нередко вступают в коллизионные отношения друг с другом, и эти коллизии создают динамику всего пространства — конституционно-правовой реальности. Ее можно сравнить с детским калейдоскопом, в котором при легком повороте руки меняется мозаичная картинка. Бинарность конституционных принципов помогает конституционному праву проявить свою социальную ценность, которая состоит в стабилизации социальной жизни, расширении пространства мира и согласия.

¹ См.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. М., 2006. С. 39. Как отмечал В. С. Нерсесянц, не будучи введена в единую всеобщую норму (равную меру, определяемую взаимным и равным ограничением свободы всех участников социального общения), свобода превращается в произвол.

² *Holmes O. W.* The Path of the Law // Boston Law School Magazine. Vol. I. 1897. № 4. P. 9.

Конституционное право не способно определить, в каком направлении будет развиваться социальная жизнь. Так, в ч. 1 ст. 38 Конституции РФ установлено, что семья находится под защитой государства. Однако зададимся вопросом: какая семья? Является ли конституционной ценностью традиционная семья и только такая семья? Или же фактические брачные отношения тоже подпадают под понятие семьи в ее развитии?¹ Именно поэтому конституционные принципы не должны, подобно железным обручам, связывать постоянно развивающуюся социальную жизнь. Система конституционных ценностей (а это прежде всего конституционные принципы) не должна представлять собой заранее установленную априорную данность. Конституция в виде принципов содержит лишь элементы, которые, как мозаика в калейдоскопе, создают новые картины социального мира.

А. Шайо считает, что юридическая наука и судебная практика должны разработать теорию, которая позволит в определенной степени полагаться на новые социальные факты и социальные ценности². Разделяя эту мысль, мы предлагаем конституционалистам взять на вооружение такой онтологический метод, как метод пространственно-исторических оценок. Его применение должно стать в том числе методологической базой новых взаимоотношений между национальными судами и европейскими наднациональными судами, прежде всего Европейским Судом по правам человека. В связи с этим необходимо обратить внимание на наличие различий в оценке конституционных ценностей на национальном и европейском уровнях.

Почему высшей ценностью в Конституции РФ признаются человек, его права и свободы? И разве человек, его права и свободы — это одна ценность? Или жизнь человека, человек — это одна ценность, а право на жизнь — другая ценность? Является ли для конституционного права ценностью справедливость как основа нравственности? Почему разум человека, его знания в рамках конституционно-правового концептуального пространства не являются самостоятельными, отличными от академической свободы ценностями?

¹ См.: Толстая А. Д. Фактический брак: перспективы правового развития // Закон. 2005. № 10; Кострова Н. М. Как защитить семью и права детей: проблемы совершенствования семейного законодательства // Закон. 2010. № 8.

² См.: Шайо А. Конституционные ценности в теории и судебной практике: введение // Конституционные ценности в теории и судебной практике: сб. докладов. М., 2000. С. 8.

Все эти вопросы свидетельствуют о том, что конституционно-правовая аксиология только зарождается. Еще требует доказательств основополагающее положение о том, что конституционно-правовые ценности подлежат оценке прежде всего со стороны нравственных ценностей. Сама по себе идея права основана на оценке, на оценочном образе мышления.

Ценностный подход к конституционному праву не может ограничиться утверждением, что есть некая система конституционных ценностей (или даже их иерархия), что есть некое замкнутое, недоступное для других ценностей концептуальное пространство конституционного права. Верно заметил Н. Неновски: последовательно применяя ценностный подход к праву, мы вынуждены будем выйти за строгие очертания самого права¹. На систему конституционных ценностей влияют нравственные и иные ценности.

По этому вопросу в теории права сложились две противоположные точки зрения.

Первая — это чистая теория права Г. Кельзена, уходящая корнями в концептуализм исторической школы права фон Савиньи. Кельзен считал, что необходимо очистить право от влияния каких бы то ни было ценностей — политических, идеологических, нравственных, религиозных. Чистое право должно быть построено исключительно на основе юриспруденции. Чистая теория права требует рассуждения о праве лишь в структуралистских терминах, максимально избегая ценностных суждений. Эту идею повторил Г. Харт в своей статье о позитивизме и необходимости разделения права и морали: слияние морали и права губительно для правовой системы. Вторая точка зрения высказана Р. Дворкиным, который, напротив, считает, что необходимо оценивать конституционные ценности сквозь призму нравственных ценностей, прежде всего справедливости².

Соотношение конституционных и нравственных ценностей имеет вполне практическое значение, когда обсуждается такая привычная для юристов проблема, как пробелы в законодательстве (особенно в Конституции). Может ли Суд констатировать законодательные упущения, т. е. признать нарушенным право на право? В тех странах, где по-прежнему сильны позиции Кельзена, на этот вопрос отвечают отрицательно. Там же, где его взгляды преодолены, признаются, что пробелы в конституционном праве бывают, в частности, аксиологические пробелы возникают, если за-

¹ См.: *Неновски Н.* Право и ценности. М., 1987. С. 25, 29.

² См.: *Дворкин Р.* Указ. соч.

кон регулирует определенные отношения нравственно недопустимым образом.

Есть определенная разница между аксиологией права и аксиологией конституционализма. В аксиологии права она трактуется как ценность и как предмет оценки с точки зрения справедливости, равенства, свободы.

Аксиология конституционализма имеет прикладное значение. Это философские проблемы конституционного права, своего рода *теория среднего уровня*, не являющаяся философией права в подлинном смысле. По сути, это сумма научных знаний, являющихся смежными для философии права и конституционного права.

Аксиология конституционализма занимается:

1) определением того, что есть конституционные ценности, *каково их генетическое происхождение*;

2) установлением соотношения различных конституционных ценностей между собой. Например, такая ценность, как экономическая свобода, попала в Конституцию из экономического пространства, а солидарность, социальное государство, право на достойную жизнь — этические по своему происхождению конституционные ценности, составляющие определенный раздел конституционного права — конституционную этику. К ней относится чрезвычайно важный для конституционного права принцип соразмерности (пропорциональности). Им руководствуются при создании публичного порядка, т. е. системы разумных ограничений прав и свобод человека. По сути, баланс — золотая середина — это древняя этическая категория, используемая в правовом концепте.

Рассматривая конституционные принципы с точки зрения онтологии права, следует обратить внимание на ряд следующих обстоятельств. Итак, формулировки норм в тексте конституций, содержащие конституционные принципы, это так называемые общие юридические нормы, нередко весьма образно называемые каучуковыми. Как часть правовой реальности могут существовать супраконституционные принципы — их нет в текстах конституций, но они признаются почти всеми конституционными судами¹, используются конституционными судами как при толковании самой конституции, так и при конституционно-правовом толковании обычных законов. Выходит, что с онтологической точки зрения супраконституционные принципы, не являясь частью консти-

¹ Таковыми являются принцип правовой определенности и принцип свободы договора.

туционного текста, тем не менее представляют собой реальность. Это о них юристы обычно говорят, как о «духе и смысле» конституций.

Да и слова преамбул конституций обычно не имеют привычного нормативного звучания. Значит ли это, что данная часть текстов конституций не является частью конституционно-правовой реальности? Нет, на этот вопрос следует дать отрицательный ответ. Практика конституционных судов свидетельствует о том, что преамбулы воспринимаются как воплощение конституционных принципов, как реальное право.

Конституционные принципы могут получить разную интерпретацию — и это онтологическая и гносеологическая реальность. Поэтому вполне уместны вопросы: как осуществить правильный выбор между возможными альтернативными вариантами интерпретации общих норм конституции; можно ли создать теории поиска правильных решений?

Можно согласиться с О. Пферсманном, который дает положительный ответ на эти вопросы¹. При этом Пферсманн отмечает, что такие теории не будут юридическими, поскольку право лишь предписывает, но не оговаривает детально, каким должен быть выбор интерпретатора — это важный структурный элемент юридического концепта. Рассуждения о способе выбора одной из возможных альтернатив могут относиться к области нравственности, политики либо (с более формальной и дескриптивной точки зрения) быть связаны с теорией рационального выбора. Нельзя исключать и появление междисциплинарных теорий типа конституционной экономики. Пферсманн отмечает, что вполне возможно и зачастую разумно предоставить суду выбор между несколькими возможными альтернативными решениями². Обратим внимание: общую норму можно истолковать альтернативно, и при этом каждый из альтернативных вариантов интерпретации онтологически имеет право на существование! Но даже в праве трудно представить себе ситуацию, как замечает Пферсманн, когда все возможности выбора будут заранее определены, поскольку в таком случае нужно предположить наличие некоего скрытого предварительного знания о каждой индивидуальной ситуации.

Итак, существует ли только одно правильное толкование общей нормы, которое надо обнаружить суду, или существуют аль-

¹ См.: Пферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать: (о толковании Конституции). С. 18.

² Там же.

тернативные равновозможные способы интерпретации? Защитники концепции единственно возможного толкования конституции, по сути, прибегают к конструированию чего-то весьма необычного с точки зрения общей онтологии — к некоей **тайной онтологии**, поскольку утверждают, что недостающие для принятия судом решения о толковании элементы уже присутствуют в правовой системе в виде принципов.

Это концепция, которой придерживается Р. Дворкин. По его мнению, право не сводится исключительно к установленным ясным, конкретным «правилам», но также включает в себя то, что он называет «принципами». Эти принципы являются действительными, даже если они не были введены в правовую систему согласно некоему правовому акту, исходящему от компетентного органа. Действительность (т. е. реальность) этих принципов проявляется в том, что к ним прибегают судьи в поисках единственно возможного правильного решения¹. Пфферсманн, возражающий против идеи единственно возможного правильного судебного решения, в одной из своих работ упрекает Дворкина, утверждая, что он пользуется тайной онтологией, в которой можно найти все необходимые данные и аргументы для доказательства тезиса о том, что этих данных всегда вполне достаточно для того, чтобы в любой ситуации прийти к единственно правильному решению².

Подведем итоги. Пытаясь описать онтологию конституционного права, я обратился к ряду доктринальных проблем теории конституционного права. На первый взгляд может показаться, что под видом онтологии конституционного права, подменив предмет толкования, я анализирую ставшие вечными проблемы конституционного права. Однако сам факт того, что доктрина конституционного права «пробуксовывает», обращаясь постоянно к одним и тем же проблемам автономности конституций, их верховенства, действительности норм, неизменности, подтверждает догадку мою о том, что основной причиной такого положения дел в доктрине конституционного права является нерешенность методологических проблем, образующих онтологию конституционного права.

Идеи о верховенстве конституции, об иерархизации норм, о нейтральности конституций, являясь конституционно-правовыми, сцеплены с проблематикой онтологии права. Особенно на-

¹ См.: Дворкин Р. Указ. соч.

² См.: Pfersmann O. *Ontologie des norms juridiques et argumentation* / eds. by O. Pfersmann, G. Timsit. *Raisonnement juridique et enterpretation*. P., 2001. P. 11—34.

глядно онтологические корни видны в проблеме так называемого толкования конституций.

Есть разные точки зрения (Г. Кельзена, М. Тропера, Р. Дворкина) на такое, казалось бы, сугубо юридическое понятие, как «действительность нормы». И только критическое их рассмотрение позволило обнаружить, что различия во взглядах основано на различных онтологических воззрениях этих авторов. Ряд основополагающих для доктрины конституционного права проблем не могут получить правильного разрешения без разработки онтологии конституционного права. Различные конституционно-правовые концепции должны быть верифицированы с помощью онтологии — правовой методологии, которая имеет научную ценность, поскольку позволяет получить убедительные критерии оценки научной состоятельности различных юридических концепций, выполняя важную эпистемологическую функцию.

Основные категории онтологии конституционного права — это конституционно-правовой спор, согласие (компромисс), баланс частных и публичных интересов и конституционно-правовое концептуальное пространство. Последняя категория является составной частью правовой реальности и основой для формирования доктрины конституционно-правового концепта действительности, речь о котором более подробно пойдет в следующей главе.

Глава 4

ОНТОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКОГО КОНЦЕПТА ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ

Для юридической мысли характерна такая черта, как ее пластичность, любовь к конструкциям и даже фантазиям, переносящим ее из узкого мира эмпирической действительности в огромный мир метафизически возможного.

Е. Спекторский

1. Онтология права в качестве объекта познания рассматривает один из сегментов бытия человека — правовую реальность. Она систематизирует онтологические категории, имеющие отношение к миру права. Практическая значимость онтологии права состоит в том, что она представляет собой разновидность методологической науки, причем не всеобщей, а отраслевой, юридической.

Есть разные точки зрения на то, что такое отраслевая методология. Р. Лукич считал, что любые так называемые общие теоретические положения претендуют на то, чтобы считаться философскими обобщениями¹. Д. А. Керимов полагает, что любая прикладная наука может достичь и нередко достигает таких высот теоретических обобщений, которые приобретают подлинно философское звучание².

В своих научных поисках я стремился не только описать онтологию права, но и по возможности обнаружить в ней нечто такое, что могло бы послужить развитию общей онтологии. Конечно, главной целью онтологии права, и в частности онтологии конституционного права, является ее методологическая направленность в сторону не общей философии, а юридической науки.

Философия права, в том числе ее онтологический раздел, в виде предельно обобщенных категорий отражает явления правовой

¹ См.: Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 24.

² См.: Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2009. С. 93.

реальности, выявляет общие (объективные) закономерности ее развития, а также развития смежных с ней пространств экономической и политической реальности, этики.

Д. А. Керимов пришел к выводу, что методологию следует понимать как концептуальное единство ряда компонентов. Она не является локальной дисциплиной, существующей изолированно от всего комплекса наук, однако внутренне имманентна всей науке в целом и каждой ее отдельной отрасли. Она делится на две органически связанные между собой и взаимодействующие части: всеобщую методологию и методологию отраслевых наук, в том числе правовую методологию, разрабатываемую главным образом философией права¹.

Оговорка «главным образом» точна и уместна, поскольку отраслевые юридические науки способны предложить систему методов исследования правовых объектов, выходя на уровень теоретических обобщений, имеющих гносеологическое значение.

Стремясь обрисовать онтологическую картину мира права на примере конституционного права, я полагал, что и в капле юридической воды можно обнаружить информацию о всех глубинах океана правовой реальности. Выбор конституционного права в качестве «полигона» для познания правовой реальности не случаен. Это объясняется не субъективными причинами, не моей научной специализацией, а объективным положением, занимаемым конституционным правом в правовой жизни, — оно находится на вершине юридической пирамиды, поэтому применение норм конституционного права значительно отличается от правоприменения в уголовном, административном, гражданском и другом праве. Применяя конституционные принципы, поневоле обращаешься не только к нормам конституционного права, но и ко всем пластам правовой реальности. В иных отраслевых юридических дисциплинах возникает видимость, что правовая реальность — это только реальность юридических норм, институтов, их применяющих (юрисдикционных органов), правоотношений, возникающих между субъектами правовой жизни.

Поэтому схема изучения предметных сфер данных дисциплин обычно носит формально-догматический характер, когда главным звеном в познании признается система юридических норм, являющихся продуктом воли государства, облеченной в форму закона и других официально признанных источников права.

¹ См.: Керимов Д. А. Указ. соч. С. 95.

Вторым звеном в этом познании является осуществление правовых предписаний, реализация субъективных прав и обязанностей. На этой стадии, если есть юридические споры, возникает потребность в применении норм юрисдикционными органами для их разрешения. В случае неопределенности, неясности нормы осуществляется ее толкование в целях правоприменения.

Думается, что при данном зеркальном отражении правовой реальности в юриспруденции она стоит на голове. С моей точки зрения, правовая реальность вовсе не ограничивается юридическими нормами и правоотношениями, т. е. механизмом правового регулирования. Это так называемое узконормативное понимание права, которое представляет собой проявление метафизических начал. Такое понимание правовой реальности страдает крайней догматичностью.

В конце XX в. российские философы права признали достижения в области правовой мысли, существующие на Западе. Д. А. Керимов, В. С. Нерсесянц и другие ученые пришли к следующему выводу: право следует понимать не только как совокупность законов и иных источников права, установленных волей государства и обеспеченных принуждением. И генетически, и функционально, и с точки зрения развития право представляет собой прежде всего определенную систему общественных отношений, природа которых объективно имеет правовой характер и которые именно в силу этого требуют законодательного регулирования.

Сказанным не отрицается и не умаляется роль системы законов и законодательства, а лишь подчеркивается, что данная система — часть более сложной системы права¹. Керимов отождествляет правовую реальность с правом, когда афористично утверждает, что право — это прежде всего сама жизнь, а не формально-абстрактное ее отражение². Предлагаемое им широкое понимание права открывает возможность для его анализа в совокупности факторов, которые обеспечивают его существование не в виде схемы законов, отражающих общественную жизнь, а как саму эту жизнь, т. е. как право, взятое в его бытии³.

Керимов считает, что исследователи, обращающие свои взоры к праву, не должны ограничиваться лишь его нормативным аспектом, ибо в этом случае они окажутся в плену представлений о нем как о статично существующем образовании. Чтобы избежать этой

¹ См.: Керимов Д. А. Указ. соч. С. 338; Нерсесянц В. С. Право и закон. М., 1993.

² См.: Керимов Д. А. Указ. соч. С. 338.

³ Там же. С. 340.

опасности, крайне важно исходить из динамизма права. Тогда в поле зрения исследовательской мысли окажутся процесс правообразования и правотворчества, характер самих правовых, ненормативных правовых предписаний, их восприятие, уяснение и оценка людьми, этапы правореализации и эффективность правового действия, результаты и социальные последствия правового регулирования общественных отношений¹.

Это правопонимание предложил Т. Парсонс², известный американский социолог, глава школы структурного функционализма. В качестве основного звена в его построениях взято понятие социального действия, специфику которого он видел в его символическом характере (о чем свидетельствует использование таких механизмов регуляции, как язык, ценности и др.), в его нормативности (зависимости от общепринятых норм и ценностей), наконец, в его волюнтаризме (некоторой иррациональности «зависимости от субъективного видения ситуации»)³. Исходными в теории социального действия Парсонса являются понятия «деятель», «ситуация», «ориентация деятеля на ситуацию». Культура задает ценностную ориентацию, регулирует социальное действие человека в зависимости от объективно существующих «внешних символов» — ценностей или норм.

2. В предыдущей главе была предпринята попытка на примере пространства конституционного права показать онтологическую значимость юридического спора, который обычно завершается поиском согласия, компромисса. Нереальность достижения добровольного компромисса во всех ситуациях объективно приводит к необходимости появления в обществе специального института, который направлен на урегулирование споров. Правовая реальность взаимосвязана с конфликтной бытийной стороной жизни. Право, возникающее в результате урегулирования особенно важных для общества юридических споров, представляет собой найденный баланс законных интересов субъектов правовой жизни, оно первично по отношению к позитивному закону. На протяжении тысячелетия человечество изобрело способы оптимального разрешения юридических споров. Основные юридические конструкции, применяемые в этих целях, рациональны, и все они служат одной цели — урегулированию юридических конфликтов. Так появилась юридическая догма, основанная на том, что есть заранее установленный

¹ См.: Керимов Д. А. Указ. соч. С. 341.

² См.: Посконин В. В. Правопонимание Толкотта Парсонса. Ижевск, 1995.

³ Новая философская энциклопедия. Т. 3. С. 204.

перечень, каталог эталонов поведения, носящий закрытый характер, — это так называемые формальные источники права.

Судья сравнивает ситуацию спора с имеющимися юридическими эталонами и приходит к логическому выводу, как надо квалифицировать притязания. При этом чаще всего приходится уяснять смысл применяемой юридической нормы. Данный процесс внешне напоминает познавательную деятельность. Это действительно так, но еще и особая разновидность когнитивной деятельности — юридическая. Специфическое юридическое (судебное) познание отличается от научного познания тем, что сама по себе познавательная деятельность достаточно жестко регламентируется системой правил, в целом образующих определенный юридический концепт. Юридический концептуализм базируется на системе специфических юридических понятий. Некоторые из них заимствованы из «смежных», определенных интеллектуальных пространств — философии, этики, экономики, но в юридическом пространстве они зачастую подвергаются глубокой юридикации, приобретают новый смысл.

В процессе изучения онтологии права стало очевидно, что юридический концепт действительности реально существует и является частью правовой реальности.

Есть основания для вопроса: можно ли утверждать, что есть один, общепризнанный юридический концепт действительности (ЮКД)? Как известно, в мире существует несколько правовых семей, да и в рамках одной правовой семьи существует множество вариантов правопонимания. Достаточно напомнить о различиях между естественно-правовым и позитивно-правовым восприятием действительности. Думается, с позиции теории права трудно согласиться с наличием единого концептуального восприятия юридического мира. А если оценить выработанные человечеством на протяжении тысячелетий правовые конструкции в ином ракурсе — с точки зрения онтологии права? Является онтологическим фактом то, что в нормативном регулировании многих стран используются проверенные временем, практически одни и те же правовые механизмы¹. Уже одно это позволяет задуматься: а не

¹ Ганс Кельзен также писал о «признаках общих для всех социальных порядков, обозначаемых словом “право”». Некоторые из этих признаков не выражают сколько-нибудь существенную функцию этих социальных порядков. В качестве примера им приводились юридические нормы, предусматривающие за определенные заслуги награды (титулы или ордена). Но такие нормы не являются признаком, общим для всех систем права, поэтому они, как не связанные с общим замыслом, с основными функциями, не составляют часть юридического концепта (см.: *Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 26*).

является ли жизненность этих универсальных правовых конструкций проявлением объективной закономерности, «заданности», по терминологии Э. Фехнера. Напомним, что, исследуя место права в целостной взаимосвязи бытия, он установил: право есть часть порядка части порядка¹. Этот порядок появился объективно. Следовательно, и право как часть порядка должно развиваться в соответствии с определенными естественными закономерностями, поскольку оно во многом предопределяется объективно сложившимся социальным порядком. Человек только познает и признает естественность возникшего юридического порядка, как он должен признать физические, экономические законы или законы мышления. Правовые конструкции не только созданы интеллектом человека, но и воспроизведены, открыты. Человек, конечно, обладает творческим началом и, встречая объективную заданность в устройстве социума, развивает объективные данности в виде юридического концепта, одного из самых древних. Эта идея выражена в утверждении, что лишь частично право вверено свободе людей.

Поэтому в настоящей главе предпринимается попытка дать онтологическое описание общей для всех систем правового регулирования объективно сложившейся концептуальной части нормативного регулирования. Почему мною употребляется понятие «юридический концепт действительности» в единственном числе? Полагаю, что при этом речь должна идти об обязательных, присущих праву универсальных чертах и элементах, которые в совокупности воплощают некий интуитивно возникший замысел или концепт. Эти элементы могут складываться, синтезироваться в различные комбинации, образуя правовые семьи. Но в каждой из комбинаций — идет ли речь о праве стран общего права, или о континентальном праве, или о мусульманском праве, обнаруживаются общие «правовые корни», элементы, причем существуют довольно схожие логические взаимосвязи между ними, когда один элемент порождает другой и т. д. В конструировании юридического концепта действительности использованы прежде всего общие параметры или единицы измерения. И это временные и пространственные параметры². На первых порах я считал, что юридический концепт действительности — это всего лишь разработанная еще римскими юристами правовая догматика. Поэтому на страницах книги можно обнаружить оценки ЮКД в определенной отрица-

¹ См. гл. 2 настоящей книги.

² См. подробнее: *Тилле А. А.* Указ. соч.

тельной коннотации. Однако затем стало понятно, что такая оценка является как минимум поверхностной. Скорее всего, не стоит легкомысленно подвергать критике юридические представления, которые создавались многочисленными поколениями юристов. Человечество разумно, и если вспомнить известную мысль Гегеля, действительность ЮКД служит лучшим доказательством его разумности. Рассматривать юридический концепт как порождение юридической догматики явно недостаточно, это односторонний подход и оценка. Стоит задуматься: а не является ли в целом ЮКД воплощением естественно-правовой интуиции в том смысле, что он сложился естественным образом и отражает объективно существующие закономерности мира права?

Идея об онтологической сущности ЮКД появилась в процессе изучения феномена толкования общих норм конституций, когда я столкнулся с необходимостью осознания того, что представляет собой старое юридическое понятие «воля государства» (или «воля закона»). В современной зарубежной юридической и социологической литературе сложилось убеждение, что это метафизическое понятие, некая юридическая догматика, от которой следовало бы как можно скорее избавиться. Думается, есть основание для более уважительной и внимательной оценки. Не является ли эта изобретенная юристами фикция (а это действительно разновидность юридических фикций) неизбежным, необходимым элементом юридического мировосприятия, одним из элементов, встроенных в систему юридических идей, в целом образующих стройную концепцию? Скоропалительный отказ от него непременно приведет к разрушению веками сложившегося целого. В гл. 3 настоящей книги предпринята попытка показать, что если вслед за представителями реалистической теории толкования конституций отрицать понятие «воля государства», то можно допустить серьезную онтологическую ошибку.

Даже сугубо философское понятие «истина» приобретает в системе ЮКД характер «объективной (или юридической) истины», о чем речь пойдет ниже. Так появился замысел критически описать юридический концепт, обнаружив его основные элементы и обратив внимание на его не только сильные, но и слабые стороны. Самое главное в этом научном проекте — проверка гипотезы о том, что ЮКД и его основные элементы появились закономерно, естественным путем, у разных народов, в различных частях света с помощью рецепции.

Описание ЮКД будет неполным, если не вспомнить о роли рецепции в его генезисе. Рецепция идей не является сугубо юри-

дическим феноменом. Идеи византийского философа Симеона о духовном учительстве, об аскезе, о наставнике в этом учительстве сводились к тому, что общение с ним — это как общение с Богом, которое не допускает вмешательства каких бы то ни было церковных инстанций. Чуть позже эти же религиозные идеи стали проповедовать суфии — последователи одного из течений ислама — суфизма. Самым известным суфием был живший в XII в. Мевлана Джелаладдин Руми, основоположник неортодоксально ислама.

Рецепция как явление не может связываться только с восприятием юридических идей римского частного права, это постоянно протекающий процесс перетока и обмена юридическими идеями: греки — римским юристам, последние — византийским юристам, т. е. опять грекам, те — итальянцам, арабам и т. д.

Рецепция — это также невидимое восприятие обычаев, традиций, *mores*. Мы мало знаем, но, несомненно, существует рецепция византийских правовых традиций Древней Русью. Они не могли не проникнуть в русское право, поскольку распространение христианства шло из Византии. Миссионеры уже с IX в. были одновременно дипломатами, трудившимися на ниве укрепления византийского величия. Они умело входили в доверие к русским (киевским) князьям. Как известно, у некоторых князей жены были христианками, а значит, они бессознательно поддерживали интересы Византии. Духовенство, зависимое от Византии, играло большую роль в Древней Руси, так как являлось единственным носителем грамотности и культуры. Византийцы заседали в княжеских советах, и таким образом насаждалось византийское право. Это тоже рецепция¹.

Во всех человеческих сообществах, у всех народов в той или иной степени появляются одни и те же потребности, ожидания. Одна из них — это потребность в справедливости. Именно эта потребность способствует тому, что у разных народов формируются примерно одинаковые юридические концептуальные взгляды. Эта же потребность, которая должна изучаться юридической социологией, образует и потенциальную возможность и юридический запрос на рецепцию правовых идей, т. е. заимствование правового

¹ В 989 г. Византия отдала сестру василевса Василия II Анну за князя Владимира. В обмен он согласился вернуть Византии взятый им Херсон, принять крещение и оказывать империи военную помощь. Необычайная красавица — Мария Аланская, грузинская царица, была в XI столетии единственной чужеземкой на византийском престоле. Она была супругой двух императоров — Михаила VII Дуки (1071—1078) и Никифора III (1078—1081).

опыта одной страной, донором, другой — реципиентом¹. На эту онтологическую сторону процесса рецепции, к сожалению, пока никто еще не обращал внимания, а ведь институт рецепции правовых идей показывает, как поступательно происходит процесс формирования универсальных концептуальных юридических идей и как в этом процессе участвует все человечество. При этом в связи с рецепцией появляются новые понятия юридической социологии и теории права — специфичность процессов заимствования в различных странах, правовая аккультурация, преемственность в праве, восприятие права.

ЮКД — это система теоретических юридических воззрений, формально-абстрактное отображение правовой действительности. Как сумма теоретических идей ЮКД реально существует, но это особая реальность не существующих реально объектов. Конечно, изначально при создании математического и юридического концептов были различные цели. В отличие от математики, науки сугубо абстрактной, юриспруденция всегда развивалась с ориентацией на судебную деятельность. Этим объясняется дизайн юридического концепта, замысел его прост и удобен. Уже отмеченная потребность в справедливом разбирательстве в юридическом концепте приобретает форму юридически исходных понятий объективности и беспристрастности суда. По сути, это же социальное ожидание преломляется в такие общие для юридического концепта характеристики права, как формально-равное, абстрактное. Конечно, можно использовать для характеристики права и другие, неюридические характеристики — сухое, бездушное и даже безжалостное. Именно так характеризовал его Лев Толстой, изучавший в юности юриспруденцию в Казанском университете, но при этом питавший к юриспруденции, судам буквально ненависть. И это не случайно, потому что формализм права вступает в противоречие с этической концепцией великого писателя². Реальность юридических фантомов — это реальность физических и юридических лиц — субъектов права, юридических фикций в виде воли юридических лиц, фикций толкования воли закона и т. д. Возможно, познание закономерностей этой части правовой реальности способно расширить представления общей онтологии. К элементам ЮКД относятся также источники права, т. е. система заранее отобранных юридических критериев, сформированная согласно

¹ См.: Дудко А. И. Рецепция в конституционном праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2010. С. 13.

² См.: Гусейнов А. А. Великие пророки и мыслители.

принципу закрытого, исчерпывающего перечня, а также особый характер отыскиваемой в процессе разрешения юридического спора юридической истины. Обратим внимание на такую закономерность, как редуцирование, ограничение, заранее введенное регламентирование того, что может считаться источником права, содержащим критерии установления искомой юридической истины, субъекта в юридическом пространстве.

Юридизация — это прежде всего редукция. Одна из наиболее важных юридических конструкций, из которых «собран» ЮКД, — это правило юридического силлогизма, о котором уже шла речь в предыдущих главах книги. Суть его в процессуальном механизме установления объективной, юридической истины, необходимой для достижения максимально возможной объективности и беспристрастности (здесь, кстати, наглядно видна взаимосвязь этих двух элементов ЮКД) судьей, который не свободен в выборе правовых аргументов, поскольку черпает их из заранее установленного круга источников права, находящихся в состоянии иерархии. Судья, применяя правило юридического силлогизма, решает две группы задач. Сначала он изучает фактические обстоятельства возникшего юридического спора, обращая внимание на его индивидуальные особенности (вопросы факта). Затем он исследует подлежащие применению источники права (вопросы права). Потом наступает третий этап (он присущ всякому юрисдикционному процессу), в течение которого осуществляется наложение одной логической посылки (источника права) на другую — фактические обстоятельства, после чего следует логический вывод — субсумция. На этом этапе интерпретируются источники права судьей, т. е. в познавательный процесс, который по концептуальному замыслу должен быть предельно объективным, привносится субъективный момент.

То, по поводу чего возникают отношения между субъектами права, «населяющими» правовое пространство, — это не обычные осязаемые вещи (лат. *res*). Понятие бестелесных вещей появилось еще в римском праве. И это тоже реальность права, если не понимать эту реальность узкореалистически.

Причина и следствие — старые метафизические категории, также «переваренные» в ЮКД, обретают в нем особое, юридическое содержание.

Человек постепенно начал осознавать, что он живет в сообществе себе подобных, существуют объективно необходимые правила совместного существования, соответствующие заведенному по-

рядку (от нем. *ordnung*). Социальный порядок, частью которого является юридический порядок (как вычленение наиболее важных для общества отношений), не должен противоречить ни органическому (физическому), ни духовному слоям бытия, существующими в соответствии с имманентно присущими им закономерностями.

Человек медленно осознает свою социальность, являющуюся необходимой предпосылкой возникновения ЮКД. Достаточно вспомнить, что юридическая идея социального служения (идея социального государства), потребность в публицизации частного права возникли совсем недавно — в XIX в. Как и физический слой бытия, юридический порядок изменчив. Человек интуитивно понимает объективные закономерности, являющиеся сущностями физического, биологического и других порядков.

Эта своеобразная интуиция права играет немаловажную роль в генезисе и развитии ЮКД. Ритмы, существующие в природе¹, отзываются в социальном порядке в виде дисциплины. Юридический концепт был бы невозможен в отсутствие дисциплины, которая онтологически «старше» юридического порядка. Вот почему римское право так успешно развивалось на основе воинской дисциплины, о которой римляне узнали, пожалуй, раньше, чем о праве. Дисциплина как питательная среда помогла праву развиваться в процедуре римского права, т. е. последовательность юридических действий: процедуры заключения договоров, разрешения юридических споров и т. д. Сейчас такие элементы, как *pacata sunt servanda*, дисциплина в области семейного права, понятие «законность» напоминают о генетической связи дисциплины и юридического концепта.

Почти завершенный юридический концепт действительности можно обнаружить в праве Византии. В 885 г. комиссия, возглавляемая патриархом Фотием, который, кстати, способствовал просветительской деятельности создателей славянской азбуки монахов Кирилла и Мефодия, разработала юридический сборник, названный «Исагогой» (т. е. «Введением») и опубликованный от лица василевсов Василия, Льва и Александра. Сборник состоял из 40 глав (титулов), располагавшихся в таком порядке: об основных правах и о правосудии, о полномочиях императора и о патриархе, об эпархе столицы, о судах, свидетелях, помолвке и бра-

¹ Имеются в виду различные ритмы — сменяемость дня ночью, зимы — весной, биологические ритмы человека и т. д.

ке, договорах, строительстве, соседском праве, преступлениях и наказаниях.

Данный сборник содержал единственный в своем роде и не находящийся соответствия ни в кодификации Юстиниана, ни в византийской правовой традиции большой публично-правовой раздел, который идет первым, как в современных систематизациях законодательства. Речь идет о титуле II «О василевсе», открывающемся определением василевса как общего для всех подданных блага. Обратим внимание на то, что философская идея Аристотеля об общем благе в этом сборнике впервые юридизирована. Это, по сути, привычное для современных юристов деление права на две отрасли — публичное право и частное право по критерию общего блага.

Именно в то время окончательно утвердилась такая черта юридического концепта, как объективная необходимость в систематизации законодательства применительно к сферам государственной, общественной и частной жизни.

В разделе сборника, посвященном полномочиям василевса, можно обнаружить почти современные черты юридического концепта, касающиеся толкования законов. Василевс был обязан разъяснять законы благожелательно, а в сомнительных случаях предпочитать толкование, отличающееся тонкостью вкуса; в делах, в отношении которых не было писаного закона, должен был руководствоваться привычкой и обычаем, а если нет и этого — следовать нормам, регулирующим сходные казусы; в зависимости от того, как был установлен закон — письменно или без письменного оформления, и отмену его также следовало осуществлять письменно или без письменного оформления, т. е. путем неупотребления; обычаем какого-то города или провинции можно было воспользоваться тогда, когда он, будучи подвергнут сомнению, был подтвержден в суде, причем установления, проверенные долгим обычаем и сохраняющиеся на протяжении многих лет, действовали не хуже писаных законов.

По сути, в Византии реально сложился правовой федерализм!

А то, что в «Исагоге» говорится о понятии закона, точнее — о праве, звучит совершенно современно. В предисловии к сборнику содержится гимн закону, провозглашается, что закон — от бога, это истинный василевс, поскольку закон выше самих василевсов, причем василевсов не каких-нибудь, а весьма почитаемых из-за их православия и справедливости. Далее следует дефиниция: «Закон — это общезначимое распоряжение, плод размышлений муд-

рых мужей, общее соглашение граждан государства». Это, по сути, идея общественного договора, сыгравшая значительную роль в формировании юридического концепта действительности¹.

Чтобы понять, как и когда появился юридический концепт, полезно вспомнить еще об одном памятнике византийского права — о «Василиках» и о новеллах к ним Льва VI. Характерными чертами сборника новелл Льва VI являлись господство критического отношения к старому и вообще писаному официальному праву, мысль о постоянно меняющихся условиях жизни и необходимости приближения старого законодательства к новым условиям жизни, акцентирование внимания законодателя на расхождении официального императорского законодательства и обычного права, признание за обычаем его преобладающей в сравнении с писаным законодательством роли. В обширной Византийской империи, на территории которой жили армяне, сербы, болгары, греки и многие другие народы, такая норма являлась свидетельством гибкого федерализма при общей тенденции к усилению центральной власти.

Чтобы понять, что такое ЮКД, полезно вспомнить онтологические категории «сущность» и «существование», а также одну из спецификаций онтологической идеи М. Хайдеггера о «бытии» и «сущем», использованную Сартром, введшим в обиход пару понятий «эссенция — экзистенция». С данной онтологической точки зрения ЮКД относится к эссенции. Сущность права не в его автономности, а напротив, во включенности в другие порядки (физические, социальные). Существование права — его экзистенция происходит в пространстве места и времени². Пространственно-временная система координат определяет контуры ЮКД, и не случайно, а неизбежно детерминировано тем, что реальность — это единство прошлого, настоящего и будущего.

Несмотря на успехи истории права, многое о том, как происходил генезис ЮКД у разных народов, нам неизвестно. Несомненно только одно: в этом творческом процессе принимало участие все человечество. Вероятно, можно говорить о каких-то долях участия в нем разных континентов.

Идея об абсолютном верховенстве Корана среди источников мусульманского права, возможно, послужила основой для более поздней европейской идеи о верховенстве конституций. Национальные

¹ См.: Культура Византии (вторая половина VII—XII в.). С. 155.

² Как результат, появление в теории права идей о действии источников права в течение определенного времени, на определенной территории, что также является элементом ЮКД, явлением редукции, целью которой является оптимизация процесса разрешения юридических споров.

правовые системы разных народов в разные времена в разных частях мира вносили свой вклад в создание ЮКД как совокупности проверенных временем, практикой правовых конструкций и универсалий. Так появилась идеальная по своей онтологической сущности реальность — «материя идеальной формы» (С. И. Максимов).

Юридический концепт действительности, хотя он и является упрощенной (редуцированной) картиной реальности, обладает фикционизмом, увлекается абстракциями, стал таким, как он есть не случайно, а объективно необходимо, под воздействием ряда социальных, экономических причин. Некоторая его ограниченность, возможно, не недостаток, а напротив — достоинство. Для пояснения можно привести пример со свободой человека. Гипотетически человеку может быть предоставлен максимально возможный объем свободы. Получив ее, человек может разрушить социальные, семейные связи, причем безвозвратно. Он перестанет отвечать определенным ожиданиям, выполнять свои роли в обществе, поскольку максимум свободы — это ослабление ограничителей, правил. Редукция, упрощение как методологические приемы конструирования ЮКД, как своеобразные системообразующие ограничения предназначены для наиболее рационального разрешения юридических споров. ЮКД — это черно-белое восприятие многоцветной реальности, намеренно избавленное от множества несущественных, мешающих оперативному разрешению спора деталей, схематическое описание того, что произошло реально в жизни. Г. Радбрух писал о том, что вся жизнь Гёте, если ее изложить юридическим языком, выльется в несколько строк. Юридический мир избавлен от мелочных отвлекающих деталей, он имеет дело не со всем многообразием отношений, возникающих между людьми, он специально абстрагируется от этической стороны жизни, концентрируясь на тех отношениях, которые нуждаются в правовом регулировании. При конструировании ЮКД преследуются прагматические цели — все они касаются урегулирования юридических конфликтов, причем в максимально возможные сроки, ибо если спор разрешается очень долго, утрачивается объективная потребность в его урегулировании. В современной юриспруденции эта цель присутствует в юридическом принципе разрешения юридического дела в разумный срок. Одной из указанных целей является разрешение спора объективно, т. е. беспристрастным судьей.

Восприятие фактов в юридическом мире подчинено этим прагматическим целям: теоретическая юриспруденция является практической наукой, в своих поисках она полностью ориентируется на юридическую практику. Как и экономическое концептуальное

пространство, политическое концептуальное пространство, этический концепт, правовое концептуальное пространство — все это идеальная онтологическая материя. Но одни и те же факты реальности в этих различных концептах отражаются в разных интеллектуальных конструкциях. У всех наук о человеке и обществе есть свой взгляд, свой ракурс оценки взаимоотношений человека с человеком. Причем можно обнаружить точку соприкосновения всех этих концептов. Ею является признание целостности и системности той части реальности, которой является бытие человеческого общества.

Как теоретическая система ЮКД предельно рационален и прагматичен. Один из его элементов — отрицание закоренелости, незыблемости, неизменности порядка, в соответствии с которым люди сосуществуют в обществе. Формы экономической деятельности, политической и этической организации общества, брачной, семейной жизни не являются неизменными, напротив, они постоянно эволюционируют. И это тоже одна из важных онтологических характеристик ЮКД: он быстро учитывает изменения, протекающие во времени в других сопредельных концептуальных пространствах. Учет фактора времени и развития в юридическом концепте имеет важное методологическое значение. Поясним сказанное: при выборе той или иной модели юридического порядка (в частности, конституционного) нельзя ориентироваться на самую идеальную модель устройства, на некую идеальную демократическую систему. Достаточно выделить комплекс общих для всех стран правовых принципов и методично «осваивать» их в зависимости от эмпирических условий, уровня развития, культуры народа (это и есть учет фактора времени), приспособляющая совокупность указанных принципов к реалиям жизни народа.

И не жизнь должна подгоняться под идеальные правовые конструкции, а конструкции, правовые принципы должны применяться, сообразуясь с нравами, традициями, установками, словом, с *mores*. При этом искусство правовой политики состоит не только в поиске совместимости, в адаптации правовых принципов, но и в том, чтобы в процессе их имплементации в жизнь они не потеряли своих существенных характеристик, не утратили свое «тяжелое содержательное ядро».

Мерилом разумной прагматичной правовой политики является количество юридических споров, увеличение числа которых зависит от случаев, когда имеет место увлечение «романтической» моделью конституционной политики и от случаев, когда наблюдается чрезмерно консервативный или даже реакционно-консерватив-

ный вариант. Когда количество таких конфликтов превышает разумные пределы, общество входит в состояние конституционного кризиса. С. Франк писал о том, что порядок в обществе (конституционный порядок тоже. — Г. Г.) должен отвечать критериям разумности и справедливости¹.

Разумность конституционной политики зависит от того, в какой мере она благоприятствует реализации идеальных конституционных принципов, при этом считаясь с несовершенством общества и состоянием культуры. В этом суть ЮКД, его реализма и прагматизма.

Когда конституционная политика по возможности обеспечивает естественные права человека, учитывает разумные правовые запросы личности, можно говорить о справедливости порядка. Разумность ЮКД состоит и в том, чтобы эти права не абсолютизировались, не использовались в разрушительных, конфликтообrazующих целях.

Завершая общую характеристику ЮКД, заметим, что в своем системно завершенном виде он появился в европейской юриспруденции в конце XVIII — начале XIX в. Следует заметить, что юридический концепт отводит весьма скромную роль правоприменителю источников права — судье. Судья сравнивается с бесстрастной машиной, предназначение которой — механическое наложение одной логической посылки на другую в целях получения объективного судебного решения.

В конце XIX в., когда во Франции появилась школа свободного права, а в США — правовой реализм, роль судьи изменилась коренным образом. Современные неореалистические концепции толкования (подробнее см. в гл. 3) лишь отражают реально протекающий (и, возможно, неизбежный) процесс повышения роли правоприменителей в юридическом концепте. Скорее всего, это кризис классического ЮКД, но не его конец, который позволит найти золотую середину между стремлением, с одной стороны, сделать решения суда предельно объективными, беспристрастными (для этого необходимо развивать те элементы ЮКД, которые представляют собой своего рода защитные механизмы от субъективизма правоприменителей), а с другой стороны, признать, что по мере усложнения общественной жизни происходит дифференциация юридических дел. Причем появляются особо сложные дела, в которых роль судей резко меняется, поскольку они не только применяют источники права, но и, вооруженные правовыми

¹ См. гл. 3 настоящей книги.

принципами, его развивают. Преодолевая кризис, нельзя отказываться полностью от уже сложившегося юридического концепта, поскольку он обеспечивает самостоятельность юриспруденции. Заметим, что эта цель рассматривается не как самоцель, а как средство рационального разрешения юридических споров. ЮКД — это броня юриспруденции, ее защита от синкретизма с другими интеллектуальными концептами. Но тут появляется риск чрезмерной автономизации ЮКД, грозящей его заостенелостью, застоєм. Как представляется, для решения этих непростых задач небесполезно прибегнуть к методологии онтологии права.

3. Составить наиболее четкое представление о сути ЮКД позволит обзор его элементов, т. е. частей, которые входят в эту теоретическую систему.

На мой взгляд, как онтологически-самостоятельная реальность ЮКД появился, когда в римской юриспруденции сформировались такие понятия, как *persona* (лицо), *status*, *animus possessionis* (воля на владение) (об этом подробнее см. во введении и в гл. 2 настоящей книги). Юридическая жизнь человека стала отличаться от его физической, моральной и психической жизни. Весьма образно Е. Спекторский замечает, что на физическую голову человека была надета юридическая маска (от лат. *persona*). Юридическая биография человека стала отличной от его биологической биографии¹. Человек мог родиться физически, но не родиться юридически, поскольку рабы считались говорящими вещами, а не субъектами права. Да, они, как и свободные римляне, были способны переживать глубокие психические эмоции и даже обладали глубоким духовным миром, но в юридическом мире они не существовали, поскольку у них не было *caput*, т. е. особой юридической головы. *Caput* в обыденной реальной жизни с латинского переводится как начальник, но в юридическом концепте оно обозначает объем участия в правовых отношениях, иначе говоря — правоспособность.

Servus caput non habet дословно переводится так: у рабов нет головы. И такой дословный перевод действительно не имеет смысла, потому что юридический смысл этих слов состоит в том, что раб не является правоспособным. Студенты-юристы, изучавшие римское право, хорошо знают, что *capitis deminutio maxima* — это полное ограничение правоспособности. Двери в юридический мир открыты только тем, кто обладает правоспособностью. Заметим, что уже на этой стадии — стадии зарождения ЮКД присутствуют его основные признаки. Один из них — особая юридическая

¹ См.: Спекторский Е. К вопросу о реальности права. С. 62.

аллегоричность, когда обыденные слова языка приобретают юридический смысл, непонятный обывателю, — это специфическая полисемантическая. Юристы всего мира начали говорить на эзотерическом, понятном только им, как язык эксперта, юридическом языке. В гл. 1 уже обращалось внимание на интересную судьбу латинского слова *res* (вещь), которое в результате развития превратилось в *res publica*.

Изменение смысла слов в рамках концепта характерно не только для ЮКД. Так, слово «рынок» обозначало базар, место, где происходила торговля, где осуществлялся контакт между продавцом и покупателем. Позже рынок утратил свою физическую реальность — сейчас это основополагающее для экономического концепта действительности понятие.

Таким образом, одним из разделов ЮКД является юридическая семантика. Некоторые понятия юридического языка в силу своей автономности препятствуют правильному пониманию сути юридического феномена, его онтологической сущности. Юридическая семантика — это сложности «перевода» смысла юридических понятий на философский язык, а также перевода иностранных юридических терминов на русский.

В литературе обращалось внимание на феномен сущностного изменения римского права в Византии после перевода юридических текстов с латинского на греческий¹.

Можно проиллюстрировать этот вывод на примере очень важного юридического понятия «действительность нормы». В юридическом мире существует институт брака. Как сугубо юридическое формальное понятие, как онтологическая реальность брак возникает не в силу единства душ и взаимной любви. Любовь — это сфера этики. Хорошо, когда брак основан на любви, хотя это не очень надежная, как показывает жизнь, этическая гарантия прочности, устойчивости брака как юридического института. С юридической точки зрения брак может стать юридической реальностью и без общности в духовной жизни и даже без любви. Их отсутствие не влияет на юридическую действительность брака.

В немецком юридическом языке есть точное понятие, обозначающее именно юридическую реальность, действительность брака, договора, юридической нормы — *Gültigkeit*. Позитивное право также действительно в том смысле, который кроется в этом немецком юридическом понятии. В юридическом мире используется понятие «действительность нормы» в разных смыслах

¹ См.: *Спекторский Е. К.* Вопрос о реальности права. С. 180—189.

(см. гл. 3 — понимание его Г. Кельзеном, О. Пфферсманном). Догматика права понимает под действительностью только то, что норма установлена и ей придана юридическая сила компетентным органом публичной власти. Догматика права осложняет, запутывает выявление онтологической картины права — это можно показать на примере таких базовых для ЮКД понятий, как «действительность нормы» и «юридическая истина».

Юридические презумпции в ЮКД обычно применяются в корреляции с математическим законом вероятности. Повторяемость событий, фактов в реальной правовой жизни является той основой, которая позволяет конструировать юридическую презумпцию. В юридическом мире, как в математике, статистике (с ее законом больших чисел), существует особая разновидность сугубо юридических истин, основанных на применении теории вероятности, — и это юридические презумпции.

Для ЮКД очень важны юридические фикции, поэтому не стоит относиться к ним негативно, полагая, что это низкая юридическая догматика. Фикции — это способ юридического бытия. Не зря юристы так берегут, несмотря на сарказм политологов, социологов и некоторых юристов-ученых, фикцию воли государства (закона). Именно она позволяет разгадать сложнейший онтологический ребус: что такое толкование закона (конституции), можно ли признать онтологически самостоятельной единицей онтологии права текст закона или же правовые нормы создаются только после их применения (и конкретизации) судами?

Фикция воли закона предполагает, что есть две самостоятельные онтологические структуры: 1) текст закона, содержащий, как правило, общие нормы; 2) намерения создателя текста. Понятие «воля» появилось в юридическом концепте уже в Древне Риме. Идея о приоритете намерений вступивших в договор субъектов права над его текстом — тоже продукт римского юридического гения¹.

Те, кто отрицает юридическое понятие «воля государства», не видят реальности и общих принципов права, конституционных принципов, которые, на мой взгляд, реальны уже потому, что дают жизнь праву из принципов.

Фикционность ЮКД затрудняет изучение онтологического бытия права, оно ускользает, прячется за видимостями, за двуличием понятий, за презумпциями, которые представляют собой юридически воспринимаемую реальную правовую действительность. Вот

¹ См.: *Франчоца Д.* Институционный курс римского права. М., 2004. С. 59.

почему, повторяюсь, можно утверждать, что реальность созданного юристами юридического мира может быть интересна и общей философии, и философии языка, и экономистам, изучающим экономический концепт действительности.

Реальность бытия — это не только реальность физических объектов, изучаемая естественными науками, не только особая психическая реальность духовной жизни, это юридическая реальность, сущностью которой является ЮКД.

Данное утверждение позволяет продолжить мысль Канта, который писал о метафизической, ноуменальной природе всего юридически реального, не отрицая при этом, что у правового мира есть и внешний характер.

Е. Спекторский считал, что у юридического мира есть своеобразная эмпирическая часть¹. К ней относятся видимые события: издание законов, принятие решений судами. Они могут быть совершенно независимыми от воли людей. Примером этого может служить намыв рекой земли и увеличение тем самым предмета владения (до возникновения на увеличившийся участок земли права собственности в силу приобретательной давности). Это, как писал Е. Спекторский, физические явления с юридическим эффектом².

Тут уместно вновь вернуться к понятию действительности, выражаемой немецким юридическим понятием *Gültigkeit*, поскольку понятие русского юридического языка «действительность» слишком общо, оно не «видит» разницы между действительностью объектов физической реальности и юридической реальности. Немецкий философский термин *Wirklichkeit* предполагает как раз-таки реальность физически осязаемых, видимых, т. е. чувственно воспринимаемых объектов. Е. Спекторский сформулировал прекрасный вывод: реальность всего действительно существующего юридически обладает всеми достоинствами эмпиричности, хотя это и не совсем та эмпиричность, которая конституирует физические явления и объекты или психические состояния³. Вот почему немецкий язык с помощью его терминов *Wirklichkeit* и *Gültigkeit* позволяет лучше понять суть ЮКД. Эмпиричность в нем — это эмпиричность юридически, а не фактически действительного. Эмпиричность юридических онтологических объектов устанавливается не методом наблюдения, характерным для естественных наук, а сугубо юридическим способом, являющимся составной частью

¹ См.: Спекторский Е. К вопросу о реальности права. С. 66.

² Там же. С. 65.

³ Там же.

ЮКД. Это не физическое обозрение, не внутренняя психологическая интроспекция, а определение действительности, своего рода юридической истинности юридических объектов. Вне всяких сомнений, это особая юридическая истинность, отличающаяся от философских, математических, логических истин.

Правовая реальность чрезвычайно сложно устроена. В ней есть и проявления эмпирически очевидного, это также особая реальность в смысле юридической действительности — достоверности. Е. Спекторский заметил, что в отличие от естественных наук, в которых преобладает начало *Wirklichkeit*, а значит, описательность, опытный эмпиризм, в отличие от математики, в которой преобладает иная крайность — увлеченность рациональным абстрактным началом, юриспруденция как одна из самых древних наук избрала разумное срединное положение, найдя «золотую середину» между началами эмпиризма и рациональности.

Вот почему надо так бережно относиться к бесценному юридическому наследию, переданному ныне живущим нашими предками — великими римскими, арабскими, немецкими, китайскими, индусскими, французскими и русскими юристами¹.

Нельзя не согласиться с Е. Спекторским: если вдуматься в наиболее естественную классификацию гуманитарных наук, то оказывается, что человек может быть объектом тройкого изучения². Физическое (естественно-научное) изучение видит в нем только тело. Таков ракурс медицины, которой не чужды объективные биологические закономерности. Психологическое изучение человека концентрируется на его душевных состояниях и явлениях. Душа человека, его психика изучаются как индивидуальной, так и социальной психологией, которые выявляют психологические закономерности.

Моральное и юридическое изучение человека обнаруживает объективные морально-юридические закономерности. ЮКД — это результат данных закономерностей, хотя не исключено, что результат не только рационального начала, но и интуиции.

Этика и право рассматривают человека не как биологическое существо, а как лицо, личность, субъект права, наделенный юридической и моральной волей, а значит, не абсолютно свободный в своих волевых проявлениях, вынужденный подчиняться юридическим и этическим законам. В ЮКД такой человек превращается в субъект права, наделенный правоспособностью. Изобретается

¹ Этот перечень, естественно, не является закрытым.

² См.: Спекторский Е. К вопросу о реальности права. С. 67.

специальный правовой механизм вхождения лица в юридический мир: для этого придуманы понятия «юридический факт» (основание возникновения правоотношений), «юридическое отношение» (правоотношение), «юридическая ответственность», «юридическая вина». В этическом концепте человек — это свободная личность¹, подчиняющаяся этическим нормам.

Каждому из трех видов изучения человека гуманитарными науками соответствует одна из сторон человеческой жизни, поскольку люди живут физической, духовной, моральной, юридической жизнью. Естественно, что без физической жизни невозможна жизнь юридическая. Не будем останавливаться и на возможности существования юридической жизни у душевнобольных лиц, хотя это очень интересный аспект ЮКД, заслуживающий более подробного рассмотрения.

Не отвлекаясь на частности, вслед за Е. Спекторским обратим внимание на то общее, что есть между юридическим и моральным миром: это феномен постоянно присутствующей оценки человека по критериям, установленным либо юридическими, либо этическими нормами, это своеобразное подчинение человека символическим структурам. Напомним идею Д. Коммонса о том, что и юридические, и моральные нормы, и слова, и цены — это все средства человеческой коммуникации. Оценка присутствует во всех разновидностях человеческой коммуникации, это своеобразная ткань, материя социальной жизни. Оценка человека человеком имеет место, когда он выбирает себе спутника жизни, поступает на работу, в процессе карьерного роста. Субъект права тоже постоянно оценивает — при заключении договоров, при привлечении к юридической ответственности и т. д.

Наличие оценки как феномена, общего для юридического, экономического, этического и религиозного концептов, — это проявление объективной закономерности, учитываемой в ЮКД. Поскольку юридический порядок не существует автономно, поскольку он встроен в другие порядки и другие порядки встроены в него, в разных системах человеческого общения появляется нечто общее. На этот вывод наталкивает сравнение таких систем межчеловеческого общения, как система слов (язык), чисел (математика), цен (экономика), юридических норм (юриспруденция). Как уже было замечено, слова, числа, цены, нормы — это знаки, символы, необходимые для того, чтобы начали действовать правила —

¹ Не будем затрагивать теологический концепт, поскольку не обладаем необходимыми познаниями о нем.

лингвистические, математические, экономические, юридические, этические, религиозные. Применение правил — это всегда оценка как особая познавательная деятельность. Оценочное познание в широком, а не только юридическом смысле — это деятельность по применению правил, регулирующих отношения между людьми, возникающие по поводу вещей, понимаемых в самом широком смысле.

Тут выясняется, что есть некий «общий корень», который может быть извлечен из всех этих математических, экономических, лингвистических, этических, юридических правил. Данные системы коммуникации встречаются с проблемой неопределенности, неясности. Риск непонимания возникает, когда слова, числа, цены, нормы надо оценить, выявить их реальную ценность, действительность, достоверность, подлинный смысл. Безусловно, это общее явление дает основание для выдвижения гипотезы о появлении некоей новой универсалии. Неопределенность в праве, в этике, в ценах всегда связана с возникновением особых рисков — рисков непонимания, которые возникают, когда слова, числа, цены надо оценить, выявить реальную ценность, подлинный смысл.

Стандарты оценки имманентно присутствуют в структуре всех человеческих отношений. Биологические закономерности продолжения рода основаны на взаимной оценке достоинств мужчины и женщины. Этические отношения, возникающие в результате любви, тоже основаны на оценке. Нет нужды напоминать о роли оценки в возмездных экономических имущественных отношениях.

А ведь стандарт оценки был сформулирован еще римскими юристами. ЮКД учитывает эти объективные закономерности человеческих отношений для оценки действий (но не намерений) в определенной сфере общественных отношений, имеющих особо важное значение. Другие, юридически безразличные, отношения подвергаются моральной оценке. При моральной оценке человек рассматривается как моральное лицо, личность, наделенная волей и свободно решающая, подчиняться или не подчиняться этическим нормам. В религиозных отношениях человек подвергается оценке с точки зрения греховности. Апостол Павел говорил о том, что грех не бывает без закона.

Итак, реально существуют три мира — физический, духовный, моральный (юридический), три анклава в рамках одной всеобщей реальности. В пределах психического общения обнаруживается онтология языка, искусства. В сфере юридического общения, в юридической действительности появляются такие правовые субъ-

екты, как юридические лица. Одним из них является государство — субъект сугубо юридический, искусственный, несмотря на реальность армии, полиции, тюрем и т. д. Конечно же государство — это именно юридическое общезнание людей, а не психические взаимоотношения индивидов, сложная юридическая конструкция, составная часть ЮКД¹.

Как уже отмечалось, в юридическом мире действуют свои объективные закономерности, изучать которые призваны и теория права, и философия права. Научность юриспруденции — в ее способности выявлять эти закономерности развития правового регулирования. Это направление постоянно присутствует в ЮКД под общим названием «естественное право».

4. Познанные объективные закономерности правовой реальности представляют собой разновидность научной истины, которую надо отличать от юридической истины, являющейся элементом ЮКД².

Разновидностью юридической истины является так называемая объективная истина, которая обычно становится целью доказывания в уголовном процессе. Когда суд устанавливает фактические обстоятельства дела, речь идет об обнаружении истины судом в результате судебного исследования данных обстоятельств. М. С. Строгович писал, что это значит установить событие преступления в действительности, т. е. именно так, как оно было совершено, и осудить, подвергнуть наказанию лицо, которое в действительности совершило преступление³. Как юридическое понятие объективная истина не имеет практически ничего общего с истиной в философии, в которой эта категория обозначает некий идеал знания, а также способы его достижения.

Истина — это отношения между полученным человеком знанием и внешней для него реальностью жизни. Истинность в философии должна удостоверяться с помощью эмпирической проверки (верификации), т. е. путем сопоставления знаний с внешней реальностью, что означает наличие критериев истины, имеющих он-

¹ Е. Спекторский заметил: Гегель считал, что государство — это действительность — даже не *Gültigkeit*, а *Wirklichkeit* нравственной идеи (см.: *Спекторский Е. К. Вопрос о реальности права*. С. 68).

² Поэтому никак нельзя согласиться с А. В. Стовкой, который высказал мнение, что «классическая концепция объективной истины не пригодна для правоведения» (см.: *Стовба А. В. Истина как онтологический фундамент научной юриспруденции // Философия права и зачатки философия права*. Приложение к журналу «Право України». 2012. № 1. С. 101—107).

³ См.: *Строгович М. С. Учение о материальной истине в уголовном процессе*. М.; Л., 1947. С. 7.

тологический характер. Если в философии избран широкий подход к истине, то в юридическом концепте используется очень узкое понимание формальной истины. М. Хайдеггер придавал понятию истины всеобъемлющий характер, этому понятию у него приписывается предикат «изначальности», т. е. подлинности¹. В праве объективная истина — это только цель доказывания. Предельная юридизация этого понятия произошла, когда в уголовно-процессуальном законодательстве России отказались от употребления понятия «объективная истина». В условиях состязательной модели судопроизводства этот вид истины (объективная истина) вообще становится ненужным, так как преобладающей в нем является юридическая истина².

Доктрина формально-юридической истины сформулирована в англо-американском процессе, тяготеющем к так называемой чистой состязательности в процессе доказывания. Она заключается в том, что суд, оценивая позиции противоположных сторон, выбирает наиболее аргументированную из них и на ее основе выносит по делу итоговое решение, возводя тем самым ее в ранг истины. Суду при этом отводится роль пассивного наблюдателя, так как любая его активность в самостоятельном собирании доказательств рассматривается как признак пристрастности и объективности, которые, в свою очередь, являются базовыми для юридического концептуализма конструкциями.

Юридическая истина является вероятной, презюмируемой. В настоящее время в науке уголовного процесса возникла дискуссия. Ее тема: есть ли необходимость в восстановлении в Уголовно-процессуальном кодексе РФ исключенного из него понятия объективной истины, которое использовалось в советских уголовно-процессуальных кодексах. Сторонники исключения этого понятия из уголовно-процессуального законодательства небезосновательно считают, что необходимо отличать научное познание мира, в рамках которого осуществляются попытки обнаружения объективной истины. В состязательной же модели судопроизводства ставится цель достижения совсем иной формальной, редуцированной юридической истины, тяготеющей к концепции «чистой состязательности». Суд потому выполняет роль пассивного наблюдателя, не вмешивается в процесс доказывания, что для ЮКД мегацелью является обеспечение объективности, беспри-

¹ См.: Новая философская энциклопедия. Т. 2. С. 169.

² См.: *Смирнов Т. К.* Восстановление в УПК РФ объективной истины как цели доказывания // Уголовный процесс. 2012. № 4. С. 10, 11.

страстности, непредвзятости. Т. К. Смирнов замечает, что при этом соображения репутационные, т. е. беспокойство за репутацию суда, превалируют над когнитивными¹.

Модель уголовного процесса, основанная на концепции «чистой состязательности», зиждется на таком критерии оценки доказательств, как «отсутствие разумного сомнения», которое определяется как сомнение, остающееся у разумного человека после тщательного рассмотрения всех доказательств в судебном процессе. Принцип разумного сомнения делает ненужным требование об установлении в законе объективной истины, заменяя ее юридической истиной, т. е. критерием разумной достаточности собранных доказательств. Такой процесс доказывания дает юридическую оценку, возможно, и не соответствующую действительности, т. е. ложную, но при этом основанную на презумпции истинности. Предполагается (опять юридическая презумпция!), что полученные в суде сведения имеют высокую степень достоверности, действительности, исключаящую разумные сомнения.

В отличие от англо-американской романо-германская модель уголовного процесса основывается на приоритете объективного, истинного знания. Поэтому в § 244 УПК ФРГ в качестве цели доказывания называется объективная истина. И лишь в случае невозможности ее достижения, как разъяснил Верховный Суд ФРГ, судья должен довольствоваться такой степенью вероятности, которой он достигает при возможном, исчерпывающем и добросовестном использовании имеющихся доказательств².

Именно применительно к юридической истине подходит высказанная К. А. Свасьяном мысль о том, что иногда имеет место подмена познания «процедурной техникой дознания»³.

Задумавшись над важным для понимания общего замысла юридического концепта вопросом: почему же предпочтение отдается такой редуцированной юридической истине?

Здесь вновь полезно вернуться к уже упоминавшейся идее Э. Фехнера о данности и заданности. А. Стомба обратил на нее внимание и добавил, что реальность права представляет собой комбинацию «данностей и заданностей»⁴. Под данностями Фехнер понимал то, что создано человеком в области права — правовые идеи, законы, судебные решения, юридические институты.

¹ См.: Смирнов Т. К. Указ. соч. С. 11.

² Там же. С. 12.

³ Свасьян К. А. Указ. соч. С. 126—127.

⁴ Стомба А. В. Истина как онтологический фундамент научной юриспруденции. С. 102.

Под «заданностями» им понимались общие закономерности в сфере права, которые существуют независимо от воли людей, как объективно-сложившиеся феномены.

Заданность применительно к ЮКД, на мой взгляд, означает, что есть ряд причин, условий, императивов, которые объективно требуют, чтобы ЮКД приобрел именно тот образ, который сейчас и распознается. Речь идет о некоей детерминированности этого образа прежде всего экономическими причинами.

Как известно, юридический спор обладает свойством актуальности. Его необходимо разрешить в разумный срок, и только в таком случае стороны будут воспринимать суд как справедливый. Ускорение сроков рассмотрения споров, их оптимизация — это объективная необходимость, определяющая наряду с потребностью в беспристрастном суде основные элементы юридического концепта. На фактор времени в философии права обращается мало внимания, но в свете онтологии права он получает должную значимость.

Не случайно во всех странах люди пришли примерно к сходным юридическим идеям, относящимся к контурам юридического мира. В нем должен быть орган, который может объективно, беспристрастно разрешить спор, учитывая экономические факторы¹. В процесс разрешения юридического спора можно вовлечь большую либо меньшую сумму исследуемых жизненных обстоятельств, и в зависимости от этого время рассмотрения такого спора будет либо увеличиваться, либо уменьшаться.

Естественно, что увеличение сроков оборачивается экономическими издержками как для спорящих сторон, так и для публичной власти. Вот почему появляется понятие формальной юридической истины как цели процесса, вот почему судья может руководствоваться только формальными источниками права, вот почему судья ограничен в оценке нравственных качеств человека

¹ По сути, об этом же писал Г. Кельзен, когда показывал роль правопорядка в обеспечении коллективной безопасности: «...если понимать коллективную безопасность в узком смысле, то о ее наличии можно говорить лишь тогда, когда монополия правового сообщества на принуждение достигает такого минимума централизации, при котором самопомощь исключается, по крайней мере теоретически. А для этого нужно, чтобы (по крайней мере) вопрос о том, имело ли место в конкретном случае правонарушение и кто за него ответственен, решался не непосредственными участниками конфликта, но специальным органом, действующим в соответствии с принципом разделения труда, независимым судом; чтобы вопрос о том, является ли применение силы правонарушением или же это акт (особенно санкция), который может быть приписан правовому сообществу, решался объективно» (см.: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. С. 28).

(нравственный человек тоже может быть юридически неправ). Все это редуцирующие юридические механизмы, призванные обеспечить скорость и объективность урегулирования возникшего юридического конфликта. В процессуальном праве установлены строгие ограничения, чего судья не должен изучать. В материальном праве всех стран есть нормы о давности, которые препятствуют тому, чтобы на рассмотрение суда поступил спор, возникший достаточно давно.

Понятно, что по истечении времени исчезают доказательства, из памяти выветриваются воспоминания об обстоятельствах, и все это затрудняет, а иногда делает невозможным рассмотрение юридического спора и поиск согласия. Чтобы не девальвировать идею юридического урегулирования, в определенной степени заботясь о репутации этого юридического механизма, и сложился ЮКД. При детальном изучении его основных элементов и правовых конструкций, возможно, удалось бы установить экономические и иные объективные причины генезиса каждого элемента и каждой конструкции.

Маховик редукции как часть механизма ЮКД набрал обороты и продолжает вращаться и теперь. Все процессуальные правила о допустимости, подсудности споров, по сути, разработаны в русле общей тенденции — редукции и оптимизации разрешения споров.

Они представляют собой, по сути, фильтры, препятствующие поступлению в суды вопросов, рассмотрение которых либо невозможно, либо нанесет ущерб репутации суда. Юристам стали понятны границы, очерченные юридическим концептом. Помимо всего прочего он помогает отделить пространство права от пространства политики, этики, экономики.

5. Не случайно в юридическом концепте появилось понятие политических споров, которые считаются неюстициабельными, т. е. механизмы, образующие ЮКД, не срабатывают, если они будут рассматриваться судами. Вне всяких сомнений, правовое и политическое пространство являются смежными, так что иногда политические конфликты внешне выглядят как сугубо юридические. Это «соседство» учитывается в конституционно-правовом концепте как наиболее приближенном к проблемам власти.

Конституционно-правовое пространство, созданное прежде всего нормами позитивного конституционного права о принципах и основных правах граничит с пространством политики, в котором действуют свои закономерности, связанные с фактором соотношения различных политических сил, т. е. с предельно конфликтной сферой. Также оно граничит с пространством естест-

венного права как части всеобщей реальности, в котором существуют права сами по себе еще до того, как они обретают статус конституционных основных прав. Они существуют как самостоятельная объективная система ценностей, и это идея о неоктроированности прав.

Народ к определенному периоду своего культурного и духовного развития обретает представление о естественных, принадлежащих каждому от рождения, неоктроированных правах, которые приводят к тому, что возникает потребность в их фиксации в конституции. В результате появляется целостная система юридических ценностей.

В решении по делу Люта Федеральный Конституционный Суд ФРГ отметил: «Основной закон, который не представляет собой нейтральную в ценностном отношении систему, в своем разделе об основных правах установил объективную иерархию ценностей... и в этом выражается принципиально более весомое значение основных прав. Эта система ценностей, ставшая в центр внимания свободно развивающуюся личность и ее достоинство в условиях социальной общности, должна распространяться в качестве основного конституционно-правового решения на все области права; она дает импульсы и указывает перспективы развитию законодательству, администрации и судопроизводству. Она влияет, разумеется, также и на гражданское право; никакая гражданско-правовая норма не должна противоречить ей, любая норма должна быть истолкована в смысле этой системы»¹.

Близкое соседство пространства конституционного права с политическим пространством имеет как плюсы, так и минусы. Положительный эффект от такого «соседства» — это то, что в отличие от норм уголовного, гражданского и т. д. права конституционные нормы об основных правах обладают гибкостью, они открыты для включения в результате все расширяющегося в процессе политической борьбы в обществе нового и постоянно нарастающего нормативного содержания. Конституционное право задает известные рамки процессам, протекающим в пространстве политики, и одновременно является результатом протекающих в нем конфликтов.

Взаимовлияние пространства конституционного права и пространства социально-экономической политики можно проследить на примере такого феномена, как закрепляемые в конституциях социальные права.

¹ Конституционные права в России: дела и решения: учеб. пособие. М., 2002. С. 460.

Возможны разные варианты включения в текст конституции положений о социальных правах, которые, как правило, являются предметом активных дискуссий в политическом пространстве.

Можно придать конституционным социальным правам статус менее обязательных, проводя различие между негативными и позитивными правами и относя социальные права к числу последних. В таком случае то, как они будут пониматься, объем их нормативного содержания, способы конкретизации будут зависеть исключительно от дискреции законодателя. У органов судебного нормоконтроля будет мало возможностей влиять на сферу социально-экономической политики, которая основана на перераспределении имеющихся в обществе ресурсов, получаемых в форме налогов, для достижения социальных целей, фиксируемых в конституциях для раскрытия того, что собой представляет такой символ в конституции, как социальное государство. Если в тексте конституции будут закреплены, как выразился О. Пферсмман, «высокие метафизические принципы»: «справедливость», «равенство»¹ без конкретизации их в виде определенных социальных прав, то и в таком случае хозяином положения будет оставаться политический орган — законодатель.

Напротив, может быть избран и такой вариант, как детальное регулирование социальных прав непосредственно в конституции, так что для текущего законодателя пространство дискреции будет сужено. Чем подробнее, конкретнее в конституции изложены нормы о социальных правах, тем меньше влияние законодателя на социально-экономическую политику и тем больше влияние высших судов в этой сфере. Однако помимо степени конкретности норм конституций о социальных правах значение имеет и содержание этих норм. Эта проблема более сложна, поскольку затрагивает не только теоретический, познавательный аспект, разрешаемый наукой конституционного права, но и политические аспекты, решение которых выходит за пределы юридического пространства. В сфере конституционно-правового концепта в связи с этим разрабатывается концепция так называемого политического вопроса. Политические вопросы — это такие проблемы, по которым суды не должны высказываться, т. е. они должны отказывать в принятии жалоб, ставящих политические вопросы, а не вопросы права².

¹ Пферсмман О. Значение социальных принципов в сравнительном конституционном праве. С. 47.

² В ч. 3 ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» предусмотрено, что Конституционный Суд РФ решает исключительно вопросы права.

Рассмотрение таких вопросов судами может вовлечь суды в политическую сферу либо в сферу полномочий законодательной или исполнительной власти. Доктрина политического вопроса сформулирована как судебная доктрина Верховного Суда США, и она означает, что суды не должны принимать к своему производству вопросы, которые относятся к ведению других ветвей власти или не могут иметь юридического решения (решение по делу «Исламская Республика Иран против Пехлеви»). В силу своего политического характера вопрос не признается юстициабельным¹. К политическим вопросам, не подлежащим рассмотрению в суде, относится вопрос, касающийся тех или иных аспектов так называемой государственной целесообразности².

Выявив различия между нормами позитивного конституционного права, закрепляющими конституционные принципы и основные права, обратим внимание на то, что нормы об основных правах также неоднородны в зависимости от того, какие права они закрепляют — личные основные либо социальные. Если их полностью уравнивать, то включение конституционных судов в решение вопросов социально-экономической политики повлечет серьезные риски для правопорядка. Привыкшие заниматься перераспределением общественных благ в результате политического диалога политические органы государства не уступят «право на кошелек» органам судебной власти. Да и суды, даже при подключении эффективного экспертного корпуса, не в состоянии решать перераспределительные проблемы.

Как справедливо оценивает Пфферсманн, разница между нормами Конституции, закрепляющими социальные права, и нормами о классических, традиционных личных основных правах заключается: 1) в количестве связанных с этим ресурсов; 2) в неопределенности отношений между средствами и целями; 3) в том, что социально-экономическая политика эволюционирует не в автар-

¹ Рассмотрение конституционности закона штата о распределении социальных благ не относится к политическим вопросам и является юстициабельным (см.: *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186, 208—210).

² Рассматривая жалобу Христианской Реформаторской Церкви Прославления, в которой содержалась просьба проверить конституционность отдельных положений Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» (постановление Конституционного Суда РФ от 23 ноября 1999 г. № 16-П), Суд не стал решать вопрос о конституционности закона, ограничившись исследованием вопроса о придании ему обратной силы, в связи с чем некоторые аналитики пришли к выводу, что это компромисс права и государственной целесообразности (см.: Конституционные права в России: дела и решения: учеб. пособие / отв. ред. А. Шайо. М., 2002. С. 46).

кическом пространстве, а в условиях постоянной глобализации экономики. Поэтому вопрос не в том, являются ли социальные права и принципы возможными нормативными структурами конституций, а в том, насколько конституционные нормативные структуры способны регулировать как экономическую деятельность, так и перераспределительные социальные отношения.

В ст. 4 Конституции Италии признается право на труд, а государство должно способствовать созданию условий, которые делают это право реальным. Конституционный Суд Италии интерпретировал эту норму как наделяющую законодателя полномочиями так регулировать экономические отношения, чтобы добиваться наивысшей занятости.

Конституция Испании исключает предоставление Конституционным судом защиты гражданину с помощью процедуры амраго социально-экономических прав (ст. 53 Конституции Испании).

В ч. 4 ст. 41 Конституции Швейцарии предусмотрено, что из социальных целей не могут выводиться какие-либо притязания на государственные услуги¹.

По-видимому, необходимо придерживаться принципа постоянно углубляющейся специализации управленческой деятельности государственных структур, который в конституционном праве представлен в виде принципа (символа) разделения властей. Судьи в силу своего образования, подготовки не в состоянии решать неправовые, экономические, политические вопросы. Таким образом, нельзя не учитывать степень фактологической сложности дела. Эта категория дел, затрагивающих социальные права, всегда предполагает задействование потенциала конституционно-правовой аксиологии, так как социальные права находятся в одной оппозиции с экономическими конституционными правами (право собственности, право на предпринимательскую деятельность, право на свободу договора).

6. В конституционном праве Германии и России значителен удельный вес этических начал. В связи с этим на стыке между пространством конституционного права и пространством этики можно разрабатывать систему межотраслевых научных взглядов, назвав их «конституционной этикой». Этические ценности трудно поддаются формализации, если под ней понимать то, что вкладывается в это понятие в праве. Включения этических элементов в

¹ См.: *Пферсмманн О.* Значение социальных принципов в сравнительном конституционном праве. С. 38.

правовую ткань всегда снижают формальную определенность права. Об этом можно судить на примере принципов добросовестности и запрета на злоупотребление субъективным правом. Включение в позитивное законодательство этих этико-правовых понятий значительно повышает усмотрение судей при их применении. Судьи ищут выход при решении сложных юридических проблем, полагаясь на правовую справедливость, а это доказывает, что нормы о доброй совести — это результат конвергенции пространств права и морали.

Включение в текст закона норм о добросовестности как критерии надлежащего осуществления субъективных прав всегда представляет собой значительный риск правовой неопределенности. В руки правосудия передается этическое цензурирование экономической деятельности. Решая вопрос о включении или невключении принципа добросовестности в действующее законодательство, законодатель должен опираться на серьезные философские и социологические исследования морали, особенно в сфере бизнеса. Принцип доброй совести, с моей точки зрения, может оказаться полезным и эффективным регулятором только в обществе, в котором сложились определенные объективированные правила ведения бизнеса в виде деловых обыкновений, торговых обычаев, есть добрая совесть как объективное (внешнее) мерило, существуют усредненные представления о дозволенном и недозволенном при осуществлении предпринимательской деятельности.

Какую меру эгоизма право приемлет и когда оно перестает защищать субъективные права, осуществляемые с намерением причинить зло другому субъекту права? И. А. Покровский писал о том, что должно позволять быть эгоистом, но препятствовать быть злым¹. Это и есть тот минимум нравственности, который, по В. С. Соловьеву, составляет суть права. Л. И. Петражицкий в работе «*Lehre vom Ein Kommen*», касаясь проблемы распределения благ в обществе, писал о том, что руководящее значение в этом процессе должна получить любовь к ближним, к согражданам². Любовь автор понимал как деятельную силу, отличающуюся все возрастающей интенсивностью. В качестве кристаллизации продуктов этого начала выступают воззрения, инстинкты и даже учреждения. Петражицкий считал, что при внимательном анализе общественного здания можно прийти к заключению, что весь его

¹ См.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2009. С. 120.

² См.: *Новицкий И. Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 127.

фундамент и устои, собственно, не что иное, как кристаллизации, образовавшиеся под долгим воздействием любви и разума (причем оба эти начала переходят одно в другое).

В известные эпохи в известных отношениях в глаза иногда бросается иное: видно, как эгоизм выступает в качестве властной силы, но если не ограничивать наблюдения одним мгновением и отдельными, еще неготовыми частями здания, а присмотреться к развитию целого в течение долгого времени, то можно заметить два особенных явления. Первое состоит в том, что любовь и эгоизм как деятельные силы идут в жизнь в известной очереди и конкуренции, но с течением времени спорная область постепенно сокращается за счет второй силы в пользу первой. Второе явление состоит в том, что каждый период борьбы оставляет после себя расширение и укрепление всего здания новыми продуктами кристаллизации любви, которых потом не может уничтожить новый натиск враждебной силы. Цель гражданской политики состоит в приближении к любви, в облагораживании мотивации в общественной жизни¹.

Два выдающихся юриста — Покровский и Петражицкий предлагают несовпадающие критерии этически допустимого поведения в экономической сфере. Судьи тоже будут предлагать различные критерии, и в этом состоят юридические риски.

После Канта с его категорическими императивами нравственности и права удельный вес конституционной этики в конституционно-правовом концептуальном пространстве непрерывно возрастал. Собственно, центром этого пространства, как солнце в Солнечной системе, оказался принцип уважения достоинства человека. Вот почему В. В. Бибихин пришел к выводу, что онтология права — это этика в широком смысле, включающем и этологию².

7. На границе между пространством конституционного права и пространством экономики возникла такая межотраслевая научная дисциплина, как конституционная экономика. Для конституционной экономики как одного из новых направлений экономической науки естественным является такой подход, когда в словосочетании «конституционная экономика» служебным является слово «конституционная», а главным «экономика».

В сфере юридической науки усилиями ученых Германии, Франции, Польши, Испании, Италии, Португалии создана конституци-

¹ См.: Новицкий И. Б. Указ. соч. С. 127.

² См.: Бибихин В. В. Указ. соч.

онно-правовая доктрина, получившая наименование «экономическая конституция». В этом словосочетании, естественно, главным является слово «конституция», а подчиненным — «экономическая». Экономическая конституция — это не Гражданский кодекс, хотя такая метафора получила распространение с легкой руки цивилистов, это совокупность конституционных принципов, норм, представляющих собой внутренне согласованную подсистему в системе конституционного права, имеющих общую направленность на правовое регулирование экономических отношений на макроюридическом конституционно-правовом уровне. Экономическая конституция как одно из направлений развития науки конституционного права позволяет рассматривать как единство следующие противоположности: принцип экономической свободы, принцип автономии субъектов частного права и принцип социального государства, неизбежно влекущий государственное регулирование и перераспределительные экономические отношения.

Но ведь очевидно, что и у конституционной экономики, и у экономической конституции имеется смежный предмет исследования — общественные отношения, возникающие при вмешательстве публичной власти в частную экономическую деятельность. При этом пределы регулирования экономических отношений со стороны публичной власти задаются такими важнейшими для конституционного права принципами, как правовое государство, пропорциональность и соразмерность при ограничении прав и др. Результатом деятельности публичной власти по регулированию (и ограничению) экономических прав и свобод предпринимателей является конституционный экономический публичный порядок.

В связи с этим можно предположить, что правильнее называть конституционной экономикой не отрасль экономической науки, а межотраслевое научное направление, в большей степени тяготеющее к науке конституционного права, но учитывающее и результаты экономической науки. Потребность в научном междисциплинарном анализе деятельности всех органов публичной власти — законодательных, исполнительных, судебных, муниципальных, направленной на создание российской национальной модели конституционного публичного экономического порядка на основе оптимального сочетания правовых и экономических методов исследования, на мой взгляд, очевидна.

Предметом конституционной экономики является выработка и культивирование в обществе рациональных правил взаимодействия публичной власти и бизнеса, сутью которых является защита таких конституционных ценностей, как экономическая свобода,

неприкосновенность частной собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства в частные дела, стабильность сложившихся условий хозяйствования и правовая определенность. Уяснение в прецедентной форме нормативного содержания указанных конституционных принципов, детерминирующих правовое регулирование экономических отношений на самом высоком уровне в условиях кризиса, должно осуществляться с помощью социальных ценностей, не встроенных в правовую систему. Такими «внешними» для права ценностями являются результаты экономического анализа, а также этические правила.

Содержанием конституционной экономики, таким образом, является выработка в процессе интерпретации базовых для экономики правовых принципов различного рода правил, велений, императивов, запретов и рекомендаций, которые были бы логичными исходя из внутренней логики права, но и эффективными с экономической точки зрения. И это означает, что в интерпретациях конституционных норм, исходящих от законодателя и высших судов, присутствует, как отмечал Р. Познер, «неявный экономический смысл»¹.

Конституционная экономика как межотраслевая дисциплина учитывает ограниченность возможностей юридической логики и юридического познания. Одни и те же факты в экономической и в юридической действительности изучаются под разным углом зрения. Так, например, передача вещи одним лицом другому лицу в процессе гражданского оборота — это одновременно и юридический, и экономический механизм. При передаче вещи как факте экономической реальности происходит оценка и выявление рыночной стоимости вещи как товара. Этот факт служит основой для формирования объективного экономического закона стоимости. Для передачи вещи как юридического факта не столь важна рыночная оценка вещи. Передача вещи означает возникновение права собственности у приобретателя и утрату его у отчуждателя. Причина, по которой передается вещь, тоже не столь важна. Главное — это то, что в результате передачи вещь поступает в гражданский оборот по воле двух лиц, возникает динамика отношений собственности.

Экономическое и юридическое концептуальные пространства различаются тем, что у них специфический ракурс, разное восприятие одних и тех же фактов действительности.

¹ Познер Р. О применении экономической теории и злоупотреблении ею при анализе права // Истоки. Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. С. 340.

8. Критическое исследование юридического концепта действительности предполагает описание не только его достоинств, но и недостатков. Возможно, при более вдумчивом анализе и недостатки предстанут как достоинства. На мой взгляд, формализм, присущий ЮКД, является и его достоинством, и недостатком. Только формализмом ЮКД можно объяснить то, что юристы в отличие от социологов закрывают глаза на множественность правил, регулирующих поведение в реальности. Этот феномен правовой реальности может быть назван биюридизмом.

Американский философ Э. Бёрк в отличие от многих юристов считает, что подлинное, реальное право образуют не только осознанные решения, которыми согласно правовому позитивизму это право исчерпывается, но и распространенные в обществе обычные моральные нормы, оказывающие большое влияние на принятие таких решений. Вслед за ним многие американские политологи полагают, что наилучшим образом благосостоянию общества способствуют нормы, проистекающие из опыта самого этого общества, и, значит, следует больше доверять сложившейся в обществе культуре, а не социальной инженерии¹.

О. Эрлих обратил внимание на то, что в его родных местах (в Галиции) отдельные нормы имперского гражданского и семейного права практически не действуют, так как оттеснены местными национальными обычаями. Тогда Эрлих увлекся социологией, что породило его известный спор с Г. Кельзенем². Это явление существует не только в местностях с инородным этническим населением. Часто по прошествии времени юридическая норма утрачивает свою актуальность, действительность, но по-прежнему формально признается действующей, о ней рассказывают студентам, забывая порой проинформировать их о том, что это номинальное право.

На практике в юридическом сленге появилось ненаучное понятие «фус» (фактически утратившая силу норма), но в юридическом концепте юридический номинализм не получил отражения. Это важно для конституционного права, регулирующего отношения, возникающие между человеком и властью, т. е. наиболее «агрессивные» для права. Могут появляться законы или судебные решения высших судов, толкующие конституционные нормы таким образом, что они заслоняются неконституционными нормами.

¹ См.: Дворкин Р. Указ. соч. С. 9.

² См. гл. 2 настоящей книги.

Реально в правовой действительности символы и знаки, при наличии которых начинают «работать» нормы (в виде прецедентных решений высших судов, судебных и научных концепций)¹, могут подвергаться своеобразным «инфляционным процессам», которые, к сожалению, теоретически не осмыслены и не отражены в юридическом концепте. Интуиция о наличии юридической и фактической конституции явно не соответствует сложности и важности проблемы инфляции символов в праве. Нормы конституций могут утратить свою действительность в силу того, что господствующие в обществе традиции (*mores*) сводят до минимума их регулирующий потенциал. Позитивизм в лице Г. Кельзена нашел оправдание для этого явления, однако проблема юридического номинализма еще ждет своего анализа и, соответственно, последующего обогащения ЮКД.

Интересен вопрос о футуристическом праве, который пока практически игнорируется юридическим концептом. Должна ли юриспруденция отвечать на вопрос: как будет развиваться социальная или политическая жизнь в будущем? Это все тот же поставленный Э. Бёрком вопрос: как следует действовать — отдавать предпочтение социальной инженерии и футуристическим нормам в праве (особенно конституционному) или присматриваться и учитывать сложившиеся в обществе культуру, установки, психологию? Вопрос может быть поставлен и так: может ли конституционное право быть романтическим?²

Поскольку правовая реальность — это не только настоящее, но и прошлое, будущее, в юридическом концепте следовало бы развивать идеи о правах будущих поколений человечества. Уже сейчас есть отдельные нормы экологического и финансового права, касающиеся прав будущих поколений россиян. На международно-правовом уровне также появляются нормы, связанные с правами будущих поколений, обретающие тем самым новую правоспособность, которая пока еще не стала обсуждаемым элементом юридического концепта. Элементы футуристического права есть в конституционном праве. Даже положение конституционного права о правовом государстве имеет футуристические элементы, ориентирующие, каким должен быть образ государства в будущем.

В связи с этим может быть выявлена следующая закономерность: границы, пределы правовой реальности, пространство пра-

¹ Этот элемент ЮКД подробно описан в гл. 3 настоящей книги.

² Подробнее об этом см.: *Гаджиев Г. А.* Инновационный путь развития конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 5. С. 3—10.

ва постоянно расширяются объективно и раздвигаются разумом человека.

Итак, юридический концепт находится в постоянном развитии, он учитывает ритмы, задаваемые развитием смежных порядков (этического, экономического и прежде всего политического). С. И. Максимов высказал такое мнение: право представляет собой автономную саморазвивающуюся систему, источником саморазвития которой являются только противоречия правовой реальности¹. Это высказывание затрагивает самый острый, болезненный «нерв» юридического концепта. Действительно ли он предельно автономен или это все же относительная замкнутость? С. И. Максимов защищает интерналистский подход к развитию права. Я же полагаю, что исходя из идеи юридического концепта о том, что право — это часть порядка части порядка, оно должно тесно взаимодействовать с пространством политики, этики, экономики, исключая риски утраты собственной уникальности, самобытности, иначе говоря, риски синкретизма. А поэтому источником развития юридического концепта могут быть не только внутренние противоречия, но и противоречия с элементами иных интеллектуальных пространств. Этика, и прежде всего идея справедливости, является источником постоянного развития права, возбудителем беспокойства о естественных правах человека. Если я правильно понял концепцию Р. Дворкина, он придерживается аналогичной позиции. И это экстерналистский подход к развитию юридического концепта, признающий, что условием саморазвития являются не только внутренние, но и внешние противоречия, приводит в состояние динамики юридические представления о действительности.

Внутренние противоречия (саморазвитие права) также постоянно видоизменяются, они учитывают изменения, связанные с пространственным фактором. Я имею в виду появление наднационального права, супраправа, философское осмысление которого предложил Ю. Хабермас².

¹ См. гл. 2 настоящей книги.

² См.: *Хабермас Ю.* Расколотый Запад. М., 2008.

Оглавление

Введение	5
-----------------------	---

Правовая реальность как онтологический аспект философии права. Онтологическая структура права. Соотношение правовой и эмпирической реальности. Правовая и виртуальная реальность. Структурные элементы правового пространства — объекты прав (вещи), субъекты прав, правовые отношения. Правовое концептуальное пространство. От метафизики юридических понятий — к феноменологическому анализу права. Допустимо ли в правовом пространстве «горячее горение сердца»? Юридический концепт действительности.

Глава 1. Философские основания практической онтологии права	39
--	----

Метафизика и юриспруденция. М. К. Мамардашвили: различие между реальностью и кажимостью. Зарождение идеи прав и свобод человека. Философско-правовые взгляды Дж. Локка. Онтологически значимые идеи И. Канта. Категорический императив нравственности и права. Неутопичный компромисс позитивного и естественного права, предложенный Э. Ю. Соловьевым. «Философия права» Гегеля о свободной воле как источнике естественного права. Гегель о неправе. Право как идея справедливости. Право как разновидность культуры. Оценивающий образ мышления в праве. Мораль как источник развития права и фактор имманентно присущей праву неопределенности.

Появление феноменологических направлений в философии и юриспруденции. Идеал — реализм С. Л. Франка. Фундаментальная онтология М. Хайдеггера. Вещественность вещи. Социология знаний о социальной и правовой реальности.

Глава 2. Реальность права и правовая реальность	101
--	-----

П. И. Новгородцев о естественном праве как об идеальном праве, о пространстве права и пространстве морали. Фикционные элементы в праве. Узкореалистическое понимание права. Методологический плюрализм И. А. Ильина. Б. А. Кистяковский о правовой реальности. Н. Н. Алексеев: первые феноменологические исследования в области онтологии права. Взгляды Л. И. Петражицкого на онтологию права. Е. Спекторский о соотношении философии и юриспруденции; соотношении экономического и правового пространств; конструкции и фантазии в праве. Современные представления об онтологии права. С. И. Максимов о правовой реальности. Онтология права в эстетиках права

П. Шлага: «эстетики сетки» — аналог юридического концептуализма; роль субъектов права в создании онтологического образа права; эстетика энергии; о роли судебного права в онтологической структуре права.

Немецкая феноменологическо-экзистенциальная философия права. А. Кауфман: единство естественного и позитивного права; взаимосвязь онтологии права и теории познания права (эпистемологии); три этапа становления права; юстициабельность позитивного права.

Онтологическая спецификация естественного права Эриха Фехнера. Объективные закономерности как основа нового естественного права. Объективная природа правовых принципов. О судебном признании прав.

Русская философия права В. Бибикина. Новый взгляд на мир «юридических вещей». Генетические связи между современным российским правом и властью и предшествующими им правом и властью. Роль исторических традиций в праве.

О силе инерции в области права. Уставное и неуставное право — биюрисдикция. Юридическая и фактическая конституция. «Свобода права» в России. Феномен неопределенности права.

Онтологические идеи в социологии права. Дискуссия между О. Эрлихом и Г. Кельзеном.

Глава 3. Онтология конституционного права (критика интерпретационных теорий в праве)188

Конституционное право с точки зрения онтологии права.

Онтологический статус естественного права. Философско-правовые универсалии. «Спор (конфликт) — согласие-компромисс» как эпицентр естественного права. Идея равновесия как основа философии права В. Соловьева. Особенности актов познания в ситуации спора.

Проблема автономности конституционного права.

Идея иерархии в праве: верховенство конституции. Концепция недействительных нормативных актов Г. Кельзена.

Толкование Конституции с точки зрения онтологии права. Конституционное право как «стенографическое право». Новая онтологическая категория «конституционно-правовое концептуальное пространство». Толкование Конституции с точки зрения критической социологии П. Бурдьё.

Аксиология в конституционном праве. Бинарность конституционных принципов.

Глава 4. Онтологические основы юридического концепта действительности278

Онтология права как отраслевая методология. Сущность и генезис юридического концепта действительности. Объективная необходимость и закономерность появления юридического миро-

воззрения. Концептуальная часть нормативных систем регулирования как воплощение естественно-правовой интуиции. Фикционизм и редукционизм как необходимые элементы юридического мировосприятия. Ошибочность узкореалистического подхода к праву. Реальность юридического концепта действительности как особая реальность не существующих реально объектов. Элементы юридического концепта действительности: субъекты, объекты, источники права, воля государства, юридическая истина, действительность нормы, аллегоричность и полисемантичность. Юридический порядок как часть порядка части порядка. Роль юридических символов в юридическом концепте и риски непонимания. Феномен оценки в человеческих отношениях — оценка слов, чисел, цен и юридических норм. Отличие юридической истины от научной.

Взаимосвязи между юридическим и политическим, этическим, экономическим концептами. Противоречия, способствующие развитию юридического концепта действительности.

Гаджиев Гадис Абдуллаевич
**Онтология права (критическое исследование
юридического концепта действительности)**
Монография

ООО «Юридическое издательство Норма»
101990, Москва, Колпачный пер., 9а
Тел./факс: (495) 621-62-95. E-mail: norma@norma-verlag.com
Internet: www.norma-verlag.com

ООО «Научно-издательский центр ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в, стр. 1
Тел.: (495) 380-05-40, 380-05-43. Факс: (495) 363-92-12
E-mail: books@infra-m.ru. Internet: www.infra-m.ru

Редактор *Т. В. Скуратова*
Корректоры *Т. В. Никитина, О. А. Ракова*
Художник *С. С. Водчиц*
Верстка: *А. Ю. Виноградов*

Подписано в печать 29.10.12
Формат 60×90/16. Бумага офсетная
Гарнитура «Ньютон». Печать офсетная
Усл. печ. л. 20,00. Уч.-изд. л. 18,93
Тираж 600 экз. Заказ №

По вопросам приобретения книг обращайтесь:

Отдел продаж «ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в, стр. 1
Тел.: (495) 380-42-60
Факс: (495) 363-92-12. E-mail: books@infra-m.ru

Отдел «Книга — почтой»
Тел.: (495) 363-42-60 (доб. 232, 246)
