

ПРАВО НА ПОРОГЕ НОВОГО ТЫСЯЧЕЛЕТИЯ

Некоторые тенденции мирового правового развития –
надежда и драма современной эпохи

2000

Переливающиеся многоцветием под лучами солнца и трепещущие от дуновения ветра живые организмы права цивилизованных народов составляют вместе единое целое...

Э. Рабель

ПРОЛОГ

СНАЧАЛА вопросы, задаваемые автором и самому себе, и читателю, взявшему в руки эту книгу.

Неужели, спрашивается, значительные факты в Истории каким-то непостижимым образом связаны с крупными, пороговыми датами летоисчисления? Или просто-напросто подобные даты — такие как нынешняя, время вступления человечества в третье тысячелетие христианской эры — самóй своей значительностью побуждают нас к тому, чтобы мы повнимательней отнеслись к происходящим событиям, попытались постигнуть их смысл, быть может, заложенные в них знаки глубинных процессов, перспективы развития? Или — вдруг по этой же самой причине увидели, казалось бы, в ординарных событиях то крупное, основательное, что в другое время осталось бы, по-видимому, незамеченным?

Но как бы то ни было, для автора этих строк ясно — именно сейчас, на рубеже третьего тысячелетия, само течение жизни напрямую подвело нас к событиям, которые по своей сути требуют от нас более внимательного отношения к праву и, не исключено, основательного пересмотра представлений о нем. Требуют того, чтобы мы, преодолевая известные предубеждения, идеологические штампы и догмы, попытались увидеть в этом институте, таком уже привычном, обыденном, новые, еще неведомые нам, его грани — весьма, судя по всему, существенные для судьбы человеческого общества.

Так что, думается, вовсе не случайно два события — по сути дела одновременно, в самый канун XXI в., в 1999—2000 гг., — произошли в Европе. События, казалось бы, такие разные, на первый взгляд никак не связанные друг с другом.

Одно — сложное юридическое дело, рассмотренное высшей судебной инстанцией Великобритании, — дело Пиночета.

Другое — жестокая военная акция, предпринятая военным союзом стран Северной Америки, Западной и Центральной Европы — НАТО против Югославии в ответ на несговорчивость руководства этой страны в деле решения этнического конфликта и на его действия, названные «этническими чистками». А затем — в чем-то близкая по некоторым чертам (хотя во многом особая) военная акция вооруженных сил России в Чечне.

В действительности же все эти события — свидетельства одного из самых крупных сдвигов в истории человечества и в то же время — его тяжелой драмы и, как ни странно, надежды, затрагивающие центральное звено в настоящем и будущем людей — *право*, его состояние, тенденции развития и судьбу на пороге нового тысячелетия.

Теперь — несколько слов об упомянутых выше событиях. И еще об одной реалии современной жизни, впрочем, уже не столь драматического порядка.

ДЕЛО Пиночета — дело о задержании бывшего чилийского диктатора и о возможности его выдачи Испании для привлечения к ответственности за пытки и иные преступления против человечности во время диктатуры — натолкнулось на ряд сложных проблем. Пиночет во время задержания в Великобритании уже не был главой государства, но как пожизненный сенатор все же сохранил известный официальный статус, который по существующим обыкновениям мог на известных основаниях интерпретироваться как экстерриториальность, неприкосновенность.

Каковы же могли быть основания для задержания и последующей выдачи Пиночета Испании с целью привлечения бывшего чилийского диктатора к суду за гибель испанских граждан во время военного переворота и диктатуры? Вспыхнули страсти, жесткое столкновение мнений. Вплоть до бурных, стенка на стенку, противостоящих демонстраций у здания суда, куда поступило дело Пиночета. Одна — аппелирующих к незыблемости чилийского суверенитета, полагающих, что если Пиночет и подлежит ныне юридической ответственности, то только у себя, в Чили, на основании суверенной национальной юридической системы. Другая — последовательных борцов за права человека, исходящих из того, что ответственность за нарушения основных прав человека, преступления против человечности не имеет границ — ни государственно-территориальных, ни временных.

И хотя высшая судебная инстанция Великобритании, Палата лордов, после двукратного рассмотрения дела в ноябре—декабре 1998 г. и в 1999 г. (а затем и иные юрисдикционные инстанции) решили — Пиночет не обладает экстерриториальностью, его задержание и перспектива выдачи Испании правомерны, трудные вопросы остаются. В особенности, если исходить из сложившихся представлений о государственном суверенитете, исключительном праве государства на юрисдикцию в отношении своих граждан.

Такого рода трудные вопросы остаются (и не только на уровне теории) даже после того, как в начале 2000 г. в соответствии с медицинским заключением по сугубо гуманитарным соображениям Пиночета после 16-месячного задержания на английской земле по решению компетентных инстанций Великобритании было разрешено вернуться на родину, в Чили. То есть произошло то, что (несмотря на протесты правозащитных организаций и ряда стран — Испании, Франции, Бельгии и др.) по существу прекратило дело о выдаче Испании бывшего чилийского диктатора.

И вместе с тем, даже без подробного разбора возникшей в данном случае сложной юридической ситуации, каждый, думается, может ощутить — перед нами все же происходит нечто крупное, быть может — переломное, в мире юридических процессов и канонов.

СТОЛЬ ЖЕ сложные правовые вопросы возникают в связи с происшедшими в это же самое время событиями в самом центре Европы, в Югославии, когда в ответ на этнический конфликт в югославской провинции Косово весной 1999 г. военно-политический союз НАТО (включая США и Канаду), не обращаясь к существующим в действующем международном праве процедурам по применению силы для решения конфликтов, начал систематические бомбардировки ракетами и военной авиацией Югославии, ее столицы — Белграда, других городов и населенных пунктов, югославских военных и стратегических гражданских объектов. С тем, — и это получило поддержку большинства населения западных стран, — чтобы «заставить» Милошевича (президента Югославии) вывести регулярные войска из Косова, прекратить «этнические чистки», согласиться на урегулирование конфликта с участием международных сил.

Вновь перед нами — трудные вопросы. Пожалуй, еще более сложные, чем те, которые возникли в связи с делом Пиночета. Хотя в чем-то и однотипные с последним. Ибо и здесь возникла ситуация, когда речь идет о суверенитете и известные насильственные действия совершаются в связи с допущенными на территории суверенного государства массовыми нарушениями основных прав человека, геноцидом, преступлениями против человечности. Значит и здесь в каком-то отношении, можно предположить, происходит нечто значительное, крупное (и одновременно, в действительности, по результатам — явно трагическое) в жизни людей, связанное с правом, его пониманием, его судьбой.

Как разобраться со всем этим? Со всем невероятным переплетением обстоятельств, фактов, оценок.

Казалось бы, ответ на поставленные вопросы ясен, напрашивается сам собой — должно *торжествовать праву*. Но если это верно, то тут же другой вопрос — *какое право*? И что тут происходит — действительно ли нечто крупное, переломное, в мире юридических процессов и канонов? Или же, напротив, перед нами — перспектива утраты юридических ценностей, некая легализация произвола, насилия? Или, быть может, то и другое одновременно, требующее, чтобы мы все наконец-то в полной мере определились с правовыми вопросами в нашем мире?

Как ни странно, перспектива ответа на подобные вопросы в чем-то обнажилась в связи, казалось бы, с аналогичными военными акциями российской государственной власти в Чечне. Ведь в последнем случае речь уже не идет о проблемах, связанных с суверенитетом (напротив, имеются конституционные основания для применения государственных мер с целью обеспечения территориальной целостности страны), и вдобавок принимаемые меры обосновываются необходимостью защиты от международного терроризма и потому пользуются поддержкой большинства российского населения. Вместе с тем в полученных во многих странах и частично в России оценках чеченских событий 1999—2000 гг. наряду с такими, как «чрезмерность» и «неадекватность» силовых мер, напрямую высказываются и те, что относятся к нарушению прав человека, геноциду, преступлениям против человечности. И не тут ли, в последних из указанных оценок, сама суть проблем, имеющих принципиальное отношение к состоянию и развитию права на рубеже третьего тысячелетия?

И ЕЩЕ явления фактического порядка — не столь драматического свойства, как только что названные, но все же такие, о которых нельзя хотя бы не упомянуть, характеризуют состояние и некоторые тенденции развития права человечества, вступающего в третье тысячелетие христианской эры. Это — потрясающие успехи в модернизации ряда стран Европы, Америки, Азии во второй половине XX в., которые вывели эти страны на высокий уровень благосостояния, устойчивого экономического и социального развития, общего благоденствия. Понятно, что решающую роль в такого рода процессах, весьма обнадеживающих для состояния и перспектив развития всей человеческой цивилизации на рубеже тысячелетий, сыграли потрясающий научно-технический прогресс, невиданный взлет ума и технических свершений, а также процессы стабилизации политической жизни, утверждение ценностей и идеалов демократии.

Но возникает вопрос, нет ли тут также и таких процессов, которые связаны с правом, с его состоянием и тенденциями развития в современную эпоху? Во всяком случае, даже без подробного рассмотрения поставленного вопроса, представляется если не очевидным, то весьма вероятным, что действие стран НАТО, оценки событий в Чечне каким-то образом сопряжены с состоянием правовых систем указанных стран, с утвердившимися в этих странах правовыми ценностями и характером самого правопонимания. Но если это верно, то сыграло ли в данном случае и само право существенную роль в отмеченных успехах экономического и социального развития?

И ВОТ ИМЕННО факты современной эпохи (упомянутые события — дело Пиночета, события в Югославии, в Чечне, а также процветание ряда стран, успехи в их модернизации) настоятельно требуют того, чтобы наша наука предприняла настойчивые усилия с целью проникнуть в глубины этого сложнейшего мирозданческого феномена — права. Именно *в глубины*, не ограничиваясь, казалось бы, «научными», а на деле во многом тривиальными, упрощенными и политизированными суждениями и сентенциями. Думается, для этого в нынешнее время имеются не только требования самой жизни (такие, как только что кратко описанные события, факты), но и уже в чем-то отвечающие этим требованиям основательные научные разработки. В том числе такие, которые опираются на богатство мировой юридической культуры, достижения различных правовых систем, существовавших и ныне существующих на нашей планете, на данные, получившие освещение в литературе, прежде всего в книге о принципиальных положениях сравнительного правоведения в сфере частного права¹.

В НАСТОЯЩЕЙ работе предпринята попытка сделать известный шаг в углублении общих представлений о праве, а в итоге, на основании предложенных автором разработок, обрисовать в основных чертах состояние права в современном мире — попытаться ответить на вопрос: что же это такое — право на пороге нового тысячелетия (первая

¹ Речь идет о прекрасном издании, обобщающем основные данные по сравнительному правоведению последнего времени и по его теории, и в особенности по проблемам частного права (эти данные во многом уникальны, получены в результате углубленного юридического анализа и потому с учетом проблематики настоящей книги будут по ряду вопросов подробно в ней использованы). См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 1998.

и вторая части книги), — и затем высказать в заключительной части некоторые соображения о перспективах развития права, о его судьбе.

В прологе этой книги уже сказано о некоторых драматических событиях, происшедших в преддверии нового тысячелетия (они продолжают оставаться в поле зрения автора и, надо надеяться, читателя; мы к ним вернемся в третьей части). Существо этих событий, — а не менее — факты истории, общее состояние жизни современной эпохи, тенденций и возможных перспектив ее развития побуждают к углубленному разбору правовых явлений и процессов, привлечению новых материалов, в основном из области истории и сравнительного правоведения, выдвижению на обсуждение некоторых дискуссионных положений.

В концептуально-теоретическом отношении эта работа развивает идеи, изложенные автором в недавно изданной монографии «Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования» (М.: Статут, 1999). Некоторые из этих идей придется отчасти воспроизвести, а нередко — рассмотреть под несколько иным углом зрения, с привлечением дополнительных материалов, обобщений, гипотез. По ряду вопросов содержание книги представляет собой своего рода «теоретическую состыковку» ранее разработанных идей и данных современного сравнительного правоведения, содержащихся главным образом в исследованиях сравнительно-правового профиля по частному праву. Связанные с этим коррективы и дополнения, касающиеся положений упомянутой выше монографии автора, будут в дальнейшем особо оговорены¹.

¹ Ссылки на указанную монографию в дальнейшем будут даны в сокращенном виде: Право. 1999.

Часть первая. Право — единое и разное

ГЛАВА ПЕРВАЯ

ПРОСТЫЕ, ЭЛЕМЕНТАРНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ПРАВЕ

1

НАЧНЕМ, как говорится, по порядку. С самого простого, элементарного. Есть в юриспруденции, как и во всякой науке, простые, элементарные представления, понятия. Подчас — широко известные, даже тривиальные. И о некоторых из них в книге, посвященной сложным проблемам права, нужно с самого начала сказать. Хотя бы как о начальном пункте, о точке отсчета, с которых пойдет последующий рассказ. Тем более что в отношении некоторых элементарных понятий, представлений будут сделаны акценты или оттенены моменты, имеющие существенное значение при рассмотрении более сложных юридических проблем.

Вот несколько таких понятий, представлений, излагаемых в самом сжатом, тезисном виде. Это: 1) право — регулятор; 2) естественное и позитивное право; 3) публичное и частное право.

2

ПРАВО — РЕГУЛЯТОР. Право в самом широком значении этого понятия представляет собой регулятор, стабилизатор в обществе — *определи*тель того, «кто» и «что» *вправе* или *не вправе* делать, поступать (стоит только прислушаться к самому слову «право», как именно такое его понимание зазвучит из его буквального смысла). Право в таком широком значении дает основание для того, чтобы то или иное поведение людей признавалось оправданным, обоснованным. Оно, право, в указанном значении призвано обеспечить нормальную, упорядоченную жизнь людей, всего человеческого сообщества. И следовательно, обеспечить признание того или иного положения лица, поступков, актов поведения людей в качестве *правомерных* или *неправомерных*.

Даже без каких-либо особых научных данных и выкладок для каждого здравомыслящего человека, надо полагать, очевидно, что челове-

чество с момента своего «появления на свет» и до наших дней не может жить и нормально функционировать, если в обществе нет действенного регулятора и стабилизатора в окружающей людей сложной, нередко остроконфликтной среде. Нет, продолжая мысль, прежде всего того, чтобы у человека наличествовало определенное положение в общественном организме, а его действие, поступки имели бы общепризнанное основание, когда человек и данное сообщество людей могут действовать «по праву». То есть в обстановке, скажу еще раз, когда определяется для всех и каждого — «кто» и «что» вправе или, напротив, не вправе делать, как он вправе или не вправе поступать.

Итак, сообщество людей как существ разумных может существовать и функционировать лишь при том совершенно обязательном условии, что *важнейшим*, а в чем-то и *центральным звеном их бытия, их жизни будет право*.

3

ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО И ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО. Право как регулятор и, следовательно, как условие нормальной, упорядоченной жизни людей — это в принципе и изначально по своей основе *естественное право*. То есть обоснование положения и поведения людей «по природе», по естественному порядку вещей (право старшинства, право первенства, очередности, право человека или целого сообщества самим определять свою судьбу и т.д.).

Здесь, в естественном праве, можно различить даже известные истинно природные, социально-биологические предпосылки, например, в праве старшинства. При этом в человеческом сообществе, даже на самых ранних, первобытных стадиях его долгого становления и развития, такого рода предпосылки вылились в *осознаваемые правила поведения*, оказались связанными с духовными началами жизни человека (религией, мифами, нравами рода и племени, первобытными представлениями о добре, зле, ритуалами) и потому приобрели характер требований первобытной *морали* и одновременно — твердых и жестких первобытных *обычаев*. По взглядам ряда ученых — единых «мононорм», выражающих требования природной необходимости, суровые условия жизнедеятельности, сложившиеся нравы сообщества, заповеди предков, предначертания духов и богов.

Существенно то, что первобытные требования морали и обычаи во многом, как свидетельствуют этнографические данные, вобрали в себя силу жесткой природной необходимости, неотвратимости, что и пред-

определило их действие в качестве непререкаемых, жесточайших императивов, прежде всего запретов — табу (и отсюда — обязательность для каждого, безусловная недопустимость отступления от «обычаев предков», «требований духов и богов»). И вот на ранних, первобытных стадиях становления человеческого рода именно первобытные обычаи (мононормы), обусловленные главным образом природной необходимостью, и были призваны вносить строгую определенность и постоянство в жизнь людей, предельную сплоченность рода, племени и позволяли видеть и знать, «какое право по природе» каждому («кто» и на «что» имеет право из числа членов рода или племени).

Вместе с тем, как только человеческий род стал развиваться на своей собственной основе — собственности, публичной власти, духовных ценностях (и это стало началом той, продолжающейся и поныне эпохи, которая получила название «цивилизация» в исторически широком значении этого понятия), так в то же время, наряду с естественным правом, выраженном в морали и в обычаях, потребовалось регулирование и в виде *права как «установлений самих людей»*, именуемого *позитивным правом*.

«Позитивным» — значит такой системы регуляции, которая создается самими людьми, носит в этом отношении искусственный характер и призвана дать обоснованность (оправданность) статусу людей, их поступкам, их поведению по принципу «кто» и на «что» имеет право, теперь уже сообразно существующим в данном обществе новым условиям жизнедеятельности. То есть условиям, связанным с существованием и деятельностью политической власти, наличием индивидуализированной (частной) собственности, господством определенных духовных принципов и идеалов. Причем так, что права и обязанности людей, их объединений, социальных образований поддерживаются не только и не столько общественным мнением, не только и не столько привычкой и возможностью признания «греха», «недостойного поведения» и т.д., но прежде всего общественным (публичным) авторитетом государственной власти, мерами юридической ответственности, силой государственного принуждения.

Причем в рамках позитивного права слова «правовой» и «юридический» в принципе совпадают: оба выражают то обстоятельство, что за «спиной» регулирования поведения людей здесь стоит самая мощная сила в обществе — государственная власть. И что само это регулирование (юридическое регулирование) является в принципе государственно-принудительным. Вместе с тем важно взять на заметку и то обстоятельство, что некоторые разновидности позитивного права (на-

пример, исламское право, традиционное китайское право), хотя так же, как и везде, имеют в принципе государственно-принудительный характер, охватывают, наряду с сугубо юридическими элементами, религиозные, иные идеологические критерии поведения.

И еще один момент. Кроме понятия права (в смысле позитивного права), есть еще понятие *юридической (правовой) системы*. Это — позитивное право, взятое в единстве с другими институтами, обеспечивающими его существование и действие. В том числе — в единстве с судом, правоохранительными органами, с законодательными учреждениями и т.д. Понятие «юридическая система» позволяет осветить юридические вопросы более широко, и вместе с тем более конкретно — указать на особенности и дать оценку позитивного права данной страны в целом. Отсюда, т.е. в связи с существованием и функционированием юридической системы той или иной страны, и возникает вся гамма многообразных юридических вопросов, включая вопросы правосудия, деятельности юристов, правовой науки и т.д.

4

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО И ЧАСТНОЕ ПРАВО. В позитивном праве на самых ранних ступенях его развития обнаружили две наиболее широкие сферы — публичное право и частное право. При этом слова «публичное» и «частное» имеют в данном случае специальное юридическое значение (ибо все позитивное право, как уже отмечалось, так или иначе связано с государственной властью, и в этом отношении все оно имеет публичный характер).

Публичное право — это область позитивного права, основанная на началах централизации, когда права и обязанности строятся на принципах власти и подчинения. Таковы, в частности, отношения в области государственного и административного управления, воинской службы, взимания налогов, уголовного преследования виновных лиц, пограничного, таможенного, санитарного контроля и т.д.

Частное право — это область позитивного права, основанная на началах децентрализации, где все субъекты складывающихся отношений юридически равны и все они могут своей волей и в своем интересе участвовать в установлении и в реализации своих прав и обязанностей. Сюда относятся разнообразные договорные отношения, отношения по наследованию имущества, другие отношения, регулируемые гражданским, семейным, трудовым законодательством. Своего рода визитной карточкой частного права являются так называемые диспозитивные

нормы — положения законов, которые действуют по данному вопросу (например, по вопросу о моменте возникновения права собственности у приобретателя по договору) только в том случае, когда стороны в договоре не установили иной, «свой» порядок. Так, в ст. 223 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) говорится: «Право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено... договором». Значит, здесь участниками отношений может быть «предусмотрено иное» и по рассматриваемому вопросу договоренность сторон может иметь приоритет даже перед законом.

Грани между публичным и частным правом не всегда являются четкими, существуют смешанные отношения (такие как публичные договоры в гражданском праве), удельный вес публичного и частного права в различных обществах неодинаков. Но это не препятствует тому, что указанные две сферы вырисовываются в любой системе позитивного права с достаточной определенностью и — что особо существенно — они играют различную роль в жизни общества, во многом имеют свою особую судьбу.

ГЛАВА ВТОРАЯ ИМПЕРАТИВЫ ЦИВИЛИЗАЦИИ И ПРАВО

1

ОБРАТИМСЯ к более сложным проблемам права.

Важнейшая из них — это вопрос о тех требованиях (императивах), которые вызвали к жизни позитивное право — особый вид социальной регуляции, получивший доминирующее значение в жизни людей.

Что это за «императивы»? То есть, каковы объективные требования человеческого общества, вступившего в условия цивилизации, которые призваны в отношении позитивного права ответить на вопросы — откуда, зачем, для чего.

Ведь сложившиеся еще на заре существования человеческого рода виды регуляции (мононормы, их обособляющиеся компоненты — первобытная мораль, религиозные нормы, вся система табу), обусловленные природной необходимостью, в условиях первобытного общества вполне справлялись с обеспечением нормальной, упорядоченной жизни людей в их сообществах — родах, племенах, союзах племен, в межплеменных взаимоотношениях.

Но вот человеческий род вошел в *условия цивилизации*, и жизнь людей стала строиться не только на основе суровой природной необходимости и некоторых социально организованных элементах первобытного общества, но и (притом — со временем все более и более) на своей собственной основе. На тех порожденных новыми условиями жизни и во многом созданных самими людьми социальных феноменах, как частная собственность, рыночная экономика, научно-техническое развитие, политическая власть, институты духовной жизни. То есть в условиях, когда обеспечение существования, функционирования и развития общества как сложной и динамичной системы сопряжено с самостоятельной разумной деятельностью индивидов, их объединений и вытекает из потребностей целостного организма, несравненно более высокого, более сложного (и менее устойчивого) порядка, чем первобытное общество.

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

Выполнить такого рода задачи было не под силу ранее существовавшим регуляторам. Потому-то здесь и потребовался принципиально новый, несравненно более мощный и стабильный регулятор, который включал бы сложный комплекс юридических средств и обладал бы значительным потенциалом регулятивной энергии.

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

Нередко при ответе на эти и им подобные вопросы внимание сразу же обращается на необходимость *высокой и строгой нормативности в системе социальной регуляции, характерной для позитивного права*, т.е. регуляции при помощи общих правил — норм.

Да, это требование (императив) жизни людей в условиях цивилизации, обуславливающее необходимость нормативности, является весьма существенным, в особенности на более высоких ступенях исторического развития, когда человечество от конгломерата «малых обществ» все более переходит к социальным образованиям «больших обществ» — обществ территориально обширных и этнически многоликих государств, империй. И когда — что еще более существенно — в связи с развитием цивилизации стало все более раскрываться значение «нормативного» как средства преодоления беды и проклятия общества, антипода права в высоком гуманитарном значении последнего — произвола, насилия.

Но необходимость высокой и строгой нормативности *не является* все же в отношении системы социального регулирования в условиях цивилизации *исходным, первичным*. Ведь и обычаи, и традиции (вся система мононорм, в особенности система табу) уже имели нормативный характер.

В условиях же цивилизации для сообщества существ, наделенных разумом (со всеми его великими плюсами и, увы, страшными минусами, когда сила разума ставится на службу зоологическому эгоизму, страстям, самой по себе власти и т.д.) *прежде всего* требуется другое. Это — не только обеспечение самого существования новых, в какой-то мере искусственных феноменов, образований, институтов (политической власти, частной собственности и др.), но в первую очередь *сама возможность преодоления в новых условиях раздора, обострившихся страстей, сложных ситуаций, столкновений интересов, конфликтов*. Причем так, чтобы в обстановке жестких столкновений интересов, страстей, противоборств решение конфликтных ситуаций было твердым, определенным по содержанию, гарантированным, единственным и окончательным.

Именно это — необходимость решения столь острых социальных задач, возникших в условиях цивилизации, а не сама по себе потребность «нормативности» при всей ее важности (в том числе и для решения только что указанных задач) — потребовало, чтобы на свет появился «юридический регулятор», способный такого рода задачи разрешить.

ТАК ЧТО САМОЕ ГЛАВНОЕ, что прежде всего, притом жестко, императивно, потребовала сама жизнь в условиях цивилизации, заключается в необходимости появления на свет, формирования (институализации) и надлежащего использования *своеобразных средств регуляции*. Таких средств, которые отличались бы по своим исходным характеристикам, по крайней мере, следующими *тремя* качественно специфическими чертами:

во-первых, *твердостью* (одновариантностью, надежностью) не менее жесткой, чем это характерно для природной необходимости, для обычаев, и вместе с тем такой, которая бы охватывала новые сферы жизнедеятельности, самостоятельную разумную деятельность людей и отличалась возможностью надежно закрепить и обеспечить данные институты и отношения на неопределенное время вперед («навечно», «навсегда», что, кстати, стало одной из важнейших предпосылок для придания соответствующим юридическим средствам высокого нормативного характера, да и других черт и особенностей, о которых речь — в следующих пунктах);

во-вторых, *определенностью по содержанию* — возможностью предельно точно, при необходимости до мельчайших деталей, зафиксировать и закрепить условия поведения лиц, а также обязательные последствия, наступающие при наличии тех или иных фактических обстоятельств;

в-третьих, *публичной гарантированностью* того, что данные условия поведения и обязательные последствия будут обеспечиваться при помощи самой мощной силы в данном обществе, прежде всего (или в отношении отдельных юридических систем — «в том числе», но всегда обязательно) при помощи государственной власти, ее принудительных механизмов.

В ходе социального развития средства регуляции, обладающие указанными чертами, в силу тех же, указанных ранее социальных потребностей обрели *нормативный характер* и вместе с тем — *государственную суверенность*. Это значит, что решения государственной власти, содержащие юридические средства регуляции, — решения не только *общеобязательные*, но и по каждому вопросу — *единственные и окончательные*.

Вот все это — твердость, строгая определенность, надежная публичная гарантированность (а также нормативность, государственная суверенность) — как раз и является тем первичным и главным, что делает такого рода порядок в человеческих отношениях *правовым в специальном юридическом значении*. И что раскрывает

потребность человеческого сообщества в позитивном праве — публичном основании, определяющем «кто» и «что» вправе или не вправе делать, как вправе или не вправе поступать.

И хотя повсеместно такое позитивное право первоначально неизменно в *единичных, индивидуальных актах* опиралось на явления естественного порядка — обычаи (и потому выступало в качестве *обычного права*), оно все же — поскольку речь идет именно о позитивном праве — так или иначе реализовывалось в *решениях публичной власти*, сначала самих правителей, затем особого института — суда, других учреждений юстиции, обладающих силой императивно-властных прерогатив. И уже это означало, что в действие при разрешении жизненных ситуаций включаются в том или ином объеме и качестве рациональные, духовные начала, принципы и императивы морали данной эпохи, а главное — сила государственного авторитета и принуждения, самая мощная, из всех возможных, сила в обществе. А отсюда — действие единой юридической системы, включающей наряду с определенным набором юридических средств также функционирование юридических учреждений — судебных и правотворческих (законодательных).

3

С МОМЕНТА своего появления на свет позитивное право благодаря отмеченным выше чертам (твердости, определенности по содержанию, гарантированности) и в не меньшей мере — благодаря высокой нормативности, государственной суверенности приобрело значение неотъемлемого и важного элемента структуры любого общества в условиях цивилизации, необходимого фактора его существования и развития, его судьбы. Иными словами, приобрело значение *неизменной основы нормального, упорядоченного существования человеческого рода*. И в целом, и в отношении отдельных его ареалов, тех или иных исторически определенных цивилизаций (коль скоро употреблять этот термин — «цивилизация» — не только в общем, широком значении, но и в отношении отдельных систем социальных отношений и культур — таких как цивилизация Древнего Египта, античная цивилизация, цивилизации ацтеков, современная западная цивилизация и т.д.).

И вот в условиях цивилизации позитивное право (в виде законов, судебной деятельности и т.д.) становится по самой своей сути *незаменимым*.

Дело не только в том, что печальной альтернативой хлопотной, рутинной, нередко раздражающей юридической материи является хаос, произвол, самоуничтожение людей. Суть дела еще и в том, что это вся

юридическая материя обладает рядом существенных достоинств. Порой уникальных, свидетельствующих о некоторых, зачастую утверждающихся исподволь тенденциях в правовом развитии и отсюда о какой-то значительной, не во всем еще разгаданной наукой роли и предназначения права в жизни человека и всего общества.

Уже на самых ранних стадиях развития цивилизации стало все более обнаруживаться, что позитивное право не только мощный социальный регулятор, но и явление культуры — объективированного выражения и аккумулятора творчества человечества, его материального и духовного богатства, накапливаемых обществом социальных ценностей. А затем, уже в наше время стало очевидным и то, что в непрерывной череде исторически сменяющихся одна другую на протяжении тысячелетий общественных и государственных образований, «строев», культур, целых эпох именно *преемственность права* являлась показателем и выражением (а пожалуй, еще и «институтом обеспечения», «охранителем») *непрерывности* человеческой цивилизации, причем по основополагающим институтам человеческой культуры, т.е. во всем том, что выражает ценность права как механизма непрерывного воспроизводства социальной системы. И что, например, юриспруденция, охватывающая частное право, оказалась, в сущности, единственным участком современной культуры, который напрямую, по большей части чуть ли не в первозданном, готовом виде воспринял одно из высших достижений культуры античности — достижения римского частного права.

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

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

ВЕСЬМА ПРИМЕЧАТЕЛЬНО, что позитивное право благодаря своим достоинствам и роли в жизни общества издавна и до нынешнего времени почитается людьми как явление *святое*.

Не хотелось бы, чтобы это положение понималось упрощенно и в чем-то даже по существующим словесным стереотипам буквально, однако именно так — как явление святое (сакральное) — юридические установления *изначально* вошли в жизнь человеческого общества. И в чем-то именно так воспринимаются поныне.

Повсеместно, на всех континентах, во всех уголках нашей планеты, где постепенно развивалась жизнь разумных существ — людей, их сообществ, юридические нормы были не только неотделимы от всей системы социально-духовной регуляции (мононорм), но прежде всего и дольше всего, вплоть до нынешнего времени, оказались в каком-то плотном единении с религиозными постулатами, положениями и даже ритуалами.

Вот и на ранних стадиях древнеримского права, которое впоследствии стало образцом «чисто» юридического феномена, существовало, по свидетельству И.А. Покровского, глубокое переплетение непосредственно юридических и сакральных (религиозных) вопросов и отношений. И в этой связи знаменательно то обстоятельство, что для решения этих вопросов и отношений центральное значение, как и в других ареалах зарождающейся человеческой цивилизации, имели служители культов, жрецы; в Риме — особое подразделение жрецов — *коллегия понтификов* (*pontifices*)¹.

Аналогичные явления характерны для всех цивилизаций древнего мира, а также и для Средневековья. И это изначально придавало нормам и положениям юридического характера (в силу их общего с сугубо религиозными положениями статуса) значение святынь — столь же непреложных, непререкаемых, как и религиозные постулаты и ритуалы.

Такая высокая социальная и духовная значимость норм позитивного права (святыня!) сохранялась в большинстве юридических систем мира до новейшей истории. В особенности в тех из них, в кото-

¹ Причем именно «в этой коллегии сосредоточивалось знание и хранение сакрального права (*ius pontificium*). В этой коллегии вырабатываются правила и приемы толкования, ведутся даже записи юридических прецедентов, записи, носящие название *sententiarum pontificum*; только у понтификов можно получить и надлежащий юридический совет. Таким образом, по всей справедливости понтифики считаются первыми римскими юристами, положившими начало развитию римского *гражданского права*» (Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 43–44).

рых юридические нормы непосредственно *выводятся* из религиозных положений, постулатов.

В современную эпоху, пожалуй, лишь исламское право, частично — индуистское право (да обычное право африканских стран) сохранило по своей исходной и концептуальной основе прямую и зримую связь с религией. До настоящего времени — пусть и в иных значениях и оценках, нежели в прошлом — исламское право (шариат) понимается в качестве совокупности богоданных правил, открытых в определенный момент истории Аллахом через пророка Мухаммеда и получивших выражение в Коране. И хотя в толковании и в практическом применении этих правил — благодаря, главным образом, таланту и искусству правоведов, знатоков шариата — исламское право оказалось способным в целом отвечать меняющимся потребностям быстро текущей жизни, оно все же в догматическом плане до сих пор понимается в качестве божественного откровения, дарованного Аллахом «раз и навсегда».

Близость религиозных и юридических норм (жестко и без исключений — в прошлом, по ряду пунктов — в современной действительности) имеет свои основания — и с духовной, и с регулятивной сторон. Отчасти поэтому у людей даже в отношении устаревших, не оправдавшихся, ошибочных, чуждых юридических норм существует общее благорасположение, что является стойким стержнем законности в любой ее разновидности и в каждом обществе.

Вместе с тем, думается, не только это при характеристике *свято-сти* права должно привлечь наше повышенное внимание (хотя единство права и религии и в настоящее время, и в исторической перспективе во многом определяет духовную жизнь человечества¹). Категория «свято-сти», на мой взгляд, призвана, наряду с глубокой свято-стью права в его гуманистическом значении, выразить также *высокое, в принципе — предельно высокое место, которое отведено цивилизацией позитивному праву в системе социальной регуляции.*

Даже в регионах с крайне самобытной культурой и системой социальной регуляции право на обширных участках социальной жизни *уникально, незаменимо, является высшей, по многим позициям единственной формой* упорядочения и организации общественных отношений, оправдывая (пусть и в данном, казалось бы, чуть ли не в техническом ракурсе) отношение к нему людей как к явлению *святому.*

¹ См.: Берман Гарольд Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. Автор убедительно показывает, что мы стоим перед необходимостью рассматривать право и религию «не просто как два связанных между собой общественных института, а как два диалектически взаимозависимых аспекта единого процесса — общественной жизни человека» (Там же. С. 33).

В то же время нельзя упускать из поля зрения «встречную» линию взаимодействия правовых культур Запада и Востока. Хотя бы с точки зрения перспективы. В контексте как раз правовых проблем в современной литературе справедливо замечено, что «и Восток, и Запад претерпели невероятные страдания от... дуализма, от раскола ценностей на вечное и временное, на благодать и закон, дух и материю, страсть и разум, стихийное и плановое, священное и справедливое» и что в позитивные ценности Востока и Запада нужно «заново их объединять»¹. Но такого рода перспектива — предмет рассмотрения завершающей части книги.

5

ЗАВЕРШАЯ РАССМОТРЕНИЕ императивов цивилизации, которые вызвали к жизни позитивное право, и сделав в связи с этим акцент на первичных императивах (требованиях твердости, определенности, государственной публичной гарантированности), необходимо вместе с тем обратить повышенное внимание на то, что в ходе общественного развития все более дают о себе знать «главные императивы», раскрывающие смысл, историческое предназначение права в решении коренных задач человечества — сообщества разумных, свободных людей, само его существование как оптимальной формы свободы человека (ее реального выражения, гарантирования) и как антагониста основного зла и проклятия в жизни людей — произвола, насилия.

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

Именно под этим углом зрения следует рассматривать основные ступени гуманитарной истории права, когда оно движется от «права сильного» через «право власти» (и его развитую форму — «право государства»), достигает ступени гуманистического права — той ступени, на которой позитивное право уже напрямую, во всех своих основных характеристиках реализует свою суть как *право человека* и одновременно противостоит своему исконному, извечному врагу-антагонисту — *произволу* и его наиболее

¹ Берман Гарольд Дж. Вера и закон: примирение права и религии. С. 403.

«бесовскому проявлению», непосредственно обращенному против человека, *насилию*. Как бы ни оценивать с позиций современных гуманистических и нравственных представлений предшествующие стадии правового развития (даже такие, как, скажем, «кулачное право», да и вообще феномен права сильного, право власти и т.д.), на каждой из них, нередко в оптимальных для своего времени формах, создавались известные предпосылки для реализации гуманитарных ценностей и — что наиболее существенно — известным образом ограничивался произвол, взамен прямого насилия вводились — пусть еще и несовершенные — институты правового принуждения, материальные и процессуальные.

Как раз с указанным историческим предназначением права, наряду с его свойствами, обеспечивающими твердость, определенность и гарантированность социального регулирования, на первый план выступают и иные, более социально и юридически значимые свойства. Это — качество нормативности, приобретающее в позитивном праве значение всеобщности, свойство «равновесности», а также особенность права как явления гуманистического порядка — права человека, прежде всего его преимущественно дозволительный характер.

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

ГЛАВА ТРЕТЬЯ ПРАВОВЫЕ СИТУАЦИИ

1

В НАУКЕ ПРИ ОБЪЯСНЕНИИ ПРАВА, его сути и причин «появления на свет» (здесь и дальше, напомним, речь идет о позитивном праве) в контексте тех или иных теоретических доктрин выделяются различные факторы из числа тех, что сложились и приобрели существенное значение в условиях цивилизации. Такие, уже отмеченные ранее, как частная собственность, рыночная экономика, научно-техническое развитие, политическая власть, а также под углом некоторых

мировоззренческих доктрин — классы и классовые антагонизмы, социальное регулирование как обобщающая категория. Словом, факторы и категории, относящиеся к фундаментальным устоям существования и функционирования человечества, человеческой цивилизации.

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

Но все же при всей важности указанных факторов и категорий необходимо, на мой взгляд, вычленив и сосредоточить внимание на *исходном и вместе с тем предельно простом пункте*, показывающем, с каких обстоятельств в мире конкретных явлений и процессов юридическое регулирование начинается. Тот пункт, который с высот философских и общенаучных доктрин спускает нас «на землю», на *почву действующего права*, и без учета которого объяснить феномен права со строго научных позиций совершенно невозможно. Это — «*ситуации, требующие для своего решения права*», сокращенно — «*правовые ситуации*».

2

ПРАВОВЫЕ СИТУАЦИИ по своим внешним характеристикам и с точки зрения традиционного понятийного аппарата юриспруденции представляют собой не что иное, как «фактический состав», «состав преступления» («состав правонарушения, деликта»), т.е. определенное соединение юридических фактов.

Вместе с тем здесь есть свой, принципиально важный аспект. Это — *заложенная в данную ситуацию необходимость получить ее юридическое разрешение*. Причем такое разрешение, которое не сводилось бы к одним лишь оценкам — к признанию наличия или отсутствия «греха», «недостойного поведения» и т.д. Здесь существующие обстоятельства требуют *правового решения*, которое (именно как *правовое*) имело бы твердый, строго определенный, надежно гарантированный характер. И, стало быть, по данной проблеме было бы единственным и окончательным в данном сообществе, «ставило бы точку» в вопросе *о правомерном или неправомерном поведении, состоянии, факте*, т.е. о том, «кто» и на «что» *имеет или*

не имеет права, со всеми вытекающими отсюда императивными, государственно-властными, публично-правовыми последствиями.

Вот, скажем, в качестве простейших примеров (если представить обстоятельства из обыденной жизни, в том числе — давней эпохи, в чем-то еще близкой к первобытной) такие: соплеменник не стерпел обиды при оценке его достоинств и убил либо нанес увечье обидчику; быки, принадлежащие семье скотовода, причинили потраву соседу-землевладельцу; выяснилось, что вещь, принадлежащая одному человеку, оказалась в обладании другого сообщинника, и т.д. И такого рода ситуации (как и сложные ситуации нынешнего времени, о которых рассказывалось на первых страницах книги) необходимо *решить*, и решить так, чтобы такого рода решение имело твердый, определенный, гарантированный характер, было единственным и окончательным, да плюс к тому еще обязательно, обладало публичным авторитетом.

Стало быть, «правовая ситуация» — сложное жизненное обстоятельство, особый «поворот» в делах и событиях. Это и события, затрагивающие жизнь общества в целом (такие, как само вхождение данного сообщества в условия цивилизации, переход от одной эпохи к другой). Это и конкретные обстоятельства нашей жизни — столкновение интересов и страстей, казус, не поддающийся простому разрешению на основе одних лишь представлений о морали, принятых в данном круге людей обыкновений, словом — то, что уже в юридической сфере образует «дело». Как правило, это *конфликт* или положение во взаимоотношениях людей, *грозящее конфликтом*, с внешней стороны по большей части — *спор*, сшибка интересов, страстей, соперничество мнений и намерений. Причем в условиях цивилизации, когда волей и страстями людей начинают руководить жесткие индивидуальные интересы, особенно те, которые выражают императивы власти, собственности и идеологии, такого рода конфликтные ситуации становятся *постоянно существующей средой*. Выражением, по словам Иммануила Канта, «необщительности», «постоянного антагонизма» и «раздора», которые проявляются в соперничестве, состязании, конкуренции и которые, нередко выплескиваясь в разрушительных проявлениях, в то же время имеют значение, как это ни поразительно, незаменимого стимула активности и энергии — основы общественного прогресса¹.

¹ Вот удивительные по точности и глубине проникновения в суть вещей слова философа: «Не будь этих, хотя и непривлекательных самих по себе свойств необщительности, порождающих сопротивление, на которые каждый неизбежно должен натолкнуться в своих корыстолюбивых притязаниях, живи люди (внимание! — С.А.), как аркадские пастухи в условиях полного согласия, довольства и взаимной любви, — все

А так как подобные конфликтные ситуации, даже в самых положительных своих характеристиках, неотделимы от каких-то, реальных или потенциальных, свойств «раздора», «постоянного антагонизма», нет альтернативы тому, чтобы решение таких ситуаций имело твердый, определенный по всем позициям, окончательный, неизменный на «сейчас» и будущее и — что особо существенно — предельно надежный, гарантированный характер. То есть характер — *правовой*, освещенный и поддерживаемый авторитетом и силой самого мощного в обществе института — *авторитетом и силой государственной власти (государства)*.

3

ЗНАЧИТ даже в отдельных фрагментах действительности, в ситуациях, предопределяющих необходимость сугубо юридического решения, уже можно *разглядеть* заложенную в нем *потребность права*, объективный «зов к праву» (что — обратим внимание на этот момент — выражает общую потребность права в данном обществе и в данном секторе социальной жизни), а отсюда — надобность тех правовых средств, без которых ситуация не может быть решена, останется неопределенной, конфликтной, таящей угрозу «взорваться» разрушительными, гибельными последствиями.

И вот под этим углом зрения, думается, есть основания для того, чтобы выделить в ситуации, нуждающейся в правовом решении, ее центральное звено — ее *правовую суть*. Ибо потребность именно правового, юридического решения для данного случая, притом решения определенного характера (запретить, признать право и т.д.), уже как бы «разлито» в данной ситуации и является, можно предположить, первичной ступенью естественного права, напрямую отражающей его, естественного права, глубокие, истинно природные, даже социально-биологические предпосылки и плюс к тому — еще и первичные, спонтанные духовные представления, оценки и императивы о фактах и событиях настоящего времени.

таланты остались бы навсегда скрытыми в зародыше; люди, столь же кроткие, как овцы, которых они пасут, вряд ли сделали бы свое существование более достойным, чем жизнь их домашних животных...» И Кант восклицает в этой связи: «...да будет благословенна природа за неуживчивость, за завистливое соперничающее тщеславие, за ненасытную жажду обладать или же господствовать! Без них все превосходные человеческие задатки остались бы навсегда неразвитыми. Человек хочет согласия, но природа лучше знает, что хорошо для человеческого рода: она хочет раздора. Он хочет жить спокойно и в свое удовольствие, а природа хочет, чтобы он вышел из состояния нерадивости и бездеятельного довольства и окупился в работу и трудности» (*Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 93*).

Очевидно, например, в упомянутом ранее деле Пиночета, при важности нашего понимания принципов государственного суверенитета, правовая суть ситуации в современных условиях сосредоточивается в гуманитарных началах, правовых требованиях, вытекающих из общезначимых прав человека. Но эти же требования в отношении событий в Югославии 1999 г. должны быть — как это следует из правовой сути данной ситуации — согласованы с требованиями, относящимися к принципам законности.

Надо полагать, что по данному кругу вопросов весьма глубокими, основательными являются суждения О. Шпенглера, считавшего, что в юридической области самое главное, глубинное, что может быть отнесено к праву, «*подразумевается... само собой*». По его словам, «самое существенное *всякое право предполагает* (здесь и дальше курсив мой. — С.А.), этого не оговаривая; право обращено к людям, а люди и *помимо статутных внутренним образом понимают* то, о чем нет нужды говорить, понимают именно в силу этого и прекрасно себе представляют, как им пользоваться». Вот почему, и это соответствует воззрениям автора этих строк, «всякое право есть по преимуществу обычное право...»¹.

4

ИМЕННО ЖИЗНЕННЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, которые могут быть названы «правовыми ситуациями», это и есть исходный пункт права. Именно с них, с этого «начала начал» в мире права *в с е н а - ч и н а е т с я* (как, рискну не без натяжки сказать, с первородной точки мироздания накануне «большого взрыва»); и именно отсюда разворачивается вся сложная, многоуровневая и многослойная цепь правовых средств, механизмов и процедур.

В этой цепи одним из наиболее существенных моментов является ответ на такую альтернативу:

— отыскивается ли и определяется ли в данной жизненной ситуации содержащаяся в ней правовая суть, ее «правовой заряд» непосредственно в самом ходе решения ситуации (рассмотрения и разрешения дела) и сообразно этому устанавливаются необходимые правовые средства, или же

— такого рода «правовой заряд» уже заранее определен и закреплен в действующих юридических нормах (законах), и в практическом отношении задача заключается главным образом в том, чтобы определить,

¹ Шпенглер О. Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. М.: Мысль, 1998. С. 85.

соответствуют или нет данные фактические обстоятельства, призванные быть «фактическим составом» или «составом правонарушения», признакам, выраженным в юридических нормах, а отсюда — применить и привести в действие предусмотренные в них правовые средства?

Уже сейчас, даже не затрагивая других вопросов, нетрудно заметить, что именно с указанной альтернативы «начинается» своеобразие *двух* главных, качественно контрастных правовых систем — глобальных по юридическим меркам порядков — общего, прецедентного права и права, выраженного в законе. Одного порядка, реализованного в национальных системах континентальной Европы (романское и германское право, право скандинавской правовой семьи, право России). И другого, нашедшего выражение в национальных правовых системах англо-американской группы (Англии, США, Канады, Австралии и др.).

Помимо иных выводов, уже сейчас нужно сказать о том, что и в практической юриспруденции, в особенности при рассмотрении юридических дел в судах, главным с точки зрения правового идеала является проникновение в правовую суть данной ситуации, которую можно назвать «правовой» именно потому, что она требует строго юридического решения. Не менее сложные и, увы, частично вообще нерешаемые (прошу взять на заметку) задачи стоят перед законодателем, который при проектировании закона в идеале должен признаки и последствия возможных правовых ситуаций загодя определить и зафиксировать также и в отношении их характера и правовой сути. Тайны права и секреты деятельности правоведов во многом сопряжены с этим центральным звеном первичной основы правового регулирования.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ ПЕРВИЧНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ

1

ПЕРЕЙДЕМ к другим сложным (возможно, еще более сложным, чем предшествующие) проблемам права.

Здесь в качестве отправного уместно вот какое замечание. Позитивное право относится к тем — кажется, немногим — явлениям общественной жизни, в которых могут быть найдены *первичные элементы*.

Если исходить из того, что позитивное право в условиях цивилизации «начинается» с *ситуаций*, которые объективно, по самой своей сути требуют правового решения, то вся последующая цепь правовых

явлений, весь их комплекс, в своем единстве образующих позитивное право, вырисовывается по законам строгой *логики*. Логике *формирования права*, неумолимо действующей во всех регионах и уголках нашей планеты, где утвердился и начал развиваться человеческий род и он стал входить в условия развивающейся цивилизации. И отсюда *логики строения* позитивного права на первичных звеньях его структуры.

Вслед за отправным звеном — правовой ситуацией в этой логической цепи *центральным* звеном позитивного права становится *решение*, которого требует данная ситуация. По отмеченным ранее фактам из жизни людей, характерным и для ранних стадий цивилизационного развития (соплеменник не стерпел обиды при оценке его достоинств и убил либо нанес увечье обидчику; быки, принадлежащие семье скотовода, причинили потраву соседу-землевладельцу и др.), выносятся решения о выплате компенсации за причиненные смерть или увечье, скотовод обязуется возместить ущерб землевладельцу и т.д.

При этом решения ситуаций для сообщества людей, даже для такого, которое только-только выходит из первобытного состояния, в новых, наступающих «цивилизационных» условиях должны быть — коль скоро речь идет о позитивном праве — твердыми, строго определенными, «окончательными», единственными в данном сообществе, надежно обеспеченными. То есть решениями, которые вносят в жизнь людей новый элемент, со всей определенностью свидетельствующий о правомерном или неправомерном поведении, со всеми юридически обязательными последствиями — и для данных лиц, и для всех окружающих, — которые в этой связи согласно действующему правопорядку должны наступить.

Вот, стало быть, перед нами *второй* первичный элемент «правовой материи» — *решение юридического дела*¹, точнее — *акт* решения (в смысле результативного действия правителя, суда, иного компетентного

¹ Представляется важным сразу же обратить внимание на то, что в противовес утвердившимся в науке, именуемой «общая теория права» (в ней «выводятся за скобки» общие для всех сфер юриспруденции элементы), представлениям в данной работе «решение дела» рассматривается в качестве *исходного*, а не завершающего элемента правовой материи, выражающего «применение права». Поскольку речь идет о сложившейся, тем более — развитой юридической системе, в такого рода утвердившейся в науке последовательности правовых явлений, конечно же, также есть логика — *логика действующего права*.

Между тем, как это ни странно прозвучит, *иная логика* характерна для становления, формирования права, когда раскрывается сама «органика» юридической материи. Вот почему в уже упомянутой монографии (Право. 1999), где первоначально в основном излагались общепринятые представления о действующем праве, «решение данной жизненной ситуации» было уже названо «центральным звеном правовой материи» (С. 30), а при характеристике применения права отмечено, что «здесь уже реально присутствует центральное звено юридического регулирования, его кульминация — *решение* дан-

учреждения или лица), разрешающего в соответствии с требованиями права данную жизненную ситуацию.

А вслед за «решением» и в единении с ним может быть определен и следующий, *третий* первичный элемент «правовой материи». Притом — юридический в самом строгом значении. Это содержащееся в решении соответствующее *правовое средство*, отвечающее указанным ранее потребностям (твердости, определенности, надежной государственной гарантированности) и позволяющее в данном случае «поставить точку», раз и навсегда, на властной, государственной основе окончательно и в единственном для данного сообщества варианте разрешить возникший вопрос, проблему и фактически реализовать данное решение.

Правовые средства — это наиболее общая, универсальная правовая категория¹. Из правовых средств (разного содержания, уровня, назначения) и складывается вся правовая материя — «тело» права.

2

ЧТО ПРЕДСТАВЛЯЮТ СОБОЙ по своим общим чертам «правовые средства»?

Изначально во всех ареалах цивилизации, где происходило формирование позитивного права, к числу правовых средств — повсеместно и спонтанно — относились такие сугубо практические меры, освещаемые авторитетом учреждения, принявшего решение, и реализуемые силой государственной власти, как: признать человека владельцем (собственником) имущества, возратить имущество его владельцу, возместить причиненный вред (компенсировать потери), признать за тем или иным лицом право, установить запрет на совершение определенных действий, пресечь нарушение права, лишить лицо какого-то права и т.д.

В современных условиях правовые средства по тем ситуациям, которые были обозначены в прологе, это — *задержание подозреваемого лица*

ной жизненной ситуации, реально утверждающей на властной основе правовые начала, ценности данного общества» (С. 114).

¹ В последнее время категория «правовые средства» привлекла внимание науки. Но «правовые средства» в сопоставлении с традиционно вычленяемыми фрагментами правовой действительности («субъективными правами», «санкциями», «нормами»), казалось бы, могли быть научно истолкованы в качестве особой грани при прагматическом, сугубо прикладном предназначении указанных фрагментов (Право. 1999. С. 275), их функциональных характеристик (Там же. С. 348–351). Между тем, наряду с подобными подходами теперь выясняется, что «правовые средства» прежде всего должны рассматриваться в качестве *первичного звена* правовой материи, с которого реально «пошло» все правовое развитие, *исходной единицы* всей материи права.

(по делу Пиночета), *санкции* (в виде действия вооруженных сил НАТО в отношении Югославии в связи с этническими чистками в Косово).

Правовые средства могут быть классифицированы, представлены в обобщенном, «юридически чистом» виде. Еще древнеримские юристы говорили, что сила закона заключается в том, чтобы приказывать, запрещать, разрешать, наказывать. (*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.*)

Наиболее общим образом, как выясняется на современном уровне юридических знаний, правовые средства в области юридического регулирования общественных отношений могут быть суммированы в виде своего рода «троицы» — тоже, так сказать, *первичной значимости*. Это: *запрещения*, т.е. обязывания к воздержанию от совершения действий определенного рода;

позитивные обязывания, т.е. возложение обязанности к определенным положительным действиям — передаче имущества, совершению известных работ и т.д.;

дозволения, т.е. предоставление гарантированного простора для собственного, по своему усмотрению, поведения данного субъекта¹.

Все иные правовые средства (в том числе в области юридической ответственности, процессуальной деятельности и т.д.) представляют собой известные модификации или комбинации средств юридического регулирования из этой «троицы» — запрещений, позитивных обязываний, дозволений.

3

СРЕДСТВА РЕГУЛЯЦИИ из рассматриваемой «троицы», выраженные в запретах, позитивных обязываниях, дозволениях, имеют в сфере социального регулирования общее значение. Они характерны, в тех или иных соотношениях, и для морали, и для обычаев, и для корпоративных регуляторов. Их можно даже интерпретировать в качестве общей модально-логической структуры «регулирования вообще».

И вот здесь представляется важным обратить внимание на то, что эти первичные средства регуляции, выраженные в запрещениях, позитив-

¹ Знаменательно, что при догматической характеристике права (когда оно рассматривается в виде юридических норм, правоотношений, юридических фактов, актов применения права и т.д.) создается впечатление, что правовые средства в виде указанной «троицы» (запреты, дозволения, позитивные обязывания) только *проступают* при классификации юридических норм, видов правоотношений, актов реализации права. И тогда возникает предположение, что они есть нечто более глубокое, чем юридические нормы, правоотношения (см.: Право. 1999. С. 143–145). Да, более глубокое. Но вместе с тем и более элементарное, а главное — *первичное*.

ных обязываниях, дозволениях, получают в праве специфическое («юридическое») выражение, а главное — существуют в особых построениях, в цепочке правовых средств, которые уже сами по себе характеризуют глубинные начала права, его особую, юридическую логику. В том числе позволяют уже на первичном уровне регуляции увидеть то обстоятельство, что они относятся к первичным элементам именно *права*.

Так, запрещения, которые в первобытных обществах выступают как таковые (преимущественно в виде особого образования — табу), в условиях цивилизации приобретают характер *юридических запретов* и в соответствии с этим существуют и функционируют в нераздельном единении с цепочкой иных правовых средств — *правами требования* (принадлежащими другим лицам и призванными обеспечить соблюдение запретов) и мерами *юридической ответственности*, возлагаемыми на нарушителей запретов. Точно так же и позитивные обязывания (по уплате налогов, военной службе и др.) аналогичным образом сопровождают другие юридические средства — *права требования их исполнения, меры юридической ответственности*. Дозволения же как юридические явления вообще немислимы вне комплекса своеобразных юридических средств, связанных с установлением статуса субъектов, механизмов признания юридического значения действий, совершаемых в порядке дозволения, т.е. опять-таки с особыми модификациями юридических запретов, позитивных обязываний и прежде всего конституированием *субъективных прав* (в том числе — прав на «собственные действия», прав требований, притязаний).

И вот — внимание! — наиболее впечатляющее, что характеризует рассматриваемую «троицу» как юридическое явление, заключается в том, что здесь — пусть и с разным значением — существенное место в указанных юридических построениях неизменно, во всех случаях занимают *права* лиц. То есть тут разбор анатомии первичных юридических средств точка в точку совпадает с общими представлениями о праве (о которых говорилось еще в первой главе — с тем, что перед нами регулятор, определяющий «кто» и «что» *вправе* делать, как он *вправе* поступать (потому-то право и называется «правом»).

Выходит, даже начальные слои юридической материи, построенные на первичных элементах — запрещениях, позитивных обязываниях, дозволениях, объясняют не только этимологию слова «право», но и то обстоятельство, что юридическая материя даже в своих начальных звеньях существует и действует по своим «законам», своей особой юридической логике. Причем — такой логике, которая *выводит позитивное право на фундаментальные, основополагающие ценности в жизни людей*.

ПО МЕРЕ РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА происходит усложнение состава и содержания правовых средств.

Одно из таких «усложнений» — это возведение дозволений и запретов в ранг «общих», т.е. общих дозволений и общих запретов (они выражены в двух хорошо известных формулах — «дозволено все, кроме запрещенного» и «запрещено все, кроме дозволенного»).

К другим из числа важнейших «усложнений» относятся разнообразные модификации некоторых изначально, порой спонтанно, вырабатываемых на практике мер, принимаемых по юридическим вопросам учреждениями власти¹.

При этом представляется важным обратить внимание на то, что правовое средство, выработанное применительно к данной правовой ситуации, затем обретает «самостоятельную жизнь» и может быть использовано и в других ситуациях — там, где его применение отвечает требованиям правового решения того или иного юридического дела. Хотя — надо добавить — такого рода применение, оторвавшееся

¹ Вот пример из истории правовой системы Англии, в которой — как и в древнеримской юридической системе — правовые процессы происходили, так сказать, в относительно «чистом виде». К XIV—XV вв. английское право, развивавшееся на прецедентной основе решениями королевских судов, оказалось предельно заформализованным, скованным системой строгих формуляров, которые устанавливали перечень правовых средств — различного рода запретов, дозволений, обязываний и которые, увы, порой прикрывали очевидно недобросовестные поступки участников процесса. Так, по действовавшему в то время формулярному праву никто не мог заранее принять защитные меры и предотвратить нарушение своих прав другими лицами. По свидетельству специалистов, человек, опасаящийся нарушения своего права, «обязан был ждать, пока ему не будет нанесен ущерб, и лишь после этого подать иск о его возмещении». И вот в таких условиях с санкции короля высшее должностное лицо в судебной системе — лорд-канцлер — с целью предотвратить недобросовестное поведение и с учетом конкретных обстоятельств начал принимать решения «по праву справедливости», в том числе — устанавливать судебные запреты (*injunctiоns*), чтобы предотвратить невыполнение взятых кем-либо обязательств.

Вот этот «судебный запрет» (*injunctiоn*), вслед за упомянутыми ранее исходными, первичными мерами, содержащимися в решениях королевских судов, и представляет собой уже более сложное средство, рассчитанное на предотвращение возможного развития событий. В нем уже содержится момент предвидения (прогноза) — черта, которая окажется весьма важной для нормативного правового регулирования.

Затем, как свидетельствуют исторические данные, при помощи судебных решений, исходящих от лорда-канцлера, стали вводиться и иные весьма сложные правовые средства — такие как «исполнение в натуре» (даже при несоблюдении формальных требований), «доверительная собственность», существенно повлиявшая, как мы увидим, на развитие права.

от своего жизненного источника, порой порождает на практике проблемы, требующие того, чтобы в соответствующих случаях суды при вынесении решений опирались на весь комплекс основополагающих правовых начал.

Но дело не только в усложнении правовых средств, содержащихся в решениях по правовым вопросам. Здесь начали происходить и *более глубокие (для права, его развития и судьбы) процессы*.

Наиболее существенные из таких процессов — два.

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

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

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

5

С ЯВЛЕНИЕМ, которое названо «правовые средства», со временем стало происходить то, что было уже характерно для исторически первой, ближайшей основы принимаемых по правовым ситуациям решений — обычаев: при их использовании стало все более выясняться, что и они, как и обычаи, по большей части касаются *повторяющихся*, а значит — *типических* жизненных ситуаций, требующих правового разрешения.

Как это ни парадоксально, исторически указанный процесс оказался связанным с, казалось бы, негативной стороной «начинающегося» цивилизованного общества — с формальными требованиями и процедурами деятельности властных учреждений, зачастую придающих этой юридически значимой деятельности и всему праву сугубо формализованный характер (кстати замечу, — и это дальше станет предметом особого рассмотрения, — такой «крайний формализм» имел свой социальный смысл).

Дело в том, что с целью каким-то образом упорядочить деятельность по решению правовых ситуаций в странах, в которых право, все более отделяясь от религии и морали, получало самостоятельное и интенсивное развитие, правовая защита уже на ранних стадиях формирования позитивного права *стала представляться людям по формальным актам властных учреждений*.

Так, в Древнем Риме, как только римская юриспруденция вступила в фазу своего самостоятельного, обособленного от религии, восходящего развития, правовая защита предоставлялась лишь в тех случаях, если истец получал от чиновника, находящегося на службе правосудия, но не являющегося судьей, – претора, специальный «исковой формуляр», т.е. стандартное исковое заявление с определенным текстом.

Поразительно – спустя более тысячелетия такое же развитие событий в мире юридических явлений произошло в средневековой Англии. И там в ходе формирования централизованными королевскими судами позитивного права основу процесса составляли «предписания» (*writs*), представлявшие собой приказ короля, в котором он кратко излагал суть тяжбы, поручал судебному чиновнику, судье или руководителю суда вчинить иск по данному конкретному делу и заслушать его в присутствии сторон. Причем, поскольку истцы в обоснование своих исковых требований приводили, как правило, одни и те же причины, очень скоро (точь-в-точь как в Риме) был разработан стандартный текст предписаний, получивший на практике название «искового формуляра» (*form of action*), в который требовалось внести только имена и адреса сторон.

Число таких типовых исковых формуляров – как в Риме, так и в средневековой Англии – было ограничено (они заносились в особые реестры: *edictum perpetuum* – в Риме, *Register of writs* – в Англии). Лишь в процессе исторического развития это число постепенно увеличивалось путем создания новых типовых исковых формул, например, *actiones utiles* в Риме и *writs in consimili casu* в Англии.

Наличие во многом сходных типов исковых формуляров в Древнем Риме и средневековой Англии, служащих необходимой предпосылкой для начала судебного процесса и, стало быть, для самой возможности решения данной жизненной ситуации (юридического дела), исторического факта самого по себе поразительного¹, не получило, однако, в науке должной оценки как в высшей степени значимого и закономерного явления. Более того, при точной констатации исторических обстоятельств (кратко воспроизведенных и в этой книге) оценка существования типизированных исковых формуляров сводится чуть ли

¹ В исследованиях по сравнительному правоведению подчеркивается «интуитивный параллелизм» древнего римского и средневекового английского права. Один из авторов подобных взглядов, процитированный в указанном выше исследовании, прямо пишет: «Как это ни парадоксально, но между римским юристом и юристом общего права больше общего, чем между римским юристом и его преемником, современным цивилистом» (*Buckland. McNair Roman Law & Common Law. 1952. XIV. Цит. по: Цвайгерт К., Кётец Х. Указ. соч. Т. 1.*)

не к тому, что «юристы-практики заботились не столько о содержании иска, сколько о его формальной принадлежности к тому или иному типу исковых формуляров»¹.

Между тем, давая себе отчет в недостатках «формулярного порядка»², надо принять во внимание и то, что перед нами — один из наиболее существенных процессов в истории и логики права, когда происходит *формирование его уникального (собственно юридического) содержания*. «След» таких формуляров, касающийся уже содержания юридически формализованной регламентации, со всеми своими «плюсами» и «минусами» сохранился и получает развитие поныне.

Это уникальное (собственно юридическое) содержание позитивного права и нашло выражение в явлениях высокого порядка — в *качественном «усложнении»* правовых средств, выражающем типизацию в праве, во-первых, в юридических конструкциях и, во-вторых, в системных структурных подразделениях.

6

СНАЧАЛА — о юридических конструкциях. Мы уже видели, что даже первичные средства регуляции (позитивные обязывания, запреты, дозволения) в области права существуют и функционируют в особых юридических построениях, в цепочке других правовых средств. И на практике, в жизни каждое правовое средство — задержание лица, взыскание убытков, судебное признание факта принадлежности участка земли тому или иному лицу и т.д. — это, по сути дела (что впоследствии детально разработано аналитической юриспруденцией), всего лишь известные, находящиеся в некоем соотношении «молекулы» того, что может быть названо «юридической материей». Причем и тут сразу же обнаруживается своеобразная *юридическая логика*: если у какого-то лица существуют права (правомочия), то, значит, есть и лица,

¹ См.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 282.

² В Англии, например, в отличие от США (где по данному вопросу «вмешалась», как мы увидим, теоретическая мысль) до сих пор не получило признания в качестве общей нормы право на неприкосновенность частной жизни (*right of privacy*) такого рода неоправданный консерватизм (не исключено, повлиявший на саму возможность появления трагических ситуаций — как, например, обстоятельства, связанные с гибелью принцессы Дианы) во многом объясняется как раз тем, что правопорядок Англии наряду со многими его достоинствами, характерными для классического общего, прецедентного права, вместе с тем отягощен «такими, характерными для общего права, отжившими пережитками прошлого, как освященная традицией закостенелая система исковых формуляров» (Там же. Т. 1. С. 511).

которые к чему-то юридически обязаны. Если возникли известные обстоятельства, имеющие значение юридических фактов (они-то и характеризуют с юридической стороны «правовую ситуацию»), то, значит, неизбежно наступление определенных юридических последствий, в том числе, например, юридической ответственности. И так далее.

Как показывают данные истории, уже при выработке исковых формуляров происходит своего рода отбор, обособление, конструирование и фиксация (формальное обозначение) определенных юридических построений, связей и соотношений указанных выше «молекул». Отражая повторяющиеся, типовые правовые ситуации, исковые формуляры одновременно конституируют строго определенную *модельную схему* или *типовое построение* правомочий, обязанностей, ответственности, процедур.

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

Например, еще на самых первых порах становления юридического регулирования нередко возникала ситуация, когда требовалось решить вопрос о судьбе вещи, выбывшей из обладания собственника. В том числе — в случаях, когда имущество оказалось в обладании так называемых третьих лиц, т.е. не находящихся в прямых контактах с собственником. Скажем, в обладании у лица, которое приобрело вещь у вора, похитившего ее у собственника. Как тут быть? И собственник не по своей воле утратил вещь, и третье лицо приобрело ее на законных основаниях. И вот в римском праве была выработана такая юридическая конструкция, в соответствии с которой собственник может истребовать свое имущество в принципе у любого «владеющего несобственника» с довольно строгой схемой возникающих здесь прав и обязанностей, зависимой от того или иного «набора» юридических фактов, в том числе — в зависимости от того, выбыла ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли. Эта юридическая конструкция утвердилась через исковой формуляр, который в силу некоторых исторических причин, связанных с древними ритуалами притязаний лица на свою вещь, получил название «виндикационного иска». Этот термин сохранился и поныне. Требование невладельца к владельцу несобственнику и сейчас юристами называется «виндикационным иском». Хотя — надо заметить — при этом имеется в виду не непосредственно «иск» в современном, процессуальном его понимании, а именно своеобразная конструкция защиты права собственности, которая, впрочем, в качестве одной из составляющих конструкции включает, понятно, и возможность обращения за защитой в суд в исковом порядке.

Здесь уместно вот какое пояснение из области теоретических положений, выработанных аналитической юриспруденцией. Само понятие

«юридическая конструкция» давно известно и плодотворно используется в юриспруденции. Но оно, как правило, а порой и исключительно, причисляется правоведами к разряду чуть ли не второстепенных, сугубо «технических» характеристик, относящихся к технике формулирования юридических норм в законах, иных нормативных документах. Причем таких «элементов техники», которые через законы приносятся искусными правоведами в рутинную материю права, будто бы существующую без каких-либо «конструкций».

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

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

И вот тут, кстати говоря, оказывается, что в развитии права, в его истории довольно четко вырисовываются два взаимодействующих, но все же параллельных процесса: во-первых, развитие права, прямо обусловленное потребностями и волей государственной власти (этот процесс касается главным образом публичного права и в общем охватывается историей власти — и в данном сообществе, и в человеческом обществе в целом), и, во-вторых, так сказать, спонтанное правовое саморазвитие, происходящее в соответствии с требованиями жизни, логикой права, что соотнобразуется с глубинными тенденциями саморегуляции в обществе (этот процесс касается главным образом частного права). Именно

тут, в сфере, где доминирует юридическая логика, и обнаруживается самобытная история права, своеобразное правовое развитие, не сводимое к общей истории, к истории государства, государственной власти.

И вот *собственное развитие права, его самобытная история* — это под известным (важнейшим для правоведения) углом зрения во многом *и есть история становления и совершенствования юридических конструкций*. Соответственно, достоинство той или иной юридической системы — это в немалой мере совершенство характерных для нее юридических конструкций. А это все, как мы видим, представляет собой исторический процесс, в котором важнейшую, незаменимую роль сыграли формализованные компоненты правовой материи — исковые формуляры¹.

7

НО ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ — лишь одна из структур в области права, имеющая первичное значение. Такую же характеристику — как и юридические конструкции — должны получить формирующиеся на основе первичных правовых средств *структурные подразделения в праве* (сначала правовые институты, потом отрасли права, их ассоциации). И суть указанных процессов в том, что в ходе правового развития происходит типизация правовых средств в том отношении, что опять-таки первоначально при помощи формуляров постепенно формируются правовые общности, и в соответствии с этим оказывается возможным определить, относится ли, например, данная правовая ситуация к области правонарушений (деликтов) или же она входит в круг, скажем, вопросов договорных отношений (договорное право),

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

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

или, быть может, так называемого неосновательного обогащения, или отношений собственности и т.д.

Более того, каждая юридическая конструкция — это, пусть и первичное, элементарное, но уже известное «построение», притом «системное» и «структурное». В ней отдельные юридические элементы — права, обязанности, ответственность строятся в соответствии с требованиями жесткой структуры, в четкой системной последовательности, зависимости.

Когда же правовые средства — опять-таки в результате типизации в праве — приобретают характер юридических норм (об этом в следующем пункте данной главы и пойдет речь), то, строго говоря, на первичном уровне один и тот же устойчивый комплекс юридических норм, который обрел самостоятельную жизнь в позитивном праве, одновременно является по своей архитектонике юридической конструкцией, а по своим внешним характеристикам и связям с другими комплексами норм — правовым институтом. И именно особая юридическая конструкция того или иного комплекса юридических норм и является тем главным (а непосредственно в регулятивной и охранительной сферах — единственным) основанием, объективно выделяющим данный комплекс норм в особое первичное структурное подразделение — правовой институт. Таковы, в частности, институты в той подотрасли гражданского права, которая посвящена отдельным видам обязательств, или институты особенной части уголовного права.

Здесь перед нами — весьма основательные правовые процессы, выражающие *структурирование* права и являющиеся существенным моментом для обретения позитивным правом качеств особой социальной реальности (институционности, жесткого организма) с весьма существенными последствиями — все более полным развертыванием уникальных и «сильных» достоинств позитивного права.

8

НАРЯДУ с «усложнением» правовых средств развитие права, связанное с процессом типизации, характеризуется и другим явлением, имеющим для права наиболее существенное, решающее значение. Это — приобретение правовыми средствами (и на исходном, первичном уровне, и на уровне правовых конструкций, структурных подразделений) *н о р м а т и в н о г о х а р а к т е р а*.

Хотя в данном месте книги о нормативности говорится после «юридических конструкций», иных структурных построений (и это оправдывается уровнем «сложности» в процессе формирования права), ре-

ально, в фактических исторических процессах возведение правовых средств на уровень юридических норм происходило одновременно с указанным конструктивным развитием. И только во имя того, чтобы процесс обретения правовыми средствами нормативного уровня не заслонил другие первичные процессы (что как раз по большей части и происходит в науке), автору этих строк пришлось, так сказать, «сдерживать себя» и рассматривать конструктивное развитие обособленно, в чистом виде, все время отвлекаясь от формирования права как нормативной системы.

Между тем возведение правовых средств на уровень юридических норм по всем данным — решающая ступень развития собственного (юридического) содержания права, его структуры, когда складывается *новый, высокозначимый слой правовой материи*, который к тому же *вбирает в себя* и его первичные элементы.

Уже отмечалось — везде решение правовых ситуаций неизменно, без каких-либо исключений «начиналось» с обычаев, складывающихся на основе повторяющихся, типовых ситуаций, и потому первоначально везде выступало в качестве *обычного права*. А обычай — это уже норма, т.е. вошедшее в привычку в результате многократного повторения *общее* правило поведения, действующее в пределах данного сообщества в отношении *всех* («всякого и каждого»), кто по своему статусу или поведению подпадает под содержание правила. Притом — норма *универсальная*¹, пусть даже в чем-то и вторичного порядка. Она выводит на плоскость повторяющихся типических отношений в практической жизни и делает общим правилом требования жизнедеятельности, деловой практики и в не меньшей степени — их духовное, идеологизированное выражение в виде заветов предков, мифов, велений духов и богов, ритуалов, морали, иные непреложные требования, сложившиеся исторически, на протяжении многих поколений².

Но вот обстоятельство, которое, как мне представляется, еще недостаточно учитывается наукой. Обычаи становятся *правом* (в смысле позитивного права) не просто в случаях их какого-то «санкционирования публичной властью», как это принято считать на уровне абстрактных рассуждений, а реально и изначально тогда, когда это самое

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

² Да и вообще, как заметил И.А. Покровский, на первых порах развития человеческого рода обычаи понимались как «обычаи предков. Так же, как и везде, эти обычаи предков на первых порах не отделялись от религиозных обрядов и правил нравственности» (*Покровский И.А.* История римского права. С. 53).

«санкционирование» выражается в *решении власти — решении правовой ситуации*, осуществляемом в соответствии с действующими обычаями.

При решении же правовой ситуации (дела), конечно же, исходное, отправное — это «сами» обычаи, веления духов и богов, заветы предков; и вместе с тем тут для выработки решения, когда нужно определить *средство*, выражающее решение, учитываются и иные факторы, мотивы, конкретные обстоятельства, а значит — *вступает в действие мысль, разумение, разум* (правителя, судьи; рациональные элементы общественного мнения, идеологии). При этом неизбежно происходит своего рода отбор и истолкование существующих правовых средств, нередко их известная корректировка. И отсюда — вырабатываются юридические конструкции, которые, как мы видели, являются продуктом типизации в праве и потому рассчитаны на повторяющиеся, типические ситуации. Как верно подмечено в литературе, «обычаи меняются, меняются часто при помощи судебных решений, которые затем делаются прецедентами»¹, т.е. образцами, моделями для таких же или аналогичных решений в случаях, когда возникает такая же или аналогичная правовая ситуация и когда оказывается неизбежным применение уже оправдавшего себя на практике правового средства — соответствующей (пусть и простейшей) юридической конструкции.

Таким образом, в итоге получается, что *обычное право* это — обычаи, *неотделимые от решения правовых ситуаций* (обычай + решение), приобретающих со временем характер *прецедентов* (обратим внимание на этот момент: он окажется весьма существенным для понимания других важных особенностей позитивного права, в том числе тех его разновидностей, которые сложились в странах англо-американской группы).

Затем в ходе исторического развития человек и вовсе «берет на себя» предварительную, рассчитанную на настоящее и будущее выработку образцов для решения правовых ситуаций. И вот именно здесь, когда человек берет на себя «на основании конкретных наблюдений *сознательно* установить на будущее время известную норму как *общее* правило поведения... тогда появляется *закон*»².

В результате всех этих сложных (параллельно идущих или накладывающихся друга на друга) процессов в жизнь людей входят *юридические нормы*, на основе которых и определяется «кто» и на «что» *имеет* (или напротив — не имеет) *право*, словом, юридически дозво-

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 52.

² Там же.

ленное и юридически недозволенное, правомерное и неправомерное. В этой связи именно юридические нормы, «захватывая» главный слой содержания права, как бы представляют теперь (после такого рода метаморфозы в содержании права) то социально важное, что характерно для позитивного права, — твердость, определенность, гарантированность решений правовых ситуаций и одновременно — их суверенность, окончательность, «единственность» для данной общности, их «освещенность» властью, ее авторитетом и силой.

Плюс к этому сюда добавляется и даже выступает на первый план еще и то, что вообще характерно для «нормативности»¹ (в том числе для обычаев как общих правил), причем здесь, в юридической сфере, так, что достоинства норм, можно сказать, возводятся в степень. Юридические нормы, оставаясь общими правилами и действуя в отношении «всех», как бы «наращивают» эти особенности, характерные для «нормативности» вообще, и сообразно этому приобретают качество *всеобщности* и *общеобязательности*, а наряду с этим такие уникальные качества (связанные с самой сутью юридических конструкций), как *«равновесность»* в соотношении прав, обязанностей, ответственности и — что не менее существенно — расчет на то, что они окажутся оптимальными и в будущем, т.е. в сущности момент вводимого в жизнь *предвидения, прогноза*.

9

РАЗЛИЧАЯ, с одной стороны, решение правовой ситуации и средство такого решения (первичные правовые средства, юридические конструкции, системные структурные подразделения), а с другой — то обстоятельство, что в ходе правового развития они приобретают нормативный характер, мы затрагиваем вопросы довольно сложных соотношений между этими элементами и сторонами правовой материи. Попробуем разобраться с такого рода вопросами.

Итак, *первичными* в позитивном праве являются правовые ситуации, их решения и средство этого решения, выраженного в отдельных мерах принудительного порядка, юридической конструкции той или иной сложности. Ибо *сначала* — и это обстоятельство необходимо

¹ В современной литературе появляется все больше исследований, посвященных этому своеобразному качеству социальной реальности — «нормативности». Одним из таких исследований, освещающих «нормативность» с широких философских позиций, является монография В.И. Букреева «Нормативная система (духовный мир человека)» (Екатеринбург, 1999).

еще раз оттенить — в условиях цивилизации требуется, чтобы решение жизненных ситуаций в обстановке столкновения интересов, страстей, иных противоборствующих факторов было твердым, строго определенным по содержанию, надежно гарантированным.

Возведение же подобных правовых средств (в том числе юридических конструкций) в ранг общих правил, т.е. норм в логическом, да и на практике во временном отношении, является *особой* и в какой-то мере, с точки зрения «сложности» юридического развития, *последующей фазой* в формировании права. Фазой — в какой-то мере «последующей», но очень существенной, также реализующей, притом на более высоком уровне, необходимость твердости, определенности и гарантированности в решении жизненных ситуаций и *вместе с тем знаменующей новую крупную ступень в формировании позитивного права*. Если угодно — наиболее существенный качественный переворот в правовой материи.

Почему? Да потому что «норма», вбирая первичные элементы и заполняя собой содержание права, вводит в жизнь людей систему типизированных решений, моделей, образцов (не требуется каждый раз вновь во всей полноте решать дело, снова раз за разом определять для повторяющихся ситуаций необходимые юридические средства, юридические конструкции — какими и в каком соотношении должны быть взаимные права, обязанности, ответственность субъектов). Возникает возможность сразу, для всех и на неопределенное время вперед, чуть ли не «навсегда» определить единый порядок в общественной жизни. Нормы, следовательно, воспроизводя естественную, природную повторяемость, цикличность в жизни людей, открывают возможность единой и целостной упорядоченности в многообразных человеческих отношениях. Притом в области позитивного права — на твердой, единственной и признанной для данной общности основе, в надежно реализуемом порядке и — что не менее существенно — с вводимыми в жизнь моментами прогноза на будущее, его предвидения.

Более того, именно в нормах права и через них в немалой степени реализуются «главные императивы цивилизации», о которых упоминалось ранее, — историческое предназначение права как оптимальной формы свободы человека (ее реального выражения, гарантирования) и как антагониста основного зла и проклятия в жизни людей — произвола, насилия. Сама по себе юридическая норма — это уже некоторое (пусть еще начальное, зависящее от многих других факторов), но необходимое правовое средство для действительной реализации свободы человека и для решения проблем, связанных с преодолением произвола и насилия в жизни людей.

Так что возведение юридических средств решения правовых ситуаций в ранг юридических норм — дело не только переломное для характеристики содержания позитивного права, но и великое для развития и судьбы цивилизации, одно из самых крупных. Вполне объяснимо поэтому, что само позитивное право стало пониматься и ныне преимущественно понимается как «система норм» (с добавлениями, зависимыми от глубины постижения права, а также научных и идеологических ориентаций, норм — «общеобязательных», «возведенных в закон», «установленных и гарантированных государственной властью», «выражающих волю государства» и т.д.).

Именно в таком ключе, пусть и с акцентами, отражающими особую юридическую логику, в правовой науке отмечается «нормативность» позитивного права, формулируется его «рабочее» определение, начинающееся со слов: «право — это система общеобязательных норм...». Да и на практике в качестве отправной точки юридического регулирования воспринимаются теперь юридические нормы, в которых в качестве типических закреплены юридические факты (правовые ситуации) и последствия их наступления (правовые средства, юридические конструкции, их принадлежность в виде правового института к тому или иному подразделению — отрасли права).

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

Прежде всего — акцент на «нормах» *у в о д и т сложное, многомерное явление, именуемое «право», в сферу сугубо нормативных феноменов.* И такого рода сугубо нормативная интерпретация права (при всей ее важности) *плотно заслоняет* исходные и первичные элементы позитивного права, которые дают ему жизнь, образуют начальные слои его «тела» и которые на практике, в зависимости от особенностей и уровня развития позитивного права, реально выражают практическую юридическую деятельность. А в этой связи — заслоняет и сложное, многомерное строение права в целом и, что еще более прискорбно, *устраняет из поля зрения все богатство юридической материи.*

Ведь юридические нормы, вобрав в себя первичные элементы правовой материи, не лишили самостоятельного бытия и высокой значимости многообразный юридический инструментарий. Между тем при всеобъемлюще нормативистском подходе к позитивному праву «за» фасадом юридических норм не стало «видно» центрального звена в мате-

рии права с последовательно правовой стороны — решения правовой ситуации, которое стало трактоваться теоретиками права всего лишь в виде «применения норм права». Исчезла из поля зрения и лишь в последнее время стала как-то заявлять о себе категория «правовые средства». Юридические конструкции, т.е. их комплексы, в которых они реально существуют, оказались оттесненными в отдаленный закоулок юридической проблематики — элемента, не всегда к тому же фиксируемого, будто бы сугубо технического оформления законов. Структурные же подразделения (правовые институты, отрасли, иные общности) права оказались, напротив, одним из аспектов общих, порой умозрительных рассуждений о строении позитивного права. В целом оказались за бортом научного осмысления права сам механизм правового регулирования, структуры и типы правового регулирования, в том числе общедозволительный, разрешительный типы, и т.д.

Более того, в связи с доминированием нормативистского подхода к элементам правовой действительности последние как бы развернулись в зеркально обратном соотношении по сравнению с их исходными генетическими и функциональными связями и глубинной логической последовательностью (исходным в цепи правовых явлений вместо правовой ситуации стала теперь сама по себе юридическая норма). И это придало особый, во многом оторванный от реальной жизни, социальной и правовой, умозрительный характер всей цепи юридических явлений, а отсюда — и всей юридической догматике, сконцентрированной отныне вокруг «юридических норм» и «выведения» из них всех иных правовых явлений (что, напомню, в какой-то мере оказалось и полезным для овладения юридическим инструментарием на уровне первичных правовых знаний — «азбуки права»).

Подобные минусы в понимании права получили теоретизированное продолжение в ряде научных взглядов, нередко и во многом справедливо оцениваемых в качестве «узконормативных» (наиболее выразительно — в «чистой теории права» Г. Кельзена, его последователей и в своеобразном идеологическом антураже — в марксистской правовой теории). Взглядов — тупиковых по своему существу и научной перспективе, во многом формалистичных, а главное — существенно *обедняющих* право, представления о нем, перекрывающих путь к пониманию собственной логики права, его смысла и назначения, истинно мирозданческих глубин, относящихся к фундаментальным человеческим ценностям.

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

бенно — германской) семьи правовых систем, приглядимся к праву иных групп. И не только национальным системам стран Востока, исламского и индуистского права, но к территориально и цивилизационно близким к нам национальным системам права англо-американской группы (общего, прецедентного права). Именно там, при всем значении нормативного способа регулирования, все же центральным, ключевым пунктом такого регулирования отчетливо выделяются и остаются на первом месте именно «ситуации, требующие правового решения», сами эти решения с набором средств (юридических конструкций), а вместе с ними неюридических регуляторов, обеспечивающих социальную силу и последствия этих решений. Ведь даже в классическом английском общем, прецедентном праве, без колебаний относимом всеми специалистами к передовым западным цивилизациям, центральное звено (на что, как мы увидим в последующем, имеются весьма существенные резоны) — это «судебное решение дела», обретающее прецедентный характер, а во все не сама по себе «норма», которая остается даже «неразличимой» до тех пор, пока мы ее не вычленим преимущественно путем логических рассуждений, теоретических абстракций.

10

ДРУГОЕ НЕГАТИВНОЕ ПОСЛЕДСТВИЕ преимущественного акцента на нормах при истолковании права имеет значение эффекта от доминирования, условно говоря, *глобально-абстрактного мышления* (во многом обусловленного гегелевско-марксовской методологией), когда окружающая нас действительность оказывается заселенной в основном абстрактными монстрами — властью, нормами, собственностью, классами и т.д.

Вот и право при таком подходе оказывается всего лишь «разновидностью» социальных норм — взгляд в немалой степени правильный (и по ряду пунктов до сих пор разделяемый автором этих строк); но вместе с тем, особенно при углубленном анализе правовой материи, уводящий от понимания сложных, разнообразных, подчас уникальных социальных процессов, приводящих к появлению разнообразных форм и способов социальной регуляции поведения людей.

Да, на уровне высокой абстракции по ряду пунктов полезно, удобно (и более доступно для понимания, на чем и выигрывают гегелевские и марксистские догмы) так трактовать жизнь общества, когда в силу потребностей ее надлежащей организации констатируется существование некой «системы социальных норм», а мораль, право, корпоратив-

ные образования, обычаи и традиции рассматривать в качестве «разновидностей» этой единой системы. Удобно и полезно в таком ключе на уровне начальной юридической подготовки осваивать элементарные юридические знания, своего рода «азбуку права».

Но такой угол зрения на социальную и правовую действительность не должен быть единственным, тем более — отправным и всепоглощающим. Он не должен приводить к таким характеристикам права, когда все феномены права «выводятся из норм» и когда в этой связи «теряется» исходное и основное в праве (обеспечение твердости, определенности, гарантированности решения жизненных ситуаций, иные требования цивилизации, обуславливающие необходимость позитивного права).

Такой, преимущественно нормативистский, подход не должен вместе с тем заслонять того обстоятельства, что упомянутые социальные феномены (мораль, право, обычаи и т.д.), рассматриваемые во всей их полноте, — это своеобразные многофакторные и многофункциональные явления, имеющие свою особую историю, генетику, логику, сущность и предназначение. Вполне естественно, что у них изначально или на какой-то стадии развития возникает и приобретает большее или меньшее значение «момент нормативности» (что и позволяет путем абстракции поставить их все вместе с позитивным правом в один ряд явлений «нормативного порядка» с констатацией всего позитивного, что дает «норма»). Но это, скажу еще раз, не единственная, а порой и не самая главная их характеристика. И такого рода констатация распространима на все «разновидности социального регулирования», в том числе и в особенности — на мораль и право. Иначе — при таком понимании особенностей всех видов и типов социального регулирования, которое замкнуто исключительно на узконормативной их трактовке, — освещение их многофункционального назначения оказывается однобоким, обедненным, порой в чем-то очень существенном даже ущербным (как это и случилось при узконормативной, сугубо догматической трактовке права).

11

ПРИ ВСЕХ МИНУСАХ узконормативного подхода к праву (одностороннего и в чем-то ущербного даже с сугубо правовых позиций и тем более позиций методологических) не будем все же упускать из поля зрения достоинство нормативных начал права, его свойство высокого порядка — нормативности, имеющее именно в праве характер всеобщности, общеобязательности.

Дело не только в том, что рассматриваемое свойство знаменует своего рода «переворот» в содержании права, когда именно «нормы», притом нормы общеобязательные, вполне обоснованно заняли в его содержании ведущие позиции. И не только, надо добавить, в том, что в нормативности права уже различимы его глубокие социальные функции, выражающие «главные императивы» цивилизации. Нормативность, если к тому же она выражена в нормах закона, требует к себе повышенного внимания еще с одной стороны.

Норма — это *общее* правило (эталон, критерий) поведения людей. Поскольку в отношении норм права речь идет не о «нормативности» в смысле нормальности, закономерности тех или иных поступков, отношений (что тоже весьма существенно), то само по себе это правило, закрепленное, допустим, в законодательном документе, потому и является «общим», что представляет собой известное *обобщение*. Да притом — такое обобщение, которое вошло в самую плоть позитивного права, его содержание и, следовательно, стало *объективной реальностью*.

Внимание — *о б о б щ е н и е!* То есть итог мыслительной операции, в результате которой из нескольких индивидуальных случаев, затрагивающих поведение людей, мысленно устраняются их особые, индивидуальные признаки, а из присущих им повторяющихся, единых черт создается правило о должном или дозволенном поведении. К тому же — с расчетом на будущее, на «навсегда», стало быть, с элементами прогноза, предвидения и волей на то, что «только так и должно быть». И все это, скажу еще раз, входит в жизнь людей в наличной действительности, в качестве реально существующего факта.

Допустим, судья при отсутствии на этот счет каких-либо сложившихся обычаев и законоположений принял, руководствуясь здравым смыслом, разовое, индивидуальное решение: «вещи, полученные Игорем по договору с Олегом, заключенному в марте сего года, являются собственностью первого». Ситуация повторилась уже с другими лицами и в иное время. Потом — с новыми участниками еще раз. И вот формулируется правило: «всякое лицо, получившее по договору имущество, становится собственником этого имущества». Так на основе повторяющихся ситуаций делается обобщение, которое становится своего рода типовым решением, общим правилом на настоящее и будущие времена — нормой и, стало быть, представляет собой *нормативное обобщение*, которое теперь действует и воспринимается как непреложный факт действительности.

Уровень обобщений с учетом иных типовых ситуаций может быть повышен. В особенности при формулировании норм в законах. Допустим, принято, например, во внимание, что имущество может быть

получено лицом в порядке наследования. И тогда, опять-таки путем нормативного обобщения, создается норма более общего характера: «всякое лицо, получившее имущество по юридически оформленным основаниям, является собственником этого имущества». И так далее, вплоть до выработки формул самого высокого обобщающего порядка, касающихся отдельных деталей приобретения права собственности. Например, такой детали, которая закреплена в ст. 223 ГК РФ: «Право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором».

Итак, получается, что не только решение правовой ситуации (дела) представляет собой мыслительную операцию, так сказать, проявление рациональных начал, разума, но и само позитивное право, выраженное в правовых средствах, юридических конструкциях, структурных подразделениях, получивших нормативное выражение, — это также продукт мыслительных операций весьма сложного, высокого порядка — нормативных обобщений. Да еще — с существенными моментами предвидения, прогноза и нацеленностью на предельную разумность и окончательность подобного обобщения прогностического порядка. Запомним этот момент: он окажется весьма существенным для понимания особенностей позитивного права.

Значение «абстракций» в сфере юридической материи замечено наукой уже давно. Но опять-таки, как и в отношении юридических конструкций, они трактовались и трактуются до сих пор всего лишь в качестве одного из элементов некой «юридической техники», имеющей в основном значение в законоподготовительных работах, при формулировании юридических норм в текстах законов («абстрактный» и «казуистический» способы изложения правового материала). Между тем нормативные обобщения («абстрактный способ изложения») — это не нечто внешнее по отношению к правовому материалу, некий просто «способ изложения», а также, как и юридические конструкции, *само содержание* позитивного права, существенная сторона его организации, касающаяся к тому же позитивного права на весьма высоких стадиях его развития.

12

ПРИ ВСЕЙ ВАЖНОСТИ кратко описанных в предшествующем изложении первичных элементов позитивного права (правовых ситуаций, их решений, правовых средств, юридических конструкций, структурных подразделений, находящихся выражение в юридических нормах) надо видеть, что право *начинается* и с духовных начал.

Жить и поступать «по праву» — это не только улавливать правовую суть жизненных ситуаций, выносить или следовать соответствующим юридическим решениям, опираться на действующие нормы и т.д., но и в этой связи — как мы видели — действовать *социально и духовно оправданно*. То есть — так, чтобы в жизни людей торжествовали правда, справедливость, высокие моральные начала.

Все это есть не только в высоких духовных и этических постулатах, в религиозных заповедях и канонах, но и в самом праве, утверждается в правовой материи в силу требований жизни и рациональных начал (соразмерность в правах и обязанностях, юридическое равенство) и — что особо существенно — в силу самой природы права, его собственной, юридической логики. А отсюда, как это все более и более проявляется по мере развития права, — во всем том, что относится к смыслу, историческому предназначению права, выражающему «главные императивы» человеческой цивилизации.

ГЛАВА ПЯТАЯ «СЕМЬИ» В ПРАВЕ

1

В СВОЕМ РАЗВИТИИ право прошло долгую, многотысячелетнюю, многоплановую историю. Нередко — причудливую, самобытную в различных регионах мира, порой с дерзкими рывками в будущее или с «поворотами назад» и зигзагами, зависящую от многообразных условий и обстоятельств, по большей части — основополагающих, глобальных, глубинных в том или ином регионе, а подчас — имеющих характер случая, личных свершений великих умов, умудренных профессионалов или просто прихотей отдельных властвующих персон.

Право подошло к третьему тысячелетию христианской эры в состоянии поразительного многообразия («многоцветия», как сказал один из юристов) существующих правовых систем. Систем столь же многочисленных, сколь велико количество и многообразие ныне существующих государственных образований, да к тому же в облике, несущем ценности ушедших в прошлое культур и цивилизаций. И в этой связи — наглядно и убедительно подтверждающих то обстоятельство, что именно в праве концентрируется «связь времен», духовные, интеллектуальные достижения человечества, оставляемые предшествующими поколениями, начиная от античности, а быть может, и бо-

лее древних цивилизаций, своим потомкам, будущим цивилизациям, культурам.

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

Конечно, говоря о такого рода «семьях», не упустим из вида то обстоятельство, что основное значение в мире правовых явлений принадлежит самим *национальным юридическим системам* — системам обществ с более или менее развитой государственной организацией, в которых сложилось свое, национальное право («национальное» — в значении отдельного самостоятельного, суверенного образования того или иного государства). Именно в национальной правовой системе аккумулируются принципиальные особенности данной исторически конкретной цивилизации, культуры, экономического, политического, духовного развития, самобытность тех «поворотов» в становлении и совершенствовании юридических отношений, которые характерны для той или иной страны. Да и к тому же материнской основой и источником этих семей становятся в зависимости от своеобразия исторического развития и культур те или иные конкретные национальные юридические системы — одна или несколько.

Вместе с тем особенности права, его свойства и черты раскрываются в немалой степени (и притом в принципиально важных особенностях) в *семьях* национальных систем, где элементы, зародившиеся в эпоху, которую можно отнести к «предыстории права», получили на основе особенностей и ценностей той или иной цивилизации, культуры (в сложной взаимосвязи с другими цивилизациями, культурами) своеобразное развитие — воплощение в комплексе особых институтов и форм.

2

РЕШАЮЩИЙ ПУНКТ, который в данном месте имеет определяющее значение, заключается в том, что наряду с возможностью классификации национальных юридических систем по общецивилизационным или даже идеологическим критериям (например, при делении

юридических систем «по формациям» — право рабовладельческое, феодальное, буржуазное, социалистическое) приоритет в правовой науке должен быть отдан критериям *юридического порядка*.

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

В рассматриваемом отношении заслуживает прежде всего внимания классификация правовых семей Рене Давида, которая, хотя в общем плане и сориентирована на социальные моменты, в основном все же базируется на юридических особенностях, преимущественно — особенностях структуры права и источников права. Под этим углом зрения в классификации Р. Давида обоснованно выделяются две основные семьи — романо-германское право и общее, прецедентное право (вспомним — именно к этим двум типам склоняется сама логика решения правовых ситуаций). В то же время автором поставлено в один ряд с этими двумя основными семьями «социалистическое право»¹, а также, преимущественно в описательном плане, отмечены и «другие виды» (мусульманское право, право Индии, правовые системы Дальнего Востока, правовые системы Африки и Мадагаскара)².

В этой связи с опорой на разработки Р. Давида существуют весомые основания признать в качестве наиболее общей и вместе с тем строгой классификации, отражающей юридическое своеобразие юридических систем и одновременно современные философско-правовые подходы, *трехчленное деление*. *Сначала два «генеральных» юридических типа — романо-германское право и общее, прецедентное право, а вслед за тем (в качестве особого типа) традиционные, неотдифференцированные системы*, т.е. в итоге *три* семьи. Это трехчленное деление и должно быть положено в основу общей характеристики состояния и развития права в современных обществах.

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

В последние десятилетия в правоведении проведены новые углубленные исследования, позволившие с большей строгостью (и с использо-

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

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

ванием более обширного исторического и современного фактического материала) осмыслить особенности национальных юридических систем с правовой стороны — собственного содержания права. Крупный шаг в этом направлении сделан такими учеными, как Арминджон, Нольде, Вольф, которые — как признается в литературе — отказались от преимущественного использования внешних признаков, ибо, по их мнению, «рациональная классификация современных правовых систем требует изучения их содержания». В этом направлении строятся исследования других авторов, в том числе К. Цвайгерта и Х. Кётца, которые в качестве критерия типологии юридических систем выдвинули на материале частного права многоэлементный критерий — на мой взгляд, по своей сути довольно конструктивный (хотя, возможно, и требующий известных содержательных и терминологических уточнений, а главное соединения с другими более основательными критериями) — под общим наименованием «стиль» — понятие, применимое в отношении как отдельной национальной юридической системы, так и групп правовых систем¹.

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

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

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

² Там же. С. 108.

Вместе с тем теория «стилей» нуждается, надо полагать, в известной корректировке, в развитии. Главное здесь вот что. В порядке развития указанной идеи было бы оправданным все же сделать акцент на *т р е х* ранее указанных основных семьях — группах качественно своеобразных, контрастных национальных правовых систем, отличающихся особым *юридическим строем* и имеющих характер *основных, «базовых» юридических типов*.

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

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

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

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

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

Все это и предопределяет «главный ряд» — «классические», базовые, профильные правовые семьи, каждая из которых отличается качественно, контрастно специфическим юридическим строем (и потому может быть обозначена также термином «тип»¹) и которые прочно

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

утвердились в жизни, в истории, в науке, во всей культуре. Это, как уже отмечено:

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

— *общее, прецедентное право* (его основа — англосаксонское право, точнее, с точки зрения «классики», чистых прецедентных форм, — английское право)¹, основанное на судебных прецедентах;

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

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

Выделяя с должной строгостью указанные три классические, базовые семьи, нужно не упускать из поля зрения в рамках единой систематики и другой ряд юридических систем. Это — те разновидности националь-

отношениях, качественно контрастные черты правовых систем, позволяющие охарактеризовать эти системы со стороны их юридической природы и перспектив развития.

¹ Термин «общее право» здесь и дальше употребляется как синоним терминам «англосаксонское право» или «право англо-американской группы». При этом в последующем изложении к слову «общее» через запятую добавляется слово «прецедентное», с тем чтобы сразу же выделить основную особенность обозначаемых данным понятием юридических систем.

В современной литературе по сравнительному правоведению в отношении понятия «общее право» отмечается: «Термин «общее право», как ныне выясняется, неоднозначен. Часто под этим термином понимают право англо-американской правовой семьи в целом. Кроме того, этот термин часто охотно противопоставляют термину «гражданское право», под которым понимают правовую систему стран континентальной Европы, находящуюся под сильным влиянием источников римского права, и родственные правовые системы. Под «общим правом» в узком смысле этого слова понимают лишь право английских королевских судов. Его следует отличать, с одной стороны, от «статутного» права, формируемого законодательными актами английского парламента, а с другой стороны — от права справедливости. При этом под правом справедливости следует понимать не совокупность общих принципов справедливости, а ту часть материального права, которая отличается от остального материального права тем, что была развита в практике особого суда — канцлерского суда» (*Цвайгерт К., Кёнтц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 285).

ных юридических систем, которые по своей основе, в принципе относятся к одной из «классических» групп, но одновременно, действительно, имеют свой особый «стиль», порой специфический *оттенок* в своем содержании и развитии, или, как отмечалось в литературе, «особый тембр», «особый голос», «окраску». Тут действительно могут быть особо выделены такие семьи «второго ряда», как, отдельно, романское право, германское право, скандинавское право, английское право, американское право, исламское право, индуистское, или «индусское», право.

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

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

3

ФОРМИРОВАНИЕ И РАЗВИТИЕ национальных юридических систем, их семей (юридических типов) обусловлены многообразными факторами¹.

Если же исходить из императивов цивилизации, вызвавших к жизни само явление права, то весьма отчетливо вырисовываются присутствующий здесь, по выражению Канта, «замысел природы» и вытекающая отсюда весьма определенная логика права. Ее суть — в том,

¹ Думается, наиболее точную обобщенную характеристику этим факторам дал Э. Рабель (*Rabel Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // Rabel Ernst. Gesammelte Aufsätze. Bd III. 1967. S. 5*; на русском языке см.: *Рабель Эрнст. Задачи и необходимость сравнительного правоведения / Пер. с нем. под науч. ред. Б.М. Гонгало. Екатеринбург, 2000. С. 16–17*).

что позитивное право призвано в первую очередь функционировать и развиваться как прагматический, «рабочий» механизм, т.е. по сугубо «деловым» основаниям — разрешать жизненные ситуации, требующие юридического решения, отличающегося твердостью, определенностью по содержанию, надежной, государственной гарантированностью. Проблемы духовного, морального порядка с позиций такого «замысла» и соответствующей логики права являются уже уделом иных социальных регуляторов — морали, религии, корпоративных нормативов.

Вместе с тем, если обратиться к начальным стадиям формирования и развития позитивного права, то, как отмечалось ранее, оно повсеместно, во всех регионах мира, выступало в *аморфном* состоянии. Это означает не только то, что оно еще не в полной мере отделилось от социального регулирования, характерного для первобытного общества, несло на себе следы некогда единых «мононорм», но и в этой связи было неотделимо от иных социальных регуляторов морального и корпоративного типа, и прежде всего, как мы видели, от морально-религиозного, сакрального регулирования.

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

Но по мере развития общества со все большей жесткостью дают о себе знать рассмотренные ранее императивы цивилизации, «замысел природы», соответствующая логика права, а значит — потребность специально-юридической («чистой») регламентации, необходимости решения возникающих жизненных ситуаций на строго юридических основаниях. Отсюда следует, что одна из важнейших сторон логики права характеризуется тем, что социальному регулированию — и по мере развития общества все более и более — свойственны процесс *отдифференциации* — обособления, выделения из всей системы социального регулирования юридических средств и механизмов и их самостоятельное, *собственное* бытие, функционирование и развитие в «чистом» виде.

Наиболее выразительно, чуть ли не в «классическом» варианте такой процесс отдифференциации произошел еще в античности. Это — формирование в исторически короткое время непревзойденного юри-

дического шедевра — римского частного права. Такой же процесс, хотя и не в столь впечатляющем варианте, шел и во многих других странах — и в условиях античности, и в средневековье (наиболее эффективно, как это ни парадоксально, в Англии, где выделение «отдифференцированных» юридических форм, повторяя древнеримский путь, реализовалось путем формирования прецедентного права).

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

Примечательно, что именно в «отдифференцированном» праве, как только оно обретает самостоятельное бытие, начинается и «свое», собственное развитие. Именно тогда в нем в полной мере раскрывается особая юридическая логика.

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

Вот и получилось в современном мире (да к тому же в исторических условиях, когда человечество переживает глобальный перелом — переход к цивилизациям либерального типа), что существует, наряду и в сочетании с ранее обозначенными классификациями, *два класса* правовых систем:

в о - п е р в ы х, «суверенные», «чистые», самостоятельные юридические системы, которые в ходе исторического развития отдифференцировались от социального регулирования данного общества в целом, обрели свое, собственное бытие и развитие, на этом пути в тех или иных формах интенсивно раскрывают потенциал позитивного права — силу своеобразного юридического инструментария. Это по исходным, базовым характеристикам и есть юридические системы, которые могут быть причислены к юридическим системам «современной западной право-

вой культуры», т.е. романо-германское и общее, прецедентное право — два «классических» юридических типа (со многими, в том числе смешанными, подвидами, развивающимися с юридической стороны на их основе) — семьи юридических систем, выражающие магистральные пути мирового правового развития. При этом процесс «отдифференциации» в этих юридических системах оказался, так сказать, неостановимым: «вырвавшись» в основном из структуры традиционно-духовных регулятивных факторов, национальные юридические системы указанных двух «классических» юридических типов не остановились на этом, а постепенно, по мере развития демократии в обществе стали обретать самостоятельность также и по отношению к своему естественному «напарнику», в принципе неотделимому от права институту — государственной власти. Материалы, относящиеся к этим двум группам юридических систем (прежде всего данные романо-германского права), были и остаются основным предметом рассмотрения в книге;

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

4

ОСТАНОВИМСЯ ПОДРОБНЕЕ на основных особенностях указанных выше «классических» юридических систем, на специфике приущих им правовых средств.

Конечно, нужно иметь в виду, что любая более или менее развитая юридическая система характеризуется тем, что она имеет необходимый, достаточный набор правовых средств в том «классическом», в принципе однотипном составе, который рассматривался в предшествующем изложении. В том числе — в составе комплексов правовых средств, выраженных в позитивных предписаниях, запретах, дозволениях (а также в «усложнениях» — юридических конструкциях, структурных построениях и др.), возведенных на нормативный уровень,

в систему юридических норм. Иначе, не будь необходимого, достаточного набора правовых средств, позитивное право не могло бы выполнять свои функции — не смогло бы быть правом, отвечающим требованиям цивилизации в условиях данной страны.

В то же время право тех или иных стран в зависимости от типа юридической системы отличается и определенной спецификой в составе и, в особенности, в соотношении правовых средств.

Так, правовые средства, характерные для права Востока (традиционных, неотдифференцированных систем), существуют и действуют в неотделимом единстве с моральными, корпоративными критериями поведения, религиозными, иными идеологическими, философскими представлениями. Отсюда, помимо иных моментов, они во многих случаях не отличаются «юридической чистотой», отработанностью, а в этой связи — достаточно развитым со специально-юридической стороны характером.

Наибольший научный интерес в рассматриваемом отношении имеют две другие семьи правовых систем, получившие значительное развитие в соответствии с требованиями современной цивилизации, — системы романо-германского права и общего, прецедентного права.

Сначала о правовых средствах в системах *романо-германского права*. В юридических системах романо-германского права, сложившегося и утвердившегося в континентальной Европе к XVIII—XX вв., правовые средства выступают главным образом в виде общих норм, выраженных в законе. А в этой связи именно тут в наибольшей мере обнаруживаются и минусы, и плюсы такого состояния правовой системы, содержание которой с интеллектуальной стороны получило наиболее высокое развитие.

В этой группе национальных юридических систем позитивным правом признаются¹ юридические нормы, содержащиеся в письменных документах — официальных сборниках обычаев, а затем, в суммарном и обобщенном виде, в *законах*, т.е. в официальных нормативных документах, исходящих от государственной власти и являющихся основным источником права. Близость «права» и «закона» оказывается здесь довольно плотной — настолько, что эти понятия, при всем их очевидном существенном различии, нередко отождествляются. С наибольшей полнотой и выразительностью правовые ценности романо-германского права раскрываются в наиболее высокой, совершенной форме закона — в кодексах.

¹ За минусом самых ранних фаз формирования национальных юридических систем, когда обычаи как таковые не получали еще письменной фиксации даже на стадии решения юридических дел.

Законы, как подробнее будет показано дальше, позволяют в полной мере реализовать достоинства писаного права как нормативного регулятора поведения людей.

В соответствии с этим состав и соотношение правовых средств в юридических системах романо-германского юридического типа характеризуются, по крайней мере, следующими тремя особенностями:

во-первых, тем, что *основой всего состава юридических средств являются нормы закона* (при этом всему тому, что происходит «до» закона, не придается существенного юридического значения, а все то, что «после», оценивается в качестве явлений, реализующих закон, его применение);

во-вторых, тем, что сообразно только что отмеченной особенности правовых средств *судебная деятельность (практика) понимается в качестве производной от закона*; и только в XIX—XX вв. она начинает обретать самостоятельное значение;

в-третьих, тем, что *общие идеи, принципы в области права имеют юридическое значение лишь постольку, поскольку они выражены в законе*.

Именно при таком понимании правовых средств выработаны в соответствии с данными юридической культуры (отражающими в основном достижения римского частного права) основные логически строгие юридические понятия, категории европейской юридической науки. Понятия, категории, которые, в свою очередь, со временем получали закрепление в нормах закона.

Теперь об особенностях правовых средств в *о б щ е м, п р е ц е д е н т н о м* праве. Тут с опорой на накопленные к нынешнему времени фактические данные и на исследования ряда видных правоведов (таких, как Вебер, Паунд, Кипер) представляется возможным не только высказать некоторые общие соображения о прецедентном праве как удивительно своеобразном феномене в мире правовых явлений, но и отметить в этой связи специфические черты охватываемых им правовых средств.

На первый взгляд может сложиться впечатление, что общее, прецедентное право — это такой феномен, который вроде бы «застрял» на одной из первичных фаз правового развития. Ведь по свидетельству исторических данных действительное правовое развитие повсеместно, во всех частях нашей планеты, началось именно с прецедентов (во многом сообщивших юридический характер и исторически «первому» правовому феномену — обычному праву).

Но это ошибочное впечатление. Сложности, а в чем-то и беда мирового правового развития, по-видимому, в другом. В том, что многие си-

стемы права (в том числе романо-германского юридического типа) как бы «проскочили» прецеденты. Самое важное здесь — это то, что именно прецеденты оказались реальным воплощением одной из самых существенных черт позитивного права (подробнее об этом — в следующих главах) — способности обеспечивать такое юридически непосредственное реагирование на жизненные ситуации, которое одновременно отличается устойчиво-нормативным характером. То есть как раз тем, что прежде всего и «требуется» от позитивного права — твердость, определенность по содержанию, надежная гарантированность при решении конкретных жизненных ситуаций.

И если в юридических системах романо-германского типа вот этот «прецедентный элемент» оказался своего рода промежуточным историческим этапом и там относительно быстро возобладала регуляция в виде общих норм закона, то в Англии, а затем в США, Австралии, ряде других стран он развился в *самобытную юридическую систему*, получившую название *общего, прецедентного права* — *common law*.

Состав и соотношение правовых средств в общем, прецедентном праве характеризуется следующими особенностями:

во-первых, основу юридического регулирования образуют здесь не общие нормы закона, а *индивидуальные акты* — *судебные решения*, которые в каждом случае разрешают данную конкретную правовую ситуацию и одновременно при известных условиях *приобретают качество прецедента* — *источника права*;

во-вторых, законы, за известными исключениями (такими, как конституции, законы, принятые в порядке модельного правотворчества), *играют в основном дополнительную роль, зависимую от прецедентного права*;

в-третьих, в связи с правообразующим значением судебных решений (прецедентов) *непосредственно регулиующее значение имеют правовые идеи, принципы права*.

Таким образом, своеобразие правовых средств в системах общего, прецедентного права состоит в том, что здесь позитивное право *непосредственно* (помимо норм закона, иных писанных форм объективизации) раскрывает свою суть регулирующего фактора, притом имеющего в виде прецедентов нормативный характер. И дополнительно к этому следует заметить, что вырабатываемые в этих целях судами идеи и принципы регулирования в виде прецедентов *сразу же, напрямую* входят в содержание действующей юридической системы.

Тут нужны некоторые пояснения.

Рассматривая особенности правовых средств данной семьи юридических систем, необходимо прежде всего преодолеть упрощенное,

пожалуй, примитивное понимание прецедентного права, когда его существо и значение сводятся всего лишь к тому в общем-то очевидному обстоятельству, что какое-либо решение суда становится прецедентом — «обязательным образцом» при рассмотрении аналогичных дел и потому приобретает нормативный характер.

Между тем «обязательным образцом» — как это показано в английской доктрине прецедента (а теперь оттеняется и в нашей отечественной литературе¹) — является не само по себе состоявшееся судебное решение, а заложенное в нем *ratio decidendi* — принцип, идея, правовые мотивы решения, его юридическая суть или, в ином смысловом контексте, бытующее в английской доктрине *stare decisis* — мнение нормобразующего характера.

Но и это еще не все.

Общее, прецедентное право (*common law*) — это не некая просто совокупность судебных решений, в которых содержатся *ratio decidendi*, а структурированная по содержанию (хотя и не получающая по большей части формально-документального закрепления) целостность правовых начал нормативного характера, которая имеет не посредственное регулятивное значение. Вовсе не случайно, как свидетельствуют фактические данные о формировании системы общего права (как это произошло в Индии), такого рода начала лишь тогда начинают обнаруживать регулятивные качества позитивного права, когда накапливается их известный объем, своего рода «критическая масса», когда в этой связи они объективно складываются в некоторые внутренние подразделения и когда, стало быть, и здесь (путем «перехода количества в качество») образуется особое «тело», *corpus iuris*, — «вещество» позитивного права.

И хотя в формировании и в бытии общего права некоторую роль играют известные письменные формы (и плюс к тому еще доктринальные и полуофициальные систематизации, иные обобщения, проникающие в саму ткань юридической материи), особое «тело» — *corpus iuris* прецедентного права, действительно, выступает как таковой, во многом является неписанным, неким незримым «межзвездным веществом», которое складывается как суммированный итог накопленных и по-особому объективированных идей, сущностей судебных решений, обретающих нормативный характер.

Общее, прецедентное право, стало быть, действует как регулятивная сила в таком виде, когда право — во всяком случае, в его «преце-

¹ См.: Загайнова С.К. Судебный прецедент: Историко-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 3, 7.

дентной части» — *не заключено в оболочку писанных актов* (законов, других нормативных актов-документов). В этой связи можно, пожалуй, сказать — хотя и с немалой долей условности и рискованной образности, — что общее, прецедентное право действует как *обнаженный регулятор* — в виде нормативных правовых начал как таковых. Причем таких, которые выражены в судебных решениях и которые без каких-либо дополнительных, формальных процедур сразу же, как только обнаруживают свои «прецедентные качества», напрямую входят в действующее право.

Вот почему деятельность судов в условиях общего, прецедентного права состоит не в том, чтобы «взять» когда-то принятое судебное решение и просто-напросто «распространить» его на аналогичный случай (как это порой трактуется при упрощенном понимании общего права по модели романо-германского права), а прежде всего в том, чтобы *отыскать и раскрыть* правовую суть ситуации и содержащееся в ранее принятом судебном акте правовое начало, которое *разрешает данную жизненную ситуацию*.

Как подчеркивается в современной литературе, для общего права характерен «метод углубленной проработки прецедентов», когда необходимо «обнаруживать за конкретными обстоятельствами рассматриваемого прецедента общее правило» и когда судья в «принятых ранее решениях выявляет определенные нормы (*rules*), то есть решения отдельных конкретных повседневных проблем. Он прослеживает, как эти нормы в процессе развития в других прецедентах получали ограничительное или расширительное толкование и улучшались, а затем сам постепенно формирует на основе их обобщения принципы, нормы, с помощью которых ему предстоит решить... рассматриваемое им дело». При этом «в общем праве особенности судейской техники изучения материалов дела и *выявления в нем норм и принципов* (курсив мой. — С.А.) явились результатом устоявшейся и ставшей профессиональной традиции «обоснования от прецедента к прецеденту» (*reasoning from case to case*)¹. Вот это «обоснование от прецедента к преце-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 393. В этой связи обращается внимание на то, что, исходя из «мнений нормообразующего характера — *ratio decidendi*», «судья сможет ответить на стоящие перед ним вопросы в результате мыслительного процесса, который подчиняется определенным правилам судебной техники исследования материалов дела, но в любой момент на ход его могут повлиять осознанные или интуитивные оценки». Однако при этом не упустим из поля зрения все же следующий принципиальной важности штрих: «в такой разработке всех общих правил и принципов сколь абстрактных, столь и важных, но относящихся непременно к проблематике и обстоятельствам данного дела» (Там же. С. 388).

денту» и представляет собой, надо полагать, своего рода «изюминку» и, пожалуй, *тайну* общего, прецедентного права, в которой обнаруживаются при последовательно научном подходе его юридическое существо, сила и перспектива.

Здесь, стало быть, проявляется еще одна примечательная особенность общего, прецедентного права. Оно представляет собой пусть и противоречивую, со многими застойными, архаичными элементами, но вместе с тем и *живую, находящуюся в непрестанном развитии* юридическую систему.

Причем, на мой взгляд, разработка известных правовых принципов благодаря началу «обоснование от прецедента к прецеденту» достигает порой в общем, прецедентном праве такого уровня юридической утонченности, пожалуй, даже ажурности, изящества, который не уступает, а быть может, и превосходит разработки кодифицированных актов — даже таких, отточенных и изощренных по уровню юридической отработанности, как, например, Германское гражданское уложение (ГГУ), Швейцарский гражданский кодекс, ГК РСФСР 1922 г.¹

Наконец — о ценности правовых средств в основных юридических системах. Прежде всего — о ценности правовых средств в юридических системах романо-германского права и общего, прецедентного права англо-американской группы.

В этой связи хотелось бы еще раз обратить внимание на то, что самобытный характер прецедентного права имеет и свои плюсы, и свои минусы.

Плюсы — в том, что возможность «творить право» непосредственно судом, минуя сложные императивы и усложненные конструкции правовой культуры континентальной Европы, основанной на достижениях римского права, позволило напрямую использовать в таком «творчестве» высокие духовные и нравственные критерии, требования «здравого смысла» и в силу этого непосредственно, порой спонтанно отвечать на требования развивающегося общества, в том числе — быстрее продвинуться к требованиям либеральной цивилизации.

¹ Один из примеров такой юридической утонченности — конструкция «встречного удовлетворения» в английском договорном праве, которая обуславливает юридическую значимость «обещания», конструкция, отработанная в различных вариациях путем целой цепи судебных прецедентов. И хотя правовая и интеллектуальная значимость указанной конструкции по-разному оценивается в науке и на практике, есть немало аргументов в пользу того, что здесь перед нами, как полагают некоторые правоведы, «наиболее драгоценный камень в короне английского договорного права» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 2. С. 103).

Вместе с тем (и это уже минусы) есть основания усматривать в прецедентном праве известную историческую интеллектуальную незавершенность, в чем-то даже неполноценность, которую все равно, на мой взгляд, в условиях продолжающегося правового прогресса соответствующим национальным правовым системам придется наверстывать.

Ведь природа общего, прецедентного права такова, что в нем не может в полной мере развернуться ряд свойств и особенностей права, выражающих его достоинства как системы отработанных правовых средств в системе социальной регуляции (в частности, его особенности, связанные с нормативными обобщениями, всеобщностью, строгой определенностью по содержанию), из-за чего в известной мере не получают развития некоторые другие его характеристики (например, системность, отработанная и строгая с формальной стороны структурированность). Не случайно поэтому во всех странах англо-американской правовой группы все более развивается законодательство, в том числе – в США – по технологии «модельного законопроектирования».

И все же в качестве общего вывода необходимо сказать о том, что правовые системы англо-американской группы – это эффективно работающие нормативные регулятивные механизмы, отвечающие основным динамичным потребностям жизни общества и потому, кстати, воспринятые в том или ином виде немалым числом государств. Они имеют ряд позитивных специальных технико-юридических черт.

Такие свойства юридического регулирования, как индивидуализированная определенность применительно к конкретному делу и «конкретизированная» нормативность¹, выражаясь в них несколько своеобразно, характеризуются все же достаточно высоким уровнем. Эти системы оказались весьма динамичными: сохраняя стабильность и незыблемость традиционных, подчас архаичных начал юридического регулирования, они в то же время могут приспосабливаться к новым технико-экономическим и социально-культурным условиям. Иными словами, юридический инструментарий, которым располагает англосаксонское общее, прецедентное право, можно рассматривать в качестве значительной ценности, выражающей достоинства нормативно-судебной системы юридического регулирования и имеющей уникальный характер.

¹ Общее, прецедентное право национальных правовых систем англо-американской группы отличается особым характером норм, но оно не лишено свойства нормативности, как полагают некоторые авторы. Напротив, нормативность общего права благодаря принципу *stare decisis* имеет весьма высокий уровень.

Быть может, мы вообще еще недостаточно оценили феномен общего, прецедентного права (судебно-нормативной системы¹). Не образуют ли его исторические разновидности ключевые вехи на пути мирового правового прогресса? Ведь, строго говоря, римское частное право, являющееся исторической первоосновой мировой юридической культуры и правового прогресса, в своем первозданном виде представляло собой правовую систему, создаваемую в основном при рассмотрении конкретных юридических дел, т.е., в сущности, в прецедентном порядке. Жаль только, что право англо-американской группы не получило (как это случилось с римским правом) надлежащего интеллектуального освещения и не стало — как это произошло с европейской правовой культурой — объективированным выражением в системе отработанных правовых средств нормативных обобщений высокого уровня — одного из высокочащивимых достижений разума.

Примечательно, что ныне путь прецедентного права характерен для единого («общего») европейского права в целом, в формировании которого значительную роль играет Люксембургский суд европейских сообществ, вырабатывающий в контексте решаемых дел-прецедентов единые для сообщества правовые принципы.

Классическим может быть назван путь формирования и развития романо-германского права. Классическим потому, что здесь на основе многовековой развитой правовой культуры в результате прямого правотворчества компетентных органов, использования нормативных обобщений высокого уровня открывается простор для развертывания такой отработанной системы правовых средств, которая образует главное содержание развитого права, отвечающего требованиям цивилизации, и наиболее полно и всесторонне характеризует с интеллектуальной и одновременно со специально-юридической сторон правовой прогресс в обществе.

Прямое правотворчество компетентных государственных органов, свойственное романо-германскому праву (нормативно-законодатель-

¹ Следует принять во внимание, что на весьма высоком уровне теоретических абстраций возможны обособление в логическом плане юридической и, особенно, технико-юридической сторон семей правовых систем и формулирование на этой основе некоторых укрупненных (логических) систем юридического регулирования, которые позволяют объединить наиболее типические правовые ценности. В зависимости от того, какой из элементов правовых систем, сопряженных с основными формами правообразования (законодательством установленные нормы или же юридическая, судебная практика), рассматривается в качестве основы юридического регулирования, могут быть выделены две основные укрупненные системы, существование и особенности которых уже учитывались в предшествующем изложении: нормативно-законодательная и нормативно-судебная. Первая из них представлена романо-германским правом, вторая — англосаксонским общим правом.

ным системам), позволяет целенаправленно строить юридическую систему, внедрять в нее «мысль», достоинства разума в его высоких проявлениях — данные юридической науки и практики, достигать во всем комплексе правовых средств высокого уровня нормативных обобщений и в связи с этим обеспечивать все то социально ценное, что сопряжено с нормативностью права, с его определенностью по содержанию, системностью, иными его регулятивными качествами.

Другого плана вопрос, что этот позитивный потенциал нередко скован исторически конкретными условиями развития тех или иных стран и в средневековый, и в буржуазный периоды их истории, и еще более — в обстановке социалистических обществ, когда на базе определенных элементов континентальной правовой культуры формируется право заидеологизированного характера.

В принципе же по самой логике нормативно-правового регулирования развитие правовой формы, выраженной в нормативно-законодательной системе, является естественным магистральным путем, способным обогатить правовую культуру существенными специальными технико-юридическими ценностями, относящимися к правовым средствам. Так, как мы видели, и произошло в истории права, когда на базе достижений римского частного права в эпоху Возрождения были разработаны обобщенные положения, имевшие столь сильное влияние на развитие системного, кодифицированного законодательства в странах континентальной Европы, а ныне во все более возрастающих масштабах оказывающие воздействие и на правовые системы англо-американской группы.

В последующем в контексте утвердившихся политического режима и идеологии некоторые из этих достижений воспринимались и советским правом, а ныне российским правом. Этот процесс с географической и историко-социальной точек зрения был подготовлен тем, что отечественное право возникло именно на территории, охватывавшей в значительной степени континентальную Европу и уже в той или иной степени имевшей соответствующие правовые традиции.

5

ПРИ РАССМОТРЕНИИ СТАНОВЛЕНИЯ И РАЗВИТИЯ права мы встречаемся с одним из существенных противоречивых процессов, относящихся к «классическим» юридическим типам юридических систем (романо-германскому и общему, прецедентному праву).

Суть этого противоречия — в том, что позитивное право сложилось на духовной основе, но его последующее развитие в процессе «отдиф-

ференциации», обретения собственного бытия и развития как бы «уходит» от этой основы, «вырывается» из нее, ее в этом смысле «отрицает».

Но процесс «отдифференциации», выражающий потребность специально-юридической регламентации, необходимости решения возникающих жизненных ситуаций на строго юридических основаниях (процесс особо, по возрастающей, жесткий в условиях деловой жизни модернизированного капитализма, бурного научно-технического прогресса, постиндустриального, технотронного развития общества), все более «отрывает» позитивное право от духовно-моральных начал, превращает его, казалось бы, в некий, чуть ли не исключительно технико-юридический агрегат. Притом — агрегат преимущественно оформительского порядка, призванного в основном адекватно с формальной стороны закреплять решения деловых проблем на основе доверительных, неформальных контактов, деловой практики, маркетинга, иных неюридических критериев и процедур.

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

А в этой связи — вопрос: не означает ли все это, отмеченные противоречивые явления, что собственное правовое развитие и характерная для него логика права имеют весьма ограниченный и в чем-то тупиковый характер? И не в этом ли — суть сложной, противоречивой судьбы права и в настоящее время, и в исторической перспективе? И не тут ли предпосылка того отмеченного современными мыслителями явления, когда право в отрыве от религии, «право без веры вырождается в законничество, что и происходит сегодня во многих частях западного мира»¹.

Такого рода вопросы требуют того, чтобы попытаться более внимательно, детальней постигнуть специфическую логику права. И одновременно — не упустить из поля зрения особенности действующих и в современную эпоху национальных юридических систем традиционного, неотдифференцированного юридического типа.

6

С УЧЕТОМ только что приведенных положений о противоречивой судьбе развитых юридических систем следует еще раз отметить особенности правовой регуляции в странах Востока (в широком понимании этого термина), которые позволяют им до настоящего време-

¹ Берман Гарольд Дж. Указ. соч. С. 33.

ни во многих отношениях, пусть далеко и не во всех, оставаться весьма эффективными социальными регуляторами.

Здесь, понятно, возникает вопрос: насколько такая система социальной регуляции, рассматриваемая со стороны ее особенностей как духовной силы, соответствует современной эпохе, ее экономическому, политическому, духовному развитию, тем более перспективам такого развития?

На мой взгляд, не следует торопиться с безусловно отрицательным ответом на поставленный вопрос. И не только потому, что либерально-демократическое развитие общества вовсе не исключает сохранения и даже возрождения традиционных ценностей (хотя, разумеется, освобожденных от архаичных крайностей и идеологической заданности), но и потому, главным образом, что перспектива развития права и в нынешнюю эпоху, и, надо верить, в последующее время будет все более обогащаться духовными ценностями. В том числе и теми или, во всяком случае, близкими к тем, которые сложились и утвердились в странах Востока. С этой точки зрения на данном пути мирового правового развития также есть элементы «сакрального» характера, которые, как можно предположить (об этом — речь в третьей части книги), сыграют существенную роль в формировании «зримого» идеала правового прогресса — права цивилизованных народов.

И такого рода перспектива представляется весьма существенной, помимо иных причин, потому, что развитие современных, весьма продвинутых по пути правового прогресса юридических систем столь противоречиво, далеко не во всем согласуется с идеалами права, высокими требованиями либеральных цивилизаций. Да и, с другой стороны, перспективы мирового правового развития неизбежно должны иметь по ряду принципиальных особенностей однотипный и в этом смысле всеобщий для стран мира характер, а стало быть, охватывать также страны, где ныне доминируют юридические системы традиционного, неотдифференцированного типа. А это предполагает сохранение утвердившихся за века и тысячелетия ценностей великих культур Востока, которые во многом имеют также всеобщую, общечеловеческую значимость.

7

ПРАВО ВОСТОКА (юридические системы традиционного, неотдифференцированного типа) отличается большим разнообразием. Надо заметить к тому же, что, наряду с системами регуляции «восточных культур» в указанном выше значении (китайское право, традиционное японское право, традиционное индуистское право, исламское право),

сюда, к данному юридическому типу, относится и социалистическое право. И прежде всего — право России (в условиях коммунистического режима — *советское право* — право СССР, действовавшее на всей территории бывлой Российской империи). Притом — опять-таки со своей спецификой, со своим особым местом. И во многом в связи с тем, что оно все же с внешней стороны в той или иной степени включает в состав национальных юридических систем определенные современные юридические институты, относящиеся к западной юридической культуре.

Как терминологически обозначить эту своеобразную разновидность традиционных, неотдифференцированных юридических систем? Систем, именуемых «социалистическими», но по своей сути (главным образом в связи со своеобразием их «праматери» — российского и, особенно, продукта коммунистической доктрины, советского, так сказать, «классического» коммунистического права) относящихся все же к структурам силовой регуляции восточного типа — к традиционному, неотдифференцированному праву.

На мой взгляд, наиболее приемлемый здесь термин — «византийское право».

Отдавая должное византийской культуре в целом, ее достижениям в духовной области, соединившим ценности античности и культуры Востока, надо видеть особенности византийских реалий в политических отношениях, в сфере власти, которые — конечно же, с немалой долей условности — как раз и могут быть названы «византийским правом». Правом (в широком значении этого термина), которое при обосновании и оправдании акций на сугубо публично-правовой основе отдает приоритет в социальной жизни идеологическим догмам и идолам, оправдывает во имя самодержавной власти насилие над людьми, расправу над непослушными и одновременно с внешней стороны характеризуется весьма развитыми и престижными юридическими формами.

Здесь не избежать кратких пояснений, которые я попытаюсь предельно упростить. Мы привычно именуем Россию «евразийской» страной. Но к какому типу мировых цивилизаций (и близких к ним юридических систем) Россия относится, коль скоро, по распространенным представлениям, мы отделяем себя и от цивилизаций западных, католическо-протестанского типа, и от восточных, конфуцианской, индуистской, исламской и др.? Может быть, к особой, славяно-православной?

Да, очень может быть... Хотя никуда не уйти и от того, что российская цивилизация в силу особенностей специфической ветви христианства — православия в его византийском варианте — и плюс к тому еще господства долгие века на российской территории теократических, восточно-деспо-

тических порядков, связанных с татаро-монгольским «игом» и «братанием» (да, не только с «игом», но и с «братанием»), так сказать, сдвинулась на Восток. Она утвердилась в конце концов после удельной княжеской раздробленности и годин тяжелой смуты в виде *абсолютистской монархии теократического, восточно-деспотического типа*. Пусть и монархии, воспринявшей во времена Петра I и Екатерины II, а затем при советском строе некий внешний европеизированный антураж и лоск.

И еще одно замечание общего характера. Самое поразительное, что преподнесла нам новейшая история, — это то, что византийское право нашло себе пристанище в наиболее жестоких тиранических режимах современности (недаром Гитлер и его приспешники столь склонны были к культовым восточным магиям). В России же, на всем пространстве бывшей Российской империи, после большевистского переворота 1917 г. византийское право и коммунистическая правовая идеология совпали по своей сути точка в точку. Сначала — в облике диктатуры пролетариата и революционного правосознания, затем — сталинско-брежневской политической системы с обожествлением власти, «руководящей ролью КПСС» и «социалистической законностью». И даже с прямым служением церковников формально атеистическому режиму, его репрессивным органам.

Кажется, эти факты и характеристики очевидны. Но никто, на мой взгляд, не обращает должного внимания на то, что сердцевиной действительно самобытной российской цивилизации стало именно *византийское право*. Право, которое, опираясь на догмы православия, со стороны своих внешних форм отличается роскошью и украшательством, поразительной способностью создавать *в и д и м о с т ь*. Причем видимость в чем-то весьма престижном, воспринявшем, в частности, великолепные достижения мирового шедевра, зафиксированного в Византии, — позднеримской юриспруденции. И в то же время — право, которое под такого рода фасадом роскоши и престижной видимости дает простор *тиранической власти азиатско-теократического типа*. Со своими изоциренно-иезуитскими, порой изуверскими приемами властвования, насилием, интригами, всевластным «двором», подковровыми схватками элит, применением метода войны против непокорных, ложью и фальсификациями.

Причем восприятие в обстановке господства византийского права каких-то передовых юридических и иных новаций, даже таких значительных, которые осуществлялись в эпоху наиболее крупного российского реформатора Александра II и в последующее время (включая судебную реформу, «думский парламентаризм», нынешние акции, казалось бы, более или менее последовательного демократического и «рыночного» характера), во многом остается в области одних лишь

внешних форм и, в определенной мере влияя на жизнь общества, все же в основном проскальзывает по поверхности социально-экономической и политической жизни, не оправдывает надежд на основательные преобразования. Реальная жизнь в сущности продолжает идти по своим «византийским законам», где кардинальные проблемы кружат и кружат вокруг власти и там, в сфере власти, нередко решаются заговорами, государственными переворотами, схватками в придворных коридорах. И, понятно, под благообразным прикрытием «законных форм».

Еще раз скажу — главная примета сохранившихся в России до настоящего времени канонов византийского права — это, как уже упоминалось, поразительная способность создавать *видимость*. То есть такой пышный, величавый и благообразный *фасад*, за которым в конечном итоге беспрепятственно творит свои дела власть азиатско-теократического типа — власть с преобладающими авторитарными характеристиками. Со своими изощренно-иезуитскими приемами властвования, насилием, фальсификациями и непременно с использованием в качестве опоры мифов и идолов, то ли православно-религиозных — небесного царства, то ли марксистских, большевистских — земного царства «власти трудящихся» и жития «по потребностям». Наиболее изощренным, искусным образцом византийского права стала «власть Советов», где за фасадом обольстительно-замечательных лозунгов и законов безраздельно господствовали власть партократии, нравы и порядки криминального характера.

Однако все эти элементы служат ширмой, прикрывающей диктатуру идеологически заданных идей, а отсюда — авторитарный режим, построенный на внеправовом принуждении (насилии), и с этой стороны являются существенным компонентом идеологизированных фальсификаций. Определяющая особенность рассматриваемой семьи правовых систем — заидеологизированность, т.е. всепроникающее господство претендующей на передовой статус догматизированной теории, которая оправдывает доминирование насилия, используемого во имя «высшего блага» (нации, класса, «всеобщего благоденствия» и т.д.). При этом в качестве «права», предопределяющего решение жизненных ситуаций, выступают в виде непререкаемого приоритета идеологические постулаты, облагороженные привлекательными лозунгами.

В дальнейшем при рассмотрении ряда проблем, излагаемых во второй и третьей частях книги, мы еще обратимся к рассматриваемому феномену — византийскому праву. А пока — просто зафиксируем сам факт его существования: он сам по себе, без дальнейших детализаций, уже многое объясняет в основаниях и существе правовых особенностей прошлого и настоящего России, ряда других стран.

Часть вторая. Закон и живое право

ГЛАВА ШЕСТАЯ

ЗАКОН: ОЧЕВИДНЫЕ ДОСТОИНСТВА И КОВАРСТВО

1

ЗАКОНЫ (при самой сжатой и общей их характеристике) — это основополагающие официальные юридические документы, содержащие нормы позитивного права данного государства.

При всех определенных и ясных различиях между «правом» и «законом», их довольно часто сближают по содержанию и значению. Порой отождествляют. И это касается не только обиходного юридического языка, сложившегося в условиях правовых систем континентальной Европы, где законы как доминирующие формы (источники) права являются наиболее характерной и выразительной их чертой. Даже при оценках и обозначениях сборников прецедентов права англо-американской группы правоведами подчас используется термин «закон» (например, наименование обобщающего неофициального сборника положений американского права — Restament'a — как «свода законов»)¹.

Чем все это можно объяснить?

Прежде всего, при ответе на этот вопрос представляется очевидным, что законы как бы *приуготовлены* для позитивного права. И что сообразно этому именно в форме законов позитивное право в полной мере, по максимуму раскрывает свои преимущества, уникальные особенности — обеспечение правовых решений жизненных ситуаций (по большей части спорных, конфликтных). Причем таких решений,

¹ Такого рода наименование — кстати, не единственное — сборников прецедентов в США, казалось бы, можно было дополнить, скажем, приведенным ранее заявлением в Англии лорда-канцлера, в соответствии с которым суд принимает решение «о том, что есть закон...» по тому или иному вопросу; и напомнить общее утвердившееся мнение и словоупотребление в странах общего права о том, что судьи, другие работники юриспруденции «служат закону». Но все же, думается, такие дополнения были бы некорректными. Ибо все же использование термина «закон» в странах классического общего права (в Англии, а также Австралии, Канаде) отличается от употребления этого же термина в США. Такого рода отличие вытекает из особенностей общего права в классическом его выражении и его своеобразия в США. Дальше об этом будет сказано особо.

которые именно в качестве правовых приобретают характер твердых, строго определенных по содержанию, гарантированных, и к тому же — не только окончательных, единственных в данном сообществе, но и обладающих свойством *всеобщности*. То есть как раз того уникального и значительного, притом, скажу еще раз, «по максимуму», чего можно достигнуть при помощи официальных письменных документов, которым в сфере права придается основополагающая роль.

И вот тут проявляются важнейшие достоинства законов, особенно — кодифицированных, выступающих в качестве правовых средств юридико-интеллектуального характера, способных целенаправленно оснащать юридическую систему современными правовыми ценностями.

Весьма существенным обстоятельством, свидетельствующим как бы о предназначенности закона для позитивного права, является еще и то, что именно закон (как никакие иные формы, источники права) раскрывает своеобразие права как объективной реальности — институционного образования. То есть «жесткого организма», благодаря которому и существуют основные достоинства позитивного права — сама возможность адекватных и надлежащих решений жизненных ситуаций, нуждающихся в праве, решений о том, «кто» и на «что» имеет или не имеет право. Притом — организма непрерывно существующего и непрерывно функционирующего, устойчивого, неподатливого¹.

Вдобавок ко всему ранее сказанному здесь, при оценке закона, срывает и мудрость человеческого языка, выраженная в слове «закон». Во всех своих многообразных смысловых значениях это слово (в том числе в значениях: «законы природы», «законы физики», «экономические законы» и т.д.) обозначает изначальный, неизменный порядок, его строгость и неумолимость, безусловное действие, независимое от наших желаний и хотений. И через понятие «закон» указанные черты, характерные для любого «закона», переносятся и на позитивное право, придавая ему некое величие, непогрешимость, если угод-

¹ Характеризуя право как институционное образование, нужно со всей определенностью сказать, что именно то обстоятельство, что объективное (позитивное) право представляет собой наличную объективную реальность («жесткий организм») со своими специфическими формами бытия, свойствами, структурой, закономерностями, именно это обстоятельство *придает правоведению значение истинной науки*, «имеющей дело» с реальными, объективированными фактами окружающей нас действительности. То есть *такой же в принципе науки, как естественные и технические отрасли знаний*, да к тому же призванной практически и теоретически осваивать такие реальные факты действительности, которые в той или иной мере, в том или ином виде опредмечивают и вводят в практическую жизнь людей разумные начала, духовные ценности.

но, своего рода абсолютность. И это обстоятельство наряду с другими изначально придает «закону», каким бы ни было его содержание, высокий авторитет и престиж.

2

ИМЕННО ОТСЮДА, из достоинств права, раскрываемых при помощи закона, из его достоинств как письменного документа и из его изначально авторитета, проистекает значение *принципа законности*. В том числе и то, что благодаря своей многокорневой значимости закон, а значит, и законность обладают известной абсолютностью.

Именно в письменных документах, имеющих статус «закона» (каким бы иным, но однопорядковым по значению термином этот документ ни обозначался — «статутом», «указом» и т.д.), открывается возможность по максимуму реализовать, наряду с другими преимуществами права «в законе», важнейшее из таких преимуществ — обеспечить *строгую определенность складывающихся в обществе отношений и порядков*. То есть предельно точно, при необходимости до мельчайших деталей и частных случаев, закрепить в реальной жизни юридически должное и юридически возможное поведение тех или иных лиц, а также определенные «в письме» все условия, варианты и последствия такого поведения (или его отсутствия). Ведь именно в законе как письменном документе — как и в его предшественнике, сборнике обычаев, — наличествуют не просто мнения и представления, а *запись* о том, «что», «кто», «как». Словом, именно здесь, в законе, возможно фиксирование предельной определенности во всем, что касается поведения участников общественной жизни и последствий такого поведения.

И как раз по этой причине становится фактически реализуемым и достижимым создание порядка в общественной жизни, в соответствии с которым оказывается возможным при помощи юридических средств добиться *реальности юридических установлений*. А это и есть главное, решающее, что характерно для *принципа законности*.

Так что вовсе не случайно в этой связи порядок или режим общественной жизни, когда заранее и строго формально определенные требования общественного порядка реально проводятся в жизнь, именуется термином, производным от слова «закон», — *законность*. Причем все это вовсе не препятствует тому, что требования законности по самому своему существу — общезначимы. Они по своей сути имеют высокое значение и в тех национальных юридических системах, в которых закон не является доминирующим источником права.

И здесь необходимо обратить внимание на то, что, при всей тесной связи «закона» и «законности», и то, и другое имеет *свою жизнь*.

Этот момент тем более важно обозначить потому, что исходная предпосылка законности (возможность строгой фиксации в нормативном документе до мельчайших деталей и частных регулируемых отношений и последствий соответствующего поведения лиц) далеко не всегда соотнобразовывается с процессами модернизации общества, его демократического развития, подчас в большей мере тяготеет к политическим режимам авторитарного характера, когда ставится задача твердо закрепить («навсегда»), увековечить существующие авторитарные отношения и порядки.

Выходит, судьба требований законности, их место и роль в сложных процессах развития права не являются автоматически зависящими от судьбы закона как источника права, и тем более от режимов власти, в том числе — авторитарных режимов, проводимых ими порядков «закручивания гаек», действующих в отношении «своих» законов (запомним этот момент: его учет, как попытается показать автор, окажется весьма существенным для понимания ряда сложных теоретических и практически значимых проблем, в том числе и тех, о которых рассказывалось на первых страницах книги).

3

В ТО ЖЕ ВРЕМЯ законы в сфере права (и это опять-таки уникальная особенность мира юридических явлений), сохраняя в принципе отмеченные выше черты жесткости, одновременно представляют собой не только и не просто «запись», но и в этой связи — *продукты сознательной деятельности человека, его творчества, целенаправленного программирования поведения людей на настоящее и будущее*. Притом — программирования и *своего* поведения, и поведения — через власть! — *других людей*, в принципе — *поведения людей всего общества*.

Эта особенность законов таит в себе существенный потенциал серьезных — и позитивных, и негативных — последствий.

Главное из таких последствий, имеющих *п о з и т и в н о е* значение, заключается в том, что при помощи закона оказывается возможным не только наиболее полно выразить, но и *множественно усилить* регулятивные достоинства права (весьма скромно проявляющиеся в условиях, когда оно функционирует только на основе обычаев и прецедентов), возвести их на новую, более высокую ступень.

Наиболее существенное, что здесь важно отметить, заключается в том, что в законах в полной мере проявляется сила нормативных

обобщений, их значение в праве. При помощи нормативных обобщений, выраженных в законах, многое в области социальной регуляции *оказывается возможным*:

во-первых, оказывается возможным юридические средства, обеспечивающие решение жизненных ситуаций, выразить и формально, «в письме» закрепить в качестве строго определенных по содержанию общих правил, т.е. *юридических норм, имеющих строго фиксированный, формально-определенный характер*;

во-вторых, оказывается возможным на уровне науки возвести содержание юридических норм в *понятия*, а еще точнее в *правовые категории* — своего рода «сгустки» правовой мысли (и соответствующие им — строго определенные, «узаконенные» *юридические термины*); при этом «ранг» правовых категорий обретают и понятия о юридических конструкциях, структурных подразделениях (понятия — правовой институт, отрасль права, система права), и последние становятся *категориальными* явлениями высокого интеллектуального порядка, исходными звеньями *правовых идей, правовых начал*;

и, наконец, в-третьих, оказывается возможным придать содержанию законов *системный характер*, характер *кодифицированных нормативных положений* с высокой степенью *специализации* юридических норм. И таким путем, путем кодификации, придать системный характер реально складывающимся юридическим средствам, правовым конструкциям и с учетом научных данных путем законодательной деятельности связать их между собой, усовершенствовать и в виде строго упорядоченной системы юридических норм объединить весь нормативный материал в связанные между собой структурные подразделения, т.е. *структурные общности* — институты и субинституты, отрасли и подотрасли, группы отраслей. И — при помощи законов объективировать эти общности, закрепить в качестве твердых нормативных образований.

А это не только упрочивает особенности позитивного права как системного жесткого организма и наглядно, «зрительно», демонстрирует это, но и сообщает праву большую регулятивную мощь, когда нормы права *действуют в системе*, т.е. вместе с каждой юридической нормой (средством, конструкцией). А это значит, что одновременно вступают в действие (или «выходят на старт», приводятся в готовность для немедленного действия) другие юридические нормы, целые институты, отрасли права.

Характеризуя достоинства права, находящего выражение в законах, важно обратить внимание и на то, что через нормативные обобщения, понятия, язык закона да и просто через фиксируемые в законодательных текстах декларации могут находить также свое внешнее объективирован-

ное выражение духовные, интеллектуальные начала и категории. В том числе при определенных исторических условиях — глубокие начала духовной, интеллектуальной жизни общества, его настрой и «дух», в ряде случаев — фундаментальные основы и переломы человеческого бытия, Истории. Нередко — с выражением того своеобразного, что характерно для данной нации, культуры. Подчас, в переломные для человечества эпохи, — с нацеленностью утвердить в жизни общества *начала рационализма* — господства в общественной системе и ее функционировании разума, рациональных основ жизни людей и принципов естественного права, понимаемых в соответствии с требованием и «духом» данного времени.

Последнее из указанных обстоятельств представляется в высшей степени важным с точки зрения развития основных эпох истории человечества. Выраженный в идеях Просвещения, принципах и делах Великой французской революции переход человечества от традиционных к либеральным цивилизациям во многом связывался в просвещенческом сознании, да и во всей культуре Возрождения, с *законом*. В особенности, с незаменимой миссией закона — как было принято считать по представлениям революционного общественного сознания — в утверждении рациональных основ в жизни людей, и в этой связи — всесторонней модернизации общества, в утверждении основополагающих устоев общества разума, свободы, справедливости и счастья человека. Хотя — следует все же попутно заметить — революционные расчеты на закон как инструмент внедрения в общество рациональных начал в какой-то мере затмил другие стороны закона, далеко не всегда позитивные, в немалой степени — коварные.

Отсюда, из представлений о просвещенческой миссии закона, вырисовывается все же главная линия и в общественно-правовом развитии. Линия, направленная на то, чтобы вырвать индивида из цепей средневековья и создать новую картину мира на основе рационализма. И вот, как справедливо признано в современной науке, именно в эпоху Просвещения родилась и утвердилась сама идея кодификации, убежденность в том, что устаревшее, раздробленное и ставшее трудным для понимания право может быть заменено единым и всеобъемлющим законодательством.

4

ИЗВЕСТНЫЕ радужные представления о выдающейся роли законов в жизни общества в эпоху Просвещения оправдались.

В годы начавшегося перехода к либеральным цивилизациям, с конца XVIII в., в конституциях и политических декларациях стран, встав-

ших на путь буржуазных демократических революций, получили юридически строгое и одновременно возвышенное закрепление важнейшие принципы демократии, свободы, прав человека. Прежде всего, в конституциях и декларациях Великой французской революции, в соответствии с которыми лозунг «свобода, равенство и братство» стал символом и знаменем Новой Эпохи.

Серьезную роль в это переломное время развития человеческой цивилизации сыграла наиболее высокая, совершенная форма закона — кодексы. Особенно — гражданские кодексы XIX в., первые в истории человечества системные законы — кодексы в самом строгом и точном значении. В том числе Прусское всеобщее земское право (1794 г.), Французский гражданский кодекс — ФГК (1804 г.), Австрийское гражданское уложение (1811 г.), Германское гражданское уложение — ГГУ (1896 г., вступление в действие — 1900 г.), Швейцарский гражданский кодекс, включающий ранее изданный, а в составе кодекса обновленный Единый швейцарский закон об обязательствах, со своей нумерацией статей (1907 г.).

Все эти кодексы XIX в. обладают своими достоинствами, порой удивительными, уникальными, к особенностям некоторых из них мы еще вернемся. Но при всем при том первое место среди гражданских кодексов XIX в., раскрывающих место и роль закона в новой полосе исторического развития, должно быть все же отдано Французскому гражданскому кодексу, имеющему не только в истории Франции, но и всего человечества фундаментальное значение — значение, ничуть не уступающее (а в чем-то и превосходящее) роль и место в Истории конституций и политических деклараций конца XVIII в.

Вот как в современной литературе оценивается значение и место в Истории этого Кодекса: «...следует вновь вспомнить об удивительном благорасположении звезд, столь способствовавших его (ФГК. — С.А.) рождению. С одной стороны, до сих пор живительными силами кодексу служат небывалый подъем духовности эпохи Просвещения и впитавшая ее Французская революция. Являясь первым в мировой практике кодексом, ФГК решительно порвал все путы и оковы старого прошлого, и в нем воплотились все самые важные и устремленные в будущее чаяния революции: секуляризация семейного права, освобождение от феодальной зависимости права собственности на землю, свобода предпринимательства и защита семейных устоев. С другой стороны, окончательная редакция ГК совпала по времени с уходом в прошлое революционного фанатизма и установлением относительно спокойных политических отношений, когда человека не зачисляли по любо-

му поводу в реакционеры. Поэтому создатели кодекса могли довольно широко привлекать правовой материал, накопленный судебной практикой старого режима, который казался им полезным и был тщательно обработан и отшлифован в литературе XVII и XVIII вв. И таким образом стало возможным найти золотую середину между пропагандистской силой идеей революции и прочностью правовых учреждений старого режима. К этому следует добавить, что участие Наполеона I в разработке кодекса наделяло его в какой-то мере частицей чудодейственной привлекательности французского императора. Даже язык ГК был чеканным и емким, удалось избежать туманностей казуистики и нравоучительной назидательности¹. Потому-то, как отмечают авторы, «сам ФГК был окружен нимбом притягательности, силой воздействия, авторитетом духовности. В XIX в. он еще казался всем кодексом Великой революции, с помощью которого... был создан единый и равный для всех граждан правопорядок. Не следует также забывать, что своим распространением по всему миру ФГК обязан блестящему языку, эластичности и гибкости формулировок и, наконец, своему качеству»².

К сказанному — еще два штриха.

Гражданский кодекс во Франции получил признание в качестве важнейшей ценности французской культуры в целом. Возможно, не обошлось без известных преувеличений в утверждениях о том, что Стендаль, как принято считать, ежедневно читал ФГК для улучшения своего литературного стиля и что на книжной полке в доме каждого французского крестьянина рядом с Библией соседствует Гражданский кодекс. Но, по всем данным, вполне справедливы известные слова Сореля: «Я не могу представить себе другую такую страну, где бы гражданское право столь глубоко проникло в нравы и стало бы неотъемлемой частью духовной жизни, мира чувств и литературы всей нации».

И еще такой штрих. Это — широко известные слова Наполеона, сказанные на острове Святой Елены незадолго до ухода из жизни, когда для человека раскрывается истинный смысл всего прожитого им: «Моя действительная слава заключается не в том, что я выиграл 40 сражений. Ватерлоо стерло в памяти все воспоминания о всех этих победах. Но что, несмотря ни на что, не сотрется в памяти, что будет жить вечно, так это мой гражданский кодекс». Да, верно, не сотрется в памяти. Гражданский кодекс Франции уже оказал существенное влияние на мировое правовое развитие, воспринят многими страна-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 152.

² Там же. С. 154.

ми¹, стал основой особой семьи («стиля», «подсемьи») национальных юридических систем. И он действительно *будет жить вечно...*

При этом суть и значение гражданских кодексов XIX в., других гражданских законов не исчерпываются теми характеристиками и оценками, которых вполне обоснованно удостоивается ФГК – Гражданский кодекс Франции 1804 г. И дело не только в том, что должны быть приняты во внимание достоинства и существенное место в мировой юридической системе других гражданских законов (в особенности ГГУ – Германского гражданского уложения, Швейцарского гражданского кодекса), но главным образом в том, что есть основания идти дальше приведенных характеристик и оценок. И со всей определенностью сказать – именно гражданские законы XIX – начала XX в., а также соответствующие им частноправовые начала общего права стран англо-американской группы стали *решающим фактором формирования и основополагающим элементом современного гражданского общества.*

Разумеется, нужно постоянно помнить замечательные идеи Просвещения, великие свершения Французской революции, формулы ее конституций и деклараций, затрагивающие в основном конституционное и публичное право (как и конституционные принципы североамериканской просвещенской революционной культуры этого же времени). И здесь, в области конституционного и публичного права,

¹ В ряд стран ФГК «пришел» вместе с войсками Наполеона под знаменем Французской революции. И сейчас, несмотря на сложные повороты правового развития, к числу стран романского права относят Италию, Испанию, Португалию. Утвердился он во многих бывших колониях, в том числе и на территориях, находящихся ныне в плотном окружении юридической системы качественно иного юридического строя (в штате Луизиана в США, в провинции Квебек в Канаде).

Примечательно влияние ФГК, самого его «духа» на формирование юридических систем молодых латиноамериканских государств. Достоинно пристального внимания то обстоятельство, что здесь решающую роль сыграли – что характерно для ряда бывших колоний – не правовые системы бывших колониальных стран (в данном случае в основном Испании, которая в колониальное время уже ввела «свои» правовые порядки, по преимуществу староспанские обычаи, еще до того, как сама попала в орбиту романского права), а непосредственно ФГК. Почему? А потому, как об этом говорится в цитированном выше издании, что «ФГК был кодексом Великой революции... Даже своей целостностью, взаимосвязанной подачей материала, кристальной ясностью языка он далеко превосходил другие образцы. К тому же он в значительной мере воспринял традиционные понятия и представления, в первую очередь римского права» (*Швайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 175).

Особо примечателен под рассматриваемым углом зрения феномен ГК Чили, в котором удалось «сплавить воедино французские источники и традиционные институты римского права», притом так, что «структура чилийского кодекса более совершенна, чем структура ГК Франции, а язык столь же ясен и выразителен» (Там же. С. 176).

опять-таки раскрылась существенная роль именно законов. Но сами по себе конституции, публичные законы еще не создают современное гражданское общество, а лишь закладывают концептуальные его основы, преимущественно — в политическом отношении. И потому сами по себе лозунги о свободе, равенстве и братстве, даже выраженные в законодательном виде, ничуть не помешали ни якобинской диктатуре, ни разгулу разбойничьего рынка, ни догмам социального дарвинизма, ни нравам стяжательского буржуазного общества, ни другим противоречивым, во многом разрушительным явлениям промышленного капитализма, способствовавшим взлету своего антипода — идеологии коммунизма, притом в весьма агрессивных вариантах (явление, повторяющееся, увы, ныне в России, в ряде других, ранее коммунистических, стран, выкарабкивающих на путь общего цивилизационного развития, современной модернизации).

Только со временем, после эйфории революционных битв, ее романтики и одновременно чудовищных последствий революционного насилия, становилось все более и более очевидным, что реальной юридической основой и сердцевиной современного гражданского общества является *частное право*, а в этой связи — *гражданские законы*, утверждающие на деле, в практической жизни саму суть, исходные начала гражданского общества. Прежде всего — высокий юридический статус и действительное юридическое равенство всех субъектов непосредственно в практических делах, их автономию, начала диспозитивности, неприкосновенность собственности, восстановление нарушенных прав, защищенность прав независимым судом.

Таким образом, юридические институты и нормы гражданского законодательства, назначение которых, казалось бы, исчерпывается регуляцией одной лишь «прозы жизни» — товарных сделок, имущественного оборота, торговли, реализации и защиты собственности, наследования имущества и т.д., на деле призваны реально формировать гражданское общество. Причем — не в каких-то деталях и частностях, а в самой его основе, сути.

Дело лишь в том, что утверждение в реальной жизни указанных норм и принципов — процесс трудный, связанный с тяжелым преодолением утвердившихся нравов и стереотипов, и потому — во времени долгий. *Но в этом-то как раз и кроется внешне прозаическая, казалось бы, резко противоречивая, а по сути благотворная «изюминка» гражданских законов, практики их применения!* Ибо гражданское общество можно признать *состоявшимся* только тогда, когда указанные выше начала, выраженные в гражданских законах (юридическое равенство субъек-

тов, правовая автономия, неприкосновенность собственности и др.), с течением времени, повторяясь и повторяясь изо дня в день в нашей повседневности, войдут в плоть и кровь людей, станут непреложными реалиями, само собой разумеющимися данностями. Если угодно, фактическим обычным правом в самых строгих, жестких его значениях. Не случайно поэтому даже в демократически развитых странах гражданские законы по-настоящему «сработали» спустя долгие десятилетия после их принятия, в полной мере в 1950–1960-е гг. — уже после самого тяжкого урока для человечества в XX в. — истребительной второй мировой войны.

Замечу в этой связи также и то, что в это же время, в 1950–1960-е гг., гражданские законы (и соответствующие их содержанию частноправовые начала общего права) по счастливой логике Истории нашли опору и в современном естественном праве — в неотъемлемых правах человека. Гражданские законы нынешнего времени прямо в своих текстах, притом в качестве исходных, закрепляют положения об общепризнанных правах и свободах человека. Главное же — они в современных условиях понимаются и действуют в нераздельном единении с ними (что, помимо иных оснований, предопределило «новое» возвышение в канун XXI в. гражданского права в жизни общества; подробнее об этом — дальше).

5

ВЕСЬМА ЗНАМЕНАТЕЛЬНО, что законы, прежде всего системные законы — кодексы, в особенности после эпохи Просвещения, Великой французской революции, в какой-то мере стали важной *приметой, знаковым символом* человеческой цивилизации.

Конечно, еще до XVIII–XIX вв., в сущности с незапамятных времен, в *сфере публичного права* законы — это повсеместно изначальная и естественная обитель правового порядка, характерная для всех национальных юридических систем, всех их семей. В особенности на ранних, «срединных» стадиях развития цивилизации, при азиатских теократиях, в условиях античности, средневекового феодализма государственная власть утверждает и реализует «себя», свои функции и акции через свое усмотрение (произвол) и при этом как раз преимущественно через законы. Законы — публичные, посвященные самой власти, ее прерогативам, статусу и полномочиям ее подразделений, организации военной службы, налогам, уголовному преследованию, исполнению наказаний, государственному надзору. Это характерно даже для тех правовых семей типа китайской цивилизации с доминированием идеологии «ли», где

сообразно философским и этическим представлениям конфуцианства в саму органику правовой жизни заложены скептицизм в отношении к обобщающим формулировкам законов, пренебрежение к их «схематизму», даже, по представлениям конфуцианства, «варварству». Но и в такой социально-нравственной среде — причем еще до политического объединения страны (речь в данном случае идет о Китае) — все же оказалось невозможным обойтись без законов. И хотя эти законы, как уже отмечалось ранее, имели публичный характер, посвящались главным образом уголовному и административному праву, они уже с весьма древних эпох заняли прочное место в социальной жизни и культуре Китая, Японии, ряда других стран восточных цивилизаций.

В современную же историческую эпоху законы приобрели существенное, в ряде областей жизни основополагающее значение наряду с публичным правом также и в *частном праве*, стало быть, *во всем позитивном праве*.

Даже в странах общего права (странах юридических систем англо-американской группы) — при всем несомненном приоритете именно общего, прецедентного права (*common law*) — законы как источники права, при всей их ограниченной значимости в рамках указанных юридических систем, фактически занимают все более видное место в правовой жизни. Особенно в США. И не только под углом зрения представлений господствующего правосознания, но и в юридическом регулировании целых сфер социальной жизни. Ведь в отличие от своей праматери в области права — Англии — Соединенные Штаты Америки имеют высокопрестижную писаную Конституцию, а также — обширное общедоказательное законодательство¹. Объем законодательных

¹ Хотя формально к федеральному относится только валютно-финансовая сфера, право взимать налоги, пошлины, внешнеполитическая сфера и оборот, гражданство, правовая защита экономики и авторских прав, банкротство, морское право и регулирование внешней торговли, торговли между штатами, тем не менее фактически (во многом благодаря «толкованиям» общедоказательного Верховного Суда) значительные области экономической и социальной жизни страны, в том числе и те, которые в той или иной мере относятся к частному праву, оказываются в существенной части под властью федерального закона. Характерно в этой связи, что с начала XX в. Конгресс выступил против особенно явных злоупотреблений свободой договоров, по этим мотивам и исходя из общедоказательных интересов путем законов и фактической практики утвердился известный государственный контроль над железнодорожными компаниями, электро-, водо- и газоснабжением, средствами массовой информации, радио, грузовым, морским и воздушным транспортом. Более заметное место законов в юридических системах общего права нередко связывается, кроме того, с массовым производством товаров, их стандартизацией, а также все более упрочивающейся в социальной и правовой жизни линией на «защиту прав потребителей».

актов, регулирующих экономические и социальные отношения, возрастает и в Англии, в других странах общего права (в Канаде, Австралии, Новой Зеландии).

Из этих фактов не следует делать далеко идущих выводов — законы в странах англо-американской группы в особой атмосфере, создаваемой общим, прецедентным правом (*common law*), в целом, за минусом, понятно, конституций, занимают все же, так сказать, «вторые позиции». Но сами по себе эти факты примечательны. Примечательно и то, что в странах общего, прецедентного права, несмотря на глубокие и исторически оправданные традиции системы *common law* и несмотря на все трудности и предшествующие неудачи, вновь и вновь повторяются попытки перевести в практическую плоскость идеи модернизации действующего права на основе законов, его кодификации¹.

6

В СВЯЗИ С ОТМЕЧЕННЫМИ весьма очевидными достоинствами закона (в полной мере раскрывшимися в праве романо-германского типа) сложился и утвердился в условиях современной цивилизации *культ закона*, включающий, во-первых, требование незыблемости и священности *принципа законности*, а во-вторых, *веру в примат и величие закона*.

И то, и другое в культе закона в практической жизни продемонстрировали свою значимость в качестве антипода произвола и своеволия режимов тирании — средневекового феодализма в годы, предшествовавшие Французской революции, фашистских и коммунистических режимов в XX в.

Вместе с тем вера в примат и величие закона, навеянная идеями Просвещения, стала в какой-то мере отражением нарастающего движения человечества ко всеобщей модернизации, сутью и смыслом которой призваны стать *человек*, его разум, творчество, созидание, великие духовные ценности.

¹ К тому же известный успех тут все-таки может быть отмечен. Свидетельством этого являются не только во многом удачные примеры официозной (или полуофициальной) систематизации права в США, опыт модельной законопроектной работы, эффект Единого торгового кодекса, но и то, что подобные тенденции все более утверждаются в самой цитадели общего права — Англии. Свидетельство этого — создание в 1965 г. правовой комиссии, перед которой была поставлена задача «пересмотреть все право с точки зрения его дальнейшего систематизированного развития и реформирования прежде всего путем кодификации».

И разве — вновь зададимся вопросом — спустя два столетия после Великой французской революции не закон ли как продукт творчества человека, его сознательной целенаправленной деятельности (и притом — со всем комплексом его очевидных достоинств) должен стать воплощением благополучного существования и развития человечества, его рациональной модернизации, его оптимистического будущего?

7

И ВОТ ТУТ НАСТАЛО ВРЕМЯ остановиться и на том, что закон — феномен *коварный*. Коварный — потому, что порой очевидные достоинства закона, его престиж, и авторитет, и тем более культ закона, застилают «все другое».

Между тем при господствующих до последнего времени в мире (в особенности в странах континентальной Европы) представлениях о величии и верховенстве закона, о его верховной незаменимой роли в жизни людей, нужно знать, что и законы — как, наверное, и все в человеческом бытии — таковы, что их достоинства сопровождаются недостатками. Подчас — значительными, грозящими при неблагоприятных условиях крупными опасностями, бедами.

И самое страшное, губительное здесь заключается в том, что недостатки законов и все негативное, что с ними сопряжено, «прикрыты» культом закона, нерушимостью принципа законности. И в этой связи — находит оправдание в том, что все эти недостатки, негативы — «мелочи», которыми во имя достоинств закона, его верховенства и нерушимости принципа законности можно и пренебречь. А еще лучше — не замечать их вовсе, закрыть на них глаза. Тем более, если в обществе по-прежнему господствуют представления о том, что все, совершаемое в обществе «на основе закона», — это исключительно «внутреннее дело страны».

Не касаясь сейчас всего многообразия возникающих здесь вопросов, остановимся в этой главе на решающем пункте — на тех особенностях закона, которые, обобщенно говоря, можно назвать его «недостатками». А затем, в последующих главах, — на правовых институтах, которые способны их преодолеть и обеспечить в обществе оптимальное юридическое регулирование.

Первое, что характерно для «недостатков» закона, — это его особенности, представляющие собой, сообразно уже отмеченной парадоксальной логике человеческого бытия, *продолжение его достоинств*.

Довольно существен (и одновременно коварен) здесь *ф о р м а - л и з м п о з и т и в н о г о п р а в а*, который в максимальных своих значениях выражается как раз в писанных источниках, в законах. Тот формализм, без которого, напомним, право не может достигнуть того уровня объективизации, качества жесткого организма, когда в полной мере раскрываются и реализуются его достоинства институционального образования, предельно эффективного, не имеющего альтернативы нормативного регулятора. И вместе с тем — тот формализм, который превращает даже самую творческую и светлую идею законодателя в писанный текст (а по словам поэта, «мысль изреченная есть ложь») и именно в законах, во всех официальных документах приобретает крайнее выражение, становится «буквой» закона. И потому в атмосфере культа закона его безусловное величие в значительной мере *канонизируется*. Этому способствует и то обстоятельство, что во имя стабильности и постоянства действующего законодательства складывается в принципе оправданный настрой, в том числе и в среде юристов-практиков, на необходимость предельной осторожности при решении вопросов изменений в действующих законах — процесс, который на практике становится необычайно трудным (и плюс к тому осложняемый в ряде стран, в особенности в отношении конституции, конституционных законов дополнительными формальными требованиями).

И вот здесь нужно, хотя бы в самом общем виде, отметить решающее обстоятельство, касающееся «минусов» закона, которое в следующей главе станет предметом особого рассмотрения. Именно то обстоятельство, что при помощи законов позитивное право становится стабильной, формально-определенной регулирующей силой, рассчитанной на непрерывное действие на неопределенное время вперед, именно это обстоятельство — свидетельство того, что позитивное право оказывается на практике, в реальном бытии все же во многом не совместимым с другим его важнейшим качеством, имеющим для позитивного права ключевое значение, — с его предназначением быть *живым правом*.

Другим существенным «недостатком» закона, представляющим собой продолжение его достоинств, является возможность *законодательного творчества* — возможность целенаправленного создания юридических форм по свободному усмотрению законодателя, в идеале — на основе сильного и оригинального ума законодателя, данных науки, разработок отдельных видных правоведов и политических деятелей (примеров здесь немало, начиная с деятельности Наполеона при подготовке ФГК, да, пожалуй, и с более исторического времени,

древнейших эпох, когда многие законы имели «авторский» характер, носили имя своего создателя). При всем значении этого достоинства закона, связанного в немалой степени опять-таки с возможностью формулирования нормативных обобщений высокого уровня и систематизацией правового материала, надо видеть и то, что «продолжением» этого достоинства закона также могут быть существенные огрехи, потери в качестве права, его действительности, жизненности. Даже тогда, когда законотворчество, приобретающее порой сугубо авторский характер, а порой и характер произвольного сочинительства, касается только самой правовой материи¹.

Благодаря усилиям разработчиков закона, которые могут отражать известные политические установки или своеобразные авторские воззрения, а то и вольное сочинительство, благодаря всему этому позитивные свойства права (такое, в частности, как его уникальная, в принципе социально существенная способность достигать максимальной определенности в содержании юридического регулирования) могут приобрести гиперболизированный, неадекватный, не отвечающий потребностям жизни характер и отсюда — негативное социальное значение².

В свою очередь стремление к совершенству выражаемых в законе юридических понятий, которое овладело немецкой юридической наукой (пандектистикой) с конца XIX в., привело к другому, далеко не всеми разделяемому и всеми понимаемому явлению — к «онаучиванию» действующего права, к «арифметике понятий».

¹ Вот один из случаев подобного рода. Подготовка проекта ГК Португалии, строящегося по модели Французского гражданского кодекса, производилась благодаря персональным усилиям видного правоведа Ферейры Борхеса. И это, как выяснилось позже, привело к тому, что в Кодексе, вступившем в силу в 1867 г., оказались искусственные, надуманные построения, отражающие своеобразные взгляды этого теоретика права (в частности, само построение весьма обширной части Кодекса, посвященной приобретению права собственности, оказалось подчиненной главным образом теоретическому принципу — сопряжено ли это приобретение с «участием третьих лиц»).

² Это случилось, например, с одним из первых системных законов, который можно отнести к кодексам XIX в., — с Прусским всеобщим земским правом, созданным по инициативе Фридриха II, который хотя и прослыл «учеником философов-просветителей», еще не отказался от патерналистской направленности в политике и законодательстве. И в этой связи, как свидетельствуют литературные источники, «король хотел, ничего не меняя в обществе, указать каждому точно, во всех деталях, наглядно, по-отечески и доходчивым языком то место, которое ему предписано занимать в государстве как в некой совокупности индивидов», а в этой связи — в Кодексе получила реализацию, казалось бы, перспективная заданность на максимальную определенность, всеобщность и беспробельность регулирования. Но, как это на первый взгляд ни парадоксально, именно «эта потребность во всеобщности и беспробельности кодекса... привела к полному отказу от разработки в нем совершенных юридических понятий» (*Цвайцерб К., Кёмц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 212).

Ярким (и по-настоящему выдающимся) примером достоинств и сопровождающих их недостатков закона, выраженном в «онаучивании» права, стало крупное достижение законодательной культуры на рубеже XIX и XX вв. — Германское гражданское уложение, пришедшее на смену Прусскому всеобщему земскому праву.

По мнению немалого числа видных правоведов, ГГУ в противовес возвышенности Французского ГК, ясности и здравому смыслу Австрийского ГК, наглядности и жизненности швейцарского законодательства отличается тем, что в нем как бы воплотилась, реализовалась через закон *сама наука*. В литературе отмечается — «с точки зрения языка и юридической техники, структуры и понятийного аппарата ГГУ, учитывая все вытекающие отсюда преимущества и недостатки, — дитя немецкого пандектного права и его глубокомысленной, точной и абстрактной учености». А отсюда этот Кодекс гражданского права «обращен не к гражданам, а к экспертам права. Он труден для восприятия и понимания, лишен просветительского воздействия на читателя, поскольку в нем отсутствует наглядность и конкретность в походе к предмету регулирования. Наоборот, материал изложен языком абстрактных понятий, который должен казаться непрофессионалу, а часто и иностранному юристу во многом непонятным»¹.

Германское гражданское уложение подчас определяется как некий «совершенный юридический арифмометр» — законодательный документ, в котором «за высший критерий оценки берутся точность, ясность и исчерпывающая полнота норм, что, однако, часто достигается с помощью топорного канцелярского стиля, сложного построения фраз и прямо-таки готической громоздкости даже в тех случаях, когда живой и наглядный стиль был бы более уместен...»².

На мой взгляд, в приведенных суждениях и оценках, как говорится, краски сгущены, по ряду пунктов — весьма существенно. Отмеченные минусы Гражданского уложения Германии, связанные с восприятием и доходчивостью закона, конечно же, есть. И в этой связи можно понять, почему ГГУ в своем, так сказать, натуральном виде, в отличие, например, от ФГК, не был реципирован другими странами (за исключением, пожалуй, России — в проекте российского Гражданского уложения, ГК РСФСР 1922 г. да в какой-то мере странами в «пространстве Австро-Венгрии» — в довоенных Польше, Венгрии, Югославии, Чехословакии). Но мне представляется, что все эти мину-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 222.

² Там же.

сы, неизбежные при всех проявлениях действительной науки, с лихвой перекрываются тем интеллектуально высоким и в чем-то неповторимо положительным, что дало здесь, в содержании ГГУ, «онаучивание права», — его *интеллектуальной мощью*, получившей, как будет показано в последующем, широкое признание и распространение в мире.

Вернемся, однако, к характеристике других «недостатков», присущих закону, в особенности к утверждающейся на его основе идеологии, культуре закона.

8

КУЛЬТ ЗАКОНА, свойственный в основном юридическим системам стран континентальной Европы, порождает не только особый тип правосознания (с постулатами — «закон — это закон», «плох закон, но это закон» и т.д.), но и решающим образом влияет на юридическую практику (в значении практического опыта применения закона), на функционирование всей юридической системы. Здесь — два наиболее существенных вопроса.

Прежде всего, судебная и иная юридическая деятельность начинает пониматься в качестве чуть ли не *механической «техники», простейшей элементарной процедуры, простого распространения предписаний закона на тот или иной случай жизни*. Даже — некоего обычного-преобычного формально-логического силлогизма, когда в виде «большой посылки» рассматривается закон, «малой посылки» — жизненный случай, а вытекающее из них «заключение» (судебное решение) — не что иное, как буквальный вывод из предписаний закона в отношении данного случая. И нет здесь ничего трудного, сложного, вся юридическая практика при таком подходе сводится, в сущности, к тому, чтобы найти нужный закон, вывести из него решение применительно к данным фактам, и все в этом решении должно строго соотносываться с положениями закона — «точка в точку», «буква в букву»¹.

¹ В соответствии с исходными фактическими данными и ориентировкой на российский право именно такой подход изложения материалов «азбуки права» использован в недавно изданной книге по комплексным теоретическим правовым проблемам, в том числе по проблематике закона, применения и толкования права (см.: Право. 1999. С. 70–141). Вместе с тем, наряду с констатацией односторонности указанного «почвенного» подхода, имеющего традиционно российский и даже — прогерманский характер, необходимо иметь в виду, что общие положения о догме права связаны к тому же с центральным звеном юридической материи — решением жизненной ситуации (Там же. С. 30, 142–150) и в таком виде важны в качестве исходных данных для определяющих особенностей права, в том числе — с позиций теории и философии права.

И – второе. Из рассматриваемых представлений о законе вытекает и концепция его толкования, имеющая существенное значение и для практики юриспруденции, и для важнейших сторон правосознания. Юридическое толкование здесь сводится в основном к *толкованию закона*, притом – по своей основе и сути – *буквальному, грамматическому, формально-логическому* толкованию, когда его смысл состоит прежде всего в уяснении содержания существующего законодательного текста, а в тексте – «воли законодателя», когда толкования ограничительного или распространительного порядка являются исключениями из общего правила.

Во всех этих подходах в практической деятельности и в состоянии правосознания на этот счет есть позитивные стороны. Но есть здесь и нечто такое, что должно насторожить даже самого последовательного приверженца верховенства закона, заставить его вновь и вновь обращаться и к позитивным сторонам, и к настораживающим симптомам такого рода представлений и правовой идеологии.

9

ВОЗМОЖНО, наиболее многозначительное обстоятельство, способное поколебать представление о безукоризненно положительных качествах закона и отсюда о его безусловном верховенстве (и тем более о какой-то оправданности некоего культа закона), заключается в том, что реальные факты, порождающие такого рода представление, не являются всеобщими, они не затрагивают все национальные юридические системы, все их семьи.

И речь здесь идет не только и, пожалуй, даже не столько о неотдифференцированных правовых системах – исламской, китайской, индуистской, византийской (где, по меткому выражению Р. Давида, само слово «право» употребляется за неимением другого, более точно отвечающего сути явления), сколько об общем, прецедентном праве.

Хотя и здесь, в сфере общего права, нередко слово «закон» по самой его этимологии используется для придания юридической материи большей социальной значимости, исторически, по генетике действующего права сами законы (статуты) до XIX в. занимали в правовой жизни общества весьма скромное место. Как и в древнеримском праве, их издание рассматривалось долгие века и во многом рассматривается ныне в качестве крайней, вынужденной меры, оправданной главным образом в случаях, когда возникала потребность «навести порядок» – устранить те или иные недостатки, провести серьезную новацию в экономической или социальной жизни.

Правда, начиная с XIX в., а в особенности в современную эпоху, масштабы законодательной деятельности в Англии, США, в других странах общего права существенно расширились. Но и в настоящее время статутное право рассматривается и доктриной, и практикой в качестве такого феномена, который не только должен сообразовываться с *common law* (действующим общим, прецедентным правом), но именно в связи с этим последним только и получает реальное юридическое значение.

Главное же заключается в том, что «набравшее силу» общее право, являя собой «обнаженный» нормативный регулятор, способный непосредственно реагировать на требования жизни (в том смысле, о котором говорилось ранее), *в практической жизни по большинству экономических и социальных проблем с успехом решает те же задачи, что и право, выраженное в законе*, и плюс к тому *непосредственно обладает качеством живого права*. То есть в принципе представляет собой регулятор такого же уровня и порядка, как и «право на континенте», право, выраженное в законе.

Более того, как свидетельствует проведенный в литературе сравнительный анализ, законы (статуты) сообразно господствующей доктрине и по обыкновениям практики в Англии, в других странах общего права рассматриваются как нечто дополнительное, вводимое в юридическую ткань практической жизни «по случаю», — то, что все равно, несмотря на необходимость и известную позитивную роль, все же нарушает гармонию общего, прецедентного права и что оно вынуждено терпеть.

Отсюда — следствия юридико-технического порядка, касающиеся и построения самого закона (статута), и его толкования.

Законы в условиях доминирования общего права изначально строятся с расчетом на то, что это действие будет ограничено строго определенными рамками. В этой связи для них характерен усложненный, многослойный язык, с повторяющимися пояснениями того или иного законодательного положения и прямыми дефинициями основных понятий непосредственно в законодательном тексте (когда, по словам одного из правоведов, происходит «оснащение закона своим собственным словарным запасом» — явление, порой воспринимаемое, увы, в качестве будто бы «достижения юридической техники вообще» и используемое при составлении законов и в иных по юридическому строю национальных правовых системах, например, российском праве).

Таковы же особенности концепции и техники толкования законов, в соответствии с которыми законы (статуты) в рамках общего права следует толковать не просто «буквально», но и с тенденцией на огра-

нительное их понимание и применять строго к тем случаям, которые прямо и однозначно подпадают под его содержание¹. Сообразно этой доктрине в технике общего права получили разработку строгие правила и критерии, направленные на обеспечение в основном ограничительного толкования статутов. По свидетельству специалистов по сравнительному праву, лишь в настоящее время в условиях сближения юридических систем демократически развитых стран ситуация меняется: «...в Англии в последние десятилетия все отчетливее осознают, насколько важно как можно быстрее освободить судью от цепей юридико-технических доктрин толкования, предоставив ему больше свободы в обращении с законом, и превратить его в партнера, а не в противника законодателя при толковании закона»².

10

НАКОНЕЦ, такой «недостаток» закона, который хотя и может под известным углом зрения рассматриваться в качестве продолжения его достоинств (поскольку имеется в виду важная для права писаная форма закона, его авторитет, престиж), но в целом все же должен быть отнесен к его особо тревожной, потенциально остронегативной черте.

Речь в данном случае идет об использовании *формы закона*, а также престижа, авторитета закона для решения задач по одному лишь усмотрению власти. По сути дела — о произволе, самодурстве власти, а порой просто о капризе правителя, *облекаемых в форму закона* и потому создающих впечатление о том, что перед нами нормальное положение вещей — «все делается по закону».

И беда в том, что сама конструкция закона как юридической формы — официального юридического документа — в принципе допускает произвольное, со ссылкой на «волю законодателя» ее использование (тем более — если в обществе все же существуют какие-то демократические институты, относящиеся к законодательной деятельности). И тогда, при таком произвольном использовании формы закона, последняя может стать *средством для создания иллюзий будто существующего в стране*

¹ К. Цвайгерт и Х. Кётц приводят такое мнение английского правоведа: «Консервативно настроенные английские судьи иногда используют упомянутые принципы толкования для ограничения или обхода несимпатичных им норм современного социального законодательства. Они утверждают, причем часто аргументированно, что нормы этого законодательства ограничивают свободу договора, основанную на общем праве, и потому должны толковаться ограничительно» (*Jackson. The Machinery of Justice. 1977. P. 472 sqq.* Цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 397).

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 401.

«законного» порядка и даже будто бы проводимых в обществе каких-то преобразований, отсюда — стать инструментом пропаганды, а порой — и это явление особо негативного свойства — *элементом тиранического (авторитарного или тоталитарного) режима власти.*

К сожалению, авторитет и престиж формы закона — все то, что может быть названо «культом закона», приводит к тому, что во многих случаях в странах с неразвитой правовой культурой произвольное использование формы закона рассматривается в качестве явления нормального, во всяком случае — терпимого. Пусть торжествует «воля законодателя» — лишь бы все в этой области было формально правильно, в частности — новые законы были бы согласованы с другими, ранее принятыми законами да не нарушались бы установленные процедуры их принятия и вступления в действие.

Между тем, с точки зрения сути и исторического предназначения права государственный произвол в виде «воли законодателя» — явление потенциально негативное, несущее под флагом «законности» серьезные опасности, сопряженные с тираническими режимами власти, возможность тяжких бед для человека, для общества в целом. Словом, здесь сложная и горячая проблема, требующая к себе повышенного внимания и решения с последовательно принципиальных позиций, относящихся к соотношению «права» и «закона».

Весьма симптоматично, что в развитых демократических странах происходит своего рода (будем надеяться — умеренное, по делу) *развенчание* закона, преодоление его культа. Большинство современных правоведов, придерживающихся последовательно демократических позиций, относят идею о безусловном верховенстве закона, о безоговорочной его ценности к представлениям XIX в., сориентированным на тиранический режим власти, на государство авторитарного типа.

Передовые правоведы демократически развитых стран сетуют даже на то, что «решения судов высших инстанций стран континентальной Европы до сих пор несут на себе следы традиций авторитарного государства прошлого века. Это заключается прежде всего в том, что судебное решение — анонимный акт государственной власти. Тем самым уважаемому авторитет власти подданному хотят продемонстрировать величие закона и по этой причине скрыть, что судья не мог принять решение на основе мыслительных, точно выверенных логических операций...»¹.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 395. Авторы утверждают даже, что в современных условиях «закон теряет свои господствующие позиции всеобщего регулирования и превращается, по словам Рабеля, в простой инструмент всеобщего убеждения» (Там же. С. 403).

Во многом такое преодоление культа закона выражается в отрицательном отношении к идеям юридического позитивизма, которые и впрямь достоинства права решающим образом связывают с преимуществами закона, его положительными чертами (что и обусловило господствующие концепции юридического толкования, «альфу» и «омегу» которых образовывали представления о том, что будто бы «высший смысл» и конечная задача юридического толкования — это установление по каждому конкретному случаю «действительной воли законодателя», и ничего более).

Одновременно нужно отдавать ясный отчет в том, что преодоление «культа закона» имеет свои границы. Оно не должно привести к тому, чтобы с «грязной водой был бы выплеснут и ребенок», в данном случае — к тому, чтобы были перечеркнуты достоинства закона, и в этой плоскости — его вполне обоснованный авторитет и престиж, а отсюда — подорваны сами основы принципа законности в обществе. Или, во всяком случае, чтобы не принималось во внимание исторически неизбежное с позиций правовых идеалов в принципе позитивное значение этапа известной абсолютизации закона на пути к действительно торжеству права — права человека — в жизни общества.

11

ВМЕСТЕ С ТЕМ вот какой момент представляется принципиально важным.

При всем «коварстве» закона и при всем значении других источников права, именно закон *остаётся и, по всем данным, останется всегда ключевым звеном правового развития*¹. Достоинства закона, в особенности в его классическом, «европейском» выражении, отражающем интеллектуальные и духовные греко-римские истоки современной цивилизации, — это всепланетные ценности культуры, соответствующие — как ничто иное в юридической области — нынешним потребностям человечества, необходимости модернизации общества, его восходящего оптимистического развития.

Недаром же общее, прецедентное право, отличающееся уникальными свойствами, тем не менее «тянется» к законодательным формам, в осо-

¹ Вполне справедливо в современной литературе, с немалой критичностью относящейся к самой возможности зависимости сравнительно-правовых исследований от «росчерка пера законодателя», утверждается вместе с тем, что «классификация правовых систем по правовым семьям, равно как и образование последних, в значительной степени обусловлена временем и постоянно подвержена влиянию законотворческой деятельности...» (Там же. С. 104).

бенности — к их наиболее высоким, совершенным видам — к кодификации. Едва ли также можно считать случайным и тот уже ранее отмеченный факт, в соответствии с которым происходящее ныне становление права молодых африканских государств, сравнительно не так давно завоевавших свою независимость, во многих случаях идет по пути кодификации, опирающейся на ценности своего обычного права (и что вообще поразительно — с участием зарубежных специалистов из университетов, в которых господствуют традиции общего, прецедентного права).

Но как же тогда быть, возникает вопрос, с недостатками законов — и с возможностью произвольного, порой «антиправового» их использования государственной властью, и с их органическим пороком, известным «омертвлением» законодательных форм, их неспособностью в достаточной мере осуществлять исконное предназначение права — быть «живым регулятором»?

В этой связи надо видеть, что развитие юридической науки и позитивного права в странах, где ведущим правовым источником является закон, одной из существенных своих сторон концентрируется как раз на поиске способов преодоления указанных недостатков закона.

Конечно, из наиболее существенных недостатков закона, его наиболее болезненное и тяжкое «коварство», когда закон становится антиподом права, преодолевается в ходе модернизации социального строя, нормального политико-государственного развития стран, характерного для эпохи перехода человечества к либеральным цивилизациям.

Это — *демократизация* политической и правовой систем, в процессе которой законы, начиная с первых демократических новаций в Англии и, в особенности, со времени Великой французской революции, стали своего рода знаком и символом истинной демократии и выражением права в его высокой социальной, мирозданческой значимости как права человека¹.

¹ Особо существенное значение в этом отношении принадлежит двум государственно-демократическим процессам и соответствующим государственно-правовым институтам.

Первое — это такая демократическая организация социальной жизни, при которой строго, неукоснительно, без каких-либо исключений проводятся, по крайней мере, такие демократические принципы: а) принцип разделения властей, б) принцип разделения нормативных актов на законодательные и подзаконные и в) издание законов — монопольное право высшего представительного органа страны, парламента.

Подробное рассмотрение указанных демократических принципов выходит далеко за пределы настоящей работы. Пожалуй, есть лишь смысл сослаться на слова Канта, который полагал, что организация власти на началах «республиканизма» — высшего государственного выражения демократии «есть государственный принцип отделения исполнительной власти (правительства) от законодательной», и с этой точки зрения «деспотизм (прошу внимания к выделенным мною курсивом словам. — С.А.) — принцип самовластного исполнения государством законов, которые оно само себе устанавли-

Но процессы демократизации, выраженные в совершенствовании законодательной деятельности и контроле за ней, имеют и другую сторону. В частности, подчинение издания и порядка изменения законов жестким правилам и плюс к тому — сама атмосфера законодательной деятельности, осуществляемой в условиях конституционно-судебного надзора, упрочивая его качество постоянно действующего стабилизирующего фактора, в то же время как бы обостряют негативные, коварные свойства закона. Они делают законодательство более «неподвижным» — таким, когда оно само по себе менее способно непосредственно и адекватно реагировать на быстро меняющиеся жизненные факты, все новые и новые ситуации, требующие правового решения. Практика свидетельствует, что назревшие изменения в законах реализуются с большим трудом, часто с опозданиями (когда порой требуется уже иное типизированное нормативное решение), а то и вовсе не реализуются. В особенности это касается кодексов, где все их компоненты в той или иной мере (порой — значительной) взаимоувязаны, притерты друг к другу, строятся на единых принципах и где, бывает, казалось бы незначительная новация не может не породить цепную реакцию — внесение корректив и в другие нормативные положения (что во многих случаях «по принципу домино» влечет за собой новые витки юридической дисгармонии).

вает, так что публичная воля выступает в качестве частной воли правителя» (Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 381).

А в этой связи должно быть придано высокое значение (с учетом многочисленных фактов, подтверждающих, кажется, не понятую до сей поры основательность мысли философа) *монополии парламента на издание законов*, т.е. в принципиальном и практическом отношениях — такой порядок в государственной организации общества, когда в большинстве случаев удается при развитых парламентских процедурах устранить саму возможность произвола, облакаемого в форму закона (в «большинстве случаев», но — увы — не всегда: случаются подтверждаемые историей факты «парламентского тиранического самовластия», установления парламентом законов только «для самого себя», в том числе — для обеспечения своего высокого статуса и обширных привилегий).

В т о р о е — это формирование и строго правовая деятельность специального органа в системе судебной власти — конституционного суда (совета). Примечательно, что от первого в истории практического воплощения принципа «разделения властей» — опыта североамериканской государственности (где конституционно-контрольные функции выполняет высшая инстанция общегражданской юрисдикции — Верховный Суд) создание особого юрисдикционного учреждения, конституционного суда, оказалось принципиально необходимым в тех странах, в которых основным источником права является закон. Именно необходимость того, чтобы все законы строго соответствовали демократическим началам, закрепленным в конституции (а в закреплении таких начал и кроется смысл основного закона страны, подчиняющегося особой процедуре принятия и изменения его положений), является, надо полагать, главная *идея* и основной *смысл* рассматриваемого государственно-правового института.

Так что проблема преодоления недостатков и коварства закона (в особенности в обстановке культа закона, тем более провозглашаемого принципа «диктатуры закона») является важнейшей, одной из наиболее острых проблем демократического правового развития.

Решение этой проблемы во многом сопряжено с характеристикой существенной особенности права, которой юридическая наука далеко не всегда уделяет должное внимание (она отражена в самом названии данной части книги), — с тем, что по самой своей природе самая развитая юридическая система должна оставаться *живым правом*.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ ЖИВОЕ ПРАВО

1

КАК БЫ НИ БЫЛО РАЗНООБРАЗНО и разнолико право в те или иные исторические эпохи, в тех или иных регионах, странах, правовых ареалах, оно везде и всегда *призвано оставаться п р а в о м* — системой, обеспечивающей решение жизненных ситуаций. Причем такое решение, которое должно быть твердым, строго определенным, гарантированным и одновременно — окончательным, единственным в данном сообществе, имеющим надлежащее нормативное основание. И в этой связи — с предельной общественной значимостью свидетельствующее о правомерном или неправомерном поведении (о том, «кто» и на «что» имеет или не имеет право и какие юридические, обязательные последствия — и для данных лиц, и для всех окружающих — в этой связи должны наступить).

Отсюда — не только органическая связь права с государственной властью (она, власть, все время пребывает за его «спиной», снабжая реальной силой его свойства, а подчас и прямо ее проявляя), но и неизбежное — отчасти в этой связи — существование в праве «набора» юридических средств, юридических конструкций, типовых построений правомочий, обязанностей, ответственности — юридических норм, при помощи которых позитивное право обеспечивает решение жизненных ситуаций.

Все это (все, что делает «право правом» в точном и строгом значении данного понятия) и есть то общее и единое, что характерно для

позитивного права везде и во все времена. Это общее и единое характеризует позитивное право — и здесь центральный пункт рассматриваемой группы вопросов — не только как институционное образование («жесткий организм»)¹, но и как *ж и в о е п р а в о*.

И тут надо вспомнить, что по своему изначальному, исконному предназначению право призвано *решать жизненные ситуации*. Да, решать твердо, давать единственный, окончательный ответ на нормативной основе. Но при всем том речь-то идет о нашей «живой жизни», о самых различных случаях — нередко неповторимых, нетрадиционных, по крайней мере — всегда отличающихся такими особенностями, которые трудно, а подчас и невозможно подогнуть под какой-то единый шаблон.

А главное, перед нами — *мгновение*, которое и есть реальная жизнь. И правовой ответ на данную ситуацию должен быть дан сейчас, сегодня, в нынешние дни. Ибо «завтра» в наше то стремительно, то вяло, но всегда непрерывно текущее время, не исключено, будет уже поздно, да и само время будет другим, и потребность в решении ситуации может исчезнуть, и обстоятельства жизни окажутся иными.

С этих позиций разве не так уж неправы мудрецы Востока (в особенности конфуцианской ориентации), определявшие общий правовой строй ряда восточных цивилизаций? Ибо там сообразно сложившимся правовым порядкам предпочтение при решении «частных дел» отдавалось не государственным судьям (где, по мнению конфуцианцев, господствуют «варварские нравы», «сухая логика», «схематичное и упрощенное регулирование»), а «дружеским переговорам» с наце-

¹ По мнению замечательного русского правоведа Б.А. Кистяковского, «правовую реальность следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведением литературы и музыки — с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго...» (*Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права*. М., 1916. С. 336). Близкие мысли высказывал и И.А. Покровский, полагавший, что «юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность» и пояснявший этот тезис на феномене, который привлек внимание правоведов, прежде всего цивилистов, и стал предметом довольно обстоятельных обсуждений в литературе, — объяснении реальности юридического лица (в сопоставлении с лицом физическим). При этом И.А. Покровский, продолжая свою мысль об особой юридической реальности, затрагивает даже реальность физических лиц: «...самый физический человек, превращаясь в юридического субъекта прав, утрачивает в значительной мере свою реальность естественную; для понятия субъекта прав безразличен рост, цвет волос и т.д.» (*Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права*. М.: Статут, 1998. С. 147).

ленностью на компромисс и на «сохранение лица» всех заинтересованных людей в данной ситуации, конфликте.

Глубокий духовный смысл в таких порядках, конечно же, наличествует (и не дай Бог в эйфории восторгов перед «процветающим Западом» нам об этом глубоком смысле забыть!). Но все это оказывалось возможным в прошлом и, по-видимому, имеет и будет иметь значение в будущем только в обществах, где господствуют духовные ценности и императивы (понятно, теперь, в наше время — в современном содержании и значении); причем — так, что под их всепроникающую эгиду подпадают и государственная власть, правосудие, судебная система в целом. Где, следовательно, и при таком господстве начал духовности обеспечивается твердость, определенность, гарантированность решений жизненных ситуаций. А это — как мы видели — возможно только при надлежащей институциональности права, раскрывающей его уникальные регулятивные юридические достоинства.

Значит, речь-то, в сущности, идет о *совмещении несовместимого*. Требуется каким-то образом соединить твердость юридического регулирования и изменчивую, метущуюся, трепетную жизнь. И тем самым обеспечить постоянство, гарантированность принимаемых правовых решений и непрерывно меняющиеся, порой бурно и стремительно, обстоятельства нашего бытия.

И значит, позитивное право, оставаясь твердым и жестким организмом, стабилизатором в жизни людей, должно быть динамичным, точнее (если использовать на первый взгляд не очень строгое, для юриспруденции непривычное, даже чуждое, но на самом деле предельно адекватное понятие) — *живым*.

«Живым» не в смысле действующего права (это само собой разумеется), а в смысле того, что оно должно *отвечать как сегодняшним требованиям изменяющихся общественных отношений, так и требованиям данной ситуации*, заложенной в ней *правовой сути*. И как раз в этом значении — «совмещать несовместимое»: оставаясь твердой, постоянной основой для решения жизненных ситуаций, реагировать на поток неустанно текущей жизни, на все ее повороты с их стремнинами, перекатами, порогами. И плюс к тому еще — *все время оставаться фактически осуществляемым, работающим, непременно завершающимся вынесением решения по данной ситуации, делу*.

Как, каким путем, при помощи каких юридических средств позитивное право как жесткий организм (особенно тогда, когда право выражено в законе) вместе с тем могло бы быть и постоянно оставаться *живым*?

РАССМАТРИВАЕМАЯ ОСОБЕННОСТЬ позитивного права (его, если угодно, *тайна*), никогда и нигде в полной мере еще не реализованная, но всегда крайне необходимая, актуальная и тревожная для практической деятельности и судьбы общества, не привлекла должного внимания науки. Если же ей и уделялось порой внимание в размышлениях отдельных исследователей, философов и правоведов, преимущественно специалистов по сравнительному правоведению, то опирающиеся на нее характеристики подчас оказывались односторонними, нередко просто декларативными. А порой такого рода характеристики приходится признать в чем-то довольно существенном ущербными.

Урок в понимании рассматриваемой особенности права преподал нам О. Шпенглер — крупный мыслитель современности, один из немногих философов и историков, кто при философском осмыслении глобальных исторических процессов продемонстрировал основательное, подчас поразительно тонкое знание и понимание правовых вопросов, их значимость для самого хода истории.

Более того. На мой взгляд, О. Шпенглер, пожалуй, единственный из крупных мыслителей прошлого и настоящего, который, преодолевая сложившиеся стереотипы, с такой последовательной настойчивостью исходил из идеи *живого* права, тем самым придавая этой идее основополагающее значение в понимании этого социального феномена. Он даже римское частное право, которое по общепринятым представлениям почитается в качестве образца совершенных понятий и утонченных конструкций («писаного разума»), определял как «право повседневности», «право мгновения», «блестящий пример права из чисто *практической* жизни эпохи» и полагал даже, что «римское право перестало быть для нас источником вечно значимых фундаментальных понятий. Для нас оно ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями. Оно может научить нас тому, как на основании *собственного* опыта выстроить собственное право»¹.

С этих позиций О. Шпенглер делал обобщающий вывод, склоняющийся к тому, что «право — *произвольная* форма существования вне зависимости от того, было ли оно признано на уровне чувств, импульсивно (неписаное право, обычное право, equity) или абстрагировано посредством обдумывания, углублено и приведено в систему (*закон*)»².

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 87.

² Там же. С. 380.

А юриспруденция — это *опытная наука единичных случаев*, одухотворенная техника. Отсюда — его весьма резкие суждения в отношении современной юриспруденции («то, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права»¹) и в отношении современного права («наше право в понятийном отношении бессильно перед лицом великих фактов сегодняшней экономики»²). На его взгляд, «требованием будущего становится перестройка всего правового мышления по аналогии с высшей физикой и математикой. Жизнь в целом: социальная, экономическая, техническая — ждет того, чтобы ее наконец-то поняли в этом смысле; для достижения этой цели нам потребуется не менее столетия напряженнейшей и глубочайшей работы мысли»³.

Все эти глубокие суждения (сопровожаемые блестящим анализом фактов из истории права и юриспруденции), к сожалению, сконцентрировались на том действительно фундаментальном положении, в соответствии с которым при осуществлении регулятивной функции права последнее должно быть *живым* — органически вплестаться в реально существующие и функционирующие отношения, органически входить тем самым в наличное на данное время экономическое, культурное, духовное бытие.

Однако такая основательная трактовка права О. Шпенглером все же не затронула той грани его понимания, которая современной наукой постигается с трудом, но без учета которой невозможно раскрыть особенности позитивного права, — характерное и, пожалуй, тоже фундаментальное для него свойство *жесткого организма, его институциональности* — неперемного условия реализации регулятивного предназначения позитивного права.

Дело, стало быть, не только в одних правовых понятиях (хотя и они важны для институциональности права, и они в известной мере способствуют объективизации права; надо лишь видеть не их формально-ло-

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 84. По мнению автора, «западноевропейский юрист становится филологом, а практический опыт подменяется основанным на всецело на себе самом... опытом чисто логического разложения и соединения правовых понятий. Тем самым нами был совершенно упущен из виду один факт, а именно, что *частное право должно неизменно отражать на себе дух общественного и экономического бытия*. В этом не отдавали себе ясного отчета ни «Code civil», ни прусское земское право, ни Грот с Моммзеном. Никакой хотя бы самой догадки относительно этого подлинного «источника» действующего права не допускается ни подготовкой юридического сословия, ни литературой» (Там же. С. 82–83).

² Там же. С. 84.

³ Там же. С. 86.

гические характеристики, а их суть, смысл, общественное признание, их «втянутость» в действующее право). Существо вопроса — во всей сумме институтов, которые при решении «вопросов повседневности», «мгновения», «сегодняшней практики» — того, что в этой книге названо жизненными ситуациями, способны придать такого рода решениям значение *правовых решений* — твердость, строгую определенность, гарантированность, а также единственность, окончательность.

А в этой связи из поля зрения как раз, при всей основательности приведенных выше суждений, ускользает главная проблема — то, что ранее названо *тайной* права. Как, каким путем — вновь зададимся вопросом — в праве возможно (и в праве как раз удастся!) соединить *вечность и мгновение, твердость и живую ткань повседневности*? То есть его качество жесткого организма и способность непосредственно реагировать на изменяющиеся жизненные ситуации, да так, что при этом реализуется правовая суть каждой из этих ситуаций.

3

МЕЖДУ ТЕМ история права уже дала основные варианты ответа на указанную главную проблему — «соединения вечности и мгновения». Причем поразительно, что важнейшие из таких вариантов — увы, мимоходом — подмечены тем же О. Шпенглером. Он отметил, в частности, что представление о праве надлежит получать из устойчивого и строгого обычая общественного и экономического существования¹, и что «самое существенное всякое право предполагает, этого не оговаривая; право обращено к людям, а люди и помимо статутов внутренним образом понимают то, о чем нет нужды говорить», и что «всякое право есть по преимуществу обычное право...»². Отдавая должное судебной деятельности, он справедливо утверждает, что «само судебское сословие продолжает формирование прежнего судебного материала при помощи творческого создания прецедентов, и на основании их практических решений... возникают судебники»³.

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 82. О. Шпенглер утверждает в качестве наиболее общающего положения следующее: «Форма социальных образований, в которой конституции внутреннего и внешнего бытия связываются в жизненное единство и... в которой происходит протекание существования, называется *обычаем*, если она произвольно возникает из его такта и поступи и лишь после этого доходит до сознания, и *правом*, если она *установлена преднамеренно* и после доведена до того, чтобы ее *признали...*» (Там же. С. 380).

² Там же. С. 85.

³ Там же. С. 78.

Жаль только, что под обаянием своей в общем верной идеи о живом праве, а еще более своей генеральной философско-исторической концепции (выраженной в самом названии труда — «Закат Европы») О. Шпенглер упустил из поля зрения качество права как жесткого организма, его институционность и в этой связи столь небрежно отнесся к правовым понятиям, суть и смысл которых заложены еще в античности, — понятиям, которые *через объективное право и правосудие* и в связи со сложившимися юридическими конструкциями, иными объективированными юридическими структурами как раз и выражают способность права достигнуть единства «вечности и мгновения».

Как же объективированные юридические структуры способны «совместить несовместимое» — жесткий правовой организм и живое право?

С точки зрения *истории* права к числу такого рода объективированных структур относятся *обычное право и прецедент*.

Впрочем, это не только вопросы истории.

В противовес распространенным представлениям об обычном праве как о примитивном, архаичном и исторически преходящем явлении, есть достаточные основания рассматривать обычное право в качестве рожденного самой жизнью *классического образца совместимости, казалось бы, несовместных качеств права*: его свойства жесткого организма (институционности) и особенностей живого права. Ведь нормы обычного права являются нормативной основой *правовых решений* жизненных ситуаций. И, стало быть, решений, которые «во имя права» по самой своей логике при достаточно развитой юридической культуре не могут не опираться на исторически сложившиеся и утвердившиеся, по большей части действительно глубокие основы жизни людей. И вместе с тем перед нами — именно *решения* данных жизненных ситуаций и, стало быть, — вот оно реальное соединение твердых основ поведения (обычаев в их основательном понимании) и «мгновения» «повседневности» (решение дела, опирающееся на особенности данной ситуации, ее правовую суть)¹.

¹ Не случайно такого рода обычаи и получали повсеместно закрепление в *сборниках*, нередко именуемых «законами», — явление, на мой взгляд, в высшей степени знаменательное, наглядно демонстрирующее, помимо всего иного, значение «письма» для позитивного права, его «стремление» непременно стать *писанным правом*.

При этом сделаем ударение и на том, что обретение обычаями качеств позитивного права (а отсюда — совмещение рассматриваемых несовместимых начал — мгновения и вечного) происходит, так сказать, *в контексте права*. Даже авторитарный правитель, принимающий решения на основе обычаев, неизбежно начинает действовать, пусть даже поначалу грубо, примитивно, лишь «в какой-то мере», но все же действовать, *как судья*, т.е. на *правосудных началах*. Тем более это относится к выделяющимся из властной элиты профессиональным судьям. Ибо тут хочешь не хочешь, но

Правовое же решение, дважды, трижды, а потом и многократно повторенное в отношении одних и тех же, точнее, однотипных ситуаций и плюс к тому — вынесенное на правосудных началах, становится по той же логике права *судебным прецедентом*. То есть образцом, эталоном для подобных случаев, словом — *нормой*. И — что особо существенно в отличие от просто обычая (пусть даже и как основы для правового решения) — *нормой, имеющей в основном ю р и д и ч е с к о е содержание*. И в этом исконно юридическом содержании вырисовывается и становится самой сутью прецедента определенная *правовая идея, принцип*.

Вот почему, при всем несомненном единстве обычаев и судебных прецедентов (в литературе по английскому праву, например, последнее порой в одном словесном ряду определяется и как «обычное», «традиционное», и как «прецедентное»¹), ударение все же следует делать на второй из приведенных характеристик. Действительное и по-своему уникальное правовое развитие, раскрывающее достоинства и потенциал этого своеобразного нормативного регулятора, реально, как мы видели (в особенности на примере Древнего Рима и средневековой Англии), началось с судебных прецедентов. И им же, судебным прецедентам, в настоящее время и в перспективе уготована, следует думать, роль существенного фактора утверждения и развития в обществе основательных правовых начал².

неизбежно вступают в действие логика и вытекающие из нее императивы «правового» — необходимость твердости и определенности решений, придания им общеобязательного значения, ориентация на нормативность и одновременно (что крайне существенно) — на правовую суть данной жизненной ситуации.

Выходит, именно правовые решения жизненных ситуаций, опирающиеся на обычаи, становятся своего рода *концентратом «правового»* — тем *сгустком* исконно юридического, которое «по максимуму» возможно на первичном пласте юридической материи, наиболее тесно связано с самой практической жизнью, повседневными делами, конфликтами, — со всем тем, что в этой книге именуется жизненными ситуациями. И, стало быть, именно здесь, в правосудных решениях, фактически реализуется «несоединимое» — достоинства права как жесткого организма и его свойство живого социального регулятора с его непосредственной реакцией на жизненные ситуации, требующие правового решения.

¹ По мнению Паунда, «юрист общего права рассматривает право как обычное или традиционное...» (*Pound. L. Q. Rev.* 1951. P. 50).

² Обращаю внимание — *судебных прецедентов!* Этот акцент, при характеристике прецедентов, на слове «судебных» — в высшей степени значим. В наших юридических разработках порой говорится о «юридическом прецеденте» вообще, как о нечто будто бы едином и однозначном — «судебном и административном» прецеденте. Между тем, освещая развитие права, в особенности под углом зрения формирования в нем исконных правовых идей, выделение судебных прецедентов имеет принципиальное научное и практическое значение.

Конечно, в условиях сложившейся государственности, да притом — в рамках общего, прецедентного права, существуют устоявшиеся обычаи, конституционно-правовые и административные прецеденты, которые могут приобрести известное юридическое значе-

С учетом приведенных соображений можно объяснить то обстоятельство, что судебные прецеденты (вместе с нормами обычного права) приобрели и до сих пор имеют широкое, существенное значение в правовом развитии — значение постоянного, высокочащичного элемента правовой культуры и практического бытия права. Даже в тех странах, где в ходе исторического развития на первое место выдвинулся и занял доминирующее положение закон. В Англии же (а затем в ряде других стран общего, прецедентного права) судебные прецеденты стали основой, исходным и непрерывно действующим источником особого юридического строя всей национальной юридической системы в целом¹.

ние в области публичного права (в ряде случаев — весьма существенное, как, например, в деятельности парламентов на основе общепризнанных, прошедших горнило многодесятилетней практики традиций; деятельность Парламента в Англии и Конгресса в США дают немало примеров на этот счет). И здесь конституционно-правовые, административные прецеденты весьма близки к судебным прецедентам в строгом значении данного понятия.

Но одно дело — «юридическое значение» в области публичного права в обстановке сложившейся государственности, а другое — «развитие права» в целом, формирование и утверждение в ходе такого развития правовых идей, принципов. Тем более, если речь идет о национальных юридических системах, в которых — и ныне, и в перспективе — существенная роль придается закону.

Вот тут-то первостепенное, пожалуй, по ряду пунктов незаменимое, значение и принадлежит именно судебным прецедентам. В том числе тем, которые вырабатываются в порядке административной юстиции (такой, в частности, как правосудная по своей основе деятельность Государственного Совета Франции, обеспечивающего в области административных отношений действительную защиту прав человека).

При этом, понятно, в данном случае имеется в виду демократическое общество со сложившейся государственностью, а не общество с еще неопределенной, противоречивой политической структурой, порой, увы, демонстрирующей традицию своеволия правителя или административного аппарата, стремление последних подменить закон неким своевольным решением, претендующим на то, чтобы «быть правовым прецедентом» (как это характерно для России в условиях крушения в ней коммунистической системы и попыток встать на путь современного экономического, социального и духовного развития).

В отличие от административных прецедентов в общепринятом их понимании, выражающих практику деятельности административных учреждений и не «заряженных» правосудными началами, именно судебные прецеденты способны как бы «вторгаться» в саму суть права и правового развития. Они складываются на основе типичных, повторяющихся жизненных ситуаций, *требующих правового решения*, и потому в них постепенно кристаллизуется это «сугубо правовое», и не только его внешние составляющие — твердость, определенность по содержанию, общеобязательность, окончательность и т.д., но и заложенные в них глубокие начала — принципы справедливости, разумности, равновесности, добросовестности. Отсюда же острая потребность достаточно жестко и определенно формально *отрегулировать судебный процесс* (который во всех сборниках обычаев, сводных законов типа кодексов неизменно занимает первое место).

¹ Насколько современное общее, прецедентное право в результате долгого исторического развития «сумело», оставаясь твердой, стабильной правовой основой социальной жизни, одновременно проявлять качество «живого регулятора», свидетельствует его зна-

ТАКИМ ОБРАЗОМ, сама логика рассмотрения проблем данной главы возвращает к центральному пункту темы — к закону в его взаимосвязи с требованиями живого права.

Тут прежде всего нужно заметить, что одно из важнейших достоинств закона способствует тому, чтобы требования живого права именно через закон оказались, притом на весьма высоком уровне, реализованными.

Речь идет об *обобщениях, возведенных в закон*.

Наряду с обычаями и судебными прецедентами в странах, где доминирующее положение в области права приобрел закон (прежде всего в странах континентальной Европы — Франции, Германии, Швейцарии, Италии, России, в странах Южной Америки и др.), решающее значение в реализации функций «живого права» приобрели *нормативные обобщения*, которые представляют собой особенность права как жесткого и вместе с тем живого организма. Напомню, сама по себе «норма» — это уже обобщение типических ситуаций, оптимальных правовых средств ее решения, отработанных юридических конструкций и, значит, обобщение нормативного уровня. И благодаря такому «обобщению» оказывается возможным при решении новой жизненной ситуации, требующей правовой реакции, не «начинать все сначала», а *п р и м е н и т ь у ж е с у щ е с т в у ю щ у ю н о р м у к д а н н о м у с л у ч а ю*.

Дело в том, что нормативные обобщения, возведенные в закон, могут не только вобрать достижения практики в ее уникальных рациональных результатах и не только придать им строгую определенность, логическую стройность, завершенность, но и выступить в качестве *обобщений высокого уровня и диапазона*, предусматривающих максимально широкий круг возможных вариантов жизненных си-

чение в поддержании демократического режима в стране, в отстаивании демократических ценностей. В юридической литературе справедливо замечено со ссылкой на исторические данные: «...не профессиональные юристы, а литераторы и интеллектуалы, восторгавшиеся идеями Ренессанса и гуманизма, часто клеймили «варварство» и «формализм» общего права и ратовали за введение более ясного и упорядоченного, по их мнению, гражданского права». Между тем, продолжают цитируемые авторы, в сложных процессах становления английской демократии именно «общее право стало важным орудием борьбы парламентской партии с абсолютистскими прерогативами короля благодаря своей жизнестойкости, еще более возросшей за долгие годы развития, и сложной и формалистической технике, с помощью которой удавалось эффективно выскальзывать из железных объятий абсолютистской власти. С тех пор англичане связывают с общим правом мысль о том, что одной из основных его функций является обеспечение гарантий свободы и тем самым выполнение задачи, возложенной на континенте на конституцию, — защищать граждан от мертвой хватки деспотизма» (*Швайгерм К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 295).

туаций в данной области человеческих поступков, отношений. И вот нормативные обобщения высокого уровня, закреплённые и получающие развитие «в законе», при всех возможных здесь негативах, в состоянии повысить способности позитивного права непосредственно («живо») и на высоком правовом уровне реагировать на многообразные жизненные ситуации.

Характерный, думается, пример. В конце XIX – начале XX в. в § 812 Германского гражданского уложения (а затем в проекте российского Гражданского уложения, позже – в ГК РСФСР 1922 г., в современном ГК РФ, в швейцарском гражданском законодательстве) получила закрепление обобщающая абстракция высокого уровня – «неосновательное обогащение», охватывающая все случаи обогащения лица без законных оснований, с последствиями по принципу «верни чужое». Таким образом, в ткань права законодательным путем была введена обобщающая правовая конструкция, которая как бы возвышалась над уже существующими юридическими способами «возврата чужого» – реституцией, виндикацией, возвратом похищенного, образовав весьма своеобразное обязательство, названное «кондикционным». В юридической литературе до сей поры не только идет работа по уяснению места кондикционных обязательств во всей системе обязательственных отношений, но и высказываются сомнения в обоснованности такой законодательной «абстракции» и даже намечаются различные пути решения возникающих здесь проблем¹.

Между тем, как убедительно показал А.Л. Маковский, кондикционное обязательство – это не только уже существующая правовая реальность (когда «обобщение», «абстракция», вошло в саму плоть, «тело» права), но и весьма эффективная правовая конструкция, имеющая субсидиарный характер и благодаря своим юридическим особенностям выполняющая важные правовые функции². С позиций, отстаиваемых в настоящей

¹ С опорой на проведенные основательные исследования (в частности: *Caemerer. Bereicherung und erlaubte Haltung // Festschrift. 1954. N 1. S. 333*) высказано мнение о том, что с позиций сравнительного права «следовало бы создать... обобщающее понятие с единой функцией или несколько обобщающих понятий с различными функциями, каждая из которых, однако, включала бы регулирование проблем, вытекающих из неосновательного обогащения и аналогичных гражданско-правовых нарушений: это может быть реституция в случае неправильно произведенного платежа, посягательства на чужую собственность, неправомерного использования вещей» (*Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 70*).

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М.: Междунар. центр финан.-эконом. развития, 1996. С. 591–603.

работе, важно, в частности, обратить внимание на то, что рассматриваемый институт позволяет на твердой нормативной основе «закрыть» все нестандартные ситуации, решать многообразные случаи, по которым не давали конкретизированного ответа другие, упомянутые выше традиционные правовые институты. В том числе — обеспечивать в субсидиарном порядке надежную защиту интересов собственников, иных потерпевших лиц, а также включать в круг факторов, от которых зависит решение соответствующих дел, обстоятельства морального и гуманитарного порядка (в особенности при решении вопроса о возврате «чужого», полученного лицом в качестве средства существования — заработной платы, сумм возмещения вреда и др.). Словом, как это ни покажется неожиданным, нормативные обобщения — казалось бы, явления, весьма далекие от реальной жизни, — на самом деле, при всех возможных здесь негативах, повышают динамизм права, его способность непосредственно и адекватно реагировать на разнообразные случаи жизни, которые в полной мере невозможно охватить путем даже самой отработанной, дотошной конкретизированной фиксации тех или иных типизированных случаев.

Подводя известный итог юридическим формам, способным обеспечивать «совместимость несовместимого», представляется важным привлечь внимание к тому, что обычаи и судебные прецеденты, а также нормативные обобщения — только элементы или свойства права, позволяющие ему быть одновременно жестким и живым организмом. Надо заметить к тому же, что нормативные обобщения, их специфика вообще нуждаются в более углубленном понимании в рамках всего комплекса вопросов, охватываемого темой «закон», когда обнаруживаются также и негативные стороны правовой материи, грозящие опасностью, увы, превратить позитивное право в «мертвую» субстанцию.

И вот здесь необходимо с подчеркнутой определенностью отметить то, о чем по ряду вопросов попутно говорилось ранее. То, что «живая жизнь» права *реально*, по фактическому *результату* выражается в актах юрисдикционного порядка, прежде всего в актах правосудия, т.е. *в самих решениях* юридических дел. И тут оказывается, что судебные прецеденты представляют собой не только первичную основу формирования и развития права. Они, вдобавок к этому, выражаясь в судебной практике, неотступно сопровождают позитивное право, в том числе и тогда, когда оно существует и функционирует в виде законов. И здесь вновь — в высшей степени примечательное явление! — проявляется благотворное значение в сфере права судебной деятельности, судебной практики, прецедентов, которые *уже на стадии применения законов* раскрывают особенности права как живого организма.

РАССМОТРЕННЫЕ в предшествующей главе недостатки и коварные свойства закона в странах, где закон является доминирующим источником права, побудили практику и науку выработать особые институты, которые закладывают в содержание законов механизмы, способные придать позитивному праву динамический характер, обеспечивать «решение нерешаемого» — применение действующих юридических норм без утраты ими стабильности к изменяющимся жизненным обстоятельствам.

Это, во-первых, институт аналогии и, во-вторых, институт толкования права.

Аналогия в праве — это вообще, надо полагать, один из центральных юридических механизмов, призванных реально, на практике «делать» действующее право живым и имеющим всеобщую значимость. Ведь по самой своей сути первичный источник права — прецедент, в особенности прецедент по классическому английскому праву, — это не что иное, как аналогия в широком ее значении. То есть принцип, в соответствии с которым данное юридическое дело решается *так же*, как было решено подобное дело раньше. А это и есть аналогия! — поскольку перед нами все же иной жизненный случай, и решать «так же» — значит решать *аналогичным* образом.

Подобную же картину мы имеем в сфере права, выраженного в законе.

Аналогия права здесь, при известной условности используемой в данном случае терминологии, представляет собой:

л и б о такой способ применения права, когда при решении жизненной ситуации, прямо не предусмотренной в нормах действующего закона, применяется *сходная* юридическая норма; и такой вариант аналогии получил название *аналогии закона*;

л и б о такой способ применения права, когда при решении жизненной ситуации, требующей правового решения, отсутствует пригодная для данного случая *сходная* норма и решение исходит из *начал и смысла действующего права*; такой вариант решения получил название — именно тут с весьма большой долей условности — *аналогии права*.

Хотелось бы привлечь внимание ко второй из указанных разновидностей аналогии в праве. Она в сущности открывает путь к судебному правотворчеству. С этой точки зрения наблюдаемый во всем мире процесс усиления позиций судебного права с формальной стороны находит в институте аналогии, без колебаний признаваемой в тех или иных вариациях в национальных законодательствах, достаточно прочную юридическую опору.

Существенную роль в «оживлении» действующего законодательства играет и *толкование права*. Сводимое по изначальным канонам романо-германского права к буквальному уяснению «воли законодателя», юридическое толкование, во-первых, допускает без установления сколько-нибудь существенных формальных ограничений возможность *распространительного толкования*, когда признается выход суда при решении юридического дела за пределы «буквы» закона, а главное — даже в рамках буквального толкования оно повсеместно понимается господствующими доктринами в качестве уяснения воли законодателя *применительно к существующим фактическим условиям и обстоятельствам*. Примечательно, что в последнее время даже в отношении буквального толкования на практике все более утверждается тенденция к тому, чтобы исходить из *идеи* или *принципа*, содержащихся в данных нормах (явление, надо заметить, однотипное с аналогичными тенденциями в общем, прецедентном праве), и отсюда — к ориентации на широкое понимание «воли законодателя», которая вводит, по пониманию интерпретатора, факты сегодняшнего дня в круг обстоятельств, охватываемых «по идее» текстом закона.

6

ВМЕСТЕ С ТЕМ, при всей основательности разработок по вопросам аналогии и толкования, ведущихся в странах романо-германского права, при всех порой ухищрениях юридической мысли и отработанных законодательных установлениях по аналогии и толкованию, сами по себе такого рода разработки и законодательные юридические механизмы не решают проблему. Как таковые они даже на самых высоких уровнях нормативной проработки не превращают систему формально-определенных юридических норм в *живое право*. Хотя бы по той причине, что во всех случаях они лишь дают известные формальные предпосылки для того, чтобы устаревшие или изначально несовершенные законы могли соответствовать изменяющимся требованиям реальной жизни, а в целом — чтобы с этими требованиями соотносилась вся действующая юридическая система.

Да и с фактической стороны применение закона, использование аналогии права и его толкование — это *дело с у д а*. Всей системы учреждений юрисдикции. И значит, все сказанное ранее, относящееся и к доктрине, и к закону, само по себе — всего лишь такое состояние политико-правовой действительности, существующей в данном государстве и в данное время, которое представляет собой только *общий настрой (фон), опреде-*

ляющий возможности и пределы судебной деятельности. Притом деятельности, в которой наряду с отмеченными доктринами и юридическими механизмами первостепенную роль приобретает *искусство* правоведов-практиков, которое — как всякое искусство — образует порой непостижимое соединение таланта, опыта и тайны, ведомой только ее обладателю.

И тут изложение материала, сделав значительный круг, казалось бы, в сугубо абстрактных рассуждениях, возвращает нас к начальному пункту, с которого по сути дела, во многом, скажем так, и по историческим данным, и по юридической логике *начиналось право*, — к суду, прецедентам, решениям юридических дел — словом, к судебной практике.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ ЗАКОН И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

1

ЕСТЬ ЧТО-ТО МНОГОЗНАЧИТЕЛЬНОЕ и основательное в том, что судебная практика не только является источником и стержнем удивительно своеобразной, уникальной семьи юридических систем — общего, прецедентного права, но и «приходит на помощь» своему, по мнению многих специалистов, юридическому антиподу — праву, выраженному в законе, в кодексах (праву, относимому преимущественно к романо-германской семье юридических систем).

Здесь, в отношении закона и судебной практики, обнаруживаются различные, порой неожиданные и парадоксальные, проявления и стороны их взаимосвязи. Наиболее существенные из них касаются следующих трех проблем:

во-первых, правосозидающей функции судебной практики и ее «восполнительной» роли по отношению к закону;

во-вторых, зависимости места и роли судебной практики от закона, его качества и его своеобразных форм, институтов;

в-третьих, обретения судебной практикой (судебными прецедентами) и в условиях, когда действует принцип верховенства закона, своих собственных, исконных функций.

Обратимся к краткой характеристике этих существенно важных сторон взаимосвязи закона и судебной практики, которые позволяют обрисовать состояние юридических систем в современную эпоху, а в последующем с более основательных позиций рассмотреть перспективы и направления развития права в будущем.

ФУНКЦИЯ судебной практики, которая может быть названа «правосозидающей» (здесь и дальше речь идет о правовых системах романо-германского типа, в которых действует принцип верховенства закона), — это, по широко распространенному мнению, функция «обратной связи».

Действительно, в сфере судебной практики концентрируется опыт применения закона, притом — опыт в юридически значимом выражении, по наиболее острым экономико-социальным и одновременно юридическим проблемам. Именно здесь довольно быстро обнаруживаются недостатки закона и одновременно — уже вырисовываются оптимальные варианты их устранения, иные предложения по совершенствованию, модернизации законодательства, базирующиеся на юрисдикционной практике. И потому в науке, в области законотворчества уже давно признано, что судебная практика — это основной полигон проверки жизненности закона и решающий источник — по принципу «обратной связи» — его совершенствования в ходе последующей законотворческой деятельности.

Нередко в науке и в практической юриспруденции характеристика функции судебной практики, которая может быть названа «правосозидающей», этим, по сути дела вспомогательным, ее назначением и исчерпывается. Последовательные приверженцы исключительности закона как источника права исходят из того, что при всей важности опыта применения права, выраженного в судебной практике, единственной основой для решения жизненных ситуаций — и сейчас, и в будущем — должен оставаться только закон. Отсюда — доминирование в науке и в практической жизни концепции (ее нередко называют «школой толкования»), в соответствии с которой при помощи толкования, преимущественно — грамматического, формально-логического, систематического, а также при помощи аналогии должна быть установлена «действительная воля законодателя» — только она может служить основой решения юридических дел, только она и ничего более.

Для сферы публичного права такое понимание соотношения закона и юридической практики (не только судебной, но и административной, контрольно-надзорной и «самой» законодательной) является в принципе оправданным, по своей основе единственно возможным. Во всяком случае — для юридических систем романо-германского типа, где действует принцип верховенства закона. И где часто звучащие слова о том, что везде, во всех случаях должен действовать закон (а не

юридический прецедент), имеют свой серьезный смысл. Но оправдано ли подобное понимание в сфере частного права? И в отношении права в целом?

И вот тут, при таком подходе, наряду с общеизвестной и хорошо разработанной в науке вспомогательной, по принципу «обратной связи» функцией судебной практики в ее соотношении с законом, есть основания для признания и такой стороны их взаимосвязи, которая в полной мере (в концептуальном отношении) не привлекла должного внимания науки. Хотя — надо видеть — реальное ее существование в практической жизни — факт очевидный, и как факт она все более и более получает признание в современном правоведении. Это правосозидающая деятельность, которая выражает *восполнительную* по отношению к закону роль судебной практики.

Ведь право по самой своей природе (как уже говорилось ранее) «обязано быть живым» — немедленно и адекватно реагировать на разнообразные жизненные ситуации. Закон же, при всех его достоинствах, в том числе его способности с помощью нормативных обобщений охватывать множество жизненных обстоятельств настоящего и будущего, не в состоянии все же давать в каждое данное мгновение идеальный, математически отработанный типизированный эталон (норму) для решения развивающихся отношений, для нередко непредсказуемых, порой уникальных ситуаций в нашей бурной, непрестанно меняющейся жизни. История при всех замечательных образцах законодательного искусства еще не знает ни одного примера закона, который в полной мере, по всем пунктам отвечал бы требованиям «живого права», смог бы и «на сейчас», и на будущее давать точные, исчерпывающие ответы на все вопросы. Не знает и, по моему убеждению, в идеале никогда не будет знать.

Напротив, любой закон (даже, допустим, такое высокое свершение ума, как Германское гражданское уложение) одновременно несет на себе груз известного несовершенства, порой весьма значительного, вызванного принципиальной невозможностью полностью совместить в конструкции закона стабильность и динамизм права, разумность абстракции и живую реакцию на жизненную ситуацию.

И вот по требованиям самой жизни, по самой логике права на помощь закону приходит институт, который в данном случае и не мог не прийти на помощь, институт исконно правового порядка — правосудие, выраженное в деятельности суда, в судебной практике.

Конечно, никакой суд не вправе исправить закон, вносить в его текст коррективы, исправления (это действительно исключительная

прерогатива законодателя, даже в системах общего, прецедентного права). Но суд как учреждение, по словам Цицерона, «говорящего права» способен на другое. С *опорой на закон* суд, используя механизмы толкования и аналогии и в не меньшей степени – постигая «правовую суть» данной жизненной ситуации, может *восполнить* то, что оказалось не по силам закону или просто не сделано данным законодательным актом и не делается в настоящее время в законодательном порядке вообще.

С наибольшей наглядностью эта «восполнительная» деятельность суда дает о себе знать при аналогии, когда существуют пробелы в праве, т.е. своего рода «брешы в законодательстве». Ситуации требуют правового решения, но нормы действующих законов такого рода ситуаций прямо не предусматривают. В подобных случаях суд, констатируя волю законодателя по данному кругу вопросов, все же вынужден либо применить сходную норму (аналогия закона), либо при решении дела исходить из общих начал, принципов законодательства (аналогия права). И хотя в юридической литературе было высказано мнение о том, что при аналогии уместнее говорить не о «восполнении пробелов», а лишь о их «преодолении»¹, представляется, однако, что первое из указанных понятий является предельно точным. Суд, используя институт аналогии, именно *восполняет* при помощи своего инструментария то, что можно было бы ожидать по данной конкретной жизненной ситуации от закона. Причем такое «восполнение» может не только касаться данного юридического дела (как ранее без всяких оговорок, весьма важных, утверждал автор этих строк), но и приобрести нормативное значение, о чем речь пойдет дальше.

Вместе с тем «восполнительная» деятельность суда происходит не только в случаях применения права по аналогии. Такой же характер имеет судебная деятельность и тогда, когда при решении той или иной жизненной ситуации суд как бы *конкретизирует* положения закона, в том числе при слишком общем, неопределенном характере этих положений и тем более при наличии оценочных понятий, «общих оговорок», по юридической лексике западной юриспруденции. То есть в случаях, когда в принципе те или иные вопросы, абстрактно рассуждая, могли быть с необходимой определенностью предусмотрены самим законодателем. Но они в законе не решены точно и конкретно, и суд тогда, говоря словами Швейцарского гражданского кодекса, действует «согласно правилу, которое он устанавливает самостоятельно, как если бы он был законодателем».

¹ См.: *Пиголкин А.С.* Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 57; *Лазарев В.В.* Применение советского права. Казань, 1972. С. 132, и др.

Подчас такое «восполнение» хотя общим образом и опирается на закон, но все же даже при большой натяжке не может быть определено как нечто такое, что соотнобразуется с «действительной волей законодателя».

Такой характер, например, имело введение французскими судами при применении ФГК «пени», призванной стимулировать выполнение судебных решений. Не менее примечательна общая тенденция практики судов западноевропейских стран по применению положений гражданских кодексов о свободе договоров. Не имеющие ограничений в кодексах, эти положения все же в последующем не только ставились в известные рамки специальными законами (в частности, по отношениям найма, аренды, трудовых, страховых отношений), но и ограничивались в процессе судебной практики. В конечном счете получилось, что характерное для демократического права общедозволительное начало («дозволено все, кроме прямо запрещенного законом») оказалось модифицированным: свобода договоров ограничивается теперь не только запретительными предписаниями закона, но и положениями, выработанными судами и утвердившимися в судебной практике.

В ряде случаев правила, вырабатываемые судами, чуть ли не в готовом виде (или с известной обработкой, с адаптацией их к структуре системного нормативного акта) воспринимаются законодателем. Но это происходит далеко не всегда. В большинстве случаев положения судебной практики продолжают действовать как таковые, включаясь вслед за законом и вместе с ним в нормативную основу, определяющую с юридической стороны решение жизненных ситуаций.

3

В ЭТОЙ СВЯЗИ – вывод более общего характера. Как свидетельствует правовая жизнь стран с утвердившимся гражданским законодательством, сами гражданские законы после многодесятилетнего их применения судами оказались как бы «окутанными» положениями, выработанными судами при применении норм закона к изменяющимся, подчас принципиально новым общественным отношениям. И причем так, что под рубрикой «действующего гражданского законодательства» реально выступает такая система норм, когда в одном пакете представлены и нормы закона, и правила, самостоятельно установленные судами.

И вот – момент, к которому хотелось бы привлечь внимание. В судебной практике, через нее могут быть с достаточной основательностью раскрыты основные начала, «дух» данной сферы права, нашедшие

не всегда полное закрепление в законодательстве, в кодексе (да и со временем, в особенности в неблагоприятной политической или социальной обстановке, теряющие в жизни свою первозданную, глубокую значимость). В особенности это касается ценности современной эпохи первостепенной важности — либерального духа права. Именно через судебную практику, как показывает опыт ряда западноевропейских стран (прежде всего Франции), начинают реально, в жизни господствовать главенствующие либеральные принципы и идеалы, соединенные с юридическими ценностями, — принципы и идеалы приоритета человека, истинной гуманистической справедливости. И что наиболее существенно, именно тогда неотъемлемые права человека обретают прямое юридическое действие — приобретают значение непосредственно правового основания для решения юридических дел на практике.

Таким образом, «восполнение» судами положений закона приводит к тому, что в сфере права, наряду с законом и в каком-то нераздельном единении с ним, обретает жизнь *особая нормативная реальность*. Что представляет собой эта «реальность»?

Под сильным влиянием идеологии исключительности закона как источника права в науке, в основном в науке континентальной Европы, сложившейся на основе романо-германского права, такого рода реальности в конце концов получили признание в качестве явлений, действительно существующих и имеющих важное значение в правовой жизни. Но все же — таких, которые, по мнению немалого числа специалистов, «не достойны» считаться юридическими нормами (даже «подзаконными»). В России, например, после преодоления большого скепсиса в отношении их оправданности и правомерности вообще (представленного, возможно, наиболее выразительно еще в дореволюционное время в трудах И.А. Покровского; несколько подробнее об этом — дальше) они получили название *правоположений* — неких нормативных феноменов, которые, однако, «не достигли уровня» юридических норм. И в принципе как будто бы имеющих исключительно индивидуальную значимость, т.е. «реальностей» только в рамках данного юридического дела.

Думается, в настоящее время, когда во многих странах, исповедующих идею верховенства закона, накоплен значительный опыт применения законов в сфере частного права, а в России наметилась перспектива овладения ценностями современной правовой культуры, есть основания для того, чтобы отказаться от отзвучков стыдливого лукавства, выраженного в категории «правоположение». Правоположение, как ни играй словами, — это тоже норма, во всяком случае — с того мо-

мента, как только выработанное судами положение начинает применяться ими в качестве типизированного решения данной жизненной ситуации.

Стало быть, понятие «правоположение» может быть сохранено для обозначения и характеристики лишь тех «реальностей» в сфере права, которые путем толкования или аналогии создаются судами для данного юридического дела. Но как только эти реальности приобретают общее значение, перед нами — настоящие юридические нормы как типизированные решения соответствующих жизненных ситуаций. При этом, разумеется, нуждается в специальном рассмотрении вопрос о способе придания правилам, вырабатываемым судами, общего, нормативного действия. Тем более, что это рассмотрение призвано в полной мере учесть те соображения об опасностях «свободного судебного усмотрения» при отсутствии надлежащих объективных критериев, которые весьма последовательно высказаны И.А. Покровским, другими видными правоведами.

Но перед этим — некоторые данные и соображения о зависимости правосозидающей (в том числе — «восполнительной») судебной деятельности от законов, их содержания и качества.

4

ДЛЯ ОБРЕТЕНИЯ судебной деятельностью значения источников права в обществах, в которых господствует принцип верховенства закона, необходимо, чтобы закон, так сказать, *отпустил* суд — открыл перед последним возможность самостоятельного творческого решения юридических дел в ряде областей жизни общества в соответствии с началами «живого права». С тем, чтобы не было такого положения вещей, как это было по российскому законодательству до судебной реформы 1864 г., когда согласно ст. 65 Основных законов все «законы должны быть исполнены по точному и буквальному смыслу оных, без всякого изменения или распространения». И когда бы, как это предусматривалось в той же статье, «все без изъятия места, не исключая и высших правительств, во всяком случае должны утверждать определения свои на точных словах закона, не применяя в них без доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольного толкования».

Если в основных областях публичного права, в особенности уголовного и административного правоохранительного законодательства, действует принцип — «нет закона — нет юридических последст-

вий, прежде всего — нет юридической ответственности» (хотя и здесь при развитой судебной юрисдикции возможны исключения), то в сфере частного права закон не только не должен создавать преград для решения судом жизненных ситуаций при отсутствии надлежащего законодательного регулирования, но и ориентировать суды на самостоятельные действия в такого рода случаях. Потому-то в большинстве законодательных систем, относящихся к романо-германскому типу, установлено запрещение отказывать в рассмотрении дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия закона (так было установлено и в российском законодательстве после судебной реформы 1864 г.).

Таким образом, в законодательной системе должна существовать *настроенность* на то, что суд не просто «живой посредник» (как говорил И.А. Покровский) между законом и реальной жизнью, а «сотовариш» и «продолжатель» дела законодателя, который при необходимости придет законодателю на помощь, возьмет на себя ответственность за правовое решение данной жизненной ситуации.

Более того, законодатель невольно или вольно — как свидетельствует законодательный опыт многих стран — реально дает простор для активной судебной деятельности, развивающей позитивное право.

Здесь даже могут быть отмечены парадоксальные, в чем-то на первый взгляд курьезные случаи. Речь идет прежде всего о ФГК — Французском гражданском кодексе.

Отличаясь многими достоинствами, о которых подробно говорилось ранее, французский Кодекс подтверждает справедливость французской же поговорки о том, что недостатки порой являются продолжением достоинств. Конечно, замечательно, например, что все деликтное право выражено в Кодексе всего лишь в пяти статьях (ст. 1382—1386; тогда как в австрийском Кодексе деликтному праву посвящено 40 статей, а по Германскому гражданскому уложению их 31 статья (параграф)). Но краткость и плюс к тому еще «литературность» изложения влекут за собой трудности при применении закона. Во французском Кодексе нет ответа на вопросы, касающиеся многих деталей, тонкостей, вариантов ситуаций, связанных с гражданскими правонарушениями, широки возможности различных толкований общих нормативных положений, есть очевидные пробелы и т.д. Это делает остро необходимым при применении закона — коль скоро в него не вносятся коррективы, дополнения — такой деятельности суда, когда с опорой на Кодекс, путем толкования его немногих норм вносилась бы нужная определенность юридического регулирования по всем вопросам при-

менения закона к конкретным ситуациям в области деликтного права. В итоге — достигалось бы такое юридическое регулирование общественных отношений, которое отвечало бы требованиям практики и изменяющимся условиям экономической и социальной жизни. Это и произошло и ныне осуществляется на деле в соответствии с ФГК судами Франции. Причем нормы закона — вспомним этот момент! — несмотря на значительные экономические, социальные, технические перемены — уже почти 200 лет остаются неизменными.

А вообще-то, разве это не впечатляющий и в чем-то даже курьезный факт?! Французское гражданское право почитается в мире в качестве такой юридической системы, которая оказалась способной, сохраняя в течение двух веков стабильность, приспособиться к стремительно и круто изменяющимся общественным отношениям. И это стало возможным не только потому, что Французской революцией и основательной правовой культурой в ФГК заложены передовые, отвечающие современной эпохе идеи. И не только в силу того, что в ФГК есть институты по «адаптации» действующих законоположений к новым условиям — институты аналогии и толкования. Но в какой-то мере и по причинам совершенно противоположного свойства. А именно — отчасти потому, что сообразно строгим правилам юридической техники и общепризнанным канонам юридического совершенства Кодекс отличается *серьезными технико-юридическими недостатками* (слишком краткой, неполной юридической урегулированностью отношений, известной неопределенностью законодательных норм, пробельностью). Ведь именно последнее из указанных обстоятельств открыло простор и дало повод к тому, чтобы судебные учреждения (с опорой на закон!) «приспосабливали» действующие законодательные нормы к изменяющимся общественным отношениям. Прямо — от чего-то лукавого — недостатки вновь обернулись достоинствами. Причем такими, что все предпринятые в прошлом попытки изменить, модернизировать ФГК 1804 г. не увенчались успехом. Кодекс в «сопровождении» судебной практики оказался вполне соответствующим требованиям нового времени.

А вот парадокс иного порядка. Германское гражданское уложение, великое свершение ума, несомненное достижение технико-юридического совершенства (по некоторым оценкам — «лучший кодекс в мире»), что подтверждено огромным влиянием идей ГГУ на правовую жизнь во всем мире, его многоплановой интеллектуальной мощью. И вместе с тем, по словам ряда крупных правоведов, этот кодекс — «конечный продукт скорее XIX века, нежели начала XX века», «осторож-

ное подведение итогов исторического прошлого, а не смелое вступление в новое будущее». И опять-таки подобного рода суждения, в какой-то мере (хотя и не во всем) справедливые, обусловлены не только тем, что Уложение не уловило во всем объеме передовые идеи XX в., идеи права человека, но отчасти и тем, что оно *страдает*, казалось бы, *от несомненного юридического совершенства*.

Да, именно от своего «предельного совершенства», от полноты юридической регламентации, от стремления все, до деталей и частей, буквально все отрегулировать, и в этом отношении (т.е. при таком технико-юридическом совершенстве) перекрывая путь к тому, чтобы суды с опорой на закон восполняли бы его пробелы, несовершенства, что открыло бы широкий простор для необходимого и желанного в этом случае приспособления действующего права к изменяющимся общественным отношениям.

Впрочем, отсюда вовсе не следует, что с учетом особенностей взаимосвязи закона и судебной практики нужно видеть пределы юридического совершенства закона. Здесь верно, пожалуй, лишь то, что чрезмерная полнота, запредельная юридическая зарегулированность тех или иных отношений, стремление буквально все, до мельчайших подробностей, заранее предусмотреть в законодательном порядке действительно может неоправданно «связать руки» практическим юристам в применении закона (когда, возможно, уместна расхожая сентенция — «много хорошо — это тоже нехорошо»).

В данном случае в большей мере оправдан иной вывод — необходимо искусное, тонкое использование достоинств юридической формы в законе. Такое, которое бы, выражаясь в ряде отработанных юридических институтов, не «связывало руки» практическим юристам и само по себе оставляло простор для необходимой, достаточной и одновременно по каким-то параметрам определяемой законом и находящейся в режиме законности активной судебной деятельности, вносящей новые элементы в юридическое регулирование данных общественных отношений.

О таких институтах — последующий рассказ.

5

КАКОВЫ ЖЕ основные институты, которые не просто настраивают суды на активную правосозидательную деятельность (такую роль невольно, парадоксальным образом играют и недостатки законов), но представляют собой содержащиеся в законах отработанные юридиче-

ские формы или способы, которые прямо привлекают суды к юридическому регулированию данных отношений, ситуаций и одновременно в известных пределах определяют такое регулирование?

Заметное место среди таких институтов занимают сами по себе *нормативные обобщения*, особенно — высокого порядка. Ведь «обобщения», суммируя общие черты или признаки определенной группы явлений, все же оставляют в стороне немалое число их конкретных особенностей, которые, однако, крайне важны при решении юридически значимых вопросов. При этом такого рода обобщающие нормативные положения подчас прямо формулируются в диспозитивных и в управомочивающих нормах с расчетом на их последующую конкретизацию в договоре или судом, некоторые из них заведомо включаются в закон в качестве «рамочных», при описании тех или иных обстоятельств употребляются слова «и т.п.», «и др.», «и иные заслуживающие внимание обстоятельства» (как это характерно, например, для законодательных установлений, определяющих «источник повышенной опасности» — деятельность, представляющую более высокую опасность для окружающих). В этой связи и оказывается возможным в ходе судебной практики вырабатывать в судебных решениях конкретизированные положения, отвечающие требованиям жизни — не только фактическим обстоятельствам дела и правовым началам действующего законодательства, но и правовой сути жизненных ситуаций, возникающих в современных условиях.

Своеобразной юридической формой, обеспечивающей и «направляющую роль» закона, и простор для судебного усмотрения (прежде всего по учету правовой сути данной ситуации), являются *оценочные понятия*. Когда при определении тех или иных категорий в законе употребляются понятия «грубое», «существенное», «важное» и т.д., то тем самым суд уполномочен законом и в не меньшей степени — понужден самой сутью дела оценить данные обстоятельства с точки зрения того, можно ли отнести их к числу «существенных», «важных» и т.д. и, стало быть, внести юридическую определенность, позволяющую вынести правовое решение по делу.

Но наиболее существенным институтом (связанным с оценочными понятиями), который позволяет судебным учреждениям на основании закона участвовать в юридическом регулировании, являются так называемые *общие оговорки*. «Общими оговорками» по терминологии западной юриспруденции считаются такие нормативные положения законов, которые дают возможность суду решать те или иные вопросы с одной лишь опорой на предусмотренные законом общие категории

(«осмотрительность», «безупречность», «доверие» и др.), независимо от наличия или отсутствия определенных юридических конструкций. Напоминая близкие по сути положения права справедливости по английской юридической системе, «общие оговорки» позволяют преодолевать ту грань требований верховенства закона, которая заключается в жесткой формальной законодательной предопределенности судебных решений.

Так, в ФГК закреплена, да притом в качестве «генеральной», оговорка (ст. 1382), согласно которой каждый должен возместить ущерб, который он нанес другим лицам в результате своего неосмотрительного и небезупречного поведения (*faute*)¹. Ряд общих оговорок подобного рода содержится в ГГУ (§ 138, 157, 242, 826). Одна из них – общая оговорка § 242 ГГУ – правило, по предписанию которого стороны обязуются выполнять договор, взаимно доверяя друг другу и в соответствии с торговыми обычаями.

Стало быть, общие оговорки – такие законодательные положения, которые позволяют суду не только восполнить в результате судебной деятельности то, что мог бы сделать закон, но и *пойти дальше* в области правотворчества. А именно – давать правовые решения (притом имея «за своей спиной» закон!), которые не могут быть оценены только как результат толкования закона или применения норм закона по аналогии, а представляют судебные акты на уровне решений судов общего, прецедентного права – обстоятельство, которое имеет существенное значение для понимания перспектив развития права в современную эпоху. Добавим сюда и то, что и восполнительная функция судебной практики, базирующейся на общих оговорках, весьма значительна.

Как свидетельствует практика применения гражданского законодательства Германии, именно общая оговорка § 242 ГГУ стала законодательной основой для решения судами ситуаций, не предусмотренных законом, – возникших в результате экономического краха, инфляции, потери восточных земель, т.е. ситуаций, прямо не предусмотренных в законе.

Здесь наблюдаются и последствия более общего характера. По утверждению специалистов, общая оговорка § 242 ГГУ «позволила создать превосходный механизм адаптации норм договорного права к меняю-

¹ «Тем самым, – как утверждают специалисты по сравнительному праву, – создавалось «правовое пространство» для свободы деятельности и удовлетворения чувства ответственности индивида, реализацию которых более жесткие формы возмещения ущерба могли бы лишь в определенной мере ограничить или стеснить» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 144).

щимся социально-этическим представлениям общества». С учетом формулировок типа «утрата основы для заключения сделки» (*clausula rebus sic stantibus*), «злоупотребление правом» (*venire contra factum proprium*), «потеря права», особенно на предъявление иска (*Verwirkung*), судебная практика создавала юридические конструкции, которые придавали гибкость нормам договорного права ГГУ, изначально, по мнению авторов, пропитанным духом «махрового индивидуализма»¹.

Так что благодаря упомянутым институтам (прежде всего институту общей оговорки, а также нормативным обобщениям высокого порядка) и ГГУ, несмотря на порожденные его совершенством «минусы», в процессе своего применения также обогатилось высокочисленной судебной практикой, позволившей приспособить его положения к новым требованиям жизни. Как свидетельствуют обобщенные научные данные, сохранение до нынешнего времени достоинств Германского гражданского уложения (Уложение — тоже долгожитель, ему ныне уже перевалило за сто лет!) «обязано судебной практике, благодаря которой осуществилось приспособление устаревших текстов законов к новым требованиям». И это вдохнуло в ГГУ «новую жизнь». Да так, что Уложение выдержало «испытание гитлеризмом» и сохраняет свою юридическую, регулирующую значимость до настоящего времени.

А теперь — наиболее впечатляющие данные из области законодательства. Истории гражданского права известен кодифицированный акт, в котором, по-видимому, в наибольшей степени использованы отработанные законодательные институты, направляющие судебную практику, притом по ориентирам, установленным законом, на самостоятельную творческую правосозидательную деятельность. Это — Гражданский кодекс Швейцарии. Именно швейцарский ГК своим содержанием (а не только — фактически, на практике, как ФГК и ГГУ) показал, что судебная практика в перспективе призвана выйти даже за формулу «восполнения закона» и в условиях верховенства закона способна занять самостоятельное и достойное место в сфере правотворчества.

Дело не только в том, что швейцарский ГК (недаром его принятие и вхождение в жизнь 1907 г. — ознаменовало начало XX в.) по максимуму, сообразно требованиям нового времени сосредоточил основные формы, направляющие суд на самостоятельную творческую деятельность при решении юридических дел (за исключением, пожалуй, нормативных обобщений высокого порядка) — общие оговорки, оце-

¹ Цвайгерт К., Кёмц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 231.

ночные понятия, «рамочный стиль» законодательных установлений, ограниченность во многих случаях при законодательном закреплении институтов «общими описаниями» и др., но и в том, что он откровенно полагается на судебную практику и прямо ориентирует судью в первой же статье Кодекса на то, что он вправе при определенных условиях устанавливать правила как основу решения дела «самостоятельно, как если бы он был законодателем...».

При этом у правоведов во всем мире, придерживающихся передовых взглядов, «восхищение и общее одобрение вызвал тот факт, что эта мысль была выражена прекрасным языком и помещена на самом видном месте». По выражению одного из правоведов (*Geny*), «может быть, впервые современный законодатель признал официально судью в качестве своего незаменимого помощника, сформулировав это в виде общего правила»¹.

К тому же в высшей степени важно, что швейцарский Кодекс нацеливает судью на то, чтобы при всей его самостоятельности сохранялась «почва закона» — требования и дух действующего правопорядка в целом, его начал, выраженных в законе, и плюс к тому такой настрой, когда бы согласно той же ст. 1 не руководствоваться его субъективными впечатлениями, а «строго следовать общепринятой доктрине и традиции».

И другое — не менее важное. Речь, по швейцарскому ГК, идет не о конкретных законоположениях, из которых путем толкования и аналогии извлекаются некие идеи и новые нормативные положения, а о *правопорядке страны в целом*, о его духе, заложенных в нем началах, принципах. Эту мысль, анализируя Кодекс, выразил Е. Хубер. Оставляя его конкретизированные суждения для последующего рассмотрения, важно обратить внимание на то, что, по мнению Е. Хубера, судья должен исходить из следующего: возникающие в реальной жизни проблемы невозможно решить одним лишь толкованием писаного права, он, опираясь на беспробельности правопорядка в целом, призван разработать правовой принцип, который он как законодатель стал бы считать не противоречащим всем остальным нормам и принципам правопорядка².

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 268.

² Huber Eugen. Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf 91902 (цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 269). Любопытную, впрочем — не бесспорную, мысль в этой связи высказывают авторы последнего труда. По их мнению, «тот факт, что швейцарский ГК столь откровенно полагается на судебную практику при восполнении пробелов, объясняется в значительной степени характер-

Заслуживает повышенного внимания то обстоятельство, что и в современной России, несмотря на все трудности и противоречия правового развития (тем более, на мой взгляд, осложненные широким распространением официальной позиции насчет необходимости «диктатуры закона»), есть симптомы, свидетельствующие о плодотворных подходах к возвышению правосозидательной деятельности суда. Есть первые, пусть пока и скромные, шаги в рассматриваемом направлении. При этом сам характер этих первых шагов, а также использование в качестве законодательной опоры положений Гражданского кодекса удивительным образом перекликается с опытом Франции (когда суды в своей правосозидательной деятельности, как мы видели, часто использовали пробелы в тексте, общие и текстуально неопределенные законодательные положения, т.е. то, что порой рассматривается в качестве «всего лишь» недостатков законодательной техники).

Вот пример такого рода практики. В ст. 10 ГК РФ в полном согласии с господствующей доктриной в качестве шиканы – злоупотребления правом рассматриваются действия субъектов, «осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу...». И тут же добавлено положение (которое ввиду его неопределенности вызвало нарекания некоторых специалистов) – «а также злоупотребление правом в иных формах». Но именно это действительно текстуально неопределенное положение позволяет судам развивать прецедентное регулирование этого важного участка социальной жизни общества (таковы, в частности, положения, выработанные Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, о недействительности договора в связи с превышением полномочий при подписании договора одной из сторон).

ными особенностями швейцарского правосудия, сохранившимися и по сей день... А это означает прежде всего, что право не попало в руки «ученых-юристов» и не подверглось столь сильному «онаучиванию», как на территории Германской империи. Поэтому в небольших кантональных общинах Швейцарии применение права сохранило характер народности и ясности» (Там же. С. 266–267). И еще, по мнению авторов, все это стало возможным в Швейцарии в связи с правовыми традициями, в силу действия местного права по кантонам. А вот в Германии, полагают авторы, «создание кодекса, который бы, как швейцарский, возлагал бремя решения отдельных важных вопросов на плечи судей, означало бы возврат в прошлое, в «преднаучное состояние»». В то же время при подготовке проекта общеевропейского ГК «следует ориентироваться на законодательный стиль швейцарского ГК, а не ГГУ». И вообще опыт Швейцарии «даст возможность понять и оценить процесс постепенного развития судьей норм закона, сформулированных в довольно общем виде» (Там же. С. 269–270).

ТЕПЕРЬ – ОЧЕНЬ КРАТКО – положения, которые, надо полагать, снимут предубеждения против идеи расширения роли суда, его правосозидательных функций, которые основаны на опасениях судебного произвола, тревоживших российских правоведов еще в дореволюционное время¹ (переросших в принципиальное неприятие указанной идеи в условиях советского общества, когда «закон» стал олицетворением «воли партии и правительства», а суд был низведен до положения одного из звеньев проведения «партийной пролетарской политики»).

Одно из такого рода положений состоит в том, что самая что ни на есть «свободная» судейская деятельность в странах, в которых действует принцип верховенства закона, *должна в любом случае иметь свое обоснование в действующем объективном праве, в законе* – в общих началах, принципах правопорядка, положениях общих оговорок, оценочных понятиях, рамочных законодательных установлениях, в других содержащихся в законе формах, в которых могут быть выражены и «направляющая» функция закона, и простор для самостоятельной судебной деятельности, правосудебного усмотрения.

И другое, наиболее существенное. Повышение роли суда в развитии права не следует понимать в том весьма упрощенном значении, когда создается впечатление, что в этом случае якобы каждый отдельный судья, независимо от всех иных судей, отправляясь от своего собственного, индивидуального понимания тех или иных предпосылок в законе, будет произвольно по каждому конкретному делу «творить право».

Исходя из опыта и достижений мирового правового развития, правосозидательная деятельность суда и в условиях правовой системы романо-германского типа должна строиться (и это уже находит подтверждение в современных тенденциях развития права) в соответствии с *культурой прецедентного права, ее ценностями*.

И вот здесь необходимо сказать с должной категоричностью, что правосозидательная деятельность суда только тогда обретает существенное юридическое значение как уникальный феномен непосредственно живого права и вообще лишь тогда может быть оправдана, когда она основывается на культуре прецедентного права, прежде всего – на основе его фундаментального принципа «обоснования

¹ Даже такой крупный правовед-мыслитель, как И.А. Покровский, полагал, что «теория свободного судейского правотворения заключает в себе органическую и неустранимую опасность судейского произвола» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 105).

от прецедента к прецеденту». И только тогда, надо добавить, полностью могут быть сняты опасения насчет того, что деятельность суда, обогащающая действующее право, обернется судебскими произволом и своеволием, которые наряду с другими бедами могут привести к утрате важнейшего качества права — его принципиальной определенности, его особенностей как жесткого организма.

Отсюда — существенное терминологическое уточнение. Речь идет о термине (и соответствующем научном понятии) «судебная практика». Этот термин в широком его значении означает любой опыт (в том числе — по количественным показателям, фиксируемый в демонстративных или пропагандистских целях и т.д.). Но в строго юридической значимости, в частности при рассмотрении судебной деятельности в соотношении с законом, судебная практика — это *практика судебных прецедентов*, т.е. судебная деятельность, которая строится по общезначимым принципам культуры общего, прецедентного права, его ведущего начала — «обоснования от прецедента к прецеденту» и которая вместе с тем опирается на основополагающие начала и ценности права — на начала правды, справедливости, соразмерности.

7

ЕЩЕ ОДИН ШТРИХ к группе вопросов, завершающих проблематику взаимосвязи закона и судебной практики.

Судебная практика как наиболее существенный инструмент и способ, обеспечивающий на основе закона оптимальное в данном обществе правовое регулирование, представляет собой *живой опыт правосудия*, выраженный в решениях *по конкретным юридическим делам*. То есть в конечном счете — *прецеденты* (в идеале образующие на основе закона *живую ткань права* по принципу «обоснование от прецедента к прецеденту»).

С этой точки зрения необходимо с должной строгостью отделить от судебной практики в указанном выше значении «руководящие указания» высших инстанций юрисдикционных органов (судов).

В свое время в советской юридической науке с позиций гипертрофированного и идеологизированного возвеличивания «закона» шла острая дискуссия по поводу того, являются ли (могут ли и должны ли быть) нормативные постановления Пленума Верховного Суда как высшее выражение судебной практики источниками права? Ныне есть основания полагать, что эта дискуссия, отразившая специфические нравы правоповедения в условиях коммунистического режима,

во многом была бесплодной. Она «увела» научную мысль от реальной судебной практики как живой материи права и сосредоточила внимание на очевидном явлении — на самом факте использования актов высших органов юрисдикции в качестве нормативных документов, которые как источники права (формально — «подзаконные») ничем не отличались от других формально «подзаконных» юридических документов. И как все последние (к тому же с тем «плюсом», что исходный материал здесь — непосредственно судебная практика), нормативные акты высших инстанций юрисдикции выполняли роль источников права — ту роль, которая формально была как будто бы отдана «закону» — в смысле нормативных актов, исходящих от законодательных и управленческих учреждений.

В принципе в современной российской обстановке такое использование нормативных документов центральных судебных учреждений также может быть признано оправданным.

Но в условиях, когда — как можно надеяться — правосозидательное значение «живой» (прецедентной) судебной практики будет возрастать, акты центральных органов юрисдикции от функций источников права должны переходить к сугубо «инструктивной» функции, функции авторитетного ориентира при толковании права (и в отношении законов, и в отношении судебных прецедентов).

О такой тенденции свидетельствуют и направления совершенствования деятельности высших судебных учреждений стран с развитой юридической культурой, в которых и в условиях верховенства закона возрастает роль судебных прецедентов. Вот как в обобщенном виде характеризуются эти направления в современной юридической литературе по сравнительному правоведению в сфере частного права. К. Цвайгерт и Х. Кётц, отмечая своеобразие «руководящих принципов» и «резюме», которые на континенте предпосылаются опубликованным судебным решениям высших судебных инстанций, пишут, что на континенте такого рода «руководящие принципы», т.е. резюме (*head notes*), как и в российском праве, «часто совсем не связаны с обстоятельствами дела и даются самостоятельно в виде отшлифованных формулировок, так что в юридической практике их применяют как нормы закона»¹. Заметив, что в общем, прецедентном праве такие резюме «служат судье просто для того, чтобы дать ему первоначальное представление о возможном содержании данного судебного решения», авторы обоснованно утверждают, что «в действительности такие руководящие принципы следу-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 396.

ет рассматривать лишь как рабочие гипотезы и в свете растущего числа и меняющихся жизненных потребностей постоянно подвергать критической оценке, развивать, толковать ограничительно, улучшать и т.д.»¹.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ

ДИКТАТ БЫТИЯ И РАЦИОНАЛЬНОЕ В ПРАВЕ

1

ДИКТАТ БЫТИЯ, требования многообразных экономических, политических, духовных отношений, складывающийся на этой основе опыт решения жизненных ситуаций («требующих права») — вот что с фактической стороны характеризует содержание и развитие права, его реальную первооснову. В том числе — и первооснову закона в его соотношении с требованиями живого права.

Такой в принципе вывод следует и при более широком подходе к проблеме, когда основа права также рассматривается под углом зрения факторов и условий, выражающих диктат бытия, но уже в контексте социальных фактов более высокого уровня и соответственно — в отношении национальных юридических систем в целом.

Вот одна из наиболее полных характеристик таких факторов и условий, которая принадлежит перу уже ранее цитированного автора — видному правоведу Э. Рабелю. Размышляя над проблемой о «научном идеале» понимания права, он говорит: «Материалом для размышлений о проблемах права должно служить право всей земли, прошлое и настоящее, связь права с почвой, климатом и расой, с историческими судьбами народов — война, революция, основание государства, порабощение, — с религиозными и этническими представлениями; тщеславием и творческой силой отдельных личностей; потребностью в производстве и потреблении товаров; интересами слоев, партий, классов. Воздействуют духовные течения всех видов — так как не одни феодализм, либерализм, социализм производят каждый другое право — и последовательность избранных путей развития права и, не в последнюю очередь, поиск государственного и правового идеала. Все это взаимно обуславливается в социальном, экономическом и правовом оформлении»².

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 396.

² Rabel Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // Rabel Ernst. Gezamelte Aufsätze. Bd III. S. 3; на русском языке см.: Рабель Эрнст. Указ. соч. С. 16–17.

При всей основательности приведенных суждений обращает на себя внимание то обстоятельство, что и они главным образом делают ударение на внешних факторах и условиях, которые также охватываются общей формулой — «диктат бытия». Даже такие, казалось бы, обстоятельства субъективного порядка, как «связь с религиозными и этическими представлениями», «воздействие различных духовных течений», «последствия правильности избранного пути развития права», представляют собой не только факты существующей действительности, но и в конечном счете вполне обоснованно поставлены автором в зависимость от существующего строя, от социальных, экономических, правовых реалий.

2

РАССМАТРИВАЯ ПЕРВООСНОВУ права, вполне оправданно пойти даже дальше разделяемой многими мировоззренческими доктринами формулы о «бытии», его определяющем значении для права и видеть в праве органический и глубинный элемент самого социального строя данной страны, его цивилизационных устоев. В чем-то, плюс к тому, связанных и с природной средой.

Например, ряд специалистов по сравнительному праву соотносят сам феномен общего, прецедентного права в его классическом, английском образце с «матросским образом жизни» англичан, исключая строгое планирование на будущее, жесткую регламентацию в заранее отработанных нормах закона изменчивых общественных отношений. Не меньше оснований связывать с суровой северной природой своеобразие юридических систем стран, относящихся к скандинавской (в широком смысле) группе — Швеции, Норвегии, Финляндии, Дании. В том числе — стремление этих стран к правовой интеграции, «деловой и единообразный настрой» в решении сложных юридических проблем.

Главное же — это то обстоятельство, что, проникая в самые глубины, недра социального строя, всей народной жизни, юридические порядки становятся каким-то неотъемлемым, неподатливым для какого-либо внешнего влияния элементом жития, быта, самого образа жизни людей, сложившегося в данной общности. Некой твердой *константой* в потоке бурной, суетной, текущей изо дня в день жизни, ее условий — порой весьма существенных, казалось бы, таких, которые как будто бы должны кардинально и разом поменять условия и характер всего поведения человека, а отсюда — и юридическую регламентацию этого поведения.

Вот несколько на этот счет фактов исторического порядка, к которым стоит внимательно приглядеться.

Известно, что Индия к началу своей английской колонизации (со времени создания в 1600 г. Ост-Индской компании) представляла собой страну с высокой культурой и исправно работающей самобытной юридической системой — весьма своеобразным индуистским правом, а с диктатуры Великих Моголов — в ряде регионов еще и исламским правом.

Между тем колониальные структуры в XVIII—XIX вв., не ограничиваясь издавна существующими на индийской земле правовыми порядками, во многом основанными на самобытных философских представлениях, религиозных верованиях и обычном праве, постепенно через учреждаемую ими судебную систему (сначала королевских судов мэров в некоторых городах — *mayors courts*) стали в согласии с новыми развивающимися экономическими отношениями внедрять юридическую систему колониальной державы. Индийские суды начали принимать решения по конфликтным ситуациям «в соответствии с правом и справедливостью», т.е. по сути дела — в соответствии с английским общим, прецедентным правом и английскими законами того времени. Шаг за шагом сообразно провозглашенному требованию «справедливости, беспристрастия и добросовестности» в деятельности индийских судов все более утверждалось английское общее, прецедентное (как мы видели, крайне своеобразное) право — *common law*¹.

Но вот что характерно: проходили десятилетия и десятилетия, как будто факт кардинальной смены юридических систем состоялся. Тем не менее на индийской территории на деле, в практических отношениях, касающихся ряда сфер жизни, особенно в области наследственного и семейного права, продолжало доминировать «свое», индуистское право, а в ряде регионов — исламское право.

В чем тут дело? А как раз в том, что индуистское и исламское право — своеобразные системы социальной регуляции, неотделимые от всей культуры, религиозных верований и философских представлений индийцев и уже поэтому прочно утвердившиеся в нравах, самом образе жизни населения Индии. И вполне объяснимо в этой связи, что — и с этим в принципе считалась английская колониальная политика — «местное», коренное индуистское и исламское право оставалось, в особенности по проблемам, затрагивающим глубоко укоренен-

¹ Вот что было сказано в одном из решений Тайного совета, осуществлявшего с 1833 г. функции апелляционной инстанции по решениям индийских судов: «Дело должно быть решено с беспристрастностью и добросовестностью. Эти термины следует толковать в смысле норм английского права, если установлено, что они применимы в условиях данного общества» (*Waghela Rajsanjia v. Sherh Masludin* (1887), L. K. 14 1 A, 89, 96).

ные традиции и нравы населения (т.е. как раз сферы сугубо личных отношений, семейных и наследственных дел), носителем самобытной культуры Индии. И здесь вырисовывается одна из многозначительных (подтверждаемая аналогичными фактами из истории в сущности всех юридических систем) закономерностей – правовые нормы и начала, относящиеся к глубинным слоям бытия людей и отсюда к исконным традициям естественного права (а таковыми являются нормы и начала семейного и наследственного права), оказываются наиболее прочными, устойчивыми, «вечными» даже в своем первоизданном виде.

А вот еще факты, казалось бы, не имеющие такой своеобразной исторической, социально-культурной и психологической подоплеки, характерной в особенности для восточных культур и религий. Факты, связанные с современными юридическими системами.

Речь идет об особенностях правовых порядков (не раз уже упомянутых ранее) канадской провинции Квебек и североамериканского штата Луизиана.

Вот более конкретизированные пояснения относительно этих особенностей. При колонизации Северной Америки некоторые территории оказались освоенными переселенцами из Франции, и на этих территориях утвердились юридические порядки, характерные для права континентальной Европы, – романского права (и это произошло даже до издания юридического шедевра современности – Французского гражданского кодекса, еще при действии во Франции актов позднего средневековья, кутюмов, в особенности – Парижского кутюма). Затем, к концу XVIII в. данные территории в составе более обширных территориальных регионов перешли под владычество Англии и, хотя спустя известное время эти регионы обрели самостоятельность (Канада – относительную, в качестве доминиона; США – полную, в виде независимого государства), там в целом возобладало общее, прецедентное право, притом право английского образца.

Несмотря на это, на территориях в основном с франкоязычным населением – в штате Луизиана США и канадской провинции Квебек – продолжало и продолжает поныне действовать модернизированное право романского типа. Причем, несмотря на абсолютное господство в США и в Канаде общего, прецедентного права и все попытки унифицировать юридические системы в пределах указанных государств, такого рода анклав романского права сохраняются незыблемыми. Луизиана – единственный штат в США, который не воспринял модельный американский Единообразный торговый кодекс, а в канадской провинции Квебек недавно разработан современный Граждан-

ский кодекс, и, по свидетельству специалистов, между ним и «окружающим» его правом США и Канады в целом существует «пропасть»¹.

Значит, не только юридические нормы и начала, относящиеся к древним слоям культуры и соответствующим первичным постулатам естественного права, обладают устойчивостью, неподатливостью, органичной укорененностью в самом строе, образе жизни людей, но подобным качеством обладают и своеобразные юридические системы современной эпохи, одинаково принадлежащие к христианской культуре.

3

А ВОТ ТЕПЕРЬ есть необходимость несколько «повернуть» изложение, однолинейный ход мысли и в качестве первого шага такого «поворота» сказать о том, что укорененность права в самих глубинах той или иной социальной системы (да и вообще диктат бытия) не имеет абсолютного характера. Факты свидетельствуют о том, что обнаруживаются и другие многозначные тенденции. Причем — факты, относящиеся к уже упомянутым историческим данным.

Вот — правовая система Индии. Исходя из ранее отмеченных тенденций укорененности в сложившихся порядках индуистского и исламского права, можно было бы предположить, что после обретения Индией независимости (1947 г.) все должно вернуться на круги своя, колониальное наследие — общее, прецедентное право будет отброшено также в тех сферах жизни, где оно возобладаало при колониальном господстве, и тогда всецело, во всех секторах жизнедеятельности (а не только в семейном и наследственном праве), вновь восторжествует коренное индуистское и исламское право.

Но этого не произошло. Во всяком случае — в Индии. Общее, прецедентное право английского образца и после 1947 г. сохранилось. И что весьма примечательно — сохранилось в решении ряда ключевых и перспективных вопросов социальной жизни — собственности, договорных отношений, деликтов. Более того, впитав известные местные нормы и традиции, оно путем издания ряда законодательных актов и использования данных мировой юридической культуры было модернизировано; причем — именно в тех направлениях, в которых уже пошло и, можно ожидать, пойдет и в последующем развитие и «само-

¹ Авторы труда по современным проблемам частного права говорят о «глубокой пропасти между провинцией Квебек с ее анклавной «цивилистической юриспруденцией» и остальными канадскими провинциями, в которых со времени первых поселений действует общее право» (*Цвайгерт К., Кётиц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 336).

го» английского права – большей структурированности, обогащения прецедентного права кодификационными элементами, другими элементами общей юридической культуры¹.

Так что право на индийской земле, нередко определяемое по своей основе в качестве *англо-индуистского*, достигло довольно высокого уровня развития, кодифицированности, хотя и относится ныне по основным своим характеристикам к семье общего, прецедентного права англо-американского типа.

И такой еще примечательный факт, касающийся другого континента – Африки. Беглые рабы из США, вернувшиеся на свою историческую родину – Африку и основавшие там в 1821 г. поселения, а затем и государственное образование – Либерию, не встали на путь восстановления правовых порядков своей исторической родины – традиционной африканской юридической системы (тем более – при чрезвычайной пестроте действующего в Африке обычного права), а принесли с собой начала общего, прецедентного права; причем не только американского образца, но и классически английского типа.

Выходит, что при всей укорененности определенной юридической системы в данной социальной общности и отсюда – ее, если угодно, глубоко национальном характере, ее начала все же довольно быстро по историческим меркам могут быть восприняты (реципированы) другой социальной общностью.

Но вот вопрос: когда и в каких случаях это происходит? Ведь и те участки жизни, в которых возобладало право колонизаторов – собственность, договоры, деликты, – это тоже сектора человеческого бытия, также в общем-то относящиеся к глубинным основам жизни общества, к исходным началам естественного права.

Все дело, однако, в том (внимание!), что складывающиеся на этих участках юридические формы, пожалуй, могут быть определены как *общецивилизационные* начала и институты. Они, можно предположить,

¹ Вместе с тем, еще до обретения Индией в середине XX в. независимости, несмотря на приведенное в предшествующем примечании мнение Тайного совета, «другие судьи приняли дальновидную точку зрения, согласно которой конкретное содержание формулы «справедливость, беспристрастие и добросовестность» можно было каждый раз определять на основе сравнительного и критического анализов развитых правовых систем мирового сообщества. В результате появились многочисленные решения, в которых прекрасно образованные и с широкими взглядами судьи использовали как общее право, так и гражданское, особенно римское право». Правда, добавляют авторы приведенного свидетельства, «в целом же нормы общего права, вне всякого сомнения, были полностью реципированы Индией, хотя часто и в несколько модифицированной форме...» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 340).

вообще относятся к числу «нервных центров цивилизации», на их базе человечество и стало развиваться «на собственной основе». И они же, если продолжить высказанное предположение, как раз и образуют основные звенья, через которые идет в нынешнее время и только и может идти в последующем модернизация общества.

Вот почему, думается, указанные правовые начала в области общего, прецедентного права, относящиеся к собственности, договорам, деликтам, по сравнению с традиционными, ранее существовавшими являются более прогрессивными, отвечающими потребностям развивающегося общества, сориентированными на социальные ценности более высокого социального порядка (особенно — как это характерно, например, и для Индии, и для Либерии, — когда такого рода правовые начала реципируются вместе с восприятием определенных публично-правовых институтов, государственных форм тоже более прогрессивного характера).

Тут мы, возможно, встречаемся с еще одной *тайной* права. Право проникает в самые глубины, толщи народной жизни, органического бытия людей. И вместе с тем, не существует ли в нем, в праве, в самой его органике, при всей укорененности данной юридической системы в национальном, социальном и духовном укладе, *настроенности на идеалы и цели высокого порядка*? Нет ли в этой связи в праве уникальной особенности, выраженной в органической ориентации на передовые опыт и ценности в сложных процессах развития человеческой цивилизации?

Содержащиеся в такого рода вопросах предположения нуждаются в дальнейшей научной проработке. Но уже сейчас, пожалуй, можно констатировать, что органическая способность права «настраиваться» на передовые, прогрессивные формы жизни является довольно сильной и практически реализуемой; и это во многом перекрывает — как свидетельствует современная практика — казалось бы, полярные, на первый взгляд несовместимые юридические построения, характерные для различных правовых семей.

Понимание указанной особенности права (если верны высказанные предположения) является, с учетом других его особенностей, поистине поразительной, дающей основания для весьма серьезных выводов в общей теории и философии права. Надо только не сводить рассматриваемую способность права к одним лишь явлениям и процессам сугубо технического, по-современному — технотронного порядка. И в прошлом, и сейчас (а еще более, по всем данным, в будущем) то, что относится к глубоким потребностям и интересам людей как разумных существ, не только является основой стойких, неподатливых элементов в правовой жизни, но имеет также и значительный не просто общецивилизацион-

ный, но и *глубинный общечеловеческий потенциал*, которому суждено придать праву еще более высокое значение в жизни людей.

Кроме того, надо принимать во внимание особые обстоятельства исторического и организационного порядка, относящиеся в основном к сфере культуры, быть может, к еще более глубоким предпосылкам той или иной цивилизации. Ведь, наряду с впечатляющим опытом Индии, есть также опыт английских колоний Западной и Восточной Африки, где настойчивые усилия по внедрению общего, прецедентного права Англии¹ по вопросам собственности, договорам, деликтам не увенчались в конечном счете успехом. Там после обретения бывшими колониями независимости вновь восторжествовало обычное или — в ряде регионов — исламское право, а ныне на этой основе идет процесс формирования своеобразного новоафриканского права. Почему же, спрашивается, «передовое» английское право здесь не возобладало? Думается, наряду с иными причинами (среди них — сохранение в колониях системы африканских судов, продолжающие действовать на основе обычного права, а также — отторжение колониализма вообще), в африканских условиях, в отличие, например, от Индии, все же отсутствовали и отсутствуют поныне необходимые предпосылки экономического и — что не менее важно — культурного, духовно-интеллектуального порядка (увы, похожие процессы, к сожалению, можно было наблюдать в ходе реформ и в России).

Значит, «сила» права все же срabатывает не сама по себе. Тут нужны адекватные условия, потенции. Словом, есть тут материал для дальнейших рассуждений, раздумий, касающихся всего строя данной цивилизации, характерных для нее культуры, интеллектуально-духовных предпосылок.

4

ПОЙДЕМ ДАЛЬШЕ.

Наряду с тем, что национальная юридическая система данной страны, оставаясь органическим элементом всего ее социального строя, все же по-разному, порой «выборочно», зависит от разных ее сторон и потенций, наряду со всем этим в высшей степени важно видеть, что право вообще имеет *свою собственную жизнь*.

Собственная жизнь права весьма отчетливо проявляется, как было отмечено ранее, в особенностях позитивного права как жесткого организма — объективированного институционального образования и од-

¹ В таких колониях, как Золотой Берег (ныне — Гана), Уганда, Кения, королевскими указами или ординасами колониальной администрации прямо предписывалось, что в колонии должно действовать «общее право, доктрина права справедливости и законы общего применения, которые действовали в Англии на 24 июля 1874 г.».

новременно – живого регулятора, способного адекватно реагировать на непрестанно меняющиеся жизненные отношения, обстоятельства. Право в данном отношении предстает в виде специфической социальной данности – своеобразной *юридической материи*, обладающей комплексом особых, только ей присущих институционных, структурных и регулятивных свойств, связей и соотношений ее элементов.

Вместе с тем одна из характерных черт этой юридической материи, имеющей свою собственную жизнь, состоит в том, что она весьма тесно сопряжена с *рациональными началами* в праве, является *поприщем* для мыслительной, разумной деятельности, в немалой степени может быть охарактеризована в виде ее *результата* и – что особо существенно – в качестве *носителя рациональных начал*.

При этом указанная черта позитивного права не сводится лишь к тому, что вся юридическая деятельность сплошь пронизана мыслительными операциями (от исследования правовых ситуаций, нахождения нужной нормы, «обоснования от прецедента к прецеденту» до итогового акта – вынесения решения по юридическому делу). И состоит даже не только в том, что, например, в ходе и результате искусной законодательной деятельности подчас удается выработать интеллектуально мощные типовые решения, создать оригинальные и эффективные юридические конструкции, обогащающие юридическую материю. Да так, что складывается и функционирует жесткий и одновременно живой организм права, выражающий нередко тонкие, изящные достижения человеческого ума. И все это, будем иметь в виду, входит в реальную правовую жизнь, преломляясь через не очень-то податливый на «внешнее» воздействие существующий жесткий юридический организм, действующую юридическую систему.

Главное, что раскрывает саму суть интеллектуальных элементов в праве, заключается все же в другом. Сама по себе практика юриспруденции, опыт сугубо прагматического порядка *спонтанно и с неумолимой закономерностью* приводят к тому, что *право как объективная реальность становится высоким, а в чем-то, быть может, и высшим обьективированным выражением рациональных начал*.

5

ПОСЛЕДНЕЕ из приведенных положений – одно из ключевых в книге – нуждается в пояснениях и конкретизации.

Начну с примера.

В настоящее время в юриспруденции многих стран – и в практическом деловом обиходе, и в господствующем правовом мышлении –

утвердился институт доверительной собственности. Особенно — в национальных юридических системах общего, прецедентного права (Великобритании, США), где этот институт стал чуть ли не «визитной карточкой» этой правовой семьи, ее достоинств. Ныне институт доверительной собственности, так сказать, в адаптированном виде получает распространение и в романо-германском праве, в том числе на территориях, где в «окружении» общего права продолжает действовать право романского типа¹.

Самое поразительное, что может быть отмечено в отношении этого института, заключается в том, что в современном его содержании и значении он не был придуман, не был сочинен за письменным столом правоведами-профессорами. Точнее: он был «придуман» в средневековой Англии, но первоначально по сугубо прагматическим мотивам, причем как своего рода юридическая уловка, хитрость юристов-практиков с целью известного обхода существующих юридических порядков, а затем в ходе самой практики, с опорой на право справедливости воплощен в весьма конструктивную, пожалуй, уникальную, утонченную правовую идею.

Дело в том, что в XII и XIII вв. вассалы, пытаясь избежать феодальных зависимостей, связанных с использованием полученного от лендлорда поместья, передавали его по договору другому лицу — доверительному собственнику (*trustee*). Этот доверительный собственник считался по общему праву полноправным владельцем данного поместья, а практически по договору обязывался уступить вассалу имение во владение и пожизненное пользование и — что особо существенно — после смерти вассала или по достижении его наследниками совершеннолетия обязывался распоряжаться имением строго определенным образом в интересах третьего лица, именуемого «бенефициарием».

Но тут возникли трудности. В XII—XIII вв. по общему праву не существовало типового формуляра, на основании которого было бы возможным возбудить судебное дело против недобросовестного «доверительного собственника» с целью заставить его выполнить взятые в соответствии с договором обязательства по добросовестному управ-

¹ Любопытно, что, хотя в штате Луизиана по ранее указанным причинам Единый торговый кодекс США не вступил в действие, «институт доверительной собственности, являющийся одной из наиболее отличительных черт общего права, был воспринят» — впрочем, как отмечается в литературе, «в слегка измененном виде... с помощью специального законодательного акта», причем положения последнего — знаменательный момент! — все же «толкуются судами негласно и с точки зрения понятий, и по содержанию в соответствии с англо-американским правом» (*Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 180).

лению имуществом, по определению его судьбы. И тогда, как отмечается в литературе, «на помощь лицам, передающим имущества в доверительную собственность (и бенефициариям), пришел лорд-канцлер. Он рассматривал нарушения договоренностей доверительными собственниками как бессовестное и аморальное поведение, как «преступление против чистой совести»...». А потому и настаивал на той точке зрения, что хотя спорное имение и принадлежит доверительному собственнику «по закону», т.е. в соответствии с нормами общего права, но, согласно праву справедливости, он в тоже время обязан так распоряжаться имением, как это оговорено в договоре. И вот именно «эта основополагающая идея была постепенно подробнейшим образом разработана в судебной практике лорда-канцлера и уже после отмирания феодальных отношений стала активно использоваться в различных отраслях права. Причем значение доверительной собственности стало столь велико, что в наши дни институт доверительной собственности является наиболее характерной отличительной чертой стиля англо-американского права»¹.

Что в этом сложном процессе формирования института доверительной собственности особо примечательно? А то, что указанный институт в современном его виде и значении сложился спонтанно, в ходе судебной практики, в процессе судебной деятельности по принципу «обоснования от прецедента к прецеденту», в итоге – в движении от юридической уловки к фундаментальной идее.

Причем здесь – прошу обратить на это внимание! – наряду с потребностями экономической и социальной жизни («диктатом бытия») проявилась и жесткая *юридическая логика*, о которой при характеристике правовых средств говорилось ранее. Та логика, которая во многом определяется (по предположению автора этих строк) заложенной в правовой материи органической настроенности на идеалы и ценности высшего порядка. И которая в силу этого спонтанно выводит юридическую материю на *субъективные права* лиц, отсюда – и на *фундаментальные, основополагающие идеи и принципы*.

Действительно, по самой сути складывающихся правоотношений по доверительной собственности центром этих отношений стали субъективные права лиц (и лиц, передавших имущество в доверительную собственность, и бенефициариев), а эти права сообразно условиям социальной жизни «потребовали» – именно как юридические возможности – своего правового упрочения, обеспечения их надежности и юри-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 286.

дической силы. Тогда-то в ходе самой прецедентной практики и была постепенно выработана действительно крупная *правовая идея распределения (дележа) прав на имущественные блага* в области многообразных отношений собственности (вещных отношений)¹.

Еще один впечатляющий пример конструктивного «вторжения» правоведческой мысли непосредственно в материю права дала американская юриспруденция. Как это ни парадоксально, в судебной практике США, несмотря, казалось бы, на глубокие предпосылки на этот счет в американской Конституции, долгое время, вплоть до конца XIX в., не признавалась в качестве общего принципа норма о неприкосновенности частной жизни (судебная защита по данной категории дел осуществлялась по сугубо конкретизированным основаниям, связанным главным образом с фактами оскорбления репутации или чести). И вот коренной перелом в этой области произошел только после опубликования в 1890 г. журнальной статьи бостонского адвоката Уоррена в соавторстве с будущим членом Верховного Суда США Брандейсом, в которой обосновывалась мысль о том, что в состоявшихся ранее решениях судов по делам о диффамации, договорных нарушениях и иных делах, по существу, уже содержится признание права на неприкосновенность частной жизни (*right of privacy*). И такого рода норма, после известных колебаний в судебной практике, получила, по сути дела, общее признание².

6

С УЧЕТОМ юридической сути приведенных примеров (число таких примеров нетрудно умножить) можно сделать вывод обобщающего характера.

Этот вывод таков. Допустимо на довольно высоком уровне научно-абстрагирования сказать, что два основных начала лежат в основе

¹ Как отмечается в современной литературе, в основе доверительной собственности «лежит до гениальности простая идея. Имущественными правами на какой-либо определенный предмет наделяется несколько лиц таким образом, что одно из них может управлять и распоряжаться им в качестве доверенного лица, в то время как другие — часто в порядке временной очередности — обладают определенным объемом прав на часть доходов от этого предмета. Эта основополагающая концепция обобщающего характера применяется в различных отраслях общего права: в семейном праве, наследственном праве, праве компаний и даже в отношении неосновательного обогащения. Словом, в англо-американском праве с помощью одного лишь этого правового института удовлетворяются потребности также правового оборота, которые, разумеется, известны праву континентальной Европы. Но удовлетворяются они с помощью гораздо большего числа правовых институтов, совершенно различных по своей природе» (*Цвайгерт К., Кёнтц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 56).

² См. там же. Т. 2. С. 503.

права — опыт и разум. *Опыт* решения жизненных ситуаций, которые по самой сути нуждаются в том, чтобы на твердой, строго фиксированной, гарантированной основе были определены права (реализуемые и защищаемые). *Разум*, который в разных своих проявлениях включается для обеспечения такого рода решения на рациональной основе и в оптимальном варианте.

И вот на этой основе в ходе развития (судебной практики, прямого законотворчества) формируется «правовая материя», в которой действует *своя логика*. А эта логика (свидетельствуя о главной «тайне» права, о его органической «настроенности», и отсюда, можно предположить, его глубоком мирозданческом предназначении) «ведет» право как явление рационального порядка к *смыслу цивилизации* — к обеспечению *свободы* человека, раскрывающей *индивидуальность* человека как духовной личности, а также к *исключению из жизни людей «бессовского» зла — произвола, насилия*.

А в этой связи обнаруживается важнейшая особенность позитивного права, которая далеко не всегда принимается в расчет. В материи права по мере ее развития и своеобразия тех или иных юридических систем вырисовываются в соответствии с указанными основаниями также два главных слоя.

Первый — *непосредственно регулятивный*, прагматический, когда на основе практики, опыта, обычаев, преимущественно с помощью прецедентов и закона вырабатываются оптимальные средства решения юридически значимых ситуаций, соответствующие юридические конструкции, структурные построения, с тенденцией упорядочения, типизации, обобщений, и отсюда — возведения указанных элементов юридической материи в нормы, нередко приобретающие ранг или имя «законов».

И — второй слой, условно говоря, *юридико-интеллектуальный*, когда непосредственно в сети юридических средств, юридических конструкций, структурных построений дают о себе знать *правовые идеи*. Они, эти правовые идеи, также образуют в юридически развитой системе права существенный элемент ее содержания, неотъемлемую часть самой объективированной правовой материи. По большей части они, в отличие от конкретизированных юридических норм, воспринимаются в качестве *принципов права*.

Конечно, моменты творчества, интеллекта, проявляющиеся через судебную деятельность и законы, не сводятся только к непосредственно регулятивной, прагматической, сугубо юридической стороне дела, когда непосредственно в правовой материи спонтанно, как бы испод-

воль формируются, выкристаллизовываются правовые идеи. Надо видеть и то, что указанный выше «второй», юридико-интеллектуальный слой правовой материи может не только «скрываться» в регулятивной прагматике позитивного права, в толще юридических средств, конструкций, структурных построений, вырастая или кристаллизуясь «внутри» их в процессе правового развития. Эти юридико-интеллектуальные компоненты позитивного права могут, кроме того, и прямо формулироваться законодателем и таким путем через законы включаться в ткань позитивного права (либо в виде положений обобщающего характера, отражающих уже наличествующие в правовой ткани принципы, либо в виде принципов-идей, которые формулируются законодателем и вводятся законом в составе целостного комплекса взаимоотновязанных между собой юридических норм и принципов). И в этом случае искусный законодатель может усилить, обогатить юридико-интеллектуальное содержание права.

И все же не эти «интеллектуальные усиления» (при всем их значении) должны привлечь внимание науки. И уж, конечно же, не те порой содержащиеся в текстах законов положения, которые представляют собой всего лишь формулирование неких идейных или сугубо политических позиций, попытки утвердить в общественной жизни через закон те или иные идейные и политические ценности, идеалы; подобные положения вообще могут быть оценены как излишние или даже просто чуждые для юридической материи наслоения.

Главное все же — это сама правовая материя и то, что в ней в процессе «естественного», спонтанного развития формируются («вырастают», кристаллизуются) правовые идеи, принципы, выражающие рациональные начала в праве. Причем — такие идеи, принципы, которые имеют для права, его развития и судьбы основополагающее значение. И вот тут сам ход рассмотрения данного круга вопросов подводит к центральному пункту, раскрывающему смысл и назначение позитивного права в жизни людей.

7

ЗНАЧЕНИЕ в праве рациональных начал позволяет рассматривать позитивное право как явление Разума (Разума «с большой буквы», т.е. как глобального явления, а не просто атрибута биопсихических особенностей отдельного индивида). Такого рода положение может показаться тривиальным, характерным и для упрощенных взглядов о праве, о месте и роли в нем рациональных начал. В том числе — таких взглядов,

в соответствии с которыми законы и решения суда просто-напросто (и это, безусловно, верно) должны быть разумными, т.е. логичными, правильными, взвешенными, «умными», точно отвечающими существующим в обществе интересам и уровню правосознания.

Между тем приведенное положение призвано выразить, наряду с отмеченным моментом, прежде всего другое, более основательное, глубокое. То, что позитивное право по самой своей сути, органике выступает в качестве *объективной реальности, представляющей в виде особой правовой материи достоинства и силу Разума как глобального, мирозданческого явления*. И потому оказывается — как это можно было проследить на примере становления института доверительной собственности, — что в ней, правовой материи как таковой, в согласии с требованиями социальных условий и времени, существует *изначальная и определяющая настроенность правового развития на высокие цивилизационные идеалы и ценности*, которые относятся к *смыслу цивилизации* — к реализации и обеспечению *свободы* человека, к *исключению из жизни людей произвола, насилия*.

Разумеется, все то, что окружает людей как разумных существ (и «сотворено» ими как существами разумными), т.е. все *социальное* в наиболее широком значении этого понятия, в значении культуры, представляет собой то или иное выражение человеческого разума. Это — и искусство, и литература, и наука, и все другие компоненты духовной культуры, и явления материальной культуры, в том числе институты собственности, рыночного хозяйствования, банковского дела и т.д.

Вместе с тем есть весомые основания утверждать, что позитивное право, рассматриваемое в данной плоскости, занимает во всем многообразии явлений духовной и материальной культуры *особое место*. Вполне оправданно в нем, позитивном праве, видеть *прямого представителя Разума как глобального феномена, его достоинств и силы* в нашей людской повседневной жизни, в наших делах настоящего и будущего времени.

Вот *три* основания, обосновывающие, на мой взгляд, такой подход к праву.

Во - п е р в ы х, в позитивном праве аккумулируется и накапливается опыт разумных решений жизненных ситуаций *непосредственно в сфере многообразной практической и личностной жизни, в самой гуще практической деятельности, в ситуации конфликтов* — всего того, что представляет *живую практику человеческих отношений*. Таковую практику, которая охватывает самые существенные и важные области жизни человеческого сообщества, каждого человека — отношения собствен-

ности, власти, положения личности и т.д., и все это по большей части – в конфликтных ситуациях, столкновениях интересов, страстей, противоборства «добра» и «зла». Притом здесь, в позитивном праве, отсекается, как правило, не принимается в расчет то, что может быть названо «эмоциональными» и «художественными» проявлениями и формами в практике человеческих отношений. Изначально в центре права – разумная регуляция прозы жизни, реалий нашего бытия, представляющих в неприкрытом, порой – обнаженном, грубом виде и плюс к тому – в тех сторонах и гранях, которые охватывают весь комплекс данных отношений, требующих именно юридического регулирования (чему и служит изначально в праве категория «жизненная ситуация»).

Во-вторых, в позитивном праве в конечном счете концентрируется (после долгой, многотрудной законоподготовительной работы, совершенствования законов, кодификации, выработки прецедентов, «обоснования от прецедента к прецеденту», вхождения в жизнь правовых традиций и т.д.) *оптимальный опыт, тщательно отработанные типовые решения жизненных ситуаций*. Вполне обоснованно поэтому формулировки, классификации, конструкции позитивного права нередко приобретают характер совершенных, нередко законченных логических построений, точно и строго соответствующих законам формальной логики. Чем еще в условиях античности во многом и прославилось римское частное право.

В-третьих (и это хотелось бы выделить особо), в позитивном праве вот этот оптимальный опыт, охватывающий практическую жизнь людей, не только выражен в определенных, зачастую математически точных конструкциях, но и – главное! – *объективирован, воплощен в реальной «материи», в жестком организме* и в таком объективированном («материализованном») виде *увековечен*. И, стало быть, выступает перед нами как уже состоявшиеся свершения Разума, оставленное на века интеллектуальное достижение предшествующих поколений.

При этом надо добавить – перед нами оказывается такое объективированное явление Разума, которое реально живет «своей жизнью». И что в высшей степени существенно – эта собственная «жизнь» позитивного права спонтанно, в ходе естественного правового развития *«выводит» на высокие ценности и идеалы цивилизации*. Последние как бы (а быть может, и не «как бы») приурочены к высоким стадиям развития человечества, к реализации и обеспечению *свободы* человека, его особой для каждого человека *индивидуальности*, а также к реализации тоже глобальной для человечества задачи – *исключению из жизни людей произвола, насилия*.

Вот, казалось бы, такая весьма высокая нормативная абстракция, как обязательство «неосновательное обогащение», не имеет, в отличие от многих обязательственных конструкций, строгих логически оснований, во всяком случае — с точки зрения формальной логики. По-видимому, своего рода логический максимум здесь сформулирован Э. Рабелем, в соответствии со взглядами которого общая черта многообразных ситуаций данного рода заключается не в том, что «истец имел особое основание требовать, а в том, что ответчик не имел достаточно оснований для удержания (получения)»¹. Но мало кто обращает внимание на то, что именно высокий уровень нормативного обобщения, выраженного в рассматриваемом обязательстве, не только позволяет демонстрировать значительную практическую эффективность данной конструкции, заполняя «бреши» в обязательственном праве, но и (как это подметили еще древнеримские юристы) связывать обязательственные отношения с высокими духовными ценностями — с естественным правом (*jus naturale*), глубокими этическими началами (*bonum et aequum*).

8

ХАРАКТЕРИСТИКА ПОЗИТИВНОГО ПРАВА как явления Разума обуславливает необходимость с несколько иных, чем это принято, позиций подойти к определению места и роли в юридической области *правовых идей*. Обычно последние понимаются в науке, в практике юриспруденции как некие «просто идеологические положения», категории правосознания, которые выражают постулаты какой-то философской, политической или правовой доктрины, в лучшем случае — обобщают или обосновывают конкретный юридический материал, в ряде случаев в виде норм-принципов вводятся в тексты законов.

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

Конечно, в практике юриспруденции могут быть найдены примеры того, как то или иное положение выработано наукой, отработано в ходе законоподготовительных работ в виде краткой нормативной формулы-принципа и в таком виде введено в текст закона, по большей части — кодифицированного (главным образом — конституционного, иного фундаментального кодифицированного документа; так, например, конституционные положения о «разделении властей», положения уголовных кодексов о «вине» и др.).

¹ *Rabel Ernst. Grundzüge des römischen Privatrechts. S. 119.*

И все же самое существенное заключается в том, что правовые идеи изначально пребывают в юридической материи, выраженной в законах, судебных решениях, иных юридических реалиях. Они как бы «спрятаны» там, являются неотъемлемыми, органическими элементами самого содержания. Причем независимо от того, поняты ли они как идеи правоведами-практиками, наукой, выделяются ли они в качестве известных духовных, интеллектуальных начал, закреплены ли в текстах законов в виде идей-принципов. Независимо от всего этого, именно правовые идеи могут быть охарактеризованы в качестве самой сути, центрального звена, своего рода «стержня» юридических конструкций, «изюминки» того или иного структурного подразделения права — того, что в юридической науке нередко обозначается в виде «принципов от-расли» или даже особенностей «метода регулирования»¹.

Признание известных правовых идей составной частью самой объективированной материи права (научное положение, при всей его парадоксальности, значимое само по себе²) позволяет дать углубленную трактовку ряду теоретически и практически весьма значимых проблем. В том числе — таким, как проблемы пробельности права и значения юридической системы как носителя известных идеологических ценностей.

Проблема *пробельности* права, весьма существенная в судебной практике, до нынешнего времени по большей части понимается узкодогматически, т.е. лишь в том отношении, заполнено или нет все пространство нормативной регламентации данного участка социальной действительности конкретизированными юридическими нормами, нормами закона, позволяющими по каждому вопросу определить точную «волю законодателя». Между тем, даже не покидая сферу и императивы юридической догматики, следует не замыкаться в указанном узкодогматическом постулате (реально в полной мере никогда не осуществимом) и отдавать себе отчет в том, что бреши в поле конкретизированных нормативных положений во многом заполня-

¹ По данному вопросу представляется необходимым подтвердить позицию автора книги по проблеме «граней» позитивного права — такой «гранью» в более или менее развитой национальной юридической системе становятся *правовые идеи «в праве»* (Право. 1999. С. 289 и сл.).

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

ются правовыми идеями, в том числе идеями юридических конструкций, так или иначе выраженных в действующих юридических нормах. И именно они, правовые идеи, образуют наиболее глубокий слой правовой материи, его общую основу. А это имеет существенное значение не только для толкования действующего права в отношении тех или иных жизненных ситуаций, но и для обоснования современного видения пробельности права, выражающего принципиально важные направления современного мирового правового развития.

В этой связи хотелось бы еще раз привлечь внимание к научным взглядам известного правоведа Е. Хубера, опирающегося на достижения швейцарского гражданского законодательства. По мнению Е. Хубера, возможности, предоставленные судьям швейцарским ГК, не только выходят за пределы традиционно понимаемого толкования закона, но, более того, должны пониматься как нечто такое, что вообще не должно быть сковано доктриной толкования. Отвечая на сомнения будто бы в чрезмерной «свободе судьи», которому закон позволяет решать дело так, как «если бы он был законодателем» (ст. 1 швейцарского ГК), Е. Хубер вполне обоснованно считает, что судья был бы даже «более свободен, чем сегодня, когда от него требуют все и вся выводить из закона, даже если это связано с сомнительным искусством толкования. Гораздо достойнее исполняет он свои обязанности, когда от него не требуют создания таких сомнительных шедевров. Он должен будет признать, что писаное право имеет пробелы, которые нельзя заполнить толкованием. И как только он это признает, он будет принимать решение, исходя не из беспробельности закона, а из *беспробельности правопорядка в целом* (курсив мой. — С.А.). И разработает правовой принцип, который он как законодатель стал бы считать не противоречащим всем остальным нормам и принципам правопорядка»¹. Беспробельность же правопорядка в целом характеризуется как раз тем, что «тело» действующего права образуют не только сами по себе конкретизированные юридические нормы, но и лежащие в их основе и «пронизывающие» их правовые идеи.

Авторы, обратившие внимание на приведенное перспективное научное воззрение, говорят о нем в сопоставлении с оценкой германского гражданского законодательства (ГГУ) как об опыте Швейцарии, который, как уже упоминалось, «даст возможность понять и оценить процесс постепенного развития судьей норм закона, сформулирован-

¹ Huber Eugen. Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf 91902. S. 37 (цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 269).

ных в довольно общем виде», причем подобная оценка, думают авторы, «поможет понять, что такой подход не представляет опасности для правовой стабильности, так пугавшей авторов ГГУ, воспитанных в традициях правового позитивизма»¹.

Наряду с тем, что правовые идеи могут заполнять «пустоты» писаного права, не менее значимо в рассматриваемом отношении и то, что известные правовые идеи могут прямо входить в *п р а в о в у ю с и с т е м у*, в самую объективированную материю права, его догму.

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

Дело в том, что абстрактные, на поверхностный взгляд абсолютно далекие от политики и идеологии, внешне схоластические конструкции и построения этого юридического шедевра немецкой юриспруденции подспудно, в глубинах содержащихся в Уложении правовых идей отражали передовую идеологию конца XIX в. — взгляды либеральной буржуазии того времени. И вот на то недоумение, которое слышится в рассуждениях, даже в устах современных исследователей, спрашивающих: «Как могло случиться, что ГГУ сумело пережить все политические, экономические и социальные кризисы новейшей германской истории, включая и полное извращение правовой жизни в период гитлеризма, и сохраниться почти в неизменном виде»², — есть, на мой взгляд, убедительный ответ. А потому, следует ответить, это «могло случиться», что правовые идеи ГГУ и тем более их мировоззренческий «подтекст» — либеральные воззрения конца XIX в. оказались «спрятанными» в юридической технике, казалось бы, в заскоружлой «юридической схоластике». И то обстоятельство, что во всей этой догматической круговерти кроются взрывные идеи, принципы и ценности истинного либерализма, по всем данным, и в голову не могло прийти партийным бонзам и идеологам нацистского «рейха». Но есть что-то от добрых начал нынешней эпохи и судьбы человечества в том факте, что эти идеи, принципы и ценности либерализма, долгие годы «дремавшие» в юридической схоластике, тотчас же сработали, как только Германия во второй половине 1950-х гг. освободилась от режима фашизма и, сообразно продуманной реформаторской политике, встала на путь формирования современного гражданского обще-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 270.

² Там же. С. 228–229.

ства с высокоразвитой постиндустриальной экономикой и высокой правовой культурой.

Нечто похожее произошло и в советской России. И тут коммунистические вожди и их идеологи, предав анафеме частное право и попытавшись построить гражданское законодательство по большевистским канонам, «проморгали» тот факт, что частноправовые начала живут в самой материи и технике Гражданского кодекса (в особенности в варианте 1922 г., построенного по материалам дореволюционного проекта российского Гражданского уложения). Жаль только, что у российских реформаторов, воспитанных на идолах власти, в ходе начатых в 1990-х гг. и громогласно объявленных «кардинальных реформ», не оказалось нужной подготовки и соответствующей нацеленности на то, чтобы использовать чудом сохранившийся в условиях тоталитаризма потенциал гражданского права и заложенные в нем истинно либеральные идеалы и ценности для проведения последовательно демократических преобразований в реформируемом российском обществе.

9

В СВЯЗИ с характеристикой правовых идей, их места и роли в позитивном праве особого внимания заслуживают *юридические ценности римского частного права*.

Конечно, само по себе то обстоятельство, что классификации, формулы, термины, выработанные две тысячи лет тому назад в Древнем Риме (и в не меньшей мере характерный для римского общества «дух права»), сохранились и имеют существенное значение в правовой жизни современного общества, — факт поразительный. По сути дела, перед нами живой, первозданный элемент культуры античности, перешагнувший через тысячелетия, и вот в таком виде — в виде своего рода «кусочка» древнего мира (не единственный ли это случай в мировой культуре?) действует в наши дни. Чем все это можно объяснить?

Ведь само по себе римское частное право имело прецедентный характер, представляло собой, по выражению О. Шпенглера, «право мгновения», казалось бы, в этой связи касалось сугубо практической жизни древнего общества, давным-давно ушедшей в прошлое, в небытие?

И вот здесь необходимо сделать ударение как раз на том, что правовые ценности римского частного права — это в основном ценности выработанных в то время *правовых идей*. Появление же на свет этих идей связано с двоякого рода обстоятельствами.

Прежде всего — со свободой духа, мысли и интеллекта, проявившейся в Древнем Риме, вслед за Древней Грецией, во многих сферах духовной жизни. Во многих, но главным образом все же — в области юриспруденции, ставшей источником ряда других направлений развития науки, гуманитарной творческой мысли (в частности, риторики, литературной речи, словесности). Решающую роль, наряду с особенностью позитивного права, с необходимостью тщательной отработки его письменной формы, сыграли здесь высокий престиж и высокое социальное положение римских правоведов, в особенности в «золотой век» римской юриспруденции (I—III вв. н.э.), когда открылись широкие возможности во имя почета, престижа — *ius honoris* — проявить по вопросам права силу утонченного и оригинального ума. Этим и отличались знаменитые древнеримские правоведы, такие, в первую очередь, как Гай, Папиниан, Ульпиан, Павел, Модестин.

Главное же, что определило значение идей, характерных для римского частного права, заключается в том, что они не плод свободного сочинительства, не результат произвольных умствований, а выводы из судебной практики, судебных прецедентов, вычлененные из них реальные правовые категории. Основное содержание многочисленных сочинений древнеримских юристов (по свидетельству историков, многие юристы Древнего Рима оставили по несколько сотен «книг», равных, сообразно современным стандартам, 30–40 томам) состояло в «мастерском решении разнообразных случаев жизни» и в этой связи — «в анализе правовых норм и в определении юридической природы конкретных правоотношений»¹. А это означает — внимание! — что положения классической юриспруденции Рима по своей основе и сути представляют собой начала и принципы, которые *уже содержались в самой материи римского частного права, его конструкциях, видах правоотношений*. И стало быть, перед нами теоретическое выражение таких правовых реалий, в которых уже заложена исконная юридическая логика, а эта логика неизбежно «выходит» на субъективные права, их гарантии, их судебное обеспечение, значит — на юридически обеспеченную свободу субъектов, на исключение из практической жизни произвола, насилия².

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 206–207.

² Вот почему мне еще раз (после краткой ремарки в книге «Философия права» (см. Алексеев С.С. Философия права: История и современность: Проблемы. Тенденции, Перспективы. М.: НОРМА, 1999. С. 39)) представляется важным сказать о несправедливости высказанного в философской литературе мнения о том, что римское право представляет собой всего лишь «протоправовой» феномен; «прото» — по той причине, что

Словом, теоретические положения великих римских правоведов (а вовсе не их свободное творчество, не их всего лишь искусное сочинительство и тем более не проявление, как полагают отдельные авторы, новой арабской культуры) представляют собой адекватное формулирование в сжатых формулах того, что *уже реально было в практической юриспруденции*, — реально сложившихся юридических конструкций, фактической разделенности правоотношений на различные подразделения, их юридического своеобразия (юридической природы).

В то же время положения классической римской юриспруденции и опирающиеся на них последующие разработки, в соответствии с данными юридическими реалиями, в свою очередь *обратно* влияют на фактически существующие юридические отношения, на их совершенство. В особенности это касается структуры права, системы складывающихся норм и правоотношений. Тем более, если видеть характерные черты этой системы под историческим углом зрения, с позиций той научной систематики, которая была дана и в учебнике Гая, и в особенности — уже в более позднее время — в Дигестах, содержащихся в кодификации Юстиниана, а в новое время — в современных кодификациях гражданского законодательства.

Ведь само существо *пандектистики* — пандектной системы (в отличие от системы институционной, ограничивающейся простой классификацией основных юридических институтов — по лицам, вещам, искам) состоит в обобщениях весьма высокого уровня, которые утверждаются спонтанно, в судебной практике или вырабатываются на уровне науки, а затем «переносятся» в живую юридическую материю. Причем представляется важным еще раз обратить внимание на то, что с рассматриваемой точки зрения пандектистика вовсе не сводится к одному лишь выделению во всей системе гражданско-правовых норм «общей части» (как это подчас трактуется в литературе по гражданскому праву), а характеризуется наличием и в научных построениях, и в самой материи права известных «обобщенных конструкций». Таких, как, например, конструкция «обязательство», отразившая как нечто единое то общее, что характерно и для договорных, и для внедоговор-

в праве Древнего Рима не было еще такого определения права собственности, которое сопрягалось бы с «естественными правами» и, значит, с неотъемлемыми правами человека (Право. Свобода. Демократия: Материалы «круглого стола» // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 7). Именно в римском праве со значительным опережением объективных исторических процессов получила развитие и утвердилась *исконная юридическая материя*, в которой заложена тенденция развертывания в ней указанных гуманистических ценностей. Тем более в римском праве — и опять-таки уже на уровне юридических категорий достойное место заняло и естественное право (*ius naturale*).

ных правоотношений. И что — следует добавить — ориентирует соответственно «логике и духу пандектистики» к новым обобщениям высокого уровня, которые приводят в итоге к формированию «общей части» и в обязательственном праве.

Таким образом, своеобразие и сила правовых идей, выросших на основе римской юриспруденции, заключается в том, что эти *идеи, существующие в плоти самой материи объективного права* (либо спонтанно, преимущественно в виде прецедентов складывающиеся в ней, либо переносимые в нее наукой, в свою очередь также отражающей те или иные реалии самого юридического бытия).

Судьба правовых идей, источником которых стало римское частное право, драматична.

После «открытия» в средневековых университетах Европы в начале второго тысячелетия христианской эры, казалось бы, уже ушедшего в небытие римского частного права и проработки его конструкций и идей глоссаторами и постглоссаторами, возникшее в этой связи «право университетов» предстало по своим внешним характеристикам в виде некоего собрания научных абстракций по юриспруденции, оторванного от потребностей судебной практики, реальной деловой жизни.

И вот в средневековой Европе, особенно на германских землях, сложилась и к XVI—XVII вв. утвердилась в качестве господствующей юриспруденция, опирающаяся на идеи римского права. И эта юриспруденция, выдвигающая на первый план юридические конструкции и содержащиеся в них правовые идеи, стала восприниматься как «арифметика понятий», ориентированная на теоретизирующих и далеких от мирских забот университетских профессоров. Юриспруденция в этой связи обрела дурную славу дисциплины низшего сорта, заско-рузлой догмы права, пандектистики, оторванной от реальной жизни и практики, — поприща рафинированной, схоластической, бессодержательной игры ума. Как отмечается в современной литературе, «римское право появилось на «сцене средневековья» как «профессорское право», вновь «открытое» профессорами североитальянских университетов. Позднее уже другие профессора стали шлифовать его и развивать далее на основе принципов гуманизма и с помощью методов схоластики. И наконец, опять же только профессора преподавали римское право... Поэтому после рецепции римского частного права оно приобрело академически-теоретический, а не судебно-практический характер, как в Англии»¹.

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 384.

Эта дурная слава в какой-то мере перенеслась и на замечательное кодификационное свершение XIX в., на Германское гражданское уложение 1896 г. (1900 г.), которое до сей поры нередко оценивается как «дита немецкого пандектного права и его глубокомысленной... учености»¹. Для германского Уложения, по мнению многих людей, характерны к тому же топорный канцелярский стиль, чрезвычайно сложное построение фраз, прямо-таки готическая громоздкость изложения. Такого рода не очень-то благоприятные оценки как будто бы подтверждаются также тем, что ГГУ как таковое, в отличие от других замечательных достижений кодификационной культуры XIX в., не было воспринято (реципировано) в других странах.

Но если это верно (или хотя бы именно такова доминирующая характеристика Уложения), то, спрашивается, откуда и почему в отношении этого же кодификационного документа отмечаются оценки и факты совсем иного рода? И не только характерные для Уложения точность, ясность и исчерпывающая полнота при регулировании отношений собственности и обязательств, но и вообще отмеченные рядом специалистов его превосходные интеллектуальные достоинства, вплоть до того, что это, по словам Мейтланда, — «лучший в мире кодекс» и что, по оценкам того же автора, «никогда еще до сих пор в законодательный акт не было вложено столько первоклассной интеллектуальной мощи»².

Более того, хотя германское Уложение не было как законодательный образец воспринято в других странах, сами идеи ГГУ имеют иную судьбу. В юридической литературе в отношении Уложения отмечается, что «трудно отыскать феномен, подобный созданному немецкими пандектистами «общему учению» и разработанной на его основе Общей части ГГУ, который нашел бы столь горячий отклик за границей»³. И действительно, правовые идеи, содержащиеся в ГГУ, сыграли существенную роль для правовых доктрин, законодательства и судебной практики Италии, Австрии, Швейцарии, государств скандинавского региона, ряда других стран, в том числе стран Южной Америки.

И, быть может, самый примечательный факт, как свидетельствуют исторические данные, — теоретический потенциал германского Уложения оказал значительное «упорядочивающее» влияние на представления, восприятие и, пожалуй, само состояние исторически первого звена европейских кодификаций — гражданское право Франции (благодаря разработкам французских правоведов об «общем обязательственном

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 222.

² Там же. С. 228.

³ Там же. С. 227.

праве» в ФГК и теории волеизъявления) и — что совсем поразительно — на юридическую систему из другой «системы координат» — английское общее, прецедентное право. Благодаря разработкам Джона Остина, основанным на общетеоретических идеях, утвердившихся на европейском континенте в связи с пандектистикой, и английское право стало восприниматься как целостная, упорядоченная нормативная система¹.

А теперь — главное. Спрашивается: в чем же кроется могущество правовых идей, выраженных в кодифицированном германском законодательстве? В том ли только, что одной из существенных черт немецкой культуры XVIII—XIX вв. стала основательность философских, общетеоретических разработок, глубина абстрактной мысли? Нет, не только и в области юриспруденции, пожалуй, даже не столько. В этом отношении есть и очевидные минусы, так сказать, «абстрактные спекулятивные излишества», отзвуки схоластических крайностей, которые во многом и давали основания говорить о немецком правоведении как об «арифметике понятий».

Сила правовых идей, раскрывшихся в германском гражданском законодательстве, заключается прежде всего и главным образом в том, что *они, базирясь на уникальных достижениях римско-правовой мысли, выражают в системе обобщений высокого уровня, в теоретических абстракциях удивительное своеобразие правовой материи, ее специфическую логику, только ей присущие свойства*. А отсюда — и глубокое историческое предназначение права вообще, его органическую настроенность на идеалы и ценности высокого общечеловеческого порядка.

Специалисты-правоведы, осваивающие особенности общего, прецедентного права, вполне обоснованно утверждают, что «нормы» и «общие понятия», характерные для юридических систем этого типа, совершенно иные, нежели «просто теоретические абстракции». Ибо они, базирясь непосредственно на судебных прецедентах, — «предметны», в них ощущается биение «живой жизни» права.

Но ведь точно так же особенности присущи правовым идеям, основанным на культуре римского частного права (поскольку они не искажены «абстрактными спекулятивными излишествами»)! Разница лишь в том, что правовые идеи, утвердившиеся в гражданском законодательстве европейского континента, продолжая интеллектуальные достижения культуры римского частного права, опираются на нормативные обобщения более высокого уровня. С этой точки зрения есть, надо пола-

¹ По словам Д. Остина, английский юрист, уезжая на континент, «покидает империю хаоса и тьмы и прибывает в мир, кажущийся ему страной порядка и света».

гать, весьма серьезные основания для того, чтобы придавать процессу «онаучивания» права, происходящему в Европе в XVIII–XIX вв., не негативные интонации, как это заметно в суждениях ряда специалистов в области сравнительного правоведения последнего времени, а значение в высшей степени положительного явления крупномасштабного порядка – притом не только в отношении обогащения регулятивного потенциала современного права, но и развертывания его интеллектуально-гуманистического содержания, а также реализации соответствующих тенденций и перспектив его развития.

10

ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА как явления Разума многое, на мой взгляд, объясняет в самостоятельном, в каких-то гранях совершенно независимом от социальных и политических условиях правовом развитии, в том числе – в достижениях юридической мысли даже в обстановке тоталитарных режимов.

Пример тому – достижения российских правоведов в условиях безраздельного господства коммунистического строя и ленинско-сталинской идеологии. И это не только, скажем, выработка российскими правоведами в 1930–1940-х гг. конструкции «право оперативного управления», которой воспользовались управленцы для организации внутривозрастных отношений крупных фирм и концернов в развитых капиталистических странах, но и поистине поразительные исследования в советское время крупных цивилистов (Е.А. Флейшиц, Х.И. Шварца и др.) по проблеме ответственности государства за акты власти, предусмотренной в ст. 407 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 89 Основ гражданского законодательства 1961 г. Как убедительно показал А.Л. Маковский, наряду с важными технико-юридическими разработками в этих исследованиях проявились гражданские позиции и смелость авторов, которая, помимо всего иного, состояла в том, что, введя в гражданское законодательство «общее правило возмещения гражданам вреда, причиненного актами власти, они взяли на себя решение вопроса, по природе своей конституционного»¹.

В подтверждение (и в какой-то мере – в развитие) только что высказанных соображений о месте и роли правовых идей и об их специ-

¹ *Маковский А.Л.* Гражданская ответственность государства за акты власти // *Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский.* М.: Междунар. центр финан.-эконом. развития, 1998 (Исследовательский центр частного права). С. 84.

фике можно привести свидетельства того, что эти идеи в своем «первозданном виде», т.е. в виде конструкций и принципов «самого» римского частного права как такового, продолжают реально действовать и в настоящее время. Да, именно так, римско-правовые конструкции, принципы, выработанные более двух тысяч лет тому назад, *продолжают действовать в современных экономических и социальных условиях.*

Вот эти свидетельства.

Одно из них, ранее уже упомянутое, — использование категорий римского частного права в Индии, когда еще в обстановке колониального господства в процессе становления англо-индуистского права эти категории оказались необходимыми для адаптации к индийским условиям норм общего, прецедентного права.

Вообще, при внимательном анализе сложных процессов становления национальных юридических систем создается впечатление, что в ряде случаев римское частное право, появившееся на свет в условиях античности как совершенный юридический шедевр, своего рода поразительное *чудо*, проявляет чудодейственную силу и в последующие исторические эпохи, нередко выступая как некая «волшебная палочка» в решении сложных проблем правового развития.

Пример тому — Гражданский кодекс Чили. Как и в ряде других стран Южной и Центральной Америки, освобождающихся из-под колониальной зависимости, в Чили в качестве образца для построения национальной юридической системы был взят французский Кодекс, как было принято считать, — «кодекс Великой революции». Но ГК Чили, ныне один из лучших гражданских кодексов (в свою очередь ставший образцом для других стран — Колумбии, Эквадора), в чем-то превзошел исходный образец, в частности, его структура оказалась более совершенной, чем структура ФГК, юридические конструкции более отработанными, причем язык в своеобразных латиноамериканских условиях отличается такой же ясностью и выразительностью. Почему же это произошло? А потому, по мнению аналитиков права, что в Кодексе благодаря искусству составителей его проекта удалось, как уже упоминалось, «сплавить воедино французские источники и традиционные институты римского права»¹ (и плюс к тому еще — и это обстоятельство из того же ряда — использовать достижения германской пандектики, выраженной в Общей части ГГУ).

Наиболее же впечатляющее свидетельство регулятивного потенциала и интеллектуальной силы римского частного права, проявляющей-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 176.

ся и в современных условиях, — это его фактическое многостороннее действие в Южно-Африканской Республике (единственный, по всем данным, пример в нынешнюю эпоху).

Характеризуя это действие, придется сначала заглянуть в одну не очень-то известную страницу истории, заслуживающую внимания теоретиков права, — в феномен старонидерландского права, который и сам по себе представляет значительный научный интерес.

Дело в том, что в Голландии, наиболее влиятельной провинции Нидерландов (страны, которая и в современных условиях может гордиться высокой юридической культурой, а также одним из лучших в мире Гражданским кодексом), в средние века сложилась весьма своеобразная юридическая система. Наряду со староголландским обычным правом и в сочетании с ним там действовало римское право, причем — в том виде, какой ему придали глоссаторы и комментаторы, и прежде всего знаменитые голландские правоведы, мыслители (Гуго Гроций, Арнольд Винний, Иоганн Вёт и др.). И здесь уместно взять на заметку то обстоятельство, что именно римское право, его потенциал оказались достойным поприщем интеллектуальной деятельности крупных мыслителей — таких, как Гуго Гроций, и одновременно — то не менее важное обстоятельство, что обогащенное интеллектуальным «вливанием» крупных мыслителей это римско-голландское право вполне отвечало требованиям нового времени, на тысячелетие ушедшего вперед от эпохи Древнего Рима.

И вот случилось так, что на землю организованного голландскими колонизаторами в 1652 г. и быстро разросшегося поселения на мысе Доброй Надежды вместе с переселенцами пришло и римско-голландское право метрополии. Более того, это своеобразная юридическая система сохранилась — примечательный факт! — и после того, как территория голландской колонии перешла к англичанам, которые стали утверждать в Южной Африке, и отчасти с успехом, систему своего общего, прецедентного права (и когда, надо добавить, и в самих Нидерландах на место староголландского права пришло кодифицированное законодательство, ориентированное на французский образец). И самое существенное — такое, по своей основе римско-голландское, право сохранилось и после того, как в начале XIX в. британская колония и бывшие бургские республики объединились в Южно-Африканский Союз. И хотя в новом государственном образовании — нынешней ЮАР — действуют известные принципы и ряд институтов общего, прецедентного права — и такой «симбиоз» явление также знаменательное, — на первый план в ее правовой жизни, и в деятельности южноафриканских университетов, и в практиче-

ской юриспруденции, выступают «живые» конструкции и принципы римского частного права¹.

В особенности – в сфере отношений собственности, вещных прав, возникающих в связи с ними проблем. Здесь, при определенном влиянии общего права, реально действующее («живое») право «сохранило понятийную основу римского права, и часто при решении отдельных вопросов используются с большой эффективностью и к месту дигесты и тексты старых голландских юристов»². С этой точки зрения весьма примечательно – как свидетельствуют имеющиеся в литературе данные, – что южноафриканские судьи и адвокаты в своих аргументах по соответствующим делам постоянно оперируют такими понятиями римского права собственности, как завладение (*occupatio*), приращение (*accessio*), приращение во владении путем обработки и придания вещи нового вида (*specificatio*), передача вещи (*traditio*), приобретение владения через представителя (*constitutum possessorium*).

И вот, быть может, самое поразительное, что характеризует римское частное право как «живое». Это – то, что очень модный в нынешнее время и действительно юридически богатый институт доверительной собственности, сложившийся в англо-американском праве и все более используемый на европейском континенте, так и не был воспринят в Южной Африке. Вместо этого институту судам удается решать соответствующие проблемы во многом с помощью понятий римского права. Так, как будто бы уже вошедшая в жизнь западных стран конструкция доверительной собственности по завещанию конструируется по образу фидеикомисса, фигура доверительной собственности по устному поручению (*inter vivos*) – как вербальный договор в пользу третьего лица (*stipulatio alteri*), доверительная собственность, уч-

¹ В современной литературе отмечается, что с обретением ЮАР независимости «прослеживается четкая тенденция повышенного внимания южноафриканских судов к текстам старых голландских юристов и (внимание! – С.А.) к правовым нормам, для которых они послужили источником. Эти тексты тщательно обрабатывались и применялись к современным условиям». И если, продолжают авторы, в ряде правовых сфер – административном, торговом праве, сохранилось влияние общего, прецедентного права, в том числе принцип связанности прецедентом, то в семейном, наследственном и вещном праве «решающая роль римского права в формулировании доктринальных взглядов неоспорима. Примером этого может служить понятие единства собственности, которое отличают от понятия ограниченных вещных прав и от понятия владения. Столь резкое разграничение этих понятий неизвестно общему праву. Дается также четкое разграничение между сделками, направленными на создание права собственности, и сделками, связанными с его передачей, для признания действительности которых требуется наряду с передачей (или квазипередачей) этого права еще и обоюдное согласие сторон» (*Цвайгерт К., Кётец Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 351).

² Там же. С. 352.

реждаемая в общественно-благотворительных целях, — как дарение на благотворительные нужды (*donatio ad pias causas*).

Так что, как отмечается в литературе, следует признать «удивительным... тот факт, что в решениях южноафриканских судов преемственность римского права в его эволюционном развитии — от классических римских юристов через Юстиниана, глоссаторов, Вёта и Винния до современности — прослеживается гораздо явственнее, чем в наши дни на Европейском континенте, где эта преемственность благодаря посреднической миссии гражданских кодексов если и не прервана, то в значительной мере исчезла из сознания юристов»¹.

11

И В ЗАКЛЮЧЕНИЕ характеристики рациональных начал в праве (и в этой связи — о праве как явлении Разума) — замечание, явно выходящее из числа строго научных, высказываемое автором этих строк в порядке то ли не очень-то очевидной гипотезы, то ли некоторых весьма вольных раздумий.

Суть этого замечания — вот в чем.

Интеллектуальные ценности римского частного права (по справедливости, смею сказать, уже давно названного «писаным разумом») нашли выражение, как уже отмечалось ранее, в *пандектистике* — своде идей и принципов, сокрытых в объективированных конструкциях, формулах, институционных построениях формально-определенных норм, их подразделенности на виды и классы. А эта пандектистика нашла свою обитель прежде всего в Германии, в науке и в законодательстве, в Германском гражданском уложении, — на территории и в среде, которые в современную эпоху стали поприщем углубленной философской мысли, классической философии — высшего проявления разума (так ярко проявившегося в творчестве ряда великих мыслителей — от И. Канта до О. Шпенглера). Тут все, на мой взгляд, закономерно.

А теперь — факт поистине парадоксальный. В Японии — стране, в которой глубоко утвердилась юридическая система, основанная на конфуцианстве и во многих отношениях чуждая, порой прямо противоположная праву Запада с его древнеримскими, формалистическими императивами, казалось бы, внезапно прорвался интерес именно к пандектистике. В литературе по сравнительному праву отмечается, что, хотя в Японии еще до второй мировой войны были приняты некоторые юридические документы и утверждались судебные процедуры по западному образцу,

¹ Цвайгерт К., Кёtz Х. Указ. соч. Т. 1. С. 352.

эти «писаное право и судебные процедуры оставались мертвой буквой» и тем не менее японская правовая наука вплоть до второй мировой войны посвящала себя бескорыстным изысканиям в области пандектистики¹.

Нечто подобное может быть зафиксировано и на Российской земле. В условиях советского тоталитарного строя, при всеобъемлющем господстве коммунистического права, в самый разгар тотального сталинского террора в юридической науке получили небывалое развитие позитивистские правовые исследования. И в первую очередь — разработки цивилистов (тоже бескорыстные и даже находящиеся под жестким, нередко безжалостным прессом официальных марксистско-ленинских догм) как раз по пандектистике, нацеленные к тому же преимущественно на обобщающие гражданско-правовые категории (обязательства, сделки и т.д.).

Наконец, то поистине поразительное только что отмеченное явление — действие в Южной Африке римского частного права как во многом «живой» правовой материи...

Отсюда — предположение-догадка, не претендующая на строго научную гипотезу. *Нет ли некой глубокой вселенской предосновы в том, что пандектистика «вспыхивает» то там, то здесь, но по большому счету, кажется, все же там, где происходят или намечаются «прорывы Разума» в жизни людей?* Ведь в Германии, Японии, ЮАР, России, при всей разноплановости и разноликости происшедших и происходящих в каждой из этих стран событий, — порой, увы, далеко отбрасывающих общество от магистрального цивилизационного развития, — тем не менее отмечены вспышки нестандартных, поражающих воображение интеллектуальных свершений. В том числе и по вопросам права, сосредоточенных в некой одной точке.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ ПРАВОВЕДЕНИЕ И ПРАВОВЕДЫ

1

СВОЕОБРАЗИЕ правовых идей дает основание для того, чтобы с новых позиций подойти к определению места и назначения юридической науки и правоведов в правовой и социальной жизни общества, да и некоторых граней самого понимания права.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 443.

Коль скоро правовые идеи в истинном своем значении (а не просто спекулятивные, умозрительные суждения и фантазии гуманистических «по поводу» права) проникают непосредственно в материю этого социального образования и являются одним из выражений его специфики и черт, то отсюда следует, что и наука, концентрирующая такого рода идеи, — юридическая наука — находится в тесном взаимодействии (и даже — во взаимопроникновении) с позитивным правом, с самим его «телом», с правовой материей.

Это взаимодействие и взаимопроникновение (как показывают данные, относящиеся к различным юридическим системам) являются настолько значительными, что в реальной действительности и в исторических оценках та или иная национальная юридическая система во многом *предстает в том виде, в каком она «выглядит» в разработках и суждениях правоведов*. И это не иллюзорная (во всяком случае — не только и по большей части не столько иллюзорная, подчас идеологизированная) видимость существующих юридических реалий, а также — *сама по себе юридическая реальность*, от которой в немалой мере зависят действие права, его применение, судебная практика. Здесь, надо полагать, научная мысль раскрывает и представляет те не очень-то наглядно, не очень-то зримо выраженные черты и особенности правовой материи, которые без соответствующих правовых идей так бы и оставались «спрятанными» в ее глубинах.

Первая же в истории развитая юриспруденция, которая к тому же приобрела наднациональное значение, — юриспруденция Древнего Рима — «представила» действующее римское право не в его сугубо реалистическом виде необозримого конгломерата бесчисленных прецедентов, преторских эдиктов, разрозненных законодательных установлений (хотя нередко именуемых «кодексами», «конституциями»), а в том упорядоченном, логически стройном облике, какой придали ему в своих многочисленных и обширных трудах разработчики римских правоведов. В особенности — в «золотой век» римской юриспруденции, когда суждения ведущих римских юристов через институт *ius respondendi* приобретали непосредственно нормативное значение¹. Такой облик стройной,

¹ Как показал И.А. Покровский, «мало-помалу не только такие формально данные responsa, но и иным образом высказанные мнения (*sententiae opiniones*) юристов *cum iure respondendi* пробрели большое влияние на практику, в особенности, если мнения разных юристов сходились. Вследствие этого таким мнениям приписывается также сила «как бы закона» (*legis vicem*), а самые эти юристы в глазах последующего времени представлялись подлинными «создателями права» — *conditores juris...*» (Покровский И.А. История римского права. С. 197).

упорядоченной нормативной системы (хотя уже главным образом под углом зрения исторических оценок) еще в большей мере «развернулся» через кодификацию Юстиниана, раскрывшую спонтанно сложившийся строго системный характер римского частного права.

Нечто подобное произошло и с современным общим, прецедентным правом, когда в Англии разработки Блэкстона позволили преодолеть представление о действующем английском праве как о «хаосе прецедентов», а в США — во многом через официозные сборники (прежде всего через Единообразный торговый кодекс) — создать даже видимость известного кодификационного единства всей системы североамериканского права.

И там, и здесь научная мысль, доктринальные разработки в какой-то мере проникли, «вжились» в правовую материю, придали ей в восприятии людей тот облик, который как будто бы не следовал из сугубо внешних о ней впечатлений, но который на самом деле отражал действительные системные характеристики указанных юридических систем как объективированных институционных образований.

2

СПЕЦИАЛЬНО следует отметить те исторически своеобразные случаи в мире права, когда действие юридической системы как регулирующего фактора проявляется непосредственно *через юридическую науку, через суждения и выводы правоведов.*

Наиболее показательны в этом отношении исламское право — совокупность норм, которые следуют из божественных откровений, открытых людям Аллахом через пророка Мухаммеда. Ведь его основной источник — *Коран* — представляет собой собрание заповедей, религиозных изречений пророка Мухаммеда общего религиозного порядка. То же самое характерно и для *сунны* — второго по значимости источника исламского права. И сунна является собранием изречений и деяний, которые мусульманская священная традиция приписывает пророку и его ученикам. То и другое, и Коран, и сунна, являясь источниками права, неизменно остаются носителями божественных откровений; они не кодексы в строго юридическом значении, отличающиеся в идеале по всем нормативным положениям точностью и конкретностью юридических норм. И потому своего рода «перевод» божественных откровений, которым обязан следовать верующий, в конкретные и детализированные юридические нормы, распространяющиеся на те или иные жизненные ситуации, оказался уделом пра-

ведов, которые – надо еще раз это оттенить – призваны сообразно безусловно действующей доктрине не «создавать некое новое право», а раскрывать применительно к тем или иным жизненным ситуациям и формулировать в виде конкретных норм право, дарованное Аллахом и содержащееся в Коране и сунне.

Отсюда – «повышенное» социальное и юридическое значение правоведения и правоведов в области исламского права, их интерпретаций (далеко не всегда точно согласующихся с современным мировым уровнем правовой культуры, что и служит почвой для неблагоприятных, порой жестко отрицательных оценок). И отсюда же следует, что вполне оправданно здесь, в области исламского права, значение источника права, вслед за Кораном и сунной, получило *иджма* – «единое мнение всей исламской общины, неспециалистов и юристов, по какому-либо вопросу исламского учения об обязанностях правоверных»¹. Причем решающее значение в соответствующих случаях придается согласованному, единому мнению ученых; именно оно в конечном счете определяет, какое положение Корана или сунны непосредственно либо по аналогии следует применять в качестве действующего права. И вместе с тем уже начиная с IX в. возобладало мнение, что юристам нельзя принимать самостоятельные решения по какому-либо правовому вопросу, основываясь непосредственно на Коране и сунне. Их деятельность ограничивалась токованием и разъяснением правовых книг, которые отдельными школами были признаны как авторитетные источники².

Иначе сложилась миссия юридической науки в правовой системе из иного времени и юридического ареала, но также отличающейся глубоко идеологизированным характером (по византийскому образцу) – в *системе советского права*.

Здесь главным назначением науки, в особенности ее подразделений, непосредственно представляющим ортодоксальную коммунистическую доктрину, стала идеология мистификации, изображение советского права в качестве «самого передового», «самого лучшего и образцового в мире и во все времена». Этому способствовали некоторые

¹ А в этой связи существенное значение приобрел принцип суждения по аналогии – *кыяс*, «то есть, – как разъясняется в литературе, – применение соответствующих норм, сформулированных в Коране, сунне или *иджме*, к новым аналогичным случаям». Более позднее и более гибкое понимание этого принципа таково: «в качестве нормы права стали признавать единое мнение, достигнутое в определенный период времени учеными всех школ или даже какой-либо отдельной школы. Этот принцип имеет в историческом плане что-то общее с древнеримским *communis opinio prudentium* (единое мнение ученых-специалистов)» (*Цвайгерт К., Кёнтц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 453).

² Там же. С. 543–544.

формулы, включенные в советские законы, иные нормативные акты (такие, как записи о «воле трудящихся», на которых будто бы строятся законы), ряд нормативных установлений социального порядка, также рекламируемых в качестве таких, которые «служат трудящемуся народу». Увы, восхваление такого рода записей и установлений служило в основном декоративным прикрытием реального репрессивного коммунистического режима, который строился на насилии, догмах, и практики диктатуры пролетариата, революционного правосознания.

Но тут могут быть отмечены и явления парадоксального характера.

Советская юридическая система (правда, в тех областях, которые не относятся к самому коммунистическому строю, его институтам) порой становилась заложником проповедуемых в науке идей. В ряде случаев при решении трудовых дел, дел по социальному обеспечению и даже уголовных (не политических) дел, при решении подобных же процессуальных вопросов учреждения советской юстиции стремились продемонстрировать строгость и последовательность «социалистических завоеваний трудящихся» и решали юридические дала с опорой на упомянутые записи и установления в интересах граждан, защиты их прав.

3

НАИБОЛЕЕ ЯРКИЙ, выразительный феномен, демонстрирующий влияние юридической науки на мир права, проявился в тех вариантах исторического государственного и правового развития, когда в области юриспруденции решающее значение приобретали практикующие юристы, образующие влиятельные слои общества, особые сословия.

Именно с такими направлениями государственного и правового развития, вызвавшего формирование влиятельного сословия правоведов-практиков, во многом связано само «появление на свет» общего, прецедентного права. Прежде всего — в том его классическом, «чистом» виде, как это произошло в Англии (а затем — в США, в других странах англо-американской группы). Появление в Англии в XII—XIII вв. королевской юстиции с общей императивной юрисдикцией, осуществляемой профессиональными судьями, как раз и положило начало тому процессу, который в последующие столетия привел к утверждению в жизни общества мощной юридической системы, имеющей по отношению к местным обычаям единый, унифицированный характер (что и обусловило само наименование действующего права как «общего»).

Нередко при освещении своеобразия общего, прецедентного права подспудно проскальзывает мысль, что здесь, в отличие от права континентальной Европы (в особенности германского права), юридическая наука осталась в стороне от правового развития. Да, английская юридическая система не испытала того прямого влияния, которое на континенте оказали на развитие позитивного права, в особенности на кодификационные процессы Франции, Австрии, Германии, Швейцарии, других стран, философия просветителей, теория «естественного права», пандектистика.

Но в Англии произошло явление не менее значительное. Еще в средневековую эпоху в ней в связи с формулярным процессом — как тысячелетие ранее в Древнем Риме — начало складываться и развиваться, так сказать, *первородное* юридическое мышление, выраженное в ориентировке на строгие юридические конструкции, соответствующие правовые идеи и концентрируемое в устойчивых представлениях сословия юристов. Оно, это своеобразное юридическое мышление, не получило такого же, как в культуре римского права, «теоретизированного выражения» в логических суждениях юристов-классиков «золотого века» римской юриспруденции, а затем уже в средневековье — в разработках глоссаторов, в пандектистике. Но здесь, на английской земле, в самом ходе правового развития оказались как бы кристаллизованными, заложенными в саму органику правовой жизни первородные основы истинного правоведения, которое в силу самой по себе юридической логики неизбежно выводит на фундаментальные юридические идеалы и ценности. И надо видеть, что это — тоже юридическая наука, притом в самом строгом ее значении, что впоследствии оказало столь внушительное позитивное влияние на демократическое развитие Великобритании, других стран.

Нужно дополнительно к сказанному отметить еще и то, что английская юридическая культура, в особенности в ходе начавшихся в XVI—XVII вв. известных демократических преобразований, находилась все же не только в общем потоке мирового правового развития, но и в поле общего европейского просветительского движения, взаимодействия и взаимовлияния с развитием правоведения на европейском континенте. А это обуславливает принципиальную идентичность результатов правового развития и в немалой степени, на мой взгляд, коренится в единстве исторических греко-римских корней континентального права и аналогичных процессов становления права в Англии.

ОСОБЕННОСТИ развития общего, прецедентного права в США, так же как и в Англии, во многом связаны с сословием юристов, с тем типом юридического мышления и правопонимания, который сопряжен с деятельностью юристов-практиков. И здесь, по словам Макса Вебера, наблюдается та закономерность правового развития, в соответствии с которой правовой стиль какого-либо определенного общества отчетливо проявляется в профессиональном образовании и деятельности, в сословных организациях и экономических интересах юристов, именуемых Вебером юристами высокого ранга (*Rechtshonoratioren*)¹.

Вместе с тем представляется весьма важным учитывать своеобразие влияния правоведения и правоведов на американскую юридическую систему, которое в свою очередь решающим образом обусловлено рядом особенностей самой этой системы. Тем прежде всего, что она как система общего, прецедентного права, воспринятая переселенцами при формировании североамериканской государственности уже в «готовом», и притом сугубо прагматическом виде, не несла в себе сформировавшихся ее исторических традиций, трудной судьбы и ценностей общеевропейской значимости. И плюс к тому еще — отторгала всякого рода «юридическую казуистику», пандектистику, ее «премудрости», относимые по настроениям американских революционеров к европейской феодальной схоластике и реакционным порядкам.

С другой стороны, воспринятое в своеобразных североамериканских условиях общее, прецедентное право в его прагматической значимости сразу же получило опору в ведущем источнике писаного права — в Конституции 1787 г., которая наряду с передовыми институтами демократической государственности закрепила основные, фундаментальные права и свободы человека, имеющие высокое гуманистическое содержание. И потому корпус американских юристов, в первую очередь служители Фемиды — судьи, взамен «догматической схоластики» получили в каче-

¹ Weber Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 1956. S. 457 ff. По утверждению М. Вебера, такого рода особенности профессионального образования и деятельности юристов-практиков, наиболее выразительно проявившиеся в английской юридической элите, связаны с процессом обучения в средневековых школах-гильдиях: «Этот способ обучения естественным образом приводит к формализму в обращении с правом, основанным на прецедентах и аналогиях. Практика применения права требует... не его систематизации, а создания списка типовых контрактов и исковых формуляров, пригодных для практических потребностей и ориентированных на постоянно повторяющиеся тяжбы. Поэтому воспроизводится то, что возросло на почве римского права под названием «каутеларная юриспруденция» (*Kautelarjurisprudenz*)».

стве главного ориентира своей профессиональной деятельности и образа юридической мысли высшие духовные, гуманитарные ценности.

Все это позволило американскому правоведению по ряду позиций «вырваться вперед» в мировом правовом развитии; и одновременно, к сожалению, по сути дела игнорировать или прямо отторгать «юридическую догматику», все то, что в действительности относится к самим основам юридической культуры как глобальному явлению. Последний из указанных моментов к тому же совпал как с особенностями исповедуемых большинством переселенцев социально-культурных ценностей, не имеющих для переселенцев собственных корней на американском континенте, так и со своеобразием силового американского капитализма с его жесткой направленностью на сугубо прагматические результаты рыночной экономики, первоначально — как, увы, везде — выступившей в виде «разбойничьего рынка».

Отсюда с достаточной отчетливостью можно видеть как несомненные достоинства американской юриспруденции, ее непреклонность в утверждении прав и свобод человека и придании приоритета в юридической области правосудию, так и, с другой стороны, ограниченность и однобокость юридических подходов и образа мысли, характерные для них тенденции отторжения собственно юридических ценностей, склонность к замене их категориями чисто экономико-прагматического, узкосоциального и даже личностно-психологического характера.

Именно с этим сопряжено доминирование в американской юриспруденции узкосоциологических «реалистических» интерпретаций права, и сообразно этому — придание значения общезначимых постулатов таким сентенциям американских правоведов (подчас высказываемых попутно, в публицистическом жанре), как-то: «право существует вне логики: оно основано на опыте», и само оно, право, — явление «простого пророчества, которое суды претворяют в жизнь» (Холмс), — или сентенциям, согласно которым то, как «судьи решают споры, и есть само право» (Н. Люэлин).

Такого рода процессы в американской юриспруденции, связанные с утратой правовых идей, ценностей мировой юридической культуры¹,

¹ По мнению Паунда (которое, как и мнение М. Вебера, воспроизводится по книге К. Цвайгерта и Х. Кётца), «современный преподаватель права должен изучать социологию, экономику и политику. Он должен знать не только судебные решения и принципы, лежащие в основе их принятия, но в той же мере обстоятельства и условия, социальные и экономические, в которых эти принципы должны применяться, а также состояние умов и чаяния населения, составляющие среду, в которой эти принципы будут практически реализованы. «Юридические монахи», которые проводят свою жизнь в атмосфере чистого права, безжизненной и лишённой живого человеческого слова, не могут сформулировать практические принципы, применяемые в беспрестанно меняющемся мире

место которых во многом заняли требования «прагматического реализма»¹, стали наряду с отмеченными ранее достоинствами определяющими в правовой жизни. Здесь, разумеется, есть позитивные элементы, важные для практики и правопонимания акценты (в том числе, например, для определения места и значения в сфере права категории «жизненная ситуация», учета при решении таких ситуаций экономических, политических, нравственных и даже психологических факторов). И определенные элементы реалистического подхода к правовым явлениям получили известное признание в европейской юриспруденции, в том числе — во Франции и в Германии. Но в отличие от Германии и Франции идеи Паунда и «реалистов» стали в правовой жизни Соединенных Штатов доминантой. «Правовые проблемы, введенные в научный оборот под названием «юридический реализм»... — справедливо отмечено в литературе, — определяли развитие правовой мысли в США на протяжении прошлого поколения и фактически стали «общим местом»².

Некоторые весьма неблагоприятные, по мнению автора этих строк, тенденции в развитии юридической системы США, о которых пойдет речь в следующей главе, в немалой степени сопряжены как раз со сложной, противоречивой судьбой правовых идей и всего правоведения в их взаимосвязи с развитием американской экономики и политики.

5

НАРЯДУ с той значительной ролью, которую играют в мире права юристы-практики (притом, что наиболее существенно, — через сферу юридического мышления, правовых идей), необходимо отдать должное также и тому направлению развития правоведения, стержнем которого являются научные обобщения высокого уровня — теория права.

из крови и плоти. Наиболее логичные и блестяще обоснованные нормы могут уничтожать право при практическом применении, так как не приспособлены к среде, в которой они должны проводиться в жизнь» (*Цвайгерт К., Кёму Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 368–369).

¹ Как отмечается в современной научной литературе, ««реалисты» видели свою важнейшую задачу в том, чтобы разыскивать и анализировать фактический материал, на основе которого «слуги закона» принимают определенное решение для данного конкретного случая, и никакое другое. Исходным пунктом при этом служит убеждение, что традиционная правовая догматика не имеет большого значения для решения дел и часто лишь дает материал, который помогает судье дополнительно отшлифовать решение, уже найденное им ранее другим способом. По мнению «реалистов», даже связанность прецедентом более не гарантирует стабильности права и предсказуемости будущих судебных решений, что является основным постулатом ортодоксальных учений» (*Цвайгерт К., Кёму Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 369–370).

² *Yntema.* American Legal Realism in Retrospect, 14 Vand. L. Rev. 317 (1960) (цит. по: *Цвайгерт К., Кёму Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 370).

Недооценка этого направления в современном правоведении и практической юриспруденции, проскальзывающая в суждениях и оценках немалого числа философов и правоведов (таких, как суждения об «онаученном» праве или «профессорском праве»), обусловлена не только упрощенно понимаемыми потребностями в живом праве, столь необходимым в нашу прагматическую эпоху. Такая недооценка обусловлена, по всей видимости, и тем влиянием, которое по ряду геополитических причин и фактических реалий оказывает американская юриспруденция, овеванная неким ореолом ультрасовременности, на умы политических деятелей и правоведов других стран. Тем более — в обстановке будто бы происходящего «заката Европы».

Между тем категории и разработки, относимые подчас с ноткой пренебрежения к «профессорскому» или «онаученному» праву (или даже, сообразно американскому научному стилю, к неким изыскам, по словам Паунда, «юридических монахов», проводящих, по его же словам, «свою жизнь в атмосфере чистого права»), достойны, несмотря на имеющиеся крайности, совсем другой оценки. Эти категории и разработки, базируясь на уникальных достижениях римско-правовой мысли, основополагающих категориях мировой юридической культуры, призваны выражать в системе обобщений высокого уровня удивительное своеобразие правовой материи, ее специфическую логику, а отсюда — «выход» права на фундаментальные ценности человеческого бытия, его настоящего и будущего, его судьбы. Что, в свою очередь, предопределяет отношение в данном обществе к праву и к правоведению в настоящее время и в перспективе.

Вот почему, как уже отмечалось, есть серьезные основания для того, чтобы придавать процессу «онаучивания» права, начавшемуся в Европе с XVIII—XIX вв., не негативный оттенок, как это заметно в суждениях и оценках ряда специалистов в области сравнительного правоведения последнего времени, а значение явления крупномасштабного порядка — притом не только в отношении обогащения регулятивного потенциала современного права, но и в отношении развертывания его интеллектуально-гуманистического содержания, а также соответствующих тенденций и перспектив его развития.

Под этим углом зрения можно отметить, по крайней мере, *два* направления влияния теоретических разработок, осуществляемых в юридической науке, на правовую жизнь общества.

Во-первых, это более углубленное понимание своеобразной материи права, которое в силу самой юридической логики «выводит» на важнейшие общечеловеческие идеалы и ценности.

Об этом еще раз (после аналогичных по своей сути характеристик правовых идей) приходится говорить, в частности, потому, что в общественном мнении и, увы, в суждениях видных ученых из области естественных и технических, а порой и гуманитарных знаний утвердились сдержанные, а иной раз и прямо пренебрежительные оценки «правовой догматики» и «юридического позитивизма» как области научных знаний «низшего сорта». Как о чем-то таком, что не идет дальше некоторой «просто азбуки» в сфере законодательства и судебной деятельности, сопровождаемой какими-то ненужными «премудростями». Но такого рода оценки, пожалуй, могли быть сравнимы с тем, как если бы о математике в целом судили по особенностям элементарной арифметики. И сообразно этому – видели в высшей математике всего лишь непонятное скопление цифр и условных значков (именно подобным образом иной раз оценивают «непонятные» сложности и премудрости правоведов, занимающихся теоретическими разработками права).

Конечно, понимание «глубин» юридической материи требует непростых специальных юридических знаний, стремления проникнуть в существо, казалось бы, простейших юридических понятий – «субъект», «объект», «правомочие», «притязание» и т.д. Но стоит только встать на путь основательной научной проработки даже такого правового материала, как оказывается, что в юридической материи обнаруживается своя «высшая математика» – свои своеобразные свойства, сложные и тонкие связи и соотношения, для которых характерна особая юридическая логика. Эта логика, базирующаяся на сочетании «должного» и «сушего», на ряде других уже отмеченных в предшествующем изложении оснований, состоит, в частности, в том, что особенности права, характерные для него связи и соотношения неизбежно стягиваются (даже в неблагоприятной для права социальной среде) к своему центральному звену – к субъективным юридическим правам, как бы по самой юридической логике требуя в том или ином виде и значении свободы для субъектов, исключения произвола, насилия. И она, эта юридическая логика, в силу своих оснований и особенности уже несет в себе необходимые предпосылки и перспективу движения человечества к более высоким ступеням цивилизационного развития.

Понятно, такого рода предпосылки и перспективу в конце концов «схватывают» и юристы-практики, овладевшие, пусть во многом и спонтанно, интуитивно тайнами юридической материи. Но путем юридической теории (коль скоро она не соскальзывает в наукоподобные спекуляции, формалистические крайности) эта «высшая математика» права может быть раскрыта во всей своей полноте, многогран-

ности, привлекательности. И тогда под «лучами» такой углубленной теории под внешним, сугубо прагматическим, регулятивным слоем юридической материи раскрывается, расцветиваясь многоцветием культуры и свободы, ее истинный смысл и назначение в жизни людей. Те ее качества, которые в ходе развития человеческой цивилизации воплощаются в праве цивилизованных народов.

Во - в т о р ы х, существенное направление влияния теоретических разработок, осуществляемых в юридической науке, на правовую жизнь общества выражено в выводах правовой теории о структуре права, его системе.

Позитивное право как жесткий организм (институционное образование) отличается объективно существующей структурированностью — тем, что в ходе правового развития в нем спонтанно, естественным путем складываются известные общности — отрасли, институты, иные подразделения. Но эти подразделения далеко не всегда находят внешне строгое, четко объективированное выражение¹, и это весьма отрицательно сказывается на восприятии права, его толковании, практическом применении.

И вот тут на «помощь» позитивному праву приходит правовая теория. В ряде случаев — и это характерно прежде всего для юридических систем, построенных на прецедентах (т.е. в настоящее время главным образом праву англо-американской группы), — для придания праву относительной системности, точнее для ее «раскрытия» или формального констатирования, оказываются достаточными сами по себе теоретические разработки (как это случилось в отношении английского права еще в середине XVII в. благодаря труду У. Блэкстона «Комментарии к английским законам») или неофициальная либо полуофициальная, официозная систематизация действующего права (как это реализовалось в отношении частного коммерческого права США).

По большей же части — и это характерно главным образом для романо-германского права — решающую роль играют здесь теоретические обобщения высокого уровня и правовые идеи, которые (обобщения, идеи) становятся «правовыми реальностями» *путем кодификации*. Кодексы, таким образом, выступают в данном случае преимущественно

¹ Вряд ли верен во всех отношениях распространенный в литературе взгляд, в соответствии с которым общее, прецедентное право в силу самой своей природы хаотично, не обладает «достаточной способностью к самоструктурированию» и не может служить основой для рациональной систематизации. Другой вопрос, что эта структурированность как бы «спрятана» в необозримом множестве прецедентов и отдельных законодательных установлений и потому не находит (и сама по себе не может находить) строго внешнего выражения.

не в виде «формы систематизации» (как это принято считать), а в виде высшей формы законотворчества и в этой связи – способа формирования четко структурированной юридической системы с высоким уровнем нормативных обобщений. Как отмечалось в предшествующем изложении, наиболее ярким образцом такого кодифицированного акта стало Германское гражданское уложение, Гражданский кодекс России, другие российские кодифицированные законы.

Вместе с тем и для правовых систем романо-германской группы, в том числе и для российского права, существенное значение сохраняют и научные разработки по системе права как таковые, независимо от того, реализованы они или нет в законодательстве. В тех или иных научных разработках могут неодинаково, с разными акцентами отражаться те или иные элементы и тенденции, связанные с системой права. И это соответствующим образом влияет на то, как и в каком образе «выглядит» и функционирует действующее право, как и в каких направлениях вырисовывается его развитие.

Характерный пример тому – ожесточенные дискуссии, которые в 1930–1940-х гг. проходили в условиях советского общества по проблемам системы права. Прежде всего – по проблеме о месте гражданского права в «правовой системе социализма», о том, не следует ли его «заменить», как настаивали правоведа ортодоксальной марксистской ориентации, хозяйственным правом, призванным утверждать плановые начала экономики, приоритет государственной собственности, другие принципы социализма. Несмотря на то, что доминирующую роль в советском правоведении того времени играли последовательные марксисты-ортодоксы, цивилистическая наука сохранила свои позиции, в том числе и по вопросу о фундаментальном значении в правовой системе гражданского права. И это объясняется не только научным потенциалом этой базовой науки, но также и тем, что и в советской, в целом по марксистским канонам опубликованной, юридической системе, пусть и подспудно, реально в самом тексте действовавшего ГК существовали частноправовые элементы, и они определенным образом «давали знать» о своей перспективности, о том, что рано или поздно придет и их «время».

6

ДУМАЕТСЯ, с учетом изложенного выше материала есть основания утверждать, что в связи с особенностями права (как «явления Разума») правоведение и правоведа призваны занимать высокое место в социальной иерархии общества. И не только потому, что они имеют

ближайшее отношение к ключевым звеньям общества, прежде всего — к политической власти и к собственности, нередко напрямую включаясь в соответствующие политические и коммерческие структуры. Но и потому как раз, что состояние действующего права, выступающего наряду с другими характеристиками в качестве явления интеллектуального порядка, существенным, а нередко и решающим образом зависит от состояния науки, творческой активности правоведов — и юристов-практиков, и юристов-теоретиков.

С этой точки зрения имеются весомые основания полагать, что именно в области юриспруденции науке и специалистам-профессионалам уготовано особое, если угодно, «повышенно значимое» место, ничуть не уступающее, а в чем-то превосходящее значение науки и профессиональной деятельности в иных социальных сферах (включая экономику, управление).

Конечно, подобная оценка оправдана постольку, поскольку имеется в виду действительно независимая наука, исповедующая высокие идеалы истины, приверженности к общечеловеческим ценностям, служения людям. И тут в сфере правоведения есть проблемы, связанные с тем, что деятельность юристов во многих случаях «замкнута» на обслуживании интересов государственного аппарата, а порой, в особенности при доминировании авторитарной власти и тоталитарных режимов, напрямую носит «придворный» характер, строится по принципу «чего изволите» и, к несчастью, подчас утрачивает даже подобие правовой деятельности в ее истинном значении.

Но как бы то ни было, в праве, даже при самых неблагоприятных условиях, имеются гуманитарные начала. А наука всегда есть наука, в ней изначально заложен «кодекс научной чести и научного подвижничества», и во все времена в правоведении, как по своей проблематике и в иных отраслях знаний, служили истине, ценностям и идеалам права крупные ученые-правоведы, великие умы, такие как Р. Иеринг, Л. Дюги, Г. Кельзен, Л. Петражицкий, И. Покровский, Э. Рабель и др. Всегда, даже в самых тяжелых политических и социальных условиях, в практической юриспруденции, наряду со всем негативным и в противовес ему, достойное место занимали юристы-профессионалы, стремящиеся утвердить в жизни — пусть и сообразно условиям и времени — идеалы и ценности права.

Такого рода оценка правоведения и правоведов находит подтверждение даже применительно к таким, крайне неблагоприятным условиям, в которых работали ученые и практики-юристы в обстановке советского тоталитарного режима. При всех пороках и негативах со-

ветской юриспруденции и в то время, порой исподволь, но вместе с тем целеустремленно шла работа по развитию глубоких правовых принципов. Один из примеров такой работы уже отмечен в предшествующем изложении. Это, в частности – проработка видными учеными-цивиристами того времени (Е.А. Флейшиц, Х.И. Шварцем и др.) острой проблематики, относящейся к гражданской ответственности государства за акты власти, что нашло отражение еще в советском законодательстве, в Основах гражданского законодательства 1961 г. (ст. 89), а затем послужило предпосылкой для последующих теоретических и законодательных разработок и новелл уже в годы начавшихся демократических перемен¹.

Здесь есть предпосылки и для более основательных выводов. Надеюсь, не будет преувеличением утверждать, что именно истинное положение правоправедения и правоправедов в том или ином обществе является показателем действительного состояния права и законности в данной стране. Стремится ли государственная власть «приручить» правоправедов, втянуть их в свою машину властвования и сформировать податливую и щедро облагодетельствованную «придворную» юриспруденцию (первый вариант) *и л и ж е* государственная власть (второй вариант) поддерживает самостоятельность и независимость отечественного правоправедения, поддерживает его как суверенную сферу социальной жизни, «терпит» любые его основательные разработки и неизменно считается с ним в практической жизни – *именно это является безошибочным «индикатором» фактического положения дел в области права в данной стране, его (права) действительных возможностей и судьбы.*

¹ См.: *Маковский А.Л.* Гражданская ответственность государства за акты власти // Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова. С. 67 и сл.

Часть третья. Перспектива

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ НАДЕЖДА

1

ПРАВО — одно из немногих явлений современной цивилизации, которое получило общее признание в качестве неперемennого условия нормального существования людей, феномена исконно цивилизационного порядка, достижения человечества, его культуры. И именно в таком качестве и таком значении праву, по общему признанию, уготовано оптимистическое будущее — оно переходит в новое, третье тысячелетие и призвано по-прежнему играть достойную, высокозначимую роль в жизни человеческого сообщества.

Потому-то, надо полагать, само понятие «право», производные от него формулы и лозунги, в том числе «правовое государство», «правовой порядок», «законность» и т.д., независимо от реального положения дел в том или ином обществе, повсеместно и постоянно используются буквально всеми: и правящими режимами, и политической элитой, и оппозиционными кругами, деятелями разной политической и моральной ориентации, обывателями. Притом неизменно используется как надежный знак приверженности высоким требованиям современной развитой цивилизации, культуры, морали. Иной раз, увы, как некое общее место, дежурная фраза, привычный словесный оборот, дабы не прослыть реакционером.

С великим сожалением приходится констатировать и то, что декларации о праве в ряде случаев использовались в качестве прикрытия античеловеческих, репрессивных режимов, оправдания фактов произвола и государственного терроризма. Ведь даже чудовищный режим гитлеровского нацизма именовал себя «правовым государством», а СССР, другие коммунистические страны, выразив свое презрение к праву в постулатах его «отмирания» и в практике «революционного правосознания», вместе с тем довольно искусно маскировали массовые факты расправ и террора «открытыми судебными процессами», другими на первый взгляд современными юридическими формами

и процедурами — тем, что в социалистическом обществе все происходит «по закону», в соответствии с «социалистической законностью».

2

МЕЖДУ ТЕМ реальное значение права, его высокий престиж в современном мире на рубеже третьего тысячелетия действительно имеют глубокие, вполне оправданные основания. Право по самому своему существу может быть охарактеризовано как *наша, людей, надежда*. И в этом отношении как условие и средство решения многих сложных (увы, не убывающих по числу и по количеству среди них острых) проблем, преодоления негативных тенденций и опасностей, а главное — условие и средство поступательного развития человечества, его всесторонней модернизации. Отчасти по зрелым размышлениям, по данным науки, а нередко и интуитивно, по наитию это реальное значение и миссия права в жизни людей и «улавливается» в самом факте его высокого престижа. А это в свою очередь является порой побудительным фактором и для спекулятивного, в маскировочных целях манипулирования правовыми формулами и лозунгами.

Здесь принципиально важно сделать ударение на главном факте — на том обстоятельстве, что наиболее крупный сдвиг в истории человечества — переход от традиционных к либеральным цивилизациям по своей сути немислим без права.

Ибо кроме права нет иной социальной формы, через которую может быть реализована и обеспечена сама предоснова любой цивилизации либерального типа — великая *самоценность жизни человека, свобода людей*, оптимальная реализация *индивидуальности* человека (для этого не «приспособлены» никакие иные социальные регуляторы: ни мораль, ни обычаи, ни корпоративные императивы). И кроме права нет иной социальной формы, которая бы обеспечивала существование и оптимальное функционирование общества, его экономической, социальной и политической систем в условиях реализованных либеральных ценностей и идеалов, т.е. существование и функционирование на началах *саморегуляции* — самоуправления в политической и социальной сферах, рыночной саморегуляции в экономической сфере (на постиндустриальной стадии развития экономики).

К этому следует добавить и то, что опыт прошлого и настоящего свидетельствует — неизбежная в условиях цивилизации борьба с наиболее отвратительными проявлениями человеческого бытия, *произволом* (включая все виды преступности) и *насилием* (допускающими

и оправдывающими *уничтожение человека*), вне права не только не приводит к ожидаемым результатам, но и неизменно оборачивается такой же или еще большей бедой для людей.

Есть здесь основания и иного, тоже фундаментального порядка, но относящиеся непосредственно к праву, к правовой материи.

Речь идет не только об уникальных особенностях позитивного права, его качестве жесткого организма и одновременно — живого права, но и о связанном с этим своеобразии юридической системы как эффективного регулятора (прежде всего — об общеобязательной нормативности, всеобщности), т.е. о том, без чего само существование и функционирование общества в условиях всесторонней модернизации невозможны.

Главное здесь — это то, что сама по себе правовая материя (о чем, как мы видели, свидетельствуют данные, относящиеся к различным юридическим системам) спонтанно, в силу самой юридической логики *«ведет» к важнейшим гуманитарным ценностям*. Причем это касается юридической материи как таковой — даже в условиях, когда особенности права в достаточной мере еще не раскрылись, да и сама юридическая система обслуживает главным образом власть, выполняет в основном карательно-запретительные функции, носит в целом реакционный, античеловеческий характер. Словом, в позитивном праве, во многом независимо от функций в данных конкретных исторических условиях, все же наличествует — пусть до поры до времени и потенциально или в урезанных формах — «социальный плюс». В нем как бы изначально заложена настроенность («заданность») на цивилизационные идеалы и ценности высшего порядка — обеспечение высокого статуса и достоинства личности, свободы людей, реализацию начал справедливости, равновесности в правах и обязанностях, исключение из жизни людей произвола, насилия.

Право, стало быть, по самой своей природе — гуманитарный институт высокой значимости, призванный по самой изначальной сути («замыслу») служить людям.

Эта поистине удивительная специфика позитивного права, подтверждаемая самой жизнью, реальной практикой, в полной мере еще не осмыслена наукой (хотя, надо полагать, признание права в качестве «явления Разума» уже во многом объясняет указанную настроенность, «заданность» или, во всяком случае, открывает путь к ее постижению).

В многотысячелетней человеческой истории судьба права, его изначальная предназначенность служить людям оказалась причудливой, порой трагичной. На первых фазах истории, долгие тысячелетия право выступало в неразвитом, примитивном виде — в виде обычаев, прецедентов, отдельных законодательных установлений; все это становилось инструмен-

том власти, по большей части подчинялось произволу правителей. И все же право по мере развития общества все более и более раскрывает свою суть, свое историческое предназначение. И наконец, в ходе великого, глобального исторического сдвига, когда реализуется переход человечества от традиционных к либеральным цивилизациям, суть права в условиях гражданского общества как бы обнаруживает свою изначальную предназначенность, и право заявляет о себе как инструмент обеспечения самоценности жизни, свободы, основополагающий гуманитарный институт и одновременно как надежное, соответствующее требованиям цивилизации средство борьбы против своего исконного антагониста — произвола, насилия.

Отсюда становятся, можно предположить, понятными высокие оценки права в суждениях знаменитых мыслителей, философов и правоведов. Вплоть до таких, как это делает Иммануил Кант, когда право оценивается в качестве *цели общества, главного критерия* общественного развития.

3

ВОТ МЫ ПОДОШЛИ к главной характеристике современного права, которая позволяет видеть в нем надежду человечества, к его особенностям как *права человека*. И одновременно в этой связи (или даже — как к исходному фактическому поводу рассмотрения проблемы) — к правовой трактовке одного из «знаковых» событий конца второго тысячелетия — делу Пиночета, о котором говорилось в прологе к настоящей книге.

Но сначала — несколько слов о том месте, которое заняли категории прав человека после второй мировой войны. Именно — после второй мировой войны, в 1950—1960-х гг. Ибо известные со времен античности и возвышенные как основополагающие духовные демократические принципы в эпоху Просвещения, в годы Великой французской революции, в последующие десятилетия XIX и первой половины XX в., права человека как неотъемлемые, прирожденные права личности как раз в 1950—1960-х гг. заняли центральное место в политической и духовной жизни демократических стран, в ценностях и идеалах, исповедуемых демократической общественностью. Ужасы второй мировой войны, кровавый вандализм тоталитарных режимов, нередко прикрываемые внешне престижными государственными институтами, потребовали того, чтобы права человека, его исконная свобода и достоинство стали основой и высшим критерием правового порядка в мире, во всех странах.

И как раз с той поры, с Декларации ООН по правам человека 1948 г., последующих международных документов, в мире, завоевывая все но-

вые и новые рубежи, утвердилась в качестве господствующей общечеловеческой ценности *культура прав человека*. Пожалуй, даже — все более доминирующего на планете — *духа прав человека*.

Весьма примечательно в этой связи, что и во внутригосударственном праве демократических стран, в том числе в конституциях, других фундаментальных законах, заглавное место стали занимать нормативные положения о правах и свободах человека, о достоинстве личности. Не менее существенно и то, что во главе этого процесса оказались страны, пережившие ужасы тоталитарных диктатур и потому в реальной жизни выстрадавшие потребность утверждения стойкой преграды перед этим бедствием и проклятием, — Германия, Испания, Италия, в конституциях которых положения о правах человека стали заглавной формулой и определяющей основой построения всего конституционного строя.

4

ОБРАТИМСЯ ТЕПЕРЬ к тому, обозначенному ранее, исходному пункту, отправляясь от которого попытаемся охарактеризовать право современной эпохи, — к делу бывшего чилийского диктатора.

Напомню суть дела. Генерал Пиночет, глава военной хунты, совершившей в начале 1970-х гг. государственный переворот и учредившей затем репрессивный режим в Чили, был в 1998 г. во время его частной поездки задержан в Великобритании по обвинению, представленному Испанией, в преступлениях против человечности. В то время, когда пишутся эти строки, казалось бы, все точки над «i» в этом деле уже поставлены. Пиночет в связи с состоянием его здоровья по сугубо гуманитарным соображениям не выдан Испании, а получил возможность вернуться в Чили. Хотя — нужно заметить — уже на чилийской земле ставится вопрос о привлечении бывшего диктатора к ответственности по чилийским законам.

Но как бы то ни было (и даже независимо от того, как завершится данное дело в Чили), главное, что имеет принципиальное значение для права на рубеже нового, третьего, тысячелетия христианской эры, *уже произошло*. Это главное заключается в том, что нарушение прав человека в любой стране получает оценку в качестве деликта надгосударственного порядка и что вытекающие отсюда правовые последствия имеют обязательную юридическую силу во всем мировом сообществе. А это значит (внимание!), что *права человека становятся действующим правом в глобальном отношении — на «наднациональном», надгосударственном уровне*. И что, следовательно, права человека обладают, скажем так, *супермощной, универсальной юридической силой*, и потому

по вопросам прав человека утверждается идея *универсальной юрисдикции*. И главное — в соответствии с приоритетом международного права каждая национальная юридическая система призвана строиться соответственно принципам и критериям *права человека*.

Тут нужны некоторые пояснения. В мировой юридической практике еще до дела Пиночета права человека начали получать признание в качестве непосредственно действующих, обладающих прямой юридической силой, независимо от установлений той или иной национальной юридической системы. Еще в 1996 г. судебные инстанции Германии посчитали возможным на основании одних лишь положений о правах человека привлечение к ответственности деятелей «другого», притом уже не существующего государства — бывшей ГДР за действия, которые они совершали по существовавшему в свое время (но к моменту рассмотрения юридического дела утратившему силу) «социалистическому законодательству».

Здесь же, в Великобритании, при рассмотрении дела Пиночета, такого рода линия не только получила завершение в виде признания глобального, надгосударственного юридического статуса прав человека, но и в соответствии со спецификой общего, прецедентного права нашла отражение в самом содержании действующей юридической системы. Ибо, напомню, право Великобритании характеризуется как раз тем, что в нем как в системе общего прецедентного права демократические правовые ценности и идеалы не просто учреждаются декларациями «сверху» (что во многих случаях на долгое время оставляет их сугубо «бумажными» и пропагандистскими формулами), а формируются и утверждаются в самом процессе правового развития и по своим результатам прямо «входят» в действующую юридическую систему, а отсюда и в практику правовой и политической жизни.

Последнее из указанных обстоятельств является в высшей степени важным. Оно, надо полагать, уже в значительной мере объясняет смысл высказанного выше утверждения о том, что каждая национальная юридическая система теперь «призвана строиться соответственно принципам и критериям права человека». Прошу внимания! Не просто *прав* человека, а именно *права* человека! Стало быть, не в значении одних лишь субъективных возможностей индивида, отдельного лица, имеющих к тому же в основном духовное, моральное значение (как до сих пор понимается данное выражение), а прежде всего *в значении объективного права, элемента или даже основы действующей юридической системы со всеми присущими объективному праву характеристиками — общеобязательностью, государственным принуждени-*

ем к исполнению соответствующих требований, юридической ответственностью за их невыполнение.

Тут нужно вспомнить азбучное положение из области юридических знаний. Слово «право» в юриспруденции имеет два основных значения: во-первых, значение субъективных прав (юридических возможностей индивида, конкретного субъекта, например, правомочий гражданина на получение пенсии) и, во-вторых, значение объективного права (системы норм, законоположений – например, пенсионное право).

Так вот, права человека только тогда обретают действительную юридическую силу и значимость, когда – и тут, казалось бы, при «повторе слов», нет никакой тавтологии! – *действующая юридическая система становится «правом человека»*. То есть – когда действующая юридическая система, сохраняя все особенности общеобязательного, властно-принудительного нормативного регулятора, вместе с тем по своему содержанию, юридическим механизмам, построению юридических институтов, процедур *ю р и д и ч е с к и настроена на служение человеку*. И когда, следовательно, человек, его неотъемлемые права становятся высшим принципом и высшим критерием – притом не только общечеловеческим, но уже и юридическим критерием! – при решении любых правовых вопросов. И когда, нужно добавить, в практическом отношении права человека как категория духовного, морального порядка высокой значимости оснащаются силой юридических механизмов и средств действующей юридической системы, что и делает их полностью субъективными правами и в строго юридическом значении.

Есть весомые основания полагать, что перед нами – *самое знаменитое явление в процессе преобразования права при переходе человечества к цивилизациям либерального типа*. Если угодно, кульминация «либеральной революции» в праве.

Сейчас, на пороге нового тысячелетия, при всей значительности самого этого качественного перелома в мире права, мы пока находимся на первых фазах указанного процесса. Сам переход человечества к цивилизациям либерального типа происходит в ходе сложнейших столкновений, противоречий, переплетения разнообразных факторов, социальных сил, исторических зигзагов. И это, конечно же, накладывает свою печать на правовое развитие, нередко резко осложняет, деформирует его. Но принципиально важно, что сам этот «качественный перелом» в мире права определился с должной строгостью и главное – уже реально происходит.

Причем факты последнего времени свидетельствуют, что в такого рода перенастройку юридических систем в практическом отношении вовле-

каются новые сектора права. Так, вслед за весьма определенным решением вопросов, связанных с нарушением неотъемлемых прав человека, относящихся по своему профилю к уголовному правосудию (и по делу бывших руководителей ГДР, и по делу Пиночета), в судебной практике Германии, ряда других стран — как будет показано в последующем изложении — намечается аналогичная линия по проблематике частного права.

И вот здесь важен, так сказать, масштаб подхода к рассматриваемому явлению. Наряду с отработкой юридических механизмов, всего правового инструментария в соответствии с идеалами и критериями права человека (многогранная работа, которая по всем данным требует долгих лет упорного труда) первостепенное, на мой взгляд, значение принадлежит ключевому звену — *самому факту должного осознания* того, что человечество вступает в новую *полосу бытия права, в новую эру права*, и отсюда — *более высокой и более значимой ступени правосознания и правового мышления*, а следовательно — самой трактовки всего комплекса юридических институтов, принципов и идеалов, тенденций и перспектив их развития.

Одна из таких «новых трактовок» — характеристика законности как принципа современного демократического общества. «Законность», нередко определяемая в качестве общего, одинакового для каждого общества требования строжайшего соблюдения существующих юридических норм, в действительности может иметь качественно разное значение, далеко не всегда с одними только позитивными характеристиками и оценками (коварная миссия «социалистической законности» в советском обществе, олицетворявшей режим сталинской тирании и произвола, — тому пример). Поэтому сама логика жизни потребовала того, чтобы приведенная выше общая характеристика законности, при всем ее значении, получила бы как принцип современного демократического общества особое выражение, отвечающее сути права человека.

Думается, соответствующая формула уже прозвучала в исследованиях выдающегося мыслителя Ф. Хайека, которому порой отводят амплуа всего лишь «теоретика-рыночника», но который, надо полагать, достоин более высокого статуса — классика современного либерализма, его основ. Именно в исследованиях Ф. Хайека при рассмотрении самой сути общества, утверждающего либеральные ценности, сформулировано положение о *правозаконности* как об одном из величайших достижений либеральной эпохи, «послуживших не только щитом свободы, но и отлаженным юридическим механизмом ее реализации»¹.

¹ Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 128.

Это выражение — «правозаконность» — не тавтология, не «масло масляное», как это может показаться на первый взгляд, а констатация того, что принципом демократического общества должна быть признана не всякая законность, не «просто» строжайшее соблюдение действующих юридических норм (хотя и эта сторона законности, как мы увидим, остается весьма существенной). «Шитом свободы» и тем более «отлаженным юридическим механизмом ее реализации» должна быть признана именно *правозаконность* — законность, *основанная на праве в его глубоком гуманистическом понимании*. То есть — под углом зрения особенностей права в либеральную эпоху — законность, *основанная на праве человека как объективной категории*.

И еще один существенный момент, который следует взять на заметку. Здесь уместно в дополнение к ранее сказанному хотя бы в самой общей форме вспомнить о том, что, наряду с происходящей с середины XX в. линией на возвышение права, произошел в это же время гигантский, поистине фантастический прорыв научно-технической мысли, взрывной подъем науки и техники, технических свершений, создавших основу для перехода к постиндустриальной стадии экономики, нарастающего и устойчивого экономического развития, прогресса во всех областях жизни общества.

Впрочем, «другое» ли это явление? Не вернее ли считать, что тут перед нами, по всем данным, нечто единое, органически цельное, выражающее при переходе к либеральным цивилизациям взлет человеческого духа, разума? В последующем (в главе четырнадцатой) мы вернемся к этим вопросам.

ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ

ПРЕДВЕСТНИКИ И ЗНАКИ БЕДЫ. ДРАМА ПРАВА

1

МИССИЯ, предназначенная историей праву в современную эпоху, и те впечатляющие рубежи, которых оно уже достигло в нынешнее время, сталкиваются с иными, противостоящими им реалиями, тенденциями и направлениями в общественной жизни.

Эти реалии и тенденции в ряде случаев оказываются настолько значительными, что таят в себе опасность грозных последствий — тяжелой беды для людей, для самой, казалось бы, вполне благополучной, оптимистичной перспективы общественного развития. Да не только

опасность — но уже и саму беду, учитывая ее очевидные знаки, приметы. И что особо должно быть отмечено, — все эти сложные, противоречивые социальные перипетии, касающиеся всех стран, но в первую очередь тех, которые идут или стремятся идти по пути формирования и утверждения принципов и идеалов современного гражданского общества, выливаются в *драму права*.

2

ОТМЕТИМ сначала те трудности и сложности в правовом развитии, которые, будучи весьма тревожными, вместе с тем, по всем данным, являются неизбежными в процессе всесторонней модернизации общества, при переходе человеческого сообщества к цивилизациям либерального типа.

Это прежде всего — все то, что в XIX—XX вв. в странах, вступивших на путь капиталистического развития, стало негативной стороной экономической и политической свободы: разрастающаяся преступность, приобретающая в условиях экономического роста и технического прогресса все более разветвленный и изощренный характер, рэкет, преступный бизнес, особо страшная его разновидность — бизнес наркотический, отмывание грязных денег, добытых преступным путем, и т.д. Одновременно с этими негативными процессами и в переплетении с ними дают о себе знать негативы «дикого, разбойничьего рынка», практики «социального дарвинизма», махового индивидуализма, нравы силового захвата, дележа и перезахвата ресурсов, источников сырья, сфер сбыта.

Словом, оказалось, что начала саморегуляции, лежащие в основе современного модернизируемого общества, требуют в идеале того, чтобы они сочетались с должной *организованностью* во всех областях общественной жизни, действием строгих «правил игры». Такой организованностью и такими «правилами игры», которые являются не только следствием «саморегуляции», но и в необходимых пределах инициируются, поддерживаются, обеспечиваются на практике деятельностью государственного аппарата, введением и развитием соответствующих институтов публичного права. Что, к несчастью, сопряжено с появлением и разрастанием новых проблем, относящихся к бюрократическим и полицейским порядкам и нравам и, в особенности, к их какому-то неизбежному атрибуту и истинному проклятию — коррупции.

Не углубляясь в характеристику только что отмеченных и аналогичных процессов (их более широкий, подробный анализ — тема особая), можно уже на основе приведенных кратких характеристик отметить

известные негативные явления из числа реалий и тенденций, противостоящих общей линии на возвышение права в современную эпоху.

Основное из таких явлений — это тревожный факт, — резко контрастирующий с указанной общей линией, — «падения» (или «потери») права в практических делах и общественном мнении — его бессилие перед сложными и жесткими реалиями жизни, упадок его престижа, утрата былой безусловной веры в него как в универсальное и безотказно действующее средство решения социальных проблем. Порой даже создается впечатление, что возвышенные представления о праве, о его верховенстве в жизни демократического общества (нашедшие выражение в самих формулах о «правовом государстве» и «правлении права») — всего лишь уходящие в прошлое рудименты правовой романтики и юридических иллюзий.

А в этой связи в практических делах и в общественном мнении возрождается былой *расчет на власть как таковую, ее силу — силу бюрократического, полицейского аппарата, вооруженных сил, оснащенных мощной техникой*, и отсюда — известное возвеличивание власти как перво-степенной социальной ценности (когда во имя дела, его успеха можно пренебречь иными «формальностями»). Именно с властью, с ее сильными и решительными акциями связываются в представлениях многих людей решение острых проблем нашей действительности, сам образ «крепкой государственности». В этом отношении происходит даже своеобразная реанимация взглядов и убеждений из прошлых времен, из идеологии тоталитарных режимов, далеких от ценностей и идеалов демократического развития и верховенства гуманистического права, но — таких, которые создают впечатление достижения некоего желанного образца — безупречных «порядка и дисциплины».

3

НАСКОЛЬКО ГЛУБОКО проникают в наше бытие отмеченные реалии и тенденции, можно проследить на частном и притом не очень-то бросающемся в глаза примере — на некоторых сторонах состояния и решения правовых вопросов в области экономических отношений в США.

Казалось бы, многое и в этой области подтверждает бытующий взгляд о передовом характере порядков и настроя американской юридической системы. Передовое — даже в том скептическом отношении к «догме права», которое выражено в оценке последней всего лишь как некоего дополнительного средства, позволяющего судьям только «отшлифовать» решение ситуации, принимаемое на основе экономических и иных «неюридических» данных. Тем более, что со времен из-

вестного «письма Брандеиса» 1907 г. по делу *Muller v. Oregon* (208, US, 412, 1908), с мнением о необходимости максимального учета социальных интересов участников процесса, на первый план в американской юриспруденции и юридической практике выдвигается то, что, казалось бы, сполна компенсирует пренебрежение к юридической догматике. А именно, как свидетельствуют современные учебники по прецедентам, — приоритетное внимание к экономическим обстоятельствам дела, умение разобраться в относящихся к делу медицинской, психиатрической и криминологической информации, деловой практике.

На первый взгляд, как будто бы в таких подходах к юридическим вопросам «все хорошо» — перед нами передовые взгляды (и действительно, по ориентировке на углубленный анализ фактических ситуаций — передовые). За исключением одной, по поверхностным впечатлениям, «мелочи» — того, что вместе с юридической догматикой при рассмотрении юридических вопросов в области экономических отношений *исчезает «само» право*.

Подтверждением этому могут, на мой взгляд, служить модные ныне исследования Познера, представленные в его труде «Экономический анализ права» (1977 г.)¹. Автор в этом труде исходит из того, что недостаток ресурсов в обществе заставляет передавать их в интересах повышения благосостояния в руки тех, кто сможет их использовать с наибольшей эффективностью. Но как, каким путем передавать? Рыночными методами? Путем товарного обмена?

Познер как бы склоняется к этому. Согласно цитируемому изданию, он утверждает, что «при определенных условиях сумма обмена становится «оптимальной», так как все недостаточные ресурсы благодаря рыночному механизму достигают места своего наиболее эффективного применения, а дальнейшие обмены не приведут к увеличению общей полезности».

Но — внимание! Спрашивается, каким же образом все это может происходить практически? Если нет сомнений в том, что исходя из необходимости оптимального распределения ограниченных ресурсов «правовые нормы можно исследовать с такой точки зрения: способствуют ли они «эффективному» распределению недостаточных ресурсов»² (и именно так приведенные воззрения и интерпретируются в юридической науке на Европейском континенте), то в сугубо прак-

¹ Здесь и далее изложение по данным: Цвайгерт К., Кёму Х. Указ. соч. Т. 1. С. 371–372.

² Или, добавляют авторы цитируемого издания, «другими словами», идут ли «действия индивида, которые преследуют свои частные цели, одновременно на пользу всего общества» (Там же).

тической плоскости, на которую, кажется, ориентируются правоведы США, неизбежно возникает принципиально иная ситуация.

Дело в том, что «недостаточные ресурсы» не в состоянии «достигнуть места своего наиболее эффективного применения» *только* «благодаря рыночным механизмам» и строго соответствующим таким механизмам частноправовым формам регуляции. И здесь, во всяком случае на том участке экономических отношений, когда «ресурсы» должны достигнуть «места» их наиболее эффективного использования, не обойтись одними правовыми институтами, адекватными рыночным отношениям, — институтами частного права.

Как же быть? И вот здесь, строго говоря, нет иного варианта, как прибегнуть к властной, регулирующей роли государственной власти. А такой вариант (притом с использованием известных «рыночных механизмов» в виде своего рода «хозрасчета») реализован, как свидетельствует мировая практика, не в опыте демократических стран с современными правовыми системами, а в идеологии и практике планового социалистического хозяйствования с соответствующим, в основном публично-правовым, инструментарием (хотя и со «вкраплениями» некоторых урезанных рыночных методов и соответствующих гражданско-правовых способов регуляции).

Вот, как говорится, и приехали! Сугубо «экономический анализ», столь модный в нынешнее время, приводит при попытках его проецирования на практическую жизнь к необходимости прямого государственного регулирования с «использованием рыночных механизмов», т.е. к тому, что в социалистической плановой экономике именовалось «хозрасчетом» и «социалистическими гражданско-правовыми формами», в том числе — к «обязанности заключить договор», директивному определению содержания договорных отношений, реальному исполнению (в директивной интерпретации) обязательств. А все это — несмотря на будто бы престижный юридический антураж — олицетворяет собой фактическую «утрату права», что реально и происходило в обществах социализма. И что — с прискорбием приходится констатировать в отношении американских реалий — согласуется с пренебрежительным отношением к «юридической догматике», являющейся в действительности по своей глубокой сути выражением и носительницей основательной юридической культуры¹.

¹ Любопытно (под углом зрения, в соответствии с которым «экономический анализ» неодолимо влечет к социализму), что примеры сторонников «экономического анализа» приводятся не из договорного, как этого требует логика материала, а из деликтного права. И они по своим выводам сводятся к тому, что «суды считают «небрежным», а потому и виновным такое поведение, когда ответчик мог бы принять, но не принял никаких мер для предотвращения ущерба и когда сумма издержек, связанных с принятием

А ТЕПЕРЬ — замечание более общего характера. Было бы ошибочным рассматривать переход человечества от традиционных к либеральным цивилизациям в качестве некоего общего и непрерывного потока позитивных перемен, осложняемого лишь некоторыми «издержками».

Действительные процессы, происходящие в современном мире, намного сложнее. Исторически закономерный переход тех или иных стран, народов к правовому гражданскому обществу не только носят исторически длительный, порой многовековой характер, но и в этой связи характеризуются тем, что в реальной жизни сохраняются, а порой вновь и вновь реанимируются, утверждают свою жизнестойкость, адекватность существующим экономическим, социальным, этическим отношениям социальные структуры и порядки, характерные для традиционных цивилизаций. В ряде случаев рудименты весьма древних эпох, феодального или раннекапиталистического строя, да притом нередко в таких своеобразных социальных и политических вариантах авторитарного или тоталитарного типов, которые одновременно «заражены» соблазнами изошренного потребительства, порывами к достижению все более и более изошренных благ современного потребительского общества (нередко переходящими грань норм морали, да и простого здравого смысла, здорового образа жизни).

В этих невероятно сложных исторических условиях существуют и даже набирают силу не только реалии и тенденции, противостоящие глобальной линии на возвышение права в современную эпоху (сектора и рудименты «старого», «издержки»), но и феномен, который является *прямым антиподом права*, более того — его исконным, кровным врагом, антагонистом-противоборцем, преодоление которого стало судьбой права.

Речь идет о подлинной беде и проклятии человечества — *произволе и насилии*. Особенно — насилии. То есть о произволе, направлен-

этих мер, оказалась бы ниже ушерба, нанесенного несмотря на то, что эти меры были бы приняты» (*Швайсерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 371–372.). Или другой пример, когда «применение оговорки об освобождении от ответственности может объясняться нарушением принципов «взаимного доверия», «осмотрительного поведения» или «добросовестности», и это зависит от того, освобождает ли она от риска ту сторону в сделке, которая могла бы избежать его с меньшими потерями, чем другая, и застраховаться от него с меньшими издержками, чем другая сторона, если риск или убытки неизбежны» (Там же). Но при чем тут, спрашивается, «экономический анализ»? Аналогичные, а пожалуй, еще более точные с юридической стороны выводы следуют и при корректном использовании категорий юридической догматики, в том числе — таких, как принцип соразмерности, распределения риска ответственности, виды ответственности, рассматриваемые в различных юридических ракурсах, и т.д.

ном против человека как личности, его достоинства, высокого статуса, свободы, и отсюда — о не знающих преград и сдержек покорении, сокрушении человека или даже целого сообщества людей, силовом низведении человека, группы людей, сообщества до безропотно-покорного исполнителя воли насильника — невольника, раба или крепостного, и по логике вещей — об оправдании возможности (без каких-либо правосудных процедур) уничтожения человека.

Так вот, последний век второго тысячелетия — век XX отличился не только поразительным взлетом человеческого духа и интеллекта, истинным прорывом в тайны природы, потрясающими научно-техническими свершениями, но и одновременно чем-то абсолютно противоположным — *взрывом насилия*. Если угодно — *безумием* насилия.

Именно — безумием! Ибо совершенно невозможно поставить в один ряд с отмеченными ранее замечательными проявлениями человеческого духа, разума, перспективой их дальнейшего возвышения явления принципиально иного порядка, потрясающие своей бесчеловечной жутью, тупой бессмысленностью. Две истребительные мировые войны. Кровавые фашистские и коммунистические тоталитарные режимы. Беспощадные региональные конфликты, этнические и конфессиональные схватки. Оргии терроризма. Беспричинные акты вандализма, расправ.

Причины такого безумия поистине непостижимы. То ли это «социальный СПИД» в ответ на безудержное вторжение человека в природное и естественное социальное бытие? Или вспышка биологических программ, замкнутых на вражде и агрессии? Или агония темных, злых сил, таящихся в органике человеческого рода? Или те же самые, возведенные в квадрат издержки при переходе человечества к эпохе свободы? Или грозное предупреждение от нового соблазна достигнуть заоблачных высот благосостояния и благодной гармонии (предположение — наиболее беспощадное для нас, людей, и, не скрою, — наиболее близкое к размышлениям автора этих строк)? А быть может, все это вместе, в каком-то сложном сочетании и последовательной, взаимной зависимости...

Но как бы то ни было, представляется принципиально важным сразу же обозначить центральный пункт в понимании складывающегося положения дел и перспективы решения возникающих здесь проблем. С позиций, отстаиваемых в данной книге, этот центральный пункт заключается в том, что сейчас, на пороге нового тысячелетия, насилие *открыто противостоит праву*, которое по логике Истории призвано занять центральное место в жизни людей. Причем — противостоит не просто как своему исконному врагу, антагонисту-проти-

воборцу, но и как врагу *смертельному* — той *решающей*, а по ряду отношений *единственной силе, которая по самой своей природе способна преодолеть насилие*.

5

ТАКОЕ ЗНАЧЕНИЕ права, его высокая миссия в преодолении насилия, борьбы с ним подмечены наукой уже давно. С наибольшей выразительностью соображения на этот счет высказаны замечательным мыслителем, философом, обосновавшим важнейшие ценности современной эпохи, — Иммануилом Кантом.

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

Еще выразительней мнение Канта о средстве, способном противостоять самому ужасному, кажется, непреодолимой кульминации насилия — войне. Он пишет: «Против этого (войны. — С.А.) нет никакого средства, кроме международного права, основанного на публичных и опирающихся на силу законах, которым должно подчиниться каждое государство (по аналогии с гражданским или государственным правом для отдельных лиц)...»². Примечательно, что Кант в приведенном положении говорит не о международном праве как о своеобразной области правовых феноменов, а о праве в целом как явлении цивилизации, и в этом отношении — о том, что в большей мере характерно для внутригосударственного права — права, «основанного на публичных и опирающихся на силу законах».

Знаменательно, что указанные антиподы права (и насилие как таковое, и война) требуют разворачивания институтов, характерных для общества, строящегося на правовых началах, — прежде всего правосудия, судебной системы. Ведь смысл права во многом как раз и состоит в том, чтобы реализовать предназначение цивилизации — обеспечить самоценность жизни человека, свободу людей и исключить из жизни людей хаос произвола, насилие, в современных условиях — «право си-

¹ Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 343.

² Там же. С. 349.

лы». Исключить путем публичных законов и создания судебной системы, решения которой обладают «силой закона», могут то или иное лицо «объявлять правым или неправым» и тем самым решать, «на чьей стороне право». Иначе, если в обществе не утвердится судебная система, по-прежнему будут торжествовать война или же «суд божий», который, по свидетельству истории, на деле подчас, как это происходило в средневековье, опять-таки оборачивается «правом силы», прямым насилием¹.

Мысли Канта в настоящее время, как это следует из предшествующего изложения, находят подтверждение в современных научных разработках, посвященных природе права, его смыслу, предназначению в жизни людей.

Ведь право в современном его понимании – это тот данный Историей и, если угодно Богом, институт, который предназначен для реализации в масштабах всего общества и всего человеческого сообщества задач, относящихся к самим основам существования и развития общества. А именно – обеспечить на твердой, строго определенной, гарантированной основе решение жизненных ситуаций, конфликтов; и притом – непременно так, чтобы исключить при таком решении произвол, прежде всего произвол, обращенный против самого человека, его жизни и свободы. В этом отношении право представляет собой также и институт, под эгидой которого необходимые действия власти по пресечению насилия, в том числе войны и терроризма, не оборачиваются явлениями такого же порядка, теперь уже со стороны власти, ибо только в праве и через право принудительные акции могут быть «приняты» цивилизацией, стать правовым принуждением. И плюс к тому – право в высших своих значениях (таких, как право человека) призвано создавать основу для действия высших духовных сил – антиподов насилию на уровне духовной жизни общества и человека, веры, основополагающих моральных критериев поведения людей.

6

ДУМАЕТСЯ, существо и характер процессов, происходящих в современном мире, позволяют утверждать, что *право и насилие* – это не только два наиболее остро противостоящих один другому антипода, но и социальные силы, *именно в нынешнее время столкнувшиеся в жесткой схватке*.

И стало быть, именно сейчас, на пороге нового тысячелетия, во многом решается судьба человечества. Прежде всего, надо полагать, ре-

¹ Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 349.

шается коренной вопрос — возобладает ли в схватке между насилием и правом указанная ранее линия на возвышение правовых начал в жизни людей и право в своих высоких значениях — в современных условиях право человека — *займет центральное место в жизни общества*. Или же произойдет трагический для человечества поворот назад — к порядкам права силы, к нравам (по-византийски приукрашиваемым благообразными лозунгами и формулами) произвола, насилия, доводимого до таких крайних отметок, когда по разряду политических акций рассматривается задача «уничтожения» людей.

С этой точки зрения те две жизненные ситуации, о которых говорилось в прологе к книге (судебное дело Пиночета, конфликт в Югославии), — это не просто некий фактический материал, использованный автором для того, чтобы в какой-то мере подвести читателя к рассмотрению непростых теоретических проблем, которым посвящена книга.

Создается впечатление, как уже отмечалось, что Провидение на самом рубеже нового тысячелетия решило, скажу жестко и грубо, *ткнуть нас носом* в такую тяжкую прозу жизни, которую мы в череде обыденных дел не видим (а если видим, то главным образом скандальные подробности и заидеологизированные политические характеристики), но в которой, однако, отчетливо просматривается что-то глубокое и основательное — трудное, порой драматическое, не во всем еще утвердившееся *становление основополагающих ценностей современной цивилизации* (цивилизационных ценностей нового тысячелетия!), связанных, помимо всего иного, с противостоянием между правом и насилием.

Пройдет год-другой. Минут десятилетия. Многие детали, подробности дела Пиночета и конфликта в Югославии забудутся, сами эти случаи уйдут в историю, будут перекрыты другими событиями. Но, на мой взгляд, основные идеи и глубокие человеческие ценности, которые — как все более выясняется — вытекают из указанных жизненных ситуаций, останутся — дай Бог везения! — с людьми навсегда, станут в новом, третьем тысячелетии христианской эры непреложными постулатами человеческого жития. Пусть даже на первое время XXI в. хотя бы в качестве таких идей и ценностей, которые будут получать все большее признание, все больше утверждаться в наших жизни и делах.

Это (в связи с делом Пиночета) — безусловная святость основных прав и свобод человека, самоценности жизни и свободы человека, недопустимость их попрания ни под каким предлогом и принципиальная невозможность уклонения от ответственности за такого рода деяния в будущем, в том числе под прикрытием формул о государственном суверенитете, должностных регалий, официального или официозного статуса

и, казалось бы, оправдательных мотивов — допустим, таких как «борьба с коммунизмом» или создание «эффективной рыночной экономики».

Это, далее (в связи с событиями в Югославии), — принципиальная недопустимость использования регулярной армии, с ее тяжелым вооружением и предназначенностью для ведения войны, с целью решения внутрисоциальных конфликтов, даже таких острых, как борьба с террористами и сепаратистами. Ибо действия регулярной армии, тем более армии, оснащенной тяжелым вооружением, нацеленным на массовое, по сути тотальное поражение врага, представляет собой не что иное, как своего рода облагороженное насилие. И, следовательно, здесь — ситуация, которая неизбежно ведет к нарушению основных прав и свобод человека, невинным жертвам, невосполнимым материальным потерям, а в условиях острых межэтнических конфликтов (как это произошло в Югославии) — влечет за собой геноцид в отношении части населения, преступления против человечности.

7

В ТО ЖЕ ВРЕМЯ вопросы права в современных условиях отличаются не только своей остротой (во многом сопряженной с противостоянием права и насилия), но и тем, что в нынешнее время происходит *драма права*.

Эта драма (читатель, надеюсь, ощутит — истинная драма!) не сводится лишь к тому, что само право во многих странах и регионах продолжает существовать в отсталых, нередко весьма архаичных формах, что еще нередко доминируют примитивные, а порой прямо реакционные юридические порядки, взгляды и представления, что процесс утверждения права в высших его значениях идет с трудом и к тому же в основном затронул страны с утвердившимся демократическим режимом, развитой юридической культурой.

Суть истинной драмы права — в другом.

В том, что юридические формы и принципы в высших значениях понятия права (т.е. как права человека) *могут стать предпосылкой и даже опорой для явлений антиправового характера* и — что особенно прискорбно — для новых витков спирали насилия, нарушений основных прав и свобод человека.

Как это ни парадоксально, свидетельством такой драмы права опять-таки являются события 1999 г. в Югославии.

По ряду существенных моментов действия стран НАТО, выразившиеся в начавшихся с весны 1999 г. систематических бомбардировках Югославии, ее военных и стратегических гражданских объектов, име-

ют в принципе те же «оправдательные» основания, что и в деле Пиночета; и они являются реакцией на нарушения основных прав и свобод человека в югославской провинции Косово, на происходящие в этой провинции военные акции югославской регулярной армии против «сепаратистов» и «террористов», вылившиеся в этнические чистки, в геноцид, в преступления против человечности.

Ведь в ответ на возникшее в этой провинции движение значительной части местного населения — косоваров (этнических албанцев) за обретение независимости югославская регулярная армия с применением тяжелой военной техники повела жесткую борьбу с сепаратистами, объявленными «террористами». А так как регулярная армия приспособлена действовать в режиме войны, т.е. с нацеленностью на уничтожение врага, не считаясь с неизбежными в этом случае «попутными» потерями (в том числе — с жертвами среди мирного населения), то в такой обстановке акции регулярной армии с применением тяжелой техники, обращенные против сепаратистов, приобрели характер этнических чисток. Когда югославские танки и артиллерийские установки громили албанские села с целью уничтожить «террористов», то разрушения и гибельные последствия от военных акций приобретали общегражданский характер, население сел, неся потери, вынуждено было уходить в леса и горы. В такой обстановке начался массовый исход мирного населения из Косово, а в этой связи — крупномасштабные нарушения основных прав человека, очевидные явления геноцида, преступлений против человечности.

Значит, если исходить из только что отмеченных обстоятельств, действия стран НАТО являются по своей основе оправданной реакцией на массовые нарушения основных прав человека, геноцид, преступления против человечности. Значит, и здесь в каком-то отношении, можно предположить, происходит нечто значительное, крупное в жизни людей, связанное с правом, его пониманием, его судьбой.

Но все ли оправданно («чисто») с правовой стороны в реакции стран НАТО на ситуацию в Косово? Даже с учетом того, что попытки мирного решения конфликта, переговоры, проходившие под эгидой НАТО, не дали результата, не достигли успеха и этнические чистки на косовской земле продолжались (во многом потому, что югославские власти со ссылкой на свой суверенитет настаивали на том, что ситуация в Косово — это только «их внутреннее дело»)?

Тут ряд существенных моментов, свидетельствующих по крайней мере о небезупречности вооруженных действий стран НАТО, а по крупному счету — об оценке этих действий в качестве не соответствующих требованиям права.

Прежде всего, руководство НАТО, по сути дела – руководители ведущих стран Запада, применило вооруженное воздействие, направленное против суверенного государства – Югославии с целью повлиять на ее руководство, «на Милошевича», не обращаясь к существующим процедурам получения разрешения на применение силы для урегулирования конфликтов по действующему международному праву. Стало быть, акция западных стран «против Милошевича» с оправданной целью прекратить этнические чистки совершается по решению только руководства региональной военной организации, помимо принятых международно-правовых процедур (лишь спустя месяц после начала бомбардировок к решению, теперь уже с участием России, возникающих здесь проблем начали привлекаться ООН, ее Совет Безопасности, Гаагский международный суд; военная акция была прекращена, в действие под флагом ООН вступили «миротворцы», в том числе – российские).

Слов нет, в нынешних условиях, по всем данным, проблематична или вообще бесперспективна сама возможность привести в действие существующие процедуры для применения вооруженной силы с целью обеспечения в международно-правовом порядке защиты прав человека (с учетом, в частности, того, что ведущие мировые державы имеют в Совете Безопасности право вето). Но при всем при том здесь принципиальное значение имела бы первоочередная и решительная попытка использовать указанные процедуры. А в случае неудачи – твердая правовая констатация (на мой взгляд, предпочтительнее – определенная и зафиксированная в правосудной процедуре) невозможности приведения в действие существующего порядка и крайней, не терпящей отлагательств необходимости применения в сложившейся ситуации решительных силовых мер.

А теперь – главное. И в данном случае (как и в акциях югославских властей, а теперь уже и со стороны НАТО) применен по сути дела метод войны – вступили в действие мощные вооруженные силы регулярной армии, приспособленные для ведения войны и настроенные на уничтожение противника. И хотя в данном случае – с использованием высокоточного оружия и с объявленным намерением «ограниченных жертв», но зато с другой тревожной особенностью, возвращающей вооруженные действия к практике колониальных войн, – с заведомым, гигантским военно-техническим превосходством, с монопольным обладанием чудовищной по поражающим, разрушительным последствиям современной ракетно-авиационной техникой.

И потому результат от такого «воздействия» оказывается ровно таким же, как и в других случаях, когда во имя, казалось бы, вполне оправданных правовых задач применяется метод войны и начинает

действовать по своему прямому назначению регулярная армия (даже с самым что ни есть высокоточным оружием). Результат, вполне однотипный с тем, который произошел в Чечне, когда в 1994–1996, а затем в 1999–2000 гг. «наведение конституционного порядка» осуществляла российская регулярная армия. Или — когда в борьбе с «сепаратистами» в Косово начала осуществлять свои операции регулярная югославская армия. Происходят во всех этих случаях (как реакция на крупномасштабное насилие) не только сплочение нации вокруг ранее даже порой не очень популярного руководителя, но и возникновение волны патриотизма, широкого народного сопротивления, еще большее обострение национальных чувств населения, действительно воспринимающего действия регулярной армии на его территории как «агрессию».

8

ДА, ПЕРЕД НАМИ, помимо всего прочего (в сложном переплетении социально положительного и негативного), не что иное, как глубокая *драма права*.

С одной стороны, замечательная правовая основа — право, достигшее высокого, пожалуй, потрясающего по своей гуманистической значимости рубежа — право человека как объективная реальность (с возвышением этого права человека — и это следует из дела Пиночета — на «надгосударственный» уровень, когда утверждается идея универсальной юрисдикции — возможность действенной правовой защиты при нарушении прав человека независимо от государственных границ).

И в то же время — тревожная «другая сторона» данной ситуации. Это — возможность произвольного, в том числе с опорой на вооруженное насилие, использования передовых юридических форм. И вытекающая отсюда возможность серьезных отрицательных последствий в тех случаях, когда как будто бы обоснованно, вновь «независимо от государственных границ» применяются жесткие насильственные меры с благой целью — должным образом отреагировать на нарушения прав и свобод человека, на факты геноцида, преступления против человечности.

А в этой связи — своего рода кульминация драмы права — *новый «прорыв» насилия* в жизнь людей, притом под благообразным прикрытием правовой категории высшей юридической значимости — права человека!

Как тут быть? Не обуславливают ли указанные трагические обстоятельства необходимости более точной характеристики передовых правовых форм, выдвинутых современностью, — права челове-

ка, правозаконности? Вопросы большой научной и практической сложности. И не риторические. Ведь действия вооруженных сил по «югославскому варианту» могут получить некое оправдание — и не только психологическое, но и «юридическое», стать своего рода прецедентом, образцом действий и в будущем.

И впрямь. Не успели люди залечить раны от последствий военных акций на югославской земле, как на юге России вновь возникла острая ситуация вокруг Чечни. В ответ на неправомерные акты в Дагестане (с попыткой, коренящейся в деятельности ряда чеченских деятелей, объявить, не считаясь с существующими границами и государственным статусом территорий, некое единое «исламское государство») и акты вандализма в Москве, в других городах с «чеченским следом» регулярная российская армия начала — во многом по «натовскому образцу» (главным образом во имя сокращения собственных людских потерь) — активные военные действия, осуществляемые регулярной армией с ее тяжелой современной техникой, с целью «уничтожения террористов». Увы, и здесь, как и в войне 1994—1996 гг., при всем объявленном стремлении военных кругов уничтожить сами основы международного терроризма и свести к минимуму возможные потери, стали давать о себе знать все негативы использования методов войны для решения внутригосударственных задач.

Оценки второй чеченской войны, вспыхнувшей совсем уж «по датам» в дни и месяцы вступления человечества в новое тысячелетие, — разные. Многими слоями населения — одобрительные. Ибо решительная борьба с терроризмом, особенно — таким, который приобретает международный характер и укореняется в региональных социально-политических структурах, может найти оправдание в самой логике борьбы «права и насилия».

Но и при таких оценках, на мой взгляд, *остается неизменным* при осуществлении практических акций в борьбе с терроризмом (и обеспечением территориальной целостности государства) *приоритет высших правовых ценностей, выраженных в праве человека и исключающих в этой связи использование методов войны*, неизбежно влекущих за собой массовое нарушение прав человека. В том числе, а быть может и в особенности, — для стран, где еще сильны порядки византийского права и соответствующий строй юридических представлений, правового мышления (которые, как свидетельствует опыт, легко соскальзывают к представлениям и образу мысли имперского характера или постулатам революционного правосознания), — обстоятельство, далеко не всегда учитываемое в политической жизни России, что так негатив-

но сказывалось в прошлом и сказывается ныне на состоянии и судьбе правового развития в российском обществе¹.

И здесь, в связи с событиями в Югославии и Чечне, в чем-то меняются общие представления о правах человека. Сквозь радостное обаяние формул о достоинстве и свободе человека на первый план выступает простейшее из простейших начал, относящееся к самой сути идеи прав человека, — *право на жизнь, ее изначальная самоценность*, а в этой связи принципиальная недопустимость каких-либо действий по *уничтожению человека* (с чем, помимо иных оснований, связана все более утверждающаяся в мире линия в правовой политике на недопустимость смертной казни).

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ «ПРАВО ЦИВИЛИЗОВАННЫХ НАРОДОВ»

1

ПРЕДВАРЯЮТ ЭТУ КНИГУ слова немецкого правоведа, специалиста по цивилистике и сравнительному правоведению, в сущности нашего современника, — Эрнста Рабеля. Воспроизведу эти слова (в одном из оригинальных переводов с немецкого²), оборванные в конце фразы многоточием: **«Переливающиеся многоцветием под лучами солнца и трепещущие от дуновения ветра живые организмы права цивилизованных народов составляют вместе единое целое...»³**.

По первым впечатлениям, как будто бы, — фраза как фраза, некая, пожалуй, даже нарочитая красивость. Я же смею утверждать, что перед нами — одна из самых глубоких, спрессованных в одну фразу характеристик права *под углом зрения передовых научных взглядов*.

Э. Рабель завершает приведенную фразу так: после слов «составляют вместе единое целое» он утверждает — целое, «которое еще ни-

¹ О позиции автора этих строк по вопросам права в связи с событиями в Чечне см.: Общая газета. 1999. № 42, 47, 51; 2000. № 6.

² По данному фрагменту автор воспользовался переводом, сделанным проф. Ю. Юмашевым в книге: *Цвайгерт К., Кётиц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 53. В отличие от дословного перевода, который будет приведен в последующем, Ю. Юмашеву удалось, на мой взгляд, теоретически и терминологически более строго выразить саму суть идей Э. Рабеля (во всяком случае, в тех ее гранях, которые относятся к содержанию настоящей работы).

³ *Rabel Ernst.* Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // *Rabel Ernst.* Gesammelte Aufsätze. Bd III. S. 5. Дословный перевод данного фрагмента таков: «В тысячах форм отливается и трепещет под солнцем и на ветру право каждого цивилизованного народа. Все эти вибрирующие организмы вместе образуют единое целое, которое еще никому не удалось охватить взглядом».

кому не удавалось обозреть во всей полноте». Да, при жизни Э. Рабеля действительно не удавалось. «Во всей полноте» — не удалось, по имеющимся материалам, и до сей поры. Но уже то, что специалисты сумели «обозреть» к настоящему времени, и то, что уже освоено наукой, прежде всего — современным сравнительным правоведением, дает основание для постановки и проработки весьма существенных, на мой взгляд, передовых, в немалой степени *прорывных* идей для отвечающего нынешнему времени пониманию права (не только частного, но и права в целом), его природы, смысла и назначения в обществе.

Важнейшей из таких идей является сама мысль о живых (и притом — вибрирующих) организмах *«права цивилизованных народов»*, которые различны в каждой стране, ареалах права и в то же время «составляют вместе единое целое». Центральный пункт этой идеи, которая, в полной мере согласуясь с самой сутью разрабатываемых в настоящей книге теоретических положений и, смею полагать, с современным уровнем и перспективой развития общетеоретических взглядов, касается принципиальных особенностей права на современной стадии цивилизации — «права цивилизованных народов».

2

«ПРАВО ЦИВИЛИЗОВАННЫХ НАРОДОВ» (выражение условное, с некоторым даже этически небесспорным, проблемным акцентом, потому и поставленное «в кавычки») — это, на мой взгляд, юридические системы, которые уже состоялись как «демократические» и «правовые», притом — на достаточно продвинутой стадии перехода к либеральным цивилизациям, существуют и функционируют в качестве реально высокозначимого звена современного гражданского общества. Хотя — тут же замечу — вряд ли было бы оправданно точно, «поименно», в исчерпывающем перечне обозначить «списочный состав» стран, в которых в полной мере сформировались юридические системы указанного уровня. Даже в самых развитых в демократическом и правовом отношении странах «право цивилизованных народов» в полном значении рассматриваемого понятия еще не утвердилось и, реально существуя в тех или иных проявлениях демократически развитых стран, так или иначе уживается с иными элементами и структурами предшествующих эпох, не столь высокого цивилизационного, гуманитарного уровня.

Два момента в таком понимании «права цивилизованных народов» с юридической стороны являются наиболее существенными.

Первый — это то, что здесь уже состоялась или, во всяком случае, с достаточной строгостью определилась *перенастройка* юридической системы в соответствии с *началами права человека*. Состоялась или определилась не в декларациях, лозунгах, объявленных намерениях, а на деле, в самом «живом организме права», т.е. в действующих юридических механизмах, принципах, нормах, в конечном счете — в решениях судов, иных юрисдикционных органов по конкретным жизненным ситуациям. Следовательно, «право цивилизованных народов» — это по своей общей социальной характеристике последовательно *гуманистическое право* (в том значении слова «гуманистическое», когда оно обозначает понятие приоритета и высшей юридической значимости неотъемлемых прав и свобод человека).

Такое значение, по всем данным, имеют — как мы видели — решения судебных инстанций Великобритании в 1998–1999 гг. по делу Пиночета, убедительно и весьма впечатляюще демонстрирующие принципиально новый настрой современной английской юридической системы.

Несколько ранее, но в общем в то же самое время, в 1996 г., аналогичное по значимости решение вынес (об этом ранее также уже упоминалось) Конституционный суд Германии по делу бывших руководителей ГДР, признанных ответственными сообразно требованиям основных прав человека за действия, совершенные в ГДР и как будто бы отвечающие быломu «социалистическому законодательству».

Причем такое решение Конституционного суда Германии тоже впечатляющий, но не единичный эпизод, а по сути дела определившаяся линия судебной практики, свидетельствующая об устойчивом характере преобразований действующей германской юридической системы. Как отмечается в литературе по сравнительному правоведению, в Германии вообще указанное понимание права связывается не только с правонарушениями; оно касается права в целом, распространяется и на частное право. Так, «в решениях Верховного федерального суда... развивается принцип посильного возмещения ущерба в случае нарушения основных прав человека». Примечательно (и это в полной мере согласуется с идеей права цивилизованных народов), что «этот принцип Верховный федеральный суд защищал ссылкой на то, что (далее приводится выдержка из решения суда. — С.А.) «почти во всех правовых системах, в которых, как и в нашей, ценности отдельной личности отводится центральное место, возмещение морального ущерба за оскорбление и унижение, физическое и моральное, признается в качестве гражданско-правовой санкции»¹. Вот и сейчас, в наши дни, су-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

дебные и иные государственные инстанции Германии рассматривают вопрос о правовой ситуации, связанной с компенсациями за рабский труд, использованный немецкими фирмами при фашистском режиме.

Второе, что характеризует рассматриваемое явление, «право цивилизованных народов», с юридической стороны, — это *центральное положение права как регулятора в обществе*.

Центральное — и с точки зрения признания общезначимости права во всем обществе, во всем «народе» (когда только и возможно говорить о «праве народа» или «народов»). И одновременно центральное — с точки зрения положения права во всем комплексе институтов и средств социальной регуляции. Прежде всего (и притом с атрибутами «абсолютно», «безусловно») — в сфере принуждения, особенно — государственного, которое в гражданском обществе в условиях демократического режима должно выступать исключительно в виде *правового принуждения*, со всеми присущими ему характеристиками — ответственностью за персональную вину на единых для всех субъектов юридических оснований, реализуемой только в строгих процессуальных процедурах, и т.д.

Последний из указанных моментов представляется в высшей степени важным. Он означает, что праву современного гражданского общества должны быть присущи, по крайней мере, следующие принципиальные особенности.

Во-первых, такая отработанность и главное — такое состояние действующих юридических форм, которые исключают из жизни общества произвол, и в особенности — насилие, не допуская ни под каким видом и предлогом легализацию и применение насилия для решения жизненных проблем, в том числе и методов войны с использованием регулярной армии и ее тяжелой техники для решения внутригосударственных дел, конфликтов, тем более — с прямой нацеленностью на уничтожение людей, объявленных без надлежащих правосудных процедур «врагами» (за исключением, понятно, пресекательных и оперативных полицейских действий и военных действий в действительных ситуациях войны; и там, и здесь, впрочем, жестко «обставленных» законодательными ограничениями и процедурами).

И во-вторых, высокое положение права в жизни общества предполагает в целях обеспечения строго правового порядка, в том числе и прежде всего по вопросам государственного принуждения, сохранение и упрочение непреходящих, «вечных» юридических ценностей, максимальное использование всего богатства юридической культуры, всех накопленных человечеством достижений в области юридических гарантий и юридических средств, обеспечивающих действительную реализацию право-

вых идеалов и ценностей. А отсюда — признание на практике твердыми и незыблемыми тех действующих юридических принципов и механизмов, которые выражают такого рода правовые идеалы и ценности.

3

А СЕЙЧАС пора вновь обратиться к вопросу о тех передовых юридических формах, которые утверждаются в качестве явлений «права цивилизованных народов», — о праве человека как объективной реальности и о принципе правозаконности. К вопросу о том, не обуславливают ли события последнего времени необходимости более точной характеристики этих передовых правовых форм, выдвинутых современностью и достойных высокой социальной и юридической оценки?

Действительно, вполне оправданные высокие оценки права человека и принципа правозаконности как приоритетных категорий в мире юридических явлений могут создать впечатление, что они открывают широкий простор для действий самых различных направленности и значения, которые при указанных оценках вовсе не всегда должны соотнобразовываться с какими-то устаревшими категориями и стародавними порядками.

В самом деле, разве не логичен примерно такой ход рассуждений: коль скоро права человека — «впереди всего другого», то стоит ли со всем этим «другим» — давними юридическими процедурами, формальными порядками — во всех случаях считаться? И с этих позиций разве не следует отказаться, например, от абсолютизации принципа законности «вообще», с учетом, в частности, того, что подобная абсолютизация была характерна даже для реакционных режимов? Не только таких, как режимы абсолютистской монархии, но и таких, как советский политический режим, который даже в условиях сталинской тирании — и по сути дела во имя ее — провозгласил незыблемость «социалистической законности», непререкаемую «святость» советских законов.

И вот тут, при ответе на эти — кажется, предельно остро поставленные — вопросы и возникает необходимость более точной, более корректной характеристики передовых правовых форм, свойственных «праву цивилизованных народов» — праву человека как объективной реальности и, в особенности, принципу правозаконности.

В этой связи сначала — два предварительных замечания общего характера.

Первое из них такое. Сохранение и упрочение и на уровне права современного гражданского общества всего положительного, что входит в накопленный человечеством потенциал правовой культуры, предпо-

лагает бережное отношение к противоречивым явлениям прошлого. Это значит, что должны быть сохранены и правовые ценности, которые вошли в жизнь на *известных исторических, преходящих этапах* развития общества, притом нередко в противоречивых характеристиках, в нераздельном сочетании положительных и негативных своих сторон.

И вот тут, при всем нашем неприятии негативных реалий прошлого и настоящего (прежде всего авторитарных режимов власти), нужно все же отдавать отчет в том, что важные юридические ценности, вошедшие в непреходящий, «вечный» потенциал права, сложились и утвердились в исторических условиях, когда с ними оказались сопряженными и упомянутые негативы. Именно такой правовой ценностью является *принцип законности вообще*, который в наиболее полном (абсолютном) виде дал о себе знать еще в условиях абсолютистской монархии, а затем, как это ни парадоксально, при авторитарных режимах власти. То есть в условиях, когда принцип законности (законности «вообще») явился средством сохранения и обеспечения существующего режима власти путем требований неукоснительного соблюдения законов, иных нормативных документов, изданных как раз с этой целью — обеспечить неприкосновенность, «вечность» данного режима власти.

Здесь — такая важная, во многом парадоксальная особенность указанного правового принципа. Он широко использовался в узкополитических целях авторитарными режимами. Но по своей сути принцип законности имеет общее и основательное значение для права вообще, для самих его основ. И в конечном счете он в своем современном демократическом, гуманистическом понимании и значении (в значении правозаконности) несовместим с режимом авторитаризма!

Не этот ли пункт в приведенных рассуждениях еще раз (теперь в области производного от закона явления — законности) демонстрирует противоречивость и коварство рассмотренной в одной из предшествующих глав категории «закон»?

И вот на данной стадии мирового правового развития, когда на первый план выступают гуманистические характеристики современного права («права цивилизованных народов», или, что то же самое, — гуманистического права), его существенной неотъемлемой чертой, наряду с рассмотренными ранее передовыми юридическими формами, должны остаться, в частности, и требования строжайшей законности как таковой. А также, следует добавить, и иные аналогичные принципы, коренящиеся в сложных, противоречивых явлениях прошлого; такие, прежде всего, ведущие правовые начала, как принцип правосу-

дия (при установлении истинности фактов и определении юридических последствий), принцип равенства в праве.

И второе предварительное замечание общего характера. По тем же, только что охарактеризованным, основаниям, касающимся парадоксальной противоречивости правовых реалий прошлого, надо видеть, что накапливаемые человечеством достижения юридической культуры на соответствующем этапе исторического развития лишь тогда имеют реальное юридическое значение, когда они находят то или иное строго конструктивное выражение в институтах действующего права (например, таких, как равенство в праве, необходимость правосудного фиксирования фактов для признания их истинности и достаточности как основы применения государственно-принудительных действий). И такого рода юридические институты — так же как и упомянутые ранее правовые принципы — имеют непреходящее значение, сохраняют свое значение и свою юридическую силу и в новых условиях, в том числе и тогда, когда на первое место («впереді всего другого») самой логикой жизни и общественным сознанием выдвинуты неотъемлемые права и свободы человека.

4

ОБОСНОВАННОСТЬ предложенной постановки вопроса о законности иных правовых принципов и институтов «из прошлого» подтверждаются как раз событиями 1999 г. в Югославии.

Вернемся в этой связи к вопросу о правовых основаниях действий вооруженных сил НАТО против Югославии, предпринятых весной—летом 1999 г., с целью «заставить Милошевича» прекратить этнические чистки против албанского населения в Косово. Да, как уже отмечалось ранее, по многим данным такого рода основания существовали. Недаром население стран Западной и Центральной Европы в своем подавляющем большинстве поддержало натовские бомбардировки территории Югославии.

Но — внимание!

Что ни говори, вспомним, что действия вооруженных сил НАТО (напомню — региональной военно-политической организации стран Западной Европы и Северной Америки) не соответствуют существующей системе международной безопасности, в том числе — порядку применения вооруженной силы в мировом сообществе, предусмотренному ООН. И учреждения, лица, ответственные за проведение этой военной акции, не зафиксировали в юридически значимом акте, допустим, невозможность использования требуемых в данном случае юридических процедур. Это дало повод к обвинениям со стороны России, некото-

рых других стран в том, что натовские вооруженные силы совершают «грубую агрессию» в отношении суверенной страны, да и в странах приверженцев НАТО массированные бомбардировки Югославии вызвали, скажем так, неловкость, а в ряде случаев — прямое неприятие.

Пришлось сторонникам натовских акций оправдываться — ссылаться на не очень ясные «резолюции ООН по Югославии», а главным образом на соображения целесообразности, на то, что ооновские юридические процедуры, исходящие из устаревших принципов абсолютного суверенитета, неминуемо завели бы критическую ситуацию в тупик, а эта ситуация требовала быстрого решения, НАТО же выражает интересы и порядки передовых в демократическом развитии стран и т.д. и т.п.

В подобных соображениях есть верные оправдательные предпосылки и мотивы. Они, более того, могут быть усилены и иными аргументами. Прежде всего — тем, что само право в современную эпоху, в том числе — международное право, уже перешло или интенсивно переходит в новую, более высокую стадию развития, названную ранее «правом цивилизованных народов», когда в его содержании и практике применения на первое место выдвигаются гуманистические ценности, права человека, и отсюда — безусловная необходимость действенного решительного реагирования на их нарушение, в особенности на такие грубые, как факты геноцида, преступления против человечности.

Все это верно, *кроме — одного*. Кроме того, что указанные соображения и аргументы ни на йоту не устраняют фундаментальную значимость основных достижений мировой юридической культуры — начал законности как таковой, других «вечных» правовых ценностей, включая требования правосудия, изначального равенства всех в праве, действующие юридические порядки (в том числе — действующий порядок применения вооруженной силы в международных отношениях). А в итоге, при игнорировании этих правовых ценностей и порядков, перед людьми, всем обществом открывается, быть может, самая страшная в жизни людей беда, несчастье и проклятие — *бездна произвола*, а значит — и *насилия*. Со всеми губительными последствиями, имеющими здесь, как и в иных случаях игнорирования глубинных законов человеческого бытия, неизбежный характер, — такими, в частности, последствиями, как безвинные людские жертвы, гигантские материальные потери, экологические беды.

И вот, при всех, казалось бы, благостных предпосылках, касающихся реакции на факты геноцида в Югославии, игнорирование действующей системы международной безопасности (при всей очевидной ее устаре-

лости) означает также и игнорирование начал законности. А также — игнорирование других правовых ценностей, в особенности — правосудия и равенства в праве (рядом с Югославией, в Турции и на прилегающих территориях, происходили и происходят до сей поры драматические события, касающиеся курдского народа, трактуемые одной стороной участников конфликта как факты «терроризма», а другой — как факты «геноцида»).

И еще, не менее печальное — многомесячные бомбардировки Югославии натовской авиацией, пусть и при использовании самого высокоточного оружия, повлекли за собой не только гигантские материальные разрушения, экологические беды, но и жертвы среди мирного населения, массовые нарушения первейшего права человека — права на жизнь, а сверх того еще — нечто поистине бесовское — ужесточение межэтнических столкновений, этнических чисток со стороны югославских властей, массовый исход и албанского, и сербского населения, спровоцированного авиационными бомбардировками, затем — при вступлении на землю Косово «миротворцев» — состояние безвластия. И хотя цели НАТО в конечном счете как будто оказались достигнутыми, натовские войска и плюс к ним — российские под флагом ООН и под именем «миротворцев» вошли в Косово, глубокая рана в душах людей и земле Центральной Европы, явившаяся следствием попрания начал законности, других правовых принципов и порядков, осталась. Осталась, по крупному счету, *рана в праве*.

И позже — потянулась цепочка. Когда в августе—сентябре 1999 г. взорвалась ситуация в Дагестане, действия российской регулярной армии, ее дальнобойной артиллерии и фронтовой авиации с массированными ракетно-бомбовыми ударами (сначала против «агрессии» радикальных исламистов из Чечни, а потом — и самой Чечни) производились как бы сами собой, без специальных юридически законодательных и правосудных оснований, причем так, что ставилась цель — «уничтожение» экстремистов, террористов. И когда в странах Запада в самый разгар второй чеченской войны (перед лицом значительных человеческих и материальных жертв) зазвучали голоса с осуждением такого рода фактов, то, кажется, никто не принял во внимание то обстоятельство, что в известном отношении и данная ситуация является в какой-то мере последствием кровотокашей раны в праве — продолжением того, что несколько ранее произошло в Югославии, понятно, с добавлениями, характерной для нашей страны евразийской (точнее — византийской) специфики, весьма далекой от принципов права человека как объективной категории.

И ВОТ – КОРЕННОЙ ВОПРОС для всей группы рассматриваемых в данной главе (да и во всей книге) проблем. Вопрос о том, каким образом возможно совместить требования современного гуманистического права с характерным для него приоритетом прав человека и необходимостью реакции на их нарушение, как совместить все это с требованиями законности «вообще», с другими общими – пусть и стародавними – правовыми началами, с действующими юридическими порядками, выражающими общезначимые, «вечные» достижения мировой юридической культуры?

Главное при ответе на поставленный вопрос заключается в следующем. Хотя на современной стадии развития цивилизации права человека становятся юридической реальностью и напрямую входят в позитивное право, они до тех пор, пока еще не нашли конструктивное выражение в тех или иных юридических институтах (а такова генеральная тенденция правового развития в демократических странах), остаются *общими началами, определяющими, базовыми ориентирами для действующего права*. Не более того! Они призваны быть основой правовой политики страны, направлять правотворческую деятельность, усилия по воплощению прав человека во всем комплексе юридических норм, правовых порядков и процедур. Они имеют значение в качестве критерия при толковании права, еще более – в формировании правосознания, общего отношения к праву со стороны всех субъектов, прежде всего – всех граждан, должностных лиц, государства в целом.

Но они, права человека как таковые (т.е. не выраженные в действующих юридических институтах, в юридических конструкциях), *не могут быть достаточной юридической основой для совершения юридически значимых действий управленческими, исполнительными органами власти*. И прежде всего, как это ни парадоксально, именно по фактам, свидетельствующим об их, правах человека, нарушениях, даже таким фактам, как геноцид, преступления против человечности. То есть фактам, по самой своей сути требующим жесткой реакции, при необходимости – мер государственного принудительного, даже вооруженного воздействия.

В соответствии с принципом законности есть только один путь (кроме, понятно, законодательных нововведений) для того, чтобы такого рода факты приобрели значение достаточного основания для юридически значимых действий. Это – их признание в качестве юридически значимых и в этом отношении юридически достаточных *органами правосудия*. Именно суд, действующий в надлежащих процес-

суальных процедурах, по своему месту в юридической системе, статусу и возможностям может устанавливать истину по данной ситуации и именно ему «дано» непосредственно определять юридические последствия по данным, в правосудном порядке установленным фактам — ситуациям, требующим правового реагирования.

Следовательно, *права человека как таковые могут служить непосредственной юридической основой для вынесения юридически значимых решений только для органов правосудия*. А уже затем эти решения могут или, скажем жестче, должны стать достаточным юридическим основанием и для надлежащих действий управленческих, исполнительных органов всех рангов.

Мы видели, что именно так, именно таким путем, т.е. через суды, права человека как идеологическая категория реально «входят» в действующее право, свидетельствуя о его глубокой «перенастройке», об обретении действующей юридической системой качества права человека как объективной реальности, о фактической реализации требований правозаконности.

Причем и в деятельности судов в рассматриваемом отношении могут быть отмечены некоторые важные особенности.

Одна из них заключается в том, что органы правосудия развитых демократических стран принимают указанные решения, ориентируясь при этом на общее состояние утверждающегося в таких странах «права цивилизованных народов». Ранее уже приводилась выдержка из решения Федерального суда Германии, где возмещение морального ущерба, связанного с нарушением прав человека, обосновывалось, помимо иных аргументов, общей линией правовых систем, «в которых, как и в нашей (речь идет о современном немецком праве. — С.А.), ценности отдельной личности отводится центральное место». С этой точки зрения становится понятным, почему в другом решении суд ограничил возмещение морального ущерба лишь случаями особо тяжелого нарушения прав личности. По данному вопросу Федеральный суд ФРГ ссылаясь на швейцарское право, которое при сравнении с законами других стран, в том числе Германии, «придает правовой защите личности большее значение, чем ГК ФРГ...»¹.

Другая особенность судебной практики по проблемам прав человека состоит в том, что высшая юридическая значимость права человека (по сравнению с некоторыми формальными установлениями, иными юридическими реалиями) неизменно придается в ситуациях, когда судом фиксируются грубые нарушения прав людей, их попра-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

ние — такие, как пытки, геноцид, иные факты, дающие основания видеть в этих фактах преступления против человечности.

И конечно же, должен прочно утвердиться в современном правосознании и в действующих правовых порядках такой жесткий настрой, связанный с приданием непосредственного юридического значения правам человека, когда бы абсолютно (на уровне безоговорочного «табу») исключалась сама возможность с одной лишь ссылкой на «права человека» и другие гуманитарные мотивы внесудебного применения государственно-принудительных мер и, в особенности, использования по одному лишь усмотрению управленческих, исполнительных органов вооруженных сил для решения внутрисударственных — политических и иных проблем, в том числе и в особенности таких, которые целеустремлены на «уничтожение человека» — людей, объявленных вне правосудных процедур, допустим, «бандитами» и «террористами».

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ

ЭФФЕКТ — НЕЖДАННЫЙ, ВПЕЧАТЛЯЮЩИЙ, НЕЗАМЕЧЕННЫЙ

1

НАРЯДУ С ПРОБЛЕМАТИКОЙ, относящейся к праву человека как объективной реальности, есть еще один пункт, который (притом — в сочетании с отмеченными особенностями права человека) представляется в весьма высокой степени важным для характеристики «права цивилизованных народов».

Это — *максимальное использование в действующих юридических системах позитивного потенциала права, всего «юридического богатства», накопленного человечеством.* И с данной точки зрения — повышенное внимание к *чистым* юридическим формам, где юридический инструментарий не искажен сугубо прагматическими новеллами, порождаемыми подчас острыми, но преходящими экономическими и политическими ситуациями, в силу чего способен в полной мере раскрыть свои регулятивные и духовные, интеллектуальные возможности.

С этой точки зрения современное право, отвечающее требованиям правового гражданского общества, — это не только по своему строю *право человека*, но и право, в котором приводятся в действие *оптимальные юридические средства и механизмы*, обеспечивающие юридическое регулирование на последовательно гуманистических началах.

Именно под таким углом зрения необходимо рассматривать, например, преодоление на нынешней стадии общественного развития приоритета неких «смешанных форм» (таких, как «торговое законодательство», обособленное от законодательства по гражданскому праву) и весьма определенную тенденцию развития «чистых» юридических форм, в том числе исконных гражданско-правовых средств и конструкций, построенных на строгих началах частного права¹.

Еще более существенное (и, к сожалению, не замеченное наукой явление нынешнего времени) — это своего рода синтез указанных ранее процессов — соединение «чистых» правовых форм с культурой прав человека. Притом такое соединение, которое — в высшей степени многозначительный факт! — дало впечатляющий, поистине потрясающий эффект — в относительно недавнее время, в 1950–1960 гг., привело вместе с другими факторами к решению кардинальных экономических и социальных проблем современной эпохи. Словом, речь идет о том феномене, который, наряду с делом Пиночета и событиями в Югославии, был обозначен в качестве знакового уже на первых страницах книги — о факторах, обусловивших бурное восходящее развитие стран Запада, начавшееся в указанные выше годы.

Здесь нужны некоторые пояснения (проблемы тут — большой, глобальной значимости).

2

СУТЬ ДЕЛА по рассматриваемому кругу вопросов — вот в чем.

Во второй половине XIX в. в условиях продолжающегося процесса перехода человечества к цивилизациям либерального типа все более стали проявляться пороки, изъяны промышленного капитализма, базирующегося на экономической свободе по стандартам «вольницы». И становилось очевидным, что сами по себе существовавшие в то время

¹ Г.Е. Авилов убедительно показал, что в современном законодательстве зарубежных стран дуализм частного права (когда оно разъединяется на гражданское и торговое) либо полностью преодолен, либо торговое законодательство теряет свое регулирующее значение, отселяемое единым гражданским законодательством, охватывающим все сферы имущественных и соответствующих личных неимущественных отношений. Автор справедливо пишет: «Наличие или отсутствие специального Торгового кодекса, также соотношение гражданского и торгового права в системе частного права определяется в первую очередь правовыми традициями страны и степенью кодифицированности ее гражданского законодательства. Государства, имеющие новые или сравнительно новые гражданские кодексы, как правило отказываются от торговых кодексов» (Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование. М.: НОРМА, 1999. С. 11–12).

демократические институты и гражданские законы, при всем своем позитивном значении, во многом оказываются бессильными, немощными. Раскрыв широкий простор для экономической свободы, они вместе с тем развязывают и разрушительную стихию, не в состоянии в полной мере переключить «энергию свободы» в творческое, созидательное русло и тем самым способствовать устойчивому восходящему развитию и одновременно стать преградой на пути разрушительных последствий, нарастающих гибельных процессов, порожденных необузданным демоном «вольного», а точнее — дикого капитализма. Более того, живая, творческая и трепетная душа романтизма и созидательной энергии свободного общества здесь даже исчезает из общественной жизни. И тут еще — разрушительные периодические кризисы, массовая безработица, обнищание множества людей, экологические катастрофы. К ним добавляются колониальные войны, политика империализма, ввергающая все страны мира в общий котел людских несчастий.

Словом, человечество в конце XIX и первые же десятилетия XX в. оказалось перед вызовом времени. Этот вызов во всей своей жуткой наготе выступил в виде кровавой бойни первой мировой войны, повлекшей истребление миллионов людей, послевоенную разруху, социальное разложение 1920-х гг. Он же и напрямую прозвучал в очевидных свидетельствах крушения всего строя промышленного капитализма и политики империализма в годы Великой депрессии начала 1930-х гг., подведшей человеческое общество к черте тотального разрушения цивилизации, ее ценностей, разложения культуры и морали.

Правда, к середине 1930-х гг. глубокий кризис, поразивший промышленно развитые страны Запада в годы Великой депрессии, мало-помалу как будто бы заканчивался. И человечество, казалось бы, вновь стало обретать энергию прогрессивного развития. Но это впечатление оказалось обманчивым. Общие беды общественного развития, проявившиеся в строе промышленного капитализма, и в послекризисное время сохранились, и даже по некоторым направлениям еще более обострились. В демократических странах наряду с тенденциями к модернизации усилились процессы, свидетельствующие об общественной стагнации, общественном упадке.

Значит — что? Все же тупик в общественном развитии?

Ведь обанкротились и те течения общественной жизни, которые в представлении немалого числа людей, казалось бы, давали ответ на вызов времени — коммунистический строй и фашистские режимы. Напротив, тот и другой варианты общественного развития, при всем их действительном и кажущемся различии, породив некоторые приметы

модернизации, а еще более видимость благополучия и даже иллюзию будто бы близкого «грандиозного будущего», обернулись на деле порядками диктатуры, беззакония и мракобесия. Режимом рабства и истребления целых народов, наций — по идеологии и практике фашизма.

И уж совсем похоронным маршем общественному прогрессу стала новая мировая бойня 1939–1945 гг., по сути — кровавая схватка фанатичных идей, безумия вооруженного насилия, принявшая невиданный в истории истребительный характер. К счастью, в согласии с логикой Истории эта новая мировая бойня завершилась в 1945 г. разгромом цитадели системы насилия и истребления народов, наций — фашизма. В какой-то мере оказалась подорванной и коммунистическая идеология, так как борьба Советского Союза с фашистской Германией, сыгравшая в разгроме фашизма решающую роль, проходила в союзе с демократическими странами под общими лозунгами «свободы» и «демократии».

Не оправдались в этой связи надежды на право. Увы, одним из последствий событий конца XIX и в особенности первой половины XX в. стали подмеченные рядом мыслителей утрата в общественном мнении и в науке веры в право, девальвация юридических ценностей. Право, юридические механизмы, в том числе частное право, оказались бессильными, немощными перед глобальными бедами. Значит, посчитали многие специалисты и глашатаи общественного мнения, право вообще не такой уж значимый и великий социальный институт, как это пригрезилось в угаре лозунгов Великой французской революции, идей Просвещения.

Но вот другое явление общественной жизни, возобладавшее в капиталистических странах в связи событиями конца XIX — первой половины XX в., привлекло внимание. Это — идея *усиления регулирования со стороны государственной власти*. Регулирования — всеохватного и вседесущего — экономики, сферы распределения, вмешательства в социальных целях в частные дела (что еще более подорвало веру в право, да и в право вообще, создающего всяческие «препоны» во властной государственной деятельности)¹.

¹ Ведь и впрямь выход из Великой депрессии начала 1930-х гг. сообразно знаменитому «новому курсу» Рузвельта был найден в ряде решительных государственных мер по упорядочению экономических процессов. И уже совсем показалось поучительным «императивное государственное регулирование» экономических и социальных процессов в предвоенное и военное время. Затем — усиление и расширение социальной деятельности государства, особенно в послевоенных условиях. Да что ни говори, при всех очевидных и в то время минусах коммунизма, есть все же — как это под напором массовой пропаганды показалось в 1930–1940 гг. — великолепный опыт СССР, создавшего на твердой государственной основе коллективное сельское хозяйство, передовую индустрию, гигантский современный промышленный потенциал и решивший в неве-

К великому сожалению, и в прошлые годы, и сейчас мало кто придает должное значение тому обстоятельству, что «вторжение власти» в экономическую и социальную жизнь возвращает общество к пройденным фазам развития, к общественным порядкам, построенным на доминировании власти с ее пороками и коварством и отсюда — со всеми отрицательными последствиями для общественного развития, прогресса общества. И что это направление социального развития (наиболее остро и зловеще проявившееся как раз в коммунизме и фашистских режимах) противоречит общим тенденциям развития человеческой цивилизации, необходимости модернизации общества на основе демократии, переходу в ходе этого процесса социальных систем к правовому гражданскому обществу.

Да и по своим конечным результатам достижения огосударственного общества оказываются временными, эфемерными, со шлейфом пороков и отрицательных явлений. Ведь и широко разрекламированная в свое время советская плановая экономика, действительно с известным успехом решив ряд грандиозных, но краткосрочных проблем и с еще большим успехом создав в 1930-е гг. пропагандистский ореол «победы социализма», показала в мирной, «ординарной» обстановке свою бесплодность, растратность, породила целый комплекс негативов и трижды подвела советское общество к черте катастрофы (в период «военного коммунизма», в начале 1930-х гг., к 1970—1980-м гг.).

А уж в условиях правового гражданского общества «нарастающее усиление роли государства», переходящее грань его нормального развития (особенно сообразно требованиям свободной конкурентно-рыночной экономики) — это всегда «вмешательство», связанное с негативными сторонами использования власти в экономической и социальной жизни, с невиданным ростом, разбуханием бюрократии, государственным своеволием. И оно — притом с заведомо неизбежными потерями — может быть оправдано в пределах терпимой целесообразности и уровня развития во имя решения социальных задач, задач образования, фун-

ротно сложных условиях войны экономические проблемы — факты, получившие широко известность во всем мире!

Как тут не признать основательными теоретические выкладки Кейнса и его сторонников о необходимости усиления экономической и социальной деятельности государства даже для свободного общества! И вообще — обоснованность взглядов о «социальном государстве», признание целесообразности всестороннего государственного планирования народнохозяйственной жизни! Недаром именно в то время, в послевоенные годы, получили распространение среди передовых умов не только склонность откорректировать либеральные взгляды идеями «консенсуса», вплоть до теории «социалистического либерализма», но и концепция конвергенции, предполагающая соединить преимущества социализма (плановую экономику) и достижения западного общества (политические свободы).

даментальной науки, здравоохранения, а за этими пределами — только чрезвычайной обстановкой. Обстановкой природной стихии, техногенных катастроф, войны. И именно такой характер — характер временных, чрезвычайных мер, «неизбежного зла» — имело по сути дела усиление государственного воздействия на экономику западных стран в условиях военного и послевоенного времени, и оно, как свидетельствуют факты, по мере отпадения острой необходимости постепенно свертывалось, заменялось при решении социальных задач формами, адекватными требованиям свободной рыночной экономики¹.

Другой вопрос, притом вопрос концептуального порядка — это необходимость в условиях гражданского общества *общего государственного регулирования*, в том числе общего государственного регулирования отношений в сфере конкурентно-рыночной экономики. Но регулирования — *правового*, причем такого, когда оно не переходит «меру» и «пределы», определенные требованиями гражданского общества, и когда в соответствии с этим его *сердцевиной является частное право, возведенное в закон*, в гражданское законодательство, развитое общее право англо-американского типа, а также в «сопровождающие» и «сопутствующие законы» публичного права.

Иначе, при отсутствии такого социально оправданного общего регулирования опять-таки велика угроза «срыва», когда «рынок» скатывается в разбойничью криминальную вольницу с господством «права сильного», с криминальными нравами и разборками.

Главное же — «государственное вторжение» в экономическую и социальную жизнь, даже социально оправданное, смягченное общим государственным регулированием и облагороженное правом (и, понятно, тем более — выбивающееся за необходимые «меру» и «пределы» и с существенными огрехами по вопросам права), неизбежно сопряжено с многими отрицательными явлениями. Прежде всего с безудержным ростом чиновничьего аппарата, бюрократии, приоритетом силовых ведомств, расширением и ужесточением властно-императивных начал в жизни общества, тенденциями к доминированию командно-административного управления. А значит — с укоренением бюрократи-

¹ Оправдано, понятно также концентрированное использование государственных властных мер в особых исторических условиях. Скажем, сильное, целенаправленное и вместе с тем — аккуратное, взвешенное государственное руководство необходимо при переходе от плановой, административно-командной коммунистической системы к условиям гражданского общества, к цивилизованной конкурентно-рыночной экономике. С тем, чтобы процесс реформ оказался наименее болезненным для людей и общество не сорвалось в бездну безоглядной вольницы, разгула криминальной стихии.

ческих сторон функционирования аппарата, стремлениями к чиновничьему всемогуществу, дальнейшими порывами ко вмешательству во все и вся и, как показывает жизненная практика, с ростом злоупотреблений властью, коррупцией, мздоимством.

3

МЕЖДУ ТЕМ, еще в предвоенные годы, во время войны начал набирать силу, а в 1950–1960-е гг. ворвался в жизнь общества многих стран могучий поток научно-технической мысли, открытий, изобретательских свершений во всех сферах техники, охватывающих источники энергии, материалы, машинную технику, электронику и т.д., а главное – технологию, информатику, управленческое дело.

И это не только оказалось решающим фактором для перехода экономики в *постиндустриальную* фазу развития, для резкого повышения производительности труда, экономии энергии и материалов, быстрой и плодотворной «товарной отдачи» от производительной активности, предприимчивости, творчества, но и еще более, чем это было в условиях промышленного капитализма, *для возвышения активного и творческого человека, человека как личности*. Большинство людей в экономически развитых странах, активно участвующих в экономическом и социальном деле, науке, просвещении, здравоохранении, образовании «средний класс», слой работников с «синими» и «белыми» воротничками – людей с достойным уровнем жизни, знающих себе цену и занимающих высокое место в обществе, уверенных в своих силах и уже в результате этого обретающих высокий гражданственный статус.

Словом, в условиях мощного научно-технического прогресса (в какой-то мере даже в обстановке неразвитых и реакционных политических режимов и уж напрямую, полномасштабно – при демократическом строе) упрочилась объективная потребность в развитом гражданском обществе. И – что особо существенно – упрочился *настрой на право*, а значит – на *правовое* гражданское общество. Причем – такое право и такое правовое общество, центром которых должен стать человек – творец и созидатель, гражданин, личность с высоким статусом и неотъемлемыми правами.

Вот и совпали, совместились – как это часто происходит в Истории – два, казалось бы, довольно отдаленных друг от друга процесса в жизни общества – мощный взлет научно-технического прогресса со всеми вытекающими из него экономико-социальными последствиями и одновременно – развитие культуры прав человека.

Получилось, стало быть, что ключевыми, поворотными для права в середине и во второй половине XX в. оказались события 1950–1960-х гг., явившиеся как результатом общего постиндустриального прогресса общества, так и своего рода правовой реакцией на кровавый кошмар фашистского и сталинского тоталитаризма. Именно тогда и произошли крупные перемены в праве, оказавшие столь существенное влияние на выход экономико-социальных систем из тупика и последующее общественное развитие. Перемены, затронувшие юридические системы развитых демократических стран и означавшие, по сути дела, не что иное, как их вхождение в принципиально новую стадию, отвечающую требованиям новой эпохи, — в стадию, как было показано ранее, *права человека* как объективной реальности.

4

А ТЕПЕРЬ — САМОЕ СУЩЕСТВЕННОЕ в этой части рассказа о праве в связи с глобальными переменами в обществе, начавшимися в послевоенное время в 1950–1960-е гг.

Главное здесь (что и должно ответить на вопросы, поставленные в прологе) — вот что. «Новое качество», характерное для «права человека», вовсе не ограничилось одной лишь областью конституционных установлений да непосредственным использованием положений о правах человека в сфере правосудия. То есть теми сферами, о которых говорилось ранее в связи с делом Пиночета и событиями в Югославии. Оно, это «новое качество» права, неожиданно затронуло кардинальную проблему, обозначенную самим ходом развития общества, — проблему выхода из глобального кризиса капиталистической системы 1930–1940-е гг., а под более широким углом зрения — проблему факторов, определивших, наряду со стабилизацией и утверждением демократических ценностей в политической жизни, современное, «восходящее» развитие демократических стран, их постиндустриальной экономики.

Существо дела в том, что культура прав человека в том виде, в каком она стала выстраиваться в 1950–1960-е гг., *резко возвысила человека, придала новое возвышенное качество его юридически защищенному статусу, прочность и надежность его «суверенности», самостоятельности и независимости, вселила в него уверенность во всех сторонах его активного творческого поведения, усилила персональную ответственность за него.* В том числе — поведения в сфере современного «рынка», основанного на риске и персональной ответственности человека за результаты его деятельности.

Словом, в экономическую и социальную жизнь общества вступил *надежно защищенный и высокоответственный человек со значительным потенциалом энергии, активности, ответственности*. Человек, действующий в «поле» и в согласии с началами современного гражданского общества.

И именно здесь (наряду и в связи с гигантским взлетом научно-технического прогресса) следует видеть одно из главных оснований, которое вслед за стабилизацией политической жизни, упрочением демократических ценностей, необходимыми упорядочивающими государственными мерами стало решающим фактором для преодоления тупика, порожденного промышленным капитализмом, а затем и для нынешнего экономического и социального успеха в демократических странах.

Выходит, в действительности, передовую экономическую и социальную значимость имеет не «просто рынок», а рынок, развивающийся на основе научно-технического прогресса, в условиях утверждающегося современного гражданского общества и потому — *облагороженный современным правом, единым с культурой прав человека* (когда корректнее говорить не о «рыночной экономике», а о *частноправовой организации* народного хозяйства, о чем еще в начале XX в. говорил замечательный русский правовед-мыслитель И.А. Покровский).

Благодаря «такому» праву экономическая свобода (свобода защищенной, уверенной, ориентированной на право личности) не соскальзывает в базарно-разбойничью вольницу, а в полной мере раскрывает природные творческие силы человека, его производительную активность, нацеленность на напряжение сил и ума, его способность идти на риск во имя экономического успеха, его собственную персональную ответственность за результаты собственного дела.

Если промышленный капитализм определяет при помощи демократических институтов и классических гражданских законов главным образом «рамки» для произвольного экономического поведения со всеми возможными и, увы, сбывающимися отрицательными последствиями, то гражданские законы, возвышенные культурой прав человека, играют для экономики социальной жизни более глубокую и притом изначально позитивную роль. Здесь экономическая свобода *переводится* в созидательную активность, напряжение сил и ума, экономический риск и творчество, соединенные с персональной ответственностью за результаты собственного дела. Да и необходимое упорядочение, «обуздание» экономической свободы происходит в этом случае не через внешние государственно-властные меры, а через самого

человека, его творческую активность, которая сама по себе представляет собой мощное внутреннее регулирующее начало.

В итоге – поразительные результаты частнопредпринимательской экономики демократически развитых стран во второй половине XX в. – это эффект, надо сказать еще раз, не просто «рынка», а результат функционирования рыночной экономики как составной части современного правового гражданского общества (в соединении с гигантским научно-техническим прогрессом), где на первое место вышли Человек, его достоинство и неотъемлемые права.

5

НАДО ДОБАВИТЬ к только что сказанному и то обстоятельство, что именно благодаря праву человека (человека! – т.е. существа разумного и изначально «социального», общественного) собственный интерес, эгоизм отдельной личности получает в современном праве такое юридическое выражение, когда эти противоречивые особенности жизни людей сочетаются с началами человеческой солидарности.

Стало быть, именно на счет современного частного права, функционирующего в сочетании с солидарностью, в единстве и взаимодействии с публичным правом, нужно во многом отнести достоинства постиндустриальной экономики, когда в экономической жизни отсекаются многие «негативы» просто рыночных отношений и крайности экономической свободы и в полной мере начинает работать их потенциал – по своей основе потенциал «оцивилизованной» частной собственности и конкурентного состязания, раскрывающих свои достоинства через частное право новой, современной эпохи в человеческой истории.

ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ ПРАВОВАЯ КОНВЕРГЕНЦИЯ

1

СТАНОВЛЕНИЕ права человека и реализация требований правозаконности на основе высокой юридической культуры (все то, что включает понятие «право цивилизованных народов»), развитие «чистых» юридических форм в их единстве с культурой прав человека – не единственное, что характеризует перспективу развития права в нынешнее, переломное время нашей Истории.

Наряду и в органической связи с указанными процессами, относящимися к содержанию и социальному действию современного права, происходят и существенные преобразования в *самой юридической материи* — в особенностях публично-правовых и частноправовых институтов, а также в тех структурных и иных особенностях, которые разграничивают разнообразные юридические системы, их группы, семьи. В том числе и в специфических чертах профильных, базовых ареалов права, существующих ныне на нашей планете: таких как романо-германское право — «право, выраженное в законе» (сложившееся и утвердившееся в континентальной Европе), общее, прецедентное право (англосаксонское право, право англо-американской группы), а также традиционные неотдифференцированные системы, включая социалистические, содержание которых во многом определяется традиционными началами, философскими, идеологическими доктринами.

Характеристики происходящих в настоящее время такого рода преобразований в правовой материи, в особенностях юридических систем по большей части ограничиваются в юридической науке констатацией факта *сближения* между публичным и частным правом, а также между различными национальными и региональными юридическими системами.

Между тем «сближение» — лишь внешнее проявление более глубоких процессов, преобразующих мир права (еще раз скажу — «мир» с точки зрения самой правовой материи, ее конструктивных особенностей). Процессов, которые могут быть названы *правовой конвергенцией*.

Это значит, что развитие правовых систем (в особенности в странах, «продвинутых» по пути модернизации, демократического развития, на Западе — в романо-германском праве и в общем, прецедентном праве) идет хотя и с различными вариациями, но все же в *одном направлении*. Причем так, что происходит взаимное обогащение права в различных ареалах и в конечном счете — своеобразная *интеграция* в праве, при которой соединяются в единые правовые образования, в целостные юридические конструкции преимущества и достижения различных сфер права, разных систем. Подчас — такие преимущества и достоинства, которые, казалось бы, отличаются чуть ли не полярной противоположностью, несовместимостью.

Именно в результате правовой конвергенции (интеграции) в правовых системах демократически развитых стран появляются известные черты общности, своего рода «новой однотипности», что и позволяет рассматривать их «вместе», видеть в них некоторое «одно целое» и с юридической стороны, притом — так, что они образуют в этом своем единстве «право цивилизованных народов».

ПРАВОВАЯ КОНВЕРГЕНЦИЯ имеет «собственные» основания, корнящиеся в глубоком единстве интеллектуального содержания права, в его первооснове, неотделимости от силы разума, рациональных начал и связанных с этим традициях и направленности общественной мысли, в особенности — правоведения. И вытекающей отсюда — заложенной в праве тенденции к своему совершенствованию. Есть тут также уникальные исторические ситуации (такие, как особенности развития права в канадской провинции Квебек и американском штате Луизиана). Или — региональная специфика исторического развития (как это характерно для «северной», «скандинавской» правовой семьи в Европе).

И все же происходящая в настоящее время правовая конвергенция представляет собой нечто единое с формированием «права цивилизованных народов», и с этой точки зрения — общую для всех этих процессов исходную «причину» мирозданческого порядка — глобальный перелом в развитии человеческой цивилизации, развитие и утверждение цивилизаций либерального типа и, значит, современного гражданского общества, центром и смыслом которого являются Человек, его достоинство и высокое положение в социальной системе, его неотъемлемые права.

Весьма отчетливо эта обусловленность в развитии права от глубинных процессов развития общества в нынешнее время может быть прослежена в сфере публичного права. И в странах с традиционно монархической формой правления, и в странах с республиканским государственным устройством, при всем, казалось бы, качественном различии существующих здесь государственных систем, одинаково вместе с развитием демократии складываются в принципе однотипные юридические режимы, основанные на принципах народовластия, свободных выборов, разделения властей, приоритета прав и свобод человека и гражданина.

Аналогичные процессы происходят в сфере частного права. Здесь наукой раскрыто в общем-то поразительное явление, которое получило название *презумпции идентичности*.

Дело в том, что при всем многообразии, универсальности правовых средств в частном праве существуют на каждом этапе развития общества «единые правовые потребности»¹, которые обуславливают необходимость выработки адекватных правовых решений. И вот — поразительное явление

¹ Например, как подмечено специалистами, все развитые правовые системы мира должны содержать нормы, защищающие права приобретателя или залогодержателя недвижимости в первую очередь от ущерба, который может быть нанесен этим правам законными, но неизвестными приобретателю или залогодержателю притязаниями на данную недвижимость третьих лиц.

ние (называемое подчас «основным законом сравнительного права»). Суть этого явления — в том, что «различные правовые порядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы, вплоть до мельчайших деталей, одинаково»¹.

Понятно, при этом нужно принять во внимание, что на содержание юридического регулирования оказывают влияние различные факторы, нередко сугубо субъективные или этические, религиозно-философские. Но «если исключить эти сугубо субъективные и этически обусловленные вопросы — преимущественно семейного и наследственного права, — а к остальным областям права применить в сравнительном плане «неполитическое» частное право, то вновь подтвердится констатация: одни и те же юридические проблемы одинаково или в значительной мере сходно решаются во всех развитых правовых системах мира». Это и позволяет говорить о «презумпции идентичности» (*presumptio similitudinis*), причем даже «как инструменте для принятия практических решений»².

3

ИНТЕГРАЦИЯ в праве, конечно же, имеет свои пределы. В связи с фундаментальным характером подразделения права на публичное и частное, а также в не меньшей степени — в связи с глубокой укорененностью права в недрах тех или иных социальных систем, в самой органике самобытных цивилизаций, нынешний облик права, существующего на нашей планете, по основным своим очертаниям не претерпит, надо полагать, коренных изменений.

И в будущем, можно уверенно предположить, сохранит свое фундаментальное значение подразделенность права на публичное и частное. Можно уверенно предположить, что и основные, базовые подразделения в мире права (системы романо-германского типа; общего, прецедентного права; традиционные, неотдифференцированные системы) с приоритетом в каждой из них «своих» юридических начал, ценностей и символов по главным своим очертаниям сохранятся, причем, пожалуй, и в сравнительно отдаленной перспективе.

Вместе с тем процессы правовой конвергенции и связанная с ними интеграция в праве, по всем данным, останутся в качестве опре-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 58–59.

² Там же. С. 59. При этом авторы специально обращают внимание на то, что эта презумпция «неприменима в тех областях права, которые несут слишком сильный отпечаток политических и моральных представлений данного общества» (Там же. С. 60).

деляющей и, возможно, усиливающейся тенденции мирового правового развития.

В предшествующем изложении, при рассмотрении отдельных проблем, относящихся к характеристике права на пороге нового тысячелетия, то там, то здесь давали о себе знать многообразные проявления такой тенденции. Не упуская из поля зрения все эти многообразные проявления интеграционных процессов, следует, думается, обратить повышенное внимание на два основных направления правового развития, связанных с указанными процессами.

Первое из таких направлений — это *взаимопроникновение в действующих юридических конструкциях и структурах публично-правовых и частноправовых начал*. Такое взаимопроникновение в закономерно-оправданных, оптимальных вариантах выражает, с одной стороны, высокое место в жизни современного общества «социального» — социальных форм, гарантирующих достойное положение каждой личности, обеспеченность самих предпосылок достойного существования и социального развития каждого человека, защиту его от произвола, а с другой — незыблемость «сугубо человеческого, индивидуального» — основных устоев гражданского общества, основ экономической свободы, неприкосновенность частной собственности, приоритет прав и свобод человека. Стало быть, характерное для современной эпохи взаимопроникновение частного и публичного права может быть признано оправданным и оптимальным в таких формах, при которых сохраняются «исходный» и фундаментальный характер публичного и частного права, и по этим моментам — их *чистота* как основных сфер действующего права, в наибольшей степени — именно благодаря своей «чистоте» — способных раскрыть свои достоинства, регулятивные и духовные свойства.

Второе направление современного правового развития, которое как раз отражает основные характеристики и выводы, касающиеся проблем, рассмотренных в настоящей книге, — это *все более полное раскрытие, признание и восприятие в мире ценности права, его конструкций и механизмов, нашедшие выражение в достижениях правовых систем различных типов*. Прежде всего — в достижениях правовых систем, развивающихся в условиях современной всесторонней модернизации и демократизации общества, — романо-германского права («права, выраженного в законе») и общего, прецедентного права.

Здесь с достаточной отчетливостью раскрываются главные аспекты ценности права, один из которых связан с *законом*, его достоинствами, а другой — с *судом, правосудной деятельностью* и отсюда — с правовой сутью жизненных ситуаций, требующих правового решения (в даль-

нейшем будет отмечен еще один, третий аспект ценности права, относящийся к духовным, «сакральным» его началам).

4

С ВЕСЬМА ОПРЕДЕЛЕННОЙ ОЧЕВИДНОСТЬЮ достоинства права, имеющие перспективное значение, могут быть зафиксированы в отношении центрального звена права континентальной Европы — закона, его совершенной формы — *кодекса, законодательной культуры в целом*. Факт проникновения, если угодно — «интервенции», закона и законодательной культуры в сферу его «извечного юридического антитипа», казалось бы, несовместимого по органике антагониста — общего, прецедентного права хорошо известен, общепризнан. Его проявления во многом уже отмечены в этой книге.

Дело не только в том, что и в сфере общего, прецедентного права, как и на Европейском континенте, сама конструкция, термин и лексика «закона» служат, как мы видели, надежным знаком, символом *верховенства действующего правопорядка* и исходным основанием института, выражающего требование неукоснительного соблюдения действующих юридически норм, — *законности*. Наиболее существенное в практическом отношении заключается здесь в том, что, по утвердившемуся в современной научной литературе мнению, «в общем праве... все больше пробивает себе дорогу тенденция пользоваться услугами законодателя для унификации, более рационального использования и упрощения права»¹.

Но возрастающее значение закона и законодательной культуры в сфере общего, прецедентного права не сводится к одним только что отмеченным, сугубо прагматическим (и несомненно, крайне существенным) моментам — унификации, рациональному использованию и упрощению права. Есть здесь и более глубокие основания, весьма важные для перспективы правового развития.

¹ Цвайгерт К., Кёмиц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 406. Здесь же отмечается, что в Англии «назрела необходимость систематизации и модернизации общего права», даже в официальном порядке признанных важнейшей задачей. Свидетельство этого — создание в 1965 г. правовой комиссии, «перед которой была поставлена четкая задача «пересмотреть все право с точки зрения его дальнейшего систематизированного развития и реформирования прежде всего путем его кодификации». А потому «даже техника толкования законов больше не является в Англии зоной, свободной от критики, благодаря установлению более тесных связей с континентальным правом через посредство права Европейского сообщества». И именно сравнительно-правовые исследования показали, что применительно к технике кодификации стиля законов «и в этой области можно было бы многое почерпнуть из опыта гражданского права» (Там же. С. 405–406).

Сначала — несколько фактов, ранее уже отмеченных, но достойных того, чтобы сказать о них еще раз, — фактов, довольно любопытных и наводящих на основательные размышления.

Вспомним — в ряде молодых африканских государств, освободившихся из-под британской колониальной зависимости, одновременно с колониальным режимом утратило свое значение «импортированное» английское право, и его место начали занимать национальные юридические системы, при формировании которых на основании местного обычного, а в ряде стран — исламского права решающую роль играют кодифицированные акты, собственные национальные «своды законов» (причем при их подготовке, осуществляемой во многих случаях с помощью английских специалистов, используется, по имеющимся данным, терминология и некоторые иные элементы юридической техники общего, прецедентного права).

Нечто иное и вместе с тем близкое по сути, как мы видели, уже произошло при формировании национальной юридической системы Индии. В этой стране на базе ряда законов, принятых с конца XIX в. (особенно после обретения государственной независимости), в том числе Конституции 1959 г., частное право, имеющее по своей основе совершенно «импортированному» английскому праву прецедентный характер, оказалось в основном кодифицированным. Хотя — возьмем это на заметку — одновременно и таким, где сохранились существенные ценности общего права (необходимость следовать сложившимся прецедентам, процессуальные средства правовой защиты и др.).

О чем свидетельствуют эти факты? Думается, наряду с иными выводами и предположениями, также и о том, что в данных случаях в результате целенаправленной правотворческой деятельности использованы достоинства законов, особенно — кодифицированных, как правовых средств юридико-интеллектуального характера, способных целенаправленно оснащать юридическую систему современными правовыми ценностями высокого порядка.

С этой точки зрения необходимо обратить внимание на специфику североамериканской юридической системы — прецедентного права США. Своеобразие этой правовой системы, по «материнской линии» также коренящейся в английском общем праве, состоит, кроме всего иного (не всегда — безусловно положительного), в том, что в своем формировании и развитии оно уже в конце XVIII в. обрело «могучую» законодательную основу в виде Конституции, Билля о правах, конституционных принципов построения демократической государственности, императивов неотъемлемых прав человека.

Отсюда — не только повышенная «склонность» прецедентного по своей основе права США к кодификации (особо выразительно проявившаяся в подготовке и действии Единообразного торгового кодекса), но и особенности судебной деятельности и прецедентной практики, изначально опирающихся через Конституцию и прежде всего заложенные в ней императивы прав человека на высокие духовные, моральные начала права.

И хотя, на мой взгляд, эта высокочающаяся линия судебной деятельности и прецедентной практики строится при неоправданном и нелогичном отторжении юридической догматики (обостряемом наукой в ее «социологических» и «реалистических» ориентациях), она — и притом именно благодаря закону высшего уровня, Конституции, — придала юридической системе США отчетливый интеллектуально-ценностный характер, заложила в ней предпосылки для создания нормативных обобщений высокой значимости и в итоге вывела ее по ряду существенных позиций на передовые рубежи мирового правового развития. Впрочем, рубежи, которые в целом до настоящего времени (и ряд событий, в том числе в Югославии 1999 г., тому подтверждение) не являются пока еще ближайшей перспективой.

С рассматриваемых позиций можно, думается, ожидать, что в демократических странах, юридические системы которых строятся на принципах общего, прецедентного права, в обозримом будущем и тем более в отдаленной перспективе высокое значение приобретет квалифицированная и отработанная законодательная работа. Работа *особого рода*, которая, можно предположить, сохранит достоинства и преимущества общего, прецедентного права и вместе с тем возвысит и придаст новое качество действующей юридической системе, отвечающей требованиям современной эпохи. И это во многом станет возможным как раз путем использования потенциала интеллектуального содержания права, нормативных обобщений. Практически — путем не только модельного законопроектирования, но и, допустимо надеяться, твердого закрепления в законодательном порядке не всей многообразной юридической конкретики, а главным образом — основных начал права и в необходимых случаях рамочных и диспозитивных установлений, регламентирующих отработанные юридические конструкции, иные действенные средства нормативно-правовой регуляции (по своему содержанию и построению отвечающих как условиям современного постиндустриального и социального развития, так и категориям и принципам права человека).

Приведенные данные, надо полагать, дают основания для предположения о том, что «интервенция» закона и законодательной культуры в сферу общего, прецедентного права (и такого же рода явления в ан-

клавах традиционного права) имеет глубокую социальную и исконно правовую направленность, которая в перспективе призвана реализовать истинно историческое предназначение права в жизни людей, в утверждении высоких духовных, гуманистических основ и принципов современного гражданского общества.

Надо видеть, что закон и законодательная культура, «вторгаясь» в сферу общего, прецедентного права, иные правовые ареалы, и со своей стороны существенно преобразуются сообразно требованиям современной эпохи и юридической логике. И это касается стран — приверженцев романо-германской культуры, для юридических систем которых как раз характерно «право, выраженное в законе», преимущественно стран континентальной Европы, Южной Америки, некоторых других регионов.

Такого рода процессы в юридических системах романо-германского типа в ряде существенных моментов совпадают с только что отмеченными и по сути аналогичными явлениями в сфере общего, прецедентного права. Но тут, в области доминирования романо-германского права, немало и специфики, которая обусловлена не только преодолением «культы закона», но и явлениями иного рода — встречным «вторжением» в данную область принципов и техники общего, прецедентного права.

5

ВОЗРАСТАНИЕ РОЛИ *судебной деятельности и прецедентной практики* в условиях гражданского общества вполне оправданно рассматривать (так же, как и возрастание роли закона) в качестве общей закономерности или хотя бы доминирующей тенденции современного правового развития. И такое утверждение, следует думать, тем более оправдано, что эта закономерность или тенденция в полной мере согласуется как с требованиями жизни в современную эпоху, так и с логикой права. С теми ее проявлениями, которые характеризуют оптимальные соотношения закона и судебной практики, при которых достигаются преодоление недостатков и слабых сторон закона, его рассмотренного ранее «коварства», и оптимальная реализация достоинств права как жесткого и одновременно живого организма (об этом говорилось в заключительной части главы восьмой).

С наибольшей выразительностью указанная закономерность или тенденция проявилась в последние два столетия как раз в странах Европейского континента, юридические системы которых построены «на законе».

Впрочем, исторические данные свидетельствуют, что эта закономерность (даже как тенденция) проявилась в континентальной Европе не сразу, не вдруг. Напротив, во Франции, открывшей свершениями и ду-

хом своей Великой революции эпоху перехода человечества к цивилизациям либерального типа, утвердился, по мнению многих специалистов, миф о законе как единственном источнике права. Потому-то первоначально после издания ФГК на первый план в сложной материи французского гражданского права выступила, наряду с кодексом, непосредственно доктрина, научное толкование законодательных положений.

В литературе по сравнительному правоведению отмечается: «Первые десятилетия после вступления в силу ГК (речь идет о ГК Франции. — С.А.) представляли собой малопродуктивную позитивистскую фазу его развития, которая характеризовалась буквальным и логическим толкованием его текста (так называемая «школа толкования»...). Судебная практика при этом совершенно игнорировалась». И только «с конца XIX века картина кардинально меняется. Под влиянием взглядов Жени и Салея приходит осознание того, что «школа толкования» не в состоянии быть судьям в должной мере полезной при применении ГК в условиях изменившихся социальных отношений. Так называемая «школа свободных научных исследований» (по выражению Жени) развивала точку зрения, противоположную точке зрения «школы толкования». Согласно воззрениям этой новой школы, следует стимулировать более свободное отношение судьи к тексту законов. От него требовалось не ограничиваться лишь их логическим и систематическим толкованием, а прежде всего учитывать живые и постоянно развивающиеся общественные потребности, нравы и обычаи участников правового оборота, а также результаты социологических и сравнительно-правовых исследований»¹.

Такие же процессы (правда, с меньшей временной дистанцией от безусловного поклонения законодательному тексту до признания правосозидающей роли суда) характерны для Германского гражданского уложения, его действия, когда со временем нормативные установления ГГУ все более и более «окутываются» данными судебной практики.

В итоге уже в первой половине XX в. оказалось, что «все разделы ГГУ, как, впрочем, и ФГК, столь сильно «отлакированы» судебским правом, что часто одно лишь чтение текста закона не может дать ни малейшего представления о действующем, «живом» праве»².

Наряду с констатацией все более утверждающейся юридической однопорядковости «права, выраженного в законе», и общего, прецедентного права (подробнее об этом — дальше) наше внимание должно

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 148.

² Там же. С. 235.

привлечь и другое обстоятельство. Это — сопряженная с возрастанием роли суда и судебной практики своего рода *модификация* самих законодательных форм.

Наглядный и во многом «пионерский» образец такой модификации дало еще в начале XX в. швейцарское законодательство, уловившее тенденции правового развития новой эпохи. В ГК Швейцарии 1907 г. обозначилась прямая нацеленность на резкое возрастание роли суда, который при отсутствии надлежащих законоположений был управомочен на то, чтобы действовать так, как если бы суд «был законодателем». И сообразно этому в Кодексе уже в то время был сделан крен в сторону модифицированных законодательных форм — общих положений, рамочных норм, общих оговорок.

Характерно и то, что и в ГГУ подобные модифицированные формы, до того растворенные во всем массиве нормативного материала, в ходе усиления правосозидающей роли суда были последним «вытащены» на первый план. И все это — как и аналогичные явления в развитых в правовом отношении демократических странах — свидетельствует о перспективах развития законодательства, в котором, как можно ожидать, за счет (вместо) мелочного, конкретизированного, формализованно исчерпывающего регулирования будет происходить, можно уверенно предположить, *увеличение удельного веса норм-принципов, рамочных установлений, оценочных понятий, формул, являющихся «общими оговорками», других модернизированных законодательных форм*, — словом, того, что связано с более широким использованием нормативных обобщений, сориентированных на более высокую и продуктивную в юридическом отношении роль и ответственность суда. При этом, как бы ни была значительна роль судебной практики, «за спиной» правосозидающей деятельности суда *должен во всех случаях находиться «закон» в широком значении этого понятия*, т.е. в значении наличного действующего правопорядка (а в системах романо-германского типа — закон в строго юридической значимости, хотя, понятно, в современных его модифицированных формах — с доминированием в его содержании общих начал, общих оговорок, рамочных установлений и др.).

В то же время, очевидно, и сама возрастающая по своему значению судебная деятельность требует того, чтобы в ней, особенно при осуществлении правосозидающих функций, утвердились принципы, реализующие достижения общего, прецедентного права, его культуру, ценности. А это означает, по крайней мере, следующее.

Во-первых, вынесение правовых решений, претендующих на развитие позитивного права, требует в соответствии с культурой прецедент-

ного права *тщательного, скрупулезного изучения каждого конкретного юридического дела, его специфики, всех его особенностей* — особо тщательного и скрупулезного в случаях, когда данная жизненная ситуация не подпадает под существующие юридические конструкции, признаки норм закона. При этом центр тяжести при таком изучении должен быть сосредоточен на *правовой сути* данной ситуации — на тех выводах правового порядка, которые вытекают, независимо от тех или иных формальных установлений, из реальных, фактических обстоятельств дела.

Во-вторых, позитивный опыт права стран англо-американской группы требует того, чтобы выносимое решение *вписывалось в логику прецедентного права*. То есть, чтобы при наличии предшествующих судебных актов по таким же — как и настоящее дело — ситуациям эти акты выступили в качестве прецедентов, причем предполагается углубленная проработка всех предшествующих решений по ситуациям данного рода. И одновременно необходимо, чтобы данное решение выносилось с расчетом на то, что и оно станет прецедентом для подобных случаев в последующем. С тем, в конечном счете, чтобы по цепочке шло непрерывное, углубляющееся «обоснование от прецедента к прецеденту» (*reasoning from case to case*), когда происходит развитие, совершенствование заложенных в прецеденты идей и когда в итоге судья постепенно формирует на основе их обобщенной проработки принципы, нормы, с помощью которых ему предстоит решить рассматриваемое им дело.

И еще одно обстоятельство по вопросам возрастающей роли суда, прямо уже относящееся к реалиям нашего времени (в том числе тем, которые вытекают из недавней ситуации в Югославии).

В современных условиях существует острая потребность специальной констатирующей деятельности суда, результатом которой было бы правосудное установление тех или иных фактов. Например, таких, как факты геноцида. Или, допустим, факты терроризма.

Хотелось бы обратить внимание на то, что в данном случае речь идет не о рассмотрении уголовных и гражданских дел во всей их полноте с вынесением приговоров или решений о применении мер юридической ответственности, возмещении ущерба и т.д. (такого рода полнокровная правосудная деятельность вполне оправдана, необходимость ее остается, но она — особая, по большей части последующая по отношению к констатирующей, нуждающаяся в правосудном установлении также и иных обстоятельств, а главное — в вынесении решения по делу). Речь идет о судебных делах, посвященных *только факту*, об одной лишь *констатации того, был ли такой факт в действительности или нет*.

Конечно, и тут нужна оценка жизненных обстоятельств, и такая оценка может быть в конечном счете дана при учете более широкого состава, необходимого для дела в целом, субъективных и иных факторов, и без этого «предрешающее» (преюдициальное) значение соответствующего констатирующего акта не может быть признано полным и достаточным. Тем не менее при всех возможных в данном случае трудностях и ограниченной правовой значимости принимаемых решений правосудная констатация факта — акт истинно *правовой*, согласующийся с многовековой юрисдикционной практикой и главное — открывающий возможность для применения мер государственного принуждения. Такой правосудный акт, в отличие от актов управленческих, исполнительных органов (включая решения региональных организаций, таких как НАТО, или решения органов российской исполнительной власти о применении вооруженных сил в Чечне), в критических ситуациях все же позволяет, с необходимыми ограничениями и «сдержками», использовать регулярные вооруженные силы для противостояния действиям, свидетельствующим о геноциде, других преступлениях против человечности.

Так что, думается, в контексте решения одной из неотложных проблем мирового правового развития — надлежащего законодательного урегулирования использования государством, его руководящими инстанциями регулярных вооруженных сил для решения внутригосударственных проблем — должное место следует отвести именно правосудным процедурам, которые обеспечивали бы установление в правосудном порядке фактов, обосновывающих с фактической стороны такое использование вооруженных сил.

6

ТАКИМ ОБРАЗОМ, происходящая в современную эпоху правовая конвергенция как бы «собирает вместе», интегрирует, зачастую в специфических, модернизированных формах, достоинства основных, базовых мировых юридических систем. Приведенные в предшествующем изложении данные позволяют, надо полагать, увидеть, что правопорядок стран, вставших на путь современного правового развития, воспринимает юридические достижения *и от* юридических систем романо-германского типа (в основном — в связи с кодификацией, обогащением интеллектуального содержания, — устойчивой структурированности, других качеств права как жесткого организма), *и от* систем общего, прецедентного права (в основном в связи с судебной деятельностью — тем, что усиливает качества права как живого социального регулятора).

И тут возникает вопрос — не воспринимает ли современное правовое развитие известные позитивные, рациональные элементы также и от третьей базовой семьи юридических систем — традиционно-неотдифференцированного права?

На первый взгляд напрашивается отрицательный ответ на подобный вопрос. Ведь само определение известных юридических систем (в основном стран Дальнего Востока) в качестве «неотдифференцированных» как будто бы означает, что это юридические системы, перешедшие к нам в нетронутом виде из далекого прошлого, представляют собой рудименты первых фаз становления права, когда юридические нормы и принципы еще не отделились от других форм социальной регуляции и духовных факторов — моральных, этических и философских императивов.

В таких оценках есть оправданные с фактической и социальной сторон предпосылки и акценты. Вместе с тем никуда не уйти от фактов и вытекающих из них оценок иного рода. В том числе — от многотысячелетнего долгожительства указанных юридических систем, а в этой связи — также от того, что и ныне они демонстрируют мощную регулируемую силу, которая далеко не всегда находит достаточное объяснение в самих по себе архаичных традициях и застойном, отсталом характере социальных систем, частью которых они являются.

Здесь, по всем данным, требуется более углубленная проработка проблемы. В этой связи есть основания полагать, что — если не везде, то во многих регионах Востока — сила того права, которое с немалой степенью условности обозначено терминами «традиционное», «неотдифференцированное», коренится, помимо иных факторов, в глубоких духовных, этических и даже непосредственно философских началах. И не этими ли глубокими духовными, этическими, философскими началами — понятно, в том качестве, которое соответствует условиям и требованиям современной эпохи, — может быть обогащено и еще с одной стороны усилено современное право?

Такого рода перспектива представляется остро необходимой. Тем более, что современное право даже в упомянутых ранее интегрированных формах нередко предстает (и получает научную интерпретацию в некоторых течениях философской и правовой мысли) в виде сугубо технологического агрегата, чуть ли не чисто технического инструмента регуляции в постиндустриальном обществе. Причем такого инструмента, когда право (лишенное веры) «вырождается в законничество», в «легализм»¹.

¹ Берман Гарольд Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999.

Между тем недаром по своей генетике и восприятию (а также и по формулам высокого научного порядка) право предстает в качестве *святого* явления, феномена *возвышенного*, изначально, по самой своей сути *достойного высокого уважения*.

Есть ли это «сакральный элемент», который является еще одним пунктом правовой конвергенции, характерный для юридических систем восточных цивилизаций? Да, вполне возможно. И такой аспект правовой конвергенции важен еще и потому, что сообразно традициям и требованиям философии восточных культур «духовное» и «этическое» в отношении современного права следует понимать не в плоскости проблемы «соотношения морали и права», в прагматической, непосредственно регулятивной плоскости (тут право и мораль — феномены однопорядковые), а в плоскости *духовных и этических основ права*. Тех основ, которые имеют истинно философский характер и в соответствии с этим концентрируются на уровне категорий «совести», «стыда», «чувства вины», «раскаянья и покаяния». Как справедливо отметил Гарольд Дж. Берман (притом именно по вопросам права, его современного развития), «нужно не отвергать позитивные ценности Востока или Запада, а заново их объединять»¹.

7

КОНВЕРГЕНЦИЯ, выраженная в интеграции достоинств и позитивных «наработок» различных правовых систем, — это не только процесс, происходящий в различных регионах с той или иной степенью интенсивности, но в настоящее время уже *фактически существующая и работающая реальность*.

Здесь прежде всего следует обратить внимание на исконно надгосударственное правовое образование — *международное публичное право*.

Правда, международное публичное право — субстанция своеобразная, весьма отделенная от национальных юридических систем и — что особо существенно — явление многослойное, несущее в своем содержании противоречивые тенденции, элементы различной социальной и правовой значимости. В том числе и такие, которые выражают, наряду со всем другим, также принципы и порядки XIX в., основанные на императивах абсолютного суверенитета, охраняющих безусловную неприкасаемость государственной деятельности, объявляемой исключительно «внутренними делами».

Вместе с тем международное публичное право является также и носителем прогрессивных тенденций эпохи. Начиная с середины XX в.,

¹ Берман Гарольд Дж. Указ. соч. С. 403.

в настоящее время оно все более и более обогащается правовыми началами, основанными на гуманитарных ценностях, правах человека и даже по некоторым пунктам с опережением в сравнении с внутригосударственным правом, перенастраивается в том направлении, чтобы стать «правом человека», да притом на таком уровне, когда получает развитие специальное правосудие по защите основных гуманитарных ценностей. Это — обстоятельство, имеющее существенное значение в связи с тем, что в противовес приоритетам прошлого международное правовое регулирование в демократических странах приобретает приоритет по отношению ко внутригосударственному праву.

В этой связи представляется важным обратить внимание на ряд явлений, характерных для международного права нынешнего времени и непосредственно связывающих его с национальными юридическими системами. Наиболее существенное из них, на мой взгляд, это — то, что наряду с официально признанным и официально действующим международным правом, фактами его преобразования по содержанию¹ в этой сфере, по всем данным, существует и все более набирает силу своеобразный феномен, относящийся к области правосознания и все же более значимый, нежели «просто правосознание». Речь идет о явлении, складывающемся и существующем в самом законосообразном порядке внешних связей государств, а главное — в общем состоянии и в «настроенности» права, характерных для мирового сообщества. Дело в том, что в обстановке XX — начала XXI в., сблизивших через поразительную по эффективности систему коммуникаций людей всех стран и континентов, есть основания утверждать о существовании в мире *общего правового состояния*, своего рода *уровня права, планки и порога правосознания*, задаваемых процессами правовой интеграции, которые основаны на общепризнанных правовых ценностях данного времени, правовой культуре наиболее развитых, продвинутых по путям прогресса стран, в первую очередь — культуре прав человека, их приоритета.

Вполне понятно поэтому, что опорными точками для правового развития в каждой стране должны стать не только внутренние, существующие в данном обществе условия и импульсы, но и та планка правовых ценностей, которая в связи с указанными процессами правовой интеграции характерна для человеческого сообщества в целом. А в этой связи сама жизнь выдвигает необходимость (согласующую-

¹ Один из таких фактов — это формирование и расширение гражданско-правового подразделения в составе международного права, по старинке именуемого «публичным», в том числе — конвенций и единообразных документов по отдельным гражданско-правовым институтам (собственности, купле-продаже, исковой давности и т.д.).

ся с кантовской идеей всеобщего характера гражданского общества) формирования на уровне мирового сообщества институтов, обладающих надлежащей компетенцией и достаточными императивными возможностями для инициирования и поддержания в странах, вставших на путь современного правового развития, правовых форм, ориентированных на утверждение в реальной жизни передовых правовых ценностей, идеалов прав человека (права человека)¹.

8

ТЕПЕРЬ (в сокращенном изложении) — те реалии мира интегрированного права, которые формируются и развиваются на основе существующих национальных юридических систем и их семей, наиболее тесно «приближены» к ним.

Здесь прежде всего надлежит отметить тот уже давно подмеченный наукой и практикой факт «сближения», а точнее однопорядкового, «сближающегося» развития двух базовых, качественно контрастных юридических типов — романо-германского (строящегося «на законе») права и общего, прецедентного права. Вполне обоснованно, с опорой на реальные факты, специалистами по сравнительному правоведению сформулировано положение о том, что «абсолютное преобладание на континенте права, основанного на законе, ушло в прошлое», а «доктрина *stare decisis* общего права и соответствующая практика судов континентальной Европы ведут в значительной мере к сходным результатам»² и что поэтому современная юридическая мысль, основанная на знании мировых юридических систем, склоняется «к той точке зрения, что сходные потребности правооборота удовлетворяются приблизительно одинаково во всех развитых правовых системах»³.

¹ Реальное значение при решении возникающих здесь многосложных вопросов имело бы развитие и совершенствование системы международных судов, призванных защищать права человека, упрочение и углубление их компетенции, императивной силы их решений. В частности, судов с такой, ранее уже обозначенной в порядке постановки вопроса компетенцией, которая бы позволяла выносить в правосудном порядке «констатирующие акты» о грубых нарушениях прав человека, фактах геноцида, других преступлений против человечности.

² При этом «единение» двух юридически контрастных систем достигает таких значений, когда по оценкам, высказанным в литературе, например, «во Франции нормы гражданского права в значительной степени являются судебным правом чистой воды и часто лишь формально опираются на тексты ФГК...» (См.: Цвайгерт К., Кётч Х. Указ. соч. Т. 1. С. 58–59, 193).

³ Там же. С. 406. К. Цвайгерт и Х. Кётч в отношении суждений о резкой, несовместимой противоположности европейского континентального права и общего, прецедентного права замечают, что к подобным суждениям «следует относиться с осторожностью...»

И хотя такого рода единение доминирующих в мире правовых систем и является одним из оснований, обосновывающих идею «права цивилизованных народов», здесь перед нами все же не сами реальные интегрированные структуры, а процессы и их последствия, связанные с правовой интеграцией, но не выходящие за пределы уже существующих национальных юридических систем и их семей.

Между тем в «мире интегрированного права» существуют и развиваются в настоящее время и реальные интегрированные структуры.

Одна из разновидностей таких интегрированных структур — это формирование *регионального общего права*.

Примером такого регионального юридического образования является *общее право Европейского Сообщества*. Возникнув и начав развиваться в 1950–1960-е гг. на основе юридических принципов и институтов ЕЭС, оно путем нормативных актов руководящих инстанций Сообщества (комиссий, Европарламента) и в не меньшей мере прецедентной практики судов Сообщества (Люксембургского — по многообразному комплексу гражданских и даже некоторых конституционных отношений, Страсбургского и Гаагского — по правам человека) достигло уровня самостоятельного институционального образования, имеющего «суверенный» статус и находящегося в сложных взаимосвязях с национальными юридическими системами стран Сообщества. Это позволяет констатировать, в частности, факт формирования *общего европейского гражданского права* (в интерпретации некоторых специалистов — единого *континентального* права в области цивилистики) с проработками, обосновывающими возможность и необходимость создания единого для европейских стран Гражданского кодекса. Более того, по мнению ряда правоведов, одна из новейших кодификаций, Гражданский кодекс Нидерландов, имеет «собственный стиль, разработанный на основе общего континентального европейского права»¹.

Еще один пример. Это — интегрированные институты (также позволяющие, возможно, констатировать существование общего регионального образования), характерные для права северных (Скандинавских) стран — Швеции, Норвегии, Дании, Финляндии, Исландии².

было бы ошибочным полагать, что между методами индуктивного и систематического мышления существует непреодолимое противоречие. Подобная антитеза, несомненно, свидетельствует о вероятных предпочтениях и тенденциях в общем и гражданском праве. Но ее абсолютизация ведет в значительной мере к искажению реального процесса отправления правосудия в обеих крупнейших правовых семьях...» (Там же. С. 386).

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 158

² В течение XVII–XVIII вв. в Дании и Швеции изданы всеобъемлющие кодексы, благодаря чему в обеих странах было унифицировано гражданское, уголовное и про-

Другой разновидностью интегрированных структур, наряду с региональными общностями (Европейское Сообщество; северные европейские страны), является ряд национальных юридических систем как таковых — систем, для которых характерен известный *синтез* правовых порядков разных юридических типов, словом, речь идет об особенностях *гибридно-го* образования, вобравшего достоинства различных ответвлений права.

Причем в некоторых случаях указанные особенности права возникли в результате своеобразного, в сущности уникального исторического развития, связанного с переходом известных территорий с уже утвердившимися на них правовыми порядками в состав государственных образований с иным юридическим режимом. Таковы — правовые структуры канадской провинции Квебек и американского штата Луизиана. Построенные по модели французского права, т.е по модели «права, выраженного в законе», и утвердившиеся на локальных территориях североамериканской земли, они впоследствии, в результате перехода указанных территорий под суверенитет соответственно Канады и США, оказались в плотном окружении тоже импортированного из Европы общего, прецедентного права. И вот, существуя бок о бок и непрерывно взаимодействуя друг с другом в течение многих десяти-

цессуальное право. В том же ключе был построен и норвежский Кодекс XVII в. Унификация законодательства в Скандинавских странах усилилась в XIX в., и это, как известно, положительно повлияло на улучшение качества законодательства в этих странах. Тем более, когда в соответствии с идеями датского профессора Ларсена (предложившего по своим итоговым разработкам создать единый для северных стран Гражданский кодекс) была осуществлена унификация отдельных сторон вещного права и выработан проект закона о купле-продаже движимого имущества, и такого рода закон после надлежащих процедур вступил в силу в 1905—1922 гг. в Швеции, Дании, Норвегии и Исландии. Важным результатом сотрудничества Скандинавских стран в законодательной области стал и закон, называемый в Швеции Законом о договорах и других правовых сделках в области вещных прав. Он вступил в силу в Швеции, Дании и Норвегии в период между 1915 и 1918 гг., а в Финляндии в 1929 г.

В конечном счете в регионе упомянутых северных стран благодаря их географическому единству, общности истории и своеобразным связям с другими регионами, отличающихся самобытными юридическими системами, сложилась особая интегрированная юридическая общность. Общность во многом — уникальная, которая, помимо всего иного, характеризуется тем перспективным качеством, что в ее рамках удалось соединить и особенности общего, прецедентного права, и преимущества германской юридической системы, силу нормативных обобщений. Не случайно поэтому интегрированные структуры, сложившиеся в данном регионе, получили широкое признание, и «в настоящее время скандинавский опыт рассматривается как модель для соответствующего сотрудничества на общеевропейском уровне» (*Цвайцерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 180—183). И факты подобного рода уже имеются. Так, выработанный в скандинавском регионе порядок возмещения покупателю ущерба в случае поставки некачественных товаров, независимо от вины продавца, в основном уже воспринят Единообразным законом о международной купле-продаже.

тилетий, они – правовые структуры и Квебека, и Луизианы – в конце концов образовали локальные юридические системы, которые, как это признано в литературе, нельзя «отнести ни к гражданскому, ни к общему праву», а следует рассматривать в качестве систем *sui generis*, находящихся «где-то посередине» между указанными юридическими типами, причем (как это замечено в литературе в отношении гражданского права провинции Квебек) здесь возникла «интересная модель симбиоза гражданского права и общего права».

Наибольший же интерес, исключительно важный для понимания перспектив развития права, представляют те случаи, когда национальные юридические системы «молодых», недавно состоявшихся стран нацеленно формировались, судя по имеющимся данным, с расчетом использовать достижения различных, подчас качественно различающихся друг от друга, юридических систем. С тем, чтобы в едином национальном праве совместить оптимальные конструкции и формы, которые известны авторам юридических разработок и соответствуют их представлениям о «наилучшем праве».

В таком направлении получили развитие, в частности, правовые системы Индии, ряда молодых африканских государств, где на основе утвердившихся при колониальных порядках общего, прецедентного права, затем, после обретения этими странами государственной независимости, доминирующее значение приобрело кодифицированное законодательство с широким использованием «культуры и техники закона» по образцам европейского континентального права (Швейцарии, Германии).

Вместе с тем важно обратить внимание на те случаи целенаправленного формирования «гибридных» юридических систем, в которых исходное значение отдано закону, а все иные элементы получили развитие на его основе¹.

¹ В этом отношении, надо полагать, примечателен опыт формирования юридической системы Израиля. В этой системе, представляющей в силу особенностей своего исторического развития, по определению ряда правоведов, «слоеный пирог» (с какими-то элементами османского права, общего права и преимущественно собственными нововведениями), все же возобладавало своеобразное построение с действительно оптимальным соотношением разнотиповых элементов.

В чем суть такого оптимального соотношения?

Насколько можно судить по имеющимся материалам, в настоящее время в Израиле ведущее значение в юридической системе приобрели законы, в том числе кодифицированные законы, которые по форме следуют модели европейского континентального права, т.е. модели «права, выраженного в законе» (в них, по свидетельству специалистов, нет запутанных детализаций в стиле «барокко», столь типичных для английской кодификационной техники). И вместе с тем эти законы – что принципиально важно! – ограничиваются в основном установлением основополагающих принципов, конкрети-

Знаменательно, что такого рода построение разнохарактерных по типу элементов обнаруживается и в правовых структурах северных стран, где, как мы видели, также весьма определенно дают о себе знать интеграционные процессы. Вот отраженный в литературе любопытный пример на этот счет. Шведскому законодательству неизвестна общая оговорка о добросовестности при исполнении договора. Но после того, как похожие нормы были введены в законы о платежах в рассрочку (1915 г.), о страховых договорах (1927 г.) и о денежных обязательствах, Верховный суд Швеции в 1948 г. постановил, что «условия сделок, противоречащих принципу добросовестности, должны признаваться недействительными *в рамках любых* (курсив мой. — С.А.) договорных отношений, включая и не урегулированные в законодательном порядке»¹. Словом, суд в данном случае выработал общую норму прецедентного характера, вполне согласующуюся с принципами и техникой общего права, но выработал *на основе законов*.

9

В СООТВЕТСТВИИ с уже имеющимися данными, отражающими тенденции и оптимальные формы интегрированного права, вырисовывается *идеальная модель*, которая — допустимо предположить — может быть использована при формировании и совершенствовании национальных юридических систем в современную эпоху.

Эта идеальная модель складывается из трех базовых блоков.

Первое. Это — блок законов (в основном конституционного права, отраслей публичного права, в том числе — уголовного права, административного права с его разнообразными ответвлениями), вводящих императивные нормы, направленные на установление и поддержание в обществе надлежащей организации общественных отношений

зирать которые предоставлялось судьям, а также общих оговорок, иных модернизированных форм, также сориентированных на судебную деятельность. А вот судебная деятельность, со своей стороны, по стилю и методу сложившегося в Израиле правопорядка ориентируется на традиции общего, прецедентного права, когда используется его позитивный потенциал (см.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 355). По приведенному в книге мнению Фридмана, «израильское прецедентное право являет собой типичный пример права стран, придерживающихся традиций общего права. Манера ведения процесса, способы доказательства и общий подход характеризуются чертами, присущими системе общего права. То же самое можно сказать и об отношении судей, ученых-юристов и адвокатов к прецедентам, о роли судов и об их вкладе в развитие права» (*Friedmann. The Effect of Foreign Law on the Law of Israel*. P. 22).

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 423.

и устойчивого правопорядка на централизованных началах, и обеспечивающих реализацию этих норм. Все это, разумеется, — в строгих пределах, необходимых для современного гражданского общества, с надежными гарантиями против авторитаризма, своеволия власти, произвола.

Второе. Это — блок законов с «модернизированными законодательными формами», т.е. законов, основное содержание которых (наряду с необходимым минимумом императивных установлений) складывается из основополагающих принципов, рамочных норм, оценочных понятий, регламентации на диспозитивных началах типовых конструкций и оптимальных правовых средств, призванных обеспечивать строгое проведение правовых начал в областях жизни, нуждающихся только в децентрализованном регулировании.

Третье. Это — прецедентное право, складывающееся в соответствии с культурой и техникой судебных прецедентов на основе законов.

Реализация такого рода идеальной модели в каждой стране нуждается в том, чтобы она была адаптирована к специфическим условиям данной страны, ее общественному и государственному строю, ее историческим и национальным традициям, уже существующим правовым реалиям.

В наибольшей мере она может быть использована, надо думать, в странах, в которых в той или иной степени утвердилась культура романо-германского права, прежде всего в странах континентальной Европы, а также Южной Америки, некоторых других регионов.

Но и в странах, где пустило корни общее, прецедентное право, приведенная идеальная модель, а точнее, те или иные ее аспекты, могут, следует предположить, стать ориентиром для совершенствования действующей юридической системы, для ее более органичного вхождения в общую систему права современной эпохи.

10

ПРОЦЕССЫ ПРАВОВОЙ КОНВЕРГЕНЦИИ затрагивают в основном передовые, демократически развитые страны, которые существенно продвинулись в утверждении ценностей либеральных цивилизаций. Да и здесь, как мы видели на примере событий 1999 г. в Югославии, еще немало сбоев, явлений, выбивающихся из общего потока такого рода процессов. Передовые интегрированные правовые структуры довольно быстро утверждаются и в ряде других стран, прежде всего «молодых» государственных образований, твердо вставших на путь современного демократического и правового развития.

В немалом же числе стран, особенно экономически и социально отсталых, указанные процессы только намечаются. Или даже в лучшем варианте могут рассматриваться в качестве более и менее отдаленной перспективы.

Особо сложной в этом отношении является ситуация в государствах, которые не имеют прочных, укоренившихся во всем строе и образе жизни людей перспективных правовых традиций; тем более, если в этих странах естественный ход цивилизационного развития оказался прерванным, произошел сброс в обстановку тоталитарных фанатичных режимов и ныне идет трудный и мучительный процесс освобождения от наследия прошлого и освоения институтов и ценностей современного гражданского общества.

Из этих стран, быть может, наиболее сложной является обстановка в России, где, кроме всего прочего, в качестве еще одного осложняющего фактора выступает доминирование порядков и нравов рассмотренного ранее уродливого и глубоко укоренившегося явления — «византийского права».

В этой связи — несколько кратких замечаний о возможностях и перспективах восприятия и реализации в российском обществе процессов, характерных для идущего в настоящее время мирового правового развития. В том числе — тех процессов, которые выражают утверждение в жизни общества права человека, институтов, принципов и идеалов «права цивилизованных народов».

Прежде всего было бы опрометчивым и губительным для перспективы цивилизационного развития России встать на путь ускоренного продвижения, одним по-большевистски мощным броском выйти в области права на уровень передовых демократических стран. Результаты проведенных в подобном темпе и с подобными устремлениями в 1992–1996 гг. «кардинальных» экономических реформ, которые привели не к формированию свободной конкурентной рыночной экономики с устойчивым постиндустриальным экономическим развитием, а к одному из вариантов номенклатурного полукриминального капитализма, должны быть для нас горьким поучительным уроком.

Вместе с тем сама логика перехода от тоталитарного строя советского образца к современному гражданскому обществу требует известных «опережающих» акций именно в области права — авангардного достижения тех рубежей, которые могли бы стать ориентиром и надежной основой для плодотворного экономического и социального продвижения вперед в общем направлении демократического реформирования.

Но такое «опережение» — внимание! — должно происходить все же в соответствии с *существующим состоянием правового развития страны* (в том числе — в области правовой культуры, правосознания), а главное — в согласии с *позитивными юридическими реалиями, которые выражают уже определившиеся в прошлом и вошедшие в жизнь типовые характеристики, принадлежность к той или иной семье права*. Пусть даже эти юридические реалии и характеристики — как это произошло в России — во многом, а при советском строе — чуть ли не исключительно, имели преимущественно внешний характер, не очень-то затрагивающий реальную политическую и социальную жизнь.

Это значит для российского общества в условиях, когда оно только-только начинает выходить из строя всепоглощающего коммунистического тиранического режима, не осуществление некоей «правовой конвергенции», во всяком случае — в полном ее объеме, а в первую очередь максимальное, насколько это возможно, использование тех ценностей на одном из магистральных направлений мирового правового развития — *ценностей права романо-германского (в основном — германского) типа, — путь, на который Россия твердо уже встала и стала развиваться* начиная с XVIII—XIX вв. И на котором, надо добавить, в результате реформ Александра II и самой логики общественного развития Россия достигла ко времени большевистского переворота — пусть и скромных, но все же заметных успехов (что и было использовано для внешне престижного антуража, характерного для «византийства» советского коммунистического режима).

С этих позиций нужно видеть, что те скромные достижения в направлении «опережающего» правового развития, которые можно отнести к «плюсам» проходящих ныне российских реформ (это, по многим данным, Конституция 1993 г., в основном с ее гуманитарно-правовой стороны, Гражданский кодекс, ряд других законодательных документов, первые шаги реформирования судебной системы), главным образом представляют собой реализацию ценностей «права, выраженного в законе». А отсюда — в полном соответствии с первыми фазами такой реализации, которую прошли или проходят все страны, где утвердилось право романо-германского типа, — возвеличивание закона, признание его абсолютного и безусловного верховенства (вплоть до проповедования в качестве некоего высшего правового идеала порядков, обозначаемых как «диктатура закона» — формула, по ряду пунктов, на мой взгляд, неприемлемая). И одновременно — настороженное или прямо отрицательное отношение к судебным прецедентам, сведение назначения суда к одной

лишь функции строгого и неукоснительного проведения в жизнь «воли законодателя».

С этих же позиций следует признать, что на ближайшее и, быть может, на более отдаленное время именно *культура закона*, несмотря на все «коварства» закона, другие его недостатки, останется при благоприятных политических и социальных условиях (и это, скажу еще раз, неизбежная фаза правового развития страны с юридической системой романо-германского типа) *оптимальным направлением отечественного правового прогресса*. Именно здесь, на таком направлении отечественного правового прогресса, произойдут, будем надеяться, интеллектуальное обогащение права, повышение его структурированности, наращивание его особенностей как объективной реальности — все то, что необходимо для твердой законности и одновременно для постепенного обретения российской юридической системой качеств права человека.

Вместе с тем такого рода направленность современного правового развития России, ориентированного на максимальное использование потенциала культуры закона, вовсе не исключает известных шагов также и в направлении повышения значимости судебной практики, подготовки к тому, чтобы в перспективе поставить на службу формирования современной юридической системы России также и достижения прецедентного права. И конечно же, и на «сегодня», и на «завтра» задача первостепенной важности — это возвышение права, придание ему значения цели и идеала социального развития (задача — трудности неимоверной в условиях продолжающегося господства «византийства», непреодолимого доминирования идола власти).

А как на некоторый кульминационный пункт или ключевое звено перспектив правового развития в российском обществе следует указать на важнейшее звено самой первоосновы права — *правоведение и правоведы*. Именно от уровня социальной и профессиональной значимости нашего правоведения, от его состояния и реального места в жизни общества, а в этой связи — от усилий, гражданственности и мужества российских правоведов решающим образом зависят как решение всех упомянутых выше задач, составляющих суть предстоящей действительной российской правовой реформы, так и в целом судьба права в России. Задач — тем более трудных, что их решение осложняется «сбоями» в правовом развитии, — в том числе такими драматичными, как потери и деформации в области права, в правовых представлениях и ориентирах в связи с войной в Чечне 1994–1996 и 1999–2000 гг.

11

В ЗАКЛЮЧЕНИЕ рассмотрения данной многосложной проблемы несколько слов о юридической науке в связи с процессами правовой конвергенции.

Правовая наука в каждой стране имеет свои национальные черты. Вдохновляющий революционный романтизм французского, ученая умудренность германского правоведения, устремленность юристов Скандинавии на деловой реализм суровой жизни, вера и плохо скрываемая горечь русских правоведов — все это отзвуки мира реалий данной страны, ее судьбы, свершений и надежд. Добавим сюда также, думается, вполне понятный предпочтительный интерес юристов той или иной страны к «своему» праву, представляющему собой к тому же предмет практической юриспруденции, во имя которой во многом складываются и развиваются юридические знания.

Вместе с тем право по своей природе — явление *универсальное*, и как только правовая материя обретает собственное бытие (в необходимом обособлении от религии и государственной власти), возникает острая необходимость понимания права в целом, постижения его общих черт, сути, смысла, назначения в жизни людей. И потому национальная ограниченность правовых знаний пределами данной страны, их замкнутость на сугубо национальном позитивистском материале, при всей его важности для каждого правоведа, является в конечном счете губительной для правоведения как истинной науки.

На опасность такой национальной ограниченности указывал ряд мыслителей, в том числе — Монтескье, Бэкон, Фейербах. По словам Рудольфа Иеринга, национальная замкнутость представляет собой «унизительную, недостойную форму существования науки»¹, приводя к тому же, следует добавить, в условиях идеологического монополизма и доминирования тоталитарной власти к духовной нищете, к появлению слоя «придворных юристов» — безропотных слугителей режима².

¹ В современной литературе отмечается даже, что «нет нужды говорить об убожестве и узости философии права, которая базировалась лишь на изучении своего национального права» (*Давид Рене, Жоффре-Спинозе Камилла*. Указ. соч. С. 10).

² Верно замечено — «изучение лишь национального позитивного материала ограничивало представления о всей полноте и многообразии возможностей, которыми располагает юрист для решения почти любой правовой проблемы. В результате у юристов этого поколения не развивались чувство личной ответственности, критический подход к праву. В целом позитивистская школа породила высококлассных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению. Духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не могли противопоставить национал-социализму» (*Цвайгерт К., Кётц Х*. Указ. соч. Т. 1. С. 38–39).

Отсюда — настоятельная необходимость вовлечения в круг исследований, осуществляемых правоведением каждой страны, всего богатства данных, относящихся к правовым системам, существующим (и существовавшим) на нашей планете. И это — забота не только специальной науки, сравнительного правоведения, призванной занять высокое место во всей системе юридических знаний, но правовой науки в целом, ее заглавной части — теории права. Ибо, как справедливо подмечено в литературе, освоение материалов, относимых к сравнительному правоведению, «указывает, в противовес позитивизму, догматизму и ограниченному национализму, на всеобъемлющую ценность права и универсальность правовой науки, помогает преодолевать узкую специализацию с помощью более широких категорий эффективного обобщающего правового мышления, которое вооружает критический ум широким «набором решений», в которых сконцентрирован опыт всего мира»¹.

Все это, надо полагать, настоятельно требует как интенсивного развития международного сравнительного правоведения и достойного места сравнительно-правовых знаний в системе национальной юридической науки, так и углубления на этой основе *общей теории права*, которые в перспективе призваны стать *всеобщей, наднациональной теорией* правоведения. И такая перспектива, конечно же, не только не препятствует тому, чтобы в каждой стране общетеоретические правовые знания отвечали потребностям данного общества, но и по сути дела является необходимым условием для этого. То есть — для возвышения общей теории права на новый, более высокий уровень постижения правовой действительности и отсюда, стало быть, для надлежащей реализации теорией ее функций и предназначения в обществе².

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 36.

² Здесь, впрочем, есть один пункт, связанный с перспективой углубления общетеоретических знаний на основе материалов сравнительного правоведения, который с самого начала рассмотрения данной проблемы должен быть принят во внимание.

Это — уровень, а главное — характер достигнутых в настоящее время разработок в общей теории права. Эти разработки, концентрирующиеся в основном на специальных юридических вопросах общего порядка (во многом представляющих собой «выведенные за скобки» материалы отраслевых юридических дисциплин), касаются преимущественно догмы права во всех ее многообразных проявлениях.

Нередко такого рода общетеоретические разработки воспринимаются отдельными авторами, особенно теми, кто не знаком с особенностями и тонкостями юридической материи, как нечто «схоластическое» и «догматическое», будто бы далекое от реальной жизни. Между тем подобные специально-юридические разработки не только важны для юридической практики и правового обучения. И не только, как свидетельствуют исследования последнего времени, выводят на понимание собственной логики права, а в этой связи на постепенное постижение таких его «тайн», которые по цепочке содержательных

В настоящее время еще трудно во всем объеме и в конкретизированных предположениях определить, в каких направлениях, как можно ожидать, пойдет углубление общетеоретических правовых знаний на основе данных, относящихся ко всему комплексу основных юридических систем, существовавших и существующих на нашей планете.

Но это, думается, — не только *новое прочтение* основных «узловых пунктов», через которые происходит широкий (если угодно, тоже «всеобщий») общенаучный подход к праву как факту социальной данно-

выводов следующих одна за другой юридических проблем раскрывают смысл и предназначение права в жизни людей.

Общетеоретические специально-юридические исследования, проводимые в настоящее время, кроме того, уже сейчас во многом носят *универсальный* характер и, стало быть, в общем — пусть и не во всем — соответствуют тому уровню, который согласуется с требованиями сравнительного правоведения и перспективой формирования всеобщей теории права.

Почему? Да потому, что разрабатываемые в современной общей теории права категории и теоретические конструкции, хотя и могут быть охарактеризованы в качестве «выведенных за скобки» данных отраслевых юридических дисциплин, в основном, по исходным позициям базируются все же на высокозначимых с юридической стороны материалах частного права, прежде всего — на пандектистике и на ее «продолжении» в современную эпоху — положениях юридической догматики, разработанных в германской юридической науке XIX–XX вв., а затем в ряде других национальных юридических наук, в том числе в русском дореволюционном и отчасти — в советском правоведении.

Пандектистика — своеобразный концентрат культуры всепланетного шедевра, римского частного права, является как раз первой в истории *универсальной* системой юридических знаний, а положения юридической догматики (нашедшие воплощение в Германском гражданском уложении, в российских законопроектах по гражданскому праву) — одним из наиболее высоких достижений юридической мысли, которое вполне обоснованно находит признание как феномен *наднационального* порядка.

Вот почему при решении проблем, связанных с формированием всеобщей теории права, нет нужды идти «от нуля», «все начинать сначала». Общая теория права в ее современных разработках является областью юридических знаний, уже существенно продвинутой к рубежам всеобщей теории. И, надо думать, она является уже готовой основой для углубления общетеоретических знаний на основе данных сравнительного правоведения.

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

сти, своеобразному социальному феномену и явлению мирозданческого порядка. Хотя, следует предположить, что и тут такого рода подход (при котором постижение права идет от ступени осмысления элементарных частиц правовой материи к логике права, а отсюда — к попыткам постижения смысла и предназначения права в жизни людей) способен существенно обогатить и детализировать наши общетеоретические представления.

Наряду с таким «новым прочтением» и на его основе главное, чего следует ожидать от всеобщей теории права, это — *существенное продвижение вперед к новым горизонтам науки*, возможно, своего рода *прорыв* в сфере юридических знаний, выход на *принципиально новые идеи*, которые существенно повлияют на социальную значимость и социальный статус современного правоведения, на общее его признание в качестве передовой области человеческих знаний.

В данной книге, которая, как уже говорилось в прологе, представляет собой продолжение многоаспектного исследования «Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования», сделаны в меру авторских сил только первые шаги в данном направлении. При этом использован ограниченный круг сравнительно-правовых данных, относящихся главным образом к частному праву¹.

Но и эти первые шаги, можно надеяться, позволили более основательно подойти к постановке и решению целого ряда фундаментальных проблем теории права, продвинуться к пониманию новых сторон того сложного, многогранного, во многом еще «таинственного» феномена, каким является право. В частности, обретается принципиально новое видение первичных элементов права, не сводимых, как выясняется теперь (по разработкам, содержащимся в этой книге), к одним лишь юридическим нормам, обнаруживается уникальное, в чем-то трудно объяснимое соотношение в нем качеств жесткого организма

¹ В этой связи хотелось бы еще раз сказать о научной значимости издания, столь часто использованного в этой книге, — монументальной работы К. Цвайгерта и Х. Кётца по сравнительному правоведению в сфере частного права (*Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М.: Международные отношения, 1998*). Это издание во многом уникально потому, что оно не только обобщает и представляет в систематизированном виде новейшие данные по основным секторам права, существующего на нашей планете, но и — на мой взгляд, главное! — не ограничивается изложением указанных данных с фактологической стороны, как это характерно для большинства работ по сравнительному правоведению, а подвергает их *основательному, нередко тонкому юридическому анализу*. Такого рода анализ, во многих случаях опирающийся на замечательные исследования Э. Рабеля, послужил исходной предпосылкой, а по ряду пунктов и решающим звеном для многих теоретических разработок в данной книге.

и «живого права», выявляется первостепенное значение рациональных начал, прорывающихся через «диктат бытия» во всех его многообразных проявлениях.

И самое существенное — именно такого рода новая проблематика, весьма значимая для науки и практики сама по себе, оказывается, открывает путь к чему-то более глубокому, поистине основательному, — сначала к пониманию особой («юридической») *логики права*, а затем и к характеристикам мирозданческого порядка. К тому, что самая что ни есть проза правовой действительности, ее формалистические конструкции, заскорузлые дела практической юриспруденции — все это, как выясняется, ведет под углом зрения указанной выше проблематики к пониманию *смысла права*, его *исконного предназначения служить людям*, способствовать реализации *гуманитарных ценностей высокого порядка*.

Насколько такого рода подходы справедливы и какая еще новая проблематика постижения права может дать о себе знать в научном контексте всеобщей теории, покажут новые исследования. Но то, что именно здесь — важнейшее перспективное направление дальнейшего развития науки права — обстоятельство, думается, и очевидное, и обнадеживающее.

Эпилог

В книге, которая начинается с «пролога», должен быть, понятно, и «эпилог» — завершающая концовка, когда автором подводится итог всему изложенному.

Ну что ж, эпилог — так эпилог.

Но сама-то суть дела — в том, что у права, предмета этой книги, в канун третьего тысячелетия христианской эры никакого эпилога, никакой концовки как раз нет. Напротив, все то, что касается права, в нынешнее время находится в процессе, в порой противоречивых переменах, в сложных преобразованиях.

И все же на пороге нового тысячелетия в мире права обозначились основные направления, тенденции развития. И вот некоторые штрихи такого развития (именно — некоторые, не более того, притом преимущественно на материалах частного права) охарактеризованы в этой книге.

Самое примечательное здесь — это то, что при всей необыкновенной сложности нынешней действительности, ее крайней противоречивости, во многом — драматизме, все же, на мой взгляд, определилась оптимистическая перспектива права на нашей планете, которая, по мнению автора этих строк, отчетливо проявилась в событиях конца уходящего в историю XX века.

Да, живые организмы права разных стран, говоря словами Э. Рабеля, «переливаются многоцветием». Но все они, будем верить, идут к той ступени развития, когда они утверждают себя в качестве «права цивилизованных народов». То есть таких юридических систем, истинно национальных и одновременно универсальных, в которых утвердится право человека как объективная реальность, развернутся на службе людям все богатства юридической материи и которые в нашем всеобщем человеческом общежитии призваны «составить вместе единое целое».

Что ж, если это верно, то значит у человечества есть основания для оптимизма. Есть право цивилизованных народов — право человека, которое, по словам Канта, — самое святое из того, что есть у Бога на земле. Человечество, стало быть, обладает тем, с чем оно с достоинством и надеждой может вступить в новое тысячелетие.

Екатеринбург, 11 марта 2000 г.