

## Догматика публичного права: о «вечном» в юриспруденции\*

Дорогие читатели!

В подзаголовке названия нашей вступительной статьи — парафраз известной статьи русского философа Б. П. Вышеславцева «Вечное в русской философии». Тема предлагаемого вашему вниманию номера «Догматика публичного права в условиях постглобализации» оказалась для наших авторов гораздо более располагающей к разговору о «вечном» в юриспруденции, нежели о ситуативном, — о тех значимых изменениях, для обозначения которых мы воспользовались термином «постглобализация» (или «деглобализация»), понимая под ним применительно к праву процесс концептуализации и защиты своеобразия различных правовых традиций. На страницах номера вы найдете размышления авторов об основаниях разграничения публичного и частного права, о природе и сущности публично-правовых и частноправовых институтов, т. е. о том, что в них полагается неизменным, о догматике права как науке в ее соотношении с политикой права, о юридико-догматической конструкции органа государства и др., — иными словами, о том «вечном» в юриспруденции, которое, однако, опознается в качестве такового именно на фоне ситуативного. У этого обстоятельства — обращения авторов номера к фундаментальной юридико-догматической проблематике, — кажется, есть ряд причин.

Одна из них очевидна и как будто бы лежит на поверхности: для того чтобы рассуждать о возможных направлениях трансформации публично-правовой догматики в условиях деглобализации, необходимо отрефлексировать специфику юридической догматики как науки, понятие публичного права как материи, к которой применяется догматический метод, наконец, сам метод — его возможности и ограничения. Все эти вопросы получили обсуждение в номере: понятие публичного права в его соотношении с частным, специфицированное к разным предметным областям и правовым традициям, раскрывается в статьях *Д. В. Дождева*, *Л. В. Головки*, *Ли Яо*, юридическая догматика как наука — в статье *В. Е. Кондурова*, возможности использования догматического метода для конструирования понятия государственного органа — в статье *А. А. Краевского*, ограничения метода для категоризации социальных прав — в статье *Н. В. Варламовой*.

Другая причина лежит несколько глубже и связана с известным консерватизмом или, лучше сказать, — традиционализмом догматической юриспруденции, демонстрирующей преемственность выработанного ею профессионального

---

\* Статья подготовлена при поддержке Российского научного фонда (научный проект № 23-28-00973 «Догма публичного права в условиях постглобализации» (<https://rscf.ru/project/23-28-00973/>)).

языка и метода юридического осмысления мира. Несмотря на все многократно предпринимавшиеся попытки руинизировать юридическую догматику, она продолжает сохранять свое значение, что позволяет говорить не только и не столько о некоем инстинкте профессионального самосохранения, сколько о том, что с ее помощью осуществляется значимая социальная функция юриспруденции как особого рода практической деятельности. Одна из таких функций — обеспечивать возможность понимания и сравнения языка разных правовых культур и правовых традиций, что приобретает особенное значение в условиях деглобализационных тенденций, задающих новый контекст концептуализации догматики публичного права.

Заметим, что журнал уже привлекал внимание к некоторым вопросам догмы публичного права еще в 2011 г.<sup>1</sup> Наш давний интерес к этой теме получил развитие в рамках научного проекта «Догма публичного права в условиях постглобализации», поддержанного Российским научным фондом (проект № 23-28-00973). В процессе его выполнения у нас сложилось определенное видение и актуального круга проблем, что, в частности, нашло отражение в анонсе номера, и основных направлений их решения. С некоторыми из них можно ознакомиться в предлагаемых вниманию читателей статьях двух участников проекта — *В. Е. Кондурова* и *А. А. Краевского*. Одна из задач этого тематического номера «Правоведения» — в новых условиях, задаваемых контекстом постглобализации, актуализировать юридико-догматический взгляд на публично-правовую материю.

Номер открывает статья *Дмитрия Вадимовича Дождева* «*Lex privata* и *lex publica*: частная автономия и объективная нормативность», обращая нас к фундаментальной, сквозной для романо-германской правовой традиции проблематике соотношения частного и публичного права, представленной в статье как в историко-правовом, так и в теоретико-правовом аспектах. Ключевой вопрос статьи — что является основанием юридической действительности частного волеизъявления, которое источники римского права именуют *lex privata*, частным законом — установлением частного лица, манифестирующим и утверждающим его автономию, т. е. используют термин, обычно применяемый к публичному закону — *lex publica*, к тому, что римский народ (*populus Romanus*) как целое постановляет для самого себя и тем самым формирует себя как народ. Только на первый взгляд постановка этого вопроса может показаться далекой от тематики номера. Объяснение природы частной автономии необходимо предполагает определенный взгляд на природу и социальные функции публичного права.

Отвечая на поставленный вопрос, Дмитрий Вадимович оспаривает по крайней мере три предлагаемых в научной литературе объяснения. *Во-первых*, — трактовку частной автономии как «ретроградного переживания, как присутствия институтов догородской эпохи в цивилизованном контексте римской *civitas*», в то время как, по его мнению, речь идет о том, чтобы «интегрировать легитимность частных установлений в контекст всеобщей нормативности, свойственной обретенной государственности», «согласовать *ius privatum* с *ius publicum*». *Во-вторых*, он также не принимает в качестве возможного объяснения провозглашение принципа самоопределения человека (*Selbstbestimmung des Menschen*), поскольку само по себе, как таковое, оно «не предполагает понимания “самоопределения” как формы и фазы нормативного, автономии как элемента нормативной системы в целом, с одной стороны, и трактовки нормы и всей нормативной сферы

---

<sup>1</sup> Белов С. А. и др. Теория публичного правоотношения: перспективы избавления от цивилистической догматики // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 2 (295). С. 244–261.

как предпосылки и контекста утверждения и реализации индивидуальной воли, как необходимого условия и момента автономии (и авто-, и -номии)». Наконец, *в-третьих*, он оспаривает позитивистский тезис о частной автономии как продукте *дозволения* (*Befugnis*) со стороны публичного права.

Предлагаемое в статье решение поставленной проблемы позволяет уйти от традиционной оппозиции частного волеизъявления публичному праву, которую Дмитрий Вадимович считает не более чем надуманной банальностью. Однако и резюмировать здесь предложенное решение в терминах взаимодействия (взаимосвязи), согласования и взаимного признания частной автономии и публично-правового порядка было бы некоторым упрощением мысли автора. Мы рекомендуем ознакомиться с обстоятельной, последовательно и неспешно разворачивающейся аргументацией ученого, в которой хотелось бы отметить один ключевой момент. Как подчеркивает Д. В. Дождев, частная воля становится общественно значимой и получает правовой характер — становится *lex privata*, только будучи интегрированной в объективный нормативный контекст *lex publica*, что и сообщает ей необходимый момент всеобщего, давая ей определение как правовой воли (*Will*) и отличая ее от произвола (*Willkür*). Частное волеизъявление нуждается для своей действительности и действенности в абстрактной норме общего действия, и в этом смысле «частная сфера сама апеллирует к публичному закону и ощущает себя частью публичного порядка».

Статья Леонида Витальевича Головки «Публично-правовая природа уголовного судопроизводства и современные глобальные усилия по ее перепрограммированию», как и статья Д. В. Дождева, обращает нас к легендарной формуле Ульпиана об основаниях разграничения частного и публичного права, но уже с иной целью — выявить различные трактовки публичного (и частного) права внутри романо-германской правовой традиции и в сопоставлении с английской моделью, раскрыть логику обоснования публично-правовой природы уголовного судопроизводства в рамках французской, германо-российской и английской правовых традиций, наконец, продемонстрировать затруднения, с которыми сталкиваются сегодня классические уголовно-процессуальные модели при попытках пересмотреть публично-правовую природу уголовного процесса.

Леонид Витальевич показывает, как та или иная национальная модель уголовного судопроизводства укоренена в определенном варианте разграничения частного и публичного права, в самом понимании публичности, публично-правового. Так, французскую доктрину автор характеризует как *строгую*, которую также можно было бы назвать *этицистской*, поскольку в основе разграничения между публичным и частным правом здесь лежит исключительно субъективный критерий — участие в соответствующих правоотношениях государства, безотносительно к содержанию, материи таких отношений. Германская и российская традиции ориентированы на поиск сущностных критериев разграничения публичного и частного права, в качестве которых может выступать, например, цель правового регулирования. Такой подход автор характеризует как *релятивистский*, поскольку он имеет своим последствием отделение публичного как общественного или общего от государства и ставит вопрос об институциональном субъекте реализации отсоединенной от государства публично-правовой функции. Традиция разграничения частного и публичного права, свойственная странам *common law*, прежде всего Англии, обозначается как *негационистская*. Данная модель предполагает, исходя из принципа *rule of law*, равенство каждого в защите публичного интереса и соответственно допускает реализацию публично-правовой функции частными субъектами — при сохранении, однако, понимания связи публично-правовой идеи и государства. Далее

автор показывает, каким образом понимание публичного права в его соотношении с частным определяет модели уголовного процесса в соответствующих правовых традициях.

Предметом критики в статье выступает релятивистская модель, которая, по мнению автора, заложена в Концепции судебной реформы Российской Федерации и Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации и является маргинальной по отношению к двум классическим моделям реализации в уголовном процессе публично-правового начала — как французской, так и английской. Она заслуживает критического обсуждения, в том числе и с точки зрения ее особенной уязвимости перед тем разнонаправленным давлением, которое оказывается сегодня на публично-правовую сущность уголовного судопроизводства. Л. В. Головкин раскрывает основные векторы этого давления, которые только на первый взгляд кажутся противоположными, — это деэтизация уголовного процесса и одновременно сохранение его публично-правовой власти, используемой для утверждения глобализационной идеологии. Анализ содержания этих векторов-тенденций, а также критические аргументы, развиваемые автором в отношении релятивистской модели уголовного судопроизводства, опираются на прочный теоретический фундамент — концептуализацию связи модели уголовного процесса с понятием публичного (и частного) права, обстоятельно обоснованную, в том числе и в сравнительно-правовом ракурсе, в предлагаемой вниманию читателей статье Леонида Витальевича.

От проблемы разграничения и взаимосвязи публичного и частного права мы переходим к не менее фундаментальному вопросу — догматике конституционного права как науке в ее соотношении с политикой права, чему посвящена статья Вячеслава Евгеньевича Кондурова. Автор фиксирует и вместе с тем проблематизирует два смысла в сложившемся употреблении понятия «политика права». Последняя понимается и как практическая деятельность, и как наука, которая, в отличие от юридической догматики, занимается вопросами *de lege ferenda*. Вячеслав Евгеньевич определяет предметную сферу науки политики права и на основе этого предлагает определение понятия политики конституционного права, переходя далее к ее соотношению с догматикой конституционного права, поясняя уже ее предметную специфику.

Полагая, что целью догматики конституционного права является прояснение смысла конституционно-правовых понятий и их систематизация, автор выделяет два их вида. К первому он относит так называемые им оперативные понятия (например, «компетенция», «полномочие» и др.), которые являются политически нейтральными и используются, как правило, в той части конституций, которая определяет структуру публичной власти. Второй — образуют понятия, имеющие полемическое содержание, связанное с их происхождением и вместе с тем с их использованием в контексте конкретного правового порядка (например, «правовое государство» или «право на частную жизнь»). Юрико-догматическая работа с полемическими понятиями, по мнению автора, имеет свои особенности и требует обращения как к истории, так и к социологии соответствующих понятий, что позволяет определять их первоначальный смысл и господствующие в конкретном правовом порядке актуальные представления об их содержании. Отмечая, что полемические понятия имеют сложную структуру, включающую твердое ядро понятия и его смысловую периферию, Вячеслав Евгеньевич обращает внимание на риски, связанные с невниманием к их структуре, — они могут стать предметом риторической игры с произвольной сменой значений или объектом манипуляций со стороны политических сил, стремящихся использовать их в деструктивных для конкретного правового порядка целях.

Именно через особенности полемических понятий (наличие у них твердого семантического ядра и смысловой периферии) автор показывает возрастающее в ситуации деглобализации значение догматики конституционного права, а также и ее связь с конституционно-правовой политикой: эти значение и связь определяются прежде всего способностью догматики задавать и удерживать концептуальную структуру правовой реальности. И, конечно, Вячеслав Евгеньевич как исследователь творческого наследия К. Шмитта не мог не напомнить нам суждение германского правоведа, поясняющее и позицию автора статьи: догматик не может сделать больше, чем сохранение понятий и называние вещей своими именами.

Классической теоретико-правовой и юридико-догматической проблеме понятия государственного органа посвящена статья *Арсения Александровича Краевского*, удачно соединяющая несколько ракурсов рассмотрения ее предмета: в ней представлены ретроспектива органической метафоры в науке о государстве, история юридико-догматической конструкции органа государства, теоретическое осмысление данного понятия в правовой мысли XX в., наконец, сформулированы признаки актуального для российской правовой системы догматического понятия государственного органа. Арсений Александрович приводит не утратившие актуальности слова Я. М. Магазинера о том, что выяснение роли органов государства по отношению к государству представляет собой «труднейшую проблему современного публичного права».

В статье рассматриваются основные интерпретации органической метафоры, сложившиеся в правовой мысли античности, христианского Средневековья и Нового времени. Как показывает автор, эта предыстория представлений о государстве-организме получает свое завершение в юридической школе государственоведения XIX в. (К. Ф. фон Гербер, П. Лабанд, Г. Еллинек и др.), которая, переосмыслив данное понятие, сделала акцент на проблеме формирования государственной воли и соотношении воли государства и его органов.

Для теоретического описания органа государства Арсений Александрович использует идеи чистого учения о праве Г. Кельзена в версии его ученика и одновременно оппонента А. Росса. Проблема государственного органа предстает как проблема вменения (нем. *Zurechnung*, англ. *imputation*) действий конкретных людей другому юридическому субъекту, в данном случае государству и его органам. Принимая во внимание некоторые идеи Г. Кельзена и А. Росса, автор предлагает юридико-догматическое понятие государственного органа на основе российского законодательства, прежде всего положений Конституции. При этом условием корректности догматического понятия А. А. Краевский считает его соответствие классическим законам юридической конструкции, сформулированным Р. фон Иерингом. Определяя язык юридической науки, в том числе юридической догматики, как метаязык по отношению к языку права, Арсений Александрович отмечает, что изменение языка права, осуществляемое, например, при помощи законодательной деятельности, может происходить под влиянием юридической науки, и в таком конструировании новых понятий он усматривает суть догматического метода.

Проблема юридико-догматической интерпретации социальных прав в практике органов конституционного контроля рассматривается в статье *Наталии Владимировны Варламовой*. Отмечая открытый характер прав человека, формулируемых в конституционных и международно-правовых актах в крайне абстрактных терминах, автор полагает, что догматика прав человека должна основываться на анализе судебных решений, посредством которых они защищаются, прежде всего решений органов конституционного контроля, конкретизирующих

содержание основных прав. Предметом исследования в статье стала практика Конституционного Суда Российской Федерации и Федерального конституционного суда Германии, на основе анализа которой автором реконструируются основные подходы, используемые судами для концептуализации социальных прав и конкретизации соответствующих обязательств государства по их обеспечению.

Поясняя различия между личными и политическими правами, с одной стороны, и социальными правами — с другой, Наталия Владимировна подчеркивает, что юридическая природа последних существенно осложняет их юридико-догматическую концептуализацию и обуславливает их специфическую юстициабельность. В связи с этим она обращает внимание на то, что при рассмотрении споров о нарушении социальных прав органы конституционного контроля принимают во внимание затрагиваемые таким нарушением личные права, поскольку в основе предоставления социальных прав лежит обеспечение возможности пользоваться правами первого поколения, а также опираются в своей аргументации на общеправовые принципы — равноправия, правовой определенности и соразмерности. Один из выводов, к которому приходит автор, состоит в том, что «в отношении социальных прав в рамках конституционного контроля осуществляется не столько их категоризация (конкретизация образующих их притязаний), сколько выработка подходов к обоснованию оправданности (необходимости или допустимости) тех или иных законодательных решений по их предоставлению». В целом Наталия Владимировна скептически относится к возможности юридико-догматической категоризации содержания социальных прав как на доктринальном уровне, так и в практике органов конституционного контроля, считая, по-видимому, социальные права принципиально недогматизируемой материей.

Завершает тематическую часть номера, посвященную догме права, статья *Ли Яо*, из которой можно узнать об укорененности публично-правового взгляда на цели права в традициях национальной культуры Китая и о том влиянии, которое оказала советская правовая доктрина на гражданское право Китайской Народной Республики.

Как отмечает автор, политические учения Древнего Китая, представленные конфуцианством, даосизмом, моизмом и легизмом, являясь последовательным выражением традиционной китайской культуры, сосредоточены на достижении гармонии в человеческом обществе, возможность которой связывается с приоритетом публичных, общих интересов над частными. Эти учения оказали глубокое влияние на менталитет и поведенческие практики и в целом на судьбу всей культуры Древнего Китая, включая его правовую систему. Автор показывает, как под влиянием прежде всего легизма формировалась традиционная правовая культура Китая, ядром которой выступало уголовное право и в которой до определенного времени частное право фактически не существовало.

В центре внимания автора — процесс влияния на формирование гражданского права в Китае советской правовой доктрины, отстаивавшей приоритет принципов публично-правового регулирования над частноправовыми. Ли Яо отмечает, что традиции тысячелетней китайской культуры не были прерваны революцией, приведшей к установлению нового общественного строя, и именно концепции советских ученых помогли Китаю завершить социалистическое строительство и связать древнекитайскую публично-правовую мысль с социалистической правовой доктриной. Вследствие этого влияния, соответствовавшего традициям правовой культуры Китая, гражданское право Китайской Народной Республики во второй половине XX в. носило ярко выраженный публично-правовой характер. О том,

почему это заимствование Китаем советского правового опыта не было ни исторической случайностью, ни исторической ошибкой, рассказывается в предлагаемой вниманию читателей статье Ли Яо.

Обсуждаемая в номере проблематика носит фундаментальный характер и обращает нас к «вечным» проблемам юриспруденции, вместе с тем мы уверены, что это только начало разговора о догматике публичного права, и приглашаем заинтересованных авторов к его продолжению.

Главный редактор журнала «Правоведение»,  
декан юридического факультета,  
заведующий кафедрой конституционного права,  
профессор СПбГУ  
*Сергей Белов*

Приглашенный редактор номера  
д-р юрид. наук, профессор СПбГУ  
*Елена Тимошина*