

## 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. Ильенкова<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> 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. Максимова<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> 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. Нерсесянцу 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 Нерсесянц<sup>1</sup>, 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.

<sup>1</sup> См.: Нерсесянц 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 площади<sup>1</sup>. Я использую эту метафору, чтобы выразить надежду на то, что совместные усилия философов и юристов позволят им встретиться<sup>2</sup>.

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

<sup>2</sup> В истории можно встретить немало занимательных примеров конкуренции философии и юриспруденции. В столице Византии — Константинополе в XI в. Константин 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 языке<sup>1</sup>) 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 обогащения<sup>2</sup>.

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-

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

<sup>2</sup> 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 фикцией<sup>1</sup>.

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-фенологическая 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

<sup>1</sup> 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.

12  
вышли  
И. А.  
Ит  
прости  
ности  
ношен  
го быт  
нечто  
шее и  
П. Б  
ность  
ство ре  
ной жи  
альност  
конечн  
альност  
восприя  
вестный  
Н. Н.  
во част  
реально  
ской ре  
тием (но  
Остан  
Многие  
математи  
Проф  
важнейш  
юриста в  
структура  
ми в осно  
разуют ма  
  
<sup>1</sup> О философии  
права русского  
ного права Е.  
юридическим  
естественно  
С. 244—250.  
<sup>2</sup> См.: И.  
<sup>3</sup> См.: Бер  
по социологии

вышли такие выдающиеся философы, философы права, как И. А. Ильин, Н. Н. Алексеев, Г. Д. Гурвич, братья Трубецкие<sup>1</sup>.

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 реальность<sup>2</sup>.

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 восприятия<sup>3</sup>. 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 застилает 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

<sup>1</sup> 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.

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

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



мелодии образуют пространство музыки, так и правовое пространство использует свои символы<sup>1</sup>.

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 Алексева, «сам по себе есть фикция». Основные нравственные и юридические понятия — суть виды практических фикций<sup>2</sup>.

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-

<sup>1</sup> См.: *Алексеев Н. Н. Основы философии права.* СПб., 1999. С. 21.

<sup>2</sup> Там же.

ристики отношений активов в противоположность зримым качествам самих вещей<sup>1</sup>. 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 недвижимое (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 реальности<sup>2</sup>, 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

<sup>1</sup> См.: *Сото Э. де. Загадка капитала.* М., 2001. С. 56.

<sup>2</sup> 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 развивалось. 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 юридическое<sup>1</sup>.

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*»<sup>2</sup>. 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*<sup>3</sup>.

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

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

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

<sup>3</sup> 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»<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> 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»<sup>1</sup>.

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 нормативное<sup>2</sup>. 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 вменению<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Пятков Д. В. Указ. соч. С. 36.

<sup>2</sup> См.: Алексеев Н. Н. Указ. соч. С. 78.

<sup>3</sup> 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) права<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> 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 волеизъявления<sup>1</sup>. 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

---

<sup>1</sup> 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 юриспруденции<sup>1</sup>. 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 человека<sup>2</sup>.

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-

<sup>1</sup> Подробнее об этом см. в гл. 3 настоящей книги.

<sup>2</sup> Виндшейд как разновидность юридических лиц рассматривал совокупность имуществ, с которой правопорядок связывает те или другие права и обязанности, например, имущественная масса, которая принадлежит государству, выделяется в виде юридического лица (казны) (см.: *Тютрюмов 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»<sup>1</sup>.

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»<sup>2</sup>. 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 —

<sup>1</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 69.

<sup>2</sup> 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 цели<sup>1</sup>. 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.

<sup>1</sup> 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 — лень, не предприимчивость, 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 доводам<sup>1</sup>.

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»<sup>2</sup>. 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 Шейлока в качестве залога предложил часть своей плоти, и когда он оказался

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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?<sup>1</sup>

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.

<sup>1</sup> 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 мировоззрению<sup>1</sup>. М. Вебер подразумевал под ним «юридический рационализм»<sup>2</sup>.

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»<sup>3</sup>.

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, правоведение 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-

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

<sup>2</sup> См.: Валицкий А. Указ. соч. С. 36.

<sup>3</sup> 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 уполномочивающие 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»<sup>1</sup>.

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 Энгельс<sup>2</sup>.

Г. Кельзен сформулировал ряд важных философско-правовых идей, которые могут быть использованы для формулирования сути юридического концепта действительности. Во-первых, это его идея о правопорядке 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 безопасности<sup>3</sup>. 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.

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 53.

<sup>2</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 21. С. 496.

<sup>3</sup> 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. Реалистичность 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»<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> 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 физические 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 познания<sup>1</sup>.

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»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 5.

<sup>2</sup> 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 права<sup>1</sup>. 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 человека<sup>2</sup>. 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 единственными возможными вариантами теории толкования конституции. Но если признаются

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

<sup>2</sup> 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 смелую оригинализму и текстуализму придет рационализм в праве, основывающийся на правах человека<sup>1</sup>.

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, *topos* — 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»<sup>2</sup>, породившая дисгармонию с европейскими конституционными ценностями.

<sup>1</sup> См.: Алекси Р. Указ. соч. С. 22.

<sup>2</sup> 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?<sup>1</sup>

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 диалог<sup>2</sup>. 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.

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

<sup>2</sup> 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 заявят 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. Эрлихом<sup>1</sup>. 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 эффективные<sup>2</sup>. 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 природе<sup>3</sup>. Точно так же физиолог, исследующий химические или физиче-

<sup>1</sup> См.: Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011.

<sup>2</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 72.

<sup>3</sup> 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 составами 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»<sup>1</sup>.

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 вменения<sup>2</sup>. Поскольку правовое высказывание

<sup>1</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 73.

<sup>2</sup> 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 мышлении<sup>1</sup>.

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.

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 73.

Кельзену принадлежит прекрасное высказывание: «Наука как познание отличается имманентным стремлением обнажить свой предмет»<sup>1</sup>. Методологические проблемы, которые обнаруживаются при изучении онтологии права, позволяют 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.

<sup>1</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 76.