

Е. Я. Мотовиловкер

ТЕОРИЯ
РЕГУЛЯТИВНОГО
И ОХРАНИТЕЛЬНОГО
ПРАВА



ВОРОНЕЖ
ИЗДАТЕЛЬСТВО ВОРОНЕЖСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
1990

В монографии традиционные проблемы теории права решаются нетрадиционно. Автор делает попытку на основе философских категорий развить концепцию разделения правовых норм и отношений на регулятивные и охранительные. В свете этой концепции фундаментальные понятия правовой теории — субъективное право, обязанность, структура нормы права, принуждение, процессуальное и материальное, иск, ответственность, право на защиту — приобретают иное содержание, отличное от того, которое соответствует доминирующим в настоящее время в советской юридической науке точкам зрения.

Для преподавателей, аспирантов, студентов юридических факультетов и вузов.

This monograph is an untraditional study of traditional problems of legal theory. Based on philosophical categories it offers the conception of the division of legal norms and relations into regulative and protective ones. The author's views on fundamental notions of legal theory (subjective law, obligation, compulsion, action, liability and right to defence) differ from the dominating views of the present-day Soviet legal science.

Печатается по постановлению
Редакционно-издательского совета
Воронежского университета

Научный редактор — д-р юрид. наук, проф. О. Я. Баев

Рецензенты:

канд. юрид. наук, доц. Е. А. Крашенинников,
канд. юрид. наук Л. В. Лобанова

М $\frac{1202000000-053}{M174(03)-90}$ 18-90
ISBN 5-7455-0319-X

© Мотовиловкер Е. Я., 1990
© Оформление. Издательство
Воронежского университета, 1990

Предисловие

Современное состояние отечественной теории права имеет две особенности. С одной стороны, в науке юриспруденции давно уже определились основные проблемы (строение нормы права, структура и виды субъективного права, содержание и форма правоотношения, сущность права на защиту, понятие юридической ответственности, соотношение процессуальных и материальных институтов права и др.); с другой — дискуссии по этим вопросам прошли, точки зрения образовались, стороны высказали свои аргументы. Копья больше не ломаются. Научное знание законсервировалось. В правовой теории установился полный штиль. Молодое поколение, идущее в науку, занимается пересказом различных мнений, выбирает то, что по вкусу, присоединяется к какой-либо точке зрения, в лучшем случае расширяет аргументацию.

Соответствует ли такое положение дел в юриспруденции тому, что она называется наукой?

Анализ правовых концепций показывает, что противоречий не избежала ни одна из участвующих в дискуссиях сторон. Главная причина такого положения заключена в характере исходных понятий, фундаментальных категорий, которыми пользуются теоретики (норма права, субъективное право, правомочия, юридическая обязанность, правоотношения, санкция, ответственность, процессуальное и т. д.). Они слишком абстрактны. Что это значит, ведь каждое понятие абстрактно? Это значит, что общепринятые правовые категории по уровню своей общности не могут в настоящее время служить эффективными инструментами познания правовых явлений. Для углубленного постижения предмета они не годятся. Слишком мало содержания заложено в них.

Неконкретность формулировок приводит к тому, что участники дискуссии теряют предмет спора. Один вкладывает в понятие одно содержание, другой — иное. Вряд ли авторы услышат друг друга при такой ситуации. Вместе с тем одни и те же термины в силу своей неоднозначности, «размытости» позволяют теоретикам использовать их в доказывании далеко не совпадающих концепций.

Проблема создается обнаружением необычных обстоятельств. Но как она решается? Факт существования правомочий на односторонние действия у одних ученых вызывает мысль об исчезновении правоотношения, у других — желание отстоять его существование. Между тем все дело в том, чтобы уточнить сами понятия «субъективное право», «обязанность», «правоотношения».

Что происходит с правоотношением в результате правонарушения? Ни понятие «санкция», ни понятие «притязание», ни постоянная ссылка многих авторов на «обеспеченность субъективного права государственным принуждением» не дают возможности без явных логических противоречий ответить на поставленный вопрос. Многозначность терминов мешает ухватить движение правовых явлений. Бесплодность дискуссий порождается хаосом в системе правовых категорий.

Автор настоящей работы попытался не только критически проанализировать современные правовые концепции, но и доказать, что только конкретизация содержания юридических понятий на основании последовательного развития идеи выделения регулятивных и охранительных норм, правоотношений позволяет создать непротиворечивую систему категорий науки юриспруденции. Только этот путь поможет избавиться от общих фраз, двусмысленности и конструктивно решить проблемы теории права.

Глава I

НОРМА ПРАВА

§ 1. От структуры нормы к идее выделения регулятивных и охранительных норм

Проблема структуры юридической нормы относится к числу фундаментальных. Это означает, что определенное решение данного вопроса влияет на многие другие важнейшие проблемы юриспруденции. Как здоровый корень обуславливает здоровье всего дерева, так и верный взгляд на структуру юридической нормы в немалой степени определяет истинность основных правовых концепций¹.

В плоть и кровь нашей юридической науки вошла идея о трехчленности правовой нормы. В подавляющем большинстве учебников по теории государства и права этот взгляд преподносится как аксиома, как постулат, не нуждающийся в обосновании, как нечто само собой разумеющееся. Между тем это не более чем точка зрения, которая не выдерживает логического анализа и потому нуждается в обстоятельном развенчании.

Хрестоматийный взгляд на структуру правовой нормы состоит в следующем: каждая правовая норма содержит в себе три элемента — гипотезу, диспозицию и санкцию². Очевидно, что, реализуясь в правоотношении, юридическая норма должна являться в полном наборе своих элементов. Конкретизация нормы есть конкретизация ее компонентов. Однако нормальный ход правоотношения вовсе не сопряжен с актуализацией санкции. Осуществление обязанностей, соблюдение запрета, т. е. реализация диспозиции, не обуславливает, не влечет санкцию. Юридический факт, выраженный в гипотезе, рождает субъективные права и обязанности, но их пре-

творение не влечет, а прекращает правоотношение. Правоотношение, таким образом, вроде бы уже имело место в действительности, а санкция осталась неконкретизированной. Она, следовательно, функционально себя не оправдала, а потому вряд ли может считаться элементом соответствующей этому правоотношению нормы. Санкция актуализируется, если произойдет факт, препятствующий реализации первоначальных прав и обязанностей. Но это уже новый факт, отраженный другой гипотезой, а возникшее правоотношение есть уже другое правоотношение.

Такой вывод предполагает возможность существования в теории права иного взгляда на структуру нормы. Суть этого взгляда такова. Структура правовой нормы двучленна: она состоит из гипотезы и диспозиции. Причем то, что называется санкцией, есть диспозиция особого вида правовой нормы, чья гипотеза всегда указывает либо на факт правонарушения, либо на обстоятельства, препятствующие реализации первичных юридических прав и обязанностей³.

Таким образом, мы являемся свидетелями гносеологической ситуации, где противоречия объекта «обнаруживают себя как «столкновения» двух суждений, друг друга взаимоотрицающих»⁴. Проблема структуры правовой нормы представляется формально-логически противоречивыми высказываниями: правовая норма имеет санкцию в качестве третьего элемента (тезис) и не имеет ее — она двучленна (антитезис). Здесь перед нами предстает антиномия со своей загадкой, разрешить которую можно переходом от тезиса и антитезиса к синтезу. Причем искомый синтез не может быть просто конъюнкцией тезиса и антитезиса, а должен быть системой суждений, которая, с одной стороны, всесторонне конкретна, объективна в отражении противоречий сущности предмета, а с другой — отвечает требованиям формальной логики, велениям разума и рассудка⁵.

Вернемся к тезису выдвинутой антиномии: структуру правовой нормы составляют гипотеза, диспозиция, санкция. Структура — это не просто конгломерат элементов, но способ связи, образующий некоторую целостность. Поэтому рассматриваемый тезис можно принять, если убедиться, что логические отношения гипотезы, диспозиции и санкции представляют структурное единство. Однако ни гипотеза, ни диспозиция логически непосредственно с санкцией не связаны: гипотеза — потому что она есть условие, влекущее диспозицию; диспозиция — потому что она как структурное образование является правовым последствием, заканчивающим нормативное предписание. Диспозиция сама по себе логически не способна вызвать санкцию. Таким образом, санкция в компании с гипотезой и диспозицией остается без своего логического основания. Выходит, что концепция трехчленности юридической нормы не в состоянии выразить правовую норму как структурное образование, как способ связи определенных элементов, ибо ее модель структуры нормы содержит в себе логический пробел в отношении «диспозиция — санкция».

Значит, требуется еще один нормативный элемент, способный устранить «разрыв» в структуре и логически обусловить санкцию. Им является отрицание диспозиции, т. е. указание на обстоятельства, отклоняющие исполнение первичных юридических прав и обязанностей. Разумеется, что этот элемент диспозицией не охватывается, а находится за пределами ее. Диспозиция не может содержать в себе свое собственное отрицание.

Еще один довод, ярко демонстрирующий внутреннюю противоречивость рассматриваемого тезиса. Концепция трехчленности структуры правовой нормы по сути отрицает правонарушение как юридический факт. Если структура нормы содержит только одну гипотезу в качестве первого элемента, то юридический факт, порождающий права и обязанности, предусмотренные дис-

позицией, влечет и санкцию. Однако диспозиция и санкция по определению должны обозначать различные правовые последствия. Санкция не может совпадать с диспозицией, иначе нет смысла выделять ее в качестве самостоятельного элемента нормы. Легко предположить, что гипотеза, логически обуславливающая диспозицию, не является гипотезой для санкции, и что санкция должна иметь свою, другую гипотезу. Тем более, что всякий юридический факт должен быть отражен в юридической норме. И не просто отражен, но должен иметь в структуре свою элементарную ячейку, именуемую гипотезой. Значит, структура нормативного образования, соединяющая диспозицию и санкцию, несет в себе две гипотезы, указывающие на факт, порождающий диспозицию, и на факт, порождающий санкцию.

Попробуем изобразить языком математической логики структуру правового нормативного образования. Имеем следующее высказывание: если произошел некоторый факт, то могут и должны осуществляться некоторые действия или бездействия, если же по некоторым причинам этого не случилось, то возникает возможность других правовых последствий. Получаем следующую формулу: $(Г \wedge Д) \vee (Г \wedge \bar{Д} \wedge С)$, где Г — гипотеза как указание на некоторый юридический факт; Д — диспозиция как указание на действия или бездействия, которые могут или должны следовать; $\bar{Д}$ — указание на обстоятельства, свидетельствующие о неактуализации диспозиции; С — санкция; \wedge — союз «и»; \vee — союз «или».

Проанализируем эту запись. Что может произойти, когда в действительности имел место факт, предусмотренный гипотезой (Г)? Одно из двух — либо реализуются права и обязанности, которые возникли, как только произошел юридический факт, либо по каким-то причинам этого не случается, т. е. права и обязанности не

перейдут из возможности в действительное поведение субъектов. Или одно, или другое. Таким образом, в четырехчленном логическом образовании, которое способно удержать гипотезу, диспозицию и санкцию, можно выделить две подструктуры, обладающие относительной самостоятельностью. С одной стороны, гипотеза и диспозиция, с другой — отрицание диспозиции и санкция. Очевидно, что отрицание диспозиции играет роль гипотезы, ибо указывает на юридический факт, а санкция — роль диспозиции, так как указывает на правовые последствия нарушения права. Итак, оба звена логической схемы суть целостные нормативные образования. Во-первых, они подобны по структуре (если — то); во-вторых, отделены друг от друга разделительным союзом «или»; в-третьих, представляют собой правила поведения, указывающие на отдельный факт и вытекающие из него правовые последствия.

Повторим еще раз. Каждое из этих нормативных явлений обладает собственной регулятивной силой, реализуется само по себе, отдельно друг от друга прежде всего потому, что каждое предусматривает собственный юридический факт. Факты эти разделены во времени и пространстве. Поэтому, когда конкретизируется диспозиция, санкция «молчит», в силу того, что «молчит» причина, ее порождающая. Таким образом, реально функционируют, конкретно проявляются двучленные правовые нормы — нормы предписания (С. С. Алексеев). Эти конкретные носители функции правового регулирования состоят из гипотезы, указывающей на юридический факт, и диспозиции, обозначающей юридические права и обязанности субъектов.

Нормы, в состав которых входит юридический факт, связанный с предоставлением субъектам прав и возложением на них обязанностей в целях обеспечения нормальной организации общественных отношений, именуются регулятивными или первичными. Нормы, устанавли-

ливающие правовые последствия правонарушений или других обстоятельств, препятствующих осуществлению регулятивных норм, называются охранительными (вторичными) ⁶.

Итак, ясно, что обособление регулятивных и охранительных норм связано с идеей двучленности конкретной юридической нормы. Но искомый синтез, разрешающий нашу антиномию, был бы не полон, если бы содержал в себе только одну верную идею о размежевании регулятивных и охранительных норм. Объективная истина требует еще и выявления особенностей их взаимодействия, относительности их существования. В самом деле, охранительная норма существует лишь в своем отношении к регулятивной норме. Иначе и быть не может, ведь в качестве гипотезы она имеет отрицание диспозиции регулятивной нормы. Содержимое отрицания определяется тем, что отрицается. Диспозиция регулятивной нормы (отрицаемое) и является точкой отсчета, задающей смысловую нагрузку отрицающей логической форме. Таким образом, охранительная норма вне отношения к регулятивной норме бессмысленна ⁷. В то же время регулятивная норма хотя и первична по отношению к охранительной, но теряет вне связи с ней качество принадлежности к праву. Ведь «юридическая», «правовая» — это значит применительно к норме исходящая от государства и поддерживаемая (охраняемая) его принудительной силой. Поэтому только в связи с охранительной нормой регулятивная норма может быть воспринята как юридический феномен ⁸.

У нас появляется основание для выведения логической структуры, в которой выражается взаимообуславливающая связь регулятивной и охранительной норм и в которой аккумулируется «все то, что необходимо для юридического опосредования общественных отношений» ⁹. Норма, где структурно объединены и гипотезы, и диспозиция, и санкция, именуется логической нор-

мой¹⁰. Но почему эта норма называется логической? Ответ состоит в следующем. Во-первых, логическая норма не действует во всех своих элементах одновременно. Она отражает в себе связь конкретных нормативных предписаний, не функционирующих в нераздельном единстве, а при определенном условии сменяющих друг друга. Во-вторых, в силу последнего обстоятельства логическая норма не может быть выведена иначе, чем как логическим путем, требует для своего обнаружения мыслительного анализа. В-третьих, логическая норма выражает логику права, ибо аккумулирует в себе все то, что необходимо для юридического опосредования общественных отношений¹¹.

Выше мы сформулировали в виде антиномической конъюнкции (тезис и антитезис) проблему структуры правовой нормы. Ответом является непротиворечивая в формально-логическом отношении система суждений. «Нет сомнения в том, что никакая система права не может обходиться без санкции, что право — ничто без аппарата принуждения, приводящего эти санкции в исполнение. Но значит ли это, что *каждая* норма содержит в себе санкцию как свой необходимый элемент? Конечно, нет», — пишет И. Д. Левин¹².

Общественные отношения непосредственно регулируются, т. е. в определенный момент возникают как конкретизация не правовой нормы вообще, а либо регулятивной, либо охранительной нормы. И охранительное, и регулятивное нормативное предписание двучленно, состоит из гипотезы и диспозиции. Как регулятивная норма, так и охранительная воплощает в себе отдельную операцию процесса правового регулирования. Должна существовать логическая норма права, отражающая объективные свойства права как государственно-принудительного регулятора общественных отношений. Именно в этом структурном образовании наряду с гипотезой и диспозицией мы выделяем третий элемент — санкцию,

обозначающую правовые последствия несоблюдения требования диспозиции. Но этот третий элемент является третьим лишь номинально, лишь по названию, ибо логически вызывается не первой гипотезой, не диспозицией, а еще одним элементом, который по своему функциональному значению является второй гипотезой. Следовательно, структура логической нормы права четырехчленна¹³. Она выражает через гипотезы, диспозицию и санкцию взаимообуславливающий и взаимоотрицающий характер связи регулятивной и охранительной норм. В этом диалектическом единстве и состоит логика правового регулирования общественных отношений.

Так, вычленив два ракурса понятия «правовая норма», определив понятия регулятивной, охранительной и логической правовых норм, мы пришли к искомому синтезу, разрешающему проблему структуры правовой нормы.

§ 2. Критика концепции трехчленности юридической нормы

Обратимся к некоторым доводам критиков теории двучленной структуры правовой нормы.

«...Правонарушение, — писал Ю. С. Жицинский, — это прежде всего неисполнение юридической обязанности, установленной в диспозиции нормы права, а не нормы права вообще, как это считает С. В. Курылев.

Следовательно, санкция есть указание закона о последствиях нарушения диспозиции этой нормы права, обращенная в первую очередь к обязанной стороне правоотношения, но не диспозиция другой нормы ... Утверждать обратное означает признание того, что всякое общественное отношение элементарно регулируется двумя нормами права...»¹⁴.

Итак, по мнению Ю. С. Жицинского, поскольку санкция есть указание закона о последствиях нарушения диспозиции, то она не может быть диспозицией другой нормы. Санкция должна входить в ту же норму, диспозиция которой нарушается, ведь она обращена к обязанной стороне. Ну, и что из этого? Почему одни и те же лица не могут находиться в разных отношениях, регулируемых разными нормами? Нормы разные не потому, что предполагают различных субъектов, а потому, что диспозиция не равна санкции (это разные правила поведения), а гипотеза для диспозиции отличается от гипотезы для санкции.

Кроме того, в тех случаях, когда санкция есть указание на меру принуждения, она предполагает нового субъекта (суд, арбитраж), способного осуществить принуждение. Это обстоятельство также свидетельствует о том, что санкция образует диспозицию новой нормы. Судя по содержанию цитаты, автора ее в правильности вывода о трехэлементном строении юридической нормы более всего убеждает то, что санкция вообще имеет смысл только по отношению к диспозиции, связана с ней, ибо вытекает из нарушения диспозиции нормы. Значит, думает автор, санкция входит в ту же норму. Вовсе не значит. Если одна вещь зависит от другой вещи или от какого-либо элемента этой вещи, то из этого отнюдь не следует, что она входит в эту вещь и что она не является другой вещью. Санкция, несомненно, обусловлена диспозицией. Но это лишь означает, что охранительная норма, в которую входит санкция, обусловлена регулятивной нормой, в которую входит диспозиция. Ни больше, ни меньше. Все в мире взаимосвязано, но это не устраняет различия вещей.

Далее Ю. С. Жицинский задал вопрос: «Но для чего, в конечном счете, устанавливается «вторая норма»? Ответ может быть только один. Применение санкции ... имеет целью обеспечить соблюдение диспозиции «пер-

вой нормы». Это означает, что применение санкции ликвидирует основание ее применения — правонарушение, т. е. гипотезу «второй» нормы. Следовательно, уничтожается и сама норма, которая из одного элемента состоять не может. В этом, как мы считаем, и заключается ошибочность взглядов С. В. Курылева по вопросу строения нормы»¹⁵.

Очень сомнительная аргументация. Во-первых, во многих случаях применение санкции уже не в состоянии обеспечить соблюдение диспозиции. Легко себе представить правонарушение, например, уничтожение вещи, которое по своему характеру таково, что восстановление положения становится невозможным. Лицо принуждается к другому поведению, отличному от содержания нарушенной обязанности. Наконец, закон предоставляет лицу возможность просто отказаться от обеспечения соблюдения диспозиции («отказаться от принятия исполнения», ст. 225 ГК РСФСР) вследствие, например, просрочки должника. Нетрудно увидеть в данном примере принципиально новое содержание санкции, которое и создает новую норму.

Во-вторых, трудно понять смысл фразы из вышеприведенной цитаты «применение санкции ликвидирует основание ее применения — правонарушение, т. е. гипотезу «второй» нормы». Как можно ликвидировать юридический факт — жизненное обстоятельство, если оно уже имело место в действительности? Применение санкции, ее реализация прекращает правоотношение, но этим самым не упраздняет основание его, точно так же, как нормальное соблюдение диспозиции не ликвидирует факт, указанный в гипотезе, а заканчивает регулятивное правоотношение.

Обратимся, наконец, к ставшим уже классическими доводам критиков концепции двухэлементного строения правовой нормы и выделения регулятивных и охранительных норм. «Такое разделение норм права на две

указанные сферы, — пишет С. Н. Братусь, — по существу ведет к отрицанию нормативности и связанной с ней принудительности так называемых регулятивных правовых норм и институтов. Устраняется (отсекается) существенный элемент правовой нормы (имея в виду логико-юридическую структуру, а не статью закона) — санкция, без которой правовая норма лишается принудительной силы и, следовательно, перестает быть юридической нормой»¹⁶. На естественное возражение, состоящее в том, что принудительность права состоит не в том, что каждая норма имеет санкцию, а в том, что определенная часть норм имеет в своей диспозиции санкцию регулятивных норм¹⁷, С. Н. Братусь предлагает следующий контраргумент: «Но если одни правовые нормы снабжены государственным принуждением... а другие ... таким принуждением не обеспечены, то каким образом появляется система права (целое), обеспеченная государственным принуждением?»¹⁸.

Главная слабость подобной аргументации состоит в том, что ее авторы не учитывают точку отсчета, угол зрения сторонников идеи выделения регулятивных и охранительных норм. Критики не слышат критикуемых. С. Н. Братусь совершенно верно подчеркнул, что когда речь идет о трехэлементном строении нормы права, то имеется в виду логическая норма права. Но только он противопоставляет логическую норму статье закона, полагая тем самым, что некоторые статьи закона могут не иметь санкции и, следовательно, являться двучленными¹⁹. Между тем дело не в статье, а именно в норме. Ибо, как было показано выше, следует различать не логическую норму и статью закона, а логическую норму, которая обязательно имеет санкцию и четырехчленное строение (если — то, а если «не то» — то нечто иное), и норму-предписание (С. С. Алексеев), т. е. живую, функциональную норму, содержащую в себе одно

правило поведения и имеющую двухэлементное строение (если — то).

Можно, конечно, норму, не обеспеченную санкцией, назвать неполноценной²⁰. Но это всего лишь оценка, а не аргумент. Ведь никто не утверждает, что санкции нет вообще. Утверждается, что санкция существует не как элемент всякой нормы, а образует диспозицию особого вида норм — охранительных. Полноценна регулятивная норма или неполноценна, но она сама принудительно реализована быть не может, так как в ее гипотезе нет указания на факт нарушения права. Значит ли это, что регулятивная норма не обеспечена санкцией? Нет, не значит. Просто в случае ее нарушения в действие вступает охранительная норма.

Критики концепции двухэлементного строения юридической нормы в своей аргументации игнорируют то обстоятельство, что нарушение права есть юридический факт. Этот тезис ими во внимание не берется, хотя под сомнение не ставится, считается очевидным²¹. Между тем именно он является существенным доказательством того, что санкция есть диспозиция охранительной нормы. Санкция потому и входит в отдельную норму, что она отделена от диспозиции самостоятельным юридическим фактом. Только логическая норма может содержать в себе указание на два юридических факта. Только в логике, в абстракции можно представить себе норму, которая содержала бы в себе указания на факт собственного нарушения.

С. Н. Братусь использует для обоснования традиционного взгляда на структуру нормы уже приведенный нами выше довод: «Но если одни правовые нормы снабжены государственным принуждением ... а другие ... таким принуждением не обеспечены, то каким образом появляется система права (целое), обеспеченная государственным принуждением?»

Позволим себе задать ответный вопрос: разве до-

казано, что если целое обладает некоторым свойством, то каждый элемент структуры целого несет в себе это свойство? Опыт свидетельствует о другом. Целое обладает признаком, если он находит свое место, выражен в некоторых (а не во всех) элементах целого. Свойство вещи проявляется в части структуры вещи. Например, человек обладает способностью мыслить, но не все элементы его организма, а лишь мозг есть орган мышления.

Возьмем норму права, которая, по С. Н. Братусю, обладает свойством принудительности, поскольку принудительность — это свойство всего права²². Тогда, по логике автора, все элементы нормы права должны обладать свойством принудительности. Но это не соответствует действительности. Гипотезу реализовать принудительно нельзя по определению. Во многих случаях это невозможно сделать и с диспозицией. Если принудительность — это свойство любой нормы права вообще, тогда есть прямой резон вслед за О. Э. Лейстом объявить санкцию атрибутом нормы²³. Но критики идеи выделения регулятивных и охранительных норм этот взгляд не приняли. Для них санкция — это прежде всего элемент нормы. (Кстати говоря, это и есть лучшее свидетельство, что принудительность — свойство не любой нормы, а лишь только охранительной, отличной от регулятивной нормы.) Зачем вообще нужна санкция как самостоятельный элемент? Объявим норму права способной принудительно реализоваться в части диспозиции и все тут. Нет же. Мы (и критики, и сторонники) специально подчеркиваем: принудительность — это не просто свойство, это — правило поведения, это — нормативное образование. И поскольку это правило поведения имеет свой специфический юридический факт, то всякий, задумавшийся об этом, неминуемо сделает следующий шаг к мысли о том, что санкция есть диспозиция охранительной нормы.

Как видим, поистине «больным» вопросом стал для критиков концепции двухэлементного строения теории права вопрос о том, как быть с принудительностью как свойством права, если принять идею выделения регулятивных и охранительных норм. Именно в этом аспекте представляет интерес взгляд О. Э. Лейста на проблему структуры юридической нормы, и прежде всего на роль санкции. Автор считает, что «сближение противоположных взглядов на структуру правовой нормы не сняло ряда разногласий, но позволяет более четко определить ряд положений о месте санкций в системе права»²⁴. О. Э. Лейст пытается «примирить» противоположные точки зрения, найти «золотую середину», полагая, видимо, что там и обитает истина. Однако это стремление выражается в суждениях, похожих на логические ребусы, именно потому, что автор сближает вещи несовместимые.

«Во-первых, — пишет ученый, — санкция признается необходимым структурным элементом или атрибутом любой правовой нормы, придающим ей государственно-властный характер. Во-вторых, связь санкций с рядом правовых норм сложна, многозвенна. Санкцию имеет любая норма права, но это вовсе не означает, что санкция включается в состав данной, отдельно взятой нормы»²⁵.

Конечно же, необычность приведенных суждений, их парадоксальность не может не вызвать у читателя вопросы к автору. Прежде всего что есть санкция: элемент нормы или ее атрибут? Если санкция потому и есть атрибут, что является элементом нормы, то почему другие элементы нормы не являются для О. Э. Лейста атрибутами? Затем, как согласовать то, что некоторые нормы права могут не содержать в своем составе санкцию и в то же время иметь ее? Попытаемся найти ответы на эти вопросы в некоторых других высказываниях автора.

О. Э. Лейст утверждает, что санкция есть атрибут любой правовой нормы, но как быть с нормами, в которые санкция как элемент не входит: является ли она их атрибутом? Является, считает автор, поскольку она, будучи элементом других норм, определяет, «какими и именно мерами государственного принуждения охраняется от нарушений данная норма права»²⁶. Иными словами, санкция есть атрибут некоторой нормы не потому, что она входит в нее в качестве элемента, а потому, что имеет отношение именно к ней в качестве санкции, охраняет ее от нарушений, хотя является элементом другой нормы. Каким же элементом входит санкция в норму? «Санкция является ... правилом поведения (диспозицией) соответствующих государственных органов...» — отвечает О. Э. Лейст.

Итак, по сути автор утверждает, что санкция есть диспозиция особого рода норм. Логично в такой ситуации сделать последний шаг к идее выделения регулятивных и охранительных норм. К сожалению, О. Э. Лейст не считает необходимым развить эту правильную мысль, и поэтому она в контексте выглядит случайной. Его гораздо больше увлекает идея о санкции как атрибуте любой правовой нормы. Как раз развитие этой позиции по существу сводит на «нет» тезис, что санкция есть диспозиция особого рода норм.

Судите сами. Если автор настаивает на том, что любая норма права имеет своим атрибутом санкцию и в то же время не каждая норма включает в себя санкцию как элемент, то является ли санкция атрибутом той нормы, которая как раз содержит в себе санкцию другой нормы как диспозицию? Иными словами, имеет ли эта норма свою санкцию в виде элемента другой нормы (санкцию как атрибут)? Автор рассматриваемой конструкции отвечает на этот вопрос положительно: «Санкцию имеет любая норма права»²⁷. Значит, каждая норма права может быть нарушена, в том числе и та, ко-

торая содержит в диспозиции указание на меры государственного принуждения. Так ли это?

Во-первых, норма, которая содержит в себе санкцию как меру принуждения, не может быть нарушена тем, кого принуждают. Иначе государственное принуждение теряет смысл. Во-вторых, допустим, что государственный орган нарушил диспозицию о применении санкции. Наступили определенные правовые последствия, указанные в диспозиции некоторой нормы. Где взять санкцию этой нормы? Негде. О. Э. Лейст задает непосильную задачу бесконечного поиска санкции нормы, санкции санкции. В-третьих, в гражданском праве есть нормы, которые в диспозиции указывают на возможность односторонних действий лица в результате правонарушения. Никакой обязанности они не содержат. Очевидно, что эти охранительные нормы не имеют своей санкции, ибо не могут быть нарушены.

В-четвертых, О. Э. Лейст признает санкцию необходимым структурным элементом любой правовой нормы. Причем, по его мнению, санкция данной нормы содержится не в ней самой, а в другой норме в качестве диспозиции. Санкция, как и гипотеза, — не элементы, не составные части, а атрибуты правовой нормы²⁸. Не будем спорить с тем, что право как система норм состоит из конечного числа норм. Если санкция нормы содержится не в ней, а в другой норме как диспозиция, если каждая норма имеет санкцию как атрибут и если элементом нормы является только диспозиция, то, следовательно, не существует такой диспозиции нормы, которая не содержала бы в себе чужую санкцию. Иными словами, мы приходим к абсурдному выводу, что всякая норма имеет в себе правило поведения, в каком-то отношении представляющее собой санкцию. На самом деле нетрудно представить себе нормы, где в гипотезе находится не факт правонарушения, а обстоятельство, вызывающее право и обязанность, которые только опо-

средуют нормальное осуществление общественных отношений.

Таким образом, попытка автора сблизить противоположные взгляды на структуру норм привела в действительности к другой крайности. Если традиционалисты полагают санкцию третьим элементом всякой нормы, то, по О. Э. Лейсту, санкция является единственным элементом всякой нормы, занимающим место диспозиции, а «чистые» диспозиции сами по себе просто исчезают из права как системы норм. Санкция, объявленная атрибутом каждой нормы, по сути «наполняет» собой все содержание нормы.

Как это ни странно, но крайности сходятся и прежде всего в своих причинах. О. Э. Лейст совершает ту же ошибку, что и сторонники традиционного взгляда на структуру нормы. Из того обстоятельства, что принудительность — это системное свойство права, делается вывод, что каждая норма имеет свой атрибут — санкцию²⁹. Кроме того, О. Э. Лейст рассуждает о «правовой норме вообще», не анализируя механизм действия конкретной живой нормы.

Игнорируя основное разделение норм права, мы создаем «бедную» абстракцию («норма права вообще»), которая связывает теорию многими логическими противоречиями. Только последовательное развитие идеи регулятивных и охранительных норм права позволит избежать очевидных ошибок в учении о структуре юридической нормы.

§ 3. Основное разделение норм и структура уголовно-правовой нормы

Диалектика связи регулятивных и охранительных норм, относительная самостоятельность их бытия выражают сущность юридического опосредования общественных отношений. По сути каждая отрасль права,

юридически регулирующая определенный вид общественных отношений, должна включать в себя как регулятивные, так и охранительные нормы. Однако, устанавливая права и обязанности, та или иная отрасль права не всегда в состоянии определить правовые последствия всякого нарушения ее регулятивных норм. Высокая общественная опасность правонарушения может обусловить такие меры государственного принуждения, которые по своему характеру не устанавливаются той отраслью права, чьи нормы нарушены. Следовательно, регулятивным нормам одной отрасли права могут корреспондировать охранительные нормы другой. К примеру, регулятивные нормы авторского или изобретательского права подкрепляются уголовно-правовой нормой, выраженной в ст. 141 УК РСФСР (Нарушение авторских и изобретательских прав).

Мы встречаемся здесь с уголовным правом — отдельной отраслью права, определяющей особо опасные правонарушения (преступления) и меры наказания за их совершение. Уникальность этой отрасли права заключается в том, что она состоит из норм, которые содержат в гипотезе преступление и, следовательно, являются охранительными.

Если это так, то встает вопрос: какие же нормы нарушаются преступлением? «Преступление и нарушает уголовно-правовую норму, и служит условием ее применения», — считает В. М. Коган³⁰. В этом, по его мнению, заключается первый парадокс уголовного права.

Парадоксы, как известно, противоречат здравому смыслу лишь на первый взгляд. Вышеизложенная странность вступает с формальной логикой в гораздо более стойкое противоречие. Преступление не может нарушить норму, в отношении которой оно играет роль юридического факта. Нарушение нормы означает, что эта норма уже действует, уже имела в действительности свой юридический факт. Следовательно, нарушенная преступле-

ишем норма является другой нормой по отношению к охранительной уголовно-правовой норме, указывающей в своей гипотезе на факт преступления. Но, может быть, В. М. Коган имел в виду, что преступлением нарушается запрет совершать преступления. В таком случае теряет смысл вторая часть парадокса, ибо преступление не может служить условием применения запрета. Запрет вообще не применяется. Он может соблюдаться или не соблюдаться. Причем запрет совершать преступления соблюдается тогда, когда преступление не совершается. Парадокс В. М. Когана есть просто ложное суждение, ибо оно отражает то, чего не может быть. Не может быть в действительности такого правонарушения, которое бы нарушало правовую норму, будучи одновременно условием ее применения. С нашей точки зрения, подобный парадокс произошел из-за того, что его автор, являясь сторонником трехчленности структуры правовой нормы, не разделяет последнюю на регулятивную и охранительную.

Норма, условием применения которой служит преступное деяние, есть охранительная уголовно-правовая норма. Это необходимо подчеркнуть так же, как и то, что запрет совершать преступление носит регулятивный характер. Охранительная уголовно-правовая норма, указывающая в гипотезе на конкретное преступление, а в диспозиции — на меры наказания, естественно, предполагает запрет совершать преступление. Предполагает, но не содержит. Запрещающая норма соответствует охранительной норме, связана с ней, но является внешней (другой) по отношению к последней. Соблюдение запрета связано с поддержанием нормального хода общественных правоотношений. Поэтому запрещающая норма носит регулятивный характер. Применение же охранительной уголовно-правовой нормы происходит, когда уже факт преступного посягательства налицо, ког-

да общественные отношения удержать в нормальном русле не удалось.

Изложенная концепция преобразует предикат парадокса В. М. Когана следующим образом: преступление нарушает уголовно-правовой запрет и служит условием применения охранительной уголовно-правовой нормы. Правда, новое суждение уже не является парадоксом.

Скорее всего В. М. Коган это и имел в виду. Но поскольку в уголовно-правовую норму он включает и запрет, и преступление, его нарушающее, и меры наказания, то высказывание о том, какую норму нарушает преступление и для какой служит условием применения, приобретает для В. М. Когана форму парадокса, а для читателя — форму не совсем понятной логической загадки.

На первый взгляд кажется, что анализируя известную цитату из книги В. М. Когана, мы уже ответили на вопрос о том, какие нормы нарушаются преступлением. Преступление нарушает запрещающую уголовно-правовую норму. И действительно, определяя некоторое деяние как преступление и устанавливая соответствующие меры наказания, законодатель тем самым и устанавливает запрет совершать преступление. «В самом условии уголовно-правовой нормы ... в скрытом (снятом) виде содержится указание на запрет, нарушение которого приводит данную охранительную норму в действие, т. е. именно на указание, которое в регулятивных нормах действительно называется диспозицией»³¹.

Однако не только преступление, но и всякое правонарушение означает, что существует запрет совершать правонарушение. Это бедная тавтология рождает вывод, что любое правонарушение нарушает запрет его совершать. Верен ли такой вывод? Верен, но лишь при условии, что мы не поставим на этом высказывании точку, а продолжим его. В ином случае формируется мысль,

что противоправное деяние нарушает только запрещающую норму и ничего более. Это уже ошибка, во-первых, потому что любая регулятивная норма может быть нарушена, а во-вторых, потому что регулятивные нормы могут быть не только запрещающими, но и обязывающими, и управомочивающими.

Некоторое деяние, нарушая обязывающую норму, тем самым нарушает и запрет на это деяние. Запрет включен, вплетен в ткань обязывающей нормы, сопровождает ее, внутренне ей принадлежит³². Поэтому нарушается именно обязывающая норма, а не запрет. Последний нарушается «постольку поскольку», «тем самым». В самом деле, обязывающая правовая норма устанавливает обязанность лица совершить определенные положительные действия, т. е. содержит в себе, говоря философским языком, наличное бытие, некоторую определенность (определенное нечто). Основа же всякой определенности, по мысли Гегеля, есть отрицание. «Определенность есть отрицание, положенное как утвердительное ... *omnis determinatio est negatio*»³³. И далее, в развитие этой мысли Гегель пишет: «Нечто относится к иному *из самого себя*, ибо инобытие положено в нем как его собственный момент; его внутри-себя-бытие заключает в себе отрицание, через посредство которого оно теперь вообще обладает своим утвердительным наличным бытием»³⁴. Таким образом, если мы утверждаем, что это луг, то тем самым утверждаем, что это не лес и не пруд и т. д. (пример Гегеля). Утверждение «это — черное» заключает как собственный момент утверждения «это — не зеленое, не желтое и т. д.»³⁵. Мысль о каком-либо нечто внутри себя содержит отрицание иного. Веление совершить нечто означает запрет совершить иное. Всякая обязанность что-либо сделать для обеспечения интереса управомоченного включает запрет сделать это иначе, чем этого требует интерес. В этом случае право-

нарушение посягает не на запрет, а на позитивную обязанность.

Вернемся к уголовному праву. Связано ли преступление с нарушением регулятивных обязывающих норм? Связано. В подтверждение можно привести сколько угодно примеров. Превышение власти или служебных полномочий (ст. 171 УК РСФСР), халатность (ст. 172 УК РСФСР), нарушение правил паспортной системы (ст. 198 УК РСФСР), злостное уклонение от уплаты алиментов (ст. 122 УК РСФСР), вынесение заведомо неправоудного приговора (ст. 177 УК РСФСР) — эти преступления нарушают позитивные обязанности, устанавливаемые различными отраслями права (трудовым, административным, семейным, уголовно-процессуальным).

Преступление может нарушать и управомочивающую норму иной отраслевой принадлежности (например, гражданско-правовую норму, устанавливающую право личной собственности), и иную запрещающую норму (например, административно-правовую норму, устанавливающую запрет заниматься определенным промыслом). И в этих случаях запрет на преступления в собственном смысле этого слова не нарушается, ибо не образует самостоятельной нормы, а содержится в соответствующих регулятивных нормах другой отрасли.

«Если уголовное право запрещает кражу, истощивая свою функцию запретом, — замечает В. М. Коган, — то бессмысленно запрещать грабеж или разбой... Запрет грабить уже содержится в запрете красть»³⁶. Сделаем небольшое уточнение. Запрет красть, как и грабить, суть особенное по отношению к общему — запрету препятствовать собственнику владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом. Общее проявляется через многообразие особенного. Запрет посягать на право собственности другого лица может быть нарушен многообразно, а потому проявляется в многообразии

запретов на те или иные особенные нарушения права собственности. Подобно тому, как кража, грабеж, повреждение личного имущества граждан входят в класс явлений, охватываемый понятием «посягательство на право личной собственности», запреты красть, грабить, повреждать личное имущество уже содержатся в запрете препятствовать собственнику осуществлять правомочия владения, пользования и распоряжения имуществом в пределах, установленных законом (ст. 92 ГК РСФСР). Так что запрет красть уже содержится в нормах гражданского права, регламентирующих право собственности. Уголовное же право, определяя кражу, не столько подчеркивает запрет на кражу, сколько выделяет ее из прочих правонарушений как деяние, отличающееся особой общественной опасностью, как преступление, за которое предусматриваются определенные меры уголовного наказания. Иными словами, кража запрещается не потому, что за ее совершение устанавливается наказание, а потому, что собственнику дозволяется владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом, а всем другим лицам запрещается препятствовать ему в этом.

У нас есть все основания внести еще одну поправку в парадокс В. М. Когана. Преступление нарушает не уголовно-правовую, а, как правило, регулятивную норму из другой отрасли права, будь то обязывающая, управомочивающая или запрещающая норма. Уголовная же правовая норма не нарушается. Она есть охранительная правовая норма, ибо условием, вызывающим ее действие, служит акт преступления.

Сам факт существования уголовно-правовой нормы представляет собой одно из многих доказательств того, что структура правовой нормы двучленна и в своей конкретности выступает либо регулятивной, либо охранительной. Если меры наказания как санкция суть третий элемент нормы права, например гражданско-

правовой, то уголовно-правовая норма как самостоятельная норма не существует³⁷. Однако отрасль права без отраслевых норм немыслима. И если уголовно-правовая норма имеет место в действительности, то указание на меры наказания — это ее элемент (разумеется, не третий, а второй, т. е. диспозиция). Получается, что санкция гражданско-правовой нормы содержится в уголовно-правовой норме. Но весь смысл выделения санкций как третьего элемента нормы в том и состоит, что он принадлежит только этой норме и не может образовывать другую, новую норму. Если элемент одной нормы функционирует в рамках отношения, которое регламентируется другой нормой, то он является элементом этой другой нормы и, значит, неоправданно отнесен к структуре первой нормы.

Итак, вывод: только исходя из принципа размежевания норм права на регулятивные и охранительные, каждая из которых по своей структуре двучленна (гипотеза — диспозиция), можно найти логически непротиворечивое решение проблемы специфики уголовно-правовой нормы. В противном случае в головах теоретиков-юристов рождаются высказывания, весьма уязвимые для критики.

Вот как представляет себе особенности уголовно-правовой нормы сторонник концепции трехэлементного строения правовой нормы С. Н. Братусь. Во-первых, уголовно-правовая норма является «ярким примером запретительной нормы». Во-вторых, особенность уголовно-правовой нормы заключается в том, что не гипотеза слита в этой норме с диспозицией, а «диспозиция (обязанность претерпевания определенных лишений) слита с санкцией»³⁸.

«Однако!» — думается читателю, знакомому с определениями понятий «гипотеза», «диспозиция» и «санкция». Если уголовно-правовая норма — яркий пример

запретительной нормы, то в диспозиции она содержит запрет (обязанность воздерживаться от совершения преступлений).

Автор же называет диспозицией обязанность претерпевания определенных лишений, и тогда уголовно-правовая норма приобретает у него охранительный характер. Только непонятно, зачем понадобилось «сливать» диспозицию с санкцией, если санкция и есть диспозиция охранительной нормы. Ведь и то, и другое обозначает правовые последствия правонарушения, в данном случае нарушения запрета. Зачем же нечто сливать с самим собой? Гораздо логичнее четко выделить соответствующую названной диспозиции гипотезу, указывающую на состав преступления как на юридический факт. Однако С. Н. Братусь в поисках гипотезы уголовно-правовой нормы упускает из виду содержимое «слитой» диспозиции и переносится в сферу запрета. «Но если как следствие уголовного правонарушения, — пишет он, — возникает обязанность претерпеть лишения, вытекающие из наказания, а эта обязанность (диспозиция) слита с санкцией (ибо может быть исполнена только под принуждением), то возникает законный вопрос: а где же гипотеза, в чем она заключается»³⁹.

Действительно, вопрос законный. Только С. Н. Братусь на него уже ответил, написав: «...как следствие уголовного правонарушения возникает обязанность претерпеть лишения...». Ответил, но не заметил, не зафиксировал уголовное правонарушение как юридический факт. Вместо этого он выясняет обстоятельства, при которых действует общий запрет — не совершать преступлений, воздерживаться от их совершения, в частности, воздерживаться и от указанных в Особой части Уголовного кодекса преступлений. «Такая гипотеза, — отвечает С. Н. Братусь на поставленный им выше вопрос, — находится в Общей части Уголовного ко-

декса. Никаких иных условий, обязывающих к воздержанию от противоправных действий, нет. Поэтому значение гипотезы в запретительной норме иное, чем в так называемых нормах регулятивных, поскольку последние связывают возникновение прав и обязанностей с многочисленными и разнообразными юридическими фактами»⁴⁰.

Все смешалось в доме... Место запрета занимают правовые последствия нарушения запрета; диспозиция сливается с санкцией, а указание на факт преступления вообще отсутствует в уголовно-правовой норме как элемент. Такое может быть только в теории, полагающей, что запретительная норма есть иное, чем «так называемая регулятивная норма», т. е. в корне ошибочной теории. Между тем запретительная норма всегда является регулятивной нормой и не потому, что не связана «с многочисленными и разнообразными юридическими фактами», как думает С. Н. Братусь, а потому что соблюдение запрета обеспечивает нормальную организацию общественных отношений. Если же мы отметили регулятивный характер запретительной нормы, то должны выделить и охранительную норму, указывающую на правовые последствия нарушения запрета, а следовательно, подчеркивающую правонарушение как юридический факт. При такой ясной конструкции мысль, что указание на преступление есть гипотеза охранительной уголовно-правовой нормы (а не диспозиция, как думают многие представители уголовного права), тогда как санкция уголовно-правовой нормы есть ее диспозиция, отнюдь не выглядит парадоксальной⁴¹.

§ 4. Н. М. Коркунов о строении нормы права

Мысль, которую отстаивает автор настоящей работы, состоит не только в том, что норма права двучленна, но и в том, что «норма права вообще» — это нера-

бочая абстракция, что реально действуют либо регулятивная, либо охранительная норма. Два эти тезиса сцеплены, едины. Один предполагает другой. Если утверждается первый тезис, то второй тоже должен быть высказан, иначе мы придем к ошибочным суждениям.

В этой связи немалый интерес представляют взгляды на норму права известного дореволюционного теоретика-юриста Н. М. Коркунова.

Н. М. Коркунов считал, что «все юридические нормы суть условные правила. Поэтому каждая юридическая норма состоит естественно из двух элементов: из определения условий применения и изложения самого правила. Первый элемент называется *гипотезой*... второй — *диспозицией*... Каждая юридическая норма может быть, следовательно, выражена в такой форме *если — то...*» *.

Ну а как же быть с санкцией, если элементы нормы могут быть либо гипотезой, либо диспозицией? Что есть санкция, если она имеет право на существование?

Освещая эти вопросы, Н. М. Коркунов обращается к уголовно-правовой норме. Он констатирует, что в законодательстве обыкновенно нет особых постановлений, содержащих запрещение преступных деяний. О запрещенности деяния заключают лишь из его наказуемости. Поэтому первая часть уголовного закона, кроме определения условий применения наказания, обозначенного во второй части, содержит в себе еще, так сказать, «диспозицию другой нормы — нормы, устанавливающей запрещение преступного деяния» (с. 129). И далее автор делает вывод, что «вторая часть уголовного закона называется санкцией. <...> ...Устанавливаемое наказание есть санкция действительного соблюдения какой-нибудь другой нормы, так как непременно условием применения наказания служит наличность нарушения права» (с. 129).

* Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. Спб., 1909. С. 125. Далее страницы указаны в тексте.

Логика Н. М. Коркунова ясна и безупречна. В отличие от современных авторов, известный юрист не занимается проблемой трехчленности уголовно-правовой нормы, не притягивает юридическую конструкцию к фактам, а объясняет их, исходя из очевидного. А очевидно состоит в том, что в уголовном законе непосредственно содержится норма, во второй и последней части которой устанавливается наказание за несоблюдение другой нормы. В этой другой норме содержится запрет, и эта другая норма непосредственно в уголовном законе не выражена. Правда, на наш взгляд, Н. М. Коркунов допускает небольшую ошибку, когда утверждает, что первая часть уголовно-правовой нормы содержит в себе диспозицию запретительной нормы. В этой части содержится не запрет совершить преступление, а нарушение этого запрета. Диспозиция запретительной нормы не может быть гипотезой нормы, во второй части которой содержатся меры наказания. Соблюдение запрета благополучно заканчивает действие запретительной нормы и не наводит на мысль о новой норме.

Если принять во внимание вышеизложенное уточнение, то по логике Н. М. Коркунова следует четко выделить два вида уголовно-правовых норм. Во-первых, это нормы регулятивные, запрещающие совершать преступные деяния. Во-вторых, это нормы охранительные, гипотеза которых есть указание на совершение преступления, а диспозиция — указание на меры наказания за несоблюдение запрета. И далее напрашивается следующий вывод: то, что мы называем уголовно-правовой санкцией, есть диспозиция охранительной уголовно-правовой нормы. Термин «санкция» носит относительный характер. Санкция имеет смысл именно в отношении к регулятивной норме, ибо, уточняя слова Н. М. Коркунова, устанавливаемое наказание есть санкция действительного несоблюдения какой-нибудь другой нормы. «Сама в себе», «сама для себя» санкция есть диспози-

ция, поскольку никаких других элементов, кроме гипотезы и диспозиции, живая норма права не знает (если — то).

Н. М. Коркунов, однако, не оказался до конца последовательным сторонником собственных взглядов. Говоря о санкции, он имеет в виду «новую норму». Но следует ведь сказать «Б» после того, как сказано «А». Иначе недоговоренность становится ошибкой. Мало упомянуть о новой норме, необходимо еще и выделить те новые свойства, которые имеет эта норма. В противном случае как и чем она будет оправдывать свое качество «новости»?

Отделяя охранительную норму от регулятивной, мы подчеркиваем, что это не просто другая норма, а это норма, имеющая в гипотезе специфический юридический факт — нарушение права. Регулятивные право и обязанность, составляющие содержание регулятивной нормы, не обладают способностью принудительно осуществляться. Они могут быть реализованы лишь добровольными действиями субъектов⁴². Можно ли говорить о возможности принуждения до факта нарушения права? Нет. Когда этот факт произошел, то мы уже «простились» с регулятивной нормой. Она этот факт в своей гипотезе не предусматривает, поскольку имеет только одну гипотезу. Значит, о возможности принуждения можно говорить только применительно к охранительным нормам. Вот в чем состоит «новизна» этих норм и вот зачем следует говорить не о новой норме, а об охранительной, существующей наряду со старой — регулятивной.

Ошибка Н. М. Коркунова состоит в том, что он оперировал в своих рассуждениях голыми абстракциями «норма права вообще», «правоотношение вообще». Между тем, по удачному выражению Е. А. Крашенинникова, недопустимо отвлекаться «от того специфического различия, существующего между регулятивными и

охранительными субъективными правами, в котором как раз и заключается вся суть дела»⁴³.

Игнорирование изложенного принципа приводит к половинчатым, противоречивым суждениям. «...Многие нормы, — писал Н. М. Коркунов, — вовсе и не предполагают принудительного их осуществления. Нормы, последствием нарушения которых является принудительное осуществление содержащегося в них веления, составляют только часть юридических норм. Если считать юридическими только такие нормы, то пришлось бы исключить из числа юридических все те нормы, последствием нарушения которых является наказание, так как наказание не есть, конечно, принуждение к осуществлению той нормы, нарушение которой составляет фактическое предположение наказания» (с. 73).

Цитируемый автор, как видим, сделал смелый вывод: «...значительное число правовых требований не способно вовсе к принудительному осуществлению» (с. 73). Что же это за нормы? Это те нормы, последствием нарушения которых является не принудительное осуществление нарушенного веления, а принуждение к чему-либо другому (наказание). Но тогда вполне логично задать вопрос: разве нормы, последствием нарушения которых является принудительное осуществление содержащегося в них веления, сами обладают свойством принудительного осуществления? Н. М. Коркунов отвечает на этот вопрос утвердительно. Но как же быть тогда с тем, что, по Н. М. Коркунову, правовая норма двучленна по своей структуре? И, действительно, если некоторая норма права нарушается, то она не может быть принудительно осуществлена, поскольку принудительные меры как следствие правонарушения образуют диспозицию другой нормы. Если норма права двучленна, то любое последствие нарушения некоторой нормы образует диспозицию новой нормы, но не является третьим элементом нарушенной нормы. Известный дореволюцион-

ный правовед оказался в плену классической иллюзии, что принуждение к нарушенному велению вовсе не создает новой нормы и в таком случае нарушенная норма просто принудительно реализуется. Поэтому у Н. М. Коркунова фраза, что существуют некоторые юридические нормы, которые принудительно не исполняются, поскольку следствием их нарушения является наказание, выглядит как исключение из правила. Не здесь следовало бы проводить основное разделение юридических норм.

Половинчатость позиции Н. М. Коркунова в данном случае состоит в неспособности четко выделить нормы, в гипотезе которых содержится факт нарушения права (охранительные), и нормы, которые могут нарушаться и поэтому реализуются только добровольным поведением субъектов (регулятивные). Автор оперирует понятием «многие нормы», а следовало бы сказать «регулятивные нормы». Из идеи двучленной структуры правовой нормы логически вытекает идея выделения регулятивных и охранительных норм. Иначе недоговоренность приводит к ошибочным суждениям. Вот пример: «Принудительно осуществляемые могут быть, собственно говоря, только такие юридические требования, которые заключаются в требовании *не делать* что-либо или в требовании *предоставления какой-либо вещи или пользования ею*» (с. 73).

Согласиться с этим нельзя. Разве норма, содержащая запрет совершать какие-либо действия (требование не делать что-либо), принудительно осуществляется в случае нарушения? Сам же Н. М. Коркунов писал, что «общее последствие нарушения юридической нормы есть применение новой нормы, регулирующей возникающий из правонарушения интерес» (с. 134), что «устанавливаемое наказание есть санкция действительного соблюдения какой-нибудь другой нормы» (с. 129). Где же логика? Из последней фразы следует ясно, что при-

нудительно осуществляется не нарушенная норма, а та норма, которая в диспозиции содержит последствия нарушения. Возможно ли принудительно осуществлять несовершенство спекуляции? Возможно ли принудить к тому, чтобы человек не совершал убийства или кражи? Нет, конечно. Можно только применить к лицу меру наказания, когда оно уже нарушило правовой запрет. Значит, правовое веление не совершать определенного действия может осуществляться только добровольным поведением обязанного субъекта. Принуждает юрисдикционный орган уже к другому, когда неправомерное деяние есть уже свершившийся факт.

И не только требование не делать что-либо, но и требование предоставления какой-нибудь вещи не обладают способностью к принудительному осуществлению. До правонарушения это требование составляет диспозицию регулятивной нормы. В случае же ее неисполнения, даже если предусматривается возможность принудительной реализации требования управомоченного лица о предоставлении ему какой-либо вещи, мы вступаем в область действия новой охранительной нормы. Старая регулятивная норма в результате известного юридического факта перестала действовать, ибо возникшая возможность принуждения означает появление нового правомочия у заинтересованного лица — права требовать у юрисдикционного органа принудительного изъятия у должника определенной вещи. Таким образом, у нас не остается сомнений, что возникла новая норма, поскольку появились новые правомочия и даже новый субъект.

Возьмем на себя смелость утверждать, что значение воззрений Н. М. Коркунова для современной теории права, их актуальность состоят не столько в позитивном начале его концепции (двучленность структуры правовой нормы), сколько в том, что известный дореволюционный теоретик-юрист является блестящим вырази-

телем классической ошибки во взглядах на правовую норму. Суть ее состоит в том, что правовое веление обладает способностью к принудительному осуществлению на случай ее нарушения. Это положение противоречит точке зрения, согласно которой норма двучленна по своей структуре. И только последовательное развитие идеи выделения регулятивных и охранительных юридических норм позволит создать стройное, логически согласованное правовое учение.

Глава II

СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО

§ 1. Определение понятия

Здравый смысл подсказывает: всякое определение должно вобрать в себя все проявления того предмета, который оно раскрывает. Понятие некоторого явления должно опираться на признак, общий для всех его видов.

С точки зрения этой аксиомы, странные вещи происходят в современном учении о субъективном праве. Считается, что субъективное право имеет, как минимум, три облика: право-поведение, право-требование и право-притязание¹. Выделив виды субъективного права и назвав их правомочиями, ученые включили их в структуру субъективного права. Вот это и есть алогизм. Яблоко имеет множество сортов, но обилие сортов не образует структуру каждого яблока. Логично ли, что все разновидности субъективного права входят в каждую конкретную единицу? Конечно, нет. Конкретное, «живое» субъективное право чаще всего ограничивается одним правомочием. Например, субъективное право, вытекающее из договора купли-продажи, ограничивается правомочием требования и не содержит в себе ни возможности позитивных действий, ни возможности притязаний (ст. 237 ГК РСФСР). Реальное единичное субъективное право требует признания своей простоты и «отказывается» вмещать в себя «навязанные» теоретическими конструкциями правомочия.

Таким образом, ни эмпирически, ни логически нельзя согласиться с убеждением Н. И. Матузова в том, что «общая структура субъективного права (в обобщенном

виде) остается четырехчленной, ибо она, отвлекаясь от бесчисленных видов субъективных прав, отражает лишь их общие свойства»². Как раз, наоборот, приведенная структура субъективного права не в состоянии отвлечься от четырех видов. Она просто эклектически соединяет их в себе, образует неестественный конгломерат по воле теоретической мысли автора. Под структурой же субъективного права следует понимать совокупность элементов этого явления, а не его видов. Следовательно, в поисках структуры следует идти внутрь, а не вширь предмета. Ведь мы занимаемся не классификацией субъективных прав, а пытаемся выяснить, из чего состоит каждое субъективное право и как его определить.

Итак, ясно, что корректное определение понятия субъективного права действительно должно отвлечься от особенностей отдельных его видов и сосредоточиться на том общем, что позволяет и правомочие требования, и правомочие на положительные действия, и признание назвать субъективным правом.

Еще раз заглянем в теорию. Классическим стало определение субъективного права, разработанное С. Н. Братусем. По его мнению, субъективное право — это мера возможного или дозволенного поведения самого управомоченного³. Однако данное определение с точки зрения высшеформированной аксиомы нас удовлетворить не может. С. Н. Братусь говорит о субъективном праве только как о возможности поведения самого управомоченного и тем самым правомочие требования — основной вид субъективного права — оказывается за пределами данного понятия⁴. Это происходит потому, что правомочие требования не содержит в себе поведения обладателя субъективного права, поскольку оно само выделяется наряду с правомочием на активные действия. Управомоченный требовать не может воздействовать на обязанное лицо ни устно, ни письменно. Он вообще не имеет инициативы, пока не произошло нару-

шение права, но тут его право требования сменяется при-
тизанием. Об этом разговор будет ниже. Пока же воз-
никает задача сформулировать такое определение субъек-
тивного права, в котором содержалось бы то, что объ-
единяет все правомочия. Причем необходимо не допол-
нить предложенную С. Н. Братусем формулировку ука-
занием на иные принадлежащие управомоченному воз-
можности, а найти субстрат многообразия субъективных
прав, перекинуть мост от одного правомочия к другому.

Какими бы правомочиями ни обладал индивид, сам
факт наличия на его стороне субъективного права сви-
детельствует о том, что, во-первых, он имеет некоторый
интерес, во-вторых, этот интерес невозможно осущест-
вить без определенного поведения других субъектов,
в-третьих, есть предусмотренная законом возможность
удовлетворения интереса. Слова «возможность удовлет-
ворения интереса» позволяют нам отвлечься от того,
как он удовлетворяется, то ли исключительно чужими
действиями, то ли в том числе и собственными дейст-
виями управомоченного.

Итак, субъективное право представляет собой не
меру возможного поведения управомоченного, а опре-
деленную законом возможность удовлетворения субъек-
тивного интереса.

Нельзя отказать в мудрости традиции, согласно ко-
торой основным видом субъективного права, его су-
щественным проявлением считается правомочие требо-
вания. Без этого, как правило, нет и быть не может ни
объективного, ни субъективного права, ни правоотноше-
ния *. Вряд ли в этой связи можно согласиться с С. С.

* Исключение составляют так называемые секундарные права,
т. е. права на односторонние действия. В данном параграфе эти
права не учитываются.

Алексеевым, который рассматривает субъективное право как право на действия самого управомоченного и видит большой прогресс в единодушном поиске положительного содержания субъективного права⁵. Право на позитивные действия как юридическое право не имеет смысла без правомочия требования, как не имеет оно смысла без корреспондирующей обязанности и вне правоотношения. Это, кстати, признает упомянутый автор, совершенно правильно подчеркивая, что правомочие на положительные действия находится в единстве с правомочием требования. Именно через последнее субъективное право связано с обязанностью и таким образом включается в правоотношение. По меткому замечанию С. Н. Братуся, «определение того, что могут делать управомоченные, является одновременно и определением того, что не смеют делать обязанные лица»⁶.

Что доказывает приведенное рассуждение? То, что право на собственные действия, если они полностью обеспечивают удовлетворение интереса управомоченного, не может быть юридическим правом. К праву это не имеет отношения. Лишь только тогда, когда в процесс реализации интереса может в принципе вмешаться другое лицо, мы получаем право говорить о юридическом субъективном праве. Таким образом, только отношение между людьми и только правомочие требования создают юридическую категорию «субъективное право». Именно поэтому С. С. Алексеев, сказав, что «права на *собственные* действия управомоченного ... обеспечивают удовлетворение интереса управомоченного без какого-либо содействия со стороны обязанных лиц», спешит вслед добавить: «Но это ни в коей мере не означает, что в данном случае субъективное право вообще не связано с юридическими обязанностями и находится вне правоотношения»⁷.

Нетрудно заметить, что правомочие требования выделяется наряду с правомочием на положительные действия. Следовательно, право требования не связано с поведением его субъекта. Но с чем в таком случае оно связано? Что это такое? Думается, что наличие права требования означает всегда то, что на стороне управомоченного имеется вполне определенный интерес, удовлетворение которого возможно исключительно благодаря чужому поведению. В данном случае интерес лица и правомочие требования — это по сути одно и то же. Правомочие символизирует интерес. По верному замечанию Н. В. Витрука, «законный интерес, как и юридическое право, есть возможность личности по пользованию различными социальными благами»⁸.

Категория «интерес», таким образом, обязательно должна присутствовать в определении субъективного права⁹. Интерес — это то, с чего начинается право. Там, где субъективный интерес становится «интересным» для закона, там возникают юридические субъективные право и обязанность, появляется связь возможного с должным, возникает норма и правоотношение.

Попытку оспорить нераздельность интереса и субъективного права предпринял Н. И. Матузов. «Определять законный интерес через юридическую возможность нельзя, — пишет он, — дабы не отождествить его с субъективным правом»¹⁰. Интерес, по мнению Н. И. Матузова, создает совсем не ту возможность, которая заключена в субъективном праве. «Никому, например, не запрещено кататься на велосипеде, ходить в кино, купаться в море, заниматься спортом, читать книгу, пользоваться транспортом, покупать вещи и т. д., но все эти возможности (дозволения) нельзя рассматривать как субъективные права, так как, во-первых, ни на кого не возложена специальная обязанность их обеспечивать, а, во-вторых, не требуется никакой защиты этих действий со стороны государства»¹¹.

Автор этого рассуждения полагает, видимо, что раз интерес есть, а субъективного права в юридическом смысле нет, то тем самым мы получаем доказательство вышеизложенного тезиса. Он ошибается. Интересов действительно неизмеримо больше, чем субъективных прав, но что это доказывает? Лишь то, что не каждый интерес сопряжен с юридическим субъективным правом. Но каждое субъективное право в юридическом смысле связано с законным интересом. В ином случае сама возможность (дозволение), которую оно открывает, становится бессодержательной, бессмысленной.

Так что Н. И. Матузов доказал не то, что интерес не входит в содержание субъективного права, а совсем другое суждение, которое не требует доказательств в силу очевидности: правовой интерес — это одна из разновидностей интереса вообще.

§ 2. О начале системы правовых категорий

Действительные предпосылки права лежат за пределами права. Юридическое начинается с фактического, и, следовательно, анализ права должен быть связан с реальными отношениями. Неплохо было бы найти ту клеточку, ту микрочастицу, в которой имеет свое основание правовое регулирование и которая открывает систему правовых категорий.

«...Все то, за что человек борется, — писал К. Маркс, — связано с его интересом...»¹². Интерес, выражающий потребность человека в некотором благе, есть, по меткому замечанию С. С. Алексеева, тот мостик, который связывает право с реальными жизненными отношениями¹³. Если право выходит из общественной жизни, а жизнь членов общества сцепляется интересами¹⁴, то, думается, интерес и есть то начальное понятие, которым открывается система правовых категорий.

Выше мы выяснили, что не всякий субъективный интерес замечается правом, является юридически значимым. Значит, для того, чтобы попасть в поле зрения права, субъективный интерес должен иметь какую-то особенность, кроме того, что он просто интерес. Признак этот, пропускающий интерес в область юридического, состоит в том, что актуализация интереса зависит прямо или опосредованно от поведения других субъектов. Бытие правового интереса предполагает не только наличие заинтересованного субъекта, но и обязательно другое лицо. Через этот интерес эти субъекты связаны между собой. Следовательно, значимый субъективный интерес требует для своего удовлетворения общественных отношения, правоотношения.

Как тут не присоединиться к словам С. С. Алексеева о том, что интересы органически едины с субъективным правом, а именно — с правомочием требования¹⁵. Ведь правомочие требования выражает связанность заинтересованного лица с тем, кто должен. Таким образом, становится ясной мысль об обязательности правоотношения для реализации юридически значимых интересов. Можно, конечно, сколь угодно долго искать в субъективном праве положительное содержание и считать этот поиск плодотворным и перспективным, но нельзя не признать, что первичное субъективное право, свидетельствующее о возможности активных действий, как правило, имеет в себе правомочие требования, которому соответствует обязанность других лиц воздерживаться от поведения известного рода. Если возможность определенного поведения не может быть затронута поведением других субъектов, если она не требует запрета на препятствующее поведение, то норма права нет необходимости декларировать эту возможность, превращать ее в юридическое субъективное право. Она ей неинтересна. В связи с вышеизложенным нельзя не признать правоту Н. М. Коркунова, определившего субъек-

ективное право как возможность осуществления интереса, обусловленную юридической обязанностью¹⁶.

§ 3. Юридическая обязанность и долженствование

Итак, определение понятия субъективного права неминуемо выводит нас на категорию юридической обязанности. Если управомоченный может требовать или имеет возможность определенного поведения, то обязанный должен. Обязанность — это мера должного поведения. Это положение общеизвестно.

В чем же проблема? В том, что мы все время натываемся на слово «должное», оперируя категорией «юридическая обязанность». И только раскрыв понятие долженствования, можно добраться до сущности правовой обязанности.

Исторически должное возникает тогда, когда оно выделяется из сущего. Появление должного есть симптом несовпадения внутренних детерминантов поведения индивида с потребностями других индивидов и общественного целого. Как только определенные обстоятельства создают индивидуальной воле возможность действовать не в том направлении, в котором нуждается общество, так возникает несоответствие между тем, как субъект фактически действует, удовлетворяя свои интересы, и как следовало бы поступить в интересах других.

В родовом обычае сущее (фактическое поведение) совпадает с должным, собственно, и служит критерием должного. «Нечто является должным именно потому, что оно сущее, что так поступают все»¹⁷. Первобытный индивид не имеет выделенного осознанного личного интереса, отличного от интереса рода. Таков уровень его самосознания, определяемый социальной однородностью общества.

Усложнение человеческой деятельности необходимо связано с социальным расслоением. Это приводит к рассогласованию личных интересов. Отчуждение индивида, выражающее противоречие между внутренними побуждениями человека, его психической конституцией и общественными потребностями, и служит основанием должного. Должное переходит в норму, в некую внешнюю детерминанту.

Долженствование потому и является необходимым элементом правовой регуляции, что юридическая обязанность, которая, собственно, и выступает мерой должного поведения, исполняется в интересах другого, в интересах управомоченного. В своих интересах лицо может действовать, в чужих — оно должно действовать. Таким образом, интерес — это то, что определяет субъективное право и обязанность и сцепляет индивидов в правоотношении. Если обязанное лицо должно вести себя определенным образом в интересах другого, то, следовательно, этот другой заинтересован в определенном поведении обязанного лица и имеет право требовать этого поведения. Значит, должное заключает в себе требование к воле человека. Должное потому и есть требование к воле, что существуют такие детерминанты поведения, которые могут привести к недолжному поведению и которым оно (требование) противостоит. Так должное как веление к воле воплощается в норме и становится внешним регулятором человеческого поведения.

Правовое долженствование предполагает, что «желаемое» обязанного субъекта может быть противоправным, что «поведение для себя» может противоречить «поведению для других». «Тем самым норматив, как способ детерминации действия, включает его альтернативность (должно поступать так, но фактически в силу действия других факторов может произойти и другое)»¹⁸. В то же время альтернативность поведения означает, что обязанный субъект, в отношении которого действует

правовой норматив, имеет свободу выбора. Это очевидно. Ведь требование к лицу предполагает, что человек может представить предъявляемое ему извне веление предметом собственной воли, сознательного размышления и самостоятельного решения. Такое возможно при условии свободы воли, а не принуждения.

Значит, юридическая обязанность как мера должного поведения может быть исполнена только добровольными действиями ее субъекта. Пока лицо несет обязанность, оно имеет свободу выбора между исполнением правового веления и отступлением от него, и принуждение в отношении него невозможно. Юридическая возможность принуждения пока отсутствует.

Таким образом, когда на некотором лице лежит мера правового долженствования, то это означает, что, во-первых, имеется определенный интерес другого субъекта и, во-вторых, от управомоченного исходит требование определенного поведения, направленное к воле обязанного лица¹⁹.

У нас получается следующее определение юридической обязанности. Юридическая обязанность — это определяемая законом мера должного, которая выражает обязательность некоторого поведения, требуемого управомоченным от другого субъекта в целях удовлетворения его собственных интересов²⁰.

В юридической литературе распространилась точка зрения, согласно которой правовую обязанность следует определить через необходимость. Так, Н. И. Матузов утверждает, что «при раскрытии сущности юридической обязанности категория необходимости играет такую же роль, какую при раскрытии субъективного права выполняет категория возможности»²¹.

Это неверно. При раскрытии сущности юридической обязанности эту роль играет категория должного. Как право коррелирует с обязанностью, так возможному противостоит должное, а не необходимость. Слово

«необходимость» само по себе в данном случае не объясняет должное. Оно, конечно, может быть использовано при раскрытии содержания этой категории, но лишь во множестве других слов. Например, должное можно определить как необходимость некоторого поведения лица в целях удовлетворения интересов другого субъекта.

Надо отметить, что приведенные суждения подтверждаются анализом понятия юридической обязанности, которое дает сам же Н. И. Матузов: «Юридическая обязанность — это установленная законом точная мера общественно необходимого, наиболее разумного и целесообразного поведения, направленного на удовлетворение интересов общества и личности»²². Ключевыми в этой фразе являются слова: «...мера ... поведения, направленного на удовлетворение интересов общества и личности». Все остальные не более чем метафора, не имеющая самостоятельного значения. Слово «необходимое» спокойно можно заменить словами «разумное» или «целесообразное». Это, во-первых. Во-вторых, если поведение направлено на удовлетворение интересов общества и личности, значит, оно общественно необходимо. «Необходимость» в цитированном определении не имеет смысловой нагрузки, дублирует последующее содержание, является просто синонимом. Только должное составляет сущность юридической обязанности, его и следует расшифровать.

§ 4. Диалектика правоотношения

Определения понятий субъективных права и обязанности не дают ответа на вопрос о том, как происходит процесс их осуществления. Чаще всего право и обязанность не могут существовать и функционировать друг без друга*. Сам факт их возникновения свидетельству-

* Исключение составляют вторичные права (см. об этом в § 6 главы II).

ет о наличии связи, именуемой правоотношением. Как выражается это явление, в чем состоит его динамика?

В литературе утверждается, что отношение права и обязанности есть «яркое проявление закона единства противоположностей»²³. Авторы этого, наверное, верно-го заключения, правда, не представляют доказательств, да и не подозревают, какие замечательные следствия вытекают из вышеприведенной мысли. Попробуем развернуть ее.

Допустим, имел место некоторый обычный, повседневный юридический факт, из которого возникло субъективное право требования, а следовательно, и юридическая обязанность. Иными словами, допустим, что возникло простейшее правоотношение. Наличие обязанности как меры должного поведения означает, что определенный в норме права интерес управомоченного не может реализоваться исключительно действиями обладателя права и требует поведения другой стороны. Таким образом, именно интерес управомоченного есть та основа, которая и делает возможным существование правоотношения как целостного явления.

Правоотношение раздваивается на субъективное право требования и субъективную обязанность. Существование права определяется бытием обязанности, поскольку обязанность, реализуясь, реализует тем самым и право. В то же время право «проникает» в обязанность, поскольку обязанность есть должное именно по отношению к интересу другого субъекта. Следовательно, субъективное право требования и субъективная обязанность предполагают друг друга «в себе» и «для себя», не могут существовать безотносительно друг к другу. Каждая из рассматриваемых категорий заключает в себе другую именно для себя, для своего существования и абсолютно невозможна без нее. В этом смысле право и обязанность совпадают, тождественны, взаи-

мопроникновенны. Субъективное право требования определяется через обязанность, оно представляет интерес управомоченного в поведении должника. Субъективная обязанность определяется через правомочие требования, она его удовлетворяет.

Право и обязанность, как бы они ни были неразрывно связаны между собой, в своем тождестве различны. Это не одно и то же. И то, и другое явление имеет свою качественную определенность. Обязанность как должное потому и есть должное, что осуществляет интерес другой стороны, предполагает нечто отличное от себя, подчеркивает существование иного и тем самым исключает его. И, наоборот. Право требования потому и есть требование, что оно направлено к другому, к обязанному, к его воле и разуму. Следовательно, и право требования требует для себя иного. Специфика правового интереса в том и состоит, что он не может обойтись силами заинтересованного лица. Подобно плюсу и минусу, право и обязанность обратны, противоположны друг другу по своей направленности, взаимоисключают и взаимоотрицают друг друга.

Итак, нетрудно заметить, что совпадение субъективного права и субъективной обязанности «в то же время есть собственная отрицательность, есть несовпадение»²⁴. Мы преодолели пока «...грубиянский характер» здравого человеческого смысла», который черпает из «гущи жизни» и не калечит своих *естественных* склонностей никакими философскими или другими научными занятиями...»²⁵, и увидели в различии единство.

Из вышеизложенного следует, что субъективное юридическое право и субъективная юридическая обязанность суть противоположности, потому что противоположности — это «...соотносительные, взаимно друг друга обуславливающие, неразделенные моменты, но в то же время друг друга исключающие или противоположные крайности...»²⁶. Правоотношение же выражает

единство тождества и различия субъективных права и обязанности и в этом отношении тождества к различию, различия к тождеству является противоречием. Моменты правоотношения, его элементы — право и обязанность — «в едином тождестве разные; таким образом, они суть *противоположные*»²⁷. Они и проникают друг в друга, определяют друг друга, немыслимы один без другого и в то же время — это различные феномены, неодинаковые стороны одного явления. Иначе мы имели бы дело не с диалектическим, а с формальным, абстрактным тождеством. Не к чему было бы относиться, не было бы правоотношения.

Итак, мы сделали первый шаг к тому, чтобы ухватить движение правоотношения: доказали, что оно раздваивается на противоположности. Если правоотношение — это отношение противоположностей, то значит, оно содержит в себе противоречие. А действительное постижение противоречия возможно лишь тогда, когда «мыслящий разум (ум) заостряет притупившееся различие различного, простое разнообразие представлений, до *существенного различия, до противоположности*»²⁸. «Различие различного» состоит в том, что положение противоположностей неодинаково. Иначе нет движения. «Ибо, сколь бы обе крайности ни выступали в своем существовании как действительные и как крайности, — свойство быть крайностью кроется все же лишь в *сущности* одной из них, в другой же крайность не имеет значения *истинной действительности*. Одна из крайностей берет верх над другой. Положение обеих не одинаково»²⁹.

Мало, таким образом, выяснить, что субъективные право и обязанность являются противоположностями. Необходимо еще четко определить положение каждой из них в правоотношении.

Каждую из сторон следует рассмотреть отдельно для того, чтобы установить, какая из противоположностей

играет роль «истинной действительности», какая господствует, а какая является подчиненной.

В возникшем правоотношении именно обязанность обладает импульсом к самодвижению. Она активна, имеет значение «истинной действительности» правоотношения, так как именно обязанность заключает в себе ту силу, которая реализует правоотношение, содержит в себе меру должного поведения, удовлетворяющего интерес управомоченного лица. Другая противоположность — право требования — пассивна, подчинена обязанности как господствующей стороне, является ее моментом. Субъективное право представляет интерес, осуществление которого зависит от должного поведения. Право требования есть лишь форма движения обязанности в том смысле, что оно задает меру самого поведения, определяет то, что требуется от обязанного лица.

Далее. Мы зафиксировали положение противоположностей в правоотношении. Но оно не может быть таким вечно. Ведь правоотношение — это противоречие, а противоречие имеет способность разрешаться. Специфика рассматриваемого нами явления состоит в том, что заложенное в нем противоречие может разрешаться двояким образом. Отношению субъективных права и обязанности свойственно завершать свое существование по-разному.

В чем здесь дело? Дело в том, что активной противоположностью, источником самодвижения этого явления выступает обязанность. А обязанность может быть как реализована, так и нарушена. Ведь ей противостоит правомочие требования, а требование как веление к воле обязанного предполагает свободу воли обязанного субъекта от принуждения, подразумевает альтернативность поведения («...должно поступать так, но фактически в силу действия других факторов может произойти и другое»³⁰).

Если обязанность нормально реализуется, то правоотношение приходит к своему естественному, «мирному» концу. Право и обязанность взаимопогашаются, как бы «умирают» друг в друге. Интерес управомоченного удовлетворен, обязанность реализовалась, правоотношение закончилось.

Однако драматизм права состоит в том, что разрешение нашего противоречия может закончиться не полным примирением составляющих его противоположностей, не «переходом их в нуль», а «снятием» их и развитием. Правоотношение потому и есть правоотношение, что отношение его противоположных элементов может обостриться вследствие нарушения права, в результате определенной конфликтной ситуации, которая свидетельствует о невозможности удовлетворения интереса.

Остановим свое внимание на конфликтной ситуации, о которой свидетельствует юридический факт, именуемый «нарушение права». Что это значит и что из этого следует? Это значит, что в рамках нарушенного правоотношения цель управомоченного не достигается. Это отношение изжило себя, устарело. Требуется новое, ибо рассматриваемое явление как противоречие в данном случае должно не просто «умереть», «замереть», а разрешиться переходом во что-то другое. И оно — это другое — возникает в виде правомочия притязания.

Притязание по сути отрицает нарушенное правоотношение, кардинально меняет его характер. Оно несет в себе новые возможности для управомоченного, которые ранее не существовали. Возникает либо возможность принуждения, либо возможность односторонних действий управомоченного. Эти возможности являются свидетельством кончины или парализации ранее возникшего правоотношения.

Философы без всякого удивления иллюстрировали бы наши рассуждения следующей фразой: «Разрешение ... противоречия означает, что борьба противоположных сил получила новую форму своего движения»³¹.

Мы подошли здесь вплотную к главной идее, ради которой и был затеян разговор, — к идее выделения регулятивных и охранительных правоотношений. Правоотношения, возникающие из правомерных действий или событий в целях обеспечения нормальной организации общественной жизни, именуется регулятивными. Правоотношения, возникающие из предусмотренных законом конфликтных ситуаций, препятствующих осуществлению регулятивных правоотношений («факты нарушения регулятивного права»), называются охранительными.

Охранительное правоотношение есть то новое единство, в которое переходит нарушенное регулятивное. При этом последнее либо уничтожается вообще, либо временно нейтрализуется, «застывает». Вывод этот прямо вытекает из учения о противоречии. Разрешение противоречия, заключенного в регулятивном правоотношении, в результате нарушения права связано с взаимопревращением противоположностей (право и обязанность). В охранительном правоотношении уже субъективное право-притязание становится активной стороной господствующей противоположностью, принимает значение «истинной действительности» всего явления. Охранительное субъективное право в новом отношении занимает место, которое имела обязанность в регулятивном. Теперь за правом стоит или способность принуждения, или возможность односторонних действий, т. е. сила, которая в состоянии привести правоотношение к цели. Таким образом, в результате нарушения регулятивного права происходит взаимопревращение противоположностей, образующих правоотношение.

Мы вправе здесь сказать о скачке, о переходе регулятивного правоотношения в новое охранительное именно потому, что сама трансформация связана с ликвидацией господства обязанности в правоотношении. С философской точки зрения суть подобного взаимопревращения состоит в том, что «скачок, переход в новое единство

во означает ликвидацию господства господствующей в старом единстве противоположности и вместе с этим — подчинение подчиненной противоположности, т. е. ликвидацию обеих противоположностей»³². Обратим внимание читателя на слова «ликвидация обеих противоположностей». Регулятивное правоотношение в результате нарушения исчезает или по крайней мере временно теряет всякую возможность осуществиться, как бы «парализуется», «отходит в тень», разрешаясь новым охранительным отношением. Это означает, что «обе противоположности погибают одновременно, если понимать под гибелью коренное, качественное изменение, превращение, переход»³³. Только при таких условиях имеет смысл выделять охранительное субъективное право как новое, сменяющее старое регулятивное. Отсюда «главное не в том, что есть противоположности, есть «борьба» между ними и т. д., а главное во взаимопревращении противоположностей»³⁴.

Что же является основным доказательством новизны охранительного субъективного права? Новые свойства, которые имеет охранительное правоотношение и не имеет регулятивное. Самое главное из них — способность принудительного осуществления определенной меры поведения, лежащей на обязанном субъекте³⁵. Ясно, что если это — новое свойство, то значит, регулятивная обязанность им не обладает. Регулятивная обязанность есть мера должного, а это, как мы выяснили выше, означает, что обязанный субъект, к которому направлено регулятивное право требования, обладает свободой выбора. Принуждение здесь не имеет смысла по определению должного. Требование к воле предполагает, что человек может сделать предьявляемое извне веление предметом собственного разумения и выбора. Это, естественно, возможно при условии свободы от принуждения.

Наличие регулятивной обязанности у лица означает также и возможность нарушения регулятивного пра-

ва. Следовательно, регулятивная обязанность осуществляется только добровольным поведением³⁶. Пока лицо несет регулятивную обязанность, оно имеет свободу в выборе между исполнением правового веления и отступлением от него, и принуждение в отношении него не возможно. Возможность принуждения, а с ним и новое свойство появляются только при известных юридических фактах. Здесь рождается новое охранительное правоотношение.

Таким образом, сама возможность правового принуждения покоится на первоначальном праве обязанного субъекта действовать свободно. Ввиду свойства регулятивной обязанности реализовываться только добровольным действием обязанного субъекта и существуют санкции в отношении противоправного поведения как и охранительное субъективное право, называемое притязанием. Как санкции отделяются от регулятивных норм, так и правомочия притязания находятся вне пределов регулятивных правоотношений, имея своим юридическим фактом нарушение права. Последнее обстоятельство означает, что требование не достигло цели механизма долженствования не стал внутренним определителем волевого поведения обязанного лица. Так возникает возможность правовой защиты нарушенного интереса. В действие вступают другие правовые нормы — охранительные. Они уже не обращены исключительно к воле обязанного лица — нарушителя. Поэтому правовая защита имеет возможность осуществляться либо помимо воли субъекта, нарушившего регулятивную обязанность (например, право на одностороннее действие), либо путем принуждения его к определенному поведению, либо путем принудительного лишения его определенных благ и свобод.

Это ли не свидетельство принципиально иного способа отношения между субъектами; это ли не доказательство возникновения нового, охранительного правоотношения?

§ 5. Субъективное охранительное право (притязание)

Используя учение К. Маркса о противоречии и, таким образом, следуя логике событий, мы пытаемся обосновать идею выделения регулятивных правоотношений. Развитие этого тезиса связано с множеством следствий. Одно из них выглядит так: то, что в юридической литературе именуется притязанием, есть самостоятельное охранительное субъективное право, вытекающее из определенного юридического факта (правонарушение, объективно-противоправное деяние, оспаривание права и др.)³⁷ и сменяющее (отрицающее) регулятивное субъективное право требования. Вывод этот естественно вытекает из вышеизложенных рассуждений и кажется простым. Однако в теории права доминирует другая точка зрения.

Очевидно, что хрестоматийный взгляд на субъективное право отрицает мысль о существовании охранительного субъективного права. Если структура субъективного права трехчленна, то правомочие притязания содержится в любом конкретном юридическом субъективном праве. Притязание — это «входящее в состав субъективного права (при нарушении юридической обязанности) правомочие, выраженное в возможности привести в действие аппарат государственного принуждения против обязанного лица», — пишет С. С. Алексеев³⁸. Вслед за М. А. Гурвичем он повторяет: «Субъективное право на стадии притязания приобретает «боевой» характер, выступает в качестве права, непосредственно готового к принудительному осуществлению»³⁹.

Но ведь возможность государственного принуждения как конкретное субъективное право не возникает и не существует до тех пор, пока не произошло нарушение права. Она появляется тогда, когда уже некоторое субъективное право (регулятивное право) «заявлено» о своем бытии. Следовательно, притязание не вошло в структуру ранее существовавшего субъективного

права, определяемого обычными, повседневными юридическими фактами⁴⁰. В старом субъективном праве содержалось только правомочие требования, соединенное в ряде случаев с правомочием на положительные действия. Характер правоотношения определяется теми возможностями, которые существуют, имеются в наличии. И если регулятивное право требования сменилось притязанием, а притязание — это совсем другое правомочие, чем право требования, то и правоотношение возникло другое.

Словно спохватившись и вспомнив, что является сторонником идеи выделения регулятивных и охранительных правоотношений, С. С. Алексеев спешит опровергнуть самого себя: «Да и вообще защита субъективного права осуществляется государственными органами не в рамках данного правоотношения, а в рамках особых охранительных правоотношений»⁴¹. Если быть последовательным, то развитие этой мысли приводит к заключению, что притязание является охранительным субъективным правом, поскольку существует в рамках охранительного правоотношения.

Непонятно, правда, почему автор считает, что «притязание и является звеном, связывающим регулятивные (правоустановительные) и охранительные правоотношения»⁴². Притязание — это субъективное право. А субъективное право может быть либо регулятивным, либо охранительным. Притязание не связывает два правоотношения, оно просто входит в структуру и содержание охранительного правоотношения. Или может быть С. С. Алексеев имеет в виду новое нейтральное звено, связывающее два правоотношения, включив в его содержание притязание. А может быть последнее высказывание — просто метафора?

Сомнительность взгляда на притязание как на элемент субъективного права доказывается тем, что его сторонники буквально на каждом шагу впадают в противоречие, не выдерживают взятую линию. Возьмем,

к примеру, следующие слова С. Н. Братуся, классически выражающие господствующую точку зрения: «Мы исходим из того, что право на защиту нарушенного кем-либо субъективного права является правомочием, входящим в содержание этого права Защита права — необходимый элемент его осуществления»⁴³. Какое прекрасно выраженное заблуждение! Тем более, что в другом месте можно прочесть следующее высказывание: «Собственник вправе истребовать свою вещь, вышедшую из владения помимо его воли, у добросовестного приобретателя. Это юридический факт, с которым закон связывает возникновение у добросовестного приобретателя обязанности возвратить вещь собственнику. <...> Возникшее между собственником и приобретателем правоотношение прекращается исполнением обязанности»⁴⁴.

Разве не убедительно высказывается автор, слушаясь на конкретную почву института права собственности? Убедительно и здраво. Очевидно, что из этой цепи высказываний следует, что защита нарушенного субъективного права собственности на вещь проходит в рамках нового правоотношения. Произошел юридический факт — выбытие вещи из владения собственника — и из него возникли право собственника истребовать свою вещь и обязанность добросовестного приобретателя возвратить вещь собственнику. Таким образом, появилось охранительное правоотношение. Все это новые правовые явления. То, что возникло в некоторый момент, до этого момента не существовало. Старому же праву незачем возникать. Ясно, что право на защиту нарушенного субъективного права собственности не может быть правомочием, входящим в содержание этого права, если оно возникает и функционирует вкупе с новой обязанностью в рамках нового, а не старого правоотношения⁴⁵.

Так исходит ли наш оппонент из того, из чего он думает, что исходит? Во всяком случае логика дейст-

вия субъективного права собственности и логика мысли С. Н. Братуся по этому поводу не поддерживают его же исходный принцип. Значит, этот принцип ошибочен.

§ 6. Право на односторонние действия (Исчезло ли правоотношение?)

В теории права довольно устойчиво держится проблема так называемых вторичных прав. В чем здесь дело? Дело в том, что закон (особенно гражданский) знает правомочия на односторонние действия (например, право той или иной стороны односторонним волеизъявлением прекратить обязательные отношения, т. е. отказ от договора, право на перевод неисправного плательщика на аккредитивную форму расчетов), которым трудно подобрать корреспондирующие обязанности других лиц. Тогда естественно возникает вопрос: существуют ли такие субъективные права в рамках правоотношения? В этом и состоит проблема*.

Подобный вопрос делает возможным взгляд, согласно которому некоторые субъективные права и обязанности, вообще нормы права могут реализовываться вне каких-либо правоотношений. Если в науке существует возможность определенной точки зрения, то она обязательно найдет своих носителей. Так и изложенный взгляд имеет в настоящее время немало сторонников⁴⁶.

Можно ли найти убедительные возражения такой позиции? По мнению С. С. Алексеева, «субъективное право немыслимо, невозможно вне правовых связей (правоотношений), во всяком случае, таких, которые состоят из права требования и корреспондирующей ему обязанности»⁴⁷. С этим высказыванием нельзя не согласиться, но оно не имеет значения довода в нашем спо-

* Мы рассматриваем проблему на примере вторичных правомочий охранительного характера.

ре. Ведь речь идет не просто о праве на активные действия, которое сопряжено с правом требования, а — о праве на односторонние действия (вторичное правомочие).

Имея, вероятно, в виду вторичные правомочия в правоотношениях активного типа, С. С. Алексеев продолжает: «Однако по своему содержанию оно (субъективное право. — Е. М.) нередко выходит за пределы того, что *внутри* собственно правовой связи». Поясняя свою мысль, автор подчеркивает, что «правомочия на активные (положительные) действия, которые и придают содержанию субъективного права такой характер, когда оно в значительной степени выходит за пределы собственно правовой связи, представляет простор и определяет рамки для собственного поведения управомоченного»⁴⁸. Но данный вывод, по мнению С. С. Алексеева, вовсе не отменяет того, что субъективное право на активные действия осуществляется в рамках отношения. Ведь оно содержит в себе правомочие «требовать от других лиц воздержания от действий известного рода, в том числе не препятствовать действиям носителя вторичного правомочия», которому корреспондирует юридическая обязанность пассивного типа⁴⁹. Значит, всякое субъективное право предполагает правовую связь для своего функционирования.

Все эти рассуждения правильны лишь частично и поэтому опять же не имеют отношения к спору. Дело в том, что особенность вторичных прав, а именно о них, а не вообще о праве на активные действия мы ведем речь, состоит в том, что их содержание, как правильно отмечает сам С. С. Алексеев, сводится к таким действиям управомоченного, которые автоматически порождают обязательные юридические последствия⁵⁰. Но раз это так, то вряд ли возможно усмотреть в системе осуществления вторичного права какое-либо правомочие требования и соответствующую ему пассивную обязанность.

В самом деле, о какой обязанности может идти речь, если другая сторона не имеет возможности препятствовать. У лица нет в данном случае выбора, альтернативы. Оно обречено на бездействие. Воля обязанного лица в случае, скажем, перевода неисправного плательщика на аккредитивную форму расчетов безмолвствует, лишена возможности проявлять себя. Поэтому при возникновении секундарного правомочия корреспондирующей обязанности не возникает. Другой субъект ничего не должен, не обязан не препятствовать действиям носителя секундарного правомочия, потому что он никак не может помешать. «Юридический смысл подобной связанности, зависимости, — точно определяет Ю. Г. Ткаченко, — состоит в том, что другая сторона, по отношению к которой совершено такое действие, не может его юридически опровергнуть, т. е. у нее нет ни юридической обязанности, к исполнению которой ее могло бы принуждать государство, ни ответного субъективного права, которое бы государство охраняло»⁵¹.

Вот почему доводы С. С. Алексеева правильны лишь в части определенных субъективных прав на активные действия. Противоречие же заключается в том, что, с одной стороны, автор безусловно верно отмечает обязательность, автоматизм наступления юридических последствий осуществления секундарных правомочий, а с другой — выделяет юридические обязанности, которые соотносятся с «правомочиями требовать от других лиц воздержания от действий известного рода, в том числе не препятствовать действиям носителя секундарного правомочия»⁵². В том-то и состоит специфика секундарного правомочия, что ему не соответствует должное. Так что же, правоотношение исчезло?

Отвечая на этот вопрос, думается, следует взять на вооружение мысль С. С. Алексеева о недопустимости сводить категорию «правоотношение» только к конкретной, полностью индивидуализированной правовой связи, в которой имеются, с одной стороны, право, с дру-

гой — обязанность. Правоотношению в этом смысле гораздо больше соответствует термин «правовая связь». И все-таки: в чем состоит правоотношение (правовая связь), если субъективному праву на односторонние действия не противостоит какая-либо обязанность?

Впервые в нашей литературе М. А. Гурвич обратил внимание на то, что праву на односторонние действия не корреспондирует обязанность. Эти односторонние действия, по его мнению, могут вызвать состояние зависимости, связанности⁵³. На наш взгляд, «состояние связанности» очень удачно выражает положение другой стороны при реализации секундарного правомочия. Точнее сказать, мы встречаемся здесь с категорией «правовое состояние», обозначающей не меру должного поведения, а состояние зависимости, в которое ставят пассивную сторону действия носителя секундарного правомочия.

Однако есть ли смысл в данном случае вообще говорить о каком-либо другом субъекте? По мнению Ю. Г. Ткаченко, имеется только право на односторонние действия. Больше ничего не возникает — никакой связи, никакого двустороннего правоотношения⁵⁴.

Позволим себе не согласиться с этим. Разве односторонние действия обладателя права не затрагивают интересы другого лица; разве возможность совершить одностороннее волеизъявление не порождает обязательных юридических последствий? Можно ли вообще говорить о юридических последствиях осуществления субъективного права, если не затронут другой субъективный интерес? Нет, естественно. Это вытекает из самого смысла слова «юридическое». Праву нет никакого дела до поведения лица, если оно не касается чьих-либо других интересов и замыкается целиком в сфере одного человека. Таким образом, секундарное правомочие функционирует в рамках специфической правовой связи, где праву корреспондирует правовое состояние, выражающее связанность, зависимость субь-

екта, ибо действиями управомоченного неизбежно затрагиваются его интересы⁵⁵.

Возражая тому, что в случае возникновения права на односторонние действия появляется правовая связь (правовое отношение), Ю. Г. Ткаченко приводит следующий довод: «...указанную ситуацию нельзя считать двусторонним правоотношением, поскольку таковое предполагает индивидуализацию прав и обязанностей для обеих сторон. Стремление же объяснить ситуацию, при которой права и обязанности индивидуализованы лишь у одной стороны как двустороннее правоотношение, в котором другая сторона не индивидуализована, противоречит принятому в науке представлению о соотношении норм и правоотношений»⁵⁶. Подобный аргумент и не является вовсе аргументом, поскольку совершенно не касается существа дела и носит чисто формальный, догматический характер. Общепринятое не значит обязательно верное, истинное. И если общепринятая точка зрения противоречит логике, то необходимо внести коррективы в интересах истины.

Интересно, что некоторые авторы, стремясь «спасти» правоотношение, используют ту же общепринятую логику, что и сторонники идеи о реализации некоторых субъективных прав и обязанностей вне правоотношения. Вся аргументация сводится к постоянному повторению одного: право и обязанность не возможны в отрыве, изолированно друг от друга и сами суть правоотношения⁵⁷.

«Во имя чего создается субъективное право? — спрашивает один из традиционных «спасателей» идеи невозможности существования субъективного права за пределами правоотношения Б. Л. Назаров. — Во имя поведения обязанных лиц? Может быть, во имя того, чтобы обеспечить государственное принуждение? Нет. Оно создается во имя обеспечения для его носителя возможности осуществления определенного поведения»⁵⁸. Это умозаключение не выражает сути многих субъек-

тивных прав-требований. Откроем Гражданский кодекс РСФСР и посмотрим на право покупателя требовать от продавца передачи имущества (ст. 237 ПК РСФСР). Разве данное субъективное право содержит в себе возможность осуществления определенного поведения управомоченным? Нет. Это право реализуется поведением обязанного лица. «Возможность требовать определенного поведения обязанных лиц, возможность привести в действие государственное принуждение в субъективном праве занимает подчиненное положение по отношению к поведению, которое формулируется в диспозиции соответствующей нормы права и выступает в субъективном праве», — развивает свою мысль Б. Л. Назаров⁵⁵. Ничего подобного. Существуют самостоятельные субъективные права-требования, внутри которых нет правомочий на активные действия управомоченного. Ни о каком подчиненном положении возможности требовать определенного поведения обязанных лиц говорить в данном случае не приходится, потому что никакой другой возможности данное конкретное субъективное право не имеет. Б. Л. Назаров явно находится в плену догмы, которая мешает ему считаться с действительностью.

И далее цитируемый автор приводит, как ему кажется, решающий аргумент: «Признание таких субъективных прав, которым не соответствует чья-либо юридическая обязанность, равнозначно тому, что они (такие субъективные права) не нуждаются в государственной защите, что их не от кого защищать. <...> Вместе с тем одна только обеспечиваемая государством возможность у лица, наделенного субъективным правом, требовать соответствующего поведения других лиц, свидетельствует о юридической обязанности этих лиц и реальности этой обязанности ...»⁶⁰.

Если субъективному праву не корреспондирует обязанность, то значит, оно не нуждается в государственной защите, т. е. не обеспечено возможностью государ-

ственного принуждения. В таком случае это самое субъективное право вовсе не является юридическим правом просто по общепринятому определению. Но давайте зададимся двумя вопросами по этому поводу.

Допустим, возникло нормальное субъективное право с соответствующей ему обязанностью. Правонарушение, естественно, порождает возможность государственного принуждения. Но ведь возможность государственного принуждения — это тоже субъективное право. Общеизвестно, что правонарушение — это юридический факт, из которого возникает правоотношение, а следовательно, и субъективное право, содержащее правомочие защиты. Корреспондирует ли возможности государственного принуждения обязанность? Думается, нет. Лицо, к которому направлена возможность принуждения, ничего не должно. Оно было должно, но нарушило свою обязанность и в новом правоотношении является субъектом, вынужденным подвергнуться принуждению. Это субъективное право называется охранительным, и ему не корреспондирует обязанность. Но это субъективное охранительное право функционирует в рамках охранительного правоотношения. Правовая связь есть потому, что принуждением затрагивается интерес другого субъекта, находящегося в правовом состоянии. Вот почему имеет смысл, и немалый, точка зрения, согласно которой традиционное понятие правоотношения (как взаимосвязь, сочетание прав и обязанностей) не охватывают всех возможных юридических связей между лицами.

Далее. Отстаивая взаимосвязь права, обязанности и правоотношения, Б. Л. Назаров попросту отмахнулся от субъективных прав на односторонние действия. Между тем вопрос о вторичных правах существует, и на него надлежит дать ответ именно при рассмотрении вопроса о возможности существования субъективного права вне правоотношения. Обычный, традиционный ход рассуждения совершенно не касается особен-

ностей секундарных прав. Здесь нужна другая аргументация и другие посылки. Б. Л. Назаров этого не нашел и поэтому его доводы не убеждают, хотя и отстаивается верная мысль.

Рассматриваемая позиция покоится на двух ошибочных, с нашей точки зрения, положениях. Первое связано с традиционным определением субъективного права как меры возможного или дозволенного поведения самого управомоченного⁶¹, сопряженной с возможностью прибегнуть в необходимом случае к содействию государственного аппарата. Это определение ориентирует верящих в него на то, что правомочие требования либо вообще исчезает из субъективного права, либо рассматривается как нечто подчиненное (ведь право требования не несет в себе возможности положительных действий самого обладателя права). Между тем реальность юридической обязанности и правоотношения (как связи права и обязанности) обнаруживается только через право требования. Кроме того, из поля зрения выпадает субъективное право как возможность государственного принуждения, возникающая в случае нарушения первичного права требования. Ведь в традиционном определении возможность принуждения рассматривается просто как свойство, атрибут некоего субъективного права. Таким образом, приведенное определение субъективного права вводит в заблуждение тех, кто принимает на веру, поскольку не обобщает большую группу конкретных субъективных прав.

Здесь мы подходим ко второму обстоятельству, которое определяет неудовлетворительность системы выводов Б. Л. Назарова. Оно заключается в том, что автор не проводит разделения субъективных прав (правоотношений) на регулятивные и охранительные. Если знать о том, что конкретный разговор о субъективном праве возможен только тогда, когда мы отделяем регулятивные субъективные права от охранитель-

ных, и что специфический юридический факт — нарушение права — влечет возникновение нового самостоятельного охранительного субъективного права, выражающегося не только в возможности государственного принуждения, но и в праве управомоченного на совершение односторонних действий, (перевод неисправного плательщика на аккредитивную форму расчетов, отказ от договора ввиду его неисполнения или ненадлежащего исполнения другой стороной) ⁶², которому не корреспондирует обязанность на другой стороне, у нашего оппонента вряд ли возникло бы недоумение по поводу существования каких-то других правовых связей, отличных от традиционных правоотношений (как определенное сочетание прав и обязанностей) ⁶³.

Позволим себе утверждать, что непоследовательность С. С. Алексеева в развитии идеи выделения регулятивных и охранительных правоотношений приводит его к слишком абстрактным рассуждениям о вторичных (гражданских правообразовательных) правомочиях. Так, автор пишет: «Действие вторичных правомочий касается внутренних механизмов развития правоотношения, его возникновения, превращения»; или: «...для их (вторичных правомочий. — Е. М.) возникновения необходимы дополнительные юридические факты» ⁶⁴. Между тем право на отказ от договора может возникнуть не просто из дополнительных юридических фактов, а из факта нарушения регулятивного права требования (см., например, ст. 246, 290 ГК РСФСР). Регулятивное право требования, которое в регулятивном правоотношении играло роль пассивной противоположности, сменяется охранительным правом на односторонние действия (притязанием). Ему уже не противостоит обязанность, ибо обязанность утратила характер активной противоположности. Нарушение права приводит к тому, что субъективное право приобретает «боевые» свойства и в правоотношении ему корреспондирует состояние обязанного лица, поскольку осуществление при-

тязания автоматически порождает обязательные юридические последствия. Из идеи регулятивного и охранительного права мы обосновываем существование нетрадиционных, специфических по своей структуре правовых связей.

Основным делением правоотношений является деление их не на правоотношения активного и пассивного типа, а на регулятивные и охранительные. Тогда только и можно будет решить проблему «субъективное право — правоотношение» и действительно закончить мысль С. С. Алексеева: «Субъективное право в строгом смысле слова — право в полном объеме образующих его правомочий — нечто большее, чем просто право требования»⁶⁵.

§ 7. Санкция и охранительное субъективное право

Наивно полагать, что взгляд на притязание как на элемент нарушенного субъективного права возник на голом месте, существует сам по себе. На самом деле эта точка зрения — узловой пункт теории, которая основывается на трехчленности правовой нормы. Как растение вырастает из своих корней, так и мнение о включенности защиты нарушенного права в само нарушенное право вытекает из положения, согласно которому санкция — элемент нормы, чья диспозиция нарушается. В этой связи С. Н. Братусь очень точно подметил: «Не случайно сторонники концепции правоохранительной нормы отрицают трехэлементную структуру нормы права, исключают санкцию из этой структуры, трактуют ее как разновидность диспозиции, как элемент правоохранительной нормы»⁶⁶. Если и диспозиция, и санкция принадлежат к одной норме, то и правомочие требования, и право на защиту функционируют в рамках одного и того же правоотношения. Так появляется высказывание: «Правовая норма конкретизируется в право-

отношении в полном составе своих компонентов, в том числе и в своей санкции»⁶⁷.

Представление это содержит в себе неоправданное отвлечение от реального процесса возникновения и функционирования конкретного правоотношения. Мы намеренно акцентируем внимание читателя на словах «конкретность», «реальность» процесса осуществления правоотношения, дабы подчеркнуть, что вышеупомянутое заблуждение основано на оперировании голыми абстракциями «правовая норма вообще», «правоотношение вообще»⁶⁸. Между тем существование правоотношения всегда представляет собой наступление и функционирование вытекающих из определенных фактических обстоятельств (юридических фактов), которые указаны в гипотезе нормы, известных юридических последствий (субъективных прав и обязанностей, правовых состояний). То же, что именуется санкцией, представляет собой указание на юридические последствия, которые возникают и проявляются в результате нарушения диспозиции юридической нормы. Причем, поскольку возникают новые последствия (новые по отношению к нарушенным правам и обязанностям), то существуют они не в рамках нарушенного регулятивного отношения, а в пределах нового охранительного. В противном случае трудно оправдать существование явления, именуемого санкцией.

Обратимся непосредственно к суждению, согласно которому норма права конкретизируется в правоотношении сразу и в гипотезе, и в диспозиции, и в санкции. По мнению автора его М. А. Гурвича, это означает, что конкретизированная в праве на принуждение должника исполнить обязанность (право на иск) «санкция явственно существует как реальная возможность, реализация которой может и не наступить, например, при своевременном или досрочном надлежащем исполнении обязанности. Действенное же проявление право на иск может получить, если произойдет то нарушение обязан-

ности, с которым это проявление юридически связано»⁶⁹.

Итак, М. А. Гурвич считает, что право на иск как конкретизация санкции возникает одновременно с первоначальными правом требования и обязанностью. Это нелогично. Субъективное охранительное право на иск (право на защиту) не может возникнуть в какой бы то ни было форме раньше, чем возникнет юридический факт, его порождающий, т. е. раньше, чем произойдет нарушение регулятивного права. Причем возникновение права на защиту не означает его немедленной реализации. Нарушение регулятивного права, вопреки мнению М. А. Гурвича, не приводит сразу же к действительному проявлению права на иск, которое наступает только тогда, когда должник либо добровольно, либо под принуждением (при вступлении в законную силу судебного решения) исполнит то, что требуется.

Главный вопрос, адресуемый сторонникам вышеизложенного мнения, формулируется так: существует ли реальная возможность принуждения обязанного лица при надлежащем исполнении регулятивной обязанности, т. е. при правомерном, нормальном развитии правоотношения? Вряд ли существует. Юридический факт, влекущий регулятивные право и обязанность, несовместим с реальной возможностью принуждения. К примеру, заключение договора купли-продажи вовсе не порождает реальной возможности требования покупателем возмещения убытков (право на иск), поскольку до тех пор, пока убытки не причинены, отсутствует и право требовать их возмещения.

Можно ли не согласиться с этой очевидностью? Вопрос сугубо риторический. Конечно, наличие регулятивного права означает, что есть и возможность его нарушения. Но что это за возможность? В принципе всякое родившееся может погибнуть, всякий спускающийся с лестницы может с нее упасть. Реальна ли эта возможность? Регулятивное право может быть нарушено

обязанным субъектом, поскольку регулятивная обязанность как мера должного поведения предполагает свободу лица от принуждения. Но возможность правонарушения означает возможность возникновения права на иск, т. е. возможность возникновения государственного принуждения, а не само существование права на защиту.

Пытаясь придать критикуемой концепции гибкость, ее автор разграничивает зрелость и незрелость права на иск. При наступлении зрелости права на иск, рассуждает М. А. Гурвич, «т. е. при переходе права требования в исковое состояние, оно наполняется всем содержанием охраняемого им субъективного права (требования), которое при этом переливается в форму притязания, или права на иск в материальном смысле»⁷⁰. Как бы этого ни хотелось автору, но форма притязания (права на иск) до того, как в нее «перельется» нарушенное субъективное право, т. е. до правонарушения, остается совершенно пустой, бессодержательной, ничем не наполненной. Таким образом, ни формы притязания, ни тем более самого притязания до известного юридического факта не существует, поскольку они ничем не обоснованы. Обнаруживается лишь возможность права на иск. Эта очевидная «незрелость» незрелого состояния права на иск приводит в конце концов к тому, что автор рассматриваемой концепции попросту переносит (видимо, незаметно для себя) момент возникновения права на защиту на момент правонарушения и сразу все становится на свои места. «Таким образом, — писал М. А. Гурвич, — ответственность представляет собой состояние обязанности, наступающее вследствие ее нарушения»⁷¹. Продолжим ход приведенного высказывания. Новому состоянию обязанности корреспондирует как раз право на иск (состояние субъективного права, по М. А. Гурвичу). И если обязанность возникла вследствие правонарушения, то и соот-

ветствующее ему субъективное право возникает по этой же причине.

Итак, к конкретизации элементов правовой нормы в правоотношении необходимо подходить с учетом того, что трехчленная юридическая норма, как доказал С. В. Курылев, слагается из двух самостоятельных норм — регулятивной и охранительной⁷². Следовательно, в правоотношении, которое носит либо регулятивный, либо охранительный характер, воплощаются гипотеза и диспозиция соответственно либо регулятивной, либо охранительной нормы. То, что мы называем санкцией, является диспозицией охранительной нормы, самостоятельность которой имеет смысл лишь относительно регулятивной нормы⁷³. Санкция конкретизируется в охранительном правоотношении, как только происходит нарушение права.

Субъективное право на защиту не существует до нарушения субъективного регулятивного права. Возможность правонарушения при возникновении регулятивных права и обязанности действительно имеется. Но это не означает, что «санкция явственно существует как реальная возможность, реализация которой может и не наступить, например, при своевременном или досрочном надлежащем исполнении обязанности». Если на основании того, что при возникновении регулятивной обязанности появляется возможность ее нарушения, делать вывод о существовании права на защиту, о конкретизации санкции, то значит придется признать, что возникла уже и административная, и уголовная ответственность в том случае, если возможны нарушения одной и той же обязанности, различные по своей общественной опасности. Так можно договориться до того, что все, кто является обязанной стороной в правоотношении собственности, суть потенциальные воры, ибо на этих лицах лежит уже уголовная ответственность, пусть и в «незрелом» состоянии, а санкция, с точки зрения М. А. Гурвича, явственно существует как реаль-

ная возможность. На самом деле существует не санкция как реальная возможность, а возможность возникновения санкции. Это разные вещи.

§ 8. Охранительное право и принуждение

Нетрудно увидеть, что положение о конкретизации санкции вместе с другими элементами нормы (гипотезой и диспозицией) в одном правоотношении и ставшее в нашей литературе хрестоматийным мнение М. А. Турвича о том, что правонарушение не создает ни нового правомочия, отличного от нарушенного права, ни нового правоотношения, а лишь приводит субъективное право «в состояние боевой готовности»⁷⁴, — это две стороны одной медали. Оба эти суждения покоятся на абстракциях: «правовая норма вообще», «субъективное право вообще», «правоотношение вообще».

И как только не объясняют ученые правовые последствия, вызванные правонарушением: право требования переливают в форму притязания, субъективное право переводят в новую стадию или присваивают ему боевой характер. Ради чего? На наш взгляд, для сохранения фикции целостности субъективного права. Именно фикции, потому что при более внимательном анализе хода рассуждений защитников «нерушимости» субъективного права становится видно, как оно превращается в некую оболочку, форму, куда пытаются поместить несовместимые, взаимоотрицающие правомочия: право требования и притязание. Но а форма, внутри которой меняются местами, переливаются конкретные правомочия и которая якобы обогащается и меняет стадии, сама по себе не имеет смысла, поскольку не жизнеспособна и как абстракция ничего реального не отражает. Конкретное, живое субъективное право — это либо регулятивное право требования, право на активные действия, либо охранительное право. Причем одно отрицает другое, одно сменяет другое и поэтому не су-

существует (не имеет смысла) вне связи с другим. Диалектика. Никуда не денешься. Плод отрицает цветок, из которого он вышел. Но возможен ли плод без цветка? Важно не упустить в своих рассуждениях ни появления нового качества, ни связи его со старым, без которого новое не возникает. Конкретное, некогда возникшее из некоторого юридического факта субъективное право не переходит в другую стадию развития и не принимает боевое состояние в результате нарушения, а просто право требования сменяется притязанием; регулятивное субъективное право оканчивает свое существование и возникает охранительное.

Хотя противники идеи выделения регулятивных и охранительных норм, субъективных прав, правоотношений совершенно категорически утверждают, что «право на защиту нарушенного кем-либо субъективного права является правомочием, входящим в содержание этого права»⁷⁵, в ряде случаев они прямо заявляют о возникновении новых прав и обязанностей, нового правоотношения в результате правонарушения. Это неудивительно. Факты подсказывают именно последнее. «... В зависимости от вида меры защиты права, определяемого различиями в ряде правонарушений, — пишет С. Н. Братусь, — последствием правонарушения является либо новое правоотношение, реализация которого обеспечена также государственным принуждением, либо непосредственное принуждение к исполнению существующей, но не исполненной обязанности»⁷⁶.

Мы не можем не согласиться с автором в том, что право на возмещение убытков, право на взыскание неустойки или право собственника истребовать свое имущество из чужого незаконного владения возникают и функционируют в рамках нового правоотношения, отличного от нарушенного⁷⁷. Но в связи с вышеприведенным высказыванием ученого неминуемо напрашивается вопрос: в каких случаях С. Н. Братусь полагает, что правонарушение не рождает нового права на защиту

и нового охранительного правоотношения? Ответ его состоит в следующем: «В отличие от правила о взыскании убытков и неустойки другое содержащееся в ст. 6 (ст. 6 Основ гражданского законодательства Союза ССР. — Е. М.) правило о том, что нарушенное субъективное право защищается также путем присуждения к исполнению обязанности в натуре, не предусматривает возникновения нового правоотношения»⁷⁸. Что нового возникает, спрашивают противники концепции охранительного правоотношения, если в результате правонарушения (например, невозврата заемщиком определенной суммы денег) требование кредитора к должнику остается тем же самым, а дополнительных прав у займодавец не возникает? Нарушитель просто принуждается к тому, что он должен был сделать до нарушения. Где в таком случае можно обнаружить новое пресловутое охранительное правоотношение?

Вопрос серьезный. Как сфинкс, говорит он теоретикам: разгадай меня или я пожру твою систему (Г. В. Плеханов).

П. Ф. Елисейкину — активному приверженцу идеи охранительного правоотношения — вопрос показался столь угрожающим, что он поспешил пойти на компромисс и присоединился в указанных выше примерах к точке зрения М. А. Гурвича. По мнению П. Ф. Елисейкина, в тех случаях, когда правонарушение рождает лишь возможность принудительного исполнения нарушенной обязанности, субъективное право приходит в состояние «боевой готовности». При других же обстоятельствах из правонарушения возникают правомочия, не укладывающиеся в содержание нарушенного субъективного права, в рамки регулятивных правоотношений. «Все это дает основание для вывода о том, — заключает автор, — что правонарушение не всегда способно привести субъективное право в состояние «боевой готовности»⁷⁹.

Думается, что этот явно половинчатый вывод от-

нюдь не способствует утверждению идеи выделения регулятивных и охранительных правоотношений. Теория не терпит подобного дуализма. Сторонники уравниваются с противниками. Что для одних исключение из правил, для других — само правило.

Вопрос ясен. Можно ли сохранить *status quo* концепции? Можно, потому что доказуемо, что на самом деле вопрос, кажущийся камнем преткновения, вовсе не является столь угрожающим для целостности концепции регулятивных и охранительных правоотношений.

Вызванный правонарушением переход от регулятивного к охранительному правоотношению происходит по двум линиям: 1) по линии возникновения возможностей претерпевания обязанным лицом не существующих ранее лишений (например, возмещение убытков, причиненных задержкой исполнения, ст. 282 ГК РСФСР); 2) по линии возникновения нового свойства субъективного права (новой возможности) — свойства принудительно осуществляться. Однако, если возможность новых, дополнительных ограничений возникает не во всех случаях конфликтной ситуации, то упомянутое свойство охранительного субъективного права порождается нарушением, как правило, всегда (за исключением случаев возникновения прав на односторонние действия). Как точно заметил Е. А. Крашенинников, «каждое охранительное субъективное гражданское право ... равно другому охранительному субъективному гражданскому праву по своей способности к принудительной реализации»⁸⁰.

Возникающее у регулятивного права свойство делает его новым правом, охранительным. «Если ... образование приобретает новые свойства, то оно становится *другим*, а не данным материальным образованием, ибо теряет свою определенность как данного образования»⁸¹. Такова философская истина, и именно в ней находится ключ к разгадке нашего «сфинкса».

Конфликтная ситуация (нарушение права) приво-

дит к тому, что противоположности регулятивного правоотношения — субъективное право и обязанность — не могут сохранить status quo, при котором право является пассивной подчиненной стороной. Интерес управомоченного лица не может реализоваться в таком отношении, где «в руках» обязанности сосредоточены функции реализации правоотношения. Чтобы разрешить конфликт, нужен принципиально иной способ существования отношения, при котором субъективное право становится доминирующей противоположностью, как бы перехватывает инициативу. Инициатива эта выражается в том числе и в способности субъективного права к принудительному осуществлению.

Все, что происходит с регулятивным правоотношением в результате правонарушения, в переводе на язык диалектики называется взаимопревращением противоположностей. В этом взаимопревращении суть метаморфозы. Регулятивное правоотношение угасает и сменяется новым охранительным правоотношением. И главным симптомом этой новизны, этого скачка является возникновение свойства субъективного права принудительно осуществляться.

«Следует особо подчеркнуть, — пишет А. М. Минасян, — что взаимопревращение противоположностей нельзя понимать софистически, как механическое «переворачивание» ситуации. Оно не дустое взаимное повторение одного и того же по замкнутому кругу, а развитие, превращение, переход, коренное качественное изменение, восхождение»⁸²,

Проанализируем исходный пример. Что нового возникает в результате невозврата заемщиком вещи в собственность или оперативное управление займодавцу? Возникает новое право требовать отобрания вещи у должника и передачи ее кредитору (ст. 217 ГК РСФСР). Оно не существовало раньше. До правонарушения займодавец не имел правовой возможности требовать у суда защиты. Только этот юридический факт

рождает такую возможность, а тем самым и новый *modus vivendi* отношения. Дело не в том, что «исполнение обязанности, опосредованное государственным принуждением, ничего не убавляет и не прибавляет к содержанию обязанности»⁸³, и это, по мнению С. Н. Братуся и других ученых, свидетельствует о невозможности существования новых охранительных правоотношений. А в том, что в результате нарушения права противоположности взаимопревращаются и на стороне управомоченного возникают новые возможности, которые связаны с появлением нового субъекта — юрисдикционного органа. Другая же сторона противоречия утрачивает значение «истинной действительности» правоотношения.

Противники концепции охранительных правоотношений вообще не видят какого-либо изменения в содержании правоотношения, если правонарушение ничего не добавляет к неисполненной обязанности: «...суд или арбитраж ничего не прибавляют к содержанию этого отношения»⁸⁴. Ну, а как быть с возможностью государственного принуждения? А очень просто, полагает С. Н. Братусь: «Обеспеченность субъективного права возможностью государственного принуждения — это неотъемлемое его качество, такая возможность «существует не параллельно с другими, закрепленными в субъективном праве возможностями, а свойственна им самим, так как без этого они не были бы юридически возможностями»⁸⁵.

Хорошо. Допустим, возможность государственного принуждения — это качество субъективного права. Возникает вопрос. Если нарушение права не влечет дополнительных ограничений, то имеет ли нарушенное субъективно право вообще притязание? Ведь сами оппоненты полагают, что структура субъективного права содержит в себе в качестве элемента притязание. И хотя это положение не совсем правильно, позволительно спросить: где же притязание? В чем оно выражается?

Если — не в возможности государственного принуждения, то его попросту не существует. Иными словами, из вышеприведенного довода оппонентов вытекает неожиданное для всех следствие: субъективное право содержит в себе только правомочие требования, да еще признак, в субъективном праве никак не выраженный, ибо ни с правом, ни с правоотношением в результате проявления возможности государственного принуждения, которым они всего лишь обеспечены, ничего не происходит.

Далее. Критики концепции охранительных правоотношений утверждают, что «нарушение права может видоизменить содержание правоотношения, иначе говоря, нарушение права — юридический факт, порождающий такое изменение прав и обязанностей, с чем должен считаться суд или арбитраж»⁸⁶. Но оказывается, что в ряде случаев правонарушение юридическим фактом не является. Ведь ничего не происходит с правоотношением, если новых ограничений у обязанного лица не возникает, а возможность принуждения давно уже заложена как свойство. Последовательно ли отказывать правонарушению в праве быть юридическим фактом всегда. Вряд ли. Логичнее усмотреть в возможности государственного принуждения охранительное субъективное право (меру возможного поведения). В ином случае последовательное развитие взгляда, согласно которому в правоотношении заложена угроза принуждения, а обеспеченность возможностью принуждения — это признак, присущий любому субъективному праву, неминуемо приводит нас к заключению, что право на принуждение вытекает из любого юридического факта (поскольку он порождает право и обязанность) и существует до правонарушения, а всякий вступающий в правоотношение, если он несет обязанность, — это потенциальный правонарушитель, на котором лежит ответственность. Вывод этот вряд ли у кого-то вызовет согласие.

Глава III

МАТЕРИАЛЬНОЕ И ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ

До сих пор мы вели речь о соотношении регулятивных и охранительных правоотношений, как правило, в материальном праве. Нетрудно заметить, что вопросы, касающиеся природы охранительного субъективного права, и прежде всего в части возникновения и осуществления, так или иначе выводят нас на понятие «процессуальное правоотношение». И действительно, право на защиту, особенно если оно несет в себе возможность государственного принуждения, предполагает определенную юрисдикционную деятельность, без которой реализация притязания невозможна. Здесь нас и подстерегает проблема определения связи материального и процессуального.

Связь этих явлений столь же очевидна, сколько очевидно их различие. Такое положение вещей может привести либо к мнению о полной несхожести процесса и материальных правоотношений, либо к точке зрения, констатирующей тесную взаимосвязь этих явлений при относительной самостоятельности каждого из них, либо к концепции слияния процессуального и материального, т. е. существования комплексных материально-процессуальных институтов.

Выделение регулятивных и охранительных правоотношений позволяет говорить не просто о соотношении материального и процессуального, а о связи именно охранительных (материальных) и процессуальных отношений. В самом деле, процесс связан с защитой, а защиту субъективных прав опосредуют охранительные правоотношения. Видимо, это обстоятельство привело некоторых ученых к мнению, согласно которому «охра-

нительные правоотношения... облекаются в форму процессуальных отношений»¹.

Такое неосторожное высказывание просто стирает всякие различия между процессуальным и материальным. Процесс — это не форма, в которую облекаются охранительные правоотношения, опосредующие защиту, поскольку, если это так, то охранительные отношения составляют содержание процессуальных, содержание того, в форме чего, по мысли Л. С. Явича, они пребывают. Между тем очевидно, что это далеко не тождественные правоотношения, отличающиеся друг от друга по целевому назначению, содержанию, субъектному составу. Процессуальные нормы регулируют одну область общественных отношений, материальные (охранительные) — другую. Сам факт существования процессуальных отраслей права является доказательством этого.

§ 1. Право на иск и соотношение материального и процессуального (два смысла понятия «право на иск»)

Иск. Трудно, наверное, найти другое правовое явление, при выяснении природы которого перед исследователем стоял бы так остро вопрос о соотношении материального и процессуального. Это понятие используется в языке как гражданско-процессуального, так и гражданского закона. Ученые говорят об иске как о процессуальном средстве защиты прав и интересов. Последняя фраза дает повод отнести иск к процессу. А поскольку защита гражданских прав регулируется материальным законом, то как тут не согласиться с мнением А. А. Добровольского, что «иск есть единое понятие как для процессуального, так и для материального права»². По сути, автор этого взгляда утверждал, что право на иск — это комплексный материально-процес-

суальный институт, так как содержит в себе материальное и процессуальное правомочия².

Верна ли эта концепция? Для нас уже естественно, что правильный ответ на этот вопрос мы получим, если проанализируем ее с точки зрения теории регулятивного и охранительного права. Грамотный анализ состоит тогда, когда мы сумеем воспроизвести логику движения мысли А. А. Добровольского, путь к конечному выводу, который заключается в следующем: «Неразрывная связь права и процесса делает иск смежным комплексным институтом и материального и процессуального права»⁴.

По смыслу ст. 83 ГК РСФСР о праве на иск можно вести разговор в связи с защитой нарушенного права. По мнению М. А. Гурвича, право на иск — это само материальное субъективное право, пришедшее в результате правонарушения в состояние «боевой готовности», в состоянии притязания. Право на иск — это само правомочие притязания, которое входит в нарушенное право⁵. А. А. Добровольский выступил против такого понимания права на иск: «Иск, право на иск не могут рассматриваться как само материальное право в его особом боевом состоянии, в состоянии притязания». Автор поясняет свое возражение следующим примером: «Лицо, имеющее право на пенсию (по действующему законодательству), не может защищать это право в судебном порядке. Его притязание может рассматриваться только в административном порядке. <...> Некоторые притязания из жилищных правоотношений могут осуществляться без иска в административном порядке (например, в случаях административного выселения)». И заключает: «Во всех этих случаях право находится в боевом, «напряженном» состоянии (М. А. Гурвич), в состоянии притязания, но здесь нет иска»⁶.

Что же, мысль ясна. Не всякое притязание есть право на иск, а лишь то, которое может быть принудительно осуществлено в судебном порядке.

Обратим внимание, что А. А. Добровольский не спорит с М. А. Гурвичем по поводу сущности притязания (права на защиту). Для него оно, так же как и для М. А. Гурвича, — одно из правомочий, которое входит в структуру нарушенного или оспоренного субъективного права. Автор исходит здесь из абстракции «субъективное право вообще». Видимо, для него положение о том, что в результате нарушения право находится в состоянии, годном к принудительной реализации, является очевидным и не подлежащим критическому осмыслению. А. А. Добровольский стремился прежде всего показать, что право на иск — это материально-правовое требование одной стороны к другой, которое может быть принудительно осуществлено через суд. «Есть... смысл, — писал он, — отличать притязания, подлежащие рассмотрению в процессуальном порядке, от притязаний, не подлежащих судебному или арбитражному рассмотрению. Вот для таких случаев и существуют понятия иска и права на иск»⁷.

Приведенный ход рассуждений показывает, что их автор понимает под правом на иск материально-правовое правомочие, которое возникает объективно из факта нарушения субъективного права, являясь правом на защиту. Право на иск выражает возможность субъективного права принудительно реализоваться.

Однако дальнейшее знакомство с концепцией А. А. Добровольского свидетельствует о том, что наш вывод сделан преждевременно. «Иск не просто материально-правовое требование, притязание или претензия одного лица к другому, а также требование, которое подлежит рассмотрению в определенном процессуальном порядке... Дело не в том, что это право находится в «боевом», «напряженном» состоянии, а в том, что оно находится в «процессуальном» состоянии, т. е. облачено в процессуальную форму». Вот оно в чем дело. Оказывается, по А. А. Добровольскому, право на иск, после того как произошло некоторое нарушение права, вовсе не

возникает, не существует. Необходимо реальное возбуждение процесса, чтобы можно было говорить о реальности иска, права на иск. Почему? Потому что, «именно в процессе, в процессуальной форме, — считает автор, — право, как правило, получает свое осуществление, когда встречает на своем пути то или иное препятствие (нарушение или оспаривание)»⁸.

Теперь ясно, что заставило цитируемого автора связать возникновение права на иск с рассмотрением дела. Ученый не отделяет существования субъективного права от его реализации. Между тем такое разделение является аксиомой юриспруденции и вытекает из самого определения субъективного права. Последнее есть возможность удовлетворения интереса управомоченного. А возможность и действительность (осуществление возможности, ее актуализация) — это разные вещи.

А. А. Добровольский сравнивает субъективное право, притязание (или требование) и иск. По его мнению, право на иск (иск) возникает только тогда, когда лицо реально обращается за помощью к специальному аппарату⁹. Предлагая схему соотношения этих трех понятий, автор полемизирует с М. А. Гурвичем, полагавшим, что право на иск есть притязание.

При этом А. А. Добровольский не обращает никакого внимания на то, что М. А. Гурвич ведет речь о праве на иск, о возможности лица получить защиту от суда в результате нарушения права. Наш оппонент сопоставляет несравнимые вещи, поскольку подменяет право на защиту условиями, способствующими осуществлению защиты; точнее, он просто отождествляет эти два понятия. Иначе и невозможно оценить следующее высказывание: «В самом деле, годное к принудительному, немедленному осуществлению нарушенное или оспоренное право может быть в наличии, а иска может и не быть. В одних случаях обладатель нарушенного или оспоренного права просто мирится с этим наруше-

тельности суда, арбитража или иного органа, полномочного рассматривать правовые требования в определенном процессуальном порядке»¹³, противоречит основному постулату материалистической гносеологии. Если некоторое объективное явление становится предметом познания, то от этого его сущность, качество, особенности не меняются. Поэтому, если материальное субъективное право попадает в орбиту процессуальной деятельности суда (арбитража), то оно сохраняет свою материальную сущность и не становится процессуальным правом. Предмет познания неизменно объективен, ибо познавательная деятельность как «активность субъекта, направленная на объект, не модифицирует его, не разрушает и не конструирует, а отражается им и возвращается к субъекту в виде знания об этом объекте»¹⁴. Правда, и здесь мы вынуждены повторить, что А. А. Добровольский под материально-правовым требованием понимает не субъективное право, возникшее и реально существующее, а выраженную в исковом заявлении претензию истца к ответчику. Но заявление истца не является предметом процесса. Предметом процесса в случае нарушения права служит охранительное правоотношение. Эту аксиому, кстати, признает и сам А. А. Добровольский, высказывая ее в другом месте своего сочинения и по другому поводу¹⁵.

В изложении концепции единого права на иск автор не только утверждает по сути прямо противоположное положение, но и игнорирует содержание правовых понятий. Возьмем основное положение теории единого права на иск: «С нашей точки зрения нет права на иск в материальном смысле без проверки требования о принудительном осуществлении субъективного права в определенном процессуальном порядке, т. е. без определенных правовых гарантий как для истца, так и для ответчика, и нет права на иск в процессуальном смысле без материально-правового требования истца к ответчику. Названные права могут существовать только

как две стороны единого понятия, единого права на иск»¹⁶.

Читатель, не верь прочитанному. Это только написано «право на иск в материальном смысле». На самом деле для автора это вовсе не то субъективное право, что для нас, и вовсе не тот «материальный смысл», что для М. А. Гурвича, с которым он ведет полемику. Действительно. Подумаем над утверждением: «...нет права на иск в процессуальном смысле без материально-правового требования...» Разве трудно представить себе ситуацию, когда заинтересованное лицо реализует свое право на предъявление иска, но в результате выясняется, что никакого притязания на его стороне не было и иск не удовлетворяется? Но автор приведенной точки зрения и не имел в виду право на удовлетворение иска (право на иск в материальном смысле). Он ведет речь о требовании, которое указывает истец в исковом заявлении, о том, что думает, считает истец по поводу спора о праве, а не о субъективном материальном праве. Как нам с этих позиций отнестись к первой части изложенного выше взгляда: «...нет права на иск в материальном смысле без проверки требования о принудительном осуществлении субъективного права в определенном процессуальном порядке...»? Ответим так. И в том случае, если автор фразы понимает под правом на иск субъективное право, т. е. право на удовлетворение иска (право на защиту), и в том случае, если в это понятие им вкладывается требование, указанное истцом в исковом заявлении, утверждаемая им мысль ошибочна.

В самом деле. Рассмотрим первое предположение. Субъективное право на иск как право на защиту возникает до проверки искового требования, до процесса и является предметом судебного рассмотрения. По А. А. Добровольскому выходит, что право на иск в материальном смысле возникает и существует тогда, когда начинается процессуальная проверка требования ист-

ца. Но это противоречит смыслу ст. 83 ГК РСФСР. Право на иск, согласно этой статье Гражданского кодекса РСФСР, возникает со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права, т. е. до того, как возбуждается процесс. Течение срока исковой давности, начинающееся со дня возникновения права на иск, есть свидетельство существования права на иск. Автор к тому же «забывает» о своей концепции, когда рассуждает о природе судебного решения. Ну как тут не усомниться в том, что материально-правовое требование истца и ответчика, притязание не существует без процесса, если выдвинувший этот вывод А. А. Добровольский пишет: «Судебное решение есть средство принудительной реализации тех правомочий, которые существуют у истца в реальной действительности, благодаря юридическим фактам, имевшим место до суда и независимо от суда?»¹⁷. Это совершенно верное суждение доказывает искусственность и надуманность концепции единого (материально-процессуального) права на иск. Материальное право на иск возникает из факта нарушения права.

Теперь допустим второе предположение. Если автор понимал под правом на иск в материальном смысле требование истца к ответчику, то следует как минимум два ошибочных вывода. Во-первых, такое понимание права на иск просто ничего не оставляет от понятия «субъективное право». К тому же нарушается первый закон формальной логики: А есть А, предмет мысли должен быть тождествен самому себе, поскольку мы, читая «субъективное право на иск», думаем именно о субъективном праве, а не о том, о чем думает цитируемый автор. Во-вторых, подобная метаморфоза приводит к ошибке в определении предмета процессуальной деятельности, согласно которой требование истца к ответчику, выраженное в исковом заявлении, обращение истца в суд являются предметом судебного познания, предметом иска¹⁸. Это обыденный, лежащий на поверх-

ности взгляд. Суд рассматривает исковое заявление, но не познает его. Заявленное истцом требование — это то, по поводу чего¹⁹, в связи с чем возникает процесс. Но устанавливается, познается некоторая объективно существующая совокупность фактов, в том числе охранительное материальное правоотношение, право на иск, поскольку «в связи с возникшим спором... органы государственного принуждения в присущей им процессуальной форме выясняют материальную истину, подтверждают наличие или отсутствие прав и обязанностей (но не выясняют заявленное требование. — Е. М.) и обеспечивают осуществление права путем принуждения к исполнению обязанности должником»²⁰. Требование, которое предъявляет истец в исковом заявлении, конечно, зависит от истца, от того, что он думает. Но требование, которое вытекает из факта нарушения права, т. е. охранительное субъективное право на иск, от истца не зависит. Именно оно и является предметом процесса, именно его и устанавливает суд в ходе процесса, если факт нарушения права действительно имел место.

Стремление автора концепции единого понятия иска соединить материальное с процессуальным, причем «на первое место поставить его (иска. — Е. М.) процессуальную сторону»²¹, приводит к тому, что в ряде высказываний содержание исковой защиты целиком переносится в процессуальную плоскость и тем самым цель и смысл защиты утрачиваются.

«Суть любого иска как средства защиты права, — писал А. А. Добровольский, — заключается именно в том, что суд на основании искового заявления, адресованного суду, должен проверить изложенное в этом заявлении требование истца, адресованное ответчику»²². Разве защита права заключается в проверке изложенного в исковом заявлении? Разве этим осуществляется защита? Ни в коем случае. Суть иска как средства защиты состоит в требовании истца принудительной реа-

лизации материально-правового требования к ответчику. Это требование направлено к суду. Реализуя это требование путем вынесения определенного судебного решения, суд начинает осуществлять защиту. Таким образом, до вступления судебного решения в законную силу ни о каком осуществлении защиты и речи быть не может.

В этой связи вряд ли можно согласиться с точкой зрения, согласно которой требование истца к суду «уже реализовано возникновением процесса, требование же истца к ответчику остается нерешенным до конца процесса»²³. Автор приведенного суждения видит только процессуальную сторону иска — требование к суду о возбуждении процесса. Но ведь разговор идет об иске как средстве защиты. И в этом смысле возбуждение процесса не главная цель иска и не главное требование, направленное к суду, ибо возбуждение процесса не означает принудительного осуществления требования истца, направленного к ответчику. Автор поэтому противоречит здесь сам себе, когда указывает, что «основная... цель любого иска заключается в получении судебного решения как акта защиты права»²⁴.

Как А. А. Добровольский объясняет характер требования истца к суду о защите права, требования на получение судебного решения как акта защиты права? Он рассуждает следующим образом: «В конкретном процессе единое право на иск реализуется, с одной стороны, как право на возбуждение процесса, а с другой стороны, как право на положительный результат процесса, т. е. на получение судебной защиты нарушенного или оспоренного субъективного права.

Как отмечал Курылев, оба правомочия адресуются непосредственно к суду и с этой точки зрения оба являются процессуальными полномочиями»²⁵.

Логика автора такова: раз требование на получение защиты направлено к суду, значит оно процессуально, поскольку любое требование, направленное к суду,

является процессуальным. Материально-правовая же сторона иска выражается в требовании истца к ответчику.

Полагая, что развивает данные рассуждения, ученый выделил в праве на иск процессуальную сторону, отнеся к ней право на предъявление иска, и материально-правовую — право на удовлетворение иска. «В целом же право на иск есть, — замечает он, — право на его предъявление и удовлетворение, т. е. право на процесс и право на принудительное осуществление материально-правового требования»²⁶.

Остановимся на положении, согласно которому право на удовлетворение иска есть материально-правовая сторона иска (право на иск в материальном смысле). Право на удовлетворение иска означает право на положительный результат процесса, право истца на получение судебного решения о принудительном осуществлении своего требования к ответчику. В таком случае это право включает в себя требование истца, направленное к суду, ибо без суда невозможно вынесение решения. Направлено ли право на удовлетворение иска только к ответчику? Нет, конечно. Не только. Следовательно, правомочие на получение защиты нарушенного или оспоренного субъективного права, адресованное суду, носит материальный характер. Вот и получается, что вывод о материально-правовом характере права на удовлетворение иска (безусловно, верный, потому что в этом состоит защита, а защита есть институт материального права) противоречит выводу о том, что требование к суду об удовлетворении иска носит процессуальный характер.

Последнее обстоятельство и приводит нашего оппонента к некоторым суждениям, в которых искажается смысл, назначение защиты, поскольку она, по его мысли, реализуется, существует в ходе процесса. «Иск — это, в первую очередь, материально-правовое требование, с которым истец обращается к ответчику через

суд, — считает А. А. Добровольский. — Следовательно, по своей природе это материально-правовое понятие. Но, поскольку условия судебной защиты этого требования определяются нормами процессуального права, институт иска является также процессуальным институтом»²⁷. Суд, осуществляя защиту, т. е. вынося решение, руководствуется нормами материального права. Не только требование истца к ответчику есть содержание защиты. Согласно ст. 6 ГК РСФСР, принудительное осуществление этого требования судом составляет защиту. Следовательно, требование истца о принудительном осуществлении своего требования к ответчику, гоже по своей природе материально-правовое явление. Оно осуществляется не в ходе, а в итоге процесса, естественно, судом, которому и адресовано.

Обилие алогизмов в теории единого права на иск равнозначно ее несостоятельности. Причина этого заключается в сомнительности посылок, из которых исходит автор концепции. Одна из них, пожалуй, главная, есть мнение, что если материальное и процессуальное правомочия тесно связаны, то значит одно не может существовать без другого и, следовательно, оба они образуют единое процессуально-материальное право. Это весьма поверхностное, упрощенное рассуждение игнорирует сложность правовых явлений, не учитывает объективность субъективного права, отвергает различие понятий «существование права» и «осуществление права». Подобная неувязка рождает такую многозначность используемых терминов, которая превращает концепцию в конгломерат отрывочных суждений, логически между собой не связанных и противоречащих друг другу. Иначе и быть не могло, так как автор стремился доказать тезис, а не следить за логикой самой действительности. В результате теория единого права на иск сопровождается путаницей в понятиях, где требование истца к ответчику, по воле автора, становится то средством защиты, то предметом защиты, требование

об удовлетворении иска выступает то процессуальной, то материальной стороной иска, а право на иск — то субъективным правомочием, то заявленным в иске требованием.

Очевидно, что решить проблему соотношения материального и процессуального в праве на иск можно только при четком представлении сущности обоих понятий. Выяснить материальную сторону иска — это значит разобраться в том, что такое нарушенное право и что возникает в результате нарушения. Здесь мы и приходим к выводу, что только идея выделения регулятивных и охранительных правоотношений позволяет раскрыть подлинную связь процесса и материального права.

В самом деле, та простая мысль, что способность принудительного осуществления принадлежит только охранительному субъективному праву, возникающему из факта нарушения регулятивного права, и что это свойство выражается в правомочии истца требовать у суда принуждения, т. е. удовлетворения иска, уже дает ответ на вопрос, когда появляется право на иск в материальном смысле, как и когда оно может реализоваться. Теперь ясно, что право на возбуждение процесса есть условие, которое способствует реализации права на удовлетворение иска, есть фактор, без которого актуализация его невозможна. Но право на предъявление иска не является формой осуществления права на удовлетворение иска, ибо в ходе процесса право на удовлетворение иска устанавливается, но не реализуется. Поэтому непозволительно соединять право на возбуждение процесса с материальным правом на защиту, даже при оговорке об их относительной самостоятельности. Такая оговорка уже теряет свой смысл.

Одна из главных причин несостоятельности теории единого понятия права на иск состоит в том, что в ее фундамент входит абстракция «субъективное право вообще». А. А. Добровольский, с одной стороны, разме-

жевыбывает понятия «субъективное право» и «притязание», с другой — считает способность к принудительному осуществлению неотъемлемым свойством любого права²⁸. Между тем притязание — это тоже субъективное право. Именно оно и обладает способностью принудительно осуществляться через суд. В этом случае оно называется правом на иск в материальном смысле. Весь вопрос и состоит в том, чтобы разобраться, что означает возможность принудительного осуществления. И если не представить эту возможность как материальное правомочие, содержащееся в охранительном субъективном праве и выражающееся в возможности требовать у суда принуждения, то правильного определения связи материального и процессуального мы не получим.

«Всякая путаница исчезнет, — писал А. А. Добровольский, — если мы твердо условимся в следующем. Иск как пограничный институт двух отраслей права неизбежно должен рассматриваться в двух аспектах: в материальном и процессуальном»²⁹.

Оставим три первых слова этого рассуждения. Большого мы себе по известным причинам позволить не можем. Тогда получим следующее утверждение. Всякая путаница исчезнет, если говорить о защите субъективного права исходя из концепции регулятивного и охранительного права. Тогда и только тогда «материальное» и «процессуальное» займут свои истинные места, а мы получим право заявлять о том, что эти явления взаимосвязаны и в то же время существуют относительно самостоятельно.

§ 2. Охранительные правоотношения и исковая форма защиты субъективных прав

Юридический факт, вызывающий защиту гражданских субъективных прав, рождает и новое охранительное правоотношение. Право на защиту возникает и

осуществляется в лоне правоотношения, отличного от нарушенного. Эта мысль приобрела уже немало сторонников³⁰. Но сама по себе она не устраняет теоретических противоречий. Последователи ее не имеют единства во взглядах на природу права на защиту. Главное, таким образом, состоит не только в том, чтобы согласиться, что некоторый юридический факт рождает новое правоотношение, главное — в том, как определяется «новизна» охранительного субъективного права.

Основной разновидностью права на защиту в гражданском праве является право на иск, о котором говорится в ст. 83 ГК РСФСР. Право на иск — это охранительное право. Однако признать данное обстоятельство, это еще не значит изменить старое мнение о сущности права на иск. Как и М. А. Гурвич, отрицавший существование самостоятельного охранительного субъективного права, приверженцы идеи выделения регулятивных и охранительных прав (П. Ф. Елисейкин, Е. А. Крашенинников) полагают, что право на иск о присуждении есть притязание к ответчику. Не более того. Странно это и так ли это?

По М. А. Гурвичу, право на иск в материальном смысле принадлежит материально-управомоченному и обращено (адресовано) к должнику. В то же время это не простое право требования одной стороны к другой. Это право требования, которое, как говорит М. А. Гурвич, находится в искомом состоянии, пребывает в форме притязания³¹. В чем же выражается искомое состояние некоторого права требования? В том, что само право требования является предметом иска и далее предметом судебных решений о присуждении, иными словами, выступает в качестве предмета судебного рассмотрения, предмета процесса³². Но странное дело, отмеченное обстоятельство никак не обозначается в содержании права на иск. Иначе и быть не может. Ведь судебное рассмотрение как познавательная деятельность не может затронуть сущность предмета рассмотрения.

«Дело суда, — отмечает М. А. Гурвич, — *выяснить* правоотношение, возникшее под регулирующей силой правовой нормы, познать и подтвердить его, каким оно существует в действительности, а не придавать ему правовое значение или свойство»³³. Выяснение, как видно, никоим образом не касается предмета выяснения.

Получается, что в праве на иск никак не выражен сам факт иска, сам факт защиты. Явная несообразность. Но в чем ошибка?

Ошибка в том, что М. А. Гурвич считает «дело суда — *выяснить*» и только. Но дело суда не только *выяснить* истину, подтвердить правоотношение; дело суда в том, чтобы вынести определенное решение, осуществить защиту, принудительно реализовать некоторое требование. Значит, в содержание права на иск о присуждении входит правомочие истца требовать от суда определенного решения. В русле современной юридической теории это утверждение кажется крамольным, ибо хрестоматийной уже стала точка зрения, согласно которой, все, что направлено к суду и исходит от него, носит чисто процессуальный характер³⁴.

Однако рассуждая о праве на иск, М. А. Гурвич косвенно соглашается с тем, что суд является субъектом материального охранительного гражданского правоотношения, в ходе которого осуществляется защита нарушенного субъективного права. Так, он пишет: «Известно, что судебные решения представляют собой пути и способы защиты права, а иски — средства, направленные на получение решения той или иной формы. Именно по этому признаку они и делятся на виды, по их так называемому содержанию, т. е. по видам испрашиваемой защиты права»³⁵.

Если это общеизвестно, то право на иск — это в том числе и право на судебное решение. А право на судебное решение имеет своим адресатом именно суд. Очень трудно обнаружить логику в том, чтобы отри-

цать наличие правомочия обращенного к суду в структуре права на иск по причине его процессуального характера и в то же время признавать, что судебное решение — это способ защиты. Право на иск — это разновидность права на защиту. Конкретное же субъективное право на защиту есть право на определенный способ защиты. Следовательно, способ защиты должен быть выражен в содержании права на защиту. Без способа защиты нет и самой защиты. Если же способ защиты состоит в получении определенного вида судебного решения, то право на иск (право на определенный способ защиты) не просто является требованием одной стороны к другой, а обязательно включает в себя материальное требование истца, направленное к суду с тем, чтобы он вынес необходимые судебные решения. Именно материальное требование.

Для М. А. Гурвича материально-правовой характер носит только требование, адресованное к ответчику. Когда утверждается, что право на возбуждение процесса — это процессуальное право, какие-либо возражения вряд ли возникнут. Но автор считает, что всякое правомочие, адресованное к суду, есть процессуальное правомочие, в том числе и право на положительный результат процесса³⁶. «Властная воля суда, — писал М. А. Гурвич, — которой подтверждение фактов и правоотношений вводится в действие, в соответствии с его положительным или отрицательным содержанием имеет чисто процессуальный характер; устраняя спорность правоотношения, она, как общее правило, не затрагивает материально-правовой ткани или содержания спорного правоотношения, какой бы разъяснительный характер ни носила судебная декларация данного правоотношения»³⁷. Вот как. Судебное решение — не более чем подтверждение того, что было, устранение спорности правоотношения, разъяснение как элемент познания. «Правоотношение, — отмечал М. А. Гурвич, — существует или не существует и констатируется судом

в виде устанавливающего подтверждения, устраняющего его неопределенность и сомнительность»³⁸.

А где же законная сила судебного решения? Где собственно властность воли суда; в чем она выражается, если она вообще не затрагивает «ткани» материального правоотношения? Да в том, что судебным решением суд осуществляет принудительную реализацию требования истца к ответчику (в случае исков о присуждении). Да, суд констатирует правоотношение в результате процесса. Но это правоотношение существует в возможности, в состоянии нереализованности. В результате процесса оно осуществляется, переходит в действительность. Судебное решение символизирует силу закона, олицетворяет его принудительную мощь (Д. И. Полумордвинов) и в этом состоит его материальный характер. Суд не занимается правотворчеством, но осуществляет защиту. Только поэтому этот орган участвует в охранительном материальном правоотношении по осуществлению защиты.

В свое время М. А. Гурвич определил право на иск в материальном смысле как «гражданское субъективное право на принудительное осуществление обязанности должника совершить какое-нибудь действие или воздержаться от определенного действия (ч. III, ст. 16 Основ гражданского законодательства, ст. 83 ГК)»³⁹.

Замечательное определение, из которого вовсе не следует, что право на иск — это только притязание к ответчику. Право на иск — это право требовать принуждения должника, а значит право требовать от суда вынесения определенного решения. Откуда иначе возьмется «мощь вызывать исполнение обязанности» (Д. И. Полумордвинов), если ограничить право на иск только требованием одной стороны к другой и если всякое правомочие, адресованное к суду, считать только процессуальным⁴⁰. Придется тогда в противоречии с вышеназванным определением признать вслед за С. С.

Алексеевым, что право на иск, выраженное в ст. 6, 83 ГК РСФСР, «имеет чисто процессуальную природу»⁴¹. Но мы этого заключения не сделаем, поскольку в нем нет никакой логической необходимости.

В отличие от М. А. Гурвича — автора концепции, согласно которой в результате правонарушения или спора о праве субъективное право приходит в состояние «боевой готовности», П. Ф. Елисейкин считает, что в этих случаях «возникает новое, не существовавшее ранее материально-правовое требование на стороне управомоченного по отношению к обязанному лицу»⁴².

«Какая разница, — спросит читатель, назовем ли мы нечто состоянием субъективного права или новым субъективным правом? Дело лишь в словах». Вопрос естествен, но вряд ли концепция охранительного правоотношения П. Ф. Елисейкина позволяет дать на него ясный ответ. Действительно, взгляд автора на природу права на иск как охранительного субъективного права полностью совпадает с раскрытой выше позицией М. А. Гурвича по поводу права на иск как «боевого» состояния нерешенного права. «Охранительное отношение, — пишет П. Ф. Елисейкин, — это разновидность материально-правового отношения, складывающегося между самими заинтересованными лицами и, безусловно, без участия юрисдикционного органа». Автор считает, что право на иск в материальном смысле направлено к «обязанному лицу (должнику, правонарушителю, лицу, оспаривающему право). Эти выводы вытекают из содержания ст. 6 ГК»⁴³. Вряд ли можно усомниться в истинности выводов, которые вытекают из ст. 6 ГК. Но вытекают ли?

Обратимся к рассуждениям известного процессуалиста. «Определяя материально-правовые способы защиты гражданских прав, — пишет П. Ф. Елисейкин, — эта статья (ст. 6 ГК РСФСР) указывает, что вправе требовать управомоченный от обязанного, что должен сде-

лать обязанный для устранения последствий своего противоправного поведения... Конкретные... способы защиты и конкретные материально-правовые требования определяются на основе ст. 6 ГК в отдельных нормах гражданского права... Если продавец в нарушение договора купли-продажи, гласит ст. 243 ГК, не передает покупателю проданную вещь, покупатель вправе требовать передачи проданной вещи и возмещения убытков, причиненных задержкой исполнения, либо отказаться от договора и потребовать возмещения убытков»⁴⁴.

В этом ли истина гражданско-правовых способов защиты? Продавец не передал проданную вещь, а покупатель защищается требованием передачи проданной вещи. Но ведь право требовать передачи проданной вещи имелось до того, как оно было нарушено. Что же изменилось в результате правонарушения и в чем состоит защита, если субъективное право, именуемое П. Ф. Елисейкиным охранительным (правом на иск в материальном смысле), обращено к должнику и может быть им нарушено?

Защита, очевидно, состоит в том, что у кредитора появилась в результате нарушения права правовая возможность принуждения должника к передаче вещи через суд, и не только к передаче вещи, но и к возмещению убытков, причиненных задержкой исполнения. Следовательно, охранительное право на иск включает возможность требовать у суда принуждения, а охранительное правоотношение, в рамках которого право на иск осуществляется, имеет одним из своих субъектов юрисдикционный орган.

Оставим логику и обратимся к ст. 6 ГК РСФСР. Если верно, что в ст. 6 ГК определяются способы защиты гражданских прав (а в этом никто не сомневается), то они состоят не в том, «что вправе требовать управомоченный от обязанного, что должен сделать обязанный для устранения последствий своего противоправного по-

ведения»⁴⁵, а в признании прав, восстановлении положения, существовавшего до нарушения права, присуждении к исполнению обязанности в натуре, прекращении или изменении правоотношения, взыскании с лица, нарушившего права, причиненных убытков. Конечно, в ст. 6 ГК можно усмотреть требование о возмещении убытков или требование, скажем, передачи проданной вещи, но ставить на этом точку и считать, что защита этим исчерпывается, нельзя, поскольку она заключается во взыскании убытков или в присуждении к передаче проданной вещи. Требование есть, но кредитор не может самостоятельно ни взыскать, ни присудить. Ведь в ст. 6 ГК говорится, что защита гражданских прав осуществляется в установленном порядке судом, арбитражем или третейским судом. Если охраняемое правоотношение — это отношение, в рамках которого осуществляется тот или иной способ защиты, то, спрашивается, будет ли утверждение, что охраняемое право на иск есть просто право требования к должнику, соответствовать тексту и смыслу ст. 6 ГК? Вопрос, как видим, риторический.

П. Ф. Елисейкин обосновывает свою позицию ссылками на ст. 151—153, 156—157, 243 ГК РСФСР. Ну как можно возразить, если, по мнению автора, «ст. 151—153, 156—157 ГК указывают, что может потребовать собственник от лица, которое нарушило его право собственности»⁴⁶. Но это только мнение автора. В тексте данных статей говорится не о праве собственника требовать, а о праве истребовать имущество из чужого незаконного пользования. Право истребовать означает право собственника требовать возврата имущества, обладающее способностью принудительного осуществления через суд. Поэтому это право является охранительным. Такой вывод следует из грамматического и логического толкования ст. 151—157 ГК.

Правда, в ст. 243 ГК говорится: «...покупатель вправе требовать передачи ему проданной вещи и возмещения убытков». Систематическое толкование закона позволяет четко определить, что здесь имеется в виду. Обратимся к ст. 217 ГК РСФСР, регламентирующей последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь. В ней сказано, что кредитор «вправе требовать отобрания ...вещи у должника и передачи ее кредитору». В данном случае отобрание есть способ защиты, который в ст. 6 ГК именуется присуждением. Так что, если о праве требования говорится в нормах, регламентирующих защиту нарушенных прав, то значит, это право является охранительным (правом на иск), способным к принудительной реализации и имеющим своим адресатом юрисдикционный орган.

Только такой вывод позволяет, на наш взгляд, действительно обосновать идею возникновения нового охранительного права на иск, четко отмежеваться от концепции «боевого состояния нарушенного права» М. А. Гурвича и тем самым отразить возможный упрек в игре словами и схоластической говорильне.

Самое удивительное в анализируемой концепции заключается в том, что ее автор вместе с утверждением, что охранительное правомочие (право на иск в материальном смысле) адресовано только ответчику, допускает высказывание, согласно которому охранительное субъективное право в результате нарушения или оспаривания приобретает способность принудительной реализации⁴⁷. Парадоксально, но факт: главный контраргумент концепции является одним из ее составляющих. Как согласовать такое положение дел? Во всяком случае этот вопрос требует специального разъяснения.

Сторонник концепции П. Ф. Елисейкина Е. А. Крашенинников предлагает нам развернутый, философски насыщенный ответ на поставленный вопрос. Он считает, что «присущая охранительному субъективному граж-

данскому праву способность к принудительному осуществлению наряду со своим существованием в праве на защиту приобретает собственное существование в процессуальном праве ст. 3 ГПК РСФСР. Она отделилась от своей субстанции вследствие того, что натуральная определенность этой субстанции противоречила ее всеобщему определению как носителю способности к принудительному осуществлению»⁴⁸. Пока ясно одно, что автор мыслью своей «перенес» свойство материального права в содержание процессуального права на предъявление иска. Как же объясняется подобная метаморфоза?

«Каждое охранительное субъективное гражданское право (например, виндикационный иск) равно другому охранительному субъективному гражданскому праву (например, договорному иску) по своей способности к принудительной реализации. Поэтому это равенство охранительных субъективных гражданских прав, это их единство отлично от их натурального многообразия, и поэтому оно выступает в субъективном процессуальном праве на обращение в суд за судебной защитой и как общий различным охранительным субъективным гражданским правом элемент, и как третье по отношению к ним»⁴⁹.

Весьма спорные рассуждения. Если способность к принудительной реализации образует единство охранительных субъективных прав, отличное от их «натурального многообразия», то значит, она есть качество охранительного права, его основное, глубинное, сущностное свойство. Позволительно ли выводить качество вещи за пределы вещи? Мыслимо ли сущность явления отделять от него самого, заключать ее в другое явление? С философской точки зрения вряд ли. Автор же продолжает: «Способность искового права к принудительному осуществлению имеет двойное существование: с одной стороны, она существует как внутренне присущее свой-

ство охранительных гражданско-правовых требований, с другой — как отличное от них процессуальное право на возбуждение гражданского дела»⁵⁰. Этот вывод сомнителен.

Фраза: «Способность искового права к принудительному осуществлению ... существует как внутренне присущее свойство охранительных гражданско-правовых требований» — тавтология. Она не дает нового знания, поскольку способность искового права и свойство искового права — это одно и то же. Но вот когда автор утверждает, что свойство материального права существует как процессуальное право — это уже вывод, правда, вывод неправильный.

Во-первых, осуществление права на возбуждение гражданского процесса (права на предъявление иска) не означает, что свойство искового права принудительно реализовываться актуализируется. Процесс — не форма жизни материального права, а условие, без которого материальное право не перейдет в действительность. Во-вторых, кроме права на предъявление иска существует право на удовлетворение иска. И встает вопрос о природе этого права. Именно оно реализует известное свойство, именно оно и есть форма существования возможности принуждения. Но это право предполагает требование истца к суду, а по мысли Е. А. Крашенинникова, «содержание права на защиту, заявленного в суд для реализации путем предъявления иска о присуждении, заключается в гражданско-правовом требовании истца к ответчику о совершении определенных действий»⁵¹. Значит, право на удовлетворение иска — это процессуальное право, ведь субъекты охранительного отношения совпадают со сторонами процесса. Но в чем тогда заключается охранительное материальное право на иск, если иск как таковой содержится в процессуальных требованиях? Или содержание права на иск не находится в нем самом? Опять мы приходим к высказан-

ной М. А. Гурвичем и П. Ф. Елисейкиным мысли, согласно которой любое отношение ответчика или истца с судом носит гражданский процессуальный характер⁵².

Нет. Право на удовлетворение иска, право на судебное решение определенного рода — это материально-правовое требование, входящее в содержание охранительного права на иск и выражающее возможность принудительной реализации. Только так и можно связать концы с концами.

Еще один довод, указывающий на противоречивость рассматриваемой позиции. «Независимо от того, — пишет Е. А. Крашенинников, — осуществляется ли право на защиту в добровольном или принудительном в отношении обязанного лица порядке, опосредствуется или не опосредствуется его осуществление деятельностью юрисдикционного органа, защита регулятивного субъективного гражданского права или охраняемого законом интереса всегда протекает в рамках охранительного гражданского правоотношения»⁵³.

Мысль эта верна и очевидна. Принудительная реализация требования протекает в рамках охранительного правоотношения, а она без юрисдикционного органа невозможна. Следовательно, право на удовлетворение иска существует в рамках охранительного гражданского правоотношения. Ну, как тут не сделать вывод, что это право материально.

И, наконец, последний аргумент, который возьмем, как это ни странно, в самой концепции Е. А. Крашениникова. Дело в следующем. Отрицая наличие требования кредитора к суду в содержании охранительного материального права на иск, автор имеет в виду только иски о присуждении. Вот подтверждение: «Защита регулятивного субъективного гражданского права или охраняемого законом интереса, осуществляемая путем признания или преобразования регулятивных гражданских прав и обязанностей, протекает в рамках охранитель-

ного гражданского правоотношения, которое складывается между носителем права на защиту и судом»⁵⁴.

Мы не можем не согласиться с этим выводом, поскольку он прямо вытекает из смысла ст. 6 ГК. Но ведь наряду с признанием и преобразованием в ст. 6 ГК говорится и о присуждении, которое также осуществляется судом в рамках материального охранительного отношения. Это так, потому что, во-первых, гражданское охранительное правоотношение есть отношение, внутри которого, по верной мысли Е. А. Крашенинникова, осуществляется защита, а во-вторых, присуждение есть один из способов защиты. Таким образом, требуется простая формально-логическая операция и мы приходим к необходимому выводу о природе права на иск о присуждении.

Спрашивается: есть ли логика в том, чтобы, с одной стороны, признавать наличие требования истца к суду об удовлетворении иска в праве на защиту, осуществляемому путем признания и преобразования, а с другой — отрицать его в праве на защиту, осуществляемому путем присуждения? Ответ подразумевается в вопросе.

§ 3. Охранительное уголовное правоотношение и предмет уголовно-процессуальной деятельности

В теории уголовного права и процесса преобладает ошибочное, с нашей точки зрения, мнение, согласно которому уголовно-процессуальные отношения служат формой реализации уголовно-материальных отношений⁵⁵. Такое понимание связи процесса и материальных отношений возникло вследствие неверного уяснения сущности уголовного правоотношения и уголовной ответственности. Очевидно, что связь двух явлений не может быть правильно отражена в теории, если ошибочно оп-

ределяется характер одного из них.

подавляющее большинство ученых-юристов считает, что уголовная ответственность представляет собой возникающую с момента совершения преступления обязанность преступника отвечать за содеянное, обязанность претерпеть меры государственного принуждения⁵⁶, «подобно тому, как факт причинения вреда порождает гражданско-правовые отношения»⁵⁷, т. е. вызывает появление юридической обязанности возместить вред. Отсюда следует, что эта концепция уголовной ответственности, аргументируемая ссылками на аналогию с обязательствами, возникающими из причинения вреда, по справедливому замечанию О. Э. Лейста, носит цивилистический характер⁵⁸.

Так ли это на самом деле? Сравним правоотношения. В части юридических фактов уголовное правоотношение и гражданское правоотношение, возникающее из причинения вреда, действительно имеют сходство. И причинение вреда и такое, например, преступление, как хищение личного имущества граждан, нарушают одну регулятивную норму, устанавливающую право личной собственности и обязанность не препятствовать собственнику владеть, пользоваться и распоряжаться личным имуществом. В обоих случаях непосредственно нарушается запрет, соблюдение которого может быть только добровольным.

Норма, устанавливающая запрет, да и вообще всякая регулятивная норма не может реализовываться принудительным способом⁵⁹. Уголовные меры принуждения (например, лишение свободы) являются не принудительным осуществлением запрета, а последствием нарушения запрета. Там, где действует регулятивная норма, не может быть места государственному принуждению, потому что правовая норма не нарушается из себя, не содержит в своей структуре указание на факт собственного нарушения. В гипотезе регулятивной нормы обозначен

другой юридический факт — факт, вызывающий обязанность нормального, правомерного поведения. Таким образом, правонарушение не влечет продолжения действия нарушенной нормы, а начинает действие новой охранительной нормы как ее юридический факт.

Итак, сходство уголовно-правовых отношений и гражданско-правовых отношений, вытекающих из причинения вреда, состоит лишь в том, что действия, лежащие в их основаниях, непосредственно нарушают однотипную регулятивную норму. И причинение вреда и преступление препятствуют нормальному осуществлению запрета. На этом сходство правоотношений заканчивается. Дело в том, что различные деяния, пусть даже нарушающие одну и ту же норму права, могут повлечь различные по отраслевой принадлежности меры принуждения, разные последствия, а следовательно, предусматриваются разными охранительными нормами. Отсюда возникают неодинаковые по своему содержанию охранительные правоотношения.

Рассмотрим сначала гражданское правоотношение, возникающее из причинения вреда. Причинение вреда организации, личности или имуществу граждан порождает на стороне причинителя обязанность возместить вред (ст. 444 ГК РСФСР). Возникает охранительное правоотношение между правонарушителем и потерпевшим. Для гражданского права естественно, что охранительная обязанность правонарушителя может быть исполнена добровольными действиями обязанного лица. Но как быть, если обязанное лицо отказывается возместить вред? Гражданский закон предусматривает возможность принуждения нарушителя к возмещению ущерба через суд (ст. 457 ГК РСФСР). Значит, возникшие на основании причинения вреда охранительные субъективные право требовать возмещения вреда и обязанность возместить вред наряду со свойством добровольного осуществления обладают способностью принудительно реа-

лизываться через суд (арбитраж).

Это обстоятельство не может не отразиться на облике правоотношения. Выходит, что причинение вреда порождает не только новое, не существовавшее ранее охранительное материальное право требования возместить вред, обращенное к нарушителю, но и реальную возможность требования потерпевшим присуждения возмещения вреда, т. е. право требования, обращенное к суду и выражающее свойство права на возмещение вреда принудительно осуществляться. Следовательно, причинение вреда влечет как отношение между потерпевшим и правонарушителем, так и отношение между обеими сторонами и судом. Иными словами, возникает охранительное гражданско-правовое отношение, в котором взаимодействуют три субъекта, отношение, где в силу его охранительного характера потерпевший связан с причинителем вреда через реальную возможность требовать у суда присуждения нарушителю возмещения вреда.

Естественно, что добровольное исполнение охранительной обязанности делает излишним вынесение решения суда о присуждении. Но суть в том, что причинение вреда означает возникновение на стороне лица, которому причинен вред, реальной возможности (права) требовать у суда присуждения, а на стороне суда — возможности вынести решение о взыскании с правонарушителя причиненных убытков. Существование возможности в данном случае означает, что субъективное право имеет место в действительности. А наличие субъективного права означает, что возникла и правовая связь между субъектами. Правоотношение же может существовать, будучи нереализованным, как связь субъективных прав и обязанностей.

Несколько иначе гражданско-правовые последствия причинения вреда объясняет С. Н. Братусь. По его мнению, ответственность за причинение вреда в случае принуждения к выполнению обязанности возместить вред

«опирается на двойное правонарушение — на нарушение указанной выше пассивной обязанности (обязанности не причинять вред)... и на неисполнение в добровольном порядке новой обязанности возместить вред»⁶⁰. Думается, это неправильно. Возможность принуждения в данной ситуации опирается непосредственно на деликт. Принудительность есть свойство обязанности, возникшей из причинения вреда. Действительное же принуждение — проявление этого свойства. Оно — это проявление — происходит тогда, когда обязанность возместить вред добровольно не исполняется. Но последнее вовсе не означает, что причинитель вреда нарушает охранительную обязанность, поскольку это обстоятельство в материально-правовом положении лица ничего не меняет⁶¹. Изменяется лишь характер реализации охранительного правоотношения, способ его осуществления. Развитие правоотношения направляется в новое русло — русло принудительной реализации.

С. Н. Братусь пришел к выводу, что причинение вреда не порождает никакой ответственности, если возникшая обязанность возместить убыки реализуется добровольно. Но самое парадоксальное: он считает, что в этом случае не возникает санкции. «Прав М. М. Агарков, — пишет С. Н. Братусь, — что санкцией является не обязанность возместить убытки, вызванные неисполнением договорного обязательства или внедоговорным причинением вреда, а только принудительное исполнение этой обязанности»⁶². Выходит, что причинение вреда не является правонарушением, поскольку из причинения вреда ничего не возникает. Нет, возникает, считает цитируемый ученый, возникает обязанность возместить причиненные деликтом убытки, но если она реализуется добровольно, то значит санкции не было⁶³. Если автор под санкцией понимает структурный элемент нормы права, который обозначает правовые последствия правонарушения, то утверждаемая им мысль, безусловно, невер-

на. Ибо он пренебрегает тем, что, во-первых, причинение вреда есть правонарушение, во-вторых, правонарушение есть юридический факт, влекущий некоторые последствия. Если, обязанность возместить убытки не является санкцией, то она является диспозицией — той же диспозицией, что предусматривает запрет не причинять вред. Это немыслимо. Правовые последствия, вызываемые правонарушением, находятся в санкции по определению.

Может быть, С. Н. Братусь понимает под санкцией ответственность? В таком случае высказанные суждения могут быть правильны, но сам термин «санкция» теряет смысл.

Во всяком случае, нельзя не согласиться с доводом О. Э. Лейста в связи с точкой зрения, согласно которой обязанность возместить причиненный вред, если она реализуется добровольно, не является санкцией. Он состоит в следующем. Если бы обязанность возместить имущественный ущерб не являлась санкцией, а такой санкцией было бы только принудительное исполнение этой обязанности, то следовало бы прийти к выводу, что существует только обязанность возмещать причиненный вред, но нет обязанности воздерживаться от причинения вреда. Но в этом случае противоправным деянием считалось бы не причинение ущерба, а только уклонение от возмещения уже причиненного вреда⁶⁴. Как видим, анализируемый взгляд в сущности игнорирует смысл основных правовых категорий (юридический факт, правонарушение, диспозиция, «санкция»).

Еще один момент. С. Н. Братусь критикует О. Э. Лейста за то, что он считает саму по себе обязанность возмещения вреда санкцией. Ведь санкция в таком случае может осуществляться без вмешательства государственных органов, а этого не может быть⁶⁵. Нетрудно заметить, что известный автор не видит различия между понятиями «обязанность» и «исполнение обязаннос-

ти». Уместно проводить различие между способами осуществления обязанности (добровольно или принудительно), но неуместно сравнивать саму по себе обязанность и способы ее реализации. Между тем разграничение регулятивных и охранительных обязанностей позволяет констатировать следующее. Охранительная обязанность возместить причиненный деликтом вред обладает свойствами добровольного и принудительного осуществления. Свойство существует, потому что существует носитель свойства, и оно не может находиться за пределами вещи. Охранительная обязанность означает, что возможность принуждения, равняющаяся свойству обязанности принудительно осуществляться, также имеет место в действительности. Ошибка С. Н. Братуся как раз и состоит в том, что он не видит такого понятия, как «возможность принуждения», и не отличает его от самого принуждения. Отсюда и вытекают логические противоречия концепции юридической ответственности С. Н. Братуся.

Несколько иная ситуация складывается в случае совершения преступления. Порождаемое им охранительное уголовное правоотношение возникает между двумя субъектами: государством и преступником*. Потерпевший как субъект в данном отношении не присутствует, это — процессуальная фигура. Главное же отличие охранительного уголовного правоотношения от гражданско-правового отношения, возникающего из причинения имущественного вреда, состоит в том, что правовые последствия совершения преступления не могут быть реализованы вне государственного принуждения. Преступление порождает право государства применить в отношении виновного определенные законом меры воздействия.

Каково же содержание правового статуса преступника?

* Мы здесь не касаемся дел частного обвинения.

По мнению большинства авторов, у преступника в тот или иной момент после совершения преступления возникает обязанность отвечать, обязанность претерпеть наказание — уголовная ответственность.

Удивительная, однако, обязанность. Ее невозможно исполнить добровольными действиями «обязанного» лица, как и нельзя нарушить каким-либо образом, так как лицо претерпевает меры государственного принуждения. В таком случае встает вопрос: позволительно ли вообще говорить о лежащей на преступнике обязанности претерпеть меры государственного принуждения? Ведь всякая обязанность предполагает веление к воле конкретного лица, требование к сознанию человека, сопряженное с определенным юридическим фактом. Юридическая обязанность — это мера должного поведения. Правовое же долженствование означает свободу воли от внешнего принуждения, связано с альтернативностью действия, с возможностью расхождения сущего с должным, поскольку обязанный может и не выбрать требуемое поведение, не исполнить свою обязанность⁶⁶.

В случае совершения преступления «ответ» преступника, его претерпевание, является следствием применения к виновному государственного принуждения, выступает необходимым моментом осуществления меры наказания, реализуемого помимо и независимо от воли виновного лица. Преступник не обязан претерпевать, потому что, должен он или не должен, он находится в состоянии принуждения, которому государство может и должно его подвергнуть как только совершено преступление. Сознательный выбор здесь отсутствует. Механизм долженствования как бы утрачивает свою силу, «не срабатывает» в случае кражи, например, когда лицо должно было не посягать на чужую собственность, или в случае убийства, когда оно нарушило запрет посягать на неприкосновенность личности. На преступнике лежала регулятивная обязанность, которую вообще мож-

но осуществлять только добровольным образом, т. е. при условии свободы от принуждения. Специфика охранительного механизма уголовно-правового воздействия в том и состоит, что в случае нарушения регулятивной обязанности преступным актом, когда требование к воле не «дошло» до воли, было отвергнуто субъектом, возникает только и единственно возможность государственного принуждения в рамках отношения государства и преступника, означающая не то, что преступник приобрел новую обязанность, а то, что он стал преступником, должен быть наказан.

Часто уголовную ответственность именуют обязанностью быть подвергнутым наказанию⁶⁷. Преступник должен быть подвергнут наказанию. С грамматической точки зрения данное суждение представляет конструкцию страдательного залога. Подлежащее (преступник) является объектом действия. Виновное лицо — объект принуждения, которое имеет своего субъекта — государство в лице государственных органов. Принуждение в определенном смысле «игнорирует» волю принуждаемого.

Наконец, если допустить, что на стороне преступника лежит обязанность претерпеть уголовно-правовые меры воздействия, значит придется признать, что государство, которое как субъект противостоит виновному в охранительном правоотношении, имеет право требовать претерпевания. Общеизвестно, что юридической обязанности совершать или не совершать определенные действия всегда корреспондирует право другой стороны требовать должного поведения. Но содержанием права государства в уголовном правоотношении является не требование претерпевания преступника, а применение к нему мер государственного воздействия, само принуждение его к определенным лишениям, в ходе которого претерпевание есть необходимый момент, внутренняя сторона принуждения. Следовательно, право на принужде-

ние отрицает должное на стороне принуждаемого, отрицает претерпевание как содержание обязанности.

Обязанность может состоять в действии или бездействии лица. Попытки же выделить в претерпевании специфическое содержание лишь доказывают, что ничего другого в обязанности быть не может. «Претерпевание, — пишет С. С. Алексеев, — главным образом состоит в принятии того воздействия, которое оказывает управомоченный. <...> Лицо, к которому обращены меры юридической ответственности, обязано соотносить свое поведение с применяемыми к нему правовыми санкциями. Оно не просто бездействует, а, скорее, «согласует» свое поведение с мерами правовой ответственности»⁶⁸. «Согласует свое поведение» — это значит сознательно действует, ведет себя свободно. Между тем речь идет о применении к лицу мер государственного принуждения, когда приводится в действие аппарат принуждения и выбора у ответственного лица нет⁶⁹. Это и доказывает, что «претерпевание» и «обязанность» — несовместимые понятия.

Как же выразить то, что возникает на стороне преступника в результате совершения преступления? Что есть претерпевание принуждения? В свое время М. А. Гурвич отметил, что праву кредитора на принуждение соответствует «на другой стороне в правоотношении... состояние подчинения возможной реализации принуждения»⁷⁰. С этим нельзя не согласиться. Словосочетание «претерпевание принуждения» выражает состояние лица, которое подвержено принуждению. О. Э. Лейст очень точно подметил, что преступление порождает «особенное правовое состояние, которое не может быть раскрыто через понятие обязанности... но выделяет правонарушителя среди других граждан именно как потенциально подверженного государственному принуждению»⁷¹.

Здесь перед нами форма взаимодействия, отличающаяся от охранительного правоотношения, возникающего из причинения вреда. Отсутствует обязанность. Активность в правоотношении полностью сосредоточивается на стороне того, кто принуждает. Само себя лицо принудить не может и не обязано. Да и помешать принуждению оно, по общему правилу, не в состоянии. Выбора у лица нет. Отсутствует свобода воли, отсутствует и требование к воле — значит отсутствует обязанность⁷².

Только такими мотивами, на наш взгляд, можно объяснить тот факт, что некоторые ученые говорят не об обязанности претерпеть, а о правовом состоянии претерпевания. Правда, при этом обязанность быть подвергнутым мерам принуждения не отрицается, декларируется. Это свидетельствует о том, что термин «правовое состояние» употреблен случайно и концептуально не выражен⁷³.

Итак, уголовная ответственность есть правовое состояние подверженности осуждению, государственному принуждению, правовое состояние виновности в преступлении, которое возникает в момент его совершения. Уголовная ответственность — это элемент уголовного правоотношения, охранительного по своему характеру, в рамках которого существует и реализуется право государства подвергнуть преступника мерам уголовного принуждения.

Выше мы отмечали, что инициатором разговора о противоречивости концепции уголовной ответственности как обязанности претерпеть является О. Э. Лейст. Он считает, что противоречие исчезнет, если пополнить категориальный аппарат общей теории права и отраслевых наук специальным понятием «правовое состояние», которое «не может быть раскрыто через понятие обязанности... но выделяет правонарушителя среди других граждан именно как потенциально подверженного государственному принуждению». Идея эта верна. Но что

интересно: автор на ее основе делает несколько неточные выводы о соотношении уголовной ответственности и процесса.

О. Э. Лейст убежден, что поскольку никакой обязанности подвергнуться мерам принуждения вообще не существует, то значит и правоотношения в момент совершения преступления не возникает. С этим трудно согласиться. Уголовное охранительное правоотношение имеет место именно в момент совершения преступления. Во-первых, существуют два субъекта: государство и преступник. Во-вторых, государство имеет право на принуждение, право осудить и наказать преступника. В-третьих, это право адресовано к виновному и затрагивает его интересы. В силу того, что уголовное правоотношение связано исключительно с возможностью принуждения, на стороне преступника возникает не обязанность претерпеть, а правовое состояние. В этом специфика охранительного отношения, возникающего из преступного деяния. Но эта особенность не отменяет правоотношения, а лишь расширяет рамки общепринятого понятия.

Далее. С точки зрения О. Э. Лейста, вывод об отсутствии охранительного правоотношения с момента совершения преступления является неопровержимым доказательством возникновения уголовной ответственности в форме элемента процессуальных отношений. Логика автора очевидна. Без уголовно-процессуальной нормы уголовная ответственность реализоваться не может. Значит, она начинает свое существование и реализацию с момента привлечения виновного в качестве обвиняемого в уголовно-процессуальной форме, внутри процессуальных отношений⁷⁴. Даже теоретически мы не можем расщепить отношения ответственности на материальные и процессуальные. Так, по мнению О. Э. Лейста, «мы получаем уголовную ответственность в ее реальном, осязательном смысле»⁷⁵.

Не правда ли, читатель, ход этого рассуждения идентичен логике автора концепции единого понятия иска А. А. Добровольского. И там, и здесь отсутствует способность представить себе ситуацию, когда субъективное право существует, но не осуществляется. И там, и здесь упускается смысл, сущность, цели процессуальной деятельности. И там, и здесь авторы подходят к материальным правоотношениям и ответственности с эмпирической, осязательной точки зрения. Нечто не существует, если его нельзя «потрогать», реально ощутить. До официального обвинения лица в совершении правонарушения штрафную ответственность обнаружить невозможно. Так рассуждают авторы. Можно ли выводить меры пресечения за пределы уголовной ответственности, если некоторые из них (заключение под стражу) тяжелее ряда уголовных наказаний? По мнению О. Э. Лейста, сама постановка вопроса доказывает, что это недопустимо ⁷⁶.

Все вроде бы правдоподобно, если не принимать во внимание смысла уголовного процесса. В ходе процесса устанавливается истина, рассматривается вопрос об уголовной ответственности обвиняемого (подсудимого). Это элементарное положение отмечает вывод О. Э. Лейста об едином существовании материальной ответственности и процесса. О каком осуществлении уголовной ответственности в ходе процессуальной деятельности можно вести речь, если еще неизвестно, есть ли она в действительности? Как могут процессуальные меры пресечения реализовывать уголовную ответственность, если лицо еще не признано виновным в совершении преступления? Не внешние проявления уголовного процесса, а его целевое назначение определяет характер связи его с уголовной ответственностью. Обвиняемый — это еще не виновный; претерпевание мер пресечения не означает еще осуждения и наказания за преступление, а привле-

чение лица в качестве обвиняемого не означает реализации уголовной ответственности.

«Включение в понятие ответственности процессуальной формы ее осуществления, — утверждает О. Э. Лейст, — требует преодоления ряда теоретических затруднений». Одно из существенных затруднений состоит в том, что, на взгляд автора, «устоявшееся понятие «процессуальная форма ответственности», а также отраслевая обособленность материально-правовых и процессуальных норм, регулирующих наиболее развитые виды ответственности, в какой-то мере ориентируют на их раздельное исследование»⁷⁷. Вот уж действительно трудно доказывать тезис, который прямо противоречит факту отраслевой обособленности материального и процессуального права, тем более, если очевидно, что предмет процессуального регулирования отличен от предмета регулирования уголовно-материального права. В первом случае речь идет о деятельности по доказыванию, во втором — о регламентации составов преступлений и мер государственного принуждения. О. Э. Лейст же полагает, что справляется с указанным выше затруднением с помощью тезиса «процесс есть форма ответственности».

Из этой многозначной абстракции автор и выстраивает свои аргументы. «Известно, что форма является способом существования содержания, которое вне формы вообще не существует. При этом форма связана не только с содержанием, но и с сущностью явления...»⁷⁸. Эти слова, на наш взгляд, не имеют смысла потому, что их автор исходит из положения, которое само требует доказательств. Почему если связь двух явлений неразрывна, то одно явление есть форма другого. Не лучше ли для выяснения истины сначала конкретно определить, что есть каждое из явлений, а затем уже и накладывать философские категории. Если одно не может реализоваться без помощи другого, то это не значит, что

последнее есть форма осуществления первого. Без покупки билета просмотр спектакля невозможен. Но это не означает, что, покупая билет, я уже реализую свое желание увидеть спектакль. Просмотр начнется после третьего звонка, когда я буду находиться в зале театра.

В этой связи нельзя признать верным замечание О. Э. Лейста об определении «исправительно-трудового права как уголовно-процессуального или, по крайней мере, лежащего с ним в одной плоскости»⁷⁹. Это принципиальная ошибка, потому что, называя одним термином процесс доказывания ответственности и процесс ее реализации, мы отождествляем различные вещи. С одной стороны, получаем терминологическую путаницу, ненужную многозначность термина «процессуальные», с другой — просто ошибочное знание.

Вернемся к нашему прежнему разговору. У читателя может возникнуть сомнение: так ли принципиально важно считать, что сущность уголовной ответственности преступника заключается не в обязанности претерпеть наказание, отвечать за содеянное, а в правовом состоянии виновности?

Это принципиально важно, ибо цивилистический взгляд на уголовную ответственность как на обязанность, как мы уже отметили выше, приводит к тому, что уголовно-материальная ответственность, по воле многих авторов, начинает функционировать, реализовываться в ходе уголовного процесса. И тогда в теории мы встречаем ошибочные представления, что привлечение в качестве обвиняемого является реализацией обязанности виновного лица дать в установленном порядке отчет в совершенном им преступлении, возникающей в момент совершения преступления⁸⁰, что только момент привлечения виновного в качестве обвиняемого превращает его в субъекта уголовно-правового отношения⁸¹, что в процессе производства по уголовному делу начинают свое существование уголовно-правовые отношения, наконец,

что уголовные правоотношения возникают, развиваются и реализуются, облекаясь в форму уголовно-процессуальных отношений⁸².

Между тем должно быть очевидно, поскольку это вытекает из принципов советского уголовного процесса, что, во-первых, никакой обязанности дать в установленном порядке отчет в совершенном им преступлении лицу, привлеченное в качестве обвиняемого, пусть даже впоследствии и признанное виновным обвинительным приговором суда, не имеет. Во-вторых, до вступления в законную силу обвинительного приговора суда государство не может реализовать свое право и обязанность на принуждение виновного к уголовно-правовым лишениям, а преступник не может превратиться из лица, потенциально подверженного наказанию, в действительно потерпевшего назначенную судом меру наказания.

Таким образом, охранительное уголовное правоотношение (уголовная ответственность), являясь предметом уголовно-процессуальной деятельности в случае совершения преступления, реализуется не в ходе его процессуального установления, а с вступлением в законную силу обвинительного приговора. Стало быть, уголовно-процессуальные отношения никак не могут выступать в качестве формы осуществления уголовно-материальных отношений.

Уяснению этой простой мысли и способствует правильное понимание сущности охранительных уголовно-материальных отношений, которое отрицает аналогию этих явлений с охранительными гражданскими правоотношениями, возникающими из причинения вреда.

Заключение. Тезисы

1. Живая, конкретная правовая норма двучленна и может быть либо регулятивна, либо охранительна.

2. То, что мы называем санкцией, является диспозицией охранительной нормы (С. В. Курылев), самостоятельность которой имеет смысл лишь относительно регулятивной нормы.

3. Субъективные регулятивное право и регулятивная обязанность суть противоположности внутри регулятивного правоотношения. Но мало запечатлеть два явления как противоположности, необходимо еще и выяснить неравенство их положения. В ином случае не удастся «схватить» движение правоотношения. В регулятивном правоотношении роль активной стороны играет обязанность, так как именно она заключает в себе ту силу, которая реализует правоотношение. Она содержит в себе должное поведение, удовлетворяющее интерес управомоченного.

4. Нарушение регулятивного права означает, что интерес управомоченного в рамках нарушенного правоотношения не может реализоваться. Таким образом, нарушение права влечет возникновение новых правовых возможностей, а значит и нового охранительного правоотношения.

Охранительное субъективное право в новом отношении занимает место, которое имела обязанность в регулятивном. Теперь за правом стоит или способность принуждения, или возможность односторонних действий. Значит, в результате нарушения регулятивного права происходит взаимопревращение противоположностей, образующих правоотношение.

5. Возникновение охранительного субъективного права, обладающего способностью принудительной реализации, означает, что субъектом охранительного пра-

воотношения становится государство (государственный орган), поскольку без последнего принуждение невозможно.

Право на иск в материальном смысле включает в себя требование истца о принуждении, направленное к суду (арбитражу). Если правонарушение не влечет дополнительных ограничений в отношении нарушителя, то это не значит, что защита происходит в рамках нарушенного регулятивного правоотношения. Принудительный способ реализации нарушенной обязанности сам по себе создает охранительные отношения с новым субъектом — юрисдикционным органом.

6. Охранительное субъективное право может быть представлено правом на односторонние действия. В таком случае на другой стороне возникает правовое состояние, выражающее связанность, зависимость субъекта, поскольку действия управомоченного неизбежно затрагивают его (нарушителя) интересы. В данном случае отсутствие обязанности не означает отсутствия правоотношения. Просто оно имеет специфический охранительный характер.

7. Уголовная ответственность — это не обязанность претерпеть меры государственного принуждения. Обязанности претерпеть вообще не существует, поскольку «претерпевание» не согласуется с понятием «обязанность». Праву государства на принуждение корреспондирует правовое состояние подверженности осуждению, носителем которого является правонарушитель.

Охранительное уголовное правоотношение является предметом уголовно-процессуальной деятельности и, следовательно, реализуется не в ходе своего процессуального установления, а с вступлением обвинительного приговора в законную силу. Стало быть, уголовно-процессуальные отношения не могут быть формой уголовно-материальных отношений.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ И ПРИМЕЧАНИЯ

Глава I

¹ «Вокруг проблемы структуры правовой нормы, — пишет Ю. В. Кудрявцев, — уже несколько десятков лет ведется оживленная дискуссия. Перманентный характер этой дискуссии обусловлен во многом тем, что то или иное решение этой проблемы сказывается на решении многих других вопросов теории права» (Кудрявцев Ю. В. *Нормы права как социальная информация*. М., 1981. С. 54.)

² См.: Голунский С. А., Строгович М. С. *Теория государства и права*. М., 1940. С. 251; Недбайло П. Е. *Применение советских правовых норм*. М., 1960. С. 62; Керимов Д. А. *Свобода, право и законность*. М., 1960. С. 202.

³ См.: Курылев С. В. О структуре юридической нормы // *Тр. Иркутск. ун-та*. 1958. Т. 27. Вып. 4; Томашевский Н. П. О структуре правовой нормы и классификации ее элементов // *Вопросы общей теории советского права*. М., 1960.

⁴ Нарский И. С. *Диалектическое противоречие и логика познания*. М., 1969. С. 4.

⁵ См.: Там же. С. 8.

⁶ Еще в 1944 г. И. Д. Левин пришел к выводу, что каждая норма, обращенная к «органам власти, применяющим право, предполагает другую, ей предшествующую повелительную или запретительную норму, нарушение которой и является условием применения санкции. Таким образом, необходимо различать первичные нормы, содержащие веление или запрет того или иного действия, и вторичные нормы, содержащие диспозицию с указанием на нарушение некоторой первичной нормы и санкцию» (Левин И. Д. *Логика и право* // *Изв. АН СССР. Отд. экономики и права*. М., 1944. № 3. С. 18). См. также: Курылев С. В. *Указ. соч.* С. 186; Алексеев С. С. *Общая теория права*. М., 1982. Т. 2. С. 67.

⁷ См.: Елисейкин П. Ф. *Правоохранительные нормы: (Понятие, виды, структура)* // *Защита субъективных прав и советское гражданское судопроизводство*. Ярославль, 1977. Вып. 2. С. 28.

⁸ См.: Там же.

⁹ Алексеев С. С. *Общая теория права*. Т. 2. С. 56.

¹⁰ Именно С. С. Алексееву принадлежит главная заслуга в выделении двух ракурсов понятия правовой нормы: логическая норма и норма-предписание. «...Нормативность правовых систем ... раскрывается в *двух* взаимосвязанных понятиях — в норме-предписании и в логической норме» (Алексеев С. С. *Общая теория права*. Т. 2. С. 43).

¹¹ См.: Алексеев С. С. *Общая теория права*. Т. 2. С. 53—56.

¹² Левин И. Д. *Указ. соч.* С. 17.

¹³ По этим соображениям нельзя признать правильной точку зрения С. С. Алексеева на структуру логической нормы. Если автор подчеркивает двучленность нормы-предписания, то явно непоследовательно оставаться в отношении структуры логической нормы на старых позициях и традиционно считать ее трехчленной. См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 56—59.

¹⁴ Жицинский Ю. С. Санкция нормы советского гражданского права. Воронеж, 1968. С. 54.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 106.

¹⁷ См.: Левин И. Д. Указ. соч. С. 17—28; Томашевский Н. П. Указ. соч. С. 224.

¹⁸ Братусь С. Н. Указ. соч. С. 76.

¹⁹ «Норма права, а не статья закона ... должна быть снабжена санкцией...» (Братусь С. Н. Указ. соч. С. 67—68).

²⁰ См.: Братусь С. Н. Указ. соч. С. 75.

²¹ См.: Жицинский Ю. С. Указ. соч. С. 51—52; Братусь С. Н. Указ. соч. С. 94.

²² См.: Братусь С. Н. Указ. соч. С. 75.

²³ См.: Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М., 1981. С. 18.

²⁴ Там же. С. 17—18.

²⁵ Там же. С. 18.

²⁶ Там же.

²⁷ Там же.

²⁸ См.: Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. С. 21—25.

²⁹ «...Санкции — необходимый компонент правовой системы; гарант (атрибут) каждой правовой нормы» (Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. С. 18).

³⁰ Коган В. М. Логико-юридическая структура советского уголовного закона. Алма-Ата, 1966. С. 34.

³¹ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 60—61.

³² См.: Алексеев С. С. Правовые запреты в структуре советского права // Правоведение. 1973. № 5. С. 47 и сл.; Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. С. 37—38.

³³ Гегель Г. В. Ф. Наука логики: В 3 т. М., 1970—1972. Т. 1. С. 174.

³⁴ Там же. С. 187.

³⁵ См.: Овсянников М. Ф. Философия Гегеля. М., 1959. С. 100.

³⁶ Коган В. М. Указ. соч. С. 33.

³⁷ Аналогичный довод был ранее высказан А. Ф. Черданцевым. Он отметил, что если санкция обязательна для правовой нормы, то «мы должны были бы согласиться с тем, что ... ст. 6 Основ (гражд-

данского законодательства. — Е. М.) не содержит самостоятельной нормы и представляет собой санкцию бесчисленных норм гражданского и других отраслей права» (Черданцев А. Ф. Специализация и структура норм права // Правоведение. 1970. № 1. С. 48).

³⁸ Братусь С. Н. Указ. соч. С. 100.

³⁹ Там же. С. 101.

⁴⁰ Там же. С. 101—102.

⁴¹ В. М. Коган это высказывание считает вторым парадоксом уголовного права (см.: Коган В. М. Указ. соч. С. 38).

⁴² См.: Крашенинников Е. А. Природа норм гражданского процессуального права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 15.

⁴³ Там же. С. 14.

Глава II

¹ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 118. Некоторые ученые добавляют еще и правоупотребление (см.: Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 84). Но это обстоятельство совершенно не влияет на тот алогизм, который имеется в учении о субъективном праве.

² Матузов Н. И. Указ. соч. С. 80.

³ См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 8—21.

⁴ Этот аспект проблемы был выделен О. С. Иоффе (см.: Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л., 1949. С. 49, 55).

⁵ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 117.

⁶ Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 33.

⁷ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 121.

⁸ Витрук Н. В. Система прав личности // Права личности в социалистическом обществе. М., 1981. С. 109.

⁹ См.: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. М.; Л., 1948. С. 36—38; Иоффе О. С. Советское гражданское право: Курс лекций. Л., 1958. С. 73.

¹⁰ Матузов Н. И. Указ. соч. С. 121. С. С. Алексеев также считает, что интерес не входит в содержание субъективного права (см.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 116).

¹¹ Матузов Н. И. Указ. соч. С. 121.

¹² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 72.

¹³ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 116.

¹⁴ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 2. С. 134.

¹⁵ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 116.

¹⁶ См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. СПб., 1909. С. 142.

¹⁷ Дробницкий О. Г. Понятие морали. М., 1974. С. 266.

¹⁸ Там же. С. 241.

- ¹⁹ См.: Там же. С. 284—285.
- ²⁰ См.: Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л., 1959. С. 46.
- ²¹ Матузов Н. И. Указ. соч. С. 152.
- ²² Там же. С. 151.
- ²³ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 132.
- ²⁴ Минасян А. М. Диалектический материализм. Ростов н/Д, 1972. С. 192.
- ²⁵ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 4. С. 299.
- ²⁶ Там же. Т. 23. С. 57.
- ²⁷ Гегель Г. В. Ф. Собр. соч.: В 14 т. М., 1930—1958. Т. 5. С. 499.
- ²⁸ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 29. С. 128.
- ²⁹ Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 1. С. 322.
- ³⁰ Дробницкий О. Г. Указ. соч. С. 241.
- ³¹ Минасян А. М. Указ. соч. С. 215.
- ³² Там же. С. 217.
- ³³ Там же.
- ³⁴ Там же. С. 218.
- ³⁵ См.: Крашенинников Е. А. Право на защиту // Методологические вопросы теории правоотношений. Ярославль, 1986. С. 7.
- ³⁶ См.: Крашенинников Е. А. Природа норм гражданского процессуального права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 14—15.
- ³⁷ См.: Крашенинников Е. А. Право на защиту. С. 6—7.
- ³⁸ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 124.
- ³⁹ Там же. С. 125. См.: Гурвич М. А. Право на иск. М., 1949. С. 142—146.
- ⁴⁰ См.: Варул П. А. О некоторых теоретических вопросах защиты субъективных гражданских прав // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского и гражданского процессуального права. Ярославль, 1987. С. 19—22; Мотовиловкер Е. Я. Возникновение права на защиту // Проблемы права на защиту и юридической ответственности. Воронеж, 1987. С. 9; Крашенинников Е. А. Становление учения о праве на иск в советской цивилистике // Историческое в теории права. Тарту, 1989. С. 202—213.
- ⁴¹ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 125.
- ⁴² Там же.
- ⁴³ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 123.
- ⁴⁴ Там же. С. 127.
- ⁴⁵ См.: Крашенинников Е. А., Шевченко А. С. Охранительные правоотношения и защита гражданских прав // Субъективное право: Проблемы осуществления и защиты. Владивосток, 1989. С. 48—49; Мотовиловкер Е. Я. Право собственности и

притязание // Совершенствование законодательства и правоприменительной деятельности. Ярославль, 1989. С. 55—58.

⁴⁶ См., например: Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980. С. 171—173; Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 205—206.

⁴⁷ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 123.

⁴⁸ Там же. С. 123, 124.

⁴⁹ См.: Там же. С. 123.

⁵⁰ См.: Там же. С. 122.

⁵¹ Ткаченко Ю. Г. Указ. соч. С. 152.

⁵² Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 123.

⁵³ См.: Гурвич М. А. К вопросу о предмете науки советского гражданского процесса // Учен. зап. ВИЮН. 1955. Вып. 4. С. 47.

⁵⁴ См.: Ткаченко Ю. Г. Указ. соч. С. 153—166.

⁵⁵ С. С. Алексеев высказал, вслед за М. А. Гурвичем, совершенно верное положение о том, что «правоотношения выступают не только в виде полностью индивидуализированных связей, но и в виде состояний, выражающих положение данного лица по отношению к другим лицам, обществу, государству» (Алексеев С. А. Социальная ценность права в советском обществе. М., 1971. С. 146). Однако автор не сумел концептуально развить это положение. Он считает основным разделением правоотношений деление их на пассивные и активные. Получается, что всякая правовая связь есть связь права требования и обязанности. В случае же вторичного правомочия мы имеем совершенно другой вид связи. Он не вписывается в классификацию С. С. Алексеева, хотя и упомянут автором.

⁵⁶ Ткаченко Ю. Г. Указ. соч. С. 153—156.

⁵⁷ См.: Александров Н. Г. Юридическая норма и правоотношение. М., 1947. С. 18—19; Назаров Б. Л. Социалистическое право в системе социальных связей. М., 1976. С. 103—120.

⁵⁸ Назаров Б. Л. Указ. соч. С. 105.

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ Там же. С. 103—105.

⁶¹ См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. С. 11, 13.

⁶² См.: Крашенинников Е. А. Проблемы защиты субъективных прав и интересов в порядке искового производства // Проблемы права на защиту и юридической ответственности. Воронеж, 1987. С. 38—39.

⁶³ См.: Назаров Б. Л. Указ. соч. С. 96.

⁶⁴ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 122.

⁶⁵ Там же. С. 124.

⁶⁶ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 106.

⁶⁷ Гурвич М. А. Судебное решение. М., 1976. С. 128.

⁶⁸ См.: Крашенинников Е. А. О сущности норм гражданского процессуального права // Применение права: Вопросы истории, теории и практики. Л., 1983. С. 135.

⁶⁹ Гурвич М. А. Судебное решение. С. 128—129.

⁷⁰ Там же. С. 129.

⁷¹ Там же. С. 133.

⁷² См.: Курылев С. В. О структуре юридической нормы // Тр. Иркутск. ун-та. 1958. Т. 2, вып. 4. С. 178—186.

⁷³ См.: Елисейкин П. Ф. Правоохранительные нормы: (Понятие, виды, структура) // Защита субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1977. Вып. 2. С. 28.

⁷⁴ Гурвич М. А. Право на иск. М., 1949. С. 149 и сл.

⁷⁵ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 123.

⁷⁶ Там же. С. 74.

⁷⁷ «Ясно, что требование, — писал П. Ф. Елисейкин, — вытекающее из ст. 151 ГК, не укладывается в рамки нормально существующего отношения собственности» (Елисейкин П. Ф. Понятие иска как процессуального средства защиты прав и интересов // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1976. С. 87).

⁷⁸ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 75.

⁷⁹ Елисейкин П. Ф. Понятие иска как процессуального средства защиты прав и интересов. С. 87—88.

⁸⁰ Крашенинников Е. А. О моменте возникновения права на обращение в суд за судебной защитой // Актуальные проблемы укрепления правовой основы государственной и общественной жизни. Ярославль, 1983. С. 22.

⁸¹ Смирнов С. Н. Диалектика отражения и взаимодействия в эволюции материи. М., 1974. С. 33.

⁸² Минасян А. М. Указ. соч. С. 218.

⁸³ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 89.

⁸⁴ Там же. С. 70.

⁸⁵ Там же. С. 73—74.

⁸⁶ Там же. С. 70—71.

Глава III

¹ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 219. См. также: Щеглов В. Н. Гражданские процессуальные правоотношения. М., 1966. С. 142.

² Добровольский А. А. Исковая форма защиты права. М., 1965. С. 12.

³ См.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. М., 1979. С. 90.

⁴ Там же. С. 26. См. также: Клейман А. Ф. Основные вопросы учения об иске в советском гражданском процессуальном праве. М., 1959. С. 15.

⁵ См.: Гурвич М. А. Право на иск. М., 1949. С. 142 и сл.

⁶ Добровольский А. А. Указ. соч. С. 26, 27.

⁷ Там же. С. 87.

⁸ Там же. С. 26.

⁹ См.: Там же. С. 28—29.

¹⁰ Там же. С. 34.

¹¹ Там же. С. 25.

¹² См.: Там же. С. 44.

¹³ Там же.

¹⁴ Каган М. С. Человеческая деятельность. М., 1974. С. 58—59.

¹⁵ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С. 182.

¹⁶ Там же. С. 76—77.

¹⁷ Там же. С. 182.

¹⁸ А. А. Добровольский утверждает, что «предметом иска является не субъективное право истца, нарушенное ответчиком, а требование истца к ответчику об устранении допущенного нарушения субъективного права истца, о восстановлении нарушенного права» (Добровольский А. А. Указ. соч. С. 146. См. также: Клейман А. Ф. Советский гражданский процесс. М., 1954. С. 150). Речь идет о требовании, которое истец предъявляет к ответчику.

¹⁹ «Все судебные, процессуальные действия, начиная с предъявления иска и кончая исполнением решения, происходят именно по поводу того требования, которое заявлено истцом к ответчику через суд или иной орган (арбитраж, третейский суд и др.)», — писал А. А. Добровольский (Указ. соч. С. 44). Очевидно, что повод и предмет процесса, — это не одно и то же.

²⁰ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 70.

²¹ Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С. 17.

²² Добровольский А. А. Указ. соч. С. 23.

²³ Там же. С. 23—24.

²⁴ Там же. С. 41.

²⁵ Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С. 92.

²⁶ Добровольский А. А. Указ. соч. С. 89.

²⁷ Там же. С. 44.

²⁸ См.: Там же. С. 28, 75.

²⁹ Там же. С. 89.

³⁰ См.: Елисейкин П. Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. Ярославль, 1975; Крашенинников Е. А. Право на

защиту // Методологические вопросы теории правоотношений. Ярославль, 1986; Бутнев В. В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе. Ярославль, 1985.

³¹ См.: Гурвич М. А. Судебное решение. М., 1976. С. 51.

³² См.: Там же. С. 129.

³³ Там же. С. 133.

³⁴ Это не значит, конечно, что точка зрения, согласно которой охранительное материальное отношение складывается между субъектами гражданского оборота, с одной стороны, и судом или иным юрисдикционным органом — с другой, не имеет своих сторонников (см., например: Иванов О. В. О связи материального и гражданского процессуального права / Правоведение. 1973. № 1. С. 49—50; Щеглов В. Н. Иск о судебной защите гражданского права. Томск, 1987. С. 156).

³⁵ Гурвич М. А. Судебное решение. С. 37—38.

³⁶ Аналогичного вывода придерживаются и другие ученые. См.: Сергун А. К. Некоторые итоги развития теории охранительных правоотношений // Проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций в свете решений XXVII съезда КПСС. М., 1988. С. 63—64; Варул П. А. К проблеме охранительных гражданских правоотношений // Проблемы совершенствования законодательства о защите субъективных прав. Ярославль, 1988. С. 38.

³⁷ Там же. С. 99.

³⁸ Там же. С. 112.

³⁹ Советский гражданский процесс / Под ред. М. А. Гурвича. М., 1975. С. 104.

⁴⁰ См.: Гурвич М. А. Право на иск. С. 142.

⁴¹ Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975. С. 255.

⁴² Елисейкин П. Ф. Понятие иска как процессуального средства защиты прав и интересов // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1976; С. 88. Правда, автор полагал, что в ряде случаев, когда в результате правонарушения возникает возможность принудительного восстановления нарушенного субъективного права, последнее приходит в состояние «боевой готовности». Нового права не появляется (см.: Там же. С. 86—87).

⁴³ Там же. С. 88.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ См.: Елисейкин П. Ф. Процессуальное понимание спора о праве и его критика // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 19.

⁴⁸ Крашенинников Е. А. Право на защиту // Методологические вопросы теории правоотношений. Ярославль, 1986. С. 9.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Там же.

⁵¹ Там же. С. 10.

⁵² См.: Елисейкин П. Ф. Процессуальное понимание спо-
ра о праве и его критика. С. 20.

⁵³ Крашенинников Е. А. Право на защиту. С. 8—9.

⁵⁴ Там же. С. 10.

⁵⁵ См., например: Огурцов Н. А. Правоотношения и от-
ветственность в советском уголовном праве. Рязань, 1975. С. 167;
Браинин Я. М. Уголовная ответственность и ее основания в со-
ветском уголовном праве. М., 1963. С. 24.

⁵⁶ См., например: Карпушин М. П., Курляндский В. И.
Уголовная ответственность и состав преступления. М., 1974; Ба-
рий-Шахматов Л. В. Уголовная ответственность и наказание.
Минск, 1976; Божьев В. П. Уголовно-процессуальные отношения.
М., 1975; Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм.
Волгоград, 1973.

⁵⁷ Божьев В. П. Указ. соч. С. 106. См. также: Курс совет-
ского уголовного права. Часть общая. Л., 1988. Т. 1. С. 16; Бра-
тусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 101—
102.

⁵⁸ См.: Лейст О. Э. Санкции и ответственность по совет-
скому праву. М., 1981. С. 103, 194.

⁵⁹ См.: Крашенинников Е. А. Охранительные и регуля-
тивные нормы — относительно самостоятельные разновидности норм
советского права // Процессуальные вопросы повышения эффек-
тивности правового регулирования социалистических общественных
отношений. Ярославль, 1981. С. 64.

⁶⁰ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и закон-
ность. С. 94. Аналогичного взгляда придерживается П. А. Варул
(см.: Варул П. А. Некоторые методологические проблемы изучения
юридических фактов в гражданском праве // Методологические
проблемы теории юридических фактов. Ярославль, 1988. С. 24).

⁶¹ В этой связи нельзя не согласиться с мнением Е. А. Краше-
нинникова, полагающего, что «было бы неправильно, уподобляясь
С. Н. Братусю, рассматривать в качестве правонарушения отказ
делинквента от добровольного исполнения лежащей на нем обязан-
ности возместить причиненный вред, ибо, во-первых, эта обязан-
ность не является регулятивной и, во-вторых, отказ от подобного
исполнения не охватывается гипотезой ни одной из охранительных
гражданско-правовых норм» (Крашенинников Е. А. Этюды о при-
роде юридических фактов // Методологические проблемы теории юри-
дических фактов. Ярославль, 1988. С. 4).

⁶² Братусь С. Н. Юридическая ответственность и закон-
ность. С. 87.

⁶³ См.: Там же. С. 86.

⁶⁴ См.: Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. С. 131.

⁶⁵ См.: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 87—88.

⁶⁶ См.: Дробницкий О. Г. Понятие морали. М., 1974. С. 241.

⁶⁷ См.: Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973. С. 11; Карпушин М. П., Курляндский В. И. Уголовная ответственность и состав преступления. М., 1974. С. 21, 29, 39.

⁶⁸ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2.

⁶⁹ См.: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 103.

⁷⁰ Гурвич М. А. Судебное решение. С. 129.

⁷¹ Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. С. 195.

⁷² Так называемая «обязанность претерпеть» не соответствует общему понятию обязанности, которую ученые единодушно относят к стороне правового регулирования, характеризующей требование к субъектам права (см.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 128).

⁷³ С. Н. Братусь, считающий, что ответственность является исполнением обязанности на основе принуждения, характеризует это исполнение как «состояние принуждения к исполнению обязанности» (Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 85). В то же время автор допускает конструкцию обязанности претерпеть (с. 103, 113). Получается, что в случае, если лицо принуждается к исполнению обязанности, оно является носителем обязанности претерпеть принудительное исполнение нарушенной обязанности. Не слишком ли много обязанностей лежит на правонарушителе?

⁷⁴ См.: Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. С. 192—193.

⁷⁵ Там же. С. 195.

⁷⁶ См.: Там же. С. 193, 194.

⁷⁷ Там же. С. 104, 105.

⁷⁸ Там же. С. 105—106.

⁷⁹ Там же. С. 104—105.

⁸⁰ См.: Карпушин М. П., Курляндский В. И. Указ. соч. С. 21—22.

⁸¹ См.: Брайнин Я. М. Уголовная ответственность и ее основания. М., 1963. С. 21.

⁸² См.: Огурцов Н. А. Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Рязань, 1975. С. 167.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	3
Глава I. Норма права	5
§ 1. От структуры нормы к идее выделения регулятивных и охранительных норм	5
§ 2. Критика концепции трехчленности юридической нормы	12
§ 3. Основное разделение норм и структура уголовно-правовой нормы	21
§ 4. Н. М. Коркунов о строении нормы права	30
Глава II. Субъективное право	38
§ 1. Определение понятия	38
§ 2. О начале системы правовых категорий	43
§ 3. Юридическая обязанность и долженствование	45
§ 4. Диалектика правоотношения	48
§ 5. Субъективное охранительное право (притязание)	57
§ 6. Право на односторонние действия (Исчезло ли правоотношение?)	60
§ 7. Санкция и охранительное субъективное право	69
§ 8. Охранительное право и принуждение	74
Глава III. Материальное и процессуальное	81
§ 1. Право на иск и соотношение материального и процессуального	82
§ 2. Охранительные правоотношения и исковая форма защиты субъективных прав	96
§ 3. Охранительное уголовное правоотношение и предмет уголовно-процессуальной деятельности	108
Заключение. Тезисы	124
Библиографические ссылки и примечания	126

Евсей Яковлевич Мотовиловкер

ТЕОРИЯ РЕГУЛЯТИВНОГО И ОХРАНИТЕЛЬНОГО ПРАВА

Редактор Л. Н. Нечепалева. Художественный редактор А. В. Соколов. Технический редактор О. В. Нагаева. Корректоры В. М. Неvejeина, Г. И. Старухина

ИБ № 1864. Сдано в набор 20.02.89. Подп. в печ. 31.07.90. ЛЕ 09506. Форм. бум. 70x108/32. Бумага типографская № 2. Литературная гарнитура. Высокая печать. Усл. п. л. 6,0. Усл. кр.-отт. 6,3. Уч.-изд. л. 6,6. Тираж 1600. Заказ 634. Цена 1 р. 30 к.

Издательство Воронежского университета. 394000. Воронеж, ул. Ф. Энгельса, 8. Типография издательства ВГУ. 394000. Воронеж, ул. Пушкинская, 3