



а в современных условиях институт присяжных превратился в свой антипод, став тормозом на пути развития профессионализма судебной деятельности. (5) Как отмечает Ю. Эвола, суд присяжных можно назвать антидемократическим фактором в лоне демократии.

Библиография:

1. Рябцева Е.В. Суд присяжных в России: дискуссионные вопросы//Российская юстиция, № 1, 2008. С. 57; Пашков В.И., Дудко Н.А. Суд с участием присяжных заседателей: проблемы перспективы//Российская юстиция, №12,2008. С.65-67;
2. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1, СПб, 1996. С. 367-368.
3. Демичев А. Почему сторонники суда присяжных боятся опросов граждан? //Законность, №5, 2001, С. 17-19
4. Абдрахманов Р. Не поторопились ли мы?// Российская юстиция, № 12, 1995, С.12-13
5. Селезнёв М. Суд присяжных действует, но... // Законность, №4,1998, С. 4,7
6. Молдован В.В., Мельник СМ. Суд присяжных. 1гров1 заняття. Навчальний шхлбник. - К., 2009, С. 4.
7. Заподинская Е. Похитители депутата нашли подход к присяжным. - Коммерсант, 31.10.1998
8. Демченко В. Суд присяжных: проблемы и возможности. // Законность, № 1, 2010, С. 18
9. Демичев А. Суд присяжных глазами российских граждан. // Законность, № 5, 2000, С. 31
10. Быков В. Присяжные заседатели как участники судопроизводства. //Уголовное право, №1, 2006, С. 70

К ВОПРОСУ СТАНОВЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ «ЮРИДИЧЕСКАЯ КОНСТРУКЦИЯ»: МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

О. ХАЛАБУДЕНКО,
доктор права, ULIM

SUMMARY

This paper covers the complex of methodological problems associated with the formation of the concept «legal construction». The positive solving of these problems permits the author to approve the use of another approach to law research, equally with legal dogmatics and legal sociology - the method of legal construction

* * *

Настоящая работа посвящена комплексу методологических проблем, связанных со становлением понятия «юридическая конструкция»; их положительное разрешение позволяет утверждать, что наряду с юридической догматикой и юридической социологией возможен еще один вектор исследования права.

*«Медленно и с трудом прокладывается сознание
в область права и даже при высокой зрелости
науки многое скрывается от его взора»*

Рудольф фон Иеринг [27]

Еще Р. фон Иеринг отмечал, что «выражение «юридическая конструкция» принадлежит к числу самых распространенных технических терминов», и что «каждый употребляет его и каждый понимает под ним то же, что и все другие, но на вопросы: что такое юридическая конструкция? какова ее цель? по каким принципам она работает? лишь не многие в состоянии будут дать ответ» [27, с.357]. Ни в коем случае нельзя упрекнуть юриспруденцию в недостаточном внимании к рассматриваемому правовому феномену. Проблемам юридических конструкций посвящены работы именитых исследователей, написаны научные статьи, защищены диссертации. Но, несмотря на это, вопросы, поднятые классиком юриспруденции, похоже, все еще ждут своих ответов. Причина такого положения дел кроется не только в методологической слабости юридической науки, но и в очевидной сложности самого объекта исследования.

Право как наука и как искусство со времен античности не претендовало на область философского знания. Философия – знание о предельных онтологических основаниях – не призвана разрешать конкретные проблемы, возникающие в процессе

правового общения. Решению этой задачи служит право – наука и искусство, «предназначенное для практического применения и призванное решать конкретные проблемы, возникающие в человеческих взаимоотношениях» [6, с.88]. Предметом юриспруденции



служат правовые ценности – концепты, вырабатываемые субъектами права в процессе правового общения. В зависимости от метода правового регулирования концепты права распадаются на две относительно обособленные сферы правовой действительности: право частное и право публичное. Говоря о предмете права, мы исчерпываем поле правовой науки; обращаясь к методу права, мы вступаем в область философии. Обусловлено это тем, что под методологией, прежде всего, следует понимать «философию научного метода» [4, с. 42]. Разумеется, философской составляющей методологию права исчерпать нельзя, однако философское измерение правовой действительности имманентно присутствует в каждой известной науке права парадигме. Принимая во внимание сказанное, согласимся с Н.Н. Тарасовым в его определении метода юриспруденции «как научно обоснованной и философски оправданной системы средств познавательной деятельности, соответствующей природе права и неразрывно связанной с предметом правоведения» [25, с.34].

Европейской правовой культуре известны различные подходы к постижению правовой действительности. Поскольку референтным элементом европейской культуры права является римская правовая традиция – категория, «заполняющая зазор между понятиями «право» и «культура» [34, с.214], непосредственным объектом исследования здесь служит право, основные принципы и институты которого восходят к Древнему Риму. Внимательное прочтение действующих в Европе гражданско-правовых кодификаций не оставляет сомнения в римско-правовой природе правового материала, отраженного в

них. Однако не корректным будет утверждение, что во все периоды существования европейской правовой традиции (вплоть до настоящего времени) в качестве объекта права мы имеем неизменный римский правовой материал; его модификации определяются воздействием соответствующего метода. Обусловлено это тем, что метод, не нарушая правила логической аксиоматики, из предмета дедуцировать невозможно. В свою очередь, единство предмета и метода, а если будет угодно – определение методом предмета, дает новый индуктивно-выведенный результат, с вероятностью решающий поставленные перед наукой задачи.

Так, «началом и основой каждого юридического сочинения римского юриста» [6, с.101] вплоть до Кодификации Юстиниана, служил казус и соответствующий ему казуистический метод. Применение казуистического метода предполагало анализ конкретной правовой ситуации, определение на основе преторского права нужного иска, привлечение специальных принципов и древнейших установлений *ius civile*, а в необходимых случаях «образцового» казуса, и выведение на основе всего этого новых правил и юридических аксиом. Таким образом, «возможным миром» деятельности римских юристов служили конкретные правовые ситуации, из которых выводились правила. Однако, сознавая опасность чрезмерного обобщения, римские юристы, следуя принципу – «любое определение в области гражданского права опасно...», избегали выведения общих правовых понятий. Общественное признание выведенных правил и аксиом обеспечивалось высоким авторитетом римских юристов (*auctoritas*), которые в своей дея-

тельности последовательно придерживались критерия справедливости (*aequitas*).

Усиление власти христианских императоров приводит к умалению роли прежних юристов. В это время происходит одно из решительных изменений в представлении о праве – «переход от концепции права, разработанной юристами... к законодательной концепции, кристаллизированной в письменных текстах, которые содержат право, применимое к возможным будущим казусам» [6, с.118]. С этого момента в правовой культуре континентальной Европы закрепляется тенденция к выработке и принятию полных, все включающих сводов гражданского права (пандекты), образцом для которых послужили книги Священного Писания (*Scriptura Sacra*).

Известно, что разработчики свода гражданского права считали свой труд универсальным, данным на века и не подлежащим изменению. Император Юстиниан, после принятия кодекса, даже запретил дальнейшее толкование Дигест, предусмотрев для нарушителей соответствующее наказание [29, с.41]. С момента принятия Кодекса Юстиниана закладываются идеологические предпосылки к формированию юридико-догматического метода. Правовой концепт, в соответствии с которым текст закона имеет непререкаемый авторитет, служит стержневой идеей юридической догматики. В средневековье Свод гражданского права приобретает репутацию писаного разума (*ratio scripta*).

Юридино-догматический подход не оставался неизменным, он эволюционировал вместе с развитием философской рефлексии и научного видения правовых проблем. Первые редакции юридиче-



ской догматики, формирующейся на основе диалектики, становятся известны правовой науке в связи с деятельностью глоссаторов XI-XII вв. Позднее, в Новое время, философско-методологическая основа глоссаторов получит название схоластики. Впервые диалектику (древнюю логику) к праву стали применять еще римские юристы. Однако, «используя в основном прием деления на роды и виды, римские юристы стремились упорядочить материал гражданского права... с единственной и главной целью решить конкретные правовые споры» [18, с. 65]. Диалектика, применяемая глоссаторами, была направлена главным образом на создание системы понятий и установление соотношения между ними. Выведение понятий из полного противоречий обширного, но замкнутого круга источников становилось возможным посредством «примирения противоположностей».

Ключевые для европейского правового пространства изменения конца XVIII – начала XIX столетия привели к дальнейшему упрочению юридико-догматического подхода. Французская школа экзегезы, считая, что Французский гражданский кодекс представляет собой «полную и, следовательно, закрытую совокупность норм», исключает всякое обращение к нормам, находящимся вне кодекса [10, с.167]. Представленный школой германской пандектистики и исторической школой права, догматический подход формирует Германское гражданское уложение. Право, в соответствии с юридической догматикой, есть совокупность правовых норм; различается лишь понимание самих правовых норм. Для французского юриста норма остается приказом. Портали отмечает:

«законы - суть волеизъявления. Все определения, знания, теория относятся к науке. Все приказы, а точнее, нормы относятся к законам» [33, с. 137]. В свою очередь, университетская юридическая наука Германии видит в нормах права не приказы, а понятия («юриспруденция понятий»). При помощи «математически точного и построенного на логических умозаключениях дедуктивного метода» [33, с. 210] юридические понятия как субстанции используются здесь для построения «внутренне непротиворечивой» системы права. Не затрагивая вопросы систематизации правового материала, заметим, что пандектная система состоялась, получила широкое распространение в мире, но «внутренне непротиворечивый» характер так и не приобрела [см. 30].

В рассматриваемый период европейского «юридического времени» правовая наука основным и едва ли не единственным своим объектом считает норму права (юридический позитивизм). Отличительной особенностью юридического позитивизма является буквальное отождествление норм права и норм закона, отказ от идей естественного права. Жан-Луи Бержель отмечает, что «позитивизм правовой (юридический) состоит в том, чтобы признать в качестве ценностей только нормы позитивного права и сводить любое право к нормам, действующим в данную эпоху и в данном государстве, не обращая внимания на то, справедливо это право или нет» [3, с. 48]. Суть юридического позитивизма наиболее точно характеризует фраза одного из юристов эпохи буржуазных кодификаций: «Я не знаю, что такое гражданское право, меня интересует только Гражданский кодекс» [9, с. 430]. Право в юридическом

позитивизме воспринимается как совокупность правовых норм, предусмотренных действующим законодательством.

Итак, суть парадигмы юридического позитивизма заключается в том, что реальным объектом исследования юристов должна служить норма права. Поскольку для позитивизма норма права совпадает с нормой закона, «задачей правоведа становится лишь описание содержания нормативно-правовых актов». В свою очередь, «теоретическое осмысление реального процесса толкования и оценки правовых норм предполагало установление «догмы права», то есть подлинного содержания властного подчинения» [2, с.9]. Вызрев из формально-догматического метода, позитивизм, приобретает свое философское измерение - первый позитивизм, в свою очередь, послужил «научным» обоснованием юридической догматики (круг замкнулся).

Таким образом, первичным элементом права с точки зрения позитивизма является догма права, которая, по мысли В.О. Лобовикова, представляет собой «не только особый участок явлений социальной действительности, но и ее особый мир. Важнейшая черта этого особого мира заключается в том, что право представляет собой логическую систему. На уровне догмы права своеобразия права как логической системы характеризуется ее глубоким единством с формальной логикой или шире – математической (символической) логикой» [15, с. 17].

Заметим, обращение юриспруденции к математической аксиоматике (при отсутствии какого-либо изоморфизма между нормативными высказываниями, совершаемыми на человеческом языке, и знаками формального



языка математики) - явление не-редкое, в чем, очевидно, кроется стремление юристов преодолеть дуализм метода, придать правведению аподиктический статус науки. Еще Ф.К. Савиньи «охарактеризовал правовую науку как «математику (посредством) понятий», а определяя пригодность человека к юридической профессии, он выдвинул тезис: «плохой математик – плохой юрист» [цит. по 22, с. 118]. Недаром О. Шпенглер заметил, что «правовое мышление ближайшим образом родственно математическому» [37, с. 69] мышлению. Однако, в конечном итоге, признание родства права с формализованными математическими системами обнаруживает логическую порочность самого юридического позитивизма. Доказанные К. Геделем теоремы неполноты и непротиворечивости «свидетельствуют о том, что право не может быть замкнутой формальной непротиворечивой системой» [см. 36, с.31], единственным содержанием которой являются нормы (и вновь круг замкнулся).

Говоря о норме права, следует иметь в виду, что это понятие полисемантическое. Представляется, что норму права следует отличать от нормы закона, а также понимать, что всякая норма - это не только правило поведения, но и определенное логическое высказывание. Причем, собственно о нормах права как о предмете права в объективном смысле речь идет лишь в первом случае, во втором – нормы права служат предметом научного изучения.

Отличие права от закона – традиция, уходящая корнями в глубокое прошлое и покоящаяся на том фундаменте, который во всякую эпоху позволяет различать право и неправое. Норма права отражает объективную закономер-

ность социальной действительности. В том случае, когда такая закономерность находит отражение в законе, можно утверждать, что норма права и норма закона - совпадающие по содержанию, но различные по форме понятия. Если же в нормах закона норма права не находит отражения, то есть основание такой закон считать неправовым – довод, во все времена служащий основанием естественному праву, призванному, исходя из принципа *lex injusta non est lex*, в необходимых случаях противостоять «законному неправу» (Г. Радбрух). Однако сторонники юснатурализма рассматривают естественное право как имманентную составляющую позитивной системы права, что, в конечном итоге, приводит к поглощению позитивного права правом естественным и, как следствие, к объединению в единое целое принципов естественного права и норм права положительного. Другими словами, в юснатурализме естественное право трансформируется в позитивное право и от него уже ничем не отличается.

Далее. Отличие права от закона прослеживается не только «качественно», но и «количественно». Объем содержания права (*ius*) всегда шире закона (*lex*). Закон (приказ) лишь санкционирует право, придавая ему тем самым общеобязательную юридическую силу, но право законами не ограничивается. Еще М. Цицерон определял содержание права природой, законами, судебными решениями, справедливым и добрым и соглашением. Таким образом, еще одним отличием нормы права от нормы закона является круг лиц, на который, соответственно, нормы распространяют свое действие. В случае, когда норма права отлична от

закона, ее действие ограничивается кругом лиц, «подчиненных носителям конкретного права» [14, с. 187]. Отсюда следует, что предмет частного права, понимаемый как совокупность норм объективного права, собственно данными нормами (даже на уровне юридического позитивизма) исчерпан быть не может. Для того, чтобы право приобрело синхроническое измерение, став тем самым объектом юридической науки, а не истории, как минимум, необходимо признать, что предмет права охватывает свободные волеизъявления частных лиц.

Позитивизм, как известно, исходит из методологического монизма, считая законы естественных наук (*фюсис*) и права (*номос*) идентичными. Однако в праве речь идет не о том, что есть или будет, а о том, что должно быть, это – то, что «должно быть», невозможно установить научно («гильотина Юма»). В решении вопроса должного и сущего (пожалуй, ключевого для методологии юридической науки) позитивизм, в конечном итоге, остается бессильным. Поэтому право (как впрочем, и все «моральные науки») для позитивизма не только наука, но и искусство. Тем не менее, в рамках позитивистской методологии предпринимаются попытки найти решение данному вопросу. Отдельные подходы к решению вопроса должного и сущего, на рассматриваемом этапе становления методологии права, задают несколько направлений, которые, в свою очередь, решающим образом отражаются на понимании природы права.

Одним из них является утилитаризм. Классическим примером того, как утилитаризм решает вопрос о соотношении единичных фактов, возникающих в сфере должного и научных законов, мо-



жет служить следующая мысль Дж. Стюарта Милля: «Искусство ставит цель, которую нужно достичь, определяет эту цель и передает ее науке. Наука ее принимает, рассматривает ее, как явление или факт, подлежащий изучению, а затем, разобрав причины и условия этого явления, отсылает его обратно искусству с теоремой относительно того сочетания обстоятельств и - в зависимости от того, находятся ли какие-либо из них в человеческой власти или нет - объявляет цель достижимой или недостижимой» [16, 764]. Таким образом, главная суть методологии утилитаризма заключается в определении цели, извлекаемой из опыта и направленной к содействию человеческого счастья. Вслед за Гельвецием утилитаристский принцип, согласно которому человеческие действия должны оцениваться с точки зрения достижения наибольшего возможного счастья (полезности) для наибольшего числа людей, закрепляется И. Бентамом. Итак, эмпирическим основанием права в утилитаризме служат принципы, отвечающие полезности человеку. В учении утилитаризма закладываются основы того, что позднее назовут «политикой права».

Примером другого подхода в решении вопроса должного и сущего в праве является «чистая теория права» Г. Кельзена, предполагающая применение «чистого» юридического метода, свободного от политико-правовых и идеологических влияний. Чистота юридического метода обеспечивается, по мнению Г. Кельзена, тем, «что право принадлежит к сфере «должного», а значит, правовое мышление имеет дело лишь с должествованием, выраженным в содержании правовой нормы» [13, с.12]. Правовое

значение поведения как объективный смысл действий отличает их от природных явлений, подчиненных закону причинности. Утверждая тождество государства и права, Г. Кельзен считает, что «государство есть порядок человеческого поведения, система норм, регулирующая человеческое поведение». Поскольку государство – объективная значимость нормативного порядка, эта сфера значимости должествования есть специфическая сфера существования государства, то для существования права важно не само государство (есть), а его понятие (должно быть)!

Представление Г. Кельзена о соотношении должного и сущего сближает его с гегельянством – течением, поддержавшим в праве идею «государственного» позитивизма, и так же как позитивизм утверждавшим монизм метода «реального мира и идеальной мысли». В формуле Г.Гегеля – «все разумное действительно, все действительно – разумно», «достаточно сделать подстановку „разумное/нормативное“, и мы получим решение проблемы, как оно выглядит у Г. Кельзена» [12]. Утверждение Г.В.Ф. Гегеля, что «право состоит в том, что наличное бытие вообще есть наличное бытие свободной воли» [7, с. 89] исключает дуализм метода. Гегельянство утверждает универсальную применимость триады (тезис-антитезис-синтез) как к области природы, так и к сфере духа (права). Однако факты, их анализ, не сообщает нам ничего о социальных ценностях. Из сущего невозможно познать ценное, истинное, должное. В противном случае можно прийти к абсурдным, но, увы, встречающимся среди исследователей утверждениям о тождественности понимания нормы в обществе («норма

права») и в природе (например, «норма осадков»).

Противоположное гегельянскому логицизму дуалистическое понимание мира и соответствующий такому пониманию методологический дуализм основывается на том, что «ценность и бытие сосуществуют каждая в своем замкнутом круге совершенно независимо друг от друга» [22, с.17]. Соответственно, при таком подходе выведение априорного за пределы чувственного опыта делает логически невозможным соединение в единое противоречивых понятий: справедливости – добра (моральное основание права) и несправедливости – зла и, как следствие, не допускает поглощение справедливости полезностью. Дуалистическое восприятие мира культивируется в христианской Европе; именно оно приводит И. Канта, а вслед за ним его последователей, к выводу, что право есть наука эмпирическая, нормативной является лишь мораль, «поскольку в ней есть принцип логической универсализации – категорический императив» [12].

Итак, юридическая догматика, основанная на юридическом позитивизме, оказывается несостоятельной в решении ключевых вопросов науки права: ее применение не дает ответа на вопрос об основаниях права как науки, не позволяет однозначно определить предмет этой науки. Кризис юридического позитивизма, его логическая несостоятельность, приводит юриспруденцию к выводу о необходимости переноса «центра тяжести юридического исследования... от содержания юридических норм на содержание жизненных отношений» [5, с.23]. Говоря языком структурной лингвистики, акцент, ранее делаемый на коде (кодексе) – означающем,



теперь переносится на денотат – означаемое. Соответственно, корни права теперь видятся «во внешнем по отношению к нему мире, и поэтому его критерий может быть извлечен лишь из этого мира, а не из самого права, которое только регулирует социальные отношения, но не объясняет, почему и для чего оно регулирует их так, а не иначе» [5, с. 24].

Смещение акцента юридической науки на общественные отношения, урегулированные нормами права, предопределено переносом фокуса внимания исследователей с юридической догматики в плоскость правовой политики. Философской основой правовой политики служит социологический позитивизм, для которого «право может быть предметом позитивной науки, поскольку в главном оно происходит от социальных явлений, подчиненных детерминизму» [3, с. 54]. Эпохальную попытку изменить ход правовой мысли, направив ее «от автономно существующих норм и институтов к анализу социальной действительности, от логического обоснования правовых концепций к инструментальному характеру права, служащему индивидуальным и социальным интересам...» [39, с.301], предпринимает в середине XIX в. Р. фон Иеринг.

В конечном итоге политико-правовой подход к пониманию права, когда его основание покоится на юридическом прагматизме (право, основанное на практическом разуме), трансформируется в «радикальный метод» школы «экономического анализа права» (“law and economics”). Основанием права для школы экономического анализа служит идея его экономической эффективности (социологическая юриспруденция).

Когда же основание политико-правового подхода базируется на философском дискурсе, непосредственно включенном в юридический контекст (Р. Алексии, Ю. Хабермас), результатом будет дискурсивно-коммуникативная юриспруденция. Содержательная составляющая коммуникативной теории права изложена Ю. Хабермасом следующим образом: «Нормы лишь тогда значимы, когда они одобряются (или могут быть одобрены) всеми ими затронутыми как участниками того или иного практического дискурса» [39, с.103]. Основанием права для коммуникативной теории служит правило - номос, которое «всегда есть средство социальной коммуникации» [19]. Правило для коммуникативной теории есть потенциальное основание нормы, оно никак не структурировано, не субстантивировано. Его «закономерность» выражается лишь в «закономерности» его социальной легитимации [19]. А если это так, то возникает вопрос: как идеальные, по смыслу коммуникативной теории права, концепты могут служить основой правовой действительности? В конечном итоге коммуникативная теория права, постулируя дуализм метода науки, констатирует известное положение: «норма всегда отражает не какой-либо «факт» существования, а принципиально иной факт должностования» [19].

Не обнаружив в приведенных выше концепциях эмпирического основания права, очевидно, следует обратиться к вопросу о природе правоотношений. «Общепринятое» определение правоотношения как общественного отношения, урегулированного нормами права, предполагает наличие в нем некоего содержания, отличного от социального. Содержанием правоотношения,

как известно, являются права и обязанности, но и они относятся к социальным отношениям. Другими словами, признав «общественное» - фактическим, мы отказываем праву в социальной природе, поскольку оно относится к сфере должного, что само по себе абсурдно! Социальное не есть обязательно «фактическое», право есть также явление социальное. Признание этой очевидности позволяет утверждать, что в «общепринятом» определении правоотношения содержится логический круг. Отсюда следует, что любые попытки каким-либо непротиворечивым образом увязать фактическое отношение с его юридическим содержанием в рамках понятия «правоотношение» нерезультативны. Фактические и юридические отношения представляют собой разнородные понятия, объединение элементов их составляющих в единое, да еще логически непротиворечивое целое просто-напросто не возможно.

Определение предмета исследования той или иной сферы правовой действительности как группы однородных отношений, урегулированных нормами права, ставит перед исследователями еще один, требующий разрешения вопрос, а именно - вопрос о функции, которую призвано выполнять правоотношение. В специальной литературе распространенной является точка зрения, что правоотношение есть метод (средство) правового регулирования [23, с. 83] или шире - средство регулирования социального взаимодействия [см., например 35, с. 6-179]. Такой подход к определению правоотношения представляется неверными хотя бы потому, что права и обязанности регулируются нормами объективного права непосредственно, необходимости



в каком-либо «посреднике» между законом и поведением субъекта нет [21, с. 20].

Другая точка зрения на функцию правоотношения заключается в том, что правоотношение рассматривается в качестве средства конкретизации норм объективного права. В этой связи Л.С. Явич отмечает, что смысл правоотношения заключается «в конкретизации и индивидуализации в нем норм объективного права в виде субъективных прав и юридических обязанностей» [38, с. 207-208]. Из сказанного можно прийти к выводу, что правоотношение есть научная абстракция, удобная для постижения права гносеологическая категория юридической науки. Как верно замечают В.А. Белов и А.Б. Бабаев, «... правоотношения не существуют – они только мыслятся» [8, с. 210]. Это – сконструированный разумом объект, которого нет в природе.

Отношение предполагает первичность различия между субъектами, вступающими в данные отношения. В свою очередь, наличная правовая связь между субъектами права отражает онтологически первичное единство. Следовательно, наличная правовая связь между субъектами права («правовая ситуация») может быть познана посредством правоотношения, отражающего в чистом виде тот или иной тип субъективного права, возникающего при конкретной правовой ситуации. Однако в юридической науке, а последнее время и в законодательстве, понятие «правоотношение» чаще всего отождествляется с наличной правовой связью – «правовой ситуацией». В результате происходит недопустимое, на наш взгляд, смешение приема (способа) познания правового явления и объекта познания – правовой ситуации.

Представление о правоотношении как категории познания права позволяет сделать ряд выводов. В частности, правоотношение системностью обладать не может. Правоотношение как «юридический научный прием» [8, с. 211], в силу хотя бы своей природы, не может быть членимо ни на какие составляющие его элементы! Объективация содержания правоотношения становится возможной лишь при возникшей «правовой ситуации», что обусловлено сущностью правовых явлений, составляющих содержание правоотношения – правой ситуации. Объективация содержания правоотношения – правовой ситуации задается тем, что субъективное право и юридическая обязанность – суть такие явления правовой действительности, которые способны быть определены (урегулированы) нормами объективного права [32, с. 31]. В этой связи возникает вопрос: достигается ли данная «определенность» в силу веления законодателя, или же в правовой культуре наличествуют явления, приводящие к упорядочению, систематизации правового материала? Другими словами, можно ли предположить, что в правовой культуре имеется концепт, обеспечивающий субстантивацию субъективных прав (обязанностей), – факт правовой культуры, который может быть признан субстанциональным началом права? Представляется, что таким элементом служит категория «юридическая конструкция».

Пожалуй, впервые в юридической науке отчетливо на методологическую функцию данной категории обратил внимание Р. фон Иеринг. Ему принадлежит несколько натуралистическое определение юридической конструкции как «юридического тела» [27,

с. 361]. Понятие «юридическая конструкция» для Р. фон Иеринга тождественно «юридическому телу», ибо «понятие охватывает тело в его сущности» [27, с. 362]. В этом своеобразном юридическом натурализме кроется одна из отличительных черт европейской правовой культуры – «корпусность», представление о праве как о теле. Право здесь воспринимается как связанное целое, как система, организм (*corpus*). Такое понимание права существует на всех уровнях внешней его объективации и, безусловно, восходит к римскому праву. Оно, например, ясно прослеживается в аллегорических размышлениях римского юриста Алфена о сущности корпораций. Сравнивая судебскую корпорацию с другими системными явлениями, Алфен, в частности, говорит: «... не только, если один или двое, но если все судьи переменяться, процесс останется один и тот же, и суд будет тот же самый, что и раньше, подобно тому, как, например, легион остается один и тот же, хотя бы многие из солдат... были заменены другими, ... или корабль остается прежним кораблем, хотя бы он был настолько реставрирован, что в нем не уцелело бы ни одной старой доски, или, наконец, как наше собственное тело остается одним и тем же, несмотря на то, что, по словам философов, каждодневно частицы нашего тела выбывают и заменяются другими» [цит. по 24, с. 47].

В корпусном восприятии юридической конструкции кроется стремление юридической науки преодолеть дуализм метода, придать при этом методу права научный характер, восстановив тем самым изначальный холизм социальной действительности. Заметим, что метод юридических конструкций предвосхитил раз-



витие структурализма как философского и конкретно-научного направления, связанного с переходом «гуманитарных наук от преимущественно описательно-эмпирического к абстрактно-теоретическому уровню исследования» [28, с. 630]. Действительно, термины «конструкция» и «структура» близки к синонимии – общим для них является системность (греч. слово «система» означает целое, составленное из частей, соединение элементов) [см. 31, с. 27-29]. «Корпусность» юридической конструкции, на наш взгляд, в большей степени указывает на ее структурность, на системное расположение ее элементов, а в меньшей – на субстанциональность.

Действительно, всякая юридическая конструкция обладает структурой, под которой следует понимать способ организации целого из составных частей. Причем «функционирование разнородных взаимосвязанных элементов в структуре порождает качественно новые функциональные свойства целого, не имеющие аналогов в свойствах его элементов» [17]. С другой стороны, наличие признака целостности в юридической конструкции «предполагает, что она существует как целое, которое затем можно членить на элементы. Причем эти элементы будут обладать самостоятельным юридическим смыслом лишь в силу существования целого – юридической конструкции. Так, конструкцию права собственности можно описать через отдельные правомочия, но исчерпать его этими правомочиями не представляется возможным. Причем отсутствие того или иного правомочия, хотя бы оно и было прямо названо положительным законом, не влечет прекращения данного права. Отдельные правомочия

в структуре конструкции права собственности приобретают самостоятельное значение, вне пределов этой конструкции они, хотя и сохраняют синонимичность, приобретают иное содержание, отличное от того, которым они обладали в структуре рассматриваемой конструкции. Владение, пользование, распоряжение – как правомочия в структуре конструкции права собственности и как субъективные права в других конструкциях (например, ограниченных вещных правах), существенным образом различаются.

Следуя Р. фон Иерингу, юридическая конструкция есть не только структурный элемент права, но и своеобразный прием юридической техники. Суть данного приема заключается в том, чтобы «на материале норм позитивного права построить абстрактное понятие, а затем выразить его в минимально требуемом количестве предложений» [20, с. 49]. При таком подходе как будто намечается решение вопроса, получившее в логике название «гильотина Юма». Поскольку юридические конструкции в отличие от норм права не имеют повелительной формы выражения, они приобретают форму утверждений. В таком случае как будто бы наблюдается выведение прескрипции нормативного высказывания из дескриптивных посылок. Однако решенная таким образом проблема основывается на очевидном смешении объекта и метода исследования!

Неверное понимание юридической конструкции закладывается, на наш взгляд, тогда, когда ее пытаются посредством толкования дедуцировать непосредственно из правового материала. На наш взгляд, юридическая конструкция не следует, а непосредственно предшествует

правовому высказыванию и тем самым задает развитие права. В противном случае юридическая конструкция, отождествляясь с «фрагментом действительности позитивного права», выводится из этого же права?! Увы, и в настоящее время такая точка зрения остается доминирующей в юридической науке. Происходит это из-за того, что юриспруденция, оперируя новым для себя дискурсом – юридической конструкцией в решающий момент обращается к общедоступному методу – методу юридической догматики.

Субстанциональность юридических конструкций выводится Р. фон Иерингом исходя из представления о том, что именно они (юридические конструкции), а не нормы права, будучи субстратом правового содержания, выступают первичным элементом права. В таком случае по отношению к первичным элементам права юридические конструкции образуют своеобразный «еще один слой» правовой материи, выступая «центральным звеном (основой, стержнем) материи права» [1, с. 200]. Если это так, то возникает вопрос, какой элемент юридической конструкции придает ей субстанциональность? Ведь признание субстанциональности юридических конструкций противоречит основополагающему положению структурализма. Ключевым элементом структуры является знак, не являющийся сущностью. Следовательно, юридическая конструкция может быть представлена как некий феномен правовой культуры, построенный по формальным законам структуры, который организует опыт правовой культуры.

На этом уровне юридическая конструкция не рассматривается как сущность. Здесь речь идет лишь об определенной объек-

тивации структурных элементов юридической конструкции в нормах права. Онтологический статус юридической конструкции не задается ее элементами. Субъекту правового общения она еще безразлична. Объективация элементов является результатом деятельности законодателя (власти), который воплощает свои властные, нормативно выраженные веления в рамках (пределах) определенных юридических конструкций. Юридическая конструкция, состоящая из определенных свойственных ей элементов, на наш взгляд, приобретает характер субстанции, когда в ней обнаруживается некий «центр». Таким центром выступает юридический факт (для частноправовых отношений это - воля субъекта права). С момента выражения воли субъектом правового общения юридическая конструкция в частном праве субстантивируется, становится подлежащей толкованию «юридической сущностью».

Библиография:

1. Алексеев С.С. Избранное. М., 2003.
2. Афонасин Е.В., Дидикин А.Б. Философия права: Учеб. пособие/ Новосибир. Гос. Ун-т. Новосибирск, 2006.
3. Бертель Ж.-Л. Общая теория права / Под. общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. — М., 2000.
4. Логико-философские исследования : избранные труды: перевод с английского / Г. Х. фон Вригт; общая редакция Г. А. Рузавина, В. А. Смирнова; составитель и автор предисловия, [с. 7—26], В. А. Смирнов. — М., 1986.
5. Гражданское право. Общая часть / Ю.С.Гамбаров; Под ред. и с предисл. В.А.Томсинова; Моск. гос. ун-т им. М.В.Ломоносова, Юрид. фак.. - М., 2003.
6. Гарсиа Гарридо М.Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты/ Перевод с испанского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. — М., 2005.
7. Гегель Г.В.Ф. Философия права. Пер. с нем.: Ред и сост. Д.А. Керимов и В.С. Нерсесянц. М., 1990.
8. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2007.
9. История политических и правовых учений. Учебник / Под ред. доктора юридических наук, профессора О. Э. Лейста. — М., 2000.
10. Кабрияк Р. Кодификации/Пер. с фр. Л.В. Головки. — М., 2007.
11. Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк.//Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, № 4 (209), 2010.
12. Карпович В.Н. Проблема эмпирического содержания теоретических конструкций в правовой сфере. - http://www.philosophy.nsc.ru/journals/humscience/1_99/16_KARP.htm
13. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : Сб. пер.. - М., 1987.
14. Кофанов Л.Л. Lex и ius: возникновение и развитие римского права в VIII- III вв. до н.э. М., 2006.
15. Лобовиков В.О. Математическое правоведение. Ч. 1. Естественное право. Екатеринбург, 1998.
16. Милль Джон Стюарт. Система логики силлогистической и индуктивной. Изложение принципов доказательства в связи с методами научного исследования. М., 1900.
17. Павлов В.П. Проблемы теории собственности в российском гражданском праве. М., 2003.
18. Полдников Д.Ю. Договорные теории глоссаторов. М., 2008.
19. Поляков А.В. Норма права. -<http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1140109>
20. Пономарев Д.Е. Юридические конструкции: становление понятия в отечественном правоведении // Российский юридический журнал. - 2004. - № 4.
21. Пушкин А.А. Спорные вопросы учения о гражданском правоотношении//Вопросы государства и права: Сборник статей Харьковского юридического института. Вып. 2. М., 1974.
22. Радбрух Г. Философия права. — Пер. с нем. — М., 2004.
23. Строгович М.С. Избранные труды: В 3 т. Т. 1 Проблемы общей теории права. М., 1990.
24. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. — М., 2000..
25. Тарасов Н.Н. Метод и методологический подход в правоведении: попытка проблемного анализа//Правоведение. — 2001. - №1.
26. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., 1959.
27. ф. Иеринг Р. Дух римского права/Избранные труды. В 2. т. Т. II. — СПб., 2006.
28. Философский энциклопедический словарь /Редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичев и др. М., 1989.
29. Франчози Дж. Институционный курс римского права./Перевод с итальянского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. -М., 2004.
30. Халабуденко О. Некоторые вопросы систематизации нормативного материала в гражданском праве: взгляд через призму юридических конструкций.//Закон и жизнь, №4 (221), 2010.
31. Халабуденко О. Юридические конструкции в гражданском праве: методологический аспект.//Закон и жизнь, № 4 (173), 2006.
32. Халабуденко О.А. Традиции и новеллы обязательственного права: опыт Республики Молдова и других государств СНГ// Закон и жизнь, № 6, 2008.
33. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: [В 2 т.: Пер. с нем. / К.Цвайгерт, Х.Кётц, Т. 1: Основы — М., 2000.
34. Диммерманн Райнхард. Римское право и европейская культура.//Вестник гражданского права, № 4, 2007, том 7.
35. Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004.
36. Честнов И.Л. Методология и методика юридического исследования: Учебное пособие. СПб., 2004.
37. Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. Т. 2./Пер. с нем. И.И. Маханькова. М., 2004.
38. Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976.
39. Hasso Hofmann, From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism, in E. Pattaro, D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, and P.Riley (eds.), a treatise of legal philosophy and general jurisprudence, vol. 9: a history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900 Berlin: Springer, 2009
40. Habermas J. Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a.M. 1983.