

ПРАВОВОЙ ПРИНЦИП ФОРМАЛЬНОЙ СПРАВЕДЛИВОСТИ (РЕГУЛИРОВАНИЕ ФОРМАЛЬНО-НЕРАВНЫХ ОТНОШЕНИЙ)

© 2012 г. Вазген Сумбатович Нерсесян¹

Краткая аннотация: формальная справедливость – это формально-равный доступ к праву и должная мера формальной свободы, определенные на основе правового принципа формально-равной работоспособности.

Annotation: formal justice essentially is the formal-equal access to the law and the proper measure of the formal freedom, those determined on the base of the law principle of the formal-equal legal capacity for work.

Ключевые слова: доступ, должная мера, работоспособность.

Key words: access, proper measure, capacity for work.

1. Введение. Либертарно-юридическая теория исходит из положения о том, что *формальная справедливость*, как интегральная правовая характеристика состоит в формально-равной правовой *защите* каждого независимо от его абстрактного правового статуса. Определяется она как формально-равная *возможность*, основанная на формально-равном *доступе* каждого к праву с целью защиты своих законных интересов и реализуется (в общем случае) в форме *должной меры* формальной свободы². Право *генетически* связано с *формальным равенством*. Однако юридическая практика знает не только формально-равные, но и *формально-неравные* отношения, например между физическими и юридическими лицами как автономными статусно-функциональными группами юридизированных персон с *различающимися* абстрактными правовыми статусами, абстрактными индивидуальными правовыми ресурсами. В частном случае, т.е. когда исследуются (регулируются) общепринятые³ формально-равные отношения, используется традиционный правовой принцип формального равенства (формально-равной правоспособности). В общем же случае, когда нужно исследовать (регулировать) и формально-равные, и формально-неравные отношения в их *совокупности*, используется предлагаемый нами правовой принцип *формально-равной работоспособности*, который является по существу принципом формально-равного доступа субъектов к праву, должной меры формальной свободы и, соответственно, – *формальной справедливости*. Новый правовой принцип основан на понимании правового отношения как *деятельности*, зависящей от двух основных факторов – внешнего (объективного), определяемого нормой права, и внутреннего (субъективного), определяемого абстрактными правовыми статусами, абстрактными индивидуальными правовыми ресурсами субъектов правоотношения. Понятия и термины, используемые в работе, поясняются ниже.

2. Концепция формального неравенства как опосредованного продукта сознательной самоидентификации и самоорганизации людей. Равенство в праве является равенством *формальным* и основано на абстрагировании от

различий, которые присущи уравниваемым объектам. Примечательно, и это следует подчеркнуть особо, что формальное равенство в праве не *абсолютно*, а *относительно*. Оно “не столь абстрактно, как числовое равенство в математике..., очищенное от качественных различий” и доведенное до абсолютной абстракции количественных определений⁴. По указанной причине абстрактные субъекты права (как объекты уравнивания) *не свободны от качественных (и количественных) различий*. Как следствие, субъекты права различаются не только своими *фактическими* признаками, что естественно, но и *формальными*. Основным, *первичным* признаком идентификации (и самоидентификации) абстрактного субъекта является его абстрактный правовой статус, абстрактный интегральный индивидуальный правовой ресурс⁵, на основе которого (и в соответствии с которым) определяется его производный, *вторичный* признак – мера его формальной свободы. Можно сказать, что *именно различия* между абстрактными правовыми статусами субъектов обуславливают в конечном счете появление как *формально равных*, так и *формально неравных* отношений между ними⁶.

Право как регулятор отношений между людьми и *сознательная самоидентификация* людей с целью их *самоорганизации* взаимосвязаны и обуславливают друг друга: право

⁴ См.: Нерсесян В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 53.

⁵ Понятие правового статуса (положения, роли, функции) субъекта права широко используется в литературе (см., например: Нерсесян В.С. Указ. соч. С. 510–513; Мицкевич А.В. Правовые отношения // Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 374, 375). В контексте нашего исследования, “абстрактный правовой статус” – это правовой статус абстрактного субъекта абстрактного правового отношения, который определяется его положением в правоотношении, его ролью и выполняемыми функциями, его индивидуальными возможностями. Для количественного выражения абстрактного правового статуса субъекта используется понятие о его абстрактном интегральном индивидуальном правовом ресурсе как совокупности его интеллектуального, информационного, административного, материального, физического и т.д. ресурсов, представленных в абстракции.

⁶ См.: Нерсесян В.С. Право и правовой закон. М., 2009. С. 230–232; *Его же*. Проблемы внутренней непротиворечивости правовой теории и исполнимости правовых норм в контексте мер по совершенствованию института юридической ответственности // Научные труды. Российская академия юридических наук. Вып. 10. В 3-х т. Т. 1. С. 340–344.

¹ Старший научный сотрудник отдела теории и истории права и судебной власти Российской академии правосудия, кандидат технических наук, доцент (E-mail: nersesyanvazgen@mail.ru).

² В частном случае “должная мера” формальной свободы становится “равной мерой”, а формальная справедливость – формально-равной.

³ См.: ст. 1 Гражданского кодекса РФ; ст. 4 Уголовного кодекса РФ.

является *имманентным* продуктом самоидентификации и самоорганизации, а самоидентификация и самоорганизация – *имманентным* продуктом права. Согласно В.С. Нерсесянцу сознательная самоидентификация и самоорганизация людей производятся на основе их *формального равенства*⁷. В этом смысле самоидентификация и самоорганизация людей на началах их *правового (формального) равенства* для совместной жизнедеятельности и выживания является их основным и определяющим *человеческим* признаком, а именно: признаком “*homo juridicus*”, адекватно отражающим “*суть процесса человеческого развития как исторического прогресса свободы в человеческих отношениях*”⁸. Формальное равенство, связанное с самоидентификацией и самоорганизацией людей, мы определяем как *эмпирическое* формальное равенство, а формальное равенство как принцип, как понятие, используемое в качестве внешнего концептуального средства для формирования теории, – как *теоретическое*.

Форма и характеристики той сознательной самоидентификации людей зависят (по определению) от их *абстрактного правового статуса*. “Правовая классификация множеств” производится “*по группам и статусам*: принцип самоидентификации целого должен быть преломлен и представлен в признании классификации по *видам группового статуса*. Самоидентификация целого и структурирование его по группам – это один принцип равенства”⁹ (выделено мною. – В.Н.).

Если некоторое сообщество свободно от статусных различий, т.е. если абстрактные правовые статусы его представителей совпадают, как это имеет место, например, в первобытной общине (где “*все равны как члены данного рода*”¹⁰), то в таком сообществе самоорганизация ведет к образованию одной, единой для всего сообщества, *самоидентификационной эмпирической* статусной (статусно-функциональной)¹¹ правовой группы, наделенной своей общегрупповой единой (равной) мерой формальной свободы. Если же сообщество не свободно от статусных различий, т.е. если абстрактные правовые статусы его представителей не совпадают, то в таком сообществе самоорганизация ведет к образованию не одной, а двух и более отдельных автономных *самоидентификационных эмпирических* статусных (статусно-функциональных) правовых групп, каждая из которых наделяется *своей* внутригрупповой единой (равной) мерой формальной свободы. Здесь мера формальной свободы находится в *прямой* пропорциональной зависимости от абстрактного правового статуса и чем выше абстрактный правовой статус представителей идентификационной эмпирической правовой группы, тем больше их внутригрупповая единая (равная) мера формальной свободы. В качестве примера формирования и функционирования разностатусных правовых групп можно использовать древнегреческую практику, обусловленную реформами Солона (594 г. до н.э.) и связанную с установлением и действием в греческом праве

четырёх отдельных, автономных статусно-функциональных правовых групп: пентакосиомедимнов, всадников, зевгетов и фетов¹². Различались представители этих правовых групп их едиными (равными) абстрактными правовыми статусами и, соответственно, едиными (равными) групповыми мерами формальной свободы; полную *правоспособность* (т.е. должную меру *формальной* свободы) имели только пентакосиомедимны. Отношения внутри групп были формально-равными, между группами – формально-неравными.

Изложенное позволяет заключить, что в сообществе с абстрактными статусно-функциональными *различиями* самоидентификация всегда является *групповой* (локальной, не общеправовой), а в рамках каждой группы – *формально-равной*, т.е. всегда ведет к соответствующей *равной мере “групповой” формальной свободы*. “Для всех тех, чьи отношения опосредуются правовой формой, – как бы ни был узок *этот правовой круг*, – право выступает как абстрактно-всеобщая форма, как общезначимый и равный *для всех этих лиц* (различных по своему фактическому, физическому, умственному, имущественному положению и т.д.) одинаковый масштаб и мера. В целом всеобщность права как единого и равного (*для того или иного круга отношений*) масштаба и меры (а именно – меры свободы) означает утверждение справедливости и отрицание привилегии и привилегий (*в рамках этого круга*)... Правовая мера всеобща лишь в тех пределах и постольку, пока и поскольку она остается единой (и, следовательно, равной) для различных объектов измерения (регуляции), в своей совокупности образующих сферу этой всеобщности, т.е. круг различных отношений, измеряемых общей (единой) мерой. Всеобщность эта, следовательно, относительна, – она ограничена пределами действия единой меры в разных отношениях”¹³ (выделено мною. – В.Н.).

Таким образом, если сообщество не свободно от групповых статусных различий, то в процессе его самоидентификации образуется не одна (единая для всего сообщества) статусно-функциональная правовая группа с одной (единой для всего сообщества) мерой формальной свободы, а две и более автономные статусно-функциональные правовые группы со своими автономными внутригрупповыми единими (равными) мерами формальной свободы. Поскольку единые (равные) меры формальной свободы, присущие разным автономным статусно-функциональным правовым группам, *различаются*, то отношения *между* представителями этих (отдельных автономных статусно-функциональных правовых) групп оказываются *формально-неравными*.

Важно отметить, что самоидентификация *не ведет* (прямо и непосредственно) к *формальному неравенству* – её имманентным продуктом является, как известно¹⁴, *формальное равенство*. Люди, как *homo juridicus*, объединяются не на началах *неравенства*, а на началах *равенства*. Однако при определенных условиях самоидентификация ведет к созданию многообразных групповых *формальных равенств*, которые различаются своей мерой. Эти различия между групповыми мерами формальной свободы являются, по определению, *истинной* причиной возникновения межгрупповых формальных неравенств; *формальное неравенство* – это *опосредованный* продукт сознательной самоидентификации и самоорганизации людей, *следствие*, т.е. побочный продукт, различных по мере формальных равенств. Можно констатировать, что в праве *всё* самое существенное и со-

⁷ См.: Нерсесянц В.С. К праву. О происхождении равенства (Из неопубликованного) / Сост. В.В. Лапаева // История государства и права. 2009. №17. С. 2–7.

⁸ См.: Лапаева В.В., Тумурова А.Т. Процессы генезиса права с позиций принципа формального равенства (По материалам юридико-антропологического исследования) // Там же. С. 14.

⁹ Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 3.

¹⁰ Там же. С. 5.

¹¹ Статусная правовая группа – это группа, состоящая из субъектов, имеющих одинаковый абстрактный правовой статус. Выполнение “функции” является признаком абстрактного правового статуса, поэтому статусная правовая группа является одновременно и статусно-функциональной правовой группой.

¹² См.: Нерсесянц В.С. Политические учения Древней Греции. М., 1979. С. 23.

¹³ Нерсесянц В.С. Общая теории права и государства. С. 59.

¹⁴ См.: Нерсесянц В.С. К праву. О происхождении равенства. С. 3, 5.

держательное связано с “формальным равенством” и что *все* многообразные правовые явления, в том числе и такие экзотические, запредельные, как формально-неравные, могут быть адекватно поняты и надлежащим образом выражены только на основе и через посредство принципа “формального равенства”. И в этом смысле положение В.С. Нерсесянца о том, что *сущность* права определяется принципом формального равенства¹⁵, является необходимым и достаточным, поскольку *генетически* это так.

Статусно-функциональные различия в праве – общее правило, а не исключение. В качестве второго примера таких различий можно сослаться на древнеримскую практику, связанную с реформами Сервия Туллия (VI в. до н.э.). Они привели к таким же результатам, что и реформы Солона, а именно: к образованию статусно-правовой иерархии, в данном случае – из трех автономных статусно-функциональных правовых групп: квиритов, латинов и перегринов. Различались представители этих правовых групп их едиными (равными) абстрактными правовыми статусами и, соответственно, едиными (равными) групповыми мерами формальной свободы. Квириты как граждане Рима имели полную правоспособность и действовали самостоятельно (как физические лица), латины как жители Италии полной правоспособности не имели и римское гражданство получили только в I в. до н.э., перегрины были жителями римских провинций и в правоспособности уступали латинам. В римском праве наряду с физическими лицами имелись и юридические лица. По свидетельству И.А. Покровского: “Создание идеи *юридического лица*¹⁶ как самостоятельного субъекта гражданского права, самостоятельного центра хозяйственной жизни составляет одну из *крупнейших заслуг* римского права; только через него эта юридическая форма вошла в оборот нового европейского права”¹⁷ (выделено мною. – В.Н.). В начале империи в качестве юридических лиц были признаны *муниципии* и *частные корпорации*. “Юридические лица в римском праве не достигли своего *полного* развития. Тем не менее *идея юридического лица* была не только римским правом создана, но и дано её *основное практическое выражение*: были выработаны понятие правоспособности, не зависимой от лица физического, приемы искусственной дееспособности и даже основные типы юридических лиц (корпорации и учреждения)”¹⁸. Изложенное позволяет заключить, что в римском праве имелись как частноправовые и публично-правовые физические лица, так и частноправовые и публично-правовые юридические лица, и *обоснованно* считалось, что *правоспособность* юридического лица *отличается* от правоспособности физического лица.

Можно отметить, что формальные неравенства между автономными статусно-функциональными группами в греческом праве и в римском праве, рассмотренные выше, – это *неравенства-привилегии* одной группы субъектов по отношению к другой. Они не имеют правового содержания, и их действие является *негативным*, поскольку ведет к *блокированию условий формально-равного доступа*¹⁹ свободных

людей к полной правоспособности (присущей пентакосоимедимнам в Древней Греции и квиритам в Древнем Риме) и в этом качестве – к дополнительному увеличению (сверх меры, возможной при формальном равенстве) *фактического неравенства* между людьми.

Примечательно, что формально-неравные отношения-привилегии, которые имели место в юридической практике Древней Греции и Древнего Рима (а также во все последующие эпохи), имеют место и в практике современного российского права, например между *физическими лицами* в их взаимодействии с *юридическими лицами* как автономными статусными функциональными группами юридизированных персон с *различающимися* абстрактными правовыми статусами, абстрактными индивидуальными правовыми ресурсами. “Все физические лица обладают *равной для всех* правосубъектностью и правоспособностью, что является формой выражения их правового равенства, включая равенство всех перед законом. Юридические лица обладают разной правосубъектностью (и правоспособностью), обусловленной теми особыми целями и задачами, для осуществления которых они учреждены. В этом смысле их правосубъектность (и правоспособность) является *специальной*”²⁰ (в скобках дополнено мною. – В.Н.).

Практика совершенствования права “как реально действующего регулятора”, не допускающего “отказов в правосудии”²¹, идет, при прочих условиях, по линии диверсификации отношений как между физическими, так и между юридическими лицами как большими статусно-функциональными образованиями путем выделения в них отдельных автономных статусно-функциональных правовых групп, представители которых наделены своими едиными (равными) абстрактными групповыми правовыми ресурсами и, соответственно, своими едиными (равными) групповыми мерами формальной свободы. Можно считать, что современная российская юридическая практика связана с наличием (как минимум) четырех *различных* автономных статусно-функциональных правовых групп: одной всеобщей (условно всеобщей), двух особенных и одной единичной, действующих в сфере частного и публичного права. Всеобщая группа состоит практически из всех физических лиц страны, за исключением некоторого (значительного) числа лиц, которые образуют первую особенную группу, а именно: группу физических лиц-инвалидов как лиц, обладающих очень низким (по сравнению с представителями всеобщей группы) абстрактным правовым ресурсом. Вторая особенная группа состоит из юридических лиц как лиц, обладающих высоким (по сравнению с физическими лицами всеобщей группы) абстрактным правовым ресурсом. Единичная группа состоит из “особых” юридических лиц – олигархов как лиц, обладающих очень высоким абстрактным правовым ресурсом. Отношения *внутри* отдельных правовых групп являются, по общему правилу, *формально-равными*, а *между* группами – *формально-неравными*. Для сравнительной оценки общего

характеристика правоотношения как деятельностного процесса, определяющая возможности формально-равного использования этой нормы абстрактными субъектами независимо от их абстрактного правового статуса. Понятие о формально-равном доступе абстрактных субъектов к норме закона как условию формально-равной защиты их интересов нами выведено из понимания права как формальной справедливости и, соответственно, понимания формально-равного доступа к норме закона как доступа к формальной справедливости.

²⁰ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 510–513; см. также: Мицкевич А.В. Указ. соч. С. 374, 375.

²¹ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 489.

¹⁵ См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 53.

¹⁶ См.: Ельшешевич В. Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве. СПб., 1910.

¹⁷ Покровский И.А. История римского права. Возникновение и развитие юридических лиц // Allpravo.Ru. 2004. II. Лица юридические. Пг., 1917.

¹⁸ Покровский И.А. Указ. соч.

¹⁹ Понятие доступа для нас – ключевое и характеризует возможности, которые получают абстрактные субъекты при использовании права (закона) для защиты своих интересов. Доступ абстрактных субъектов абстрактного правоотношения к норме закона – это

количества возможных формально-равных и формально-неравных отношений в праве можно отметить, что в условном сообществе из двух разностатусных функциональных правовых групп с четырьмя субъектами к каждой группе может иметь место 12 формально-равных отношений и 16 формально-неравных.

Задача современной теории права как *общей (обобщенной)* теории формально-равных и формально-неравных отношений состоит в том, чтобы обеспечить необходимый *правовой* переход от самоидентификационных и эмпирических формально-неравных *отношений-привилегий*, выражаемых *неравными и неправовыми* мерами формальной свободы, к абстрактно-теоретическим *правовым и справедливым* отношениям, выражаемым *должными мерами* формальной свободы. Формально-неравные отношения как отношения между разностатусными субъектами права нельзя (невозможно) регулировать при помощи принципа формально-равной правоспособности, т.е. путем наделения этих (взаимодействующих) субъектов “равной мерой” формальной свободы. Это исключается в принципе, поскольку ведет, как отмечалось ранее, к блокированию условий формально-равного доступа субъекта с меньшим ресурсом к праву (закону) для защиты своих интересов²². Следовательно, правовое и справедливое регулирование формально-неравных отношений как отношений между разностатусными субъектами права возможно только путем абстрактно-теоретического (расчетно-математического) наделения этих субъектов *неравными, но правовыми и справедливыми должными мерами* формальной свободы. Известно, что при эмпирическом (самоидентификационном) образовании формальных равенств и неравенств мера формальной свободы как *мера-привилегия* находится в прямой пропорциональной зависимости от абстрактного правового статуса субъекта. При абстрактно-теоретическом установлении (исследовании, регулировании) формальных равенств и неравенств мера формальной свободы (как *искомая и должная*) находится в *обратной* пропорциональной зависимости от абстрактного правового статуса субъекта, что соответствует требованиям предлагаемого нами правового принципа формально-равной работоспособности.

3. Методология права как учение об общем (обобщенном) методе исследования (регулирующего) формально-равных и формально-неравных отношений. В качестве учения о методе формирования общей (обобщенной) теории

права методология должна обеспечивать *научно-достоверное и необходимо полное* формирование этой теории, *исходно* наделяя её внешним (по отношению к ней) *критерием (и стандартом)* оценки её *достоверности и достаточности*. Все элементы формируемой теории как целостной системы должны быть одинаково *доступны* для проверки на достоверность и достаточность, поэтому она должна быть построена *единообразно, гомогенно*²³. Имея правовые механизмы и критерии, необходимые для достоверного и достаточного исследования (регулирующего) всей совокупности юридических фактов и явлений, известных (выявленных) в данное время и в данном месте, формируемая теория должна *допускать* (без разрушения своей системной целостности) *адекватное расширение пределов своей достаточности и изменение критериев (и стандартов) оценки своей достоверности* при появлении (выявлении) новых условий и обстоятельств, делающих её в её прежнем качестве недостаточной и/или недостоверной.

Методология, чтобы обеспечивать надлежащую *достоверность и достаточность* формируемой теории, должна соответствовать, по нашему мнению, следующим трем принципам²⁴. Во-первых, она должна соответствовать принципу, который обеспечивает *понятийное построение*²⁵ исковой теории, т.е. построение *аксиоматическое и рекурсивное*²⁶, основанное на движении и конкретизации (диалектике) её исходного правового понятия, исходного правового принципа, и, соответственно, её *гомогенность*. Этот принцип мы называем *понятийным принципом Гегеля – Нерсисянца*²⁷.

Г.В.Ф. Гегель отмечает: “Философская наука о праве имеет своим предметом идею права – понятие права и его осуществление”²⁸. И далее: “Идея права есть свобода, и истинное её понимание достигается лишь тогда, когда она познается в её понятии и наличном бытии этого понятия”²⁹. Согласно В.С. Нерсисянцу “для юриспруденции как науки о праве и государстве исходное и определяющее значение имеет лежащий в её основе тот или иной тип правопонимания (и понятия) права”, что обусловлено “научно-познавательным статусом понятия права (и соответствующего понятия государства). Как в семени дано определенное будущее растение, так и в понятии права в научно-абстрактном (сжатом и концентрированном виде) содержится определенная юридическая теория, теоретико-правовой смысл и содержание определенной концепции (и типа) юриспруденции. Если *понятие права* – это сжатая юридическая теория, то *юридиче-*

²² Поясним действие механизма блокирования формально-равного доступа субъекта с меньшим ресурсом к праву (закону) на примере взаимодействия двух абстрактных субъектов: физического лица и юридического лица. Если абстрактное физическое лицо и абстрактное юридическое лицо, действующее через своего представителя, наделять при помощи некоторой нормы права (закона) одинаковой формально-равной правоспособностью, т.е. одинаковой равной мерой формальной свободы, то для абстрактного физического лица эта норма права (закона) окажется *неисполнимой*, поскольку представитель абстрактного юридического лица, обладая специальными статусно-функциональными полномочиями и ресурсом, будет иметь возможность полного *блокирования* составительных возможностей абстрактного физического лица и *лишения* его, таким образом, формально-равного доступа к норме права (закона), к абстрактной правовой деятельности в её равной мере. В этом смысле означенная норма права (закона), которая не может быть исполнена и не защищает абстрактного физического лица в его отношении с представителем абстрактного юридического лица, поскольку не дает ему формально-равного с представителем юридического лица доступа к праву (закону), может быть определена как мнимая, ничтожная и не должна быть допущена.

²³ См.: *Нерсисян В.С.* Понимание права как гомогенной понятийной системы // Теоретические и практические проблемы правопонимания. М., 2009. С. 232–237.

²⁴ См.: *Нерсисян В.С.* Методология (учение о методе) исследования формально-неравных отношений в праве // Доклад на 11-й Международной научно-практической конференции “Проблемы методологии правовых научных исследований и экспертиз”. 2–3 декабря 2010 г. Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, Москва.

²⁵ См.: *Нерсисян В.С.* Право и правовой закон. С. 9–19; *Его же.* Правовой принцип формального равенства // Гос. и право. № 1. 2011.

²⁶ Рекурсия – это определение чего-либо в терминах самого себя; в контексте нашего исследования рекурсия – определение теории в терминах своего исходного понятия, исходного принципа.

²⁷ Отмечая заслуги и вклад Г.В.Ф. Гегеля в развитие теории и философии права, В.С. Нерсисянц особо отмечает “как гегелевские мысли о научно-познавательном статусе понятия права и его значении для научного учения о праве, так и его философско-методологические положения о требуемых наукой понятийном типе и способе познания права” (см.: *Нерсисянц В.С.* Общая теория права и государства. С. 125, 126).

²⁸ *Гегель.* Философия права. М., 1990. С. 59.

²⁹ Там же. С. 59, 60.

ская теория – это развернутое понятие права”³⁰. Использование понятийного принципа Гегеля – Нерсесянца позволяет наделить формируемую теорию признаком *гомогенности* и, соответственно, *равной проверяемости* всех её элементов на достоверность и достаточность по установленному внешне-му критерию (и стандарту) правового качества.

Во-вторых, методология права должна быть основана на принципе, который дает возможность *выбора* (путем внешнего заимствования) и *установления* надлежащего *концептуального средства*³¹ (исходного правового понятия, исходного правового принципа) в качестве инструмента *понятийного, аксиоматического и рекурсивного* построения теории и *критерия* (стандарта) *проверки* её на *достаточность и достоверность*³², оценки её правового качества. Необходимость внешнего заимствования концептуального средства имеет принципиальное значение. Обусловлено это тем обстоятельством, что теория – это целостная система, свойства которой *не выводимы* к сумме свойств составляющих элементов и *не выводимы* из них. В силу этого теория не может быть создана и верифицирована *индуктивно*, на своей собственной основе, без учета внешнего фактора как критерия (и стандарта) её научной достоверности и достаточности. Этот принцип мы называем принципом внешнего заимствования Юма – Степина.

Д. Юм считал, что самое точное и полное знание того, что есть, не в состоянии обосновать то, что следует делать. Цели человеческой деятельности не есть знание в собственном смысле слова и не основаны на познании. В выработке и формулировании целей, в отличие от познания, *истинность* которой есть его *соответствие объекту*, нет ничего репрезентативного познавательного, отсутствует отношение соответствия чему бы то ни было (Д. Юм “Трактат о человеческой природе”³³). Резюмируя положения Юма, можно сказать, что без использования внешнего концептуального средства познание невозможно.

Внешнее заимствование согласно Гегелю выражается в том, что “понятие права” как инструмент *понятийного* постижения свободы “по своему становлению трактуется вне науки права, и его следует понимать как данное”³⁴. По В.С. Нерсесянцу, необходимость внешнего заимствования концептуального средства обусловлена тем обстоятельством, что “нет знания с неизменным смыслом, нет постоянной единицы смысла знания, нет изолированного, автономного знания до, вне и без той или иной уже познавательно преданной системы знаний с определенным типом осмысления этого знания, с определенной концепцией его понимания и его понятия”³⁵. Согласно В.С. Степину “фундаментальные теории не являются продуктом индуктивного обобщения опыта, а создаются вначале за счет трансляции концептуаль-

ных средств, заимствованных из других областей теоретического знания, а затем обосновываются опытом”³⁶. Использование принципа внешнего заимствования концептуального средства Юма – Степина позволяет формировать теорию, наделенную признаками необходимой *достоверности* и *достаточности*, а использование этого принципа вместе с принципом Гегеля–Нерсесянца – формировать теорию, наделенную признаками необходимой *проверяемости*, *достоверности* и *достаточности*. Для современной теории права внешними концептуальными средствами, определяющими её достоверность и достаточность, являются принципы формально-равной правоспособности и формально-равной работоспособности. Внешнее концептуальное средство определяет *правовое содержание* формируемой теории, а понятийное построение теории на основе выбранного внешнего концептуального средства – *технологии гомогенного* формирования этого правового содержания.

И наконец, методология права должна быть основана на принципе, в соответствии с которым уже сформированная и функционирующая теория как аксиоматическая и рекурсивная обладает возможностью расширения *пределов своей достаточности* и изменения *критериев (и стандартов) оценки своей достоверности* (при появлении, выявлении новых условий и обстоятельств, делающих её в её прежнем качестве недостаточной и/или недостоверной). Делается это путем замены концептуального средства (правового понятия, правового принципа) совершенствуемой теории *новым*, более *общим и содержательным* концептуальным средством, без разрушения её системной целостности как функционирующей теории. Этот принцип, обеспечивающий возможность постоянного совершенствования теории, расширения сферы её действия и повышения её правового качества, мы называем принципом реформируемости Гёделя – Коновалова.

Согласно К. Гёделю (Вторая теорема), если формальная теория непротиворечива, то в ней невыводима формула, содержательно утверждающая её непротиворечивость. Однако существуют доказательства непротиворечивости формальной теории, использующие “средства, не выражимые в ней”. Следовательно, *недостаточность* теории не может быть установлена индуктивно. Для этого нужны “средства, не выражимые в ней”, т.е. внешние концептуальные средства. А.Н. Коновалов считает, что эволюция в природе (неживой и живой, включая и человеческое общество) идет по линии постоянного усложнения её объектов, и свойство “*реформируемости*” является их имманентным свойством: объекты данного уровня сложности обладают свойством образовывать объекты следующего уровня сложности и т.д.³⁷. Примечательно, что свойство образовывать объекты следующего уровня сложности присуще и либертарному праву: “равная мера” формальной свободы и положение о том, что абстрактные субъекты права (как объекты уравнивания) не свободны от качественных и количественных различий, являются достаточным основанием для формирования “должной меры” формальной свободы, а принцип формально-равной правоспособности и положение о формальных неравенствах в праве – для формирования принципа формально-равной работоспособности. Использование принципа реформируемости Гёделя – Коновалова позволяет расширить пределы *достаточности* и *достоверности* теории (в случае, когда это необходимо) путем перевода её на более содержательное

³⁰ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 27.

³¹ См.: Нерсесянц В.С. Проблема внешнего заимствования концептуального средства (принципа) для адекватного понимания права, формирования непротиворечивой и полной правовой теории // Доклад на Международной науч.-практ. конференции “Государство и право: вызовы 21-го века” (2-е Кутафинские чтения). 1 декабря 2010 г. МГЮА, Москва.

³² См.: Нерсесянц В.С. Понятийное построение юридической теории как критерий её научности (Либертарно-юридическая концепция) // Доклад на 5-х философско-правовых чтениях памяти В.С. Нерсесянца по теме “Стандарты научности юридической теории”. 4 октября 2010 г. ИГП РАН, Москва.

³³ Материал составлен по работе: Петров Ю.А. Философия ценностей и ценностная этика // Интернет-тема. 2010.

³⁴ Гегель. Указ. соч. С. 60.

³⁵ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 14.

³⁶ Степин В.С. Теоретическое знание. М., 2003. С. 10.

³⁷ См.: Коновалов А.И. Супрамолекулярные системы – мост между неживой и живой материей // Познавательная программа “Академия”. ТВ-2010 (2010. 29 нояб.).

концептуальное средство – более содержательное правовое понятие, правовой принцип. Можно отметить, что замена принципа формально-равной правоспособности принципом формально-равной работоспособности позволила повысить достоверность и достаточность либертарно-юридической теории, включив в сферу её исследований формальные неравенства.

4. Правовое отношение как деятельность. Абстрактная правовая работоспособность. Правовое отношение – это правовая деятельность, необходимо связанная с нормой права, а именно: это прежде всего *абстрактная* правовая деятельность абстрактных субъектов абстрактного правового отношения по *формированию (установлению)* нормы права³⁸ и, далее, это *конкретная* правовая деятельность конкретно-определенных, персонифицированных субъектов конкретного правового отношения по *реализации (применению)* уже установленной нормы права³⁹. Норма права и правовое отношение взаимосвязаны и обуславливают друг друга. Однако можно считать, что норма права является инструментом, средством правового отношения и в этом смысле является *вторичной к правовому отношению*; вне правового отношения норма права не может быть ни установлена (надлежащим образом), ни использована по прямому назначению⁴⁰.

Абстрактная правовая деятельность абстрактных субъектов, при участии которых формируется законодательная норма, зависит, как отмечалось ранее, от двух определяющих правовых факторов: *объективного* (внешнего), связанного с формируемой (равно формально-доступной) нормой закона и установлением правоспособностей абстрактных субъектов как должных мер их формальной свободы и *субъективного* (внутреннего), связанного с качественными и количественными статусно-функциональными признаками абстрактных субъектов (их положением в правовом отношении, их ролью и выполняемыми функциями, их индивидуальными возможностями), отличающего их друга от друга и выражаемого в форме их абстрактных интегральных индивидуальных правовых ресурсов.

Мерой абстрактной правовой деятельности является абстрактная *работоспособность*⁴¹. Если выражаемую нормой закона меру формальной свободы абстрактного субъекта

(в некоторых условных единицах свободы) представить величиной K , а меру его абстрактного интегрального индивидуального правового ресурса (в некоторых условных единицах ресурса) – величиной I_a , то его абстрактная правовая работоспособность P_a будет равна $P_a = \alpha K I_a$ (1), где α – коэффициент пропорциональности⁴². Сравнивая понятия правоспособности и работоспособности, можно отметить, что работоспособность является более содержательным понятием, поскольку основана на учете двух определяющих правовых факторов в их совокупности (K и I_a), в то время как правоспособность основана на учете только одного правового фактора (K).

5. Принцип формально-равной работоспособности как инструмент установления формальной справедливости.

Рассмотрим вопрос о регулировании формально-равных и формально-неравных отношений на основе предлагаемого нами принципа формально-равной работоспособности в его общей постановке. Будем считать, что в правоотношении (которое может быть частноправовым или публично-правовым) участвуют два субъекта: абстрактный субъект 1 (физическое лицо) и абстрактный субъект 2 (юридическое лицо). Выражаемую нормой закона меру формальной свободы субъекта 1 обозначим через K_1 , субъекта 2 – через K_2 ; меру абстрактного интегрального индивидуального правового ресурса субъекта 1 обозначим через I_{a1} , субъекта 2 – через I_{a2} . Соответственно, абстрактная работоспособность P_{a1} субъекта 1 выразится величиной $P_{a1} = \alpha K_1 I_{a1}$ (2), абстрактная работоспособность P_{a2} субъекта 2 – величиной $P_{a2} = \alpha K_2 I_{a2}$ (3). При равенстве работоспособностей $P_{a1} = P_{a2}$ (4) имеем $K_1 I_{a1} = K_2 I_{a2}$ (5).

Выражение (5), полученное на основе принципа формально-равной работоспособности, для нас является *определяющим*. Произведение $K_1 I_{a1}$, входящее в равенство (5), выражает собой (в соответствии с положением о двух определяющих факторах абстрактной правовой деятельности) меру, количественные условия реализуемости абстрактной правовой деятельности субъекта 1 и в этом качестве меру его формального доступа к норме закона. Равным образом, произведение $K_2 I_{a2}$, входящее в то же равенство, выражает собой меру, количественные условия реализуемости абстрактной правовой деятельности субъекта 2 и в этом качестве меру его формального доступа к норме закона. Следовательно, равенство (5) выражает собой условие одинакового *формально-равного доступа* абстрактных субъектов к норме закона и, соответственно, условие формально-равной правовой защиты, *формальной справедливости*.

Из (5) следует, что в *общем* случае, т.е. при неравных ресурсах $I_{a1} < I_{a2}$ (6), где $<$ – математический знак “меньше”, формально-равный доступ абстрактных субъектов 1 и 2 к норме закона имеет место при условии $K_2 = (I_{a1}/I_{a2})K_1 < K_1$ (7). Существование, что меры формальной свободы K_1 и K_2 , которые могут быть получены из выражения (7), не равны друг другу, $K_2 \neq K_1$, что указывает на то, что регулирование формально-неравных отношений как отношений между разностатусными субъектами ведет не к “равной”, а к “*неравной мере*” формальной свободы, названной нами “*должной мерой*” формальной свободы. Именно использование такой *должной неравной меры* дает *разностатусным* субъектам права возможность получения *искомого справедливого* формально-равного доступа к норме закона и, соответственно, формально-равной правовой защиты. Здесь K_2 находится в *обратной* пропорции от I_{a2} . Правовой механизм, выражаемый равенствами (5) и (7), мы называем механизмом *баланса*

³⁸ Абстрактная правовая деятельность абстрактных субъектов в абстрактном правовом отношении нами используется в качестве *модели* для установления надлежащей (справедливой) нормы права с “должной мерой” свободы.

³⁹ См.: Нерсесян В.С. Правовое отношение как деятельность (Либертарно-юридическая концепция) // Доклад на Международной науч.-практ. конференции “Правовая система общества: проблемы теории и практики”. 12 декабря 2010 г. СПб., 2010.

⁴⁰ Между системами “норма права – правовое отношение” и “язык – коммуникация” может быть проведена определенная аналогия: язык, чтобы не умереть, подчиняется потребностям и интересам коммуникации как большей ценности для людей и соответствующим образом трансформируется, реформируется (см.: Кронгауз М.А. Проблемы лингвистики // ТВ. Научно-познавательная программа “Академия”. 2010. 26 окт.). Равным образом норма права, чтобы “не умереть”, должна трансформироваться, реформироваться с учетом реальной юридической практики взаимоотношения, взаимодействия людей – практики правовых отношений.

⁴¹ Если правоспособность индивида (которая возникает в момент его рождения и прекращается смертью) – это его абстрактная способность иметь права и обязанности (ст. 17 ГК РФ), то абстрактная правовая работоспособность – это мера (количественная характеристика) той абстрактной правовой деятельности, которую индивид может выполнить (например, в качестве прокурора, подсудимого или судьи, или в ином качестве) в условиях формально-равного доступа к праву.

⁴² См.: Нерсесян В.С. Право и правовой закон. С. 230.

и соразмерности отношений. Если условно ресурсы определяются выражением $I_{a2} = 2I_{a1}$, то должные меры формальной свободы будут определяться выражением $K_2 = 0,5K_1$. В частном (особенном) случае, т.е. при равных ресурсах $I_{a2} = I_{a1}$ (8), имеет место $K_2 = K_1$ (9) и, соответственно, регулирование формально-равных отношений, как отношений между равностатусными субъектами права на основе принципа “равной меры” формальной свободы.

6. Разностатусные функциональные правовые группы в практике российского права. Будем считать, что в регулируемых отношениях (которые могут быть частно-правовыми или публично-правовыми) участвуют четыре автономные статусно-функциональные группы. Это всеобщая группа абстрактных физических лиц с равной мерой формальной свободы K_1 и ресурсом I_{a1} , особенная группа абстрактных физических лиц-инвалидов с равной мерой формальной свободы K_2 и ресурсом I_{a2} (при $I_{a2} \ll I_{a1}$), особенная группа абстрактных юридических лиц с равной мерой формальной свободы K_3 и ресурсом I_{a3} (при $I_{a3} > I_{a1}$) и единичная группа “особых” абстрактных юридических лиц – олигархов с равной мерой формальной свободы K_4 и ресурсом I_{a4} (при $I_{a4} \gg I_{a1}$). Для их регулирования может быть использован тот же правовой механизм баланса и со-

размерности отношений, что и при регулировании отношений между двумя разностатусными субъектами, выражаемый равенствами (5) и (7). Используя эти равенства, можно получить следующие выражения для *формально равного* доступа представителей исследуемых групп к норме закона и, соответственно, их *должных мер* формальной свободы: $K_2 = (I_{a1}/I_{a2})K_1 \gg K_1$ (10), $K_3 = (I_{a1}/I_{a3})K_1 < K_1$ (11) и $K_4 = (I_{a1}/I_{a4})K_1 \ll K_1$ (12). Правовой механизм баланса и соразмерности отношений, выражаемый равенствами (10) – (12), позволяет устанавливать должные справедливые отношения между групповыми мерами формальной свободы. Если условно ресурсы будут определяться равенствами: $I_{a2} = 0,25I_{a1}$, $I_{a3} = 2I_{a1}$ и $I_{a4} = 4I_{a1}$, то должные меры формальной свободы будут определяться равенствами: $K_2 = 4K_1$, $K_3 = 0,5K_1$ и $K_4 = 0,25K_1$.

7. Заключение. Основанный на концепции формально-неравных отношений, новый правовой принцип формально-равной работоспособности как принцип формально-равного доступа и должной меры формальной свободы позволяет существенно расширить сферу действия либертарно-юридической теории, распространяя её и на формальные неравенства. Принцип формально-равной работоспособности является по существу принципом формальной справедливости.