

Институт государства и права
Российской академии наук
Академический правовой институт

В. С. Нерсисянц

Общая теория права и государства

*Допущено
Министерством образования и науки
Российской Федерации
в качестве учебника для студентов
высших учебных заведений, обучающихся
по специальности “Юриспруденция”*



НОРМА
ИНФРА-М
Москва, 2012

УДК 340(075.8)

ББК 67.0я73

Н54

Нерсесянц В. С.

Н54 Общая теория права и государства : учебник / В. С. Нерсесянц. — М. : Норма : ИНФРА-М, 2012. — 560 с.

ISBN 978-5-91768-238-9 (Норма)

ISBN 978-5-16-004095-0 (ИНФРА-М)

Учебник, написанный ведущим российским ученым в области философии права, теории права, истории правовых и политических учений, академиком Российской академии наук, доктором юридических наук, посвящен систематическому изложению тем и проблем общей теории права и государства, предусмотренных вузовской программой. Он отличается существенной новизной. Все основные вопросы освещены в нем с позиций разработанной автором либертарно-юридической теории права и государства, в которой учтены достижения естественно-правовых и юридико-позитивистских учений прошлого и современности. Значительное внимание в учебнике уделено теоретическим проблемам постсоветского периода развития российского общества, права и государства.

Учебник подготовлен на основе лекций, которые автор читал в Академическом правовом университете при Институте государства и права Российской академии наук.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов, а также для всех интересующихся вопросами права и государства.

УДК 340(075.8)

ББК 67.0я73

ISBN 978-5-91768-238-9 (Норма)

ISBN 978-5-16-004095-0 (ИНФРА-М)

© Нерсесянц В. С., 1999

Содержание

Предисловие XI

Раздел I. Теория права и государства как общеправовая дисциплина

**Глава 1. Предмет и метод общей теории права
и государства 1**

1. Предмет и метод общей теории права и государства
как общеправовой юридической дисциплины 1
2. Дуализм объектов и единство предмета
юриспруденции 3

**Глава 2. Понятийно-правовое единство
предмета и метода юриспруденции 10**

1. Соотношение, взаимосвязи и единство предмета
и метода юридического познания 10
2. Основные функции юридического метода 12
3. Преемственность и новизна в развитии общей
теории права и государства 14

**Глава 3. Место и значение общей теории
права и государства в юриспруденции 16**

1. Общая теория права и государства в системе
юридических наук 16
2. Общая теория права и государства и развитие
междисциплинарных связей юриспруденции 21

Раздел II. Сущность, понятие и ценность права и государства

**Глава 1. Основные концепции правопонимания
и понимания государства 27**

1. Типология правопонимания и понимания
государства 27
2. Легистские (позитивистские) концепции 33
3. Естественноправовые концепции 39
4. Либертарно-юридическая концепция 53

VI	Содержание
Глава 2. Сущность, понятие и ценность права и государства	69
1. Сущность и понятие права и государства	69
2. Ценность права и государства	78
3. Место и роль права и государства в социальной регуляции	81
Раздел III. Формирование и развитие теории права и государства	
Глава 1. Основные этапы и направления развития юридической теории	92
1. Древняя Греция	93
2. Древний Рим	100
3. Средние века	107
4. Новое время	112
5. Аналитическая юриспруденция в XX в.	127
Глава 2. Юриспруденция в России	135
1. Дореволюционная юриспруденция	135
2. Основные концепции права и государства советского периода	150
3. Постсоветская теория права и государства	185
Раздел IV. Общество, право, государство	
Глава 1. Первобытнообщинный строй	191
1. Основные характеристики родового строя	191
2. Формирование и развитие соционормативной системы регуляции	195
Глава 2. Основные концепции происхождения и сущности права и государства	204
1. Общая характеристика	204
2. Мифологические и религиозные концепции	205
3. Патриархальные и патерналистские концепции	210
4. Органические концепции	213
5. Естественноправовые концепции общественного договора	217
6. Концепции насилия	224
7. Психологические концепции	226

Содержание	VII
8. Марксистская концепция	228
9. Либертарно-юридическая концепция	232
Глава 3. Типология права и государства. Основные исторические типы права и государства	236
1. Античные концепции типологии	236
2. Историко-формационный подход Гегеля: концепция духовных формаций	237
3. Марксистский историко-формационный подход: концепция экономических формаций	238
4. Культурологические и цивилизационные подходы	240
5. Либертарно-юридическая концепция типологии права и государства	241
Глава 4. Форма государства	245
1. Форма правления	245
2. Форма государственного устройства	250
3. Форма государственного (политического) режима	253
Глава 5. Функции и механизм государства	256
1. Функции государства	256
2. Механизм государства	261
Глава 6. Правосознание и правовая культура	267
1. Правосознание	267
2. Правовая культура	272
Глава 7. Гражданское общество и государство: их различие и соотношение	277
1. Формирование и развитие концепций различия и соотношения гражданского общества и государства	277
2. Либертарно-юридическая концепция различия и соотношения гражданского общества и государства	283
Глава 8. Правовое государство: история идей и современность	286
1. Античные идеи	287
2. Политико-правовая мысль средневековья	298

3. Концепции Нового и Новейшего времени	300
4. Легистские трактовки правового государства	306
5. Либертарно-юридическая концепция правового государства	308
6. Формирование и развитие идей о правах и свободах человека	311
Глава 9. Гражданское общество в постсоветской России	315
1. Структура и основные компоненты гражданского общества	315
2. Формы общественных объединений	321
3. Политические партии в системе взаимоотношений гражданского общества и государства	326
Глава 10. Правовое государство в постсоветской России	329
1. Общая характеристика	329
2. Права и свободы человека и гражданина	332
3. Конституционно-правовой статус индивида	334
4. Конституционные гарантии прав и свобод человека и гражданина	340
5. Конституционная концепция правового закона	342
6. Разделение властей	345
7. Конституционная модель правового государства: пути ее совершенствования и реализации	353
Глава 11. Перспективы постсоциалистического развития общества, права и государства: концепция цивилизма	356
1. Проблема выбора постсоциалистического пути развития	356
2. Гражданская собственность, цивилитарное право, цивилизм	366
3. Место цивилизма в историческом прогессе свободы и права	371
4. Итоги и перспективы российской истории: цивилизм как национальная идея	377

Раздел V. Доктрина и догма позитивного права: основные понятия и концепции

Глава 1. Доктрина и догма права: понятие и типы	382
1. Понятие доктрины и догмы права	382
2. Типы правовых доктрин	384
Глава 2. Норма права	387
1. Норма права как основная категория доктрины и догмы позитивного права	387
2. Понятие и структура нормы права	391
3. Признаки нормы права	394
4. Виды норм права	396
Глава 3. Источники права	399
1. Понятие и виды источников права	399
2. Источники права в Российской Федерации	406
Глава 4. Правоустановление (правотворчество)	415
1. Понятие правоустановления и виды правоустановительной деятельности	415
2. Принципы правоустановительной деятельности	418
3. Основные стадии правоустановительного процесса	421
4. Юридическая техника	425
Глава 5. Система права и систематизация законодательства	430
1. Понятие и структура системы права	430
2. Объект, предмет и метод правового регулирувания	434
3. Основные отрасли российского права	439
4. Система права и законодательство	443
5. Систематизация правоустановительных актов	447
Глава 6. Типология систем права: основные “правовые семьи” современности	449
1. Классификация систем права	449
2. Романо-германская правовая семья	456
3. Социалистические системы законодательства	463
4. Правовая семья “общего права”	465
5. Индусское право	471
6. Мусульманское право	473
7. Обычное право Африки	476

Глава 7. Действие права	478
1. Понятие, механизм и эффективность действия права	478
2. Действие права во времени, в пространстве, по сфере регуляции и по кругу лиц	481
3. Реализация норм права	485
4. Применение норм права	487
5. Пробелы в праве. Аналогия закона и аналогия права	492
Глава 8. Толкование норм права	495
1. Понятие толкования норм права. Объект, метод и предмет толкования	495
2. Способы (приемы) толкования норм права	498
3. Виды толкования-уяснения норм права	503
4. Виды толкования-разъяснения норм права	504
Глава 9. Правовое отношение	508
1. Понятие правоотношения. Объект и предмет правоотношения	508
2. Юридические факты	510
3. Содержание правоотношения	512
4. Субъекты (участники) правоотношения. Физические и юридические лица	515
5. Виды правоотношений	520
Глава 10. Правонарушение и юридическая ответственность	523
1. Понятие и юридический состав правонарушения	523
2. Виды правонарушений	526
3. Понятие юридической ответственности	528
4. Виды юридической ответственности	530
5. Принципы юридической ответственности	533
Глава 11. Правовой порядок и правовая законность	536
1. Понятия правового порядка и правовой законности	536
2. Свойства, принцип и гарантии правовой законности и правопорядка	539
3. Идеи правовой законности и правопорядка в Конституции Российской Федерации	543

Предисловие

В данном учебнике систематически изложены все темы по вузовской программе общей теории права и государства.

Учебник написан с позиций разработанной нами либертарно-юридической теории права и государства, в основе которой лежит понимание и понятие права и соответствующее правовое понимание (и понятие) государства как форм выражения принципа формального равенства, а именно — как всеобщих и необходимых форм свободы, равенства и справедливости в общественной жизни людей.

Основная идея, смысл и цель этой юридической теории, по-своему преодолевающей антагонизм между юснатурализмом (естественноправовым подходом) и легизмом (позитивизмом в праве) и синтезирующей их достижения в новой концепции различения и соотношения права и закона, состоят в выявлении специфики права как особого социального явления, юридической характеристике с этих позиций необходимых правовых свойств реального государства и закона (всех источников позитивного права) и обосновании, в конечном счете, соответствующих либертарно-юридических концепций правового закона и правового государства.

Реализация этих идей обусловила и некоторые особенности в структуре работы и очередности изложения материала, хотя в целом основные темы освещаются в учебнике в русле традиционной учебной схемы.

Учебник состоит из пяти разделов.

В первом разделе традиционные вопросы предмета и метода теории права и государства изложены в контексте либертарно-юридической концепции юриспруденции и соответствующих новых представлений о месте и роли общей теории права и государства в системе юридических наук.

Значительное внимание в этом разделе уделено проблеме предметного единства общей теории и юриспруденции в целом как единой науки о праве и государстве.

Основные положения либертарно-юридического учения о сущности, понятии и ценности права и государства — в его соотношении с естественноправовыми и легистскими учениями — изложены во втором разделе.

В третьем разделе освещаются основные прошлые и современные концепции теории права и государства и юриспруденции в целом — от ее возникновения до современности. Специальное внимание уделено формированию и развитию теории права и государства и юриспруденции в России (дореволюционной, советской и постсоветской).

Общетеоретические темы учебного курса, относящиеся к проблематике происхождения и развития права и государства, их типологии, характеристике их форм и функций, соотношению гражданского общества и правового государства, изложены в четвертом разделе. Большое место в этом разделе занимает освещение проблем становления правового государства в постсоветской России, а также перспектив постсоциалистического развития общества, права и государства, которые рассматриваются с позиций нашей концепции цивилизма и цивилитарного права.

Либертарно-юридическая концепция доктрины и догмы позитивного права, включая освещение всех соответствующих тем и вопросов учебной программы, изложена в заключительном пятом разделе.

Содержащаяся в учебнике либертарно-юридическая трактовка вопросов общей теории права и государства сочетается с изложением основных положений других подходов к этим проблемам.

Раздел I. Теория права и государства как общеюридическая дисциплина

Глава 1. Предмет и метод общей теории права и государства

1. Предмет и метод общей теории права и государства как общенаучной юридической дисциплины

Общая теория права и государства занимает фундаментальное место в системе юридических наук. Более кратко данная дисциплина зачастую именуется просто как “Теория права и государства”.

Название “Общая теория права и государства” предметно и содержательно точнее, поскольку вопросами теории права и государства, т.е. теоретическими (научными) исследованиями, занимаются все юридические науки — каждая в своей сфере, а не только общая теория права и государства. Ведь в гносеологическом (познавательном) плане понятия “теория” и “наука” — это синонимы. Поэтому под теорией имеется в виду именно научная теория, а под наукой — определенная (общая или более частная) теория.

Однако независимо от названия эта основополагающая юридическая дисциплина по своим задачам, функциям, предмету и методу имеет общенаучное значение для юриспруденции в целом и представляет собой именно общую (всеобщую — для данной концепции и системы юридических наук) теорию права и государства. В ней сконцентрированы все наиболее существенные достижения научно-теоретической мысли о праве и государстве, все теоретически (и научно) наиболее важное и значимое в совокупном знании о праве и государстве.

В рамках теории права и государства выявляется, определяется и разрабатывается вся общенаучная (общетеоретическая) проблематика предмета и метода юриспруденции в целом, ее научной концепции и понятийного аппарата, ее системы и структуры, ее онтологических, гносеологических и

аксиологических характеристик, ее места и роли в системе других наук.

Основная общенаучная задача общей теории права и государства состоит в определении и обосновании предмета и метода всей юриспруденции как отдельной самостоятельной науки. В этом прежде всего заключается существо предмета и метода самой общей теории права и государства. Определить предмет и метод общей теории права и государства — это означает определить предмет и метод юриспруденции в целом, т.е. той науки (и научной системы юридических дисциплин), общей теорией и общенаучной основой которой и является данная общая теория права и государства. Таким образом, по своему научно-теоретическому смыслу **предмет и метод общей теории права и государства — это и есть предмет и метод всей соответствующей концепции юриспруденции.**

Научное (и теоретическое) значение отдельных юридических дисциплин (характер их взаимосвязей и отношений между собой и взаимодействия с юридической наукой в целом) определяется их местом и функцией в общей системе юридической науки, в структуре целостного юридико-теоретического знания. При этом именно научные свойства целого (т.е. специфические теоретико-познавательные свойства и особенности юридической науки в целом с ее единым предметом и методом) определяют научные свойства отдельных юридических дисциплин, их предмет и метод, их научно-познавательный статус и т.д., а не наоборот. По логике системно-структурных отношений в сфере юридико-теоретического знания, свойства целого (юридической науки в целом) принципиально несводимы к сумме свойств составляющих ее юридических дисциплин и невыводимы из них.

В познавательно-концентрированном виде эти свойства **научно-юридического целого представлены в понятии права**, которое исходно определяет предмет и метод юридического познания и которое в теоретически развернутой, структурно и функционально конкретизированной и организованной форме представлено во всей юридической науке как единой и целостной системе юридического знания.

Отсюда ясно, что определяемый общей теорией права и государства единый предмет и метод юридической науки в целом — это одновременно предмет и метод также и каждой юридической науки (дисциплины). Ведь отдельные юридические науки как составные элементы всей системы юридической науки в целом являются лишь определенными, относительно самостоятельными формами (структурными частями) выраже-

ния понятийно единого юридико-теоретического знания, различными формообразованиями единого для всей юридической науки понятия права, т.е. различными аспектами одного и того же юридического предмета и юридического метода.

Предметное и методологическое своеобразие общей теории права и государства обусловлено научно-познавательными возможностями и целями данной дисциплины, ее общенаучными задачами и функциями в системе юридической науки, местом и значением юридической науки в целом — в системе общественных наук.

Смысл сказанного можно в предварительном порядке резюмировать следующим образом: **предмет и метод общей теории права и государства — это общая теория и методология всей юриспруденции как единой, самостоятельной, системно целостной науки.** Предметом и методом общей теории права и государства, таким образом, являются общенаучные основы всей юриспруденции, ее предмет и методология, ее система и структура, ее онтология, гносеология и аксиология.

С учетом такого общенаучного статуса и роли общей теории права и государства можно сказать, что предмет и методология общей теории права и государства — это научно-теоретическое обоснование (выявление, объяснение, раскрытие и развитие) предмета и методологии всей юридической науки.

Поэтому все последующее освещение общенаучных (и общетеоретических) основ юриспруденции (ее предмета, методологии, системы и т.д.) вместе с тем представляет собой адекватное содержательное исследование и изложение всей той проблематики, которая именуется предметом и методом общей теории права и государства. Одновременно в ходе дальнейшего освещения темы будут все более уточняться и конкретизироваться — в общенаучном контексте юриспруденции и системы всех юридических дисциплин — уже высказанные в предварительном порядке суждения и положения о предмете и методе общей теории права и государства.

2. Дуализм объектов и единство предмета юриспруденции

Каждая наука — это определенный способ производства и организации знаний о тех объектах, изучением которых она занимается. В этом смысле **юридическая наука является определенным способом производства и организации юридичес-**

ких знаний, т.е. научных знаний о таких объектах, как право и государство.

Объект научного изучения отличается от предмета науки. Один и тот же объект может изучаться разными науками, причем каждая наука изучает данный объект с позиций своего особого предмета и метода.

Объект — это то, что еще подлежит научному изучению с помощью познавательных средств и приемов соответствующей науки. В процессе научного изучения исходные эмпирические знания об объекте дополняются теоретическими знаниями, т.е. системой понятий об основных сущностных свойствах, признаках и характеристиках исследуемого объекта, о закономерностях его генезиса, функционирования и развития. Научное (теоретическое) познание тем самым представляет собой творческий процесс глубинного постижения изучаемого объекта в мышлении, в созидании его мысленного образа (модели) в виде определенной системы понятий о сущностных свойствах данного объекта.

Эти искомые сущностные свойства объекта (в их понятийном выражении) и являются предметом соответствующей науки.

В весьма упрощенном виде можно сказать, что объект науки — это то, что мы о нем знаем **до** его научного изучения, а предмет — это изученный объект, то, что мы знаем о нем **после** научного познания. Речь по существу идет о различении познаваемого объекта и идеи (теоретического смысла, мыслительного образа, логической модели и т.д.) познанного объекта.

Приведенные положения об объекте и предмете науки в целом относятся и к юридической науке. Поэтому в общем виде можно сказать, что **объектами юридической науки являются право и государство, а ее предметом — основные сущностные свойства права и государства.** Иначе говоря, предметом юридической науки является понятие права и понятие государства, поскольку сущностные свойства объекта в соответствии с требованиями научного (теоретического) познания можно адекватно выразить лишь в такой высшей познавательной форме, как понятие. Это означает, что надлежащее (логически последовательное, согласованное и непротиворечивое, системно полное) раскрытие теоретического содержания понятия права и понятия государства, а вместе с тем и адекватное научное их обоснование представлены в юридической науке в целом и составляют ее предмет.

Однако подобная предварительная характеристика предмета юридической науки нуждается в дальнейшем уточнении.

Необходимость такого уточнения обусловлена прежде всего тем, что, хотя юридическая наука и изучает два объекта (право и государство), однако она, как и всякая наука, имеет и вообще может иметь лишь один предмет. Это означает, что **два фактически разных объекта (право и государство) исследуются и познаются в рамках и с позиций юридической науки в качестве двух необходимых компонентов (составных моментов) одного единого предмета данной науки.**

Такое единство предмета науки при двух разных объектах, по логике теоретического познания и законам построения научной системы знаний (в нашем случае — научной системы юридического знания), предполагает определенный момент совпадения и единства сущностных свойств этих разных объектов, т.е. логическую необходимость одного общего понятия об этих двух объектах. Речь, следовательно, идет о **принципиальном единстве и предметной совместимости понятия права и понятия государства в качестве необходимых взаимодополняющих компонентов (составных моментов) одного единого общего понятия права и государства.**

Подобное общее понятие права и государства логически выступает как исходное, предметообразующее (и одновременно — метообразующее) понятие юридической науки в целом и отдельных юридических дисциплин. Такое общее понятие в абстрактно-теоретической форме выражает все юридическое знание, его границы, сферу и специфику, предметный критерий отличия юридического от неюридического. Данное общее понятие выступает как то исходное всеобщее юридико-понятийное начало (принцип и критерий юридичности), которое подлежит соответствующей конкретизации применительно ко всем сферам и направлениям юридического познания и которое, следовательно, должно учитываться и присутствовать во всех более частных и детальных определениях и характеристиках права и государства, во всей системе понятий юридической науки в целом и отдельных юридических наук.

Предметное единство юридической науки (и вместе с тем — системная целостность всех юридических дисциплин как составных частей единой юридической науки) возможно лишь при **смысловом единстве** и, следовательно, **непротиворечивости всех юридических понятий**, а это достижимо только при наличии исходного общего юридического понятия и соответствия ему всех более конкретных юридических понятий. Совокупность юридических понятий только тогда образует целостную и непротиворечивую систему, когда они выражают одно и то же юридико-смысловое начало, представленное в абстракт-

тном виде в исходном всеобщем юридическом понятии и конкретизируемое в системе понятий всей юридической науки в целом.

Признание юридической науки как единой науки о праве и государстве предполагает снятие и преодоление дуализма ее объектов (права и государства) на уровне ее предмета, т.е. на теоретико-понятийном уровне — в форме одного понятия об этих двух объектах, выражающего их основные сущностные свойства.

Дуализм понятий (понятия права и понятия государства) здесь означал бы дуализм научных предметов, т.е. отрицание единой юридической науки о праве и государстве и признание под внешне и словесно единым названием по существу двух разных наук с двумя разными предметами: науки о праве, предмет которой — понятие права, и науки о государстве, предмет которой — понятие государства. Каждая из этих двух разных наук имела бы и свою собственную систему научных дисциплин: в рамках науки о праве были бы свои теория права, история права, отраслевые и специальные правовые дисциплины, а в науке о государстве соответственно свои теория государства, история государства, отраслевые и специальные дисциплины по проблематике государства.

Для снятия и преодоления названного дуализма понятий и достижения искомого единства предмета науки, абстрактно говоря, необходимо исходить или из понятия права, или из понятия государства. Одно из этих понятий, следовательно, должно быть логически первичным, базовым, определяющим, предметообразующим, а второе понятие — вторичным, обусловленным первым понятием.

Предметом единой науки о праве и государстве, таким образом, может быть или понятие права, включающее в себя правовое понятие государства (т.е. правовое учение о государстве, юридическую теорию государства), или понятие государства, включающее в себя понятие права (т.е. государственное учение о праве, государственную теорию права). Третьего пути к понятийно-предметному единству одной теоретически последовательной науки о двух разных объектах (праве и государстве) нет и логически не может быть. Без логической первичности одного из этих двух понятий мы будем иметь дело не с единой наукой (единой теорией), а с эклектическим, внутренне противоречивым конгломератом характеристик и определений разных понятий и предметов.

Юридическая наука возникла, развивалась и развивается как юриспруденция, предмет которой — понятие права и соответствующее правовое понятие государства.

История и теория юриспруденции как единой юридической науки о праве и государстве свидетельствуют о том, что в рамках данной науки дуализм понятия права и понятия государства преодолевается и необходимое понятийно-предметное единство достигается именно на основе и с позиций определенного понятия права, включающего в себя и соответствующее правовое понятие государства, т.е. сущностные (с позиций этого понятия права) правовые свойства государства.

При этом двум основным типам правопонимания (юридическому и легистскому) соответствуют и две типологически различные концепции юриспруденции.

Юриспруденция, исходящая из различения права и закона (позитивного права) и опирающаяся на юридическое (антилегистское, антипозитивистское) правопонимание и юридическое понятие права (включающее в себя и соответствующее юридическое понятие государства), относится к юридическому типу учения о праве и государстве.

В свою очередь, **юриспруденция, отождествляющая право и закон (позитивное право)** и опирающаяся на легистское (позитивистское, этатистское) правопонимание и легистское понятие права (включающее в себя и соответствующее легистское понятие государства), относится к легистскому (позитивистскому) типу учения о праве и государстве.

В рамках юридического типа правопонимания и юриспруденции мы в процессе освещения проблем данного учебника исходим из **либертарно-юридического понятия права (и соответственно государства)** и трактуем право как формальное равенство свободных индивидов, т.е. как всеобщую и необходимую форму свободы людей. Этим общим понятием права в **единый предмет юридико-либертарной концепции юриспруденции** охватываются оба ее объекта — и позитивное право как нормативная форма свободы, и государство как институциональная (организационно-властная) форма этой же свободы.

Таким образом, согласно нашей либертарно-юридической концепции, **юриспруденция — это наука о свободе.**

Иначе проблема единства предмета юриспруденции решается легистами (позитивистами). Показательна в этом плане позиция **Г. Кельзена** как автора наиболее последовательной концепции легизма — неопозитивистского “чистого учения о праве”. С одной стороны, для Кельзена, как и для всех легистов (позитивистов и неопозитивистов), право — это приказ власти (с любым произвольным содержанием), принудительное установление и продукт государства, словом, “принудительный

порядок"¹. С другой стороны, он с помощью формально-нормологического метода интерпретирует право (т.е. позитивное право, установленное государством) как систему норм должностования, восходящих к гипотетической "основной норме" (а не к государству!), и с этих позиций трактует любое (в том числе деспотическое, тоталитарное и т.д.) государство как "правопорядок", как "правовое государство"². При этом под "правовым государством" Кельзен имеет в виду позитивно-правовое (легистское) государство и потому отвергает "правовое государство" в общепринятом смысле, которое, по его оценке, исходит из ложных естественноправовых представлений.

Такая правовая (позитивно-правовая) трактовка государства, по мысли Кельзена, позволяет преодолеть "традиционный дуализм государства и права" и добиться единства предмета юриспруденции (в ее неопозитивистской версии): "предмет познания — это только право"³. Под правом при этом имеется в виду именно позитивное право, т.е. любое произвольное и принудительное установление самого государства.

Сопоставляя нашу **юридическую концепцию юриспруденции** и кельзеновскую **легистскую концепцию юриспруденции** как два радикально противоположных (и по-своему последовательных и "чистых") типа учения о праве и государстве, можно сказать, что в обоих случаях, хотя и принципиально разными путями и на различных основаниях, достигнуто понятийно-правовое единство соответствующей концепции юриспруденции: единое понятие права (соответственно либертарно-юридическое у нас, нормативистско-легистское у Кельзена) охватывает оба объекта научного познания (право и государство) и является общим и единым для них понятием. Принципиальная разница в том, что в нашем подходе речь идет о чисто юридической концепции права, государства и юриспруденции (о формально-юридической, а не о естественноправовой концепции, которую критиковал Кельзен), а в кельзеновском подходе речь идет о чисто легистской (т.е. произвольно-принудительной) концепции права, государства и юриспруденции.

Эти две концепции права, государства и юриспруденции являются, скорее, **идеальными типами** (двумя принципиаль-

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М.: ИНИОН АН СССР. 1987. С. 50.

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М.: ИНИОН АН СССР. 1988. С. 111, 146.

³ Там же. С. 109, 146.

но противоположными полюсами и парадигмами), нежели реальной действительностью всей юриспруденции в то или иное время в той или иной стране. Реальному развитию правовой мысли и юриспруденции в целом, напротив, присущи плюрализм и борьба различных мнений, позиций и подходов, расположенных между этими двумя крайними полюсами правопонимания и понимания государства, а нередко и эклектическое смешение и причудливое сочетание типологически различных идей и положений.

Все это, разумеется, не обесценивает теоретическое значение типологии (и типологической чистоты) правопонимания и юриспруденции как науки.

Ведь в конечном счете именно соответствующий тип правопонимания (и понятия права) определяет теоретический смысл и содержание как предметного единства, так и метода юриспруденции (в той или иной ее версии) в качестве единой и единственной науки о праве и государстве.

Поскольку в научно-теоретическом контексте юридическое познания и юридического знания о праве и государстве понятие права как исходное и предметообразующее начало предопределяет (включает в себя, подразумевает и выражает) также и соответствующее данному понятию правовое понятие государства, то с учетом этого можно сказать, что предметом юридической науки является понятие права. При этом следует, конечно, помнить о том, что данное понятие права в теоретико-концептуальной форме охватывает и выражает содержание совокупного юридического знания о сущностных свойствах права и государства.

Предшествующее изложение позволяет сформулировать ряд равнозначных по своему теоретическому смыслу определений предмета юридической науки. Наиболее кратким в этом ряду является следующее определение: **предмет юридической науки — это понятие права**. То же самое понимание предмета можно выразить несколько иначе: **предмет юридической науки — это понятие права и правовое понятие государства**. Идентичный смысл можно выразить и по-другому: **предмет юридической науки — это понятие права, включающее в себя соответствующее правовое понятие государства и выражающее сущностные свойства права и государства**.

Сказанное можно резюмировать следующим образом: **предмет юридической науки — это сущностные свойства права и государства в их понятийно-правовом постижении и выражении**.

Согласно либертарно-юридической концепции, право и государство — это всеобщие и необходимые формы бытия и осу-

ществления свободы индивидов, их объединений, союзов, организаций и т.д. Это означает, что в соответствии с либертарно-юридической трактовкой предметом юриспруденции является свобода. Поэтому мы рассматриваем юриспруденцию как науку о свободе — науку о свободе в ее всеобщей и необходимой правовой (государственно-правовой) форме.

Глава 2. Понятийно-правовое единство предмета и метода юриспруденции

1. Соотношение, взаимосвязи и единство предмета и метода юридического познания

Либертарная трактовка предмета юридической науки выражает специфику, задачи и цели общей теории права и государства и в целом юридического познания — понимание и объяснение права и государства в адекватной юридико-теоретической форме. А это можно осуществить с помощью целостной системы юридических понятий, которая представляет собой конкретизацию (применительно к свойствам изучаемых объектов) исходного общего понятия права и которая в процессе такой конкретизации определяет структуру (структурные части) предмета единой юридической науки, т.е. системе юридических наук, место и назначение каждой юридической науки в данной системе, в структуре единого предмета.

В специфике предмета юридической науки выражена и специфика ее метода. Данное обстоятельство соответствует общенаучному требованию логического, теоретического единства предмета и метода научной системы знаний.

Единство предмета и метода юридической науки (и самой общей теории права и государства), обобщенно говоря, состоит в следующем: специфическое понятийно-юридическое знание (т.е. юридико-теоретическое, понятийно-правовое знание о праве и государстве) — это одновременно и предмет научно-юридического познания права и государства, и метод их юридического познания (тип, форма, результат юридического метода познания данных объектов).

Метод — это путь познания. Юридический метод (метод юридической науки) — это путь юридического познания. Объектами юридического познания являются право и государство как составные части всего объективного мира (мира

объектов), как определенные объекты в их многообразных взаимосвязях и взаимодействии с другими объектами (социальными и природными, материальными и духовными), которые влияют на них и испытывают их влияние.

Подобно всякому методу, **юридический метод как путь юридического познания — это путь, ведущий от объекта к предмету**, от первичных (чувственных, эмпирических) знаний о праве и государстве до теоретического, научно-юридического (понятийно-правового) знания об этих объектах. Эта направленность (интенциональность) юридического познания (и юридической мысли) на понятие права выражает существо и отличительную особенность юридического метода (метода юридической науки).

Юридический метод как путь познания — это бесконечный путь углубления и развития знания о праве и государстве, непрекращающееся движение от уже накопленного знания об этих объектах к его обогащению и развитию, от эмпирического уровня знаний к теоретическому уровню, от достигнутого уровня теории к более высокому уровню, от уже сложившегося понятия права к новому, теоретически более содержательному и богатому понятию. Юридический метод, как и всякий метод, только потому является путем познания, что он и есть юридическое знание (юридическая теория) в движении, в формировании, изменении, углублении и развитии.

В свою очередь, любая теория (в том числе и определенная юридическая теория) является системным и структурным выражением соответствующего юридического метода познания права и государства, результатом его познавательной и конституирующей (системообразующей) функций. Поэтому каждая **юридическая теория обладает функцией метода** и выполняет такую роль или непосредственно (в меру представленного в ней понятийного знания), или опосредованно (как составной момент другой концепции понятия права и юридического метода).

Метод юридической науки — это юридический метод, который представляет собой способ юридического познания, производства и организации юридического знания. Юридический метод является способом юридического познания и выражения действительности, исходящим из понятия права. Специфика юридического метода состоит в том, что это, по своему познавательному смыслу и природе, — понятийно-правовой метод, способ правового моделирования познаваемой действительности, способ познания действительности с позиций и в границах понятия права, способ понимания свойств, черт, признаков действительности в качестве именно правовых свойств,

черт, признаков, т.е. в качестве правовых характеристик (правовых определений), правового выражения и измерения действительности.

Юридическому методу присущ правовой взгляд на мир, правовое видение действительности. Юридически познанная действительность (мир объектов) предстает как **юридическая действительность, т.е. как система правовых свойств и связей познаваемой действительности.**

С точки зрения юридической науки и юридического метода юридическая действительность — это искомая истина и выявленная сущность мира юридического познания. И если пифагорейцы с позиций математики утверждали, что сущность мира есть число, юристы с тем же основанием могут сказать, что **сущность мира — это право.** Каждый при этом имеет в виду тот мир, который он познает и знает: математик — мир чисел, юрист — **мир права.**

Аналогичным образом физики, химики, биологи ищут соответственно свою физическую, химическую или биологическую формулу для познаваемого ими физического, химического или биологического мира. Такова избирательная, предметно профилированная природа человеческого мышления и познания.

Формулой юридического мира является понятие права.

Эти различные формулы разных миров (различные научные образы, научные картины мира, создаваемые разными науками) выражают по существу нечто общее — всеобщие законы объективного мира (объекта всех наук), т.е. правила упорядоченности этого мира и порядка в нем (математически-числового, правового, физического, химического, биологического и т.д.).

В этом смысле можно было бы сказать, что искомой истиной и предметом юридической науки является право как принцип, правило и норма должного порядка действительности.

Понятие права как юридическая формула и есть тот принцип правового порядка действительности, по которому действует юридический метод и в соответствии с которым им осуществляется юридизация познаваемой объективной действительности, ее постижение и выражение в форме юридической действительности.

2. Основные функции юридического метода

Процесс конкретизации нового понятия права, его выражения и оформления в виде целостной юридической теории, включая и общую теорию права и государства, осуществляется

посредством юридического метода. В этом смысле **юридическая теория является формой выражения юридического метода в действии**, в созидании новой системы юридических знаний на основе и с позиций единого понятия права.

С помощью юридического метода предмет юридической науки (понятие права) конкретизируется и разворачивается в соответствующую юридическую теорию (юридическую науку) как понятийно-единую систему знаний о праве и государстве.

Формирование новой юридической теории посредством юридического метода включает в себя **два познавательно взаимосвязанных, но различных момента**: 1) качественное преобразование всего прежнего юридического знания на основе и с точки зрения нового понятия права, т.е. переинтерпретацию, новое толкование прежних юридических знаний и теорий с позиций и в смысловом контексте нового понятия права (в рамках новой юридической теории с ее предметом и методом); 2) продолжение в русле новой юридической теории прерванного (появлением нового понятия права) количественного роста юридического знания и соответствующих изменений в самой этой новой юридической теории с позиций и в рамках данного нового понятия права.

Таким образом, познавательные возможности юридического метода, как и любого другого метода, заданы творческим (эвристическим) потенциалом самого нового понятия права и ограничены его смысловыми рамками, границами его теоретического смысла, сферой предмета данной юридической теории. Здесь, кстати говоря, вновь отчетливо проявляется теоретико-познавательное единство предмета и метода науки.

Юридический метод — это специфический общенаучный метод юридической науки. Как специфический метод юридического познания действительности он выполняет **две следующие основные функции**: 1) получение юридических знаний и 2) построение теоретической (научной) системы юридических знаний.

При осуществлении первой функции юридический метод выступает как метод специфического юридического исследования действительности, в результате которого приобретает, умножается, углубляется и развивается юридическое знание. Юридический характер этого знания обусловлен тем, что соответствующее освоение, понимание и толкование действительности осуществляется **с позиций, под углом зрения и в пределах понятия права**, которое лежит в основе данного юридического метода и исходно определяет его юридико-познавательную профилированность и направленность (интенциональность).

Эти же отличительные особенности (исходная юридико-понятийная профилированность и направленность) присущи и юридическому методу как способу построения и обоснования юридической теории (научной системы юридических знаний).

Внутреннее единство этих двух функций юридического метода (как способа производства юридического знания и как способа его научной организации) коренится в том, что они выражают собой различные взаимосвязанные познавательномысловые аспекты единого исходного понятия права.

Во всех своих функциях и проявлениях юридический метод — это метод понятийно-правового познания и знания, метод понятия права, т.е. понятие права в качестве метода.

3. Преemptивность и новизна в развитии общей теории права и государства

Процессу развития общей теории права и государства и в целом юридического познания присущи как количественные, так и качественные изменения.

Количественные изменения юридического знания (его умножение, уточнение и конкретизация, увеличение его объема и т.д.) происходят в целом с позиций и в границах того или иного понятия права, которое лежит в основе определенной концепции юриспруденции, ее метода и предмета.

Качественные изменения юридического знания связаны с переходом от прежнего понятия права к новому понятию права, с формированием новой юридической теории с соответствующим новым методом и новым предметом.

Разумеется, степень подобных качественных изменений может быть различной, но новые понятия выражают качественный скачок в процессе развития юридического познания и в прогрессе юридической мысли.

Новое понятие права означает и соответствующий новый подход к изучению, пониманию и трактовке как самих эмпирически данных объектов юридической науки (права и государства), так и уже накопленных теоретических знаний о них.

Дело в том, что нет знания с неизменным смыслом, нет некоей постоянной единицы смысла знания, нет чистого знания — знания самого по себе вне его смыслообразующего контекста, нет изолированного, автономного знания до, вне и без той или иной уже познавательной предданной системы знаний с определенным типом осмысления этого знания, с определенной концепцией его понимания и его понятия.

Всякое знание (включая и знание о праве и государстве) существует в понятийно связанном, преломленном, опосредованном, квалифицированном, трансформированном и преобразованном виде, т.е. как составная часть (момент) определенного понятия и соответствующей концепции теории (ее предмета и метода).

Отсюда ясно, что знания одной теории не могут прямо и непосредственно (в своем прежнем понятийно определенном виде) войти в корпус новой теории, которая представляет собой новую понятийно определенную систему знаний (т.е. систему знаний, осмысленных и определенных с точки зрения нового понятия).

Для использования знаний одной юридической теории в рамках другой юридической теории необходимо — в процессе создания данной теории — высвободить эти знания из их прежнего понятийно-смыслового контекста (развязать смысловые связи этого знания с прежним понятием права), перевести их в новое понятийно-смысловое поле, осмыслить и определить их с позиций нового понятия в качестве его смысловых компонентов, интегрировать их в понятийную систему новой теории.

Новое понятие права, как и всякое новое понятие в других науках, — это качественный скачок в юридическом познании.

Формулирование (“открытие”, “изобретение”) нового понятия права является нестандартным продуктом оригинальных творческих усилий познающего субъекта, причем заранее невозможно предсказать, каким именно будет предстоящее новое понятие права и каким образом его “открыть”, “изобрести”.

Неология (учение о новом) может сказать много интересного и поучительного о том, как делались открытия в различных областях человеческого познания, о природе и различных аспектах творчества нового, о соотношении нового и старого и т.д. При всей своей познавательной, методологической и теоретической значимости подобные положения неологии имеют в виду опыт уже известного нового (уже сделанных открытий), но не еще неизвестное будущее (предстоящее новое). В этом смысле нечто действительно новое (будущее, еще не открытое новое) остается неизвестным до тех пор, пока оно реально не появится. Неизвестным остается как само это предстоящее новое, так и, разумеется, сам конкретный способ его открытия. Даже открыватели зачастую не знают, как это им удалось, и нередко ссылаются на счастливый случай (ванна Архимеда, яблоко Ньютона и т.д.). Так что нет и в принципе

не может быть правила открытия нового, методики о том, как конкретно и какое именно новое открыть. Иначе получилось бы, будто уже заранее известно то новое, которое пока как раз и остается неизвестным.

Приведенные неологические соображения позволяют конкретизировать понимание места и роли нового понятия права в процессе формирования и развития общей теории права и государства и юридического познания в целом. С неологической точки зрения **история юридической науки — это история новых понятий права** и формирующихся на их основе новых юридических теорий, новых концепций общей теории права и государства.

Но в развитии юридического знания и соответствующей общей теории права и государства **момент новизны тесно связан с моментом преемственности**. Новое (новое понятие права, новая теория, новая концепция и т.д.) здесь, как и везде, возникает лишь на основе старого (всей совокупности прежних юридических знаний) как познавательной более глубокая, более содержательная и более адекватная форма постижения и понимания права и государства. И новое понятие права не перечеркивает прежние понятия права и соответствующие теории, а диалектически “снимает” их, т.е. преодолевает их ограниченную и устаревшую познавательную форму (преодолевает ограниченные познавательные возможности и границы прежнего понятия) и вместе с тем удерживает их теоретико-познавательный смысл и итоги. Тем самым новое понятие права сохраняет научно значимые результаты предшествующей юридической мысли и на новом, более высоком уровне юридического познания развивает их дальше с более глубоких теоретических позиций и в более широком и адекватном смысловом поле и контексте.

Глава 3. Место и значение общей теории права и государства в юриспруденции

1. Общая теория права и государства в системе юридических наук

Юридическая наука состоит из совокупности отдельных юридических дисциплин (юридических наук), каждая из которых изучает свои определенные аспекты права и государства.

Существуют различные классификации этих юридических дисциплин. **В системе юридической науки имеются следующие**

группы дисциплин: 1) юридические науки теоретического и исторического профиля (теория права и государства, история политических и правовых учений, всеобщая история права и государства, отечественная история права и государства и др.); 2) отраслевые юридические науки (конституционное право, административное право, гражданское право, гражданское процессуальное право, уголовное право, уголовно-процессуальное право, трудовое право, семейное право, предпринимательское право, сельскохозяйственное право, экологическое право, международное право и др.); 3) специальные юридические науки (правовая статистика, криминалистика, криминология, судебная медицина, судебная психиатрия и др.).

Юридикологическими исследованиями занимается не только теория права и государства, но также и все остальные юридические науки (исторические, отраслевые, специальные). Поэтому теория права и государства в широком научном смысле, т.е. теоретические знания о праве и государстве, в полном, систематически развернутом и конкретизированном виде представлена в юридической науке в целом. Ведь **каждая юридическая наука — это определенная теория**. Так, история политических и правовых учений — это по существу история теорий права и государства, т.е. дисциплина одновременно и историческая, и теоретическая. Существенную часть юридико-теоретических знаний, представленных в юридической науке, составляют теоретические положения о праве и государстве, накопленные и разрабатываемые в рамках исторических, отраслевых и специальных юридических дисциплин.

Юридическая наука представляет собой систему юридического знания о предмете данной науки, полученного и организованного посредством юридического метода. Основными структурными частями (элементами) юридической науки как системы юридико-теоретического знания являются отдельные юридические дисциплины (юридические науки).

Присущая юридической науке структура — это форма (порядок) строения, организации и функционирования юридико-теоретического знания в виде отдельных научных дисциплин в рамках единой юридической науки в целом.

Единство предмета и метода всех юридических наук включает в себя **два момента**. Во-первых, это единство предполагает, что все юридические дисциплины представляют собой различные формы конкретизации (различные аспекты преломления и выражения) понятия права. Это означает, что юридические дисциплины в познавательном плане имеют понятийно-правовой статус и характер и, следовательно, являются науч-

ными формами юридического познания, формами выражения юридико-теоретического знания. Во-вторых, рассматриваемое единство предполагает, что все юридические дисциплины являются различными формами (асpekтами) конкретизации и преломления одного и того же понятия права. А это означает концептуальное единство (с точки зрения определенного понятия права) соответствующей юридической науки в целом и всех ее структурных частей — отдельных юридических наук.

Отмеченное единство предмета и метода разных юридических наук не означает, конечно, их тождества, поскольку при таком тождестве вообще нельзя было бы говорить о наличии разных юридических наук.

Каждая юридическая наука — это отдельный элемент структуры всей юридической науки, **относительно самостоятельное научное формообразование** в общем процессе понятийно-правового изучения и выражения объективной действительности, специфически определенная составная часть теоретико-юридического познания и знания.

Если предмет юридической науки в целом — это понятие права во всех аспектах его теоретико-познавательного проявления и выражения, то предмет каждой отдельной юридической науки как составной части (элемента) предмета юридической науки в целом — это какой-то определенный аспект данного понятия права, какой-то определенный элемент (составная часть) юридической действительности. Таким образом, **предмет каждой отдельной юридической науки — это определенный аспект понятийно-правового познания социального мира.**

Применительно к отдельным отраслевым юридическим наукам приведенные определения можно конкретизировать и пояснить следующим образом. Так, предметная характеристика науки конституционного права, науки гражданского права, науки уголовного права и т.д. в качестве определенных аспектов понятия права прежде всего означает, что предметом науки конституционного права является понятие (т.е. теоретическая концепция, теория) конституционного права (а не, скажем, само позитивное конституционное право, не сами по себе соответствующие нормативно-правовые акты и т.п., которые относятся к объекту данной науки), предметом науки гражданского права является понятие гражданского права (а не позитивное гражданское право — объект данной науки), предметом уголовного права является понятие уголовного права (а не позитивное уголовное право — объект этой науки) и т.д.

Причем предполагается, что понятия конституционного права, гражданского права, уголовного права и т.д. — это формы конкретизации единого (для данной концепции юриспруденции) понятия права с учетом особенностей исследуемой объективной действительности, т.е. объектов данных наук как явлений объективного мира в их взаимосвязи и взаимодействии с другими явлениями и т.д.

С точки зрения общей теории права и государства и в целом юридической науки позитивное гражданское право, уголовное право и т.д. — это лишь объекты изучения, эмпирические явления в общем контексте эмпирической действительности. К этой эмпирической действительности относится и государство, включая его законодательную деятельность. Осмысление всей этой эмпирической действительности как права, как юридической действительности возможно лишь при наличии понятия права и с помощью понятия права. Понятие же права — это продукт не эмпирических явлений, а мышления, мысли о них, т.е. юридической науки и прежде всего — общей теории права и государства.

По своему научному статусу и значению теория права и государства является фундаментальной юридической дисциплиной общетеоретического и общенаучного характера и значения.

При этом **общенаучный (и общетеоретический) характер теории права и государства** значим не только в рамках юриспруденции и не только применительно к самим юридическим дисциплинам (историческим, отраслевым, специальным), но также и применительно ко всем тем неюридическим наукам, которые изучают те или иные аспекты права и государства и в своем подходе к данной тематике, по логике научного познания, должны опираться на уже имеющиеся научные положения и достижения в этой сфере исследований. Речь, конечно, идет об учете и творческом восприятии — в русле междисциплинарных связей различных наук — научных знаний о праве и государстве, представленных в теории права и государства и юриспруденции в целом, а вовсе не о механическом их заимствовании и догматическом использовании. Игнорирование же другими науками общетеоретических (значимых для всех наук) достижений юридической науки, выраженных в теории права и государства, наносит существенный ущерб познавательным возможностям не только этих наук, но и всей системе научного познания в целом.

То же самое можно сказать о значении междисциплинарных связей и отношений теории права и государства, других

юридических дисциплин и юридической науки в целом с неюридическими науками (и прежде всего — с общественными, гуманитарными науками).

Основная научно-познавательная задача теории права и государства — это формулирование и обоснование общего понятия права (включающего в себя и соответствующее понятие государства), разработка на этой понятийно-правовой основе предмета и метода данной концепции юриспруденции, конкретизация исходного общего понятия права в виде единой, внутренне согласованной и непротиворечивой системы более частных (т.е. более детализированных и более конкретных) понятий юридической науки как целостной системы различных юридических наук (отдельных юридических дисциплин).

В целом сказанное можно резюмировать следующим образом: **предмет теории права и государства — это формулирование, разработка и конкретизация единого общего понятия права и государства в качестве предмета и метода юриспруденции как системы юридических наук.**

Юридическое познание (как и всякое научное познание) объективного мира — это и его изучение с помощью понятия права (понятийно-правовое осмысление), и его теоретическое конструирование, моделирование как системы юридических понятий, как юридической действительности, как правового мира. В процессе научного познания юридический метод постигает и выражает объект науки как ее предмет, т.е. юридический метод преобразует эмпирический объект в теоретический предмет.

Само понятийно-правовое постижение и определение соответствующего круга эмпирических явлений (объектов) в качестве, например, действующего (позитивного) конституционного права, или гражданского права, или уголовного права и т.д. является результатом **познавательных, системообразующих и структурообразующих функций юридического метода**, с помощью которого осуществляется конкретизация и преломление общего понятия права применительно к познанию особенностей данных объектов. Этим и обусловлены особенности юридического метода в сфере отдельных юридических наук.

Юридический метод познавательной овладевает объективной действительностью (миром объектов) и в процессе конкретизации единого понятия права с учетом особенностей объектов (т.е. в процессе объектной конкретизации предмета юридической науки) **формирует систему конкретизированных юридических понятий, определений, связей, взаимодействий и отношений**, словом, систему юридического знания, мир права, юридическую действительность.

Каждая юридическая наука (с особенностями ее предмета и метода), будучи компонентом в общей системе юридической науки, сама представляет определенную систему юридико-теоретического познания и знания. В свою очередь, юридическая наука как определенная система может рассматриваться в качестве компонента более широкого системного образования — системы наук.

2. Общая теория права и государства и развитие междисциплинарных связей юриспруденции

Юридическая наука находится в многообразных связях и отношениях с другими науками, осмысление и развитие которых относится к числу важнейших задач общей теории права и государства.

Особый интерес для юриспруденции представляет то обстоятельство, что изучением права и государства (в той или иной форме и степени) занимаются и многие другие (неюридические) науки. Последние изучают эти объекты, т.е. право и государство, под своим особым углом зрения, со специфических позиций своего предмета и метода.

Так, **философия** изучает право и государство в контексте исследования всеобщих закономерностей физического, социального и духовного мира, бытия и мышления и т.д. Философское познание права и государства направлено на уяснение их смыслового содержания с позиций данной концепции философии и философского разума. Это находит свое концентрированное выражение в соответствующих идеях права и государства, в формулировании их мыслительных конструкций и моделей.

Историческая наука (общая история) изучает право и государство в их реально-историческом своеобразии, в их конкретно-исторических проявлениях и значениях. С этих позиций право и государство представляют исследовательский интерес прежде всего как особые исторические явления, как исторические факты, как объективный эмпирический материал и содержательная характеристика социальной истории данного народа на определенном этапе его жизни, как существенные показатели и критерии достигнутой в соответствующем обществе ступени исторического прогресса, уровня общецивилизационного развития человеческой культуры и т.д.

Социология как учение об обществе рассматривает право и государство в качестве составных частей изучаемого со-

циального целого, в качестве определенных социальных явлений в общей системе других социальных явлений, которые в совокупности образуют “материю” общественной жизни, являются факторами ее упорядочения, функционирования, изменения и развития.

Политология как наука о политике и политических взаимоотношениях в целом, в свою очередь, изучает право и государство в качестве политических факторов в системе других политических факторов (политических явлений, отношений, институтов, норм, субъектов политической жизни и т.д.).

С позиций **экономической науки** право и государство исследуются главным образом в качестве своеобразных экономических факторов, которые вместе с другими экономическими факторами оказывают свое воздействие на экономические отношения, их возникновение, изменение и развитие, на упорядочение, функционирование и защиту определенных форм собственности, производства, товарно-денежных связей, хозяйствования.

В целом специфика предмета и метода юридической науки обусловлена их понятийно-правовым единством, т.е. их общим познавательным смыслом, определяемым соответствующим понятием права, которое является исходным для данной концепции юридической теории и юридической науки в целом.

Юридический метод — в его соотношении со всеми другими методами (общефилософскими, частнонаучными и т.д.) — обладает той же спецификой, самостоятельностью и автономией, как предмет юридической науки в его соотношении с предметами всех других наук и философии. Это, конечно, не означает ни отрицания единства науки как теоретического познания действительности, ни игнорирования междисциплинарных связей разных наук как различных форм такого (типологически единого) теоретического познания действительности. Напротив, специфика отдельных самостоятельных наук предполагает их общенаучное единство в качестве основы их **междисциплинарных научных связей**. Именно в силу такого единства наук и междисциплинарных связей между ними возможны как общая и целостная научная картина мира (теоретически исследуемой действительности), так и использование в одной науке знаний, полученных в других науках и во всей системе наук в целом.

Но юридическая наука (как и всякая иная наука) может использовать знания других наук не прямо и непосредственно, а косвенно и в опосредованном виде, лишь преломляя их под специфическим понятийно-правовым углом зрения своего

предмета и метода, только преобразуя их в составные моменты юридического знания и юридического способа познания.

Освоение методов и результатов других наук было и остается важным направлением и существенным источником развития общей теории права и государства и юридической науки в целом. Можно выделить **две основные формы** такого юридико-теоретического освоения значимых для юриспруденции достижений других наук: 1) юридизация методов (и в целом познавательных средств и приемов) других наук и 2) формирование новых юридических дисциплин (философии права, социологии права и т.д.) на стыке юриспруденции и смежных наук.

Юридизация при этом означает юридико-понятийную трансформацию неюридических методов и дисциплин, их преобразование с определяющих позиций понятия права и их включение в новый познавательный-смысловой контекст предмета и метода юридической науки.

Предметная целостность юридической науки, понятийно-правовое единство ее предмета и метода, внутренняя последовательность и непротиворечивость общеправовой теории предполагают, что в юридической науке методы других наук могут и должны использоваться **лишь как способы и приемы именно юридического познания**, т.е. как познавательные средства и компоненты самого юридического метода. Подобная юридизация методов других наук является необходимым требованием и условием методологической и предметной однородности и чистоты юридической науки.

В юридической науке успешно применяются такие **философские и общенаучные методы**, как метод и приемы логики, системного и структурно-функционального анализа, моделирования, экспериментирования и т.д. Эффективность использования в юриспруденции этих и других методов, способов, приемов и средств исследования зависит от надлежащей конкретизации (юридизации) их теоретико-познавательного потенциала и возможностей под специфическим углом зрения целей и задач юридического познания, смысла и требований юридического метода.

Так, в юриспруденции **диалектический метод**, принципы, приемы и средства диалектического исследования (диалектика единства и борьбы противоположностей как источник саморазвития действительности, восхождение от абстрактного к конкретному, единство мышления и бытия, логического и исторического, приемы диалектического анализа и синтеза и т.д.) применяются в их юридически преломленном и конкретизированном виде, в качестве приемов и средств юридического по-

знания, способов постижения и выражения **юридической диалектики**, т.е. специфической диалектики специфического юридического предмета.

Так же обстоит дело и с другими методами, используемыми в юриспруденции. Например, **принципы, приемы и положения системного анализа**, имеющие в виду систему вообще и относящиеся ко всем системам, должны быть конкретизированы (в общем смысловом контексте юридического метода) применительно к специфике юридического исследования юридических систем (права как особой системы и т.д.), к системным аспектам юридического предмета и метода.

Методы моделирования и эксперимента становятся надлежащим средством получения и умножения юридического знания в качестве приемов **юридического моделирования или юридического эксперимента**.

Весьма важным направлением развития юридического познания является формирование таких **юридических дисциплин**, как философия права, социология права, юридическая политология, правовая кибернетика, юридическая антропология, юридическая логика, правовая статистика, правовая информатика и некоторые другие дисциплины. Эти юридические дисциплины формируются на стыке юриспруденции с другими смежными науками. Их появление свидетельствует о том, что прежние междисциплинарные связи юриспруденции со смежными науками (освоение и использование их методов и приемов исследования, некоторых теоретических положений и т.д.) уже не удовлетворяют теоретико-познавательные потребности юридической науки и она нуждается в систематической разработке соответствующего круга проблем в рамках новой самостоятельной юридической науки.

Важно иметь в виду, что наличие таких юридических (по своему предмету и методу) дисциплин, как философия права, социология права, юридическая антропология, правовая кибернетика и т.д., вовсе не исключает формирования таких же по своему наименованию дисциплин, которые, однако, по своему предмету и методу относились бы к смежным наукам. Так, наряду с философией права как юридической дисциплиной успешно развивалась (например Г. В. Ф. Гегелем) и отчасти продолжает развиваться (с позиций неокантианства, феноменологии и т.д.) и в XX в. философия права как философская дисциплина, как особенная философская наука (наряду с другими особенными философскими науками — философией природы, философией истории, философией религии и т.д.). Точно так же возможны (и желательны) и социология права — в

виде социологической дисциплины, юридическая антропология — как антропологическая дисциплина, правовая кибернетика — в рамках кибернетики и т.д.

В рамках юриспруденции философия права, социология права, юридическая политология, психология права, правовая кибернетика, юридическая антропология, юридическая логика, правовая информатика, правовая статистика и т.д. являются **юридическими дисциплинами общенаучного, а не отраслевого характера, профиля и статуса**. Это обусловлено теми общенаучными теоретико-познавательными функциями, которые осуществляются ими в системе юридических наук и юридического познания.

Применительно к современной отечественной юриспруденции речь идет, в лучшем случае, лишь о процессе становления некоторых из них (например философии права, социологии права, правовой кибернетики, правовой статистики, юридической политологии) в качестве **отдельных дисциплин**. Научные же разработки в области юридической антропологии, психологии права, правовой логики, правовой информатики, правовой кибернетики находятся пока что на стадии утверждения **самостоятельного научного направления юридических исследований**.

Проблематика этих формирующихся отдельных дисциплин и самостоятельных научных направлений ранее по преимуществу исследовалась (в той или иной мере) в рамках общей теории права и государства. И, отпочковываясь от последней, они продолжают осуществлять в рамках юриспруденции не только свои узкодисциплинарные, но и общенаучные функции.

Сам процесс формирования новых юридических дисциплин и научных направлений является естественным и плодотворным направлением модернизации юриспруденции, существенным показателем ее соответствия современному уровню общенаучных достижений и ее способности к дальнейшему развитию.

Нашей юридической науке предстоит многое сделать в данном направлении. Необходимо при этом, конечно, учитывать как особенности и специфические научные задачи нашей юриспруденции на современном, постсоветском, этапе ее развития, так и опыт и тенденции развития юридической науки в зарубежных странах. Заслуживает внимания, в частности, следующее суждение ряда известных австрийских теоретиков права по затронутой проблеме: «Современная юридическая наука базируется на целом ряде таких дисциплин, как логика, семантика, теория коммуникации, аксиология, теория решений, кибернетика, социология, политология и т.д. При этом

речь идет не только о применении результатов этих дисциплин, но, более того, о том, чтобы развить особенные основополагающие дисциплины для целей юридической науки. Так, например, нельзя просто привлекать имеющуюся логику дескриптивного языка, но сперва должна быть создана особая дисциплина, логика прескриптивного языка”¹.

Развитие междисциплинарных связей юриспруденции с другими науками на современном уровне науки — это, таким образом, не простое заимствование у смежных наук готовых знаний и их непосредственное использование в юридических исследованиях, а **творческий процесс совершенствования и углубления специфического юридического познания** с учетом познавательного опыта и достижений других наук. Только такой путь может привести к приращению юридических знаний, к действительному углублению и развитию общей теории права и государства, юриспруденции и юридической мысли в целом.

Раздел II. Сущность, понятие и ценность права и государства

Глава 1. Основные концепции правопонимания и понимания государства

1. Типология правопонимания и понимания государства

Для юриспруденции как науки о праве и государстве исходное и определяющее значение имеет лежащий в ее основе тот или иной тип понимания (и понятия) права. Именно **тип правопонимания определяет парадигму, принцип и образец (смысловую модель) юридического познания права и государства**, собственно научно-правовое содержание, предмет и метод соответствующей концепции юриспруденции.

В силу сущностного, понятийно-правового единства права и государства рассматриваемые здесь и далее **типы правопонимания — это одновременно и типы понимания и трактовки государства**. Поэтому все, что в общей теории права и государства и в целом в юриспруденции, включая отраслевые дисциплины, говорится о праве, по своей сути относится и к государству, и все, что говорится о государстве, относится и к праву. Так что везде, где мы для краткости говорим о правопонимании и т.д., подразумевается и соответствующее понимание государства, его толкование и т.д.

Определяющая роль типа правопонимания обусловлена научно-познавательным статусом и значением понятия права (и соответствующего понятия государства), в рамках любой последовательной, систематически обоснованной, развитой и организованной юридической теории. Как в семени дано определенное будущее растение, так и в понятии права в научно-абстрактном (сжатом и концентрированном) виде содержится определенная юридическая теория, теоретико-правовой смысл и содержание определенной концепции (и типа) юриспруденции. Если, таким образом, **понятие права — это сжатая юридическая теория, то юридическая теория — это развернутое понятие права**. Ведь только юридическая наука в целом (как сово-

¹ Einführung in die Rechtsphilosophie. Hrsg. von Prof. Weinberger O. in Zusammenarbeit mit Koller P., Strasser P., Prisching M. Graz, 1979. S. 34.

купное понятийно-теоретическое знание о праве и государстве) и есть систематическое и полное раскрытие понятия права и соответствующего правового понятия государства в виде определенной теории.

История и теория правовой мысли и юриспруденции пронизаны борьбой двух противоположных типов правопонимания (и соответствующего понимания государства). Эти два типа понимания права и трактовки понятия права условно можно обозначить как **юридический (от *ius* — право) и легистский (от *lex* — закон) типы правопонимания и понятия права.**

Упрощенно говоря, различие этих двух типов правопонимания состоит в следующем. Согласно **легистскому подходу**, под правом имеется в виду продукт государства (его власти, воли, усмотрения, произвола): право — приказ (принудительное установление, правило, норма, акт) официальной (государственной) власти, и только это есть право. Здесь право сводится к принудительно-властным установлениям, к формальным источникам так называемого позитивного права (законам, указам, постановлениям, обычному праву, судебному прецеденту и т.д.), т.е. к закону (в собирательном смысле) — к тому, что официально наделено в данное время и в данном месте законной (властно-принудительной) силой.

Такое легистское отождествление права и закона (позитивного права) является принципом и смыслом так называемого “юридического позитивизма” (и неопозитивизма), который по существу является не юридическим, а именно легистским позитивизмом. Легистское (позитивистское) правопонимание присуще разного рода этатистским, авторитарным, деспотическим, диктаторским, тоталитарным подходам к праву.

Для **юридического типа правопонимания**, напротив, характерна та или иная версия (вариант) различения права и закона (позитивного права). При этом под правом (в той или иной форме) имеется в виду нечто объективное, не зависящее от воли, усмотрения или произвола законоустанавливающей (государственной) власти, т.е. определенное, отличное от других, социальное явление (особый социальный регулятор и т.д.) со своей объективной природой и спецификой, своей сущностью, отличительным принципом и т.д.

В рамках самого **юридического (антилегистского) типа правопонимания** имеются два разных подхода: 1) **естественноправовой подход**, исходящий из признания естественного права, которое противопоставляется праву позитивному (сам термин “позитивное право” возник в средневековой юриспруденции); 2) развиваемый нами (с позиций общей теории право-

понимания) **либертарно-юридический подход**, который исходит из различения права и закона (позитивного права) и под правом (в его различении и соотношении с законом) имеет в виду не естественное право, а бытие и нормативное выражение (конкретизацию) принципа формального равенства (как сущности и отличительного принципа права).

При этом **принцип формального равенства трактуется и раскрывается в рамках либертарно-юридического подхода как единство трех основных компонентов правовой формы (права как формы отношений): 1) абстрактно-формальной всеобщности нормы и меры равенства (равной для всех нормы и меры); 2) свободы и 3) справедливости.** Как составные моменты принципа формального равенства (а поэтому и компоненты правовой формы отношений) все элементы данного триединства (**равная мера, свобода и справедливость**) в рамках развиваемого нами формально-юридического правопонимания носят чисто и последовательно формальный характер. Ведь право как форму отношений не следует смешивать с фактическим содержанием этих отношений. Важно также отметить, что названные элементы не только дополняют, но и предполагают, подразумевают друг друга, ибо являются лишь различными проявлениями (разными аспектами и формами проявления) единого правового начала — принципа формального равенства (а вместе с тем — и правовой формы отношений).

Поскольку только таким образом понимаемое право является всеобщей и необходимой формой свободы, мы называем свой формально-юридический подход либертарной (или либертарно-юридической) теорией права.

С точки зрения общей теории правопонимания **либертарный формально-юридический подход** — в его соотношении с естественноправовым подходом — это теоретически более последовательная и развитая концепция юридического правопонимания. Либертарный подход предполагает (и включает в себя) все возможные формы различения и соотношения права и закона — от разрыва и противостояния между ними (в случае антиправового, правонарушающего закона) до их совпадения (в случае правового закона).

С этих позиций и государство как правовая форма организации публичной власти (как правовое государство — от его примитивных до современных развитых форм) принципиально отличается от деспотизма (всех неправовых форм организации публичной власти).

Согласно либертарно-юридическому (формально-юридическому) правопониманию, **право — это форма отношений равен-**

ства, свободы и справедливости, определяемая принципом формального равенства участников данной формы отношений. Везде, где есть (действует) принцип формального равенства (и конкретизирующие его нормы), там есть (действует) право и соответствующая правовая форма публично-властных отношений. **Формальное равенство как принцип права и есть правовое начало, отличительное свойство и специфический признак права и соответствующего правового понимания государства.** В праве (и соответственно в государстве) нет ничего, кроме принципа формального равенства (и конкретизаций этого принципа). Все, что в общеобязательных нормах и публично-властных формах и институтах противоречит этому принципу, является неправовым и антиправовым.

Для сторонников естественноправовых идей естественное право (в его религиозной или светской трактовке с позиций теологии, этики, юриспруденции или философии права) — это единственное настоящее, исходно подлинное право, коренящееся в объективной природе — в природе бога или человека, в физической, социальной или духовной природе, в “природе вещей” и т.д. Оно воплощает собой начала разумности, нравственности и справедливости. В отличие от него позитивное право рассматривается ими как отклонение (а зачастую — как отрицание) от естественного права, как искусственное, ошибочное или произвольное установление людей (официальных властей).

Согласно такому подходу, собственно правом (правом по его смыслу, сущности и понятию) является именно и только естественное право.

С точки зрения развиваемой нами с либертарно-юридических позиций **общей теории правопонимания** (различения права и закона, юридического и легистского типов правопонимания и т.д.) естественноправовому подходу присущи как **достоинства** (наличие некоторых моментов юридического правопонимания, правда, без должного теоретического осознания и выражения), так и **недостатки** (смещение права с неправовыми явлениями — моралью, нравственностью, религией и т.д., отсутствие четкого критерия отличия права от всего неправового, трактовка равенства, свободы и справедливости не как специфических формально-правовых понятий, свойств и характеристик, а как фактически-содержательных моральных феноменов или смешанных морально-правовых, нравственно-правовых и т.д. явлений).

В связи с нашей формально-юридической трактовкой права (и пониманием права как специфической формы отношений, т.е.

как формального предмета) следует особо подчеркнуть принципиальное значение различия (и несмещения) **формального и фактического**. Дело в том, что, по логике вещей, только формальное может быть всеобщим, обладать свойством всеобщности, тогда как никакая фактичность (фактическое содержание) не может быть всеобщностью, и всякое фактическое — это, по определению, нечто частное. **Поэтому будучи только формальным предметом (специфической формой, особой формальностью), право может обладать качеством всеобщности, быть абстрактно-всеобщей формой отношений и т.д.**

Естественноправовой юридичности (из-за смещения формального и фактического при трактовке естественного права) как раз и недостает надлежащей формальности (и всеобщности), а легистской формальности (и всеобщности) — необходимой юридичности (собственно правового начала, правовых свойств).

Таким образом, наш подход является **формально-юридическим** в том смысле, что правовую форму отношений (и в целом право как форму отношений) мы последовательно отличаем (и “очищаем”) от всего неформального, от всего фактического, от всего фактически-содержательного, от всякого фактического содержания, предполагаемого и опосредуемого правовой формой. Тем самым при трактовке права (и правовой формы) преодолевается такой существенный недостаток естественноправового подхода (который, кстати говоря, верно отмечают и позитивисты), как смешение права и неправовых явлений, правовой формы и фактического содержания, формального и фактического, формально-правового и фактически-содержательного.

Вместе с тем мы — в отличие от позитивистов — в русле различения права и закона трактуем **правовую форму (право как форму)** не как пустую (“чистую” в кельзеновском смысле) форму, годную для любого произвольного содержания (нормативного и фактического), а как **специфическую форму, обладающую особыми формализованными (формально-содержательными) характеристиками и свойствами, отличающими право от неправа, правовую форму от неправовых форм.** Иначе говоря, наш формально-юридический подход — это содержательное понимание (определение и толкование) права, но оно **формально-содержательно** (содержательно в плоскости формальных свойств и характеристик, формализованных смыслов и значений), а не **фактически-содержательно**.

Право (правовая форма, принцип формального равенства) в нашей трактовке обладает такими формально-содержатель-

ными (но не фактически-содержательными!) свойствами и характеристиками, как **формально-всеобщая равная мера, свобода, справедливость**. Именно благодаря обладанию этими формально-содержательными характеристиками (компонентами), выражающими смысл принципа формального равенства, форма приобретает свое правовое свойство, свое специфическое качество именно правовой формы, отличной от всякой другой формы, от форм моральных, религиозных или принудительно-приказных (силовых, произвольных) отношений и т.д.

Такая формально-юридически специализированная и квалифицированная форма выражает специфику и существо правового типа отношений и правового способа регуляции. Правовая форма (и право в целом), таким образом, это не просто форма приказа и долженствования, не пустая и всеядная форма, допускающая любое (в том числе и произвольное) фактическое содержание, как это имеет место у легистов (особенно последовательно — в неопозитивистском “чистом учении о праве” Г. Кельзена), а юридически определенная форма, включающая в себя и выражающая свойства и требования права и тем самым отвергающая все антиправовое.

В рамках нашего формально-юридического подхода под “формальным” имеется в виду формальность (формальные характеристики) права в его разграничении с законом (позитивным правом), а не позитивистски трактуемая формальность закона (позитивного права), когда полностью отрицаются объективные (независящие от официальной власти) свойства и вместе с тем отличительные особенности правовой формы. Под “юридическим” же имеются в виду не естественное или позитивное право, не “юридическое” в естественноправовом или легистском толковании, а либертарно понимаемое право в его различении с законом (позитивным правом), т.е. “юридическое” — в смысле нашей трактовки принципа формального равенства.

Вместе с тем в контексте нашего формально-юридического подхода удержаны, учтены в преобразованном виде и развиты дальше (с позиций более абстрактной, более последовательной и в этом смысле более “чистой” юридической теории правопонимания) моменты (элементы) как **естественноправового юридиказма**, так и **легистского формализма**.

Представители легистского правопонимания, односторонне (хотя зачастую и верно) критикуя недостатки естественноправового подхода, отрицают в принципе неприемлемые для них положения и достижения естественноправовой мысли в плане юридического (антилегистского) правопонимания.

Сторонники естественноправового подхода, в свою очередь, в силу противопоставления естественного и позитивного права концентрируют внимание прежде всего на своей трактовке непозитивного и антипозитивного (естественного) права и критике позитивистского правопонимания, во многом игнорируя его контрдоводы (в том числе и резонные) и достижения.

Либертарно-юридическая теория различения права и закона и соответствующего правопонимания свободна от антагонизма между легизмом и юснатурализмом и включает в себя (в качестве надлежащим образом трансформированных моментов формально-юридического правопонимания) релевантные достижения обоих подходов. Эта теория, отвергая как легистское сведение права к закону, так и разделение права на естественное и позитивное, вместе с тем признает и учитывает познавательно значимые положения и позитивистских, и естественноправовых учений о праве и законе. По-своему преодолевая недостатки этих учений и удерживая их достижения, либертарная теория трактует различение права и закона как необходимое основание для адекватного понимания смысла их соотношения и, в конечном счете, их надлежащего синтеза в искомой форме правового закона (т.е. позитивного права, соответствующего объективному смыслу и принципу права).

Такая **формально-юридическая концепция правового закона**, сформулированная с позиций либертаризма, недостижима с позиций легизма или юснатурализма, которые по своим исходным основаниям закрыты для подобного синтеза и соответствующего **синтетического (юридически содержательного и вместе с тем — строго формального) правопонимания и соответствующего правового понимания государства**.

2. Легистские (позитивистские) концепции

В основе легистского (позитивистского) правопонимания и легистской концепции юриспруденции лежит понятие права как приказа, как принудительных установлений государства, как совокупности (системы) обязательных правил (норм), предписанных официальной властью.

С легистских позиций, сводящих с самого начала право к закону и отождествляющих их, по сути дела невозможно сказать что-либо содержательное о законе (позитивном праве), поскольку с этой точки зрения в принципе безразлично (да и невозможно выявить), формой выражения какого именно со-

держания (правового или произвольно-противоправного) является закон. Тут существование закона (публично-властная его данность) в роли права предшествует той правовой сущности (и того правового содержания), выражением чего этот закон как носитель права должен быть.

Для легизма и в целом “юридического позитивизма” весьма характерны пренебрежение правами человека и гражданина, апология власти и гипертрофия ее нормотворческих возможностей. В этом смысле легизм представляет собой **нормативное выражение авторитаризма**. Пафос и устремления легизма — подчинение всех властно-приказным правилам и установлениям. Здесь повсюду господствует взгляд на человека как на подчиненный объект власти, а не свободное существо.

У истоков такого подхода к праву в Новое время стоит **Т. Гоббс** с его концепцией всемогущего государства и трактовкой права как приказа власти. “Правовая сила закона, — подчеркивал он, — состоит только в том, что он является приказанием суверена”¹. Под “законом” здесь имеется в виду все действующее (позитивное) право. В дальнейшем такое понимание права было взято на вооружение представителями различных направлений легизма.

В конкретно-историческом плане становление и развитие “юридического позитивизма” было связано с победой и укреплением буржуазного строя, с возвышением роли государства и увеличением в этих условиях удельного веса и значения государственных нормативных актов в системе источников права и т.д.

В идейном отношении “юридический позитивизм” отразил изменившееся юридическое мировоззрение победившего класса буржуазии, уже добившегося официального признания в законе (“позитивации”) своих правовых притязаний, идеологию защиты официального, наличного законопорядка против всякого рода критически и оппозиционно (“непозитивно”) звучащих требований и представлений о “естественном”, “должном”, “идеальном”, “разумном”, “справедливом” и т.п. праве.

К основным идеям и положениям “юридического позитивизма” относятся трактовка права как творения власти, властная принудительность как в конечном счете единственная отличительная особенность права, формально-логический и юридико-догматический методы анализа права, “очищение” права и юриспруденции от “метафизических” положений о природе, причинах, ценностях, сущности права и т.д.

¹ Гоббс Т. Левиафан. М., 1936. С. 214.

Подобные представления в XIX в. развивали Д. Остин, Ш. Амос и др. в Англии, Б. Виндшайд, К. Гербер, К. Бергбом, П. Лабанд, А. Цительман и др. в Германии, Кабанту и др. во Франции, Е.В. Васильевский, А.Х. Гольмстен, Д.Д. Гримм, С.В. Пахман, Г.Ф. Шершеневич и др. в России. В XX в. этот подход представлен такими направлениями “юридического” неопозитивизма, как “реформированная общим языковедением юриспруденция” В.Д. Каткова, “чистое учение о праве” Г. Кельзена, “концепция права” Г. Харта и т.д.

Так, **Д. Остин** характеризовал право как “агрегат правил, установленных политическим руководителем или сувереном”, и подчеркивал: “Всякое право есть команда, приказ”¹. Также и **Ш. Амос** утверждал, что “право есть приказ верховной политической власти государства с целью контроля действий лиц в данном сообществе”². **Г.Ф. Шершеневич** придерживался аналогичных воззрений. “Всякая норма права, — писал он, — приказ”³. Право, по его оценке, — это “произведение государства”, а государственная власть характеризуется им как “тот начальный факт, из которого исходят, цепляясь друг за друга, нормы права”⁴.

Своим приказом государственная власть порождает право — таково кредо данного типа правопонимания. С этой точки зрения **все, что приказывает власть, есть право**. Отличие права от произвола тем самым в принципе лишается объективного и содержательного смысла и имеет для приверженцев такого подхода лишь субъективный и формальный характер: явный произвол, санкционируемый определенным субъектом (органом государства) в определенной форме (в форме того или иного акта — закона, указа, рескрипта, постановления, циркуляра и т.д.), признается правом. В легистско-позитивистской трактовке за приказом государственной власти признаются магические возможности. Получается, что подобным приказом решаются задачи не только субъективного характера (формулирование норм законодательства), но и объективного плана (формирование, создание самого права), а также собственно научного профиля (выявление специфики права, его отличия от иных социальных норм и т.д.).

¹ Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. L., 1873. P. 89, 98.

² Amos Sh. A Systematic View of the Science of Jurisprudence. L., 1872. P. 73.

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 281.

⁴ Там же. С. 314.

Как приказ власти и принудительный порядок трактуют право и **неопозитивисты**, несмотря на их декларации об “очищении” юриспруденции от прежних этатистских представлений о праве как продукте государства и их попытки формально-логическим образом обосновать, будто отстаиваемое ими принудительно-приказное право получает свою действительность не от государства, а от гипотетической основной нормы (Г. Кельзен) или от некоего фактического “последнего правила” — “высшего правила признания” (Г. Харт)¹.

В силу такой позитивистско-прагматической ориентированности легистская юриспруденция занята выяснением и рассмотрением двух основных эмпирических фактов: 1) выявлением, классификацией и систематизацией самих видов (форм) этих приказаний (принудительно-обязательных установлений) официальной власти, т.е. так называемых формальных источников действующего права (позитивного права, закона), и 2) выяснением мнения (позиции) законодателя, т.е. нормативно-регулятивного содержания соответствующих приказаний государственной власти как источников (форм) действующего права.

Легизм (во всех его вариантах — от старого легизма и этатистского толкования права до современных аналитических и нормативистских концепций юридического позитивизма), отождествляя право и закон (позитивное право), отрывает закон как правовое явление от его правовой сущности, отрицает объективные правовые свойства, качества, характеристики закона, трактует его как продукт воли (и произвола) законоустанавливающей власти. Поэтому специфика права, под которым позитивисты имеют в виду закон (позитивное право), неизбежно сводится при таком правопонимании к принудительному характеру права. Причем эта **принудительность права** трактуется не как следствие каких-либо объективных свойств и требований права, а как **исходный правообразующий и правоопределяющий фактор**, как силовой (и насильственный) первоисточник права. **Сила государственной власти здесь рождает насильственное, приказное право.**

Истина о праве, согласно легизму, дана в законе, выражающем волю, позицию, мнение законодателя (суверена, государства). Поэтому искомое истинное знание о праве носит здесь характер мнения, хотя и официально-властного мнения.

По логике такого правопонимания и понимания государства как принудительной публичной власти одна только госу-

¹ См.: Чистое учение о праве Г. Кельзена. Вып. 1. М.: ИНИОН АН СССР, 1987. С. 11; Hart H. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 201.

дарственная власть, не будучи сама правовой, создает право, действительно знает, что такое право и чем оно отличается от неправа. Наука же в лучшем случае может адекватно постигнуть и выразить это воплощенное в законе (действующем праве) властно-приказное мнение.

Теоретико-познавательный интерес легизма полностью сосредоточен на действующем (позитивном) праве как продукте государства. Все, что выходит за рамки эмпирически данного позитивного права, все рассуждения о сущности права, идее права, ценности права и т.д. позитивисты отвергают как нечто метафизическое, схоластическое и иллюзорное, не имеющее правового смысла и значения.

Особо остро позитивисты критикуют естественноправовые учения. Причем к естественноправовым они относят все концепции различения права и закона, все теоретические рассуждения о праве, расходящиеся с положениями закона. **Позитивистская гносеология** тем самым по существу отвергает теорию права и признает лишь учение о законе, **законоведение**, предметом которого является позитивное право, а целью и ориентиром — **догма права**, т.е. совокупность непреложных основных положений (устоявшихся авторитетных мнений, позиций, подходов) о действующем (позитивном) праве, о способах, правилах и приемах его изучения, толкования, классификации, систематизации, комментирования и т.д.

Конечно, изучение, комментирование, классификация и иерархизация источников позитивного права, выявление их нормативного содержания, систематизация этих норм, разработка вопросов юридической техники, приемов и методов юридического анализа и т.д., т.е. все то, что традиционно именуется **юридической догматикой (догмой права)** и относится к особой сфере профессиональной компетентности, мастерства и “ремесла” юриста, представляют собой важную составную часть познания права и знания о действующем праве. Но позитивистское ограничение теории права разработкой догмы права по существу означает подмену собственно научного исследования права его формально-техническим описанием, **сведением правоведения к законоведению.**

Позитивистская гносеология закона (действующего права) при этом ориентирована не на познание сущности закона, не на получение какого-то нового (отсутствующего в самом фактически данном законе) знания о действующем праве, а на адекватное (в юридико-догматическом смысле) описание его как собственно уже познанного и известного объекта. Все знание о праве, согласно такому правопониманию, уже офици-

ально дано в самом позитивном праве, в его тексте, и основная проблема позитивистского учения о праве состоит в **правильном толковании текста закона** и надлежащем изложении имеющегося в этом тексте официально-правового знания, мнения и позиции законодателя.

С этим связан и повышенный интерес позитивистов (особенно представителей аналитической юриспруденции) к лингвистическим и текстологическим трактовкам закона при явном игнорировании его правового смысла и содержания. При таком подходе юридическая гносеология подменяется **легистской лингвистикой**, согласно которой разного рода непозитивистские понятия, идеи и концепции (типа сущности права, идеи права, естественного права, неотчуждаемых прав человека и т.д.) — это лишь ложные слова, языковые иллюзии и софизмы, результат неверного словоупотребления.

Подобные взгляды развивал уже ярый позитивист **И. Бентам**, оказавший заметное влияние на становление аналитической юриспруденции (Д. Остин и др.). Естественное право — это, согласно его оценке, словесная фикция, метафора, а неотчуждаемые права человека — химера воображения.

Начатое Бентамом “очищение” языка юриспруденции от подобных “обманных” слов было продолжено последующими позитивистами, особенно последовательно — в кельзеновском “чистом” учении о праве.

Дальше всех в этом направлении пошел русский дореволюционный юрист **В.Д. Катков**. Пытаясь реформировать юриспруденцию с помощью “общего языковедения”, он даже предлагал вовсе отказаться от слова “право” и пользоваться вместо него словом “закон”, поскольку, как утверждал он, в реальности “нет особого явления “право”¹.

Юридическое правопонимание признает теоретико-познавательное и практическое значение лингвистического, текстологического (герменевтического), структуралистического, логико-аналитического, юридико-догматического направлений, приемов и средств исследований проблем права и закона. Но в рамках юридического подхода к праву речь идет не о сведении права к закону и теории права к учению о законе и догме позитивного права, а об использовании всей совокупности гносеологических приемов, средств и возможностей в процессе всестороннего познания права для получения достоверного и истинного знания о праве и законе.

¹ Катков В.Д. Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция. Одесса, 1913. С. 391, 407.

В аксиологическом плане легизм — в силу отождествления права и закона (позитивного права) и отрицания объективных, независимых от законодателя и закона, свойств и характеристик права — отвергает, по существу, собственно правовые ценности и признает лишь ценность закона (позитивного права). Причем признаваемая позитивистами “ценность” закона (позитивного права) на самом деле лишена собственно правового ценностного смысла. **Позитивистская “ценность” закона (позитивного права) — это его официальная общеобязательность, властная императивность**, а не его общезначимость по какому-либо объективному (не властно-приказному) правовому основанию.

Характерен в этом отношении радикально-позитивистский подход Кельзена, согласно которому право ценно только как приказание, как норма. В таком смысле (как приказ, как норма) право характеризуется им как форма долженствования. “Нельзя сказать, как это часто делается, — утверждает Кельзен, — что право не только представляет собой норму (или приказание), но что оно также составляет или выражает некую ценность (подобное утверждение имеет смысл только при допущении абсолютной божественной ценности). Ведь право составляет ценность как раз потому, что оно есть норма...”¹.

Но эта “норма” у Кельзена — чистое долженствование-приказание, но не норма равенства, не норма свободы, не норма справедливости. Она ничего из формально-правовых характеристик права в себе не содержит. Кельзеновская норма (и вместе с тем форма права) — это “чистая” и пустая форма долженствования, пригодная для придания императивно-приказного статуса и характера любому произвольному позитивно-правовому содержанию.

3. Естественнопрововые концепции

Согласно естественнопрововому подходу (юснатурализму), право по своей природе, смыслу, сущности и понятию — это естественное право. Но на вопрос о том, что такое само естественное право, различные естественнопрововые концепции дают разные ответы.

Как традиционное, так и “возрожденное” естественное право лишено надлежащей содержательной и понятийной оп-

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 93.

ределенности и общезначимости. Ведь никогда не было, нет и в принципе не может быть какого-то одного-единственного естественного права, а было и есть множество различных (отдельных, особенных) естественных прав, точнее говоря — их концепций и версий. Так что под общим наименованием и единым термином “естественное право” подразумеваются различные (по своему содержанию, сущности и понятию) варианты естественного права, различные смыслы, вкладываемые его прошлыми и современными сторонниками и противниками в это устоявшееся и широко используемое собирательное понятие.

Плюрализм естественноправовых учений отражает, следовательно, плюрализм (особенных) естественных прав и их понятий, причем каждое из этих конкурирующих между собой учений претендует на истинность именно своей версии особенного естественного права, своего понимания (и понятия) того, что есть естественное право.

Но поскольку разные естественноправовые учения (и лежащие в их основе разные понятия естественного права) наряду с различиями имеют и нечто существенно общее, что, собственно говоря, и позволяет отличать “естественное право” в целом (и естественноправовые концепции) от “позитивного права” (и позитивистских концепций), встает вопрос об универсальном определении естественного права, т.е. об **определении общего понятия естественного права** (в логико-теоретическом, а не в собирательно-техническом значении). А для этого прежде всего необходимо сформулировать (т.е. реконструировать теоретическую абстракцию естественного права, его основной идеи и принципа — из материала отдельных учений об особенных вариантах естественного права) универсальный принцип естественного права, который в концентрированной форме выражает его специфику и суть (а вместе с тем и общее понятие).

С точки зрения либертарно-юридической общей теории правопонимания **различение естественного права и позитивного права** (а такое различение — один из существенных моментов искомого общего понятия естественного права) — **это частный случай, вариант** (хронологически первый, фактически наиболее распространенный, но в силу своего древнего происхождения архаичный, теоретически недостаточно развитый, “нечистый”) **общей теории различения права и закона**. Согласно естественноправовому различению права и закона, **право (и присущие или приписываемые ему свойства) объективно в особом смысле — в смысле его естественности, прин-**

ципиально противоположаемой **искусственности и субъективности позитивного права** (а вместе с тем — его произвольности и т.д.).

Наряду с этим естественноправовое различение естественного права и позитивного права одновременно включает в себя их **противоположную ценностную оценку**: положительную — естественного права, отрицательную — позитивного права.

Из сказанного можно сделать вывод, что **обращенное к сфере права принципиальное противопоставление “естественного” “искусственному”, соединенное с их противоположной нравственной оценкой, составляет смысл и суть понятия естественного права в его различении и соотношении с позитивным правом.**

Постоянным компонентом этой естественноправовой схемы и вместе с тем смысловой основой традиционных представлений о естественном праве (в отличие от изменчивого позитивного права) является именно **принцип противопоставления в области права “естественного” “искусственному”,** включающий в себя их ценностную оценку и приоритет “естественного” над “искусственным”.

Это и есть **всеобщий (универсальный) принцип естественного права.**

В рамках этого принципа “искусственное” уже дано в виде позитивного права, поэтому “естественное” (естественное право) трактуется как **предданное** (богом, разумом, природой вещей, природой человека и т.д.), **предпозитивное** (допозитивное, надпозитивное) право. Причем предданность (той или иной безусловно авторитетной, надчеловеческой инстанцией) “естественного” в пространстве и времени мироздания имеет одновременно **онтологическое, гносеологическое и аксиологическое значение**: “естественное” (естественное право) изначально, безусловно правильно и нравственно, словом, хорошо, а “искусственное” — плохо и как отклонение от “естественного” (в силу присущих людям ошибок, произвола и т.д.) подлежит вытеснению или исправлению и приведению в соответствие с “естественным”.

Смысловое содержание универсального принципа естественного права, а вместе с тем и общего понятия естественного права включает в себя следующие моменты.

Во-первых, данный принцип, определяя право как сферу своего применения и действия, отрицает правовой смысл принципа позитивного права и утверждает наличие естественного права как собственно права в исходном, безусловном и подлинном смысле этого явления и понятия.

Во-вторых, этот принцип — в своем противопоставлении естественного и позитивного права — обозначает противоположность двух качественно разных сфер — противоположность “естественного” (включая естественное право) и “искусственного” (включая позитивное право). Причем “естественное” (включая естественное право), согласно такой положительной качественной оценке, — это нечто по своему бытию, смыслу и значению исходное, объективное, безусловное, подлинное, не зависящее от человека, а “искусственное” (включая и позитивное право) — нечто вторичное, производное, субъективное, условное, неподлинное, зависящее от человеческого усмотрения и в целом негативное по качеству (как уклонение, отрыв и противоположность “естественному”).

В-третьих, естественное право (как правовое выражение “естественного”) и позитивное право (как правовое выражение “искусственного”), согласно естественноправовому принципу, выступают как **взаимосвязанные противоположности** (и как подразумевающие друг друга парные категории). В этом плане естественное право — в его соотношении с позитивным данным правом — представляет собой предданное (препозитивное, допозитивное и надпозитивное) право, которому (в силу безусловного примата и определяющего характера “естественного” в его соотношении с “искусственным”, включая и правовой аспект такого соотношения) должно соответствовать позитивное право, чтобы иметь правовой характер.

В-четвертых, универсальный естественноправовой принцип (и соответственно — универсальное понятие естественного права) — это принцип (и понятие) универсальной модели естественного права, которая выступает как универсальный образец для всех отдельных видов естественного права.

Обозначаемая универсальным естественноправовым принципом общая модель естественного права (в его различении и соотношении с позитивным правом) является исходно объективной, абсолютной, безусловной ценностной моделью, а не только объяснительной схемой и конструкцией должностояния. Однако конкретное содержание ценностей этой ценностной модели (т.е. какие именно конкретные ценности составляют содержание этой модели — справедливость, равенство, достоинство человека, истина или что-то другое), а вместе с тем и определение конкретной границы (линии раздела) между ценностями естественного права и антиценностями позитивного права остаются за рамками универсального естественноправового принципа (и, следовательно, вне общего понятия естественного права).

Все эти аспекты, остающиеся за рамками универсального естественноправового принципа (а вместе с тем и вне общего понятия и общей формы естественного права), относятся к сфере того или иного отдельного (особого) естественного права и зависят, следовательно, от усмотрения автора соответствующей концепции этого отдельного естественного права.

Отдельное естественное право при этом представляет собой частный вариант реализации универсальной модели естественного права, ее воплощение в виде особенного естественного права.

Универсальный естественноправовой принцип (и равным образом — универсальное понятие и универсальная модель естественного права) в силу своей абсолютной ценностной природы воплощает собой всеобщую абстракцию ценности, а не ту или иную определенную ценность (например справедливость, равенство, разумность, истинность, достоинство человека и т.д.) или какую-то их определенную совокупность.

Выбор определенной ценности (например справедливости, если брать самый распространенный случай) и содержательная трактовка ее правообразующего смысла (как господства сильных — у Фрасимаха и Калликла, как той или иной формы равенства — у Платона, Аристотеля, римских юристов и т.д.) осуществляются на уровне отдельной концепции естественного права.

Если бы, гипотетически говоря, справедливость была универсальным принципом естественного права, тогда все другие ценности (равенство, истинность, разумность, свобода, достоинство человека и т.д.) необходимо было бы трактовать как модификации (формы выражения и проявления) той же самой справедливости, а не как равноценные принципы того же самого естественного права, у которого по определению не может быть двух принципов и двух понятий. Последовательное продвижение в этом гипотетическом направлении привело бы, как об этом свидетельствует изложенная нами либертарно-юридическая общая теория различения права и закона, к преодолению самого естественноправового подхода как частного случая (теоретически неразвитого, искаженного исходными ценностными оценками, отягощенного своими архаичными истоками и т.д.) такого различения.

Резюмируя изложенные положения о специфике и сущности естественного права, можно сформулировать следующее определение общего (универсального) понятия естественного права. **Естественное право — это везде и всегда наличное, извне предданное человеку, исходное для данного места и**

времени право, которое как выражение объективных ценностей и требований человеческого бытия является единственным и безусловным первоисточником правового смысла и абсолютным критерием правового характера всех человеческих установлений, включая позитивное право и государство.

Данное определение подразумевает и охватывает все версии естественного права — как традиционные, так и современные, как представления о вечном и неизменном естественном праве, так и концепции естественного права с меняющимся содержанием, словом, абсолютистские и релятивистские, содержательные и формальные конструкции естественного права.

Можно, конечно, памятуя об уже сказанном, сформулировать и более краткие дефиниции общего понятия естественного права. Так, можно сказать, что естественное право — это право, извне предданное человеку и приоритетное по отношению к человеческим установлениям. Или: естественное право — это правовая форма выражения первичности и приоритета естественного над искусственным в человеческих отношениях.

Типичное и существенное для любого естественноправового подхода различие “естественного” и “искусственного” (с безусловным возвышением первого над вторым) своими корнями уходит в архаическое отрицание культуры, недостаткам и опасностям которой (антитрадиционность, новизна, чреватость ошибками и заблуждениями, динамичность, условность, зависимость от человеческой воли и произвола, постоянная изменчивость и т.д.) противопоставлялись достоинства традиционного, раз навсегда данного человеку природой (т.е. невыдуманного человеком, неискусственного, докультурного) порядка жизни.

Эти архаические представления, в которых “естественное” и “искусственное” символизировали соответственно положительное (“хорошее”) и отрицательное (“плохое”) начала в порядке человеческой жизни, были отражением (и остатком) огромной силы естественного притяжения (влияния природы на весь строй социализировавшейся жизни людей) в трудном и долгом процессе выделения и отделения социального от природного. Возникновение и становление социума — в его различении и соотношении с природой — не было и не могло быть простым отрывом или прямым переходом от одного к другому. Этот стихийный и опасный путь к неизвестному будущему мог и должен был (уже в силу инстинкта самосохранения) протекать лишь с преодолением тотального сопротивления уже известного прошлого, испытанного на выживаемость, а

потому хорошего и правильного. От добра же, как говорится, добра не ищут.

Архаическое противопоставление идеализируемого “естественного” произвольному “искусственному”, продиктованное потребностями выживания социализируемого (т.е. денатурализируемого, культуризируемого, “искусственного”) человека, тем самым предстает как объективно необходимая форма защиты (своеобразные “сдержки и противовесы” природы против культуры) “естественного” (вне человека и в нем самом) от опасностей и угроз “искусственного”. Эти представления, воспринятые и трансформированные в естественноправовых воззрениях, в различных модификациях сопровождают всю историю человечества. Они заметно актуализировались в XX в., когда вновь, но уже на перезрелой стадии цивилизации, все “естественное” (природа и человечество) оказалось перед смертельной угрозой со стороны “искусственного” (опасности тоталитаризма, глобальной ядерной и экологической катастрофы и т.д.).

Причина живучести и приспособляемости к различным эпохам и ситуациям архаического по своим истокам естественноправового принципа противопоставления “естественного” и “искусственного” в сфере права кроется в конечном счете в том, что эта противоположность (и вместе с ней диалектика “естественного” и “искусственного”) внутренне присуща всему процессу формирования и развития человечества. Хотя содержание и конфигурация этих противоположностей (и смысл того, что “естественно”, а что “искусственно” в ту или иную эпоху, в том или ином социуме и т.д.) социально-исторически изменяется, однако сама противоположность (как факт и принцип) остается.

Таким образом, между естественноправовой и реально-исторической формами соотношения “естественного” и “искусственного” имеется заметное соответствие и сходство, можно сказать определенная изоморфность. Поэтому естественноправовой принцип противопоставления (соотношения и т.д.) “естественного” и “искусственного” затрагивает противоречивую суть человеческого бытия и цивилизации, по-своему выражает одно из существенных противоречий в развитии человечества. Этим, кстати говоря, обусловлен тот значительный вклад, который естественноправовая мысль (с характерной для нее разработкой проблем права в глобальном контексте человеческого бытия в мире, назначения и судеб человечества и т.д.) внесла в становление и развитие не только юриспруденции, но также социальной философии и философии истории.

Процессы “возрождения” и модернизации естественно-го права в XX в. вновь продемонстрировали большой обновленческий потенциал естественноправового подхода.

Одним из важных (в социально-политическом и идейно-мировоззренческом отношении) направлений такого обновления естественно-го права, во многом содействовавшего его послевоенному “ренессансу”, стала **антитоталитарная переинтерпретация естественноправовых идей и ценностей**. Ведущая роль представителей естественно-го права в правовой критике тоталитаризма и тоталитарного законодательства, активная разработка с таких антитоталитаристских (во многом — с либерально-демократических) позиций проблем естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека, ценности права, достоинства личности, правового государства и т.д. заметно подняли престиж естественноправовой идеологии в широком общественном мнении послевоенной Европы, усилили ее теоретические позиции и практическое влияние во многих сферах политической и правовой жизни (конституционное и текущее законодательство, правоприменительный процесс, правосудие и т.д.).

В целом для “возрожденного” естественно-го права характерен заметный поворот к реальным и конкретным аспектам правовой практики, свидетельствующий о чуткости естественноправовой мысли к актуальным проблемам действительности и способности предложить свои ответы и решения, в которых традиционная ориентация на апробированные ценности гибко сочетается с новейшими веяниями, ожиданиями и тенденциями, с духом времени.

В этом плане сформулированная неокантианцем **Р. Штамлером** концепция “естественного права с меняющимся содержанием” была конгениальна двойственной традиционалистско-обновленческой (охранительно-критической, архаично-модернистской, консервативно-прогрессивной) ориентации естественноправовой мысли с ее глубинными представлениями о развитии как постоянном процессе (и человеческом призвании и долге) актуализации вечного и неизменного в этом преходящем и изменчивом мире.

Концепция “естественного права с меняющимся содержанием” (непосредственно и в различных последующих вариациях) содействовала существенной методологической, гносеологической и общетеоретической модернизации естественноправового подхода в XX в., особенно во второй его половине.

Заметный вклад в послевоенный “ренессанс” естественноправовых идей внес и другой влиятельный неокантианец — из-

вестный немецкий юрист **Г. Радбрух**. Право (в его различении и соотношении с законом) у него представлено в понятии “идея права”, “**надзаконное право**”, а не посредством понятия “естественное право”, как у некоторых других юристов-кантианцев. Но его философско-правовая критика юридического позитивизма и настоячивые призывы к восстановлению в юриспруденции концепций “надзаконного права” существенно содействовали послевоенному “ренессансу” естественно-го права в Западной Европе.

В этом плане особую роль сыграла работа Радбруха “**Законное неправо и надзаконное право**” (1946), которая вызвала широкую дискуссию в ФРГ и ряде других стран, способствовала консолидации идей и усилий всех тогдашних противников юридического позитивизма и дала заметный толчок активизации естественноправовых исследований.

Юридический позитивизм, подчеркивал Радбрух в этой своей работе, ответствен за извращение права при национал-социализме, так как он “своим убеждением “закон есть закон” обезоружил немецких юристов перед лицом законов с произвольным и преступным содержанием”¹. Трактовка юридическим позитивизмом власти как центрального критерия действительности права означала готовность юристов к слепому послушанию в отношении всех законодательно оформленных установлений власти. Правовая наука тем самым капитулировала перед фактичностью любой, в том числе и тоталитарной, власти.

Такому подходу Радбрух противопоставляет неокантианскую трактовку справедливости как элемента идеи права и сущности понятия права. “Так как справедливость, — писал Радбрух, — указывает нам именно на то, чтобы обходиться так: “равное равно, неравное неравно”, но ничего не говорит нам о точке зрения, по которой ее следует охарактеризовать как равное или неравное, она определяет лишь отношение, но не способ обхождения”². Отличие права от “законного неправо” он определяет следующим образом: “Установление, которому не присуща воля к тому, чтобы обходиться так: “равное равно, неравное неравно”, может быть позитивным, может быть целесообразным, даже необходимым и поэтому также и абсолютно законно признанным, но ему должно быть отказано в име-

¹ Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946) // In: Radbruch G. Rechtsphilosophie. Heidelberg, 1983. S. 352.

² См.: Luf G. Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für “gesetzliches Unrecht” // Nationalsozialismus und Recht. Wien, 1990. S. 22.

ни право, так как право есть лишь то, что по меньшей мере имеет своей целью служить справедливости”¹.

Позитивное право, которое расходится со справедливостью, не является действительным правом, поэтому ему, согласно Радбруху, надо отказать в послушании. “Если законы, — подчеркивал он, — сознательно отрицают волю к справедливости, например произвольно отказываются от гарантий прав человека, то такие законы не имеют действия, народ не обязан к послушанию им, и юристам тоже надо найти мужество отрицать их правовой характер”².

Для “обновления права” и возрождения юридической науки, подчеркивал Радбрух, необходимо вернуться к идее надзаконного (надзаконодательного) права. “Юридическая наука, — писал он в работе “Обновление права”, — должна вновь вспомнить о тысячелетней мудрости античности, христианского средневековья и эпохи Просвещения, о том, что есть более высокое право, чем закон, — естественное право, божественное право, разумное право, короче говоря, надзаконное право, согласно которому неправое остается неправым, даже если его отлить в форму закона”³.

Эта идея “надзаконного права” как отрицание юридического позитивизма для многих была идентична признанию естественного права и существенно содействовала расширению круга сторонников его “возрождения”.

В аксиологической плоскости естественное право (и традиционное, и “возрожденное”) трактуется его сторонниками как воплощение объективных свойств и ценностей “настоящего” права, как должный образец, цель и критерий для **оценки позитивного права и соответствующей правоустанавливающей власти (законодателя, государства в целом)**, для определения их естественноправовой значимости, ценности. При этом естественное право понимается как уже по своей природе нравственное (религиозное, моральное и т.д.) явление и исходно наделяется соответствующей абсолютной ценностью.

В понятие естественного права, таким образом, наряду с теми или иными объективными свойствами права (принципом равенства людей, их свободы и т.д., которые, правда, трактуются не формально-юридически, а фактически-содержатель-

но) включаются и различные моральные (религиозные, нравственные) характеристики. В результате такого **смещения права и морали (религии и т.д.)** естественное право представит как симбиоз различных социальных норм, как некий ценностно-содержательный, нравственно-правовой (или морально-правовой, религиозно-правовой) комплекс, с позиций которого выносятся то или иное (как правило негативное) ценностное суждение о позитивном праве и позитивном законодателе (государственной власти).

При таком подходе позитивное право и государство оцениваются (в ценностном плане) не столько с точки зрения собственно правового критерия (тех объективных правовых свойств, которые присутствуют в соответствующей концепции естественного права), сколько по существу с этических позиций, с точки зрения представлений автора данной концепции о нравственной (моральной, религиозной и т.д.) природе и нравственном содержании настоящего права. Совокупность подобных нравственно-правовых свойств и содержательных характеристик естественного права в обобщенном виде трактуется при этом как выражение всеобщей и абсолютной (также и в аксиологическом плане) справедливости естественного права, которой должны соответствовать позитивное право и деятельность государства в целом.

Понятие естественноправовой справедливости наполняется при таком подходе определенным, особым для каждой концепции фактически-материальным и, следовательно, ограниченным и частным нравственным (или смешанным нравственно-правовым) содержанием. Иначе говоря, здесь мы имеем дело с материально-содержательной, фактически-содержательной (т.е. на уровне эмпирических явлений и фактического содержания), а не с формально-содержательной, формально-логической (на уровне теоретических абстракций принципов, норм и форм долженствования) трактовкой понятия и смысла справедливости и права в целом.

Уже в силу такого совмещения (и смешения) в естественноправовой (и в любой нравственно и вообще фактически-содержательно трактуемой) справедливости формальных и содержательных (материальных, фактических) компонентов она — по определению — не является принципом в специальном смысле этого понятия как теоретической категории и формального предмета. Поэтому различные естественноправовые концепции справедливости — вопреки их претензиям на нравственную (или смешанную нравственно-правовую) всеобщность и абсолютную ценность — на самом деле имеют относительную

¹ Luf G. Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für “gesetzliches Unrecht” // Nationalsozialismus und Recht. S. 22.

² Radbruch G. Rechtsphilosophie. S. 336.

³ См.: Luf G. Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für “gesetzliches Unrecht”. S. 25.

ценность и выражают релятивистские представления о нравственности вообще и нравственных ценностях права в частности.

Таким образом, в рамках естественноправового подхода, включая сферы юридической онтологии и аксиологии, **смещение права и морали (нравственности, религии и т.д.) сочетается и усугубляется смешением формального и фактического, должного и сущего, нормы и фактического содержания, идеального и материального, принципа и эмпирического явления.** При этом трактовка понятия права и правовой ценности закона (позитивного права) и государства подменяется их нравственной (моральной, религиозной) оценкой с позиций того или иного (неизбежно релятивного, частного, особенного) нравственного или смешанного нравственно-правового представления о смысле естественного права. Подобные представления в наиболее концентрированном виде представлены в конструкциях естественноправовой справедливости как выражения нравственных или нравственно-правовых начал, свойств и ценностей “подлинного” права.

Эти недостатки, разумеется, не умаляют такие **несомненные заслуги и достижения естественноправового подхода в области правовой теории и практики**, как постановка и разработка проблем юридической аксиологии (в тесной связи с вопросами юридической онтологии и гносеологии), идей свободы и равенства людей, естественноправовой справедливости, прирожденных и неотчуждаемых прав человека, господства права, правового ограничения власти, правового государства и т.д.

Что же касается отмеченных недостатков естественноправового подхода, то они присущи не только концепциям традиционного и современного юснатурализма, но и различным собственным философским учениям о праве прошлого и современности, которые в своем правопонимании так или иначе исходят из идей и конструкций естественного права. В этой связи можно назвать учения Канта, Гегеля, В.С. Соловьева, Р. Марчича и других представителей **морально-нравственного учения о праве**, в которых содержатся трактовки права как “нравственного минимума”, части морального порядка, выражения нравственной (моральной, религиозной) справедливости и т.д.

Так, в моральном учении **Канта** о праве, находящемся еще под заметным влиянием естественноправовых представлений, речь идет именно о моральной, а не о правовой ценности позитивного права и государства. Сама идея республиканизма (этой кантовской версии правового государства) обосновывается Кантом как максима морального сознания, как требования морального категорического императива.

Нравственная трактовка права и государства содержится и в философии права **Гегеля**, которая мыслилась им как последовательная философская разработка естественного права. При этом примечательно, что мораль трактуется Гегелем как некое особенное право, а позитивное право (“право как закон”) и государство относятся им к сфере нравственности, т.е. рассматриваются как нравственные явления, как формы объективации нравственной идеи¹. Три раздела “Философии права” Гегеля посвящены соответственно абстрактному праву, моральности и нравственности. Причем свою трактовку нравственности, включая позитивное право и государство, Гегель характеризует как “этическое учение об обязанностях, т.е. такое, как оно объективно есть, а не такое, как оно якобы содержится в пустом принципе моральной субъективности, который ничего не определяет”².

В конечном счете Гегель характеризует государство и позитивное право, соответствующие понятию права (представляющие собой формы объективации понятия права), как действительность нравственной идеи.

В естественноправовых концепциях основные теоретико-познавательные усилия направлены на утверждение той или иной версии естественного права в его разрыве и противостоянии (в качестве “подлинного” права) действующему позитивному праву.

При таком подходе вне поля зрения остаются сама **идея правового закона** (как мы ее понимаем и трактуем с позиций либертарного правопонимания и общей теории различения права и закона) и в целом аспекты взаимосвязи естественного и позитивного права, проблемы приведения действующего права в соответствие с положениями и требованиями естественного права и т.д. В этом смысле можно сказать, что представители юснатурализма интересуют не столько действующее право и эмпирически существующее государство, их совершенствование в соответствии с требованиями естественного права, сколько само естественное право и его утверждение в качестве исходно данного природой (божественной, космической, физической, человеческой и т.д.) “истинного права”, которое, по такой логике, также и действует естественно.

¹ См.: Гегель. Философия права. М., 1990. С. 90, 247, 279. Показательно, что это произведение Гегеля было опубликовано в 1820 г. под следующим названием: “Естественное право и наука о государстве в очерках. Основы философии права”.

² Там же. С. 202.

Отсюда и присущее юснатурализму представление о двух одновременно и параллельно действующих и конкурирующих между собой системах права — подлинного, истинного, естественного права и неподлинного, неистинного, официального (позитивного) права.

Этот дуализм и параллелизм двух одновременно действующих (хотя, конечно, действующих по-разному) систем права лишь отчасти преодолевается в тех философско-правовых концепциях, которые в целом остаются в рамках естественно-правовых представлений, но под естественным правом имеют в виду идею права, философское понятие права, “правильное право” и т.д. Правда, и в этих философских концепциях хотя идея права не выступает в качестве действующего права, как в традиционном юснатурализме, но и не доводится до понятия правового закона (правовой концепции и конструкции действующего позитивного права) и соответствующего правового понятия государства.

С учетом недостатков естественноправовой трактовки понятия права следует признать правомерность ряда критических положений, высказанных представителями легизма в адрес естественноправовой доктрины. Речь идет о таких недостатках, как смешение права и морали, формального и фактического при трактовке естественного права, абсолютизация относительных нравственных ценностей, которым должно соответствовать позитивное право и государство и т.д.

Наиболее последовательной в этом плане является кельзеновская критика естественного права¹. Важнейшей функцией “естественноправового учения как учения о справедливости”, согласно Кельзену, является “этико-политическая функция”, т.е. ценностное (морально-политическое) оправдание или осуждение позитивного права. В этой связи Кельзен, отстаивая чистоту правоведения, обоснованно критиковал смешение сторонниками естественноправовых учений права с моралью и иными социальными нормами и их требования о моральности права, нравственном содержании права и т.д.

Однако эти сами по себе верные положения сочетаются у Кельзена с традиционными позитивистскими представлениями о том, что “справедливости есть требование морали”² и поэтому от позитивного права нельзя требовать, чтобы оно было справедливым, что у права может быть любое произвольное содержание.

¹ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987. С. 82—98; Вып. 2. М., 1988. С. 97—102.

² Там же. Вып. 1. С. 83.

4. Либертарно-юридическая концепция

В основе либертарно-юридического понимания права и государства лежит принцип формального равенства.

Равенство представляет собой определенную абстракцию, т.е. является результатом сознательного (мыслительного) абстрагирования от тех различий, которые присущи уравниваемым объектам. Уравнивание предполагает различие уравниваемых объектов и вместе с тем несущественность этих различий (т.е. возможность и необходимость абстрагироваться от таких различий) с точки зрения соответствующего основания (критерия) уравнивания.

Так, уравнивание разных объектов по числовому основанию (для определения счета, веса и т.д.) абстрагируется от всех их содержательных различий (индивидуальных, видовых, родовых).

В этом русле сформировалась математика, где составление и решение уравнений играет ключевую роль и где равенство, “очищенное” от качественных различий, доведено до абсолютной абстракции количественных определений.

Правовое равенство не столь абстрактно, как числовое равенство в математике. Основанием (и критерием) правового уравнивания различных людей является свобода индивидов в социальных отношениях, признаваемая и утверждаемая в форме их правоспособности и правосубъектности. В этом и состоит специфика правового равенства и права вообще.

Правовое равенство в свободе как равная мера свободы означает и требование соразмерности, эквивалента в отношениях между свободными индивидами как субъектами права.

Правовое равенство — это равенство свободных и независимых друг от друга субъектов права по общему для всех масштабу, единой норме, равной мере. Там же, где люди делятся на свободных и несвободных, последние относятся не к субъектам, а к объектам права и на них принцип правового равенства не распространяется.

Правовое равенство — это равенство свободных и равенство в свободе, общий масштаб и равная мера свободы индивидов. Право говорит и действует языком и средствами такого равенства и благодаря этому выступает как всеобщая и необходимая форма бытия, выражения и осуществления свободы в совместной жизни людей. В этом смысле можно сказать, что **право — математика свободы.**

Причем можно, видимо, допустить, что **математическое равенство** как логически более абстрактное образование явля-

ется исторически более поздним и производным от идеи **правового равенства**. Последующее, более интенсивное (чем в праве) развитие и научная разработка начал равенства в математике породило представление, будто идея равенства пришла в право из математики.

Подобная трактовка встречается уже у **пифагорейцев**, чьи серьезные занятия математикой сочетались с увлечениями цифровой мистикой и экстраполяцией математических представлений о равенстве на общественные явления, включая и право. Сущность мира (физического и социального), согласно пифагорейцам, есть число, и все в мире имеет цифровую характеристику и выражение. Трактую равенство как надлежащую меру в виде определенной (числовой по своей природе) пропорции, они в духе своей социальной математики выражали справедливость (т.е. право с его принципом равенства) числом четыре.

Такая экстраполяция числовых (математических) представлений о равенстве на общественные отношения отражала неразвитые воззрения о праве и по существу игнорировала **специфику равенства в социальной жизни людей как именно формально-правового равенства свободных людей**. Обладая этим принципом формального равенства, право само по себе является специфической социальной математикой (в смысле учения о равенствах и неравенствах в общественных отношениях).

В социальной сфере равенство — это всегда правовое равенство, формально-правовое равенство. Ведь правовое равенство, как и всякое равенство, абстрагировано (по собственному основанию и критерию) от фактических различий и потому с необходимостью и по определению носит формальный характер.

По поводу равенства существует множество недоразумений, заблуждений, ошибочных и ложных представлений. В их основе, в конечном счете, лежит непонимание того, что равенство имеет рациональный смысл, логически и практически возможно в социальном мире именно и только как правовое (формально-правовое, формальное) равенство.

Так, нередко (в прошлом и теперь) правовое равенство смешивается с разного рода эгалитаристскими (фактически уравнительными) требованиями, с уравниловкой и т.д. или, напротив, ему противопоставляют так называемое “фактическое равенство”. Подобная путаница всегда так или иначе носит антиправовой характер. Ведь “**фактическое равенство**” имеет **рациональный смысл лишь как отрицание** (а именно — как

отрицание формального, правового равенства), но **как утверждение** (как нечто позитивное) оно, “**фактическое равенство**”, — величина иррациональная, “фантазм” типа “деревянного железа”, вербальная конструкция, подразумевающая нечто совершенно иное, чем равенство.

“Фактическое равенство” — это смешение понятий “фактическое” и “нефактическое” (формальное) и противоречие в самом понятии “равенство”. Ведь “равенство” имеет смысл (как понятие, как регулятивный принцип, масштаб измерения, тип и форма отношений и т.д.) лишь в контексте различия “фактического” и “формального” и лишь как нечто “формальное”, отделенное (абстрагированное) от “фактического” — подобно тому, как слова отделены от обозначаемых вещей, цифры и счет — от сосчитываемых предметов, весы — от взвешиваемой массы и т.д.

Именно благодаря своей формальности (абстрагированности от “фактического”) равенство может стать и реально становится средством, способом, принципом регуляции “фактического”, своеобразным формальным и формализованным “языком”, “счетом”, “весами”, измерителем всей “внеформальной” (т.е. “фактической”) действительности. Так обстоит дело и с формально-правовым равенством.

История права — это история прогрессирующей эволюции содержания, объема, масштаба и меры формального (правового) равенства при сохранении самого этого принципа как принципа любой системы права, права вообще. Разным этапам исторического развития свободы и права в человеческих отношениях присущи свой масштаб и своя мера свободы, свой круг субъектов и отношений свободы и права, словом, свое содержание принципа формального (правового) равенства. Так что принцип формального равенства представляет собой постоянно присущий праву принцип с исторически изменяющимся содержанием.

В целом историческая эволюция содержания, объема, сферы действия принципа формального равенства (и его осуществления в действующем праве и государстве) не опровергает, а, наоборот, подкрепляет значение данного принципа (и конкретизирующей его системы норм) в качестве отличительной особенности права в его соотношении и расхождении с иными видами социальной регуляции (моральной, религиозной и т.д.). С учетом этого можно сказать, что **право — это нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях.**

Исходные фактические различия между людьми, рассмотренные (и регулированные) с точки зрения абстрактно-всеобщего правового принципа равенства (равной меры), предстают в итоге в виде неравенства в уже приобретенных субъективных правах (неравных по их структуре, содержанию и объему прав различных индивидов — субъектов права). Право как форма отношений по принципу равенства, конечно, не уничтожает (и не может уничтожить) исходных различий между разными индивидами, но лишь формализует и упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформирует неопределенные фактические различия в формально-определенные неравные субъективные права и юридические обязанности свободных, независимых друг от друга, равных личностей. В этом, по существу, состоит специфика и смысл, границы и ограниченность, цель и ценность правовой формы опосредования, регуляции и упорядочения общественных отношений.

Правовое равенство и правовое неравенство (равенство и неравенство в праве) — однопорядковые (предполагающие и дополняющие друг друга) правовые определения, характеристики и понятия, в одинаковой степени противостоящие фактическим различиям и отличные от них. Принцип правового равенства различных субъектов предполагает, что приобретаемые ими реальные субъективные права и юридические обязанности будут неравны. **Благодаря праву хаос фактических различий преобразуется в правовой порядок равенств и неравенств, согласованных по единому основанию и общей норме.**

Признание различных индивидов формально равными — это признание их равной правоспособности, возможности приобрести те или иные права на соответствующие блага, конкретные объекты и т.д., но это не означает равенства уже приобретенных конкретных прав на индивидуально-конкретные вещи, блага и т.д. Формальное право — это лишь правоспособность, абстрактная свободная возможность приобрести — в согласии с общим масштабом и равной мерой правовой регуляции — свое, индивидуально-определенное право на данный объект.

При формальном равенстве и равной правоспособности различных людей их реально приобретенные права и юридические обязанности неизбежно (в силу различий между самими людьми, их реальными возможностями, условиями и обстоятельствами их жизни и т.д.) будут неравными: жизненные различия, измеряемые и оцениваемые одинаковым масштабом и равной мерой права, дают в итоге различия в приобретенных,

лично принадлежащих конкретному субъекту (в этом смысле — субъективных) правах и юридических обязанностях. Такое различие в приобретенных правах и обязанностях у разных лиц является необходимым результатом как раз соблюдения, а не нарушения принципа формального (правового) равенства этих лиц, их равной правоспособности. Различие в приобретенных правах и обязанностях не нарушает и не отменяет принципа формального (правового) равенства.

Сравним для иллюстрации три разные ситуации. Допустим, в первой ситуации право приобрести в индивидуальную собственность землю или мастерскую имеют лишь некоторые (докапиталистическая ситуация), во второй ситуации — все (капиталистическая ситуация), в третьей ситуации — никто в отдельности (социалистическая ситуация). В первой и второй ситуациях все, кто наделен соответствующим правом, являются формально (юридически) равными, обладают равной правоспособностью независимо от того, приобрели ли они в действительности право собственности на соответствующие объекты, стали ли они реально собственниками какого-то определенного участка земли, конкретной мастерской или нет. Одно дело, конечно, иметь абстрактное право (правоспособность) что-то приобрести, сделать и т.д., другое дело — реализовать такую формальную, абстрактно-правовую возможность и приобрести реальное право на определенное благо. Но объективное право — это лишь равный для различных людей формализованный путь к приобретению прав на различные вещи, предметы, блага, а не раздача всех этих вещей и благ поровну каждому.

Но в правовом упорядочении различий по единому основанию и общему масштабу как раз и присутствует признание формального (правового) равенства и свободы всех тех, на кого распространяется данная правовая форма отношений. Так, во второй ситуации все формально равны и свободны, хотя реально приобретенные права на соответствующие объекты (средства производства) у разных лиц различны. В первой (докапиталистической) ситуации в соответствующую сферу правового равенства и свободы допущены лишь некоторые; отсутствие же у остальных соответствующего права (правоспособности) означает непризнание за ними формального (правового) равенства и свободы. Здесь, в первой ситуации, само право (формальное равенство, правоспособность, пользование правовой формой и т.д.), а вместе с ним и свобода представляют собой привилегию для некоторых индивидов против остальной части общества.

В третьей (социалистической) ситуации нет ни правовых

привилегий (права-привилегии) первой ситуации, ни различий в правах на соответствующие объекты, поскольку в отношении к этим объектам как средствам производства никто вообще не имеет права (ни правоспособности, ни тем более реально приобретенного права) на индивидуальную собственность. Отсутствие у индивида определенного права — это вместе с тем отсутствие и соответствующей индивидуальной свободы. Здесь, следовательно, в рассматриваемом отношении вообще отсутствует правовой принцип формального равенства и свободы индивидов, и общество в данной третьей ситуации не конкретизируется на индивидов — субъектов права. Общественные (в том числе и хозяйственные) отношения регулируются здесь иными (неправовыми) средствами и нормами.

Формы проявления равенства как специфического принципа правовой регуляции носят социально-исторический характер. Этим обусловлены особенности таких форм в различных социально-экономических формациях, на разных этапах исторического развития права, изменения объема и содержания, места и роли принципа правового равенства в общественной жизни.

Вместе с тем данный принцип — при всем историческом многообразии и различии его проявлений — имеет универсальное значение для всех исторических типов и форм права и государства и выражает специфику и отличительную особенность правового способа регулирования общественных отношений свободных индивидов. Везде, где действует принцип формального равенства, там есть правовое начало и правовой способ регуляции общественных и государственных отношений: где действуют право и государство, там есть данный принцип равенства. Где нет этого принципа равенства, там нет права и государства как таковых. **Формальное равенство свободных индивидов тем самым является наиболее абстрактным определением права и государства, общим для всякого права и всякого государства и специфичным для права и государства вообще.**

С принципом формального равенства связано и понимание права как формы общественных и государственных отношений.

Специфика правовой формальности обусловлена тем, что право выступает как форма общественных и государственных отношений независимых субъектов, подчиненных в своем поведении, действиях и взаимоотношениях общей норме. Независимость этих субъектов друг от друга в рамках правовой формы их взаимоотношений и одновременно их одинаковая, равная

подчиненность общей норме определяют смысл и существо **правовой формы бытия и выражения свободы.**

Правовая форма свободы, демонстрируя формальный характер равенства, всеобщности и свободы, предполагает и выражает внутреннее **сущностное и смысловое единство правовой формальности, всеобщности, равенства и свободы.**

Для всех тех, чьи отношения опосредуются правовой формой, — как бы ни был узок этот правовой круг, — право выступает как абстрактно-всеобщая форма, как общезначимый и равный для всех этих лиц (различных по своему фактическому, физическому, умственному, имущественному положению и т.д.) одинаковый масштаб и мера. В целом всеобщность права как единого и равного (для того или иного круга отношений) масштаба и меры (а именно — меры свободы) означает утверждение справедливости и отрицание произвола и привилегий (в рамках этого правового круга).

Необходимая внутренняя взаимосвязь правового равенства и всеобщности правовой формы очевидна: правовая мера всеобща лишь в тех пределах и постольку, пока и поскольку она остается единой (и, следовательно, равной) для различных объектов измерения (регуляции), в своей совокупности образующих сферу этой всеобщности, т.е. круг различных отношений, измеряемых общей (единой) мерой. Всеобщность эта, следовательно, относительна, — она ограничена пределами действия единой меры в различных отношениях. Само равенство здесь состоит в том, что поведение и положение субъектов данного общего круга отношений и явлений подпадают под действие единой (общей, равной) меры.

Такая формальность — внутренне необходимое, а не случайное свойство всякого права. Форма здесь не внешняя оболочка. Она содержательна и единственно возможным способом, точно и адекватно выражает суть опосредуемых данной формой (т.е. охватываемых и регулируемых правом) отношений — равную, одинаково справедливую меру свободы индивидов по единому масштабу. Своим всеобщим масштабом и равной мерой право измеряет, “отмеряет” и оформляет именно свободу индивидов, свободу в человеческих взаимоотношениях — в действиях, поступках, словом, **во внешнем поведении людей.** Дозволения и запреты права как раз и представляют собой нормативную структуру и оформленность свободы в общественном бытии людей, пределы достигнутой свободы, границы между свободой и несвободой на соответствующей ступени исторического развития.

Свобода индивидов и свобода их воли — понятия тожде-

ственные. Воля в праве — свободная воля, которая соответствует всем сущностным характеристикам права и тем самым отлична от произвольной воли и противостоит произволу. **Волевой характер права** обусловлен именно тем, что право — это форма свободы людей, т.е. свобода их воли. Этот волевой момент (в той или иной, верной или неверной интерпретации) присутствует в различных определениях и характеристиках права в качестве волеустановленных положений (**Аристотель, Гроций** и др.), выражения общей воли (**Руссо**), классовой воли (**Маркс** и марксисты) и т.д.

С позиций излагаемого либертарно-юридического правопонимания очевидно, что свобода индивида, свобода его воли подразумевает **свободу и той воли** (всеобщей воли свободных индивидов — граждан государства), которая представлена в **правовом законе (позитивном праве)**. Индивид, по логике правового типа отношений и смыслу правовой формы свободы, свободен и обладает свободой воли не только как адресат действующего права, но и как его творец (совместно с другими свободными индивидами). Действительная и полная правосубъектность индивидов предполагает и их государственную, публично-властную, законотворческую правосубъектность, их участие (в той или иной форме) в законотворчестве, их право на участие в установлении правового закона. **Свобода возможна лишь там, где люди не только ее адресаты, но и ее творцы и защитники, где они одновременно и субъекты права, и субъекты государства.** Там же, где люди — лишь адресаты принудительных норм, там вместо права как формы свободы людей действуют навязываемые им свыше силовые установления и приказы отчужденной от них насильственной (антиправовой и антигосударственной) власти деспотического толка (тирания, диктатура, тоталитаризм и т.д.).

Свобода, при всей кажущейся ее простоте, — предмет сложный и для понимания, и тем более для практического воплощения в формах, нормах, институтах, процедурах и отношениях общественной жизни.

В своем движении от несвободы к свободе и от одной ступени свободы к более высокой ступени люди и народы не имеют ни прирожденного опыта свободы, ни ясного понимания предстоящей свободы.

Поскольку свобода всегда связана с борьбой за освобождение от прежнего гнета, она прежде всего ассоциируется у большинства с самим процессом высвобождения от прошлого, со **свободой от чего-то (или свободой против чего-то)**. При таком негативном восприятии свободы кажется, будто освобож-

дение от некоторого известного по прошлому опыту гнета — это освобождение на все будущее от всего негативного и достижение абсолютной свободы и счастья. Подобные иллюзии, абсолютизирующие некую относительную ступень и форму будущей свободы, не только типичны, но, видимо, и социально-психологически необходимы для надлежащей мотивации активной борьбы за нее против прошлого.

При этом даже среди участников процесса освобождения от старого царит разноречивость в представлениях о позитивном смысле грядущей свободы, в ответах на вопросы типа: Свобода для чего? Свобода к чему? Какая именно свобода? Конкретные представления по этому кругу проблем формируются позже, так сказать, постфактум.

Отмечая различные значения, придаваемые слову “свобода”, **Ш.Л. Монтескье** в работе “О духе законов” писал: “Нет слова, которое получило бы столько разнообразных значений и производило бы столь различное впечатление на умы, как слово “свобода”. Одни называют свободой легкую возможность низлагать того, кого наделили тиранической властью; другие — право избирать того, кому они должны повиноваться; третьи — право носить оружие и совершать насилие; четвертые — видят ее в привилегии состоять под управлением человека своей национальности или подчиняться своим собственным законам. Некий народ долгое время принимал свободу за обычай носить длинную бороду. Иные соединяют это название с известной формой правления, исключая все прочие”¹.

Тем, кто высвободился из тисков прежней несвободы, свобода кажется **вольницей**, мягким податливым материалом, из которого можно лепить все, что душа пожелает и воображение подскажет. Пафос такого настроения удачно выражен в поэтической строчке **В. Хлебникова**: “Свобода приходит нагая”. Но такой она только грезится. На самом деле свобода приходит в мир и утверждается в нем в невидимом, но прочном одеянии права. Это, конечно, более скучная материя — правосубъектность, правопорядок, дозволения и запреты, правонарушения, ответственность и т.д. Но такова действительность свободы.

Какой-либо другой формы бытия и выражения свободы в общественной жизни людей, кроме правовой, человечество до сих пор не изобрело. Да это и невозможно ни логически, ни практически.

¹ Монтескье Ш. Избранные произведения. М., 1955. С. 288.

Люди свободны в меру их равенства и равны в меру их свободы. Неправовая свобода, свобода без всеобщего масштаба и единой меры, словом, так называемая “свобода” без равенства — это идеология элитарных привилегий, а так называемое “равенство” без свободы — идеология рабов и угнетенных масс (с требованиями иллюзорного “фактического равенства”, подменой равенства уравниловкой и т.д.). **Или свобода (в правовой форме), или произвол (в тех или иных проявлениях).** Третьего здесь не дано: неправо (и несвобода) — всегда произвол.

Отсюда и многоликость произвола (от “мягких” до самых жестких, тиранических и тоталитарных проявлений). Дело в том, что у права (и правовой формы свободы) есть свой, только ему внутренне присущий, специфический принцип — принцип формального равенства. У произвола же (и нормативного, и властного) нет своего принципа; его принципом, если можно так выразиться, является как раз отсутствие правового принципа, отступления от этого принципа, его нарушение и игнорирование. Бесправная свобода — это произвол, тирания, насилие.

Фундаментальное значение свободы для человеческого бытия в целом выражает вместе с тем место и роль права в общественной жизни людей. Наблюдаемый в истории прогрессирующий процесс освобождения людей от различных форм личной зависимости, угнетения и подавления — это одновременно **правовой и государственный прогресс, прогресс в правовых (и государственно-правовых) формах выражения, существования и защиты этой развивающейся свободы.** В этом смысле можно сказать, что всемирная история представляет собой прогрессирующее движение ко все большей свободе все большего числа людей. С правовой и государственной точек зрения этот процесс означает, что все большее число людей (представители все новых слоев и классов общества) признаются формально равными субъектами права и государства.

Историческое развитие свободы и права в человеческих отношениях представляет собой, таким образом, **прогресс равенства людей в качестве формально (юридически) свободных личностей.** Через механизм права — формального (правового) равенства — первоначально несвободная масса людей постепенно, в ходе исторического развития преобразуется в **свободных индивидов — субъектов права и государства.** Правовое равенство делает свободу возможной и действительной во всеобщих нормативно-регулятивных и властно-организационных формах, в виде определенного общеобязательного правового закона и правопорядка.

Об этом убедительно свидетельствует практический и ду-

ховный опыт развития права и государства, прогресса свободы, равенства и справедливости в человеческих отношениях.

Между тем повсеместно довольно широко распространены представления о противоположности права и свободы, права и справедливости, права и равенства. Они обусловлены во многом тем, что под правом имеют в виду любые веления власти, законодательство, которое зачастую носит антиправовой, произвольный, насильственный характер.

Нередко **свобода противопоставляется равенству.** Здесь можно выделить несколько направлений критики равенства (по сути дела — правового равенства) с позиций той или иной концепции свободы.

Так, уже **ряд софистов младшего поколения (Пол, Калликл, Критий)** отвергали правовое равенство с позиций аристократических и тиранических представлений о свободе как праве “лучших” на привилегии и произвол, как праве сильных господствовать над слабыми и т.д. Аналогичный подход в XIX в. развивал **Фр. Ницше.** Религиозно-аристократическую концепцию “свободы личности” (в духе апологии неравенства и критики равенства) обосновывал в XX в. **Н.А. Бердяев**¹.

В отличие от аристократической критики правового равенства “сверху” (в пользу элитарных версий свободы) **марксистское отрицание правового равенства** и права в целом идет “снизу” (в целях всеобщего прыжка в коммунистическое “царство свободы”, утверждения “фактического равенства” и т.д.).

В наши дни широко распространено представление, будто “суть перемен, которые идут в России и в посткоммунистических странах” (т.е. их “модернизация”), состоит “в переходе от логики равенства к логике свободы”². Тут социализм с его уравниловкой (т.е. антиподом права и равенства) предстает как царство равенства, от которого надо перейти в царство свободы без равенства.

В этих и сходных противопоставлениях свободы и равенства данным явлениям и понятиям, по существу, придается (в силу ошибки, социальных интересов и т.д.) произвольное значение.

Если речь действительно идет о свободе, а не о привилегиях, произволе, деспотизме, то она просто невозможна без принципа и норм равенства, без общего правила, единого масштаба и равной меры свободы, т.е. без права, вне пра-

¹ См.: Бердяев Н.А. Философия неравенства. М., 1990. С. 68, 75, 128, 131.

² Козловский В. В., Уткин А. И., Федотова В. Г. Модернизация: от равенства к свободе. СПб., 1995. С. 3.

вовой формы. Свобода не только не противоположна равенству (а именно — правовому равенству), но, напротив, она выразима лишь с помощью равенства и воплощена в этом равенстве.

Свобода и равенство неотделимы и взаимно предполагают друг друга. С одной стороны, исходной и определяющей фигурой свободы в ее человеческом измерении является свободный индивид — необходимая основа правоспособности и правосубъектности вообще; с другой стороны, эту свободу индивидов можно выразить лишь в форме правосубъектности и государствовсубъектности — через всеобщий принцип и нормы равенства этих индивидов в определенной сфере и форме их частных и публично-властных взаимоотношений.

Право не просто всеобщий масштаб и равная мера, а всеобщий масштаб и равная мера именно и прежде всего свободы индивидов. Свободные индивиды — “материя”, носители, суть и смысл права и государства. Там, где отрицается свободная индивидуальность, личность, правовое и государственное значение физического лица, там нет и не может быть права и государства, там не может быть и каких-то индивидуальных и иных (групповых, коллективных, институциональных и т.д.) субъектов права и государства, действительно правовых норм, институтов и отношений в социальной жизни людей.

Эти положения в полной мере относятся и к такой существенной сфере жизнедеятельности общества, как экономика и производство, как отношения собственности в целом. Сама возможность наличия начал свободы, права, равенства людей в сфере экономической жизни общества с необходимостью связана с **признанием правоспособности** (а следовательно, и свободы, независимости, самостоятельности) **индивида в отношениях собственности**, т.е. признания за индивидом способности быть субъектом права собственности на средства производства.

Здесь особо следует подчеркнуть то обстоятельство, что именно **отношения по поводу средств производства** образуют содержание, смысл и суть экономических отношений. Там, где сложились и действуют правовые формы экономических отношений, где, следовательно, признано и функционирует право собственности индивида на средства производства, там и другие (непроизводственные) объекты, включая предметы личного потребления, вовлекаются в сферу правовых отношений собственности, становятся объектом права собственности. Но собственность на предметы потребления носит вторичный, производный характер, зависящий от наличия или отсутствия

в соответствующем обществе права собственности индивидов на средства производства.

Индивид как субъект права собственности (и прежде всего на средства производства) — исходная база и непеременимое предварительное условие для возможности также и других, неиндивидуальных (групповых и т.д.) субъектов права собственности (“юридических лиц”).

В целом право собственности — это свобода индивидов и других субъектов социальной жизни, причем свобода в ее адекватной правовой форме и, что особо важно подчеркнуть, свобода в такой существенной сфере общественной жизни, как отношение к средствам производства, экономика в целом.

Исторический прогресс свободы и права свидетельствует о том, что формирование и развитие свободной, независимой, правовой личности необходимым образом связаны с признанием человека субъектом отношений собственности, собственником средств производства. **Собственность** является не просто одной из форм и направлений выражения свободы и права человека, она образует собой вообще **цивилизированную почву для свободы и права**. Где полностью отрицается право индивидуальной собственности на средства производства, там не только нет, но и в принципе невозможны свобода, право и государство.

В логике таких взаимосвязей собственности, свободы, права и государства коренятся глубинные причины **несовместимости социализма (всеобщий запрет частной собственности, ее обобществление и т.д.) с правом, государственностью и свободой**. Этой же логикой определяется фундаментальное значение **десоциализации собственности** во всем процессе перехода от тоталитарного социализма к началам права, государственности и свободы.

Понимание права как равенства (как общего масштаба и равной меры свободы людей) включает в себя и справедливость.

В контексте различения права и закона это означает, что **справедливость входит в понятие права**, что право по определению справедливо, а справедливость — внутреннее свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не неправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т.д.).

Поэтому всегда уместный вопрос о справедливости или несправедливости закона — это по существу вопрос о правовом или неправовом характере закона, его соответствии или несоответствии праву. Но такая же постановка вопроса неуместна применительно к праву, поскольку оно (уже по понятию) все-

гда справедливо и является носителем справедливости в социальном мире.

Более того, **только право и справедливо**. Ведь справедливость потому собственно и справедлива, что воплощает и выражает общезначимую правильность, а это в рационализированном виде означает всеобщую правомерность, т.е. существо и начало права, смысл правового принципа всеобщего равенства и свободы.

И по смыслу, и по этимологии **справедливость (*iustitia*) восходит к праву (*ius*)**, обозначает наличие в социальном мире правового начала и выражает его правильность, императивность и необходимость.

Латинское слово “юстиция” (*iustitia*), прочно вошедшее во многие языки, в том числе и в русский, переводится на русский язык то как “справедливость”, то как “правосудие”, хотя по существу речь идет об одном и том же понятии — о справедливости, включающей в себя и правосудие (и в исходном значении суждения по праву, и в производном значении судебного решения спора в соответствии с правом, т.е. справедливо). Кстати, все эти аспекты правового и государственного смысла справедливости нашли адекватное отражение в образе **богини справедливости Фемиды с весами правосудия**. Используемые при этом символические средства (богиня с повязкой на глазах, весы, меч и т.д.) весьма доходчиво выражают верные представления о присущих праву (и справедливости) общезначимости, властной общеобязательности, абстрактно-формальном равенстве (повязка на глазах богини означает, что абстрагированный от различий равный правовой подход ко всем, невзирая на лица, — это необходимое условие и основа для объективного суждения о справедливости).

Справедливо то, что выражает право, соответствует праву и следует праву. Действовать по справедливости — значит действовать правомерно, соответственно всеобщим и равным требованиям права.

Внутреннее единство справедливости и правового равенства (общезначимости и одинаковости его требований в отношении всех, включая и носителей государственной власти, устанавливающих определенное правоположение) хорошо выражено в комментариях знаменитого римского юриста **Ульпиана** к одному преторскому эдикту. Замечателен по своей справедливости прежде всего сам эдикт, кодифицированный **Сальвием Юлианом** в первой половине II в. Смысл эдикта — в формулировании одного из существенных требований принципа равен-

ства в сфере правотворчества и правоприменения, который звучит так: “Какие правовые положения кто-либо устанавливает в отношении другого, такие же положения могут быть применены и в отношении его самого” (Д.2.2).

Более развернуто это требование в приводимом Ульпианом фрагменте эдикта выражено следующим образом: “Магистрат или лицо, занимающее должность, облеченную властью, установив какое-либо новое правовое положение по делу против другого лица, должен применить то же правовое положение, если его противник предъявит требование. Если кто-либо достигнет того, что (в его пользу) будет установлено какое-либо новое правовое положение магистратом или лицом, занимающим должность, обеспеченную властью, то это же правовое положение будет применено против него, когда впоследствии его противник предъявит требование” (Д.2.2.1).

Комментируя данный эдикт, Ульпиан замечает: “Этот эдикт устанавливает положение величайшей справедливости и не может вызвать чье-либо обоснованное неудовольствие: ибо кто отвергает, чтобы по его делу было вынесено такое же решение, какое он сам выносит для других или поручает вынести... Понятно, что то право, которое кто-либо считает справедливым применить к другому лицу, должно признаваться действительным и для самого себя...” (Д.2.2.1).

Другой, не менее важный, аспект единства справедливости и равенства как выражения **соразмерности и эквивалента** зафиксирован в традиционном естественноправовом **определении справедливости как воздаяния равным за равное**.

В обобщенном виде можно сказать, что **справедливость — это самосознание, самовыражение и самооценка права и потому вместе с тем — правовая оценка всего остального, внеправового**.

Какого-либо другого принципа, кроме правового, справедливость не имеет. Отрицание же правового характера и смысла справедливости неизбежно ведет к тому, что за справедливость начинают выдавать какое-нибудь неправовое начало — требования уравниловки или привилегий, те или иные моральные, нравственные, религиозные, мировоззренческие, эстетические, политические, социальные, национальные, экономические и т.п. представления, интересы, требования. Тем самым правовое (т.е. всеобщее и равное для всех) значение справедливости подменяется неким отдельным, частичным интересом и произвольным содержанием, партикулярными притязаниями.

С этой проблемой под несколько другим углом зрения мы уже сталкивались при рассмотрении разных направлений кри-

тики принципа правового равенства (и права в целом) с позиций неправовой (и антиправовой) свободы.

При отрицании правовой природы справедливости по существу мы имеем дело с тем же самым, но уже применительно к справедливости, т.е. с неправовой (антиправовой) справедливостью. По логике такого подхода получается, что право как таковое (право вообще, а не только антиправовой закон) несправедливо, а справедливость исходно представлена в том или ином неправовом (социальном, политическом, религиозном, моральном и т.п.) начале, правиле, требовании.

Здесь, следовательно, справедливость права, если таковая вообще допускается, носит производный, вторичный, условный характер и поставлена в зависимость от подчинения права соответствующему неправовому началу. И поскольку такие неправовые начала лишены определенности принципа правового равенства и права в целом (объективной всеобщности правовой нормы и формы, единого масштаба права, равной меры правовой свободы и т.д.), они неизбежно оказываются во власти субъективизма, релятивизма, произвольного усмотрения и частного выбора (индивидуального, группового, коллективного, партийного, классового и т.д.). Отсюда и множественность борющихся между собой и несогласуемых друг с другом неправовых представлений о справедливости, односторонних претензий того или иного частного начала на всеобщее, при-сущее праву и справедливости.

С позиций правовой всеобщности (формально-определенной всеобщности правового равенства, свободы и справедливости), в равной мере значимой для всех, независимо от моральных, религиозных, социальных, политических и иных различий, позиций и интересов, все эти неправовые начала с представленными в них особыми потребностями, требованиями и т.д. — лишь особые сферы в общем пространстве бытия и действия права и правовой справедливости, **специфические объекты, а не субъекты справедливой правовой регуляции.**

Право (и правовой закон, правовая власть) не игнорирует, конечно, все эти особенные интересы и притязания, и они должны найти в нем свое надлежащее (т.е. именно справедливое) признание, удовлетворение и защиту. А это возможно только потому, что справедливость (и в целом право, правовой подход и принцип правовой регуляции) не сливается с самими этими притязаниями и не является нормативным выражением и генерализацией какого-либо одного из таких частных интересов. Напротив, справедливость, представляя всеобщее

правовое начало, возвышается над всем этим партикуляризмом, “взвешивает” (на единых весах правовой регуляции и правосудия, посредством общего масштаба права) и оценивает их формально-равным, а потому и одинаково справедливым для всех правовым мериллом.

Например, те или иные **требования так называемой “социальной справедливости”** с правовой точки зрения имеют рациональный смысл и могут быть признаны и удовлетворены лишь постольку, поскольку они согласуемы с правовой всеобщностью и равенством и их, следовательно, можно **выразить в виде требований самой правовой справедливости** в соответствующих областях социальной жизни. И то, что именуется “социальной справедливостью”, может как соответствовать праву, так и отрицать его. Это различие и определяет позицию и логику правового подхода к соответствующей “социальной справедливости”.

Так в принципе обстоит дело и в тех случаях, когда правовой справедливости противопоставляют **требования моральной, нравственной, политической, религиозной и иной “справедливости”**.

В пространстве всеобщности и общезначимости принципа правового равенства и права как регулятора и необходимой формы общественных отношений свободных субъектов именно **правовая справедливость выступает как критерий правомерности или неправомерности всех прочих претензий на роль и место справедливости** в этом пространстве. Отдавая каждому свое, правовая справедливость делает это единственно возможным, всеобщим и равным для всех правовым способом, отвергающим привилегии и утверждающим свободу.

Глава 2. Сущность, понятие и ценность права и государства

1. Сущность и понятие права и государства

Последовательное преодоление недостатков естественно-правового подхода (в сфере юридической аксиологии так же, как и в вопросах юридической онтологии и гносеологии) ведет не к позитивизму и легизму, а к юридическому либертаризму как теоретически более развитой форме юридического понимания и соответствующего толкования понятия права и государства, уяснения ценностно-правового значения закона (позитивного права) и государства.

В рамках юридико-либертарной концепции правопонимания и соответствующего правового понимания государства внутреннее единство юридической онтологии, аксиологии и гносеологии обусловлено тем, что в их основе лежит один и тот же принцип формального равенства, понимаемый и трактуемый как исходное начало юридической онтологии (что есть право и государство?), аксиологии (в чем ценность права и государства?) и гносеологии (как познается право и государство?).

В онтологическом плане право есть формальное равенство, причем это формальное равенство включает в себя такие компоненты, как абстрактно-всеобщую равную меру, формальность свободы и справедливости. Право как форма (правовая форма общественных отношений) и есть в онтологическом плане совокупность этих формальных свойств и характеристик права — равенства, свободы и справедливости.

При этом право как форму, правовую форму фактических отношений (а вместе с тем и формальные компоненты этой правовой формы — равенство, свободу, справедливость) нельзя смешивать с самими фактическими отношениями, с фактическим содержанием общественных отношений, опосредуемых и регулируемых правовой формой. Так что равенство, свобода и справедливость, согласно либертарно-юридической трактовке, — это правовые формальности, формально-содержательные (а не материально-содержательные, не эмпирические) компоненты, свойства и характеристики права и правовой формы.

Как в онтологическом, так и в аксиологическом и гносеологическом отношениях весьма существенно то обстоятельство, что **абстрактно-всеобщая равная мера, свобода и справедливость только в их формальном (формально-правовом) выражении и значении**, т.е. только в качестве особых форм выражения и проявления общего смысла принципа формального равенства (и не противореча ему), могут войти в единое, внутренне согласованное и непротиворечивое понятие права (и правовое понятие государства) и быть составными компонентами, свойствами и характеристиками всеобщей правовой (и государственно-правовой) формы общественных отношений.

Различные определения понятия права, представляющие собой разные направления конкретизации смысла принципа правового равенства, выражают единую (и единственную) сущность права. Причем каждое из этих определений предполагает и другие определения в общесмысловом контексте принципа правового равенства. Отсюда и внутренняя смысловая равноценность таких внешне различных определений, как: **право** —

это формальное равенство, право — это всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей, право — это всеобщая справедливость и т.д. Ведь всеобщая формально-равная мера так же предполагает свободу и справедливость, как последние — первую и друг друга.

Эти определения права через его объективные сущностные свойства выражают в целом природу, смысл и специфику права, фиксируют понимание права как самостоятельной сущности, отличной от других сущностей. Как эти объективные свойства права, так и характеризующая ими сущность права относятся к **определениям права в его различии с законом, т.е. не зависят от воли законодателя, исторически и логически предшествуют законодательству**.

К этим исходным сущностным определениям права (или к определениям сущности права) в процессе так называемой “позитивации” права, его выражения в виде закона, добавляется новое определение — **властная общеобязательность** того, что официально признается и устанавливается как закон (позитивное право) в определенное время и в определенном социальном пространстве.

Но закон (то, что устанавливается как позитивное право) может как соответствовать, так и противоречить праву, быть (в целом или частично) формой официально-властного признания, нормативной конкретизации и защиты как права, так и иных (неправовых) требований, дозволений и запретов. **Только как форма выражения права закон (позитивное право) представляет собой правовое явление**. Благодаря такому закону принцип правового равенства (и вместе с тем всеобщность равной и общесправедливой меры свободы) получает государственно-властное, общеобязательное признание и защиту, приобретает законную силу. Лишь будучи формой выражения объективно обусловленных свойств права, закон становится правовым законом.

Правовой закон это и есть право, получившее официальную форму признания, конкретизации и защиты, словом — законную силу, т.е. позитивное право, обладающее объективными свойствами права. Правовой закон — это адекватное выражение права в его официальной признанности, общеобязательности, определенности и конкретности, необходимых для действующего позитивного права.

Реальный процесс “позитивации” права, его превращения в закон, наряду с необходимостью учета объективных свойств и требований права, зависит от многих других объективных и субъективных факторов (социальных, экономических,

политических, духовных, культурных, собственно законодательских и т.д.). И несоответствие закона праву может быть следствием правоотрицающего характера строя, антиправовой позиции законодателя или разного рода его ошибок и промахов, низкой правовой и законодательской культуры и т.д.

В борьбе против правонарушающего закона в процессе исторического развития свободы, права и государственности сформировались и утвердились специальные институты, процедуры и правила как самой законодательской деятельности (и в целом процесса “позитивации” права), так и авторитетного, эффективного контроля за соответствием закона праву (разделение властей, система сдержек и противовесов в отношениях между различными властями, общесудебный, конституционно-судебный, прокурорский контроль за правовым качеством закона и т.д.).

В общеобязательности закона (позитивного права) есть два различных, но взаимосвязанных момента — официально-властный и правовой.

Первый момент состоит в том, что закон как установление государственной власти наделяется ее поддержкой и защитой, обеспечивается соответствующей государственной санкцией на случай нарушения закона и т.д. С этой точки зрения кажется, будто общеобязательность закона — лишь следствие произвольного усмотрения государства, обязательности его велений, приказов, установлений. Здесь же лежат корни легизма, согласно которому обязательный приказ власти и есть право.

Второй момент состоит в том, что закон наделяется общеобязательностью (государственным принуждением) и защитой только потому, что он выступает именно как право, а не просто как какое-то иное общеобязательное, но неправовое установление и явление. Ведь и официальные власти, и легисты говорят не только об общеобязательности закона, но одновременно утверждают, что это и есть право.

В этой претензии закона быть правом проявляется то принципиальное обстоятельство, что у закона (позитивного права), как и государства, нет своей собственной сущности, отличной от сущности права. Кстати говоря, у общеобязательных установлений и актов власти нет даже собственного наименования и единого общего названия, почему и приходится обозначать их с помощью разного рода добавочных прилагательных (“позитивное”, “действующее”, “официальное”, “установленное” и т.д.) к слову “право” (в контексте нашего подхода мы обозначаем их обобщенно и условно как “закон”).

С позиций признания правовой природы и сущности закона ясно, что **общеобязательной силой должен обладать только правовой закон**. Иначе пришлось бы признать, что ничего собственно правового нет, что с помощью силы и насилия можно всякий произвол превратить в право. Но объективная природа права проявляется и там, где ее отрицают: даже тиранические, деспотические, тоталитарные акты выдаются их авторами и апологетами за “право” и “справедливость”.

Возможность злоупотребления понятием права и формой закона в антиправовых целях, разумеется, не обесценивает роль и значение закона как правового по своей природе явления, как необходимой общеобязательной формы выражения и действия права в социальной жизни людей.

Двудеиная задача здесь состоит в том (в достижении такого состояния и результата), чтобы только праву придавалась законная (официально-властная, общеобязательная) сила и вместе с тем чтобы закон был всегда и только правовым.

В контексте различения и соотношения права и закона **общеобязательность закона** обусловлена его правовой природой и является следствием общезначимости объективных свойств права, показателем социальной потребности и необходимости властного признания, соблюдения, конкретизации и защиты принципа и требований права в соответствующих официальных актах и установлениях. И именно потому, что, по логике вещей, **не право — следствие официально-властной общеобязательности, а наоборот, эта обязательность — следствие права** (государственно-властная форма выражения общезначимого социального смысла права), **такая общеобязательность выступает как еще одно необходимое определение права (а именно — права в виде закона) — в дополнение к исходным определениям об объективных свойствах права**. Смысл этого определения состоит не только в том, что правовой закон обязателен, но и в том, что **общеобязателен только правовой закон**.

Основное различие между исходными определениями права, фиксирующими объективные свойства права, и этим дополнительным определением состоит в том, что объективные свойства права не зависят от воли законодателя, тогда как общеобязательность правового закона, подразумеваемая объективной природой права, зависит и от воли законодателя (от официально-властного опосредования между требованиями права и формой их конкретного законодательного выражения, от властных оценок и решений), и от ряда объективных условий (степени развитости социума, наличия условий, объектив-

но необходимых для появления и действия правовых законов, и т.д.).

Применительно к праву в его совпадении с законом (т.е. к правовому закону, к позитивному праву, соответствующему принципу и требованиям права) все названные определения права (права в его различении с законом и права в его совпадении с законом) имеют субстанциальное значение, раскрывают различные моменты сущности правового закона и, следовательно, входят в его общее (и единое) понятие.

Из сказанного ясно, в принципе возможны дефиниции понятия права в его различении с законом и дефиниции права в его совпадении с законом (т.е. дефиниции правового закона — позитивного права, соответствующего объективным требованиям права), но логически невозможно единое понятие (и соответствующая дефиниция) права в его различении с законом и антиправового (правонарушающего) закона.

Поэтому, говоря ниже об общем (и едином) понятии позитивного права и соответствующих дефинициях, мы везде имеем в виду правовой закон, т.е. позитивное право в его совпадении, но не в расхождении и противоречии с объективными свойствами и требованиями права. Здесь везде мы оперируем правовыми определениями и правовыми понятиями, подразумевающими объективную правовую природу и характер соответствующих феноменов.

Сочетание различных определений позитивного права, которое соответствует объективным требованиям права, в одном понятии означает их объединение (совмещение, уплотнение, синтез, конкретизацию) по одному и тому же основанию, поскольку речь идет о различных проявлениях и определениях единой правовой сущности. Причем эти различные определения права (в силу их понятийного и сущностного единства) не только дополняют, но и подразумевают друг друга. Именно это дает логическое основание в дефиниции (по необходимости — краткой) общего понятия такого позитивного права (т.е. правового закона) ограничиваться лишь некоторыми основными определениями (характеристиками), резюмирующими в себе и одновременно подразумевающими все остальные определения сущности права.

Из смысла излагаемой либертарно-юридической концепции различения и соотношения права и закона вытекает, что даже самая краткая дефиниция общего понятия такого позитивного права (правового закона) должна включать в себя, как минимум, два определения, первое из которых содержало бы одну из характеристик права в его различении с за-

коном, а второе — характеристику права в его совпадении с законом.

С учетом этого можно сформулировать ряд соответствующих дефиниций. Так, **позитивное право, соответствующее объективным требованиям права** (закон в его совпадении с правом), можно определить (т.е. дать краткую дефиницию его общего понятия) как **общеобязательное (т.е. обеспеченное государственной защитой) формальное равенство; как равную меру (или масштаб, форму, норму, принцип) свободы, обладающую законной силой; как справедливость, имеющую силу закона; как общеобязательную форму равенства, свободы и справедливости; как общеобязательную систему норм равенства, свободы и справедливости.**

В более развернутом виде **определение общего понятия права** (правового закона, т.е. позитивного права, соответствующего объективным требованиям права) можно сформулировать так: **право — это соответствующая требованиям принципа формального равенства система норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных возможностью государственного принуждения.**

Существенное отличие данного либертарно-юридического определения от распространенных и привычных легистских (позитивистских) дефиниций права состоит в указании на необходимость **соответствия** системы государственно установленных и защищенных норм требованиям принципа формального равенства. Это означает, что государственно установленная и защищенная система норм должна быть **нормативной конкретизацией** (т.е. конкретизацией в виде определенных норм) принципа формального равенства. Только в таком случае **система норм будет системой норм права**. Здесь определяется **отличие права от неправа.**

Все приведенные либертарно-юридические дефиниции права по своему смыслу равноценны, поскольку определяют одно и то же понятие позитивного права, соответствующего объективной природе и требованиям права. Различия этих дефиниций (акцент на тех или иных субстанциальных определениях права), зачастую диктуемые актуальными целями и конкретным контекстом их формулирования, не затрагивают сущности дела, тем более что одни субстанциальные определения права (и соответствующие дефиниции) подразумевают и все остальные, прямо не упомянутые.

Не следует забывать, что речь идет лишь о кратких дефинициях, а не о полном и всестороннем выражении понятия права, на что может претендовать лишь вся наука о праве и государстве.

Важно, что эти дефиниции выполняют свое основное назначение, включая в общее понятие позитивного права субстанциональные характеристики права и в его различении с законом, и в его совпадении с законом.

Приведенные дефиниции носят **общий характер и распространяются на все типы и системы позитивного права** (прошлые и современные, внутрисударственное и международное), правда, лишь в той мере и постольку, в какой и постольку последние соответствуют объективной природе и требованиям права и действительно позитивируют право, а не произвол. Поэтому данные дефиниции выступают также как **масштаб и критерий** для проверки и оценки правового качества различных практически действующих систем и типов позитивного права, для определения того, действительно ли в них речь идет о позитивации права или формы права и закона используются в антиправовых целях, для прикрытия произвола и насильственных установлений тирании, деспотизма и тоталитаризма.

Изложенная либертарная формально-юридическая концепция понятия права в **онтологическом плане** позволяет раскрыть те объективные сущностные свойства права, лишь наличие которых в законе (позитивном праве) позволяет характеризовать его как правовое явление, т.е. как явление, соответствующее сущности права, как внешнее проявление и осуществление правовой сущности.

В **аксиологическом плане** данная концепция раскрывает объективную природу и специфику ценностей права, которое как особая форма должностования, цель и ценностное начало определяет ценностно-правовое значение фактически данного закона (позитивного права) и государства.

В **теоретико-познавательном плане** эта концепция выступает как необходимая гносеологическая модель теоретического постижения и выражения знания и истины о законе (позитивном праве) в виде определенного понятия права, сущностью и принципом которого является формальное равенство.

Таким образом, данная концепция выражает процесс познавательного перехода от простого мнения о праве (как некой субъективной властной его данности в виде фактического закона) к истинному знанию — к знанию истины о праве, к понятию права, т.е. к теоретическому (понятийному) знанию об объективных (независящих от воли и произвола властей) свойствах, природе, сущности права и формах ее проявления.

В центре либертарного правопонимания стоят проблемы **связи права и закона**, понимания и трактовки объективных

свойств права как сущностных свойств закона и критерия правового качества закона, вопросы разработки понятия правового закона (и законного права, т.е. права, наделенного законной силой) и т.д. С позиций данного подхода **искомой истиной о праве и законе является объективное научное знание о природе, свойствах и характеристиках правового закона**, о предпосылках и условиях его утверждения в качестве действующего права.

Такой юридико-гносеологический подход позволяет выявить различие и соотношение **объективного по своей природе процесса формирования права и субъективного (властно-волевого) процесса формулирования закона** (актов позитивного права) и проанализировать позитивацию права как **творческий процесс нормативной конкретизации правового принципа формального равенства** применительно к конкретным сферам и отношениям правовой регуляции. И лишь в таком смысле уместно говорить **о законодательстве как о законотворчестве**, как о творческом выражении (в результате творческих усилий законодателя, учитывающего положения и выводы науки) начал и требований права в конкретных нормах общеобязательного закона (позитивного права).

Понимание закона (позитивного права) в качестве правового явления включает в себя и соответствующую трактовку **проблемы общеобязательности закона (позитивного права)**, его обеспеченности государственной защитой, возможности применения принудительных мер к правонарушителям и т.д. Такая **специфика санкций закона (позитивного права)**, согласно либертарно-юридической гносеологии, обусловлена **объективной природой права (его общезначимостью и т.д.)**, а не **волей (или произволом) законодателя**. А это означает, что подобная санкция (обеспеченность государственной защитой и т.д.) правомерна и юридически обоснована только в случае правового закона.

Необходимость того, чтобы объективная общезначимость права была признана, нормативно конкретизирована и защищена государством (т.е. дополнена его официально-властной общеобязательностью), выражает вместе с тем **необходимую связь права и государства. Государство**, по смыслу юридико-либертарного правопонимания, **выступает как правовой институт, как правовая организация публичной власти, необходимая для возведения общезначимого права в общеобязательный закон с надлежащей санкцией, для установления и защиты определенного правопорядка. Насилие**, согласно данной концепции, правомерно лишь в форме государственной **санкции узаконенного права (правового закона)**.

Сущностное и понятийное единство права и государства означает, что основные положения либертарно-юридического понимания и понятия права относятся также к пониманию и понятию государства. Из правового понимания государства следует, что правовой принцип формального равенства является одновременно и принципом государства, принципом его институционально-властной организации и функциональной деятельности.

По своей сущности государство как правовое явление и понятие — это **организационно-властная форма выражения, конкретизации и реализации принципа формального равенства**, его смысла и требований. Именно поэтому **право и государство являются необходимыми всеобщими формами** нормативного и институционально-властного **выражения свободы людей**¹. Эта свобода индивидов выражается прежде всего в том, что они выступают как формально равные лица — как субъекты права и субъекты государства.

С учетом сказанного можно дать следующее определение общего понятия государства: **государство — это правовая (т.е. основанная на принципе формального равенства) организация публичной (политической) власти свободных индивидов.**

Правовая сущность государства и представленное в нем правовое начало (принцип формального равенства свободных людей, признание их правосубъектности и государствовсубъектности) в том или ином виде проявляются во всех исторических типах и формах государства, во всех аспектах и направлениях организации и функционирования государственной власти. Степень развитости государства (его сущности, организационных форм, функциональных проявлений и т.д.) определяется в конечном счете мерой развитости воплощенного и реализованного в нем принципа формального равенства людей.

Социально-исторические этапы развития права и государства — это прогрессирующие ступени осуществления начал формального равенства, свободы и справедливости в человеческих отношениях.

2. Ценность права и государства

Отмеченное понятийное единство права и государства в рамках либертарно-юридической теории права и государства,

¹ Подробнее о возникновении и развитии форм и типов государственно-правовой организации свободы, их особенностях и т. д. см. раздел IV (гл. 2—3).

помимо рассмотренных онтологических и гносеологических аспектов их характеристики, определяет и соответствующий аксиологический подход к ним.

Согласно юридико-либертарной аксиологии, ценность действующего (позитивного) права и реально наличного государства определяется по единому основанию и критерию, а именно **с позиций правовых ценностей (права как ценности)**. Причем речь идет именно о правовых ценностях (в их формально-юридических значениях и определениях), а не о моральных, нравственных, религиозных и иных неправовых ценностях. Ведь только таким образом определенные правовые ценности — в силу абстрактной всеобщности права (принципа формального равенства, правовой формы отношений) — носят по определению всеобщий и общезначимый (и в этом смысле абсолютный, а не относительный) характер.

Право тем самым в своем аксиологическом измерении выступает не как носитель моральных (или смешанных морально-правовых) ценностей, что характерно для естественноправового подхода, а как строго определенная форма именно правовых ценностей, как **специфическая форма правового долженствования**, отличная от всех других (моральных, религиозных и т.д.) форм долженствования и ценностных форм.

Такое понимание ценностного смысла правовой формы долженствования принципиально отличается и от позитивистского подхода к данной проблеме. В противоположность позитивистскому обесценению права (в качестве приказа власти) в либертарной концепции права правовая форма как форма равенства, свободы и справедливости качественно определена и содержательна, но содержательна и определена в строго формально-правовом смысле, а не в смысле того или иного фактического содержания, как это характерно для естественноправового подхода. Поэтому такая качественно определенная в формально-правовом плане **форма права представляет собой форму долженствования не только в смысле общеобязательности, властной императивности и т.д., но и в смысле объективной ценностной общезначимости, в смысле ценностно-правового долженствования.**

Данная концепция правовой (формально-правовой) трактовки **фундаментальных ценностей человеческого бытия** (равенства, свободы, справедливости) в качестве основных моментов правовой формы долженствования четко очерчивает и фиксирует ценностный статус права (круг, состав, потенциал права как ценности, специфику права как ценностно-должного в об-

щей системе ценностей и форм долженствования и т.д.). С этих позиций правовых ценностей может и должно определяться ценностное значение всех феноменов в корреспондирующей и релевантной праву (праву как должному, как цели, как основанию требований, источнику правовых смыслов и значений) сфере сущего.

Эту сферу сущего, ценностно определяемого с позиций правового долженствования, составляют — в рамках либертарно-юридической аксиологии (с учетом специфики ее предмета, профиля и задач) — закон (позитивное право) и государство во всех их фактических проявлениях и измерениях, во всем их реальном существовании, а также юридически значимое фактическое поведение субъектов права.

В либертарной концепции речь, следовательно, идет об оценке (ценностном суждении и оценке) с позиций права правового смысла и значения закона (позитивного права) и наличного, эмпирически реального государства, об их правовом качестве, об их соответствии (или несоответствии) целям, требованиям, императивам права как ценностно-должного. **Право при этом выступает как ценность и цель для закона (позитивного права) и государства.** Это означает, что закон (позитивное право) и государство должны быть ориентированы на воплощение и осуществление требований права, поскольку именно в этом состоят их цель, смысл, значение. Закон (позитивное право) и государство ценны лишь как правовые явления. В этом ценностно-целевом определении и оценке закон (позитивное право) и государство значимы лишь постольку и настолько, поскольку и насколько они причастны праву, выражают и осуществляют цель права, ценны в правовом смысле, являются правовыми.

Таким образом, ценность закона (позитивного права) и государства, согласно развиваемой нами концепции либертарно-юридической аксиологии, состоит в их правовом значении и смысле. Цель и ценность права как должного в отношении закона (позитивного права) и государства можно сформулировать в виде следующего **ценностно-правового императива: закон (позитивное право) и государство должны быть правовыми.** Правовой закон и правовое государство — это, следовательно, правовые цели-ценности реального закона (позитивного права) и государства, а также всех форм юридически значимого фактического поведения людей.

Аксиологический смысл такого соотношения должного и сущего выражает идею **необходимости постоянного совершенствования** практически сложившихся и реально действующих

форм позитивного права и государства, которые как явления исторически развивающейся действительности разделяют ее достижения и недостатки и всегда далеки от идеального состояния. К тому же в процессе исторического развития обновляется, обогащается и конкретизируется сам смысл правового долженствования, весь комплекс правовых целей — ценностей — требований, которым должны соответствовать законы и государство.

Абсолютный характер цели и требования правового закона и правового государства не означает, конечно, будто сегодня эта цель (и требуемые ею правовой закон и правовое государство) по своему смысловому содержанию и ценностному объему та же, что и сто лет назад или будет сто лет спустя. Яркой иллюстрацией таких изменений является, например, весьма радикальное развитие и существенное обновление за последнее столетие представлений о правовом равенстве, свободе и справедливости, о правах и свободах человека, их месте и значении в иерархии правовых ценностей, их определяющей роли в процессе правовой оценки действующего законодательства, деятельности государства и т.д.

Важно, однако, и то, что при всех подобных изменениях и конкретизациях иерархии, объема и смысла правовых ценностей речь идет не об отрицании, отказе или отходе от правовой цели — ценности (от требования правового закона и правового государства), а о ее обновлении, углублении, обогащении, усложнении и конкретизации в контексте новых исторических реалий, новых потребностей, новых проблем и новых возможностей их разрешения.

3. Место и роль права и государства в социальной регуляции

Право и другие виды социальных норм (моральные, нравственные, корпоративные, эстетические, религиозные и др.) представляют собой те основные формы и средства, с помощью которых осуществляется регуляция поведения и общественных отношений людей. Они в концентрированном виде выражают объективную потребность любого общества в упорядочении действий и взаимоотношений его членов, в подчинении их поведения социально необходимым правилам. Тем самым социальные нормы выступают в качестве мощного фактора сознательного и целенаправленного воздействия социальной общности на образ, способ и формы жизнедеятельности людей.

Историческое развитие и смена различных типов и форм общественной жизни сопровождались существенными изменениями также и в системе социальной регуляции. Отмирали одни и возникали другие виды социальных норм, изменялись соотношение, взаимосвязи и формы взаимодействия социальных норм (моральных, религиозных, правовых, политических, эстетических и т.д.), их реальное содержание, место, роль и значение в системе социальных регуляторов, механизмы их функционирования, способы и средства их защиты и т.д.

Важную роль в системе социальной регуляции со времени его появления стало играть **право**. При всей своей относительной самостоятельности право, как и другие виды социальных норм, осуществляет свои специфические регулятивные функции не изолированно и обособленно, а в едином комплексе и тесном взаимодействии с другими социальными регуляторами.

Выявление специфики различных социальных норм является вместе с тем необходимой предпосылкой для уяснения смысла, содержания и характера соотношения правовых и неправовых норм в рамках выполняемых ими функций социальной регуляции, объективных оснований и критериев известного “разделения труда” и “сфер влияния” между ними и т.д. **Системная целостность всех видов социальных норм**, в своей совокупности обеспечивающих надлежащую регуляцию человеческих отношений и нормальную жизнедеятельность общества, — это определенный синтез их своеобразия, их общих свойств и возможностей. Поэтому поиски оптимальных вариантов сочетания правовых форм воздействия с регулятивными возможностями других социальных норм являются одной из центральных задач всей социальной политики.

В процессе взаимодействия и взаимовлияния различных видов социальных норм (правовых, этических, эстетических, религиозных и т.д.) каждый из них, сохраняя свою специфику, выступает в качестве регулятора особого рода. Наряду с **общими чертами** социальные регуляторы имеют и свои **специфические особенности**, отражающие принципиальное отличие одного вида социальных норм от других. Без таких особенностей нельзя было бы вообще говорить о различных видах социальных норм и способах регуляции.

Так, отличительная особенность всякой **религии** состоит в вере в бога как сверхъестественное существо. Эта особенность религии как формы общественного сознания определяет специфику религиозных норм и их своеобразие в качестве социального регулятора. Отсюда и такие характеристики религиозных

предписаний и запретов, как их божественное происхождение (их данность непосредственно богом или пророками, служителями культа и т.д.), религиозные средства их защиты (посредством сверхъестественных наград и наказаний, религиозно-церковных кар и т.п.).

Видовое отличие **эстетических норм** заключается в том, что они выражают правила (критерии, оценки) красоты и прекрасного (в их противопоставлении безобразному).

Сложившиеся в данной культуре формы, типы и образы прекрасного и безобразного (по преимуществу — в области искусства, но также и в сфере быта и труда, в религии, идеологии, политике, морали, праве и т.д.), приобретая нормативное значение (в качестве положительного и возвышенного или, наоборот, негативного и низменного образца и примера), оказывают существенное воспитательное и регулятивное воздействие на чувства, вкусы, представления, поступки и взаимоотношения людей, на весь строй и образ их личной и публичной жизни. Эстетически одобренные вкусы, ценности, идеалы, формы и примеры (во всех сферах общественной жизни, включая и правовую) образуют в рамках сложившейся культуры то “поле прекрасного”, которое в качестве притягательного образца и масштаба оказывает воздействие также и на формы бытия и реализации иных социальных норм, на способы функционирования других видов соционормативной регуляции.

Отличительная особенность **морали** состоит в том, что она выражает автономную позицию индивидов, их свободное и самосознательное решение того, что есть добро и зло, долг и совесть в человеческих поступках, взаимоотношениях и делах. Принцип морали — принцип автономной саморегуляции индивидом своих отношений к себе и к другим, к миру, своего поведения (внутреннего и внешнего).

В этических явлениях присутствуют два момента: 1) личностный момент (автономия индивида и самосознательная мотивация им правил морального поведения и моральных оценок); 2) объективный, внеличностный момент (сложившиеся в данной культуре, социальной группе, общности нравственные воззрения, ценности, нравы, формы и нормы человеческих отношений). Первый из отмеченных моментов относится к характеристике **морали**, второй — **нравственности**. Когда говорят о морали социальных групп, общностей и общества в целом, речь, по существу, идет о нравственности (о групповых и общесоциальных нравах, ценностях, воззрениях, отношениях, нормах и установлениях).

В сфере этических отношений мораль выступает в качестве саморегулятора поведения индивида, его осознанного, автономно мотивированного способа участия в социальной жизни и общественных отношениях. Нравственные нормы выступают в качестве внешних регуляторов поведения. Там, где индивид принял, усвоил и превратил в свою внутреннюю установку коллективные нравственные представления, ценности, нормы и руководствуется ими в своем поведении, имеет место сочетание и согласованное действие обоих регуляторов — морального и нравственного.

Особым видом социальных норм являются **корпоративные нормы**, т.е. нормы, принимаемые общественными объединениями и корпорациями. Они регулируют отношения между их членами или участниками (если речь идет о корпорациях и общественных объединениях, которые состоят из участников и не имеют членства).

Закрепленные в уставе и иных документах общественно-общественного объединения (политической партии, профсоюза, органа общественной самодеятельности и др.) нормы (о порядке формирования и полномочиях руководящих органов, порядке внесения изменений и дополнений в устав, о правах и обязанностях членов и участников объединения и т.д.) распространяются лишь на членов и участников данного общественного объединения и обязательны только для них. Нарушение этих корпоративных норм влечет применение соответствующих санкций, предусмотренных уставом организации (от предупреждения, выговора до исключения из организации).

Корпоративные нормы (по своему регулятивному значению, сфере действия, кругу адресатов и т.д.) — это **групповые нормы внутриорганизационного характера**. У них нет всеобщности и общезначимости права и общеобязательности закона. По своей сути корпоративные нормы — это не продукт правотворчества самих общественных объединений, а лишь **форма и способ использования и реализации конституционных прав граждан на объединение**, причем создание и деятельность общественных объединений, включая их нормотворчество, должны осуществляться на основе и в рамках закона, в соответствии со всеобщими требованиями права и правовой формы общественных отношений (соблюдение принципа правового равенства, добровольности, взаимосвязи прав и обязанностей и т.д.).

Показательно в этой связи, что, согласно Федеральному закону Российской Федерации «Об общественных объединениях» (принят Государственной Думой 14 апреля 1995 г.), члены

и участники общественных объединений — физические и юридические лица — имеют равные права и несут равные обязанности. Нарушение общественным объединением этих и целого ряда иных требований закона может повлечь за собой (по решению суда) приостановление его деятельности и даже его ликвидацию.

Все эти **социальные регуляторы (право, мораль, нравственность, религия и т.д.) нормативны, и все социальные нормы имеют свои специфические санкции**. Причем специфика этих санкций обусловлена объективной природой и особенностями этих различных по своей сути видов социальных норм, разных типов (и форм) социальной регуляции.

Таким образом, не особенности санкций исходно определяют различие социальных норм (права, морали, религии и т.д.), как трактуют данную проблему легисты, а наоборот, **объективные по своей природе сущностные различия разных видов социальных норм, их специфические свойства обуславливают и особенности санкций за их нарушение**.

В специфике санкции, присущей определенному виду социальных норм, проявляется момент **сущностного и понятийного единства данного вида социальных норм и соответствующего вида социальной власти**, устанавливающей, санкционирующей и защищающей данный вид норм.

Любая социальная власть (моральная, религиозная, государственная и т.д.) — это **определенный нормативный порядок** организации силы (психической или физической) и применения соответствующего принуждения для управления общественными отношениями в данной социальной общности (группе, объединении, обществе и т.д.). Особенности такого нормативного порядка определяются спецификой соответствующих социальных норм (моральных, религиозных, правовых и т.д.).

Формами такого социально-властного принуждения к соблюдению соответствующих социальных норм и наказания за их нарушения и являются санкции этих норм. Причем каждому виду норм присущи свои специфические санкции: моральным нормам — моральные санкции (моральное осуждение аморального поведения и т.д.), религиозным нормам — различные виды религиозного наказания (от внушения до отлучения от церкви и т.д.), правовым нормам — государственные (государственно-правовые) санкции и т.д.

Специфика права, его объективная природа и вместе с тем его отличие от других видов социальных норм и типов социальной регуляции представлены в принципе формально-

го равенства. С позиций такого юридического подхода именно объективная специфика права как всеобщей и необходимой формы равенства, свободы и справедливости определяет своеобразие санкции закона (его общеобязательность, государственно-властную принудительность и т.д.), а не официально-властная принудительность обуславливает и порождает эту специфику права, его отличительные сущностные свойства и характеристики. Вместе с тем именно **правовая природа государства определяет суверенный характер государственной власти** в соотношении с другими видами социальной власти.

Либертарно-юридическая теория различения права и закона (позитивного права) направлена как против легизма (юридического позитивизма), так и против смешения права с моралью, нравственностью и другими видами неправовых социальных норм. Здесь еще раз следует напомнить, что **формальное равенство, свобода и справедливость — это, согласно либертарно-юридической теории, объективные, сущностные свойства именно права, а не морали, нравственности, религии и т.д.** Это особенно важно подчеркнуть потому, что как легизм, так и юснатурализм и разного рода иные моральные (нравственные, религиозные и т.д.) учения о праве игнорируют правовую природу названных сущностных свойств права, например, считают требования справедливости, свободы, равенства моральными, нравственными, религиозными требованиями.

Именно в русле такого подхода легисты сводят право к закону и трактуют властную принудительность как сущность права и его отличительную особенность. По такой логике получается, что посредством принуждения (принудительной санкции) официальная власть может неправо (и вообще все неправовые социальные нормы) по своему усмотрению и произволу превратить в право.

Прошлые и современные приверженцы легистско-позитивистского подхода, отождествляя право и закон, сводят проблему социального смысла и роли права к вопросу о принудительно-регулятивном значении норм законодательства. Праву при этом придается узкое технико-инструментальное значение: оно выступает лишь как официальное карательное орудие и силовое средство в руках власти для осуществления социального управления, регламентации и контроля. Причем выбор тех или иных форм и направлений правовой регуляции оказывается, согласно такому подходу, результатом произвольного решения государственной власти, а соотношение и взаимодействие различных социальных норм — волюнтарист-

ски манипулируемой технологией, приноровленной к целям той или иной концепции социальной инженерии.

Такой односторонний инструментально-технический взгляд на право, игнорируя его объективную социальную природу, сущность и функции, закрывает путь к выяснению действительного места и роли права в соционормативной системе, его подлинной специфики и социальной ценности, его объективно обусловленных и общественно необходимых связей с другими социальными нормами и т.д.

Субъективистская манипуляция арсеналом социальных норм, сопровождаемая искусственной поддержкой и активизацией одних регуляторов и произвольным подавлением или вытеснением других, может в лучшем случае привести лишь к кратковременному удовлетворению тех или иных социорегулятивных потребностей и целей. Но по существу и в более или менее долгосрочной перспективе подобное субъективно-волевое оперирование социальными нормами (ставка на регулятивно “сильные”, силовые нормы, игнорирование социальной ценности, объективных границ и специфики различных видов норм, подмена регуляторов и перекладывание регулятивных функций одних норм на другие и т.д.) неизбежно приводит к их деградации и атрофии, к девальвации выражаемых в них ценностей и регулятивных возможностей, к нарушению и бездействию системных связей и разрушению целостности различных видов социальных норм общества, к развалу единого механизма социальной регуляции и постепенному распаду всего соционормативного порядка.

Лишь с учетом объективной природы и своеобразия различных видов социальных норм, их специфических свойств и качеств возможно эффективное воздействие на процесс социальной регуляции. Отсюда очевидно первостепенное значение проблемы специфики права (в соотношении с другими видами социальных норм) для конкретизации представлений о его действительном месте в соционормативной системе и его подлинной роли как регулятора особого вида.

При характеристике **взаимодействия права с другими социальными нормами** необходимо учитывать, что формальное равенство, будучи принципом права, имеет важное значение с точки зрения всех иных (неправовых) видов социальных норм, всех других типов социальной регуляции, но (и в этом суть дела!) не в качестве их собственного принципа.

Различные виды социальных норм (право, мораль, религия и т.д.) обладают собственным специфическим принципом, выражающим их природу, специфику, сущность и понятие. Так

что соотношение (связь, взаимодействие, противодействие, борьба и т.д.) различных видов социальных норм, различных социальных регуляторов — это соотношение разных принципов.

Мораль, нравственность, религия, эстетика и т.д. в их взаимодействии с принципом равенства (в том или ином его проявлении и значении) по существу имеют дело с правовым началом и принципом. При этом можно выделить **два взаимосвязанных аспекта такого взаимодействия**: 1) соответствующее моральное, религиозное, эстетическое и т.п. отношение (понимание, восприятие, оценка, притязание, применение) к данному правовому принципу и 2) признание и выражение в праве данного отношения-притязания (морального, религиозного и т.д.) с учетом специфических особенностей и требований самого принципа правового равенства (формально всеобщая равная мера, свобода, справедливость).

В первом аспекте мы имеем дело с моральными, религиозными и т.п. формами осознания права (и правового равенства) и соответствующими притязаниями на их правовое признание. Здесь коренятся истоки различных прошлых и современных представлений и концепций так называемого морального права, нравственного права, религиозного права и т.д.

Во втором аспекте речь идет о правовой форме осознания и выражения этих видов правопритязаний; сюда относятся многообразные, исторически изменявшиеся направления, формы и способы правового признания и закрепления (и, следовательно, вовлечения в сферу действия принципа правового равенства) прав и свобод людей в области морали, религии, эстетики и т.д.

Характер и формы распространения принципа правового равенства на эти области духовной жизни, способы правовой защиты соответствующих запросов и интересов людей и условий для их надлежащего удовлетворения относятся к числу существенных характеристик исторически достигнутой ступени прогресса права и свободы, развития форм общественного сознания и видов социальной регуляции.

Утверждение принципа господства права предполагает **законодательное признание, закрепление и защиту всех юридически значимых аспектов свободы человека как духовной личности, как свободного, независимого и автономного субъекта во всех сферах общественной жизни (правовой, моральной, нравственной, эстетической, религиозной и т.д.)**.

Соответствующие современные требования в этом плане

нашли свое надлежащее выражение в **Конституции Российской Федерации** (ст. 2, 28, 29 и др.), согласно которой человек, его права и свободы являются высшей ценностью и каждому гарантируется свобода совести, свобода вероисповедания, свобода мысли и слова, свобода массовой информации, право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. При этом никто не может быть принужден к выражению своих мнений и убеждений или отказу от них.

Весьма существенными в плане конституционно-правового закрепления моральной, нравственной, религиозной и в целом духовной свободы и автономии личности являются также положения Конституции (ст. 21—25) о защите государством достоинства личности, о праве каждого на свободу и личную неприкосновенность, на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, право на тайну переписки и иных форм сообщений, на неприкосновенность жилища и т.д. В этом ряду следует отметить и такое важное в моральном и нравственном отношении положение Конституции (ст. 51), как признание за каждым права “не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников”.

Очевидно, что такое правовое (посредством Конституции и текущего законодательства) признание, закрепление и защита свободы личности в соответствующих областях общественной жизни (в сфере морали, нравственности, религии и т.д.) является необходимым условием нормального бытия и функционирования не только всех этих неправовых социальных норм и регуляторов, но и самого права в общей системе социальных норм и социальной регуляции данного общества.

Юридический подход к проблеме соотношения и взаимодействия права с другими видами социальных норм — с учетом правовых притязаний морали, нравственности, религии и т.д. и адекватного (соответствующего специфике права и смыслу принципа правового равенства) правового типа, способа и формы удовлетворения этих притязаний (в меру их правомерности) — обеспечивает **определенную системную взаимосогласованность и единство различных социальных регуляторов по правовому критерию, с точки зрения принципа свободного действия всех этих регуляторов (и видов социальных норм) по единому, всеобщему и общезначимому правовому основанию**.

В условиях развитости, самостоятельности и дифферен-

цированности друг от друга различных видов социальных норм (морали, нравственности, религии и т.д.) именно правовой принцип согласования их совместного бытия и действия способен придать этому разнообразию социальных норм (и регуляторов) определенное системное единство. В историческом плане **определяющее значение права во всей соционормативной системе** соответствует такой эпохе (а именно — буржуазной) социального и духовного развития, когда правовое сознание (**юридическое мировоззрение**) начинает играть ведущую роль в системе форм общественного сознания, как ранее такую роль играли **мифология** (в эпоху становления соционормативной регуляции), потом **религия** (в древности и средние века), а затем в Новое время — **мораль и политика**.

Эта историческая смена ведущей роли разных форм общественного сознания и соответственно различных видов социальных норм (и регуляторов) нашла свое преломление также в процессе прогресса представлений о праве и развития концепции юридического правопонимания — от мифологических, религиозных, моральных, нравственных, политических трактовок естественного и искусственного (позитивного) права до более развитых в теоретико-юридическом смысле концепций различения и соотношения права и закона.

Очевидные недостатки разного рода теологических, моральных, нравственных и т.п. трактовок права состоят в смешении различных видов социальных норм (и регуляторов), в игнорировании специфики права, в **теологизации и этизации учения о праве и государстве**, в подмене права религиозными или этическими феноменами, в предъявлении действующему праву (закону) и государству неадекватных (неправовых) требований и т.д.

Особо широко распространенными продолжают оставаться ошибочные представления о том, будто право должно быть моральным, нравственным (в подобных этических требованиях к праву мораль и право, как правило, отождествляются). Но подобное требование, если оно выходит за рамки рассмотренного нами правового способа удовлетворения правомерных правоприязаний морали (или нравственности), означает по сути дела, что право должно быть не правом, а моралью, что содержание закона (позитивного права) должно быть не правовым, а моральным.

Такое *моральное правопонимание* неизбежно деформирует существо не только права, но и морали, поскольку **морализация права неизбежно сопровождается юридизацией мо-**

рали. И в том, и в другом случаях праву и морали приписывается произвольное содержание и значение.

В разного рода моральных (нравственных) учениях о праве и государстве различение права и закона (позитивного права) подменяется различением морали и закона. И моральный подход к праву в лучшем случае ведет через его моральную трактовку и оценку к моральному обоснованию и оправданию морально “правильного” права, т.е. **морального закона (позитивного права) и морального государства**.

Между тем ясно, что искомой истиной и целью теоретически развитого юридического подхода являются именно **правовой закон и правовое государство**, достижение которых требует уяснения и учета специфики права в системе социальных норм и специфики государственной власти в ее соотношении с другими видами социальной власти.

Раздел III. Формирование и развитие теории права и государства

Глава 1. Основные этапы и направления развития юридической теории

Истоки правовых представлений тянутся к ранним мифологическим и религиозным воззрениям на земные порядки, формы устройства общественной и государственной жизни людей, способы и правила человеческих взаимоотношений и т.д.

Согласно подобным взглядам, земные порядки (власть в человеческом сообществе, общеобязательные правила и установления, дозволения и запреты и т.д.) восходят к некоему сверхчеловеческому (божественному) источнику и авторитету и являются (должны быть) земным воплощением определенного божественного (естественно-божественного, естественного) порядка справедливости.

Символическое выражение смысла такой всеобщей и безусловной “правды-справедливости” дано в образе богини справедливости (Ма-ат — у древних египтян, Фемида — у древних греков) с весами правосудия (справедливости). И сегодня, спустя тысячелетия, с позиций современных юридических знаний можно сказать, что это древнее образное выражение представлений о безусловной, всеобщей и равной для всех справедливости наглядно, доходчиво и верно выражает суть всякого права как всеобщего принципа, масштаба и меры формального равенства. И именно поэтому оно стало и продолжает оставаться высоким и прекрасным символом права и правопорядка, символом всей юридической деятельности и юридической профессии.

Эти древние представления о божественной справедливости как основе, смысле и цели человеческих порядков нашли свое выражение в таких понятиях, как “рта” (рита) — в древнеиндийской Ригведе (священных гимнах индоариев), “ма-ат” — в Древнем Египте, “дао” — в Древнем Китае, “дике” — в Древней Греции и т.д. Последние по-своему выражали тот же смысл, который в дальнейшем (в более рационализированной форме) стали выражать с помощью понятия естественного права.

1. Древняя Греция

Процесс становления и углубления теоретических представлений о праве в Древней Греции развивался в целом в русле поисков объективных основ полиса и его законов. Речь шла об объективных безусловных первоосновах закона и государства, т.е., по сути дела, об идее естественного права.

Так, уже Пифагор (VI в. до н.э.) и пифагорейцы, говоря о справедливом законе и справедливом полисе, трактовали справедливость как воздаяние равным за равное и начали исследовать понятие “равенство”, столь существенное для понимания специфики права как регулятора социальных и политических отношений.

Гераклит (VI — V вв. до н.э.) рассматривал полис и его законы как отражение космического порядка. Знание о справедливости, законе и т.д. — это, по Гераклиту, часть знания о мире вообще, о космосе как “упорядоченной вселенной”, “мировом порядке” (В 90)¹. Обусловленность судеб космоса изменяющейся мерой огня — это и есть, по Гераклиту, всеобщая закономерность, тот вечный логос, который лежит в основе всех событий мира. Справедливость состоит в том, чтобы следовать всеобщему божественному логосу.

Полис и его закон — это, по Гераклиту, нечто общее, одинаково божественное и разумное по их истокам и смыслу. “Ведь все человеческие законы питаются единым божественным, который простирает свою власть, насколько желает, всему довлеет и над всем одерживает верх” (В 114). Божественный (разумный, космический) закон как источник человеческих законов — то же самое, что в других случаях обозначается как логос, разум, природа². Этот божественный закон, согласно концепции Гераклита, дает разумный масштаб и меру человеческим явлениям, делам и отношениям, в том числе и человеческим законам. Без такого божественного, космически-огненного масштаба у людей, по Гераклиту, не было

¹ Фрагменты Гераклита приводятся по кн.: Материалисты Древней Греции. М., 1955. С. 39—52.

² Эрнст Кассирер отмечал, что “дике” означает “порядок права”, но для Гераклита “дике” вместе с тем означает “порядок природы”, поскольку и право, и природа подчиняются одному и тому же всеобщему праву: бытие через логос и через дике утверждает (велит) нечто универсальное, возвышающееся над всяким своеобразием и любой особенностью индивидуальных представлений и иллюзий. Право тем самым выступает как установление разума, а логос и дике подлежат признанию как “всеобщее и божественное” (Cassirer E. Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung. Göteborg, 1941. S. 10, 21).

бы и самого представления о справедливости. “Имени Правды они бы не знали, если бы этого не было” (В 23).

С учетом последующей эволюции теоретико-правовой мысли можно сказать, что к гераклитовской концепции восходят все те естественноправовые доктрины античности и нового времени, которые под **естественным правом понимают некое разумное начало (норму всеобщего разума), подлежащее выражению в позитивном законе.**

Существенная для естественноправовой теории характеристика закона и государства как чего-то искусственного, вторичного и обусловленного неким естественным началом (естественным развитием человеческого общества) встречается в развернутом виде уже у **Демокрита** (ок. V—IV вв. до н.э.)¹. Соотношение естественного и искусственного — это соотношение того, что **существует “по правде”** (т.е. по природе, в истинной действительности), и того, что существует лишь **согласно “общему мнению”**. Соответствие природе Демокрит расценивал как критерий справедливости в этике, политике, законодательстве. “То, что считается справедливым, — утверждал он, — не есть справедливое: несправедливо же то, что противно природе”². Это по сути своей естественноправовое положение Демокрита скептически и критически направлено не вообще против справедливости, но лишь против неистинных представлений о справедливости, против того, что “считается” справедливым со стороны “темного” познания и непросвещенного “общего мнения”.

Критикуя законы, соответствующие “общему мнению” и расходящиеся с требованиями природной правды, Демокрит писал: “Предписания законов искусственны. По природе же существуют атомы и пустота”³. В этом же контексте противопоставления естественного и искусственного он считал, что “законы — дурное изобретение”, поэтому “мудрец не должен повиноваться законам, а должен жить свободно”⁴. Вместе с тем он признавал необходимость законов для жизни. “Приличие, — утверждал он, — требует подчинения закону, власти и умственному превосходству”⁵.

В русле различения естественного и искусственного **ряд софистов (V—IV вв. до н.э.) уже четко противопоставляют ис-**

кусственному закону полиса право по природе как разумное начало.

Так, софист **Горгий**, высоко оценивая достижения человеческой культуры, к их числу относил и “писанные законы, этих стражей справедливости”¹. Писанный закон — искусное человеческое изобретение, т.е. нечто искусственное в отличие от неписаной “справедливости”, которую Горгий характеризовал как “сущность дел”, “божественный и всеобщий закон”².

Противопоставляя природу (фюсис) и закон (номос), другой софист, **Гипсий**, говорил: “Люди, собравшиеся здесь! Я считаю, что вы все тут родственники, свойственники и сограждане — по природе, а не по закону: ведь подобное родственно подобному по природе, закон же, властвуя над людьми, принуждает ко многому, что противно природе” (*Платон*, Протагор, 337).

При этом Гипсий критически отмечал условность, изменчивость, текучий и временный характер полисных законов, их зависимость от усмотрения сменяющихся друг друга законодателей. Все это, по его мнению, показывает, что принимаемые людьми законы — нечто несерьезное и лишнее необходимости. “Кто станет думать о законах и о подчинении им, как о деле серьезном, — говорит он, — когда нередко сами законодатели не одобряют их и переменяют?” (*Ксенофонт*, Воспоминания о Сократе, IV, IV, 14). В отличие от полисных законов неписанные законы природы “одинаково исполняются в каждой стране” (*Ксенофонт*, Воспоминания о Сократе, IV, IV, 19).

Положение о равенстве всех людей по природе обосновывал софист **Антифонт**. При этом он ссылаясь на то, что у всех людей — эллинов и варваров, благородных и простых — одни и те же естественные потребности. Неравенство же людей проистекает из человеческих законов, а не из природы. “По природе, — говорил Антифонт, — мы все во всех отношениях равны, притом (одинаково) и варвары, и эллины. (Здесь) уместно обратить внимание на то, что у всех людей нужды от природы одинаковы”³. С этих позиций он отмечал, что “многие (предписания, признаваемые) справедливыми по закону, враждебны природе (человека)”⁴. Даже полезные установления закона — суть оковы для человеческой природы, веления же природы приносят человеку свободу. Обосновывал он это так:

¹ Русский перевод сохранившихся фрагментов Демокрита см.: *Лурье С.Я.* Демокрит. Л., 1970. С. 187—382; *Материалисты Древней Греции.* М., 1955. С. 53—178.

² *Материалисты Древней Греции.* С. 152.

³ *Лурье С.Я.* Указ. соч. С. 373.

⁴ Там же. С. 371.

⁵ Там же. С. 168.

¹ См.: *Маковельский А.* Софисты. Вып. 1. Баку, 1940. С. 43.

² Там же. С. 34.

³ *Антология мировой философии.* М., 1969. Т. 1. Ч. 1. С. 321.

⁴ Там же.

“Ибо предписания законов произвольны (искусственны), (веле-ния же) природы необходимы. И (сверх того), предписания за-конов суть результат соглашения (договора людей), а не воз-никшие сами собой (порождения природы); веления же приро-ды суть самовозникшие (врожденные начала), а не продукт со-глашения (людей между собой)”¹.

Аристократическую концепцию естественного права разви-вал софист **Калликл**. Критикуя полисные законы, он говорил: “По-моему, законы как раз и устанавливают слабильные, а их большинство. Ради себя и собственной выгоды устанавливают они законы, рсточая и похвалы, и порицания” (*Платон*, Гор-гий, 483 с). Те, кто составляет большинство, только по своей ничтожности довольствуются долей, равной для всех. Отвергая принцип равенства, он утверждал, что по природе справедли-во то, что лучший выше худшего и сильный выше слабого. Повсюду (среди животных, людей, государств и народов) при-родный признак справедливости, по его мнению, таков: силь-ный повелевает слабым и стоит выше слабого.

Как результат договора людей между собой трактовал го-сударство и законы софист **Ликофрон**: “Да и закон в таком случае оказывается простым договором или, как говорил со-фист Ликофрон, просто гарантией личных прав, сделать же граждан добрыми и справедливыми он не в силах” (*Аристо-тель*, Политика, III, 5, 11, 1280а, 33). Судя по всему, “лич-ные права” человека Ликофрон считал тем естественным пра-вом (правом по природе), для гарантирования которого, по его договорной теории, и было заключено людьми соглашение о создании полисной общности.

Идею естественноправового равенства и свободы всех лю-дей (включая и рабов) обосновывал софист **Алкидам**. Ему при-писываются следующие знаменательные слова: “Божество создало всех свободными, а природа никого не сотворила ра-бом”².

Начало понятийно-теоретического исследования (с помо-щью логических дефиниций и общих понятий) объективной разумной природы официальных полисных установлений, спра-ведливости и законности связано с именем **Сократа** (469—399 гг. до н.э.)³. В основе его теоретического подхода к нравственной, политической и правовой проблематике в целом лежит рацио-

налистическое представление об определяющем, **императив-но-регулятивном значении знания**. Как и добродетель в целом, **политическая добродетель**, куда Сократ включал и представле-ния о нравственной природе закона, — **это знание**. “Он ут-верждал, — пишет о Сократе *Ксенофонт* (Воспоминания о Сократе, III, IX, 5), — что справедливость и всякая другая добродетель состоит в знании, и что справедливое и все то, что совершается посредством добродетели, есть нравственно-прекрасное; что, таким образом, знающие нравственно-пре-красное не предпочтут ему ничего иного, а незнающие не произведут его; если же захотят произвести, то впадут в ошибки. Если же справедливое и все нравственно-прекрасное совершается посредством добродетели, то, очевидно, справед-ливость и всякая другая добродетель есть знание”.

Как неписанные божественные законы, так и писанные че-ловеческие законы имеют в виду, согласно Сократу, одну и ту же справедливость, которая не просто является критерием за-конности, но, по существу, тождественна с ней. Когда софист Гиппий настойчиво спрашивает у Сократа, каково же его учение о справедливости, Сократ говорит ему: “Я лично того мнения, что нежелание несправедливости служит достаточным доказательством справедливости. Но если ты этим не доволь-ствуешься, то, вот, не нравится ли тебе следующее: я утвер-ждаю, что то, что законно, то и справедливо” (*Ксенофонт*, Воспоминания о Сократе, IV, IV, 12).

Рационалистические положения Сократа о справедливости, праве и законе были развиты его учеником **Платоном** (427—347 гг. до н.э.)¹. Идеальное государство и разумные, справедливые законы трактуются Платоном как реализация идей и максима-льно возможное воплощение мира идей в земной, политической и правовой жизни. Справедливость состоит в том, чтобы каждое начало (каждое сословие и каждый член государства) занима-лось своим делом и не вмешивалось в чужие дела. Кроме того, справедливость требует, по Платону, соответствующей иерар-хической соподчиненности этих начал во имя целого. Так, харак-теризуя справедливость в идеальном государстве, Платон писал: “заниматься каждому своим делом это, пожалуй, и будет спра-ведливостью”; “справедливость состоит в том, чтобы каждый имел свое и исполнял тоже свое” (Государство, 433b, e). **Спра-ведливость** состоит также в том, “чтобы никто не захватывал чужого и не лишался своего” (Государство, 433e).

¹ Антология мировой философии. М., 1969. Т. 1. Ч. 1. С. 320.

² Цит по: *Аристотель*. Политика. М., 1911. С. 408.

³ См. подробнее: *Нерсесянц В.С.* Сократ. М., 1977 (новое издание — М., 1996).

¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Платон. М., 1984.

Эти определения справедливости (*dikaioσύνη*) относятся им и к праву (*dikaion*), раскрывая тем самым платоновское понимание **естественного права**¹ в его различии с **полисным законом**. Однако это различие естественного права и закона Платон, как и Сократ, трактует не в плане их противопоставления и разрыва, а для раскрытия объективных (в конечном счете божественных, разумных, идеальных) корней полисных законов.

Справедливость, согласно Платону, предполагает “надлежащую меру”, определенное равенство. При этом он (со ссылкой на Сократа) различает два вида равенства: “**геометрическое равенство**” (равенство по достоинству и добродетелям) и “**арифметическое равенство**” (“равенство меры, веса и числа”). Пояняя смысл такого различия, Платон замечает, что “для неравных равное стало бы неравным, если бы не соблюдалась надлежащая мера” (Законы, 757а). “Геометрическое равенство” — это “самое истинное и наилучшее равенство”: “большему оно уделяет больше, меньшему — меньше, каждому даря то, что соразмерно его природе” (Законы, 757b, c).

Эти положения в дальнейшем были восприняты и развиты в учении **Аристотеля** (384—322 гг. до н.э.) о двух видах справедливости — справедливости уравнивающей и справедливости распределяющей.

В своей этике, а также в учении о политике и праве Аристотель трактует справедливость как некоторую равномерность и различает справедливость распределяющую и справедливость уравнивающую. Эти понятия выражают содержание естественно-правовых воззрений Аристотеля.

Распределяющая справедливость — это проявление справедливости при распределении всего того (власти, почести, выплаты и т.п.), что может быть разделено между членами общества. **Уравнивающая справедливость** действует в сфере обмена и “проявляется в уравнивании того, что составляет предмет обмена” (Этика, V, § 5). Этот вид справедливости

¹ Известный немецкий исследователь естественно-правовых концепций **Г. Райнер**, характеризующий принцип “каждому — свое” в качестве основного положения естественного права, подчеркивает связь этого принципа с платоновским определением права, согласно которому “каждый имеет свое”. Соответствующие суждения Платона (Государство, 433e) о справедливости и праве в переводе Г. Райнера с учетом терминологии оригинала звучат так: “Право (*dikaion*) и справедливость (*dikaioσύνη*) состоят в том, что каждый имеет и делает свое, так чтобы никто не имел чужого и не лишился своего” (Reiner H. Die Hauptgrundlagen der fundamentalsten Normen des Naturrechts. Basel, 1976. S. 2).

применяется в области гражданско-правовых сделок, возмещение вреда, преступления и наказания.

Принципом распределяющей справедливости, по Аристотелю, является деление соответствующих общих для всех граждан благ по достоинству, т.е. пропорционально вкладу или взносу в общее дело того или иного гражданина. Тем самым распределяющая справедливость интерпретируется им (не без влияния пифагорейских представлений о числовых характеристиках справедливости и других добродетелей) как геометрическая пропорция, как равенство в геометрической пропорции. В уравнивающей же справедливости имеется в виду равенство арифметической пропорции.

Трактуя **право как политическую справедливость**, Аристотель пишет: “Не должно ускользнуть от нашего внимания то обстоятельство, что искомое нами понятие состоит как в справедливости вообще, так и в политической справедливости (праве). Последнее же имеет место между людьми, принадлежащими к одному обществу, и имеет целью самоудовлетворенность их, притом между людьми свободными и равными, равными в смысле или пропорциональности, или числа вообще. Люди, не находящиеся в подобных отношениях, не могут и иметь относительно друг друга политической справедливости (прав), но имеют некоторого рода справедливость, названную так по сходству с предшествующим видом. Те люди имеют права, для которых существует закон, определяющий их отношения; закон же предполагает преступление, суд — распределение правды и неправды” (Этика, V, § 10).

Политическое право Аристотель делит на **естественное право** и **волеустановленное (т.е. позитивное) право**. “Что касается политического права, — пишет Аристотель (Этика, V, § 10), — то оно частью естественное, частью условное. Естественное право — то, которое везде имеет одинаковое значение и не зависит от признания или непризнания его. Условное право то, которое первоначально могло быть без существенного различия таким или иным, но раз оно определено (это безразличие прекращается), и есть разница, выкупить ли пленника за одну мину, и принести ли в жертву одну козу, а не двух баранов. Сюда же относятся законоположения, даваемые для отдельных единичных случаев, например, касательно жертвоприношения Бразиду, законоположения, получающие силу путем голосования”.

Аристотель отмечает, что, хотя вся область права изменчива, однако понятия о справедливости и праве изменчивы только в известной степени. “Ясно, — пишет он (Этика, V,

§ 10), — что из явлений, могущих быть и иными, должно отнести к области естественного права, и что должно отнести не к области естественного права, а установленного законом и всеобщим соглашением¹.

Необходимым критерием политического характера закона является его соответствие политической справедливости и праву. “Всякий закон, — пишет он (Политика, I, 2, 18, 1225а, 19), — в основе предполагает своего рода право”. Без этого закон (волеустановленное право) вырождается в средство деспотизма. “Не может быть делом закона, — подчеркивает Аристотель (Политика, VII, 2, 4, 1324в, 11), — властвование не только по праву, но и вопреки праву; стремление же к насильственному подчинению, конечно, противоречит идее права”.

Идеи древнегреческих мыслителей были восприняты и развиты дальше в новом контексте римской юридической мысли и юридической науки.

2. Древний Рим

Юриспруденция как самостоятельная наука возникла в Древнем Риме. Первоначально право понималось как божественное, сакральное явление и обозначалось термином *fas*. Занятие этим правом у римлян находилось в ведении понтификов — одной из коллегий жрецов. Возникновение светской юриспруденции относится к концу IV — началу III в. до н.э. и связано с именем Гнея Флавия, сына вольноотпущенника и писца видного римского патриция Аппия Клавдия Цека. Юрист Помпоний (Д.1.2.2) сообщает, что Флавий похитил и опубликовал составленный Цеком сборник процессуально-правовых формул (*legis actiones*). Совокупность этих формул стала называться гражданским правом Флавия (*ius civile Flavianum*).

В отличие от сакрального права (*fas*) светское, человеческое право именовалось *ius*. Знание (и познание) этого права и стало предметом юриспруденции. Соответственно знатоки права (в его практическом и теоретическом проявлениях и значениях) стали именоваться юристами.

¹ Исследователь правовых взглядов Аристотеля В. Зигфрид следующим образом характеризует его естественноправовые представления: “По-моему, высшее и всеобщее положение естественного права весьма сжато гласит: каждому — свое, надлежащее. Второе основное положение, представляющее собой форму применения первого, гласит: равным — равное, неравным (соответственно) неравное” // *Siegfried W. Der Rechtsgedanke bei Aristoteles. Zürich, 1947. S.64—65.*

Начало публичному преподаванию юриспруденции положил первый верховный понтифик из плебеев **Тиберий Корунканий**, который в 253 г. до н.э. стал в присутствии учеников разбирать юридические вопросы и открыто высказывать по ним свое мнение.

Римские юристы постоянно помнили о своих жреческих корнях и высоком призвании. Об этом хорошо сказал **Ульпиан** (II—III вв. н.э.), один из знаменитых римских юристов: “По заслугам нас называли жрецами, ибо мы заботимся о справедливости, возвещаем понятия добра и эквивалента¹, отделяя справедливое от несправедливого, отличая дозволенное от недозволенного, желая, чтобы добрые совершенствовались не только путем страха наказания, но и путем поощрения наградами, стремясь к истинной, если я не заблуждаюсь, философии, а не к мнимой” (Д.1.1.1).

Эти же мотивы присутствуют и в ульпиановском определении юриспруденции, данном им в I книге “Институций”: “Юриспруденция есть познание божественных и человеческих дел, знание правового и неправового”.

Как предмет юриспруденции право (*ius*) — это справедливое право: оно справедливо по своему смыслу и понятию. “Занимающемуся правом, — подчеркивал Ульпиан (Д.1.1.1), — следует сначала выяснить, откуда пришло наименование права (*ius*). Оно восходит к справедливости (*iustitia*): ведь, как элегантно определяет Цельс, *ius est ars boni et aequi*” (право есть искусство добра и эквивалента)².

¹ Слова “эквивалент”, “эквивалентный”, “эквивалентно” (из-за отсутствия более точных слов), на наш взгляд, адекватней всего передают смысл латинских слов *aeiqui*, *aequum*, *aequitas*, которые отличны от слова *iustitia* (справедливость) и с помощью которых римские юристы выражали присущее праву специфическое свойство — признак равенства (справедливого равенства), надлежащей (справедливой) равномерности, соразмерности, равного (справедливого для всех) соответствия, словом, всего того, что мы бы назвали принципом формального равенства, подразумевающим справедливость права (*ius aequum*).

² Здесь у Ульпиана — этимологическое и смысловое смешение. Очевидно, что и этимологически, и по смыслу *ius* первичнее *iustitia* и, следовательно, именно *iustitia* (справедливость) восходит к *ius* (право), а не наоборот. Кстати, в определении юриста Цельса (I в. н.э.) нет слова *iustitia* и то, что Ульпиан считает справедливостью права, Цельс (в поисках смысла и принципа права и справедливости) выражает посредством других слов — *boni et aequi*. По Ульпиану получается, что право как *ars boni et aequi* — следствие *iustitia*, тогда как из определения Цельса напрашивается противоположный вывод. И в самом деле, не потому право есть *ars boni et aequi*, что оно справедливо (или восходит к справедливости), а наоборот, право справедливо (справедливость восходит к праву и является правовой) потому, что оно есть *ars boni et aequi*. Словом, не право восходит к справедливости, а справедливость восходит к праву и выражает правовой смысл. Суть дела не только в том, что право справедливо, но и в том, что справедливость — это правовое свойство.

Юриспруденция как наука о праве включала в себя и правовую трактовку проблем организации и деятельности государства, юридическое учение о государстве (юридическое государствоведение).

Существенное значение в этом плане имело выдвинутое римскими юристами положение о делении права на **публичное и частное право**. “Изучение права, — писал Ульпиан (Д.1.1.1), — распадается на две части: публичное и частное (право). Публичное право, которое (относится) к положению римского государства, частное, которое (относится) к пользе отдельных лиц; существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении. Публичное право включает в себя святыни, служение жрецов, положение магистратов. Частное право делится на три части, ибо оно составляет или из естественных предписаний, или (из предписаний) народов, или (из предписаний) цивильных”.

Такое принципиальное различие публичного и частного права не означало, однако, будто система римского права или римская юриспруденция были структурированы и оформлены в виде двух отдельных сфер (подсистем) права или двух разделов учения о праве. Подобное разделение было осуществлено много позже, конечно, под римским влиянием, но в рамках более развитой и дифференцированной в соответствии с принципом различения публичного и частного права системы буржуазного права, отражавшей относительно самостоятельное бытие двух сфер — гражданского общества и государства.

В центре внимания римской юриспруденции находились проблемы частного права¹. Но римские юристы многое сделали и в области публичного права (государственного, административного, финансового, военного, уголовного права и т.д.).

Существенный вклад римские юристы внесли в изучение проблем теории права и государства, в разработку основополагающих понятий, принципов и концепций юриспруденции, в обоснование предмета и метода юридических исследований.

Разработка **юридической догматики** (догмы действующего права, принципов, приемов и правил его анализа, классификации, систематизации и толкования его источников и т.д.) при этом сочеталась с исследованием целого ряда фундаментальных **общетеоретических проблем права и государства**.

¹ См.: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. Автор этой работы творчески использует — применительно к процессу возникновения, становления и развития римского права — концепцию либертарно-юридического понимания права как необходимой формы свободы индивидов.

Такому сочетанию во многом содействовало то принципиальное обстоятельство, что предметная сфера формировавшейся юриспруденции с самого начала включала в себя не только учение об источниках действовавшего позитивного права, но и теорию естественного права (весь теоретико-познавательный, мировоззренческий и ценностный потенциал естественноправовых идей и конструкций). Именно такое юридическое правопонимание (различение и соотношение естественного и позитивного права), лежащее в основе римской юриспруденции, предопределило (и на будущее) **предметный профиль и научный статус юридической науки как юриспруденции (правоведения), а не законоведения (той или иной версии теоретизирующего легизма)**.

В этом плане римская юридическая мысль опиралась на достижения древнегреческих учений о праве и государстве.

Значительный интерес представляют юридические воззрения **Цицерона** (II — I вв. до н.э.), который был не только выдающимся оратором и политиком, но и большим юристом-теоретиком и практиком. Здесь, в плане истории юридической науки, особо следует отметить то обстоятельство, что его **принципиально единый естественноправовой подход к закону (позитивному праву) и государству, по существу, представлял собой теоретическое обоснование предмета юриспруденции как единой науки о праве и государстве**. Об этом свидетельствует трактовка им исходного понятийно-смыслового единства закона (позитивного права) и государства как различных форм выражения единого разумного и справедливого начала — естественного права, которое возникло “раньше, чем какой бы то ни было писанный закон, вернее, раньше, чем какое-либо государство вообще было основано” (Цицерон. О законах, II, 19).

Определяя государство (*respublica*) как дело народа (*res populi*), Цицерон поясняет, что “народ не любое соединение людей, собранных вместе каким бы то ни было образом, а соединение многих людей, связанных между собою согласием в вопросах права и общностью интересов” (Цицерон. О государстве, I, XXV, 39). **Государство, по Цицерону, это определенное правовое образование**. Имея в виду правовое единство закона и государства, он писал, что магистрат — это говорящий закон, а закон — это магистрат.

Это понятийно-смысловое единство закона (позитивного права) и государства, лежащее в основе предмета юриспруденции как единой науки о двух объектах (праве и государстве), в учении Цицерона достигается благодаря тому, что закон и государство трактуются им как проявления одного и того же

естественного права (истинного и справедливого закона, выражающего требования божественного разума).

Правовой подход к государству у других римских юристов не столь теоретически последователен и радикален, как у Цицерона, однако в целом для римской юриспруденции характерно именно правовое понимание и толкование государства, правовое определение полномочий и обязанностей должностных лиц и учреждений. Согласно римской юриспруденции, государство стоит не вне и над правопорядком, а внутри него в качестве его составной части.

Показательно в этой связи суждение юриста **Павла** о деятельности претора: “Говорится, что претор высказывает право, даже если он решает несправедливо: это (слово) относится не к тому, что претор сделал, но к тому, что ему надлежало сделать” (Д.1.1.11). Соблюдение надлежащих требований права (юридически должного, включая требования справедливости), по смыслу суждения Павла, распространяется и на всех других магистратов, на деятельность (правотворческую, правоприменительную и т.д.) всех представителей государства. Подобная связанность государства требованиями права носит, согласно представлениям римских юристов, не просто обязательный, а сакрально-императивный характер. В этом смысле знаменитый юрист **Папиниан** (Д.1.3.1) определяет закон как “общую клятву республики”, общий обет государства.

В римской юриспруденции основанием и критерием справедливого, правомерного и правильного в соотношении права и государства является право (правовая справедливость и справедливое право — *boni et aequi, aequum ius*), а не государство: юридическое правопонимание здесь первично, и оно определяет также правовой характер понимания государства (полномочий магистратов, компетенций магистратур и т.д.). Государство, следовательно, должно действовать не по собственным особым (внеправовым) правилам, а как правопослушный субъект в соответствии с общими для всех требованиями права — требованиями *boni et aequi, aequum ius*.

Таким образом, распространяя на государство (как объект своего изучения, наряду с позитивным правом) **единое понятие права** (как *boni et aequi, aequum ius*), римская юриспруденция тем самым включает в себя (в свой предмет) и **юридическое государствоведение** (понимание и толкование государства с позиций этого понятия права).

Своего расцвета римская юриспруденция достигает в последний период республики и особенно в первые два с половиной века империи. Уже первые императоры стремились зару-

читься поддержкой влиятельной юриспруденции и по возможности подчинить ее своим интересам. В этих целях выдающиеся юристы уже со времени правления Августа получили специальное право давать ответы от имени императора (*ius respondendi*). Такие ответы пользовались большим авторитетом и постепенно (по мере укрепления власти принцепса, который вначале не был законодателем) стали обязательными для судей, а в III в. на отдельные положения юристов-классиков ссылались как на текст самого закона.

Со второй половины III в. намечается упадок римской юриспруденции, в значительной мере связанный с тем, что приобретение императорами законодательной власти прекратило правотворческую деятельность юристов. Со времени Диоклетиана императоры, получив неограниченную законодательную власть, перестали давать юристам *ius respondendi*. Правда, положения юристов классического периода сохраняли свой авторитет и в новых условиях.

Из большого числа известных юристов классического периода наиболее выдающимися были **Гай** (II в.), **Папиниан** (II — III вв.), **Павел** (II — III вв.), **Ульпиан** (II — III вв.) и **Модестин** (II — III вв.). Специальным законом Валентиниана III (426 г.) о цитировании юристов положениях этих пяти юристов была придана законная сила. При разногласиях между их мнениями спор решался большинством, а если и это было невозможно, то предпочтение отдавалось мнению Папиниана. Упомянутый закон признавал значение положений и других юристов, которые цитировались в трудах названных пяти юристов. К таким цитируемым юристам прежде всего относились **Сабин, Сцевола, Юлиан и Марцелл**.

Созданная усилиями римских юристов юриспруденция стала фундаментом всего последующего развития юридической науки. Это обусловлено как высокой юридической культурой римской юриспруденции (разработка понятийно-категориального аппарата юриспруденции, основополагающих правовых принципов, понятий, концепций и конструкций, предмета и методологии юридического анализа и т.д.), так и историческими судьбами римского права, на основе которого сформировалась римская юриспруденция (роль римского права в последующей истории права, процесс рецепции римского права и т.д.).

Сочинения римских юристов в VI в. стали важной частью **кодификации Юстиниана (*Corpus Iuris Civilis*)**¹, которая

¹ См.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 1996. С. 68—75; *Перетерский И.С.* Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 55—67.

включала в себя: 1) Институции, т.е. освещение основ римского права для начального обучения (для этой части были использованы “Институции” Гая, а также работы Ульпиана, Флорентина и Марциана); 2) Дигесты (или Пандекты), т.е. собрание отрывков из сочинений 38 римских юристов (от I в. до н.э. по IV в. н.э.), причем извлечения из работ пяти знаменитых юристов составляют более 70% всего текста Дигест; 3) Кодекс Юстиниана (собрание императорских конституций). Руководил всей этой большой кодификационной работой, в том числе и составлением Дигест, выдающийся юрист VI в. **Трибониан**.

Кодификация Юстиниана содействовала дальнейшему развитию юридической науки и юридического образования прежде всего в пределах Восточной Римской империи. Одновременно с опубликованием Дигест 16 декабря 529 г. Юстинианом была издана и Конституция *Omnes*, адресованная профессорам права — составителям Дигест и предусматривавшая существенные изменения в юридическом образовании. Так, вводился пятилетний срок обучения в юридических школах в Бейруте и Константинополе, в которых учреждалось по четыре должности профессоров права. На первом курсе студенты изучали Институции и первые четыре книги Дигест, на втором — четвертом курсах — остальные книги Дигест, на пятом курсе — Кодекс.

В названной Конституции Юстиниан, обращаясь к профессорам права, справедливо подчеркивал огромное значение проведенной кодификации для юридического образования: “И раньше, как это знает и ваша премудрость, из множества законов, которые занимали 2 тысячи книг и 30 раз по 100 тысяч строк, изучающие воспринимали с голоса учителя лишь 6 книг, и то спутанных и редко содержащих в себе (изложение) полезных правил, прочие же вышли из употребления и были недоступны всем. В этих 6 книгах содержались Институции нашего Гая и 4 отдельные книги... Мы же, обнаружив такой недостаток в законах и признавая это несчастьем, открыли желающим сокровищницу законов, посредством которой через вашу мудрость ученики становятся богатейшими правозвестниками законов”¹.

В плане истории юриспруденции особого внимания заслуживает то обстоятельство, что именно собрание текстов римских юристов обеспечило кодификации Юстиниана то выдающееся место, которое она занимает в развитии права и правовой мысли.

¹ Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. М., 1984. С. 20—21.

3. Средние века

Под заметным влиянием римской юриспруденции развивалась юридическая мысль в средневековой Западной Европе.

Для средневековых юристов римское право и римская юриспруденция были исходным пунктом их теоретической и комментаторской деятельности. Отмечая позитивное значение подобной ориентации средневековой юридической мысли, русский историк права **А. Стоянов** писал: “Война и схоластические мечтания поглощали деятельность большинства в средневековом обществе. Грубая сила и выпреженные, мертворожденные умствования были господствующими явлениями. А между тем ум человеческий нуждался в здоровой пище, в положительном знании. Где было искать их?.. Вообще можно положительно и беспристрастно сказать, что римское право было самым практическим и здоровым продуктом человеческой мысли в ту пору, когда европейские народы стали ощущать в себе жажду знания.. Ученые школы римского права, как орган юридической пропаганды, были необходимы при подобных условиях”¹.

В целом ряде юридических школ того времени (X—XI вв.), возникших в Риме, Павии, Равенне и других городах, в ходе изучения источников действующего права значительное внимание уделялось соотношению римского и местного (готского, лангобардского и т.д.) права, трактовке роли римского права для восполнения пробелов местных обычаев и кодификаций. При этом нормам, принципам и положениям римского права стали придавать универсальное значение. Одновременно существенное место в тогдашнем правопонимании начинает занимать разработанная римскими юристами и принятая в систему римского права и юриспруденции **идея правовой справедливости (aequitas)**² и связанные с ней естественноправовые представления и концепции.

В данной связи **И.А. Покровский** отмечал, что “в юриспруденции Павийской школы рано образовалось убеждение, что для пополнения лангобардского права следует обращаться к римскому, что римское право есть общее право, *lex generalis omnium*. С другой стороны, романисты Равенны принимали во внимание право лангобардское. В тех же случаях, когда правовые системы сталкивались между собой и противоречили

¹ Стоянов А. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков, 1862. С. 250—251.

² См.: Kaiser M. Das römische Privatrecht. München, 1959. S. 39 u.f.

друг другу, юриспруденция считала себя вправе выбирать между ними по соображениям справедливости, *aequitas*, вследствие чего эта *aequitas* возводилась ими в верховный критерий всякого права. Отсюда и дальнейшее воззрение, что и внутри каждой отдельной правовой системы всякая норма подлежит оценке с точки зрения той же *aequitas*, что норма несправедливая при применении может быть отвергнута и заменена правилом, диктуемым справедливостью... Понятие *aequitas* при этом отождествляется с понятием *ius naturale*, и, таким образом, юриспруденция этого времени, по своему общему и основному направлению, является предшественницей естественноправовой школы позднейшей эпохи”¹.

На смену данному направлению в дальнейшем (конец XI — середина XIII в.) приходит **школа глоссаторов (или экзегетов)**, представители которой стали уделять основное внимание **толкованию (т.е. экзегезе, глоссаторской деятельности) самого текста источников римского права** — Свода Юстиниана и особенно Дигест. Этот поворот от оценки тех или иных норм с точки зрения *aequitas* к изучению римского права как именно источника позитивного права связан прежде всего с деятельностью юристов Болонского университета, возникшего в конце XI в. и вскоре ставшего центром тогдашней юридической мысли. В этом же направлении развивалась юриспруденция и в других университетах (в Падуе, Пизе, Париже, Орлеане) того времени.

Известными представителями школы глоссаторов были Ирнерий, Булгар, Рогериус, Альберикус, Бассианус, Пиллиус, Ваккариус, Одофредус, Ацо. Избранные глоссы всей школы были изданы Аккурсиусом в середине XIII в. (*Glossa Ordinaria*). Этот сборник глосс пользовался высоким авторитетом и играл в судах роль источника действующего права.

Юриспруденция глоссаторов внесла заметный вклад в разработку позитивного права, в формирование и развитие юридико-догматического метода трактовки его источников. “Прежде всего, — писал А.Стоянов о деятельности глоссаторов, — они объясняют себе смысл отдельных законов. Отсюда так называемая законная экзегеза (*exegesa legalis*), первый шаг, азбука науки права положительного. Но от объяснения отдельных законов высшие, теоретические требования ума повели юристов к логически-связному изложению целых учений в тех же законных пределах источников. Это элемент догматический.

Кроме того, юридическая литература начала XIII столетия представляет попытку излагать учения римского права самостоятельно, не придерживаясь порядка титулов и книг свода. Здесь зародыш элемента систематического. Таким образом, глоссаторы напали на те живые стороны, которые должны быть в методе юриспруденции как науки в истинном смысле слова. Изучение положительного права не может обойтись без экзегезы, без догматической и систематической обработки. Здесь выражаются основные, неизменные приемы человеческого ума, которые называются анализом и синтезом”¹.

Конфликт права и закона, правовой справедливости (*aequitas*) и позитивного права глоссаторы решали в пользу официального законодательства, и в этом смысле они были **законниками, стоящими у истоков европейского легизма**. “Болонская школа требовала, чтобы судья, отказавшись от своих субъективных представлений о справедливости, держался положительных норм закона, т.е. *Corpus Iuris Civilis*. Уже Ирнерий провозгласил, что в случае конфликта между *ius* и *aequitas* разрешение его принадлежит законодательной власти”².

Постглоссаторы (или комментаторы), занявшие доминирующие позиции в европейской юриспруденции в XIII — XV вв., основное внимание уделяли комментированию самих глосс. Представители школы постглоссаторов (Раванис, Луллий, Бартолус, Балдус и др.), опираясь на идеи схоластической философии, стремились дать логическую разработку такой системы общих юридических принципов, категорий и понятий, из которых можно дедуктивным способом вывести более частные правовоположения, нормы и понятия.

В отличие от глоссаторов постглоссаторы вновь **обращаются к идеям естественного права** и соответствующим учениям римских юристов и других своих предшественников. Естественное право при этом они трактуют как вечное, разумное право, выводимое из природы вещей. Соответствие требованиям естественного права выступает в качестве критерия для признания соответствующих норм позитивного права (норм законодательства и обычного права).

Целый ряд основных положений школы постглоссаторов сформулировал **Раймунд Луллий** (1234—1315). Юриспруденция в трактовке Луллия и других постглоссаторов оказывается про-

¹ Покровский И.А. История римского права. Петроград, 1918. С. 191—192.

¹ Стоянов А. Указ. соч. С. 4—5.

² Покровский И.А. Указ. соч. С. 194.

низанной идеями и представлениями схоластической философии и теологии. Но Луллий “имеет еще и другие, для него второстепенные, но в сущности более научные стремления, а именно: 1) дать юриспруденции компендиарное изложение и вывести из всеобщих начал права начала особенные, путем искусственным; 2) сообщить таким образом познанию права свойство науки; 3) подкрепить значение и силу права писаного, согласовавши его с правом естественным и изобрести ум юриста”¹.

Принципы своего нового подхода к праву и своего понимания “юридического искусства” Луллий формулировал следующим образом: “*reducere ius naturale ad syllogismum*” (редуцировать естественное право в силлогизм); “*ius positivum ad ius naturale reducatur et cum ipso concordet*” (позитивное право редуцировать к праву естественному и согласовать с ним). Даже отвергая то или иное несправедливое положение позитивного права, следует, по мысли Луллия, избегать критического противопоставления естественного и позитивного права. “Юрист, — писал он, — обязан исследовать, справедлив или ложен закон писанный. Если он найдет его справедливым, то должен вывести из него верные заключения. Если же найдет его ложным, то не должен только им пользоваться, не порицая его и не разглашая о нем, чтобы не навлечь позора на старших” (т.е. законодателей)².

Кроме выявления содержательного соответствия или несоответствия норм позитивного права смыслу и существу естественноправовой справедливости и разумной необходимости, Луллий использовал (в духе скрупулезной схоластической логики) и формализованный путь проверки соотношения позитивного закона (светского и канонического) и естественного права. “Способ этот, — писал он, — таков: прежде всего юрист должен разделить закон светский или духовный на основании параграфа о различии... после разделения согласить части его одну с другою на основании параграфа согласования... И если части эти, соединившись, составляют полный закон, отсюда следует, что закон справедлив. Если же закон духовный или светский этого не выдержит, то он ложен и о нем нечего заботиться”³.

Оценочно-содержательная, ценностная характеристика позитивного законодательства с позиций естественного права,

таким образом, сочетается и дополняется в подходе Луллия требованием формально-логической процедуры проверки внутренней целостности, последовательности и непротиворечивости закона как источника действующего права. Несправедливость закона (его противоречие естественному праву) и его неразумность (расхождение с требованиями разума) означали, по Луллию, самопротиворечивость, несостоятельность закона также и в формально-логическом плане. Данная идея и лежит в основе предложенной Луллием логизированной процедуры проверки правового качества закона.

Сходные представления о характере соотношения естественного и позитивного права развивал и юрист Балдус. При этом он считал, что естественное право сильнее, чем принципат, власть государя: “*potius est ius naturale quam principatus*”¹.

Правоположения, развитые и обоснованные юристами постглоссаторской школы, получили широкое признание не только в теоретической юриспруденции, но и в правовой практике, в судебной деятельности. Комментарии ряда выдающихся постглоссаторов имели для тогдашних судей значение источника действующего права².

С начала XVI в. в юриспруденции заметно ослабевает влияние школы постглоссаторов и начинает складываться так называемая **гуманистическая школа (гуманистическое направление в юриспруденции)**. Представители этого направления (Будаус, Альциатус, Цазий, Куяций, Донелл, Дуарен и др.) вновь сосредоточивают внимание на тщательном изучении источников действующего права, особенно римского права, усилившийся процесс рецепции которого требовал согласования его положений с новыми историческими условиями и с нормами национального права. В это время начинают использоваться приемы филологического анализа источников римского права, развиваются зачатки исторического понимания и толкования права.

Для юристов гуманистической школы право — это прежде всего право позитивное, законодательство. **Юристы XVI в. по преимуществу являются легистами**, выступающими против феодальной раздробленности, за централизацию государственной власти, единое светское законодательство, кодификацию действующего позитивного права.

¹ Стоянов А. Указ. соч. С. 10.

² См. там же. С. 11.

³ См. там же.

¹ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 198.

² Так, комментарии Бартолуса (1314—1357) “пользовались в судах чрезвычайным авторитетом; в Испании и Португалии они были переведены и даже считались для судов обязательными”. См. там же. С. 199.

Скептическое отношение представителей гуманистической школы к естественному праву, однако, не означало полного отрицания естественноправовых идей и представлений. Это очевидно уже из того факта, что в тогдашнее позитивное право входило и римское право, включавшее в себя данные идеи и представления. Ряд юристов этого времени (например **Донелл** и др.), характеризуя место и роль римского права среди источников действующего права, расценивали его в качестве “лучшей объективной нормы естественной справедливости”¹.

В идеологическом плане воззрения средневековых юристов, несмотря на их отдельные критические и исторически прогрессивные положения, в целом были пронизаны идеей легитимации существовавшего феодального строя.

Вместе с тем **в теоретическом плане** средневековые юристы внесли заметный вклад в процесс развития юриспруденции как с позиций юснатурализма, так и под углом зрения позитивного права, разработки его догмы (принципов и приемов юридико-догматического анализа и толкования права). Они значительно обогатили понятийный и теоретико-познавательный аппарат юридической науки, углубили понимание ее предмета и методологии.

4. Новое время

Юриспруденция Нового времени начала формироваться в эпоху европейского Возрождения и Реформации. Она была ориентирована на принципы и ценности нового, антифеодалогического и антифеодального юридического мировоззрения, в основе которого лежали рационалистические концепции естественного права и общественного договора (договорного происхождения и сущности государства), идеи неотчуждаемых прав человека, формального равенства и свободы всех людей.

Становление и развитие этих новых воззрений на государство и право связано с именами таких мыслителей, как **Н. Макиавелли**, **Ж. Боден**, **Г. Гроций**, **Б. Спиноза**, **Ф. Бэкон**, **Т. Гоббс**, **Д. Локк**, **С. Пуфендорф**, **Х. Томазий**, **Х. Вольф**, **Г. Лейбниц**, **Ш.Л. Монтескье**, **Ж. Ж. Руссо**, **Т. Джефферсон**, **Д. Адамс**, **Д. Мэддисон**, **И. Кант**, **Г.В.Ф. Гегель** и др.

¹ См.: *Стоянов А.* Указ. соч. С. 72. Примечательно также, что **Донелл** относил к “лучшим частям римского права” естественное право и право народов и признавал их универсальное значение и пригодность для всех народов.

Заметной вехой в процессе обновления юридической мысли и дальнейшего развития юриспруденции как науки стало творчество выдающегося голландского юриста **Г. Гроция** (1583—1645).

Отмечая юридический профиль своего исследования, **Гроций** подчеркивал отличие юриспруденции как “науки права”¹ от науки о политике. **Предмет юриспруденции, по Гроцию, — это право и справедливость, предмет науки о политике — целесообразность и польза.**

При этом под **правом и справедливостью Гроций имеет в виду естественное право** — “право в собственном смысле слова”, “предписание здравого разума”². Источником этого естественного права (которое и есть, по Гроцию, справедливость) является не чья-либо воля, интерес и выгода, а сама разумная природа человека как социального существа, которому “присуще стремление к спокойному и руководимому собственным разумом общению человека с себе подобными”³. Неизменное естественное право не зависит даже от бога. “Действительно, — отмечает Гроций, — подобно тому как бог не может сделать, чтобы дважды два не равнялось четырем, так точно он не может зло по внутреннему смыслу обратить в добро”⁴.

Волеустановленное право — в отличие от естественного права — имеет своим источником волю человека или бога и делится Гроцием на право человеческое (внутригосударственное и международное право) и право божественное (закон божий, выраженный в Библии). Как внутригосударственное право (т.е. позитивное право, установление гражданской власти), так и международное право (право народов) основаны в конечном счете на естественном праве. К нему же восходит и государство, которое Гроций (в духе договорной теории) определяет как “совершенный союз свободных людей, заключенный ради соблюдения права и общей пользы”⁵.

Таким образом, именно понятие естественного права (его объективные, неволеустановленные свойства разумности и справедливости) определяет правовую природу и правовой характер позитивного (волеустановленного) права и тем самым

¹ *Гроций Г.* О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1956. С. 52.

² Там же. С. 46, 71.

³ Там же. С. 45.

⁴ Там же. С. 72.

⁵ Там же. С. 74.

обеспечивает в подходе Гроция **единство предмета юриспруденции как науки о праве (и вместе с тем — о правовой природе и правовом характере государства)**.

Поэтому в учении о естественном праве Гроций видит ту теоретическую основу, которая и способна **придать юриспруденции научный характер**. “Многие, — писал он, — до сих пор предпринимали попытку придать этой отрасли научную форму, но никто не сумел сделать этого, да, по правде говоря, это и невозможно было выполнить иначе, как тщательно отделив то, что возникло путем установления, от того, что вытекает из самой природы; на подобное обстоятельство до сей поры как раз и не было обращено должного внимания. Ибо ведь то, что вытекает из природы вещи, всегда пребывает тождественным самому себе и потому без труда может быть приведено в научную форму, то же, что возникло путем установления, часто изменяется во времени и различно в разных местах, а потому и лишено какой-либо научной системы, подобно прочим понятиям о единичных вещах”¹.

При этом учение о естественном праве составляет, по Гроцию, “естественную, неизменную часть юриспруденции”². По такой логике другую (изменчивую) часть юриспруденции как “научной системы” составляет трактовка позитивного права, т.е. того, “что имеет источником свободную волю”³. В этом духе он и рекомендует ученым юристам строить свою науку. “Поэтому, — пишет он, — если бы жрецы истинной справедливости предприняли попытку изложить отдельно естественную, неизменную часть юриспруденции, выделив то, что имеет источником свободную волю; если бы один из них излагал учение о законах, другой — о податях, третий — о должности судей, четвертый — об истолковании воли, пятый — о достоверности фактических доказательств, то из собрания всех частей могла бы получиться стройная система”⁴.

Речь, следовательно, идет о **соединении — на основе естественноправовых воззрений — в рамках юриспруденции как единой научной системы естественноправового и юрико-догматического направлений учения о праве**. В качестве примера реализации идей такой системной разработки проблем права Гроций ссылается на свой труд: “Что касается нас, то полагаем, что в настоящем труде, содержащем, без сомнения,

важнейшую часть науки права, мы показали на деле, а не только на словах, каков надлежащий способ ее изложения”¹. Своих предшественников он критикует за то, что они занимались вопросами права, “смешивая и спутывая относящееся к естественному праву, к праву божественному, к праву народов, к внутригосударственному праву, к тому, что вытекает из канонов”².

Таким образом, построенная на основе естественноправовой концепции научная система права вместе с тем, согласно Гроцию, должна была в своей структуре отразить правовой смысл и значение всех форм права — как естественного права, так и разных форм волеустановленного права. Определяющая роль естественноправовых положений в рамках такой научной системы права придает ее “основным началам”, по мысли Гроция, аксиоматический характер, так что с их помощью можно легко выявить и разрешить “обычно возникающие спорные вопросы”³.

Рационалистическим идеям Гроция о естественном и позитивном праве вполне соответствовали и его представления о **методологии юриспруденции**. Отдавая должное усилиям прежних юристов в плане юрико-догматического, исторического и филологического способов рассмотрения права, Гроций акцентирует внимание на **рационально-логическом методе изучения и толкования права**. Такой формально-логический подход к праву представлял собой, по мысли Гроция, известную аналогию **приемов математической аксиоматики**. “Ибо, — писал он, — откровенно признаюсь, что, говоря о праве, я отвлекаюсь мыслью от всякого отдельного факта, подобно математикам, которые рассматривают фигуры, отвлекаясь от тел”⁴. В этой связи Гроций подчеркивает преимущество “доказательства априори (из первых начал)” перед “доказательством апостериори (от следствий)”, которое “обладает не совершенной достоверностью, но лишь некоторой вероятностью”⁵.

Такой подход, восходящий к пифагорейским математическим трактовкам всех явлений (включая правовые), положениям Платона и Аристотеля об арифметическом и геометрическом равенстве и конкретизированный в сфере юриспруденции средневековыми юристами (с учетом достижений схоластики —

¹ Гроций Г. Указ. соч. С. 52.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

¹ Гроций Г. Указ. соч. С. 52.

² Там же. С. 53.

³ Там же. С. 60.

⁴ Там же. С. 59.

⁵ Там же. С. 73.

приемов формально-логического анализа и синтеза, логического конструирования, обоснования и толкования определенной догмы в виде формализованной системы постулатов и т.д.), в дальнейшем был модернизирован и развит в учениях **Канта и кантианцев (от Г. Гуго до Г. Кельзена)** в различных вариантах и направлениях (различение формально-правового и фактического, априоризм правового должностования, разработка и трактовка формально-логических способов изучения права по аналогии с приемами математики, интерпретация права как аксиоматической, формально-логической системы норм, “очищение” учения о праве от всего неправового и т.д.).

Значительное влияние на последующее развитие юридической науки оказала разработанная Гроцием концепция юриспруденции (ее предмета и методологии) как научной системы изучения права, которая опирается на рационально-логическое познание объективной природы права и лишь с этих стабильных, объективно-научных позиций исследует изменчивые (во времени и пространстве) положения сменяющих друг друга законов (волеустановленного, позитивного права).

Многие из этих теоретико-методологических положений разделяет и современная юриспруденция, которая рассматривает **теорию права** как объективного явления в качестве необходимой основы для **учения о законе** (всех источников позитивного права), а теоретически обоснованную **систему права (и систему отраслей права)** — в качестве научной основы **системы отраслей законодательства** и направлений законотворческой деятельности.

Большое влияние на развитие теории права и государства и в целом юридической мысли оказали идеи знаменитого французского юриста **Ш.Л. Монтескье (1689—1755)**. Его учение о “духе законов” (т.е. о закономерном, разумном и необходимом в позитивном праве) представляло собой плодотворную попытку постижения объективных закономерностей и логики исторически изменчивых позитивных законов, познания тех причин и факторов, которые порождают их. Такая ориентация юридического познания на выявление объективных закономерностей возникновения и развития права несомненно содействовала углублению юридических исследований, обогащению научного потенциала юриспруденции, повышению научного качества юридического знания.

“**Дух законов**” — это правообразующее значение и правовой результат тех факторов (географических, климатических, национальных, исторических, культурных, социальных, хозяйственных, политических, нравственных, религиозных и

т.д.), которые влияют на законодательство. **Правовой смысл “духа законов” требует принятия разумных и справедливых законов.** “Законы, говоря вообще, — отмечает Монтескье в работе “О духе законов”, — есть человеческий разум, поскольку он управляет всеми народами земли; а политические и гражданские законы каждого народа должны быть не более как частными случаями приложения этого разума”¹.

Понятие “дух законов” опирается на характерные для **естественноправовых учений** представления об объективной природе справедливости, которая предшествует позитивному закону, а не впервые создается им. “Законам, созданным людьми, — подчеркивает Монтескье, — должна была предшествовать возможность справедливых отношений. Говорить, что вне того, что предписано или запрещено положительным законом, нет ничего ни справедливого, ни несправедливого, значит утверждать, что до того, как был начертан круг, его радиусы не были равны между собою”².

Правовой смысл “духа законов” по-разному проявляется в различных формах права (естественном, церковном, международном, государственном, гражданском, семейном праве и т.д.) с учетом “их отношения к различным разрядам вопросов, входящих в область их постановлений”³. “Существуют, следовательно, — пишет Монтескье, — различные разряды законов, и высшая задача человеческого разума состоит в том, чтобы точным образом определить, к какому из названных разрядов по преимуществу относятся те или другие вопросы, подлежащие определению закона, дабы не внести беспорядка в те начала, которые должны управлять людьми”⁴.

Здесь, следовательно, речь идет (как и у Гроция, но под несколько другим углом зрения) о разработке надлежащей **системы и структуры общего учения о праве** с учетом как принципиального правового единства всех форм права (в силу общего для всех них “духа законов”, единого источника и критерия их разумности и справедливости), так и различий между ними в рамках такого единства. Также и в трактовке Монтескье научно обоснованная **система (и структура) отраслей права выступает как основа для системы позитивного законодательства**, его надлежащего структурирования по отраслям и т.д.

¹ Монтескье Ш. Избранные произведения. М., 1955. С. 168.

² Там же. С. 164.

³ Там же. С. 558.

⁴ Там же. С. 559.

Существенное значение с точки зрения **единства предмета юриспруденции** имело, наряду с учением Монтегье о правовой природе позитивного закона, дальнейшее развитие им (после Гроция, Локка и других мыслителей) **правового подхода к государству** (углубление представлений о единой правовой природе государства и закона, о правовом смысле разделения властей, о взаимосвязи свободы, справедливости, права и государства, о государстве и законе как формах выражения и защиты свободы людей и т.д.).

Огромное влияние на углубление и развитие теории и методологии юриспруденции оказало философское учение о праве и государстве **И. Канта** (1724—1804). Рационалистический подход к праву и государству, разрабатывавшийся многими предшествующими мыслителями, получает в его произведениях дальнейшее развитие и глубокое философское обоснование. В идейно-мировоззренческом плане учение Канта заметно содействовало **распространению и утверждению в юриспруденции принципов и ценностей либерализма**.

В систематическом виде взгляды Канта в области теории права и государства, а также частного и публичного права изложены в его работе “*Метафизические начала учения о праве*”, которая представляет собой первую часть более обширного его произведения 1797 г. “*Метафизика нравов в двух частях*” (вторая часть этого произведения — “*Метафизические начала учения о добродетели*”).

Кант с позиций своей метафизики критически оценивает положение дел в области изучения права и государства. Учение о праве, отмечает он, представлено как “*учение о положительном праве*” (“*внешнем законодательстве*”) и сведено к знанию позитивных “*внешних законов с внешней стороны, т.е. с точки зрения их применения к случаям, происходящим в опыте*”¹. Такое учение о позитивном праве, продолжает он, может, пожалуй, стать юриспруденцией — в смысле “*правового ума*”, “*смышленности в праве*” (“*Rechtsklugheit*”), однако без соединения с юриспруденцией подобное учение о позитивном праве “*остается всего лишь правовой наукой*” — “*Rechtswissenschaft*” (*iurisscientia*)”². По поводу такой “*правовой науки*” Кант пишет: “*Это последнее название относится к систематическому знанию учения о естественном праве (ius*

¹ *Кант И.* Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб., 1995. С. 284.

² *Кант И.* Rechtslehre. Berlin, 1988. S. 34.

naturae), хотя правовед и должен при этом давать неизменные принципы для всякого позитивного законодательства”¹.

Основной недостаток такого учения о позитивном праве (и такой “*правовой науки*”) Кант видит в его **эмпиризме, отсутствии надлежащей теоретической основы**, которая, по его мысли, может быть разработана лишь с позиций философии и философского разума.

Примечательно в этой связи его развернутое суждение по поводу вопроса “*Что такое право?*”. “*Этот вопрос, — пишет Кант, — может так же смутить правоведа, — если только он не хочет впасть в тавтологию или вместо общего решения сослаться на то, что утверждали когда-либо законы какой-нибудь страны, — как пресловутый вопрос: “Что есть истина?”*, обращенный к учителям логики. Что следует по праву (*quid sit iuris*), т.е. что говорят или говорили законы в том или ином месте в то или другое время, он еще может указать; но является ли то, чего они хотят, также и правом и всеобщий критерий, по которому можно опознать как право, так и неправо (*iustum et iniustum*), — все это остается для него скрытым, если он хоть на время не оставляет указанные эмпирические принципы и не ищет источник этих суждений в одном лишь разуме (пускай даже при этом упомянутые законы и служили бы ему прекрасно в качестве направляющей нити), чтобы установить основу для возможного позитивного законодательства. Чисто эмпирическое учение о праве — это голова (как деревянная голова в басне Федра), которая, возможно, и прекрасна, да жаль только, что без мозга”².

Эмпирическое учение о позитивном праве Кант именуется “*статутарным учением о праве*”, которому он противопоставляет “*чистое учение о праве*”³, **основанное на разуме**. “*Чистое учение о праве и статутарное учение о праве, — писал Кант, — отличаются друг от друга, как рациональное от эмпирического. Но поскольку последнее без первого представляет собой лишь механическую работу и имеет дело с чисто субъективным (идушим от произвола высшей власти) правом, а не с собственно объективным (происходящим из законов разума) правом, то — в качестве перехода от чистого учения о праве к статутарному учению о праве — между этими двумя*

¹ *Kant I.* Rechtslehre. S. 34.

² *Ibid.* S. 34—35.

³ *Ibid.* S. 419. В XX в. концепцию “чистого учения о праве” в духе неопозитивизма развивал неокантианец Г. Кельзен.

учениями вообще необходима еще особая часть учения о праве для стыковки обоих учений и опосредования их связи”¹.

Такая **особая юридическая дисциплина** (особая часть учения о праве) “как переход от рационального к эмпирическому” необходима, по Канту, для “инструктирования будущего законодателя”² по вопросам разумности и правового характера статутарного (позитивного) законодательства, постоянного его улучшения и возможного изменения. Считая разработку подобной дисциплины делом правоведов, сам Кант развивал именно **философское (метафизическое, рациональное, чистое) учение о праве**.

Метафизика права — это, по Канту, априорно начертанная система права, вытекающая из разума. При этом априорные веления (максимы) разума выступают как **категорические императивы** — моральные и правовые требования должного (долженствования). Всеобщий правовой категорический императив Кант формулирует следующим образом: “Поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом”³.

Применительно к государству категорический императив разума означает **требование республики, т.е. соответствующего правовым принципам государственного устройства с разделением властей**.

Эти и многие другие идеи и положения философского учения Канта о праве и государстве получили широкое распространение и соответствующее юридическое преломление и конкретизацию в юридической науке XIX и XX вв.

Так, уже в конце XVIII в. некоторые положения кантовской метафизики права использовал в сфере юридической науки немецкий юрист **Г. Гуго**, предтеча исторической школы права. При этом он пытался в рамках юридической науки объединить традиционное юридико-догматическое учение о позитивном праве с исторической трактовкой права и с “философией права”, под которой он имел в виду “философию позитивного права” — “философскую часть учения о праве”⁴.

¹ Kant I. Rechtslehre. S. 419.

² Ibid. S. 419—420. Эта идея была воспринята уже Г. Гуго. В дальнейшем идею подобной дисциплины в виде “политики права” (или “правовой политики”) с различных позиций поддерживали и развивали многие авторы (Кельзен, Шершеневич, Петражицкий и др.).

³ Кант И. Указ. соч. С. 286.

⁴ Hugo G. Beiträge zur civilistischen Bücherkenntnis. Bd.I, Berlin, 1829. S. 372 (I Ausgabe — 1788).

Гуго считал, что **юриспруденция должна состоять из трех частей: юридической догматики, философии права (философии позитивного права) и истории права**. Для юридической догматики, занимающейся действующим (позитивным) правом и представляющей собой “юридическое ремесло”, по его мнению, достаточно эмпирического знания¹. А философия права и история права составляют “разумную основу научного познания права” и образуют “ученую, либеральную юриспруденцию (элегантную юриспруденцию)”². История права при этом призвана показать, что право складывается исторически, а не создается законодателем. В дальнейшем данная идея была воспринята и развита **К.Ф. Савиньи, Г. Пухтой и другими представителями исторической школы права**.

В трактовке Гуго философия права — это “частью метафизика голый возможности (цензура и апологетика позитивного права по принципам чистого разума), частью политика целесообразности того или иного правоположения (оценка технической и прагматической целесообразности по эмпирическим данным юридической антропологии)”³.

Будучи под определенным влиянием философии Канта и положений Монтескье об историческом развитии права (отражение в законах национального характера данного народа, ступени его исторического развития, естественных условий его жизни и т.п.), Гуго, однако, отвергал просветительский рационализм и соответствующие естественноправовые идеи разумного права.

Представители исторической школы права обосновывали **первичность исторически трактуемого права по отношению к законодательству**. Принцип историзма при этом призван преодолеть принцип разума (в его философско-просветительском или естественноправовом выражении) и заменить его исторически изменчивым, но в каждое конкретное время определенным “народным духом”, правовыми представлениями и правосознанием данного народа. “**Народный дух**” для теоретиков исторической школы права является основным исторически изменяющимся, но в то же время постоянно действующим правообразующим фактором.

¹ Hugo G. Lehrbuch eines civilistischen Cursus. Berlin. Bd.I, Berlin, 1799. S. 15.

² Ibid. S. 16, 45.

³ Ibid. S. 15. “Политикой целесообразности” Гуго здесь (под влиянием соответствующих идей Канта) обозначает то, что потом стали называть “политикой права”.

Таким образом, историческая обусловленность права предстает здесь как единственный критерий его подлинности и правильности. Отсюда и скептицизм представителей исторической школы права ко всякого рода законотворческим новшествам и предложениям. Каждое правовое установление, подчеркивали они, имеет свое время, и его не следует произвольно отменять и искусственно заменять какими-то новыми законами. Право живет своей автономной и независимой от деятельности законодателя жизнью. Так, помимо этой деятельности складывается обычное право, отражающее фактически сложившийся порядок вещей. Закон — не основной и не единственный источник права. “Гармония развития” права, отмечал Пухта, нарушается, “когда, например, парализуют силу непосредственного народного убеждения и науки и все дальнейшее развитие права перекладывают на законодателя”¹.

По характеристике Пухты, право — это ветвь народной жизни. Оно изменяется и развивается вместе с жизнью этого народа, разделяя характер его культуры на различных ступенях развития и приспособляясь к его изменчивым потребностям. **Историчность права** означает, во-первых, органическую связь права с народной жизнью, совпадение ступеней их одновременного развития; во-вторых, — органический характер развития самого права, органичность связи разных ступеней в развитии права. “Не только правовые нормы, содержащиеся в данное время в народном праве, — пояснял Пухта смысл историчности права, — являются членами организма; этим органическим свойством право обладает также в своем движении вперед; также и преемственное соотношение правовых норм органично. Словом, это можно выразить так: *право имеет историю*”².

Право, согласно этим представлениям, развивается подобно народным правам, обычаям, языку. Оно возникает, растет и умирает вместе с данным народом. Когда в 1814 г. сторонник естественноправовой доктрины **Тибо** предложил кодификацию немецкого гражданского права, Савиньи выступил в своей брошюре “О призвании нашего времени к законодательству и правведению” против этого предложения, ссылаясь на его несвоевременность. Савиньи отмечает, что право, отвечающее характеру и духу, бытию и состоянию народа, прежде создается его нравами и верованиями, а лишь затем — юриспруден-

¹ Puchta G.F. *Cursus der Institutionen*, I. Band, 5. Aufl., Leipzig, 1856. S. 47.

² Ibid. S. 46.

цией, не произволом законодателя, а незаметно действующими внутренними силами народной жизни. Правда, Савиньи не отвергал сам принцип кодификации права, а в 1842—1848 гг. даже возглавлял министерство по пересмотру законов.

В целом следует отметить, что представители исторической школы права, несмотря на отмеченные недостатки в их подходе, сыграли значительную роль в создании немецкой юридической науки XIX в., оказавшей, кстати говоря, заметное влияние и на развитие юриспруденции в России.

Существенное обновление общетеоретических и методологических представлений в области права и государства связано с творчеством **Гегеля** (1770 — 1831). В своей “Философии права” он утверждает, что **только философское учение о праве является подлинной наукой о праве.** Философия права при этом разрабатывалась им как **философская дисциплина** (как часть философии), а не в виде юридической дисциплины, как у Гуго.

“Наука о праве, — писал Гегель, — есть *часть философии*, поэтому она должна развить из понятия идею, представляющую разум предмета, или, что то же самое, наблюдать собственное имманентное развитие самого предмета”¹. Поскольку “философия занимается идеями”, **предмет философии права — это идея права: “Философская наука о праве имеет своим предметом идею права — понятие права и его осуществление”**².

В качестве одной из форм такого осуществления понятия права (а именно — в качестве наиболее конкретного и развитого права, развернутой системы права) в гегелевской “Философии права” выступает **государство — действительность идеи права.** Иначе говоря, в гегелевской трактовке предмета философии права **понятие права включает в себя и понятие государства как правового формообразования и правовой институции.** Гегелевское государство — это по существу правовое государство, хотя Гегель, как и Кант, и не пользуется данным термином³. В целом гегелевская философия права — это вместе с тем и философия государства. Четко и последовательно обоснованное и раскрытое Гегелем **понятийное (и научно-предметное) единство права и государства** содейство-

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1990. С. 60.

² Там же. С. 59.

³ Впервые этот термин был использован немецким юристом К. Т. Велькером. См.: *Welcker K.T. Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*. Giessen, 1813. S. 25.

вало углублению и развитию также и разработок проблемы единства предмета теории права и государства и юридической науки в целом.

Постижение мыслей, лежащих в основе права, возможно лишь с помощью правильного мышления, философского познания права. “В праве, — отмечал Гегель, — человек должен найти свой разум, должен, следовательно, рассматривать разумность права, и этим занимается наша наука в отличие от позитивной юриспруденции, которая часто имеет дело лишь с противоречиями”¹.

Такой подход к праву в целом обусловлен гегелевскими философскими идеями о тождестве мышления и бытия, разумного и действительного. С этим связано и его определение задачи философии, в том числе и философии права, — “постичь то, что есть, ибо то, что есть, есть разум”².

Подобное понимание предмета и задач философии права противостояло и прежним естественноправовым учениям (Гоббс, Руссо и др.), и антирационалистической критике естественного права (Гуго и представители исторической школы права), и рационалистическим подходам к праву с позиций должностования, противопоставления должного права — праву существу (Кант и кантианцы).

Юридическая наука — это, по Гегелю, наука о позитивном праве, или позитивная наука о праве, позитивная юриспруденция. Она занимается не смыслом права, а тем, что в данном месте и в данное время соответствующим властно-авторитетным образом установлено (позитивировано) как закон, т.е. исторически изменчивым законодательством (позитивным правом). Она, следовательно, в своем подходе к праву исходит не из разума, а из авторитета (властного установления). “Тем самым, — пишет Гегель, — позитивная наука о праве есть историческая наука, принципом которой является авторитет. Все остальное — дело рассудка и касается внешнего порядка, сопоставления, последовательности, дальнейшего применения и т.п.”³.

Весьма низко ставит Гегель метод юриспруденции, оперирование формальными дефинициями “ради сохранения по крайней мере внешней научной формы”⁴. К тому же, замечает он, присущие самому позитивному праву внутренние про-

тиворечия затрудняют подобные дефиниции, ибо дефиниции “должны содержать общие определения, а в общих определениях непосредственно обнаруживается противоречивое, здесь — неправовое во всей его очевидности”¹.

В позитивной юриспруденции (начиная от римских юристов), по оценке Гегеля, дефиниции дедуцируются “обычно из этимологии, преимущественно посредством абстрагирования от особых случаев, причем основой служат чувства и представления людей. Правильность дефиниции определяют затем в зависимости от ее соответствия существующим представлениям. При этом методе отодвигается на задний план то, что единственно существенно в научном отношении, в отношении содержания, — *необходимость предмета* в себе и для себя (здесь права), в отношении же формы — природа понятия”².

По поводу же “последовательности умозаключений из данных принципов” — предмета особой гордости юристов и математиков — Гегель полагает, что эта восхваляемая “последовательность представляет собой, несомненно, существенное свойство науки о праве, как и математики, и вообще каждой рассудочной науки, но с удовлетворением требований разума и с философской наукой эта рассудочная наука не имеет ничего общего. К тому же именно *непоследовательность* римских юристов и преторов следует считать одним из их величайших достоинств, которое позволяло им отступать от несправедливых и отвратительных институтов...”³.

Такому методу юридического познания Гегель противопоставляет “научный метод философии”⁴, под которым имеется в виду разработанная им *диалектика*. “В философском познании, — подчеркивает он, — главным является *необходимость* понятия, а движение, в ходе которого оно становится *результатом*, составляет его доказательство и дедукцию”⁵.

Гегелевская критика позитивной юриспруденции, оставляя в стороне высокомерие философа по отношению к ней и недостатки его собственного учения о праве, во многом, хотя и не во всем, по существу была правильной. Собственно именно поэтому она оказала столь громадное, продолжающееся до наших дней, влияние на последующее развитие философии права и юридической науки. Особо следует в этом плане отме-

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. С. 57—58.

² Там же. С. 55.

³ Там же. С. 250.

⁴ Там же. С. 60.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. С. 60

² Там же.

³ Там же. С. 66—67.

⁴ Там же. С. 61.

⁵ Там же. С. 60.

тить как гегелевские мысли о научно-познавательном статусе понятия права и его значении для научного учения о праве, так и его философско-методологические положения о требуемых наукой понятийном типе и способе познания права. Гегель несомненно углубил понимание всего этого комплекса проблем, связанных с предметом и методом научного изучения права.

Вместе с тем признание подлинной наукой о праве лишь собственной концепции философии права и **принижение научного значения, достижений и потенциала юриспруденции**, да и других направлений философского учения о праве, были очевидными доктринальными преувеличениями.

История юриспруденции (до и после Гегеля) свидетельствует, что в ней всегда, наряду с легистским (позитивистским) правопониманием, против которого выступает Гегель, развивалось в той или иной версии и форме и юридическое (антипозитивистское, естественноправовое) правопонимание, в общем русле и на почве которого разработана и сама гегелевская философия права. Так что эта последняя была бы и сама попросту невозможна без научно-правового опыта и достижений предшественников (юристов и философов), в том числе и в области предмета и метода науки о праве и государстве, изучения понятия права и понятийного исследования явлений права и государства.

Философия права Гегеля содействовала широкому распространению данного понятия и утверждению **философии права в качестве отдельной самостоятельной научной дисциплины — в рамках как философии, так и юридической науки.** При этом философия права развивалась не только на гегельянских основах, но и с позиций кантианства и неокантианства, неотомизма, неопротестантизма, феноменологизма, философской антропологии, интуитивизма, экзистенциализма и т.д.

Со второй половины XIX в. до настоящего времени философия права стала по преимуществу разрабатываться — вопреки гегелевским представлениям о юриспруденции — именно как юридическая дисциплина и преподаваться в основном на юридических факультетах. Причем в рамках юридической науки философия права разрабатывалась и разрабатывается и на позитивистских основах (в виде позитивистской философии позитивного права), и с антипозитивистских позиций.

Позитивистское (и неопозитивистское) направление философии права развивалось в XIX—XX вв. в виде общей теории права и государства в основном с позиций **аналитической юриспруденции.** Идеи и установки аналитической юриспруден-

ции нашли свое обоснование и развитие в утилитаристском учении о праве **И. Бентама**, в “философии позитивного права” **Д. Остина**, “чистом учении о праве” **Г. Кельзена**, учении **Г. Харта** о первичных и вторичных правовых правилах, “познавательльно-критической теории права” **О. Вайнбергера** и др.¹ К этому направлению относятся и философско-правовые воззрения русских представителей юридического позитивизма (**Г.Ф. Шершеневич**) и неопозитивизма (**В.Д. Катков**)².

Антипозитивистское направление философии права как юридической дисциплины разрабатывалось как на основе определенного философского учения, например неокантианства, неогегельянства, экзистенциализма, онтологической философии и т.д., так и с позиций юснатурализма и других вариантов юридического (антилегистского) правопонимания³.

5. Аналитическая юриспруденция в XX в.

В XX в. антипозитивистские подходы к праву (в виде различных концепций философии права и юридической теории) значительно подорвали те господствующие позиции, которые в юриспруденции занимал позитивизм во второй половине XIX в. В этих условиях представители разных направлений аналитической юриспруденции выдвинули целый ряд концепций обновления юридического позитивизма.

Видное место в этом ряду неопозитивистских концепций занимает “чистое учение о праве” **Г. Кельзена** (1881—1973).

¹ См.: *Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positiv Law.* London, 1873; Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1—2. М., ИНИОН АН СССР, 1987—1988; *Hart H. The Concept of Law.* Oxford, 1961; *Einführung in die Rechtsphilosophie.* Hrsg. von Prof. Weinberger O. in Zusammenarbeit mit Koller P., Strasser P., Prisching M., Graz, 1979.

² См.: *Шершеневич Г.Ф. Философия права.* Т.I. Вып. 4. М., 1911; *Катков В.Д. Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция.* Одесса, 1913.

³ См.: *Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte,* Berlin, 1902; *Radbruch G. Rechtsphilosophie;* *Naucke W. Rechtsphilosophische Grundbegriffe.* Frankfurt a. Main, 1982; *Larenz K. Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart.* Berlin, 1931; *Sforza W.C. Corso di Filosofia del Diritto.* Roma, 1942; *Messner J. Das Naturrecht.* 7. Aufl. Berlin, 1984; *Verdross A. Abendländische Rechtsphilosophie.* Wien, 1963; *Marcic R. Rechtsphilosophie.* Freiburg, 1969; *Kubes V. Grundfragen der Philosophie des Rechts.* Wien, New York, 1977; *Coing H. Grundzüge der Rechtsphilosophie.* Berlin, 1969; *Maihofer W. Sein und Recht.* Frankfurt a. Main, 1954; *Fechner E. Rechtsphilosophie.* Tübingen, 1962; *Smid S. Einführung in die Philosophie des Rechts.* München, 1991.

В своей трактовке позитивного права как системы норм должностования, восходящей к “основной норме”, он опирается на кантианские представления о дуализме должного (долженствования) и сущего (бытия, факта, действия, события и т.д.). Причем, если Кант под “чистым учением о праве” имел в виду свою “метафизику права”, то Кельзен имеет в виду **позитивистское общее учение о позитивном праве**.

Объясняя свой подход к праву и свою концепцию юридической науки, Кельзен писал: “Чистое учение о праве есть теория позитивного права: позитивного права вообще, а не какого-либо конкретного правопорядка. Это общее учение о праве, а не интерпретация отдельных национальных или международных правовых норм. Но оно дает теорию интерпретации. Будучи теорией, оно стремится лишь к одному: познать свой предмет. Оно пытается ответить на вопрос, *что* есть право и *как* оно есть, но не на вопрос, как оно должно быть или создаваться. Оно есть право-ведение, но не политика права”¹. “Это учение о праве, — писал он, — называется “чистым” потому, что оно занимается одним только правом и “очищает” познаваемый предмет от всего, что не есть право в строгом смысле. Другими словами, оно стремится освободить право-ведение от чуждых ему элементов. Таков основной принцип его методики”².

С этих неопозитивистских позиций Кельзен **критикует традиционное позитивистское право-ведение XIX—XX вв. за его “нечистоту”**: “Юриспруденция совершенно некритично “расширилась” за счет психологии и социологии, этики и политической теории. Такое расширение можно объяснить тем, что эти науки имеют дело с предметами, которые, несомненно, тесно связаны с правом. И если чистое учение о праве желает отграничить познание права от смежных дисциплин, то вовсе не потому, что оно не замечает или даже отрицает эту связь, но потому, что оно хочет избежать методологического синкретизма, который затемняет сущность право-ведения и смазывает границы, предназначенные ему природой его предмета”³.

В отличие от **каузальных наук** (наук о природе), опирающихся на каузальное (причинно-следственное) объяснение действительности, **право-ведение, по Кельзену, — это нормативная наука со своим нормативным (формально-логическим)**

методом, опирающимся на должностование. “Определяя право как норму (или, точнее, как систему норм, как нормативный порядок) и ограничивая задачу право-ведения познанием и описанием правовых норм и установленных ими отношений между определенными фактами, — писал Кельзен, — мы противопоставляем право природе, а право-ведение как нормативную науку — всем тем наукам, которые направлены на познание причинно-следственных связей в реально протекающих процессах. Таким образом, мы получили надежный критерий, позволяющий четко противопоставить природу обществу и естественные науки — общественным”¹.

Согласно Кельзену, **нормативность права** (и его нормологическая интерпретация) — это **метод чистого учения о позитивном праве, а не исходное собственное объективное свойство самого позитивного права как объекта познания**. “Верно также и то, что — в смысле Кантовой теории познания — право-ведение как познание права, подобно всякому познанию, имеет конститутивный характер и потому “создает” свой предмет постольку, поскольку понимает его как исполненное смысла целое. Подобно тому, как хаос чувственных восприятий превращается в космос, т.е. в целостную систему природы, лишь в результате упорядочивающего научного познания, точно так же и множество созданных правовыми органами общих и индивидуальных правовых норм (т.е. материал, которым располагает право-ведение) лишь в результате познания право-ведением превращается в единую, непротиворечивую систему, в право-порядок. Но это “создание” носит чисто теоретико-познавательный характер. Это совсем не то, что создание предмета человеческим трудом или создание права властной инстанцией”².

Таким образом, в чистом учении Кельзена именно специальный нормативистский подход к материалу позитивного права (метод нормологического должностования) “превращает” этот материал в систему норм должностования, позволяет интерпретировать его как правопорядок. В этой связи Кельзен отмечает, что “специфический метод определяет специфический предмет”³. Принципиальное отличие метода, по Кельзену, влечет за собой и принципиальное отличие исследуемого предмета.

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 105.

² Там же. С. 102.

³ Kelsen H. Der soziologischen und der juristische Staatsbegriff. Tübingen. 1928. S. 106.

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 7.

² Там же.

³ Там же. С. 7—8.

В рамках подобного **единства предмета и метода правове-дения** предмет познания (т.е. право как система норм) является производением метода познания (т.е. нормативистского, нормологического способа его изучения и описания). Не само право (как нечто само по себе объективное) определяет его нормативистское (нормологическое) понимание и описание в виде системы норм, а **нормативистский (нормологический) метод определяет право в качестве системы норм долженствования. Само же по себе позитивное право до его понимания и описания с позиций определенного метода, — это, по оценке Кельзена, лишь алогический материал.**

В единый предмет правове-дения у Кельзена входит и государство, которое интерпретируется им как правопорядок и по существу отождествляется с позитивным правом. Критикуя присущий старому позитивизму дуализм права и государства, Кельзен писал: “Как только мы начнем подразумевать под государством правопорядок, тотчас обнаружится, что противостоящая простым этико-политическим постулатам “действительность” или “реальность” государства есть позитивность права. “Действительное” государство представляет собой позитивное право в отличие от справедливости, т.е. требования политики”¹. Если традиционный позитивизм этатизирует право, то кельзеновский нормативизм, напротив, **легализирует** (в смысле чисто формального долженствования) **государство.**

С позиций отождествления позитивного права и государства Кельзен утверждает, что “*всякое государство есть правовое государство*”². Но как радикальный позитивист он отвергает понятие “правовое государство” в общепринятом смысле, которое используется для обозначения “такого типа государства, которое отвечает требованиям демократии и правовой безопасности”³. Подобное понятие “правовое государство” предполагает “принятие допущения, согласно которому лишь такой порядок принуждения может считаться “настоящим правопорядком”, а это, по оценке Кельзена, “предрассудок, основанный на теории естественного права”⁴. Кельзен же под правопорядком (и в качестве права, и в качестве государства) имеет в виду **только позитивное право с любым произвольным содержанием.** Он пишет: “Ведь и относительно централизованный порядок принуждения, имеющий характер автократии, и при неогра-

ниченной гибкости не гарантирующий никакой правовой безопасности, — это тоже правопорядок... С точки зрения последовательного правового позитивизма право, как и государство, не может быть понято иначе, нежели как принудительный порядок человеческого поведения, что само по себе еще никак не характеризует его с точки зрения морали или справедливости. Тогда государство может быть понято в “юридическом смысле” не в большей и не в меньшей мере, чем само право”¹.

Нормативизм Кельзена как один из вариантов аналитической юриспруденции оказал большое влияние на модернизацию позитивистского учения о праве в XX в. Под его заметным влиянием находится и учение Г. Харта, другого видного представителя аналитической юриспруденции. Мы видели, что Кельзен, стремясь скрыть этатистско-приказной смысл своего правопонимания, апеллировал к гипотетической “основной норме” в качестве исходной формально-логической основы права как нормологического образования — как системы норм долженствования.

Аналогичным образом обстоит дело и в неопозитивистском учении Г. Харта о **праве (позитивном праве) как системе правил (норм), которые делятся на первичные правила (правила обязывания) и вторичные правила — “правила о правилах” (правила признания, правила изменения и правила решения)**². “Мы, — писал Харт, — отказываемся от позиции, по которой основой правовой системы является привычка повиновения юридически неограниченному суверену, и заменяем ее концепцией высшего правила признания, дающего системе правил критерий действительности”³. Но этот отказ от принудительно-приказного правопонимания, по существу, оказывается мнимым, поскольку единственным действительным критерием права и его отличия от неправовых (моральных и т.д.) правил, согласно концепции Харта, является наличие принудительной санкции, т.е. принудительность правовых правил и права в целом.

Еще одной разновидностью современной аналитической юриспруденции является “познавательная-критическая теория права”⁴ австрийского юриста **О. Вайнбергера** и его сторонников. Согласно их подходу, к “**главным дисциплинам правовой науки**” относятся: всеобщая теория права (философия права),

¹ Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925. S. 45.

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 146.

³ Там же. С. 153.

⁴ Там же.

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 153—154.

² См.: Hart H. Op. cit. P. 163.

³ Ibid. P. 201.

⁴ Einführung in die Rechtsphilosophie. S. 37.

догматика права, социология права, история права, сравнительное право¹. “Всеобщая теория права (философия права), — поясняют авторы цитируемого курса, — охватывает анализ структурных проблем права, теоретические основополагающие проблемы правовой науки, всеобщие юридические понятия и проблемы, которые относятся к различным догматическим дисциплинам, теорию справедливости и юридическое учение о методах. К юридическому учению о методах относятся не только, как это традиционно делается, учения о юридических решениях и обоснованиях мнений о праве, но также учение о законодательстве как теория политико-правовой аргументации и как учение о законодательной технике”².

В отличие от общей теории права (именуемой ими также философией права) “догматика права охватывает позитивное право, с тем чтобы ясно и систематически его изложить. Догматика права распадается в зависимости от данных систем права на различные дисциплины”³. “Социология права, — пишут авторы, — занимается изучением всех общественных факторов применительно к праву, как и права как общественно-го фактора, которое обуславливает другие общественные феномены”⁴. История права, в свою очередь, занимается правом в его развитии. А сравнительное право, включающее в себя догматико-правовое, социолого-правовое и политологическое сравнение, занимается различиями отдельных систем права под историческим и современным углом зрения.

Соответственно **философия права (или общая теория права)** в виде составной части неопозитивистской юриспруденции понимается и разрабатывается “не как составная часть мировоззренческой системы, а как рефлектирующий анализ оснований правовых наук”⁵. Все неопозитивистские концепции общей теории (философии права) они именуют “спекулятивной философией права”, которой противопоставляют “научно-критическую философию права” (т.е. различные варианты позитивистской общей теории права)⁶. “Спекулятивная философия права” является ненаучной, поскольку занимается “метафизическими” проблемами и “трансцендентными идеями”⁷.

¹ Einführung in die Rechtsphilosophie. S. 34.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid. S. 35.

⁶ Ibid. S. 35—36.

⁷ Ibid. S. 35.

Характеризуя **основные задачи неопозитивистской общей теории (философии) права**, они пишут: “Научно-критическая философия права ставит перед собой как философия науки задачу предложить философский базис правовых наук. Она прежде всего стремится дать философское обоснование постановок вопросов, методов и приемов работы правовой науки. В основе разработки позитивной правовой системы лежит система общих основных понятий права, которые составляют инструментарий для исследования любой правовой системы; такого рода понятиями, например, являются право, правовая норма, действие права, правовой акт, правовое отношение и т.д.”¹. На базе этого понятийного инструментария “научно-критическая философия права” стремится развить “всеобщую теорию строения и динамики права”². Кроме того, она разрабатывает учение о методах юридической работы, т.е. руководство для практической деятельности юристов.

Авторы курса относят к “научно-критической философии права” “аналитическую философию права (или аналитическую юриспруденцию)” и “так называемое чистое учение о праве, разновидность аналитической философии права”³. Как “аналитическую концепцию” они расценивают и свою “познавательно-критическую теорию права”⁴.

Свое **понимание аналитической юриспруденции** они трактуют так: “Как аналитическую философию права (или аналитическую юриспруденцию) обозначают те всеобщие теоретико-правовые учения, которые ставят в центре своего изыскания структурную теорию права, т.е. изучают все проблемы правовой теории прежде всего в формальном смысле и в этом аппарате структурных понятий и схем видят необходимые инструменты для всех юридических изысканий. Однако многие представители аналитической философии права не упускают из виду различные аспекты и факты, т.е. то, что право прежде всего есть общественный феномен”⁵.

Дистанцируясь от “чистого учения о праве” как разновидности аналитической философии права, они пишут: это учение считает себя учением о праве, которое достигает чистоты юридических методов благодаря тому, что оно направлено лишь на постижение позитивного права, т.е. это учение считает, что

¹ Einführung in die Rechtsphilosophie. S. 36.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid. S. 37.

⁵ Ibid. S. 36.

оно как всеобщая структурная теория правоположения, правовой системы и правовой динамики предлагает понятийный и методологический инструментарий для постижения и изложения любой мыслимой правовой системы. Чистое учение о праве (в разных его вариантах), критически замечают авторы курса, “элиминирует из правовой науки все психологические, социологические, этические и политико-правовые соображения о праве как внеюридические (“метаюридические”), так что его предметом являются лишь мыслимые правовые структуры и позитивные, т.е. фактически на основе юридико-догматического анализа устанавливаемые, правовые содержания”¹.

Задачи своей “познавательно-критической правовой теории” они определяют следующим образом: как “аналитическая концепция” эта теория “прежде всего пытается прояснить структурные проблемы права, юридического аргументирования и правовой динамики, с тем чтобы иметь в распоряжении понятийный аппарат для всех теоретико-правовых рассуждений”². Хотя эта теория “признает необходимость определения характера постановки проблемы, например необходимость отличать догматическую трактовку от социологической или от трактовки с позиций политики права, но в отличие от чистого учения о праве она придерживается мнения, что не только “чистые”, но также и комплексные трактовки права, включая и соображения de-lege-ferenda, относятся к юриспруденции”³.

Авторы курса именуют свою теорию “познавательно-критической”, поскольку “она исходит из теоретико-познавательной дифференцированной семантики и постоянно стремится дать ясный познавательно-критический анализ проблемной ситуации”⁴.

Оценивая в целом рассмотренные теоретические учения о праве и государстве, необходимо отметить, что **каждое из них (при всех своих недостатках, спорности тех или иных положений и т.д.) выполняло свою особую функцию в рамках специфического разделения научно-юридического труда, внесло свой вклад в процесс модернизации и обогащения юридической мысли, содействовало углублению юридических исследований и развитию юридической науки.**

Само многообразие прошлых и современных теоретико-правовых учений, наличие разных подходов к предмету и ме-

тоду юриспруденции, борьба различных школ, течений и концепций юридической мысли демонстрируют познавательную сложность и смысловое богатство предмета общей теории права и государства, ее творческую динамику, большой эвристический потенциал, способность к обновлению и развитию. Пользуясь словами Канта, можно сказать, что **пока юристы ищут свое понятие права и спорят об этом, юриспруденция жива и развивается.**

Глава 2. Юриспруденция в России

1. Дореволюционная юриспруденция

Юридическая наука в России формировалась под заметным влиянием западноевропейской юриспруденции. Известный русский юрист конца XIX — начала XX в. **Н.М. Коркунов** в этой связи писал: “Наше отношение к западной науке можно сравнить с отношением глоссаторов к римской юриспруденции. И нам приходилось начинать с усвоения плодов чужой работы, и нам прежде всего надо было подняться до уровня иноземной науки... Тем не менее в каких-нибудь полтора десятка лет мы почти успели наверстать отделившую нас от западных юристов разницу в шесть с лишком столетий”¹.

Важную роль при этом сыграли реформы Петра I. По его указанию в начале XVIII в. была переведена работа С. Пуфендорфа “Об обязанностях гражданина и человека”. Первыми преподавателями в русских университетах были иностранцы (в основном — немцы, ориентировавшиеся на положения тогдашней немецкой юриспруденции и философии естественного права). Первым русским профессором права был **С.Е. Десницкий** (1740—1789), который во многом разделял взгляды Г.Гроция о естественном и позитивном праве. К числу первых работ русских юристов относится произведение (во многом, правда, компилятивное) **В.Т. Золотницкого** “Сокращение естественного права, выбранное из разных авторов для пользы Российского общества” (СПб., 1764).

В 1818 г. увидела свет книга русского юриста **А.П. Куницына** “Право естественное”, находившаяся под влиянием идей Канта. Книга эта как проповедующая “вредное учение” вскоре

¹ Einführung in die Rechtsphilosophie. S. 36.

² Ibid. S. 37.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

¹ Коркунов Н.М. История философии права. СПб., 1908. С. 233.

была запрещена правительством, а ее автор был изгнан из Петербургского университета и Александровского лицея.

Заметной вехой в становлении и развитии русской юриспруденции стала “Энциклопедия законоведения”¹ **К.А. Неволина**, профессора Киевского университета. Он (вместе с П. Г. Редкиным, И.В. Киреевским и др.) изучал юриспруденцию в Германии, слушал лекции Гегеля в Берлинском университете и хорошо знал о состоянии европейской юридической науки и философии права в то время.

Неволин освещал задачи научного законоведения с позиций различия естественного права (естественного закона) и позитивного права (положительного закона). При этом **естественный закон** он трактовал как “идею законодательства” (т.е. как правовое начало, как правовую сущность позитивного закона), а **позитивный закон** — как ее “проявление”². Свой юридический подход к закону он обосновывал так: существо закона — это правда, а “существо правды может быть определено только в философии”³.

Подобная трактовка смысла **философского изучения права и закона** вполне созвучна гегелевскому подходу. Хотя вполне гегельянцем Неволин не был, однако он в своей “Энциклопедии законоведения” использовал ряд идей и методологических подходов гегелевского учения. Так, в значительной мере гегельянски трактует К.Неволин проблему сущности воли в ее связи с правом и вопрос о ступенях развития воли; влияние Гегеля присутствует и при освещении им проблем соотношения сущности и явления, необходимости и случайности, объективного и субъективного, исторического и логического применительно к тематике энциклопедии законоведения.

Высоко оценивая достоинство гегелевской философии права, Неволин вместе с тем критически отмечал и ее недостатки. “Все части великого здания права у Гегеля, — писал он, — отделаны с величайшим искусством и даже изяществом; целое отличается внутреннею твердостью. Но эта философия права находится слишком много под влиянием духа своего времени.

¹ Неволин К. Энциклопедия законоведения. Т. I. Киев, 1839 (новое издание этой работы — СПб., 1997 — подготовили Д.И. Луковская, С.С. Гречишкин, Ю.В. Ячменев). Дореволюционный русский юрист, ученик Б.Н. Чичерина И.В. Михайловский характеризовал Неволина как основателя философии права в России. См.: Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. I. Томск, 1914. С. 36.

² Неволин К. Указ. соч. С. 52.

³ Там же. С. 23.

Она слишком мало приписывает важности духу других времен и веков. В этом заключается ее несовершенство”¹.

В дальнейшем к идеям гегелевской философии права обращались и многие другие русские юристы (П.Г. Редкин, И. Максимович, А.Д. Градовский, Б.Н. Чичерин, П.И. Новгородцев и др.).

Так, **П.Г. Редкин** в первый период своей преподавательской деятельности в Московском университете (после возвращения из Германии) развивал во многом **гегельянские представления**. К этому времени относятся его гегельянские статьи “Обозрение гегелевской логики” (журнал “Москвитянин” 1841 г., ч. 4, кн. 8), “Об уголовной кодификации” (“Юридические записки”, т. II, 1842 г.), “Какое образование требуется современностью от русского правоведа?” (М., 1846 г.).

За причастность к “вольнодумству” Редкин в 1848 г. был отстранен от преподавательской работы, к которой он вновь был допущен лишь в 1863 г. в качестве профессора Петербургского университета. В этот второй период своей творческой деятельности П. Г. Редкин в своих лекциях по энциклопедии юридических и политических наук, а также в работах по истории философии права стоит, по существу, на **позитивистских позициях** и критикует гегелевские взгляды. Признавая гегелевскую философию в качестве вершины духовного развития для прошлого времени, П. Г. Редкин отмечал, что в условиях современности на смену спекулятивной философии закономерно пришла положительная философия².

При этом он различал **три способа (или метода) систематического научного освещения права: органический, диалектический и генетический**. Органический способ, по его оценке, это наименее научный из всех систематических способов. Генетический способ он рассматривал как подлинно научный метод правоведа (в духе позитивизма).

Рассматривая достоинства и недостатки диалектического метода, Редкин в отличие от других тогдашних позитивистов отмечал заслуги Гегеля в разработке вопроса о подлинном научном методе изучения права. “Гегель, — писал он, — оставил по себе тот важный, глубокий след, который состоит в постановлении, хотя и не решении, задачи, выполнение которой и есть идеал истинного, методического в строжайшем смысле этого слова изложения содержания нашей науки”³.

¹ Неволин К. Указ. соч. С. 628.

² См.: Редкин П.Г. Энциклопедия юридических и политических наук. СПб., 1872—1873. С. 18.

³ Там же. С. 122.

С либеральных позиций критиковал Редкин ряд положений гегелевской философии права. Так, он отвергает гегелевскую концепцию нравственности за игнорирование права и морали индивида. “Гегель, — отмечает Редкин, — налитанный античным духом, в особенности духом Платона и Аристотеля, предаёт индивида своим нравственным организмам так, что индивиды поглощаются ими, в особенности же — в самом высшем организме — в государстве”¹.

Целый ряд общих проблем юриспруденции, теории, философии и истории права освещен в 7-томном труде Редкина по истории философии права.

Согласно Редкину, философия права — это юридическая дисциплина. Право у него является общим предметом и философии права, и позитивной юриспруденции. При этом содержанием положительной юриспруденции является “положительное право, право реальное, действительное, т.е. когда-либо и где-либо положенное, установленное в действительности, в реальности, в каком-либо государстве или обществе вообще, в виде законодательного или обычного права”². Отличительная же особенность философии права состоит в том, что она “имеет своим содержанием философское, естественное или природное, рациональное, т.е. мыслимое разумом человеческим, право, или идеальное право, первообраз права (*ius naturale* или *ius naturae*), имея в виду представить то, что праведно и справедливо (*iustum*) или в чем состоит правда и справедливость (*iustitia*)”³.

Редкин, вслед за Гегелем, использует понятие “философское право” в качестве синонима естественного, разумного права, однако в содержательном плане это понятие трактуется им в духе либеральных идей. Так, во вступительной лекции 1876—1877 учебного года Редкин, наряду с антииндивидуализмом гегелевской философии права, подвергает критике гегелевскую концепцию войны и всемирно-исторического права ведущей в данную эпоху нации. Гегеля и его последователей Редкин упрекает (не во всем, правда, справедливо) в сведении права к силе. “Такая Гегелева теория войны, — пишет он, — комбинируется теперь с известной теорией Дарвина о борьбе в природе за существование, так что право силы возвысилось теперь на степень всеобщего закона природы, равно как и истории человечества”⁴. И далее по поводу тезиса “сила и есть

¹ Редкин П. Г. Энциклопедия юридических и политических наук. С. 1744.

² Редкин П. Г. Из лекций по истории философии права в связи с историей философии вообще. Т. I. СПб., 1889. С. 200.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 171.

право” П. Г. Редкин замечает: “Это совершенно гармонирует с той общеою мыслью, что все действительное разумно, как и все разумное действительно. Но таким образом оправдывается всякое неправое, всякая неправда и несправедливость”¹.

В области юридического государствоведения ряд идей гегелевской философии права творчески использовал известный русский профессор государственного права А. Д. Градовский.² Хотя он не был гегельянцем, но его теоретические представления о месте и роли государства в обеспечении исторического прогресса, о государственно-организованной форме выступления различных народов на арене всемирной истории, его стремление дополнить историческое освещение проблем государства, права, политики, нравственности, свободы и т.д. философским постижением лежащих в их основе идей и понятий, критицизм к революционным теориям, ко всякого рода абстракциям, социально-политическим и государственно-правовым утопиям, попытки “разумного” примирения преобразовательных и охранительных начал общественной и политической жизни во многом опирались на положения гегелевской философии права.

Показательно в этом плане, в частности, то обстоятельство, что в докторской диссертации А. Д. Градовский, обосновывая методологию своего анализа и подчеркивая недостаточность простого исторического освещения государственно-правовых институтов, прямо ссылается на Гегеля и его методологические положения об идее как единстве понятия и действительности³.

Для подхода Градовского весьма показательно то обстоятельство, что в статье “Политическая философия Гегеля”⁴, посвященной столетию со дня рождения немецкого философа, знаменитый гегелевский тезис о тождестве разумного и действительного Градовский трактовал не в духе примирения со всем позитивно данным, а с явной критичностью к отрицательным аспектам существующего. “Неправда, преступление, насилие, — подчеркивает он, — суть явления ничтожные, призраки, не имеющие действительности и права существования”⁵.

¹ Редкин П. Г. Из лекций по истории философии права в связи с историей философии вообще. Т. I. С. 173.

² См.: А. Ш. Краткий очерк жизни и деятельности А. Д. Градовского — Градовский А. Д. Собрание сочинений. Т. IX. СПб., 1904. С. I—CVII.

³ См.: Градовский А. Д. Собрание сочинений. Т. IX. С. XV.

⁴ Градовский А. Д. Собрание сочинений. СПб., 1899. С. 269—310. Статья эта впервые была напечатана в июльском номере “Журнала Министерства Народного Просвещения” за 1870 г.

⁵ Градовский А. Д. Собрание сочинений. Т. III. С. 283.

Освещая различные философско-правовые концепции и их значение для юридической науки, Градовский акцентировал внимание на общеметодологических и мировоззренческих аспектах соответствующих философских учений о праве и государстве. Так, в статье “Что такое консерватизм?” (1880) Градовский подчеркивал, что применительно к философу уместно прежде всего говорить о его идеализме, реализме или позитивизме, но не о том, консерватор он или прогрессист, либерал или абсолютист. Такие характеристики говорят лишь об отношении философа к практическим вопросам общественной жизни. “Но подобное отношение к общественным вопросам, — писал Градовский, — нисколько не определяет существа философской системы как таковой. На почве идеализма могут одинаково развиваться направления в общественном отношении и консервативные, и прогрессивные. Существо, например, Гегелевой философии определяется не тем, что Гегель лично идеализировал прусский государственный строй; так называемая левая сторона гегельянцев сделала иное практическое применение из его философских начал”¹.

В своем методологическом подходе Градовский верно отразил то принципиальное обстоятельство, что между соответствующими философскими концепциями и политико-идеологическими воззрениями нет прямой, механической связи, и одно не следует подменять другим.

В русской юриспруденции второй половины XIX — начала XX в., как и в западноевропейской юриспруденции, в целом доминировали идеи юридического позитивизма.

Видным представителем юридического позитивизма в России был **Г.Ф. Шершеневич** (1863—1912), который в своих работах по гражданскому праву, истории философии права и теории права развивал формально-догматическую трактовку права, опираясь на позитивистскую философию О. Конта и Дж. Ст. Милля и продолжая традиции английской аналитической школы (Дж. Остин) и континентального юридического позитивизма (“ранний” Р. Иеринг, К. Бергбом и др.)². В содержательном плане его взгляды и труды по теории права и гражданскому праву отвечали задачам развития русского права и русской юриспруденции в период формирования в России буржуазного законодательства.

¹ Градовский А.Д. Собрание сочинений. Т. III. С. 314.

² См.: Шершеневич Г.Ф. История философии права. СПб., 1907; он же. Общая теория права. Выпуски 1—4. М., 1911—1913.

Шершеневич критиковал исторически сложившуюся философию права как философию естественного права (с его противопоставлением позитивному праву и т.д.) и полагал, что она создана философами, профессионально не знавшими действительного права и задач правоведения. При этом он выступал за философию позитивного права, которая своими критическими исследованиями действующего права и понятийного аппарата юриспруденции и своими предложениями о совершенствовании права (положениями о том, каким должно быть право) должна решать важные задачи правоведения “в сфере критики и политики” права¹. Подобная позитивистская философия права, согласно Шершеневичу, включает в себя общую теорию права (в качестве теоретической части философии права), историю философии права и политику права.

Представителем неопозитивизма был **В.Д. Катков**. Он утверждал, что “право есть закон в широком смысле” и стремился полностью преодолеть понятие “право” как “плод схоластики и рабства мышления” и заменить “право” властным “законом”². «Нет, — писал он, — особого явления “право”, в том смысле, в каком существуют такие особые явления, как “закон”, “государство”, “правило” или “норма поведения”»³.

В конце XIX — начале XX в. в России заметное развитие — в целом с позитивистских позиций — получили социология права и психология права. Различные концепции социологии права в конце XIX — начале XX в. развивали **Н.М. Коркунов** (право как разграничение интересов, как “должный порядок общественных отношений”), **М.М. Ковалевский** (либеральная генетическая социология права как часть общей социологии, историко-сравнительная юриспруденция, обусловленность права “ростом культуры и гражданственности”), **С.А. Муромцев** (либеральная концепция права как правопорядка — совокупности юридических отношений).

С обоснованием оригинальной психологической теории права выступил **Л.И. Петражицкий** (1867—1931). Право, по Петражицкому, — это психический фактор общественной жизни, “этические переживания, эмоции которых имеют атрибутивный характер”, т.е. связаны с притязанием⁴. “Наши права, — отмечал он, — суть закрепленные за нами, принадлежащие нам, как наш актив, долги других лиц”⁵.

¹ Шершеневич Г.Ф. Философия права. Т. I. Выпуск 4. М., 1911. С. 805.

² Катков В.Д. Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция. Одесса, 1913. С. 407.

³ Там же. С. 391.

⁴ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909. С. 85.

⁵ Там же. С. 51.

Он считал, что право как объективная система норм — это “фантазия”, “эмоциональная проекция”, “императивно-атрибутивные нормы (проекционное объективное право)”¹. В своей концепции “политики права” Петражицкий (как и с других позиций — Муромцев, Ковалевский, Чичерин, Новгородцев, Б.А. Кистяковский и другие либеральные русские юристы) выступал за реформистский путь преобразования России в парламентарное, конституционно-правовое государство.

Значительный вклад в развитие теории права и государства внес **Б.А. Кистяковский**. Идеи неокантианства и трактовка естественного права в духе ценностей либерализма, неотчуждаемых прав и свобод личности, правовой государственности и т.д. в его творчестве сочетались с религиозно-нравственным и восприимчивым идеям социализма в смысле необходимости справедливого решения социального вопроса и защиты неимущих на основе христианских представлений об осуществлении “солидарных интересов людей”².

Показательна в этой связи его работа “Государство и личность”, которая представляла собой доработку его более ранней статьи “Государство правовое и социалистическое” (1906). Б.А. Кистяковский, характеризуя правовое государство как “высшую форму государственного бытия”, выработанную до сих пор человечеством, продолжает: “В идеале утверждаются и постулируются более высокие формы государственности, например, социально-справедливое или социалистическое государство”³. Такое социалистическое государство, по представлениям Б.А. Кистяковского, тоже будет правовым государством, его дальнейшим развитием после капитализма, в условиях превращения “собственности привилегированных групп в общенародное достояние”⁴.

Заметная веха в развитии теории права и государства и юриспруденции в России связана с творчеством выдающегося русского юриста **Б.Н. Чичерина** (1829—1904)⁵.

Будучи под заметным влиянием идей Гегеля и Канта, Чичерин предпринял попытку совершенствования философии объективного идеализма и свою позицию называл **универсализмом**¹. При этом он заметно трансформировал гегелевскую концепцию философии, используя (в духе кантианства) принципы априоризма, автономных “начал” и индивидуализма. Он трактовал разум как “закон всякого бытия”: “Разум есть верховное определяющее начало как в субъективном, так и в объективном мире, как в сознании, так и в бессознательном”². Совпадение формы и содержания, единство разума и бытия есть Абсолютное как Бог. Абсолютное обнаруживается повсюду, законы разума и внешнего мира едины. С позиций такой метафизической концепции философии Чичерин критиковал эмпиризм, материализм, позитивизм, дарвинизм, утилитаризм и соответствующие трактовки права и государства.

Вытеснение метафизики позитивистскими учениями во II половине XIX в. привело, по оценке Чичерина, к упадку философии права, которая ранее занимала “выдающееся место в ряду юридических наук” и была “одним из важнейших предметов преподавания в университетах”³. И, развивая **метафизическую философию права**, Чичерин стремился содействовать возрождению былой значимости этой научной дисциплины. При этом он подчеркивал, что философские основания права должны служить руководящими началами практики. Необходимость и глубокий смысл философии права, по Чичерину, обусловлены тем, что “область права не исчерпывается положительным законодательством”⁴.

Обосновывая свой подход, Чичерин отмечал, что положительные законы изменяются сообразно с изменениями потребностей и взглядов людей и, будучи произведениями человеческой воли, могут быть хорошими или дурными. Они, следовательно, нуждаются в оценках, в том числе и со стороны законодателя. “Чем же, — продолжал Чичерин, — должен руководствоваться законодатель при определении прав и обязанностей подчиняющихся его велениям лиц? Он не может черпать руководящие начала из самого положительного права, ибо это именно то, что требуется оценить и изменить; для

¹ *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 42, 86—87.

² *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 554.

³ Там же. С. 556.

⁴ Там же. С. 576.

⁵ К числу публикаций Б.Н. Чичерина относятся, в частности, следующие работы: *Философия права*. М., 1900; *История политических учений*, ч. 1—5. М., 1869—1902; *Вопросы философии*. М., 1904; *Вопросы политики*. М., 1903; *Основания логики и метафизики*. М., 1892; *Собственность и государство*. Ч. 1—2. М., 1882—1883; *О народном представительстве*. М., 1866; *Опыты по истории русского права*. М., 1858; *Очерки Англии и Франции*. М., 1858; *Областные учреждения России в XVII веке*. М., 1856; *Конституционный вопрос в России*. М., 1906.

¹ См. подробнее: *Зорькин В.Д.* Из истории буржуазно-либеральной мысли России второй половины XIX — начала XX в. (Б.Н. Чичерин). М., 1975; *он же*. Чичерин. М., 1984.

² *Чичерин Б.Н.* Философия права. С. 1.

³ Там же.

⁴ Там же.

этого нужны иные, высшие соображения. Он не может довольствоваться и указаниями жизненной практики, ибо последняя представляет значительное разнообразие элементов, интересов и требований, которые приходят в столкновение друг с другом и между которыми надобно разобраться. Чтобы определить их относительную силу и достоинство, надобно иметь общие весы и мерило, то есть руководящие начала, а их может дать только философия”¹.

Отсюда следует вывод, что для разумного установления в законе прав и обязанностей лиц необходимо знание того, “что есть право, где его источник и какие из него вытекают требования”². Эти проблемы тесно связаны с человеческой личностью, так что их уяснение, в свою очередь, требует исследований природы человека, ее свойств и назначения. Подобные вопросы относятся к **сфере философии права**. “Отсюда, — подчеркивает Чичерин, — та важная роль, которую играла философия права в развитии европейских законодательств. Под влиянием вырабатываемых ею идей разрушался заветный веками общественный строй и воздвигались новые здания. Достаточно указать на провозглашенные философией XVIII века начала свободы и равенства, которые произвели Французскую революцию и имели такое громадное влияние на весь последующий ход европейской истории”³.

В условиях господства позитивизма единственным руководящим началом всякого знания и всякой деятельности был признан опыт. Однако такой “реализм, лишенный идеальных, то есть разумных, начал, остается бессильным против самых нелепых теорий”.⁴ На этой почве, согласно Чичерину, и распространяется социализм. “Самое понятие о праве, — отмечает он, — совершенно затмилось в современных умах. Оно было низведено на степень практического интереса, ибо для идеальных начал не остается более места”⁵.

С этих позиций Чичерин критикует Р. Иеринга за его трактовку права как “политики силы” и низведение им права на “степень интереса”⁶, а также представителей тогдашней русской психологической (Петражицкий) и социологической (Кареев) школ права за их юридико-позитивистские воззрения.

В истории философии права Нового времени Чичерин выделяет четыре главные школы: общежительную, нравственную, индивидуальную и идеальную. Высшее развитие философско-правовой мысли, согласно его оценке, представлено **идеальной школой**, среди представителей которой он особо выделяет **Канта и Гегеля**. Их творчество, подчеркивает Чичерин, заслуживает самого внимательного изучения также и со стороны юристов. Причем Гегель, отмечает он, восполнил “еще чисто индивидуалистическую точку зрения” Канта “развитием объективных начал нравственного мира, осуществляющихся в человеческих союзах. Через это все умственное здание человеческого общежития получило такую цельность и стройность, какие оно никогда не имело ни прежде, ни после. И эта логическая связь не была куплена ценой насильствования фактов; напротив, чем более юрист, изучающий свою специальность, знакомится с фактами, тем более он убеждается в верности и глубине определений Гегеля”¹. Поэтому, заключает Чичерин, “мы должны примкнуть к Гегелю, который представляет последнее слово идеалистической философии. Наука тогда только идет твердым шагом и верным путем, когда она не начинает всякий раз сызнова, а примыкает к работам предшествующих поколений, исправляя недостатки, устраняя то, что оказалось ложным, восполняя пробелы, но сохраняя здоровое зерно, которое выдержало проверку логики и опыта. Именно это я и старался сделать в предлагаемом сочинении...”².

Имея в виду под “правом” позитивное право, Чичерин специально подчеркивал: “В отличие от нравственности право есть начало принудительное”³. Вместе с тем он говорит о различении положительного и естественного права и о направлениях влияния второго на первое. “Положительное право, — пишет он, — развивается под влиянием теоретических норм, которые не имеют принудительного значения, но служат руководящим началом для законодателей и юристов. Отсюда рождается понятие о праве естественном, в противоположность положительному. Это — не действующий, а потому принудительный закон, а система общих юридических норм, вытекающих из человеческого разума и долженствующих служить мерилом и руководством для положительного законодательства. Она и составляет содержание философии права”⁴.

¹ Чичерин Б.Н. Философия права. С. 1—2.

² Там же. С. 2.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 3.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 3, 24.

¹ Чичерин Б.Н. Философия права. С. 22—23.

² Там же. С. 24.

³ Там же. С. 88.

⁴ Там же. С. 94.

Таким **общим разумным естественноправовым началом**, которое служит руководством как для установления закона, так и его осуществления, является *“правда, или справедливость”*¹. Право и правда проистекают из одного корня. “И все законодательства в мире, которые понимали свою высокую задачу, — пишет Чичерин, — стремились осуществить эту идею в человеческих обществах”².

В человеческом общежитии, согласно Чичерину, присутствуют два противоположных элемента: “Духовная природа личности состоит в свободе; общественное начало как ограничение свободы выражается в законе. Поэтому основной вопрос заключается в отношении закона к свободе”³.

Отношение закона к свободе может быть двояким — принудительным (государственный закон) и добровольным (нравственный закон). “Первое, — поясняет Чичерин, — касается внешних действий, составляющих область внешней свободы, которая одна подлежит принуждению; второе обращается к внутренним побуждениям, истекающим из свободы внутренней. Из первого рождается право; второе составляет источник нравственности”⁴.

Отвергая смешение права и нравственности, Чичерин трактовал их в качестве двух самостоятельных начал. При этом он считал, что юридический закон и нравственный закон имеют общий источник — признание человеческой личности. “Право, — писал он, — не есть только низшая ступень нравственности, как утверждают морализирующие юристы и философы, а самостоятельное начало, имеющее свои собственные корни в духовной природе человека. Эти корни лежат в потребностях человеческого общежития”⁵. И вытекающие из общежития “юридические законы независимы от нравственных”⁶. Но в плане взаимодействия права и нравственности Чичерин отмечает, что “нравственность служит иногда восполнением права” и там, где юридический закон оказывается недостаточным, “нравственность может требовать совершения действий по внутреннему побуждению, например, при исполнении обязательств, не имеющих юридической силы”⁷.

¹ Чичерин Б.Н. Философия права. С. 95.

² Там же.

³ Там же. С. 83.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 89.

⁶ Там же. С. 90.

⁷ Там же. С. 91.

Подход Чичерина сыграл важную роль в **утверждении идей либерализма в дореволюционной русской юриспруденции**. Признание человека свободным лицом, подчеркивал Чичерин, — это величайший шаг в историческом движении гражданской жизни и достижение той ступени, когда гражданский порядок становится истинно человеческим. Многие народы положили эту идею в основу своего гражданского строя. Имея в виду отмену крепостного строя в России, он писал: “У нас этот великий шаг совершился позднее, нежели у других европейских народов, и это служит несомненным признаком нашей отсталости не только в умственном, но и в гражданском отношении; а так как признание в человеке человеческой личности составляет также и нравственное требование, то и с этой стороны нам нечего величаться перед другими. Новая эра истинно человеческого развития начинается для России с царствования Александра Второго”¹. Вместе с тем он справедливо отмечал, что недостаточно лишь провозгласить начало свободы, необходимо провести его в жизнь со всеми вытекающими последствиями.

Либеральные идеи Чичерина содействовали развитию гуманистических начал в российской юриспруденции. “Человеческие общества, — писал он, — суть не учреждения, а союзы лиц.. В этом именно и состоит существо духа, что орудиями его являются разумные и свободные лица. Они составляют самую цель союзов. *Не лица существуют для учреждений, а учреждения для лиц.* От них исходит и совершенствование учреждений”². С этих позиций он обосновывал необходимость реформирования российского самодержавного строя и продвижения **к гражданскому обществу и наследственной конституционной монархии**. При этом Чичерин развивал **идеи охранительного либерализма**, лозунг которого он сформулировал так: “либеральные меры и сильная власть”³.

В целом своим учением о праве и государстве, критикой позитивистских концепций, последовательной защитой свободы личности и либеральных государственно-правовых форм Чичерин внес существенный вклад в обновление и развитие юридических исследований в дореволюционной России. Влияние его идей испытали Е.Н. Трубецкой, И.В. Михайловский, П.И. Новгородцев, Н.А. Бердяев и многие другие русские авторы.

¹ Чичерин Б.Н. Философия права. С. 107.

² Там же. С. 225.

³ Чичерин Б.Н. Несколько современных вопросов. М., 1862. С. 200.

Критика позитивистских идей в русской юриспруденции была продолжена **П.И. Новгородцевым** (1866—1924). В своих юридических воззрениях, в понимании права и государства, соотношения личности и государства он разделял основные идеи индивидуализма и либерализма. Его правовые взгляды находились под заметным влиянием кантианства и естественного права, необходимость возрождения которого является стержневой идеей всей его юридико-теоретической позиции. В целом весь подход Новгородцева пронизан стремлением утвердить **нравственный идеализм в юриспруденции**. С этим связаны и его **призывы к возрождению естественного права** в качестве необходимой духовной и нравственной основы права. Только с помощью таких идеальных построений и морального обоснования права, полагал он, можно преодолеть кризис современного правосознания¹.

Человечество, согласно Новгородцеву, всегда стоит перед выбором между общественной гармонией и свободой. Делая выбор в пользу свободы, равенства и прав индивидов, самоценной личности, Новгородцев обосновывает идею свободного социального развития — без утопической конечной цели (в духе Руссо, Канта, Маркса и других мыслителей, которые абсолютизировали цели и средства гармоничного конечного идеала), реализация которой неизбежно ведет к насилию и потере свободы.

Поэтому, подчеркивал он, нравственный долг каждого — вложить свои усилия “в неопределенную перспективу грядущего”, содействовать реализации нравственного принципа “свободного универсализма”, осуществлению “идеи свободной солидарности всех”, в которой свобода и равенство лиц сочетаются со всеобщностью их объединения².

В данной связи Новгородцев считал, что для внедрения в современную позитивистскую юриспруденцию нравственных идеалов “требуется именно возрождение естественного права с его априорной методикой, с идеальными стремлениями, с признанием самостоятельного значения за нравственным началом и нормативным рассмотрением”³. Защищая идеи естествен-

¹ См.: *Новгородцев П.И.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве. Два типических построения в области философии права. М., 1901. С. 200.

² *Новгородцев П.И.* Об общественном идеале. М., 1911 // В сб.: *Власть и право. Из истории русской правовой мысли.* Л., 1990. С. 213, 239.

³ *Новгородцев П.И.* Из лекций по общей теории права. Часть методологическая. М., 1904. С. 12.

ного права, он писал: “Под влиянием Савиньи¹, Штала и некоторых других писателей на естественное право и до сих пор многие смотрят, как на старое заблуждение, которому нет места среди теорий современной науки. Однако более внимательное изучение предмета показывает, что естественное право представляет собою неискоренимую потребность человеческого мышления и исконную принадлежность философии права”².

Естественное право в его соотношении с позитивным правом выступает как идеал, “создаваемый ввиду недостатков и несовершенства положительных установлений”³. В силу отставания положительных законов от движения истории и ее требований в жизни постоянно и неизбежно возникают конфликты между старым порядком и новыми прогрессивными стремлениями. “Из этих конфликтов, — поясняет Новгородцев, — и зарождается обыкновенно естественное право как требование реформ и изменений в существующем строе”⁴.

Поясняя значение естественноправового подхода для углубления и развития юридических исследований, Новгородцев писал: “Современная юриспруденция относит название права исключительно к нормам положительным, признанным в законе или обычае, охраняемым властью и судами. Идеальные требования не представляют собой права в строгом смысле слова, а суть только проекты будущего права. Такими именно проектами и являются все теории, которые мы рассматриваем в нашем курсе; все это — идеальные планы общественного переустройства, — планы будущего, более или менее близкого. С этой точки зрения можно восстать против названия “естественное право”, так как всякое право, как на этом настаивают современные юристы, по существу своему есть право положительное. Но нельзя не видеть, что так называемое естественное право как идеал для положительного, как требование его реформы есть исконное проявление философской мысли, есть сама философия права”⁵.

Настойчивая пропаганда Новгородцевым идей нравственного идеализма и возрождения естественного права сыграла

¹ Критическому анализу идей исторической школы права Новгородцев посвятил отдельную работу. См.: *Новгородцев П.И.* Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. М., 1896.

² *Новгородцев П.И.* Лекции по истории философии права. Учения Нового времени. XVI—XIX вв. Изд. 3. М., 1914. С. 110.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 111—112.

большую плодотворную роль в развитии дореволюционной русской юриспруденции и ее ориентации на философско-правовые исследования, в **критике консервативно-охранительных идей юридического позитивизма**. В этом же духе он активно действовал и в годы эмиграции, организовав Русский юридический факультет в Праге.

2. Основные концепции права и государства советского периода

Процесс формирования и развития советской марксистско-ленинской теории права и государства и юридической науки в целом проходил в борьбе против государственности и права в их действительном (некоммунистическом) смысле и значении, против “юридического мировоззрения” как сугубо буржуазного мировоззрения. Речь шла о **замене правовой идеологии идеологией пролетарской, коммунистической, марксистско-ленинской**, об интерпретации учреждений и установлений тоталитарной диктатуры как “принципиально нового” государства и права, необходимых для движения к коммунизму и вместе с тем “отмирающих” по мере такого продвижения к обещанному будущему, о радикальном отрицании прежних представлений и учений о государстве и праве, построении классовой (пролетарской, марксистско-ленинской, коммунистической) науки о классовом государстве и праве.

Один из ключевых аспектов всей этой работы состоял в том, чтобы в рамках зарождающейся марксистско-ленинской юридической науки согласовать соответствующие положения **К.Маркса, Ф.Энгельса и В.И.Ленина** о государстве и праве с реалиями диктатуры пролетариата и социализма.

Идейно-теоретической основой всей советской юриспруденции было марксистско-ленинское учение о государстве и праве как надстроечных явлениях (формах), обусловленных базисными (производственными, экономическими) отношениями частнособственнического общества. Правовые отношения (и право в целом), согласно марксизму, возникают из экономических отношений частной собственности, обслуживают эти отношения, являются необходимой формой их выражения и существования. Поэтому марксистское негативно-коммунистическое отношение к частной собственности полностью распространяется и на все надстроечные явления (право, государство и т.д.), порожденные частнособственническим способом производства, оформляющим и обслуживающим его.

Коммунизм, по Марксу, это прежде всего ликвидация буржуазной частной собственности и вместе с тем — всякой частной собственности, поскольку буржуазная частная собственность представляет собой исторически последнюю и наиболее развитую форму выражения частной собственности вообще. В соответствии с таким подходом также и буржуазное право выступает как наиболее развитая, исторически последняя форма права вообще. Поэтому, говоря о праве, Маркс, Ленин и вообще ортодоксальный марксизм имеют в виду буржуазное право. После буржуазного права, согласно марксистской коммунистической доктрине, какое-то небуржуазное право (например социалистическое право) просто невозможно в принципе, по определению. Так же невозможно, как невозможна какая-нибудь новая (послебуржуазная) форма частной собственности на средства производства.

Социализм (социализм марксистский, ленинский, пролетарско-коммунистический) — это, согласно доктрине и практике ее реализации (в виде реального социализма советского образца), всеобщее, последовательное и радикальное отрицание любой и всякой частной собственности на средства производства. Все остальное, что следует отсюда (в том числе и применительно к праву), что известно о доктринальном и реальном социализме, все другие его свойства, черты и характеристики (включая и создание правоотрицающей “социалистической собственности”) — лишь неизбежное следствие такого тотального отрицания частной собственности как сути коммунистического, т.е. логически и практически самого последовательного, самого антикапиталистического и самого антиприватного социализма.

Прогнозируя будущее, Маркс говорил о сохранении буржуазного права при социализме (в первой фазе коммунистического общества). “Поэтому, — писал он, — *равное право* здесь по принципу все еще является *правом буржуазным*, хотя принцип и практика здесь уже не противоречат друг другу, тогда как при товарообмене обмен эквивалентами существует лишь *в среднем*, а не в каждом отдельном случае. Несмотря на этот прогресс, это *равное право* в одном отношении все еще ограничено буржуазными рамками. Право производителей *пропорционально* доставляемому ими труду; равенство состоит в том, что измерение производится *равной мерой* — *трудом*... Это *равное право* есть *неравное право* для *неравного труда*... *Поэтому оно по своему содержанию есть право неравенства, как всякое право*”¹.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 19. С. 19.

Это **буржуазное равное право** Маркс относит к числу “родимых пятен” капиталистического общества, остающихся в первой фазе коммунистического общества. “На высшей фазе коммунистического общества, — писал Маркс, — после того как исчезнет порабощающее человека подчинение его разделению труда; когда исчезнет вместе с этим противоположность умственного и физического труда; когда труд перестанет быть только средством для жизни, а станет сам первой потребностью жизни; когда вместе со всесторонним развитием индивидов выростут и производительные силы и все источники общественного богатства польются полным потоком, лишь тогда можно будет совершенно преодолеть узкий горизонт буржуазного права, и общество сможет написать на своем знамени: **Каждый по способностям, каждому по потребностям!**”¹.

Также и Ленин рассматривал положение о буржуазном праве при социализме как один из существенных моментов всего марксистского учения о коммунизме. В работе “Государство и революция” он воспроизводит все основные суждения Маркса и Энгельса² по данному вопросу, подчеркивая их органическую связь с другими положениями марксизма. “Всякое право, — писал он, — есть применение *одинакового* масштаба к *различным* людям, которые на деле не одинаковы, не равны друг другу; и потому “равное право” есть нарушение равенства и несправедливость”³. Но социализм не в состоянии сразу уничтожить несправедливость распределения предметов потребления по труду, а не по потребностям. “Таким образом, — резюмирует Ленин, — в первой фазе коммунистического общества (которую обычно зовут социализмом) “буржуазное право” отменяется *не* вполне, а лишь отчасти, лишь в меру уже достигнутого экономического переворота, т.е. лишь по отношению к средствам производства. “Буржуазное право” признает их частной собственностью отдельных лиц. Социализм делает их *общей* собственностью. Постольку лишь — “буржуазное” право отпадает”⁴. Но при социализме это буржуазное право остается “в другой своей части, остается в качестве регулятора (определивателя) распределения продуктов и распределения труда между членами общества”⁵.

Марксистский прогноз о буржуазном праве при социализме, однако, не сбылся. В реальной действительности коммунистическое отрицание частной собственности, ее обобществление в виде социалистической собственности и установление диктатуры пролетариата означали преодоление необходимых объективных основ всякого права, права вообще — и в отношениях к средствам производства, и (вопреки марксистскому прогнозу) в отношениях к предметам потребления (в сфере труда и потребления).

Процесс реализации марксистских представлений о буржуазном “равном праве” при социализме — в виде измерения соответствующих общественных отношений “равной мерой — трудом”¹ — практически ничем не отличался от иных внеэкономических и неправовых мероприятий и установлений диктатуры пролетариата. Сфера распределительных отношений и оплаты производителей не была в этом смысле каким-то правовым исключением, не стала своеобразным “правовым Эльдorado”.

Коммунистическое “освобождение” от частной собственности и сложившихся форм свободы, права, индивидуальности оказывается неизбежно, по логике вещей, вообще **состоянием без свободы, права, личности и т.д.** И такое “освобождение” без свободы характерно не только для переходного периода, но и для марксистского коммунизма в целом, поскольку он совместим лишь с негативным “освобождением”, но не с позитивным индивидуально-человеческим определением и утверждением свободы. “Освобождение” от прежней свободы — это лишь несвобода, а не какая-то новая свобода.

Переход от капитализма к социализму, от частной собственности к собственности общественной, ликвидация индивидуальной собственности на средства производства фактически означают не только уничтожение буржуазного индивидуализма, но вместе с тем и отрицание самостоятельного статуса и значения индивида, отдельного человека в качестве субъекта экономики, права и политики, радикальный отказ от индивидуального в пользу всеобщего (общественного, коллективного), всестороннюю трансформацию человека в живое орудие и вспомогательное средство всеобщего целого, в простого исполнителя соответствующих функций пролетарски организованной коллективности и социалистической общности, словом, — в обезличенный ординарный, **бесправный “винтик” единой**

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 19. С. 20.

² Подробнее о взглядах Энгельса см.: Чхиквадзе В.М., Мамут Л.С. Ф. Энгельс как теоретик государства и права // Ф. Энгельс о государстве и праве. М., 1970. С. 5—47.

³ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 93.

⁴ Там же. С. 94.

⁵ Там же.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 19. С. 19.

огромной машины коллективного подавления, насилия, властно-централизованного производства, распределения и потребления.

В условиях социализма уничтожение частной собственности сопровождается ликвидацией прежнего (формально-правового) равенства, но не создает и в принципе не может создать какое-то другое, неправое равенство (экономическое, потребительское и т.д.). Движение к иллюзорному фактическому (неправовому) равенству лишило общество исторически апробированных экономических и правовых регуляторов, место которых заняли **диктаторско-приказные средства и методы тоталитарной организации жизни**. Коммунистическое отрицание присущих капитализму экономико-правовых форм свободы вовсе не привело, вопреки марксистским ожиданиям, к позитивному утверждению каких-то других форм свободы. Коммунистическое освобождение от капитализма по сути дела оказалось лишь негативной “свободой” от экономико-правового типа общественных отношений, “свободой” от действительного права и государства, место которых заняли **насильственные нормы и институты тоталитарной системы диктатуры пролетариата**.

После революции в общем русле марксистско-ленинского подхода к праву стали постепенно складываться различные направления и концепции понимания и трактовки права. При всех своих внешних различиях эти концепции внутренне едины в своем отрицании права, его объективной природы и смысла, в оправдании диктатуры и его приказных норм. Под видом отрицания буржуазного права все они вместе и каждая по-своему отвергают суть и смысл права вообще, права как права, а за качественно новое “право” выдают антиправовые установления пролетарско-коммунистической диктатуры, антиправовое законодательство новой партийно-политической власти.

Так, уже в первые послереволюционные годы многие марксистские авторы (П.И. Стучка, Д.И. Курский, М.Ю. Козловский, Н.В. Крыленко и др.) стали трактовать большевистские декреты как “пролетарское право”. “Переходный строй от капитализма к социализму, переживаемый впервые на земном шаре после Октябрьской революции в России, — писал **М.Ю. Козловский**, — творит в процессе социалистической революции особое, невиданное нигде право, право не в подлинном его смысле (системы угнетения большинства меньшинством), а право пролетарское, которое все же право, в

смысле средства подавления сопротивления меньшинства трудящимися классами”¹.

Хотя концепция “**пролетарского права**” по своему смыслу явно противоречила марксистскому прогнозу об остаточном буржуазном праве при социализме, однако марксистские теоретики всячески замалчивали это принципиальное обстоятельство и акцентировали внимание на единстве пролетарского классового подхода к праву и государству, присущем и марксистской доктрине, и советской теории права и государства.

В условиях диктатуры пролетариата право — это, согласно **Д.И. Курскому**, выражение интересов пролетариата². Здесь, по его признанию, нет места для “норм вроде Habeas Corpus”³, для признания и защиты прав и свобод индивида. “Отмена всех норм буржуазного права, — утверждал Курский, — единственная гарантия правосудия для городского и сельского пролетариата и беднейшего крестьянства, поставившего и осуществляющего в своей диктатуре великую цель: полное подавление буржуазии, уничтожение эксплуатации человека человеком и водворение социализма”⁴. Новое, революционное право он характеризовал как “пролетарское коммунистическое право”⁵.

Неправовой характер “пролетарского права” даже в условиях многоукладного нэпа (т.е. при ограниченном допущении частного оборота и соответствующих норм буржуазного права) по существу признавал и сам Курский, когда, в частности, утверждал: “Наше обязательственное право, его основная особенность и будет состоять, по мнению Наркомюста, в том, что здесь интересы государства должны превалировать над интересами ограждения личных прав отдельных граждан”⁶. Да и в целом допущенные при нэпе гражданско-правовые (т.е. буржуазные) отношения осуществлялись в жестких рамках уголовных норм. В этой связи Курский отмечал, что в борьбе против свободы гражданского оборота “приходится уголовными нормами регулировать отношения там, где они в буржуазно-развитом праве регулируются в порядке гражданском”⁷.

¹ Козловский М. Пролетарская революция и уголовное право // Пролетарская революция и право. 1918. № 1. С. 24.

² См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1948. С. 38.

³ Там же. С. 41.

⁴ Там же. С. 42.

⁵ Там же. С. 56.

⁶ Курский Д.И. На путях развития советского права. М., 1927. С. 67.

⁷ Там же. С. 70.

Заметную роль в процессе зарождения и становления советской теории права сыграл **П.И. Стучка**. Основными началами такого нового, революционно-марксистского правопонимания, согласно Стучке, являются: 1) классовый характер всякого права; 2) революционно-диалектический метод (вместо формальной юридической логики); 3) материальные общественные отношения как базис для объяснения и понимания правовой надстройки (вместо объяснения правовых отношений из закона или правовых идей). При этом он признавал “необходимость и факт особого советского права и т.д.”¹. Причем эта особенность советского права заключается в его классовом характере, в том, что это “советское право”, что “право переходного периода” есть “пролетарское право”².

Представления о классовом характере права нашли свое отражение в общем определении права, данном в официальном акте НКЮ РСФСР (декабрь 1919 г.) “Руководящие начала по уголовному праву РСФСР”³. Позднее Стучка писал об этом: “Когда перед нами, в коллегии Наркомюста... предстала необходимость формулировать свое, так сказать, “советское понимание права”, мы остановились на следующей формуле: “Право — это система (или порядок) общественных отношений, соответствующая интересам господствующего класса и охраняемая организованной силой его (т.е. этого класса)”⁴.

Защищая эту “формулу Наркомюста”, Стучка подчеркивал, что содержащийся в ней взгляд на право “основывается на верной, а именно классовой точке зрения”⁵. В качестве направлений уточнения данного общего определения права он в 1924 г. писал: “В последнее время я вместо “система” и т.д. поставил слова “форма организации общественных отношений, т.е. отношений производства и обмена”. Может быть, следовало бы более подчеркнуть и то, что интерес господствующего класса является основным содержанием, основной характеристикой всякого права”⁶.

¹ Стучка П.И. Мой путь и мои ошибки // Советское государство и революция права. 1931. № 5—6. С. 70.

² Там же. С. 70.

³ См.: СУ РСФСР. 1919. № 66. Ст. 590. Первоначальный проект документа был подготовлен М.Ю. Козловским, доработка его шла при активном участии и под руководством П.И. Стучки.

⁴ Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 58.

⁵ Там же.

⁶ Там же.

С этих пролетарских позиций даже советский Гражданский кодекс Стучка отождествлял с буржуазным правом и писал: “буржуазное право (ГК)”¹. И только *неправовое* в ГК (классовость, плановость и т.д.) образует, по Стучке, “советский характер нашего гражданского права”². Для него ГК периода нэпа — это “буржуазный кодекс”. “Наш кодекс, — поясняет он, — наоборот, должен ясно и открыто показать, что и гражданский кодекс в целом подчинен социалистической плановости рабочего класса”³.

Эта идея вытеснения права (как буржуазного явления) планом (как социалистическим средством) имела широкое распространение и по сути дела отражала внутреннюю, принципиальную несовместимость права и социализма, невозможность юридизации социализма и социализации права.

По-другому классовый подход к праву был реализован в трудах **Е.Б. Пашуканиса** и прежде всего в его книге “Общая теория права и марксизм. Опыт критики основных юридических понятий” (I издание — 1924 г., II — 1926 г., III — 1927 г.)⁴. В этой и других своих работах он ориентировался по преимуществу на представления о праве (т.е. главным образом — о буржуазном праве), имеющиеся в “Капитале” и “Критике Готтской программы” Маркса, “Анти-Дюринге” Энгельса, “Государстве и революции” Ленина. Для Пашуканиса, как и для Маркса, Энгельса и Ленина, буржуазное право — это исторически наиболее развитый, последний тип права, после которого невозможен какой-либо новый тип права, какое-то новое, послебуржуазное право. С этих позиций он отвергал возможность “пролетарского права”.

В силу негативного отношения ко всякому праву теория права для Пашуканиса — это марксистская критика основных юридических понятий как мистификаций буржуазной идеологии. В теории права Пашуканис повторяет критический подход, примененный Марксом в экономической теории. Отношение товаровладельцев — это то “социальное отношение *sui generis*, неизбежным отражением которого является форма права”⁵. Сближая форму права и форму товара, он генетически выводит право из меновых отношений товаровладельцев.

¹ Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. С. 593.

² Там же.

³ Там же.

⁴ См.: Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 32—181.

⁵ Там же. С. 71—72.

В этой связи его теория права в литературе получила название *меновой*. Иногда ее именовали и как “*трудовую теорию*” права (Стучка и др.), с чем сам Пашуканис был в принципе согласен, поскольку в его концепции “категории трудовой стоимости соответствует категория юридического субъекта”¹.

Сторонники нового (пролетарского, советского и т.д.) права, критикуя позицию Пашуканиса, утверждали, что применяемые им абстрактные характеристики права вообще относятся лишь к буржуазному праву, но не к “пролетарскому праву”, для которого нужны другие обобщающие понятия. Подобные требования Пашуканис считал недоразумением. “Требуя для пролетарского права своих новых обобщающих понятий, — отвечал он своим критикам, — это направление является как будто революционным *par excellence*. Однако оно на деле прокламирует бессмертие форм права, ибо оно стремится вырвать эту форму из тех определенных исторических условий, которые обеспечили ей полный расцвет, и объявить ее способной к постоянному обновлению. Отмирание категорий (именно категорий, а не тех или иных предписаний) буржуазного права отнюдь не означает замены их новыми категориями пролетарского права, так же как отмирание категории стоимости, капитала, прибыли и т.д. при переходе к развернутому социализму не будет означать появление новых пролетарских категорий стоимости, капитала, ренты и т.д.”².

Но постепенно в суждениях Пашуканиса начинается заметный крен в сторону классового позитивизма, приспособления своей позиции к целям оправдания отношений, институтов и норм в условиях диктатуры пролетариата и строительства социализма. Так, в статье 1927 г. “Марксистская теория права” Пашуканис уже признает наличие нового послереволюционного и послебуржуазного “советского права” с “особой, специфической природой”³. Вместе с тем это “советское право” он — для сохранения хотя бы внешней, словесной видимости своей концептуальной последовательности — не называет “пролетарским правом”. Но эти словесные ухищрения сути дела не меняют.

Отсутствие подлинного права и государства при диктатуре пролетариата Пашуканис (как и другие марксистские авторы) по существу пытался изобразить как наличие нового, “неподлинного”, советского права и государства, обреченных на “отмирание”.

Весь этот идеологический туман с мнимым “отмиранием” отсутствующих феноменов постоянно витал над всем марксистским подходом к судьбам права и государства после пролетарской революции и определял тот неизменный горизонт советской юриспруденции, под сводами которой все зависело от изменчивой политической конъюнктуры. В этой системе координат логически последовательная теория права и государства просто невозможна, и пример Пашуканиса в этом плане весьма показателен. Правопонимание при таком негативном подходе к праву вообще с позиций коммунистического отрицания его как буржуазного феномена по сути дела предстает как **правоотрицание**. Познание права подчинено здесь целиком целям его преодоления. Это антиюридическое мировоззрение нашло свое воплощение и реализацию в правовом нигилизме всей послереволюционной идеологии и практики.

В подходе Пашуканиса, как и в марксистско-ленинском учении в целом, **принципиальное отрицание права сочетается с отрицанием государства** как явлением частнособственнического строя.

В товарно-денежном обществе, особенно при капитализме, государство, по Пашуканису, “реализует себя как безличная “общая воля”, как “власть права” и т.д., поскольку общество представляет собой рынок”¹. Принуждение здесь должно выражать власть самого права, быть в интересах всех участников товарно-денежных отношений и правового общения, исходить от государства как “общей воли”, абстрактно-всеобщего лица. Принуждение в таком обществе должно по необходимости протекать в правовой форме, а не представлять собой акт целесообразности. “Оно должно выступать как принуждение, исходящее от некоторого абстрактного общего лица, как принуждение, осуществляемое не в интересах того индивида, от которого оно исходит, — ибо каждый человек в товарном обществе — это эгоистический человек, — но в интересах всех участников правового общения”².

В качестве такого абстрактно-всеобщего лица и выступает государство — публичная власть в условиях рыночного общества. Выступая в качестве гаранта меновых и вообще частных отношений, “власть становится общественной, публичной властью, властью, преследующей безличный интерес порядка”³. Здесь, по Пашуканису, находится ответ на вопрос о том, по-

¹ Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. С. 187—188.

² Там же. С. 53.

³ Там же. С. 188—189.

¹ Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. С. 135.

² Там же. С. 136.

³ Там же. С. 130.

чему “господство класса не остается тем, что оно есть, т.е. фактическим подчинением одной части населения другой, но принимает форму официального государственного властвования” или, иначе говоря, “почему аппарат господствующего принуждения создается не как частный аппарат господствующего класса, но отделяется от последнего, принимает форму безличного, оторванного от общества аппарата публичной власти?”¹.

Классовое господство, подчеркивает Пашуканис, гораздо шире официального господства государственной власти. Наряду с прямым и непосредственным классовым господством, в рыночном обществе вырастают косвенное, отраженное господство в виде официальной государственной власти как особой силы, отделившейся от общества.

Из этих и других аналогичных суждений Пашуканиса о государстве как о форме публичной власти (а не просто прямом классовом подавлении и т.д.), казалось бы, следует, что государство — это правовая организация, поскольку в понятии публичной (государственной) власти присутствует (также и по признанию Пашуканиса) правовой аспект: ведь именно момент правового опосредования придает классовому господству характер публичной (т.е. государственной, абстрактно-всеобщей для общества в целом и всех его членов в отдельности) власти. Будучи последовательным, он должен был бы признать, что отнюдь не всякое классовое господство, не всякая классовая организация власти над обществом и его членами, а только правовая форма организации власти есть публичная власть, есть государство. В таком случае, как максимум, его классовый подход, логически говоря, позволял бы ему утверждать лишь следующее: государство (т.е. публично-правовая власть) тоже носит классовый характер, но эта классовость состоит не в классовом подавлении, не в классовой власти, словом, не в диктатуре класса, а в господстве права (с его принципом формального равенства и свободой всех индивидов при их фактических различиях), в классовой природе этого права, которое по сути своей для Пашуканиса является буржуазно-классовым феноменом.

Но вопреки этому Пашуканис, прибегая к методологическому приему “удвоения действительности”, использовал понятие “государство” в двух совершенно различных значениях: 1) как организации фактического подавления и господства (клас-

¹ Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. С. 132.

совой диктатуры, аппарата внутреннего и внешнего насилия по принципу классовой целесообразности); 2) как организации публичной власти (правового порядка власти, правового государства и т.д.). “Государство как организация классового господства и как организация для ведения внешних войн, — писал он, — не требует правового истолкования и по сути дела не допускает его. Это — области, где царит так называемый *raison d'état*, т.е. принцип голой целесообразности. Наоборот, власть как гарант рыночного обмена не только может быть выражена в терминах права, но и сама представляется как право, и только право, т.е. сливается целиком с отвлеченной объективной нормой”¹.

Такая теоретическая непоследовательность и связанная с ней понятийная неопределенность ведут к смешению в категории “государство” разнородных, противоположных феноменов — права и произвола, неправовой (диктаторской) власти (целесообразного насилия) и власти правовой, публичной.

Однако свою собственную непоследовательность и смешение понятий Пашуканис (в русле принципиальной марксистской материалистической и классовой борьбы против права, юридической идеологии и государства как по сути сугубо буржуазных явлений) выдает за пороки, двойственность, иллюзорность и права и правовой теории государства как таковых. “Поэтому, — писал он, — всякая юридическая теория государства, которая хочет охватить все функции последнего, по необходимости является неадекватной. Она не может быть верным отражением всех фактов государственной жизни, но дает лишь идеологическое, т.е. искаженное, отражение действительности”².

Здесь все, как говорится, валится с большой головы на здоровую. Из всех этих суждений Пашуканиса прежде всего следует лишь тот вывод, что ему самому не удалось наметить сколько-нибудь последовательную, внутренне непротиворечивую, понятийно единую теорию, в рамках которой определенная концепция права, опирающаяся на марксистские (исторические, экономико-материалистические, классово-пролетарские, коммунистические) представления, логически сочеталась бы с соответствующими марксистскими представлениями о государстве. Это и не могло ему удасться уже из-за нестыковки в конечном счете самих марксистских представлений о

¹ Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. С. 130—131.

² Там же. С. 131.

праве как форме экономико-товарных отношений и о государстве как организации классовой диктатуры, классового насилия и т.д.

Кстати говоря, логически и фактически не стыкуются и не согласуются между собой также и различные марксистские положения о самом праве (например характеристики права то как формы экономических отношений, то как воли класса, то как общегосударственной воли, то как средства принуждения, тот как продукта общества, то как продукта государства и т.д.) или о государстве (например толкование государства то как организации публичной власти всего общества, тот как диктатуры класса и комитета классового господства, то как связанного объективно экономически обусловленными правовыми формами, нормами и отношениями, то как не связанного никаким правом и никакими законами аппарата классового подавления, то как порождаемого экономическими отношениями общества вторичного, “надстроечного” явления, то как исходного и решающего “внеэкономического фактора”, посредством прямого политического насилия подчиняющего себе общество, изменяющего сущность и характер общественных отношений, определяющего “базис” общества и т.д.).

Причем вся эта разнородность марксистских суждений об одном и том же объекте усугубляется и доводится до полной неопределенности в силу того, что в одних случаях марксистской трактовки соответствующий объект (в нашем случае — право, государство) берется то как реальное явление и факт действительности (как объективно необходимая, фактически наличная и действительная форма отношений), то лишь как некий идеологический, т.е., согласно марксизму, ложный, иллюзорный, нереальный, недействительный феномен. Отсюда и многочисленность различных подходов, школ, направлений, претендующих на выражение “подлинного” марксизма, ленинизма, коммунизма в вопросах общества, права, государства, власти и т.д.

В связи со всем этим весьма показательно, что принципиальная невозможность формулирования собственно марксистской юридической теории государства (и, в частности, марксистской теории правового государства) — именно марксистской теории взаимосвязи права и государства, марксистской теории правового государства, а не марксистской критики буржуазного права, государства и правового государства и т.д. — выдвигается Пашуканисом за невозможность вообще юридической теории государства (и вместе с тем теории правового государства) как таковой.

Пашуканис утверждает, что “юридическое понимание государства никогда не может стать теорией, но всегда будет представляться как идеологическое извращение фактов”¹. Ему здесь следовало бы добавить: с точки зрения марксистской правовой и политической идеологии. Но он не замечает, что именно крайняя идеологизированность развиваемого им марксистского подхода к праву и государству, классовая неприязнь к ним как буржуазным явлениям и позволяет ему легко (без научной теории, одной лишь классовой идеологической критикой) разделаться с ними как идеологическими извращениями. “Правовое государство, — утверждает он, — это мираж, но мираж, весьма удобный для буржуазии, потому что он заменяет выветрившуюся религиозную идеологию, он заслоняет от масс факт господства буржуазии... Власть, как “общая воля”, как “власть права”, постольку реализуется в буржуазном обществе, поскольку последнее представляет собой рынок. С этой точки зрения и полицейский устав может выступить перед нами как воплощение идеи Канта о свободе, ограниченной свободой другого”².

Пашуканису кажется, что указав на “рынок” как на подоплеку правового государства, он разоблачил все “иллюзии” о свободе и праве индивидов и оставил их один на один с голой диктатурой буржуазии в виде эквивалентного обмена товаров и полицейского устава. Но сами-то “миражи” (право, правовое государство, индивидуальная свобода и даже требование соответствия в правовом государстве полицейского устава идее правового закона) и после подобных “разоблачений” остаются фактами буржуазной действительности, не менее реальными, чем “рынок” и т.д. Так что разоблачения и критика подобного рода призваны лишь вновь и вновь подтвердить негативное отношение ко всем (“базисным” и “надстроечным”) явлениям капитализма и показать, что уничтожение частной собственности, товарных отношений и рынка в процессе пролетарской революции означает вместе с тем и ликвидацию права, правового государства, “общей воли” граждан, свободного и независимого индивида — товаровладельца и субъекта права, а также всех иных “миражей” старого мира.

В середине 30-х годов Пашуканисом была выдвинута **концепция так называемого “социалистического права”**. С учетом партийных положений о том, что в стране в основном

¹ Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. С. 88.

² Там же. С. 138.

построено “бесклассовое социалистическое общество”, он стал говорить о необходимости развертывания “исследований социалистического государства, о роли социалистического советского права”¹.

Все прежние интерпретации Пашуканисом положений Маркса и Ленина о буржуазном “равном праве” при социализме (на первой фазе коммунизма) со всей очевидностью исключали возможность признания “социалистического права”. И поэтому он, критикуя ранее другие толкования советского права (как права пролетарского и т.д.), адресовал своим оппонентам довольно каверзный вопрос: “Почему вы не предлагаете назвать это право социалистическим?”².

Теперь же он, отрешиваясь от своей прежней позиции, от концепции “буржуазности” всякого права и т.д. как “антимарксистской путаницы”³, начал толковать советское право как право социалистическое с самого начала его возникновения. “Большая социалистическая Октябрьская революция, — пояснял он, — нанесла удар капиталистической частной собственности и положила начало новой социалистической системе права. В этом основное и главное для понимания советского права, его социалистической сущности как права пролетарского государства”⁴.

Вместе с “социалистическим правом” Пашуканис уже признавал и ранее отвергавшиеся им представления о “системе советского права”, о каких-то особых “социалистических правовых понятиях” и т.д.⁵.

Идеи признания и защиты “системы советского социалистического права”, “социалистического правопорядка” и т.д. развивались и в последующих публикациях Пашуканиса (вплоть до его ареста и казни в 1937 г.)⁶.

Вслед за Пашуканисом сходные представления о “социалистическом праве” были развиты и в статье его сторонника **М. Доценко**⁷.

¹ Пашуканис Е. Государство и право при социализме // Советское государство. 1936. № 3. С. 4.

² Пашуканис Е. Положение на теоретическом правовом фронте // Советское государство и революция права. 1930. № 11—12. С. 41.

³ Пашуканис Е. Государство и право при социализме. С. 8.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 11.

⁶ См.: Пашуканис Е. Сталинская Конституция и социалистическая законность // Советское государство. 1936. № 4. С. 23, 28; Он же. Советское социалистическое право // Большевик. 1936. № 22. С. 20—32.

⁷ См.: Доценко М. Советское социалистическое право // Советское государство. 1936. № 3. С. 30.

В контексте нового подхода Пашуканис и Доценко стали выдавать буржуазное “равное право”, которое применительно к социализму предсказывали Маркс и Ленин, уже за “социалистическое право”. При этом они, среди прочего, обходили деликатный вопрос: почему же классики допустили такой непростительный “промах”, назвав социалистическое право буржуазным?

Концепция “социалистического права” была в условиях победы социализма (на путях насильственной коллективизации, ликвидации кулачества и вообще “капиталистических элементов” в городе и деревне и в конечном счете полной социализации средств производства в стране) естественным продолжением иллюзий о наличии какого-то небуржуазного, послереволюционного, качественно нового (пролетарского, советского) права.

С позиций психологической теории права классовую концепцию права развивал **М.А. Рейснер**. Еще до революции он начал, а затем продолжал классовую интерпретацию и переработку ряда идей таких представителей психологической школы права, как Л. Кнапп и Л. Петражицкий¹.

Свою заслугу в области марксистского правоведения он видел в том, что учение Петражицкого об интуитивном праве поставил “на марксистское основание”, в результате чего “получилось не интуитивное право вообще, которое могло там и здесь давать индивидуальные нормы, приспособленные к известным общественным условиям, а самое настоящее классовое право, которое в виде права интуитивного выработывалось вне каких бы то ни было официальных рамок в рядах угнетенной и эксплуатируемой массы”².

Марксистские представления о классовости права Рейснер толковал в том смысле, что каждый общественный класс — не только класс господствующий, но и угнетенные классы — в соответствии с положением данного класса в обществе и его психикой творит свое реально существующее и действующее интуитивное классовое право. Уже при капитализме, по Рейснеру, имеется не только буржуазное право, но также пролетарское право и крестьянское право. Так что не “все право” запятнано “эксплуататорской целью”³.

¹ См., в частности: Рейснер М.А. Теория Петражицкого, марксизм и социальная идеология. СПб., 1908; Он же. Государство. СПб., 1911 (2-е изд. 1918); Он же. Основы Советской Конституции. М., 1918; Он же. Государство буржуазии и РСФСР. М., 1923; Он же. Право. Наше право. Чужое право. Общее право. Л., 1925 (в дальнейшем цитировании — просто “Право”).

² Рейснер М.А. Право. С. 20.

³ Рейснер М.А. Теория Петражицкого, марксизм и социальная идеология. С. 159—160.

В целом “право, как идеологическая форма, построенная при помощи борьбы за равенство и связанную с ним справедливость, включает в себе два основных момента, — а именно, во-первых, волевою сторону или одностороннее “субъективное право” и, во-вторых, нахождение общей правовой почвы и создание при помощи соглашения двустороннего “объективного права”. Лишь там возможна правовая борьба, где имеется возможность нахождения такой почвы”¹.

Всякое так называемое “общее” право (общий правовой порядок) — как при капитализме, так и после победы пролетарской революции — представляет собой, по Рейснеру, компромисс и объединение наличных в данном обществе субъективных классовых прав. “Ибо, — замечает он, — одинаково и буржуазное государство и наше Советское точно так же включает в свой общий правовой порядок и право пролетарское, крестьянское, и буржуазное. Одного только, пожалуй, “права” у нас нет — это права землевладельческого в смысле частного землевладения, хотя зато мы имеем грандиозного помещика в лице самих Советов, владеющих порядочным количеством имений в виде советских хозяйств”². Разница, однако, в том, что при капитализме господствующее положение в общем правовом порядке занимает право буржуазии, а в советском правовом порядке — пролетарское право.

Очевидно, что “социалистическое право рабочего класса”, которое, по верной оценке Рейснера, при военном коммунизме “делает попытку своего наиболее яркого воплощения”³, — это во всяком случае не право, а нечто совсем другое (приказные нормы диктатуры пролетариата и правящей коммунистической партии, требования партийно-политической целесообразности, порядок принудительного труда и пайково-потребительной уравниловки и т.д.).

¹ Рейснер М.А. Право. С. 267.

² Там же. С. 198. Здесь, как и в других случаях, следует учитывать то обстоятельство, что у Рейснера право при капитализме (как “общее” право) не совпадает с буржуазным правом (с субъективным правом буржуазии); точно так же право советское (право при диктатуре пролетариата) как “общее” право не совпадает с пролетарским правом (с субъективным правом пролетариата).

³ Там же. С. 246. Рейснер здесь, видимо, первым использует понятие “социалистическое право”. Правда, “социалистическим правом” при этом он именуется классовое субъективное пролетарское право, а не “общее” советское право, которое обозначается им как “социалистический правовой порядок” (см. там же. С. 246, 247).

При нэпе, с сожалением констатирует Рейснер, пришлось “усилить примесь буржуазного права и буржуазной государственности, которые и без того естественно входили в состав социалистического правового порядка”¹. “Общее” советское право в этих условиях предстает как компромисс трех классовых систем права (пролетарского, крестьянского и буржуазного права). Это “общее” (советское) право периода нэпа он ввиду доминирующей роли пролетарского (социалистического) права также характеризует как “социалистический правовой порядок”, который включает в себя классовое право трех классов².

Вся история права — это, по Рейснеру, “история его угасания”³. При коммунизме оно угаснет навсегда.

Такое классовое перетолкование интуитивного права фактически отвергает основание и суть психологического правового понимания вообще — индивида с его правовой психикой, правовыми притязаниями, эмоциями и т.д. И на примере рейснеровской концепции классовости права хорошо видно, как **классовость убивает право**.

Проблемам построения марксистской теории права в 20-е годы был посвящен также ряд публикаций **И. Разумовского**⁴. Он подчеркивал, что марксистская теория права должна строиться по аналогии с Марксовой критикой политэкономии. Отсюда и его в целом положительное отношение к работе Пашуканиса при расхождении в “некоторых частностях”⁵.

Для Разумовского (как и для Пашуканиса — с ориентацией на “Капитал”) единственно правильный подход к построению марксистской теории права — это “социологическая и социалистическая критика буржуазной общей теории права”⁶. При этом он отмечал важность теоретико-правовых исследований для правильного и конкретного понимания хода исторического развития, для теории исторического материализма в целом. “Ибо, — писал он, — вопросы права и связи его с экономической структурой общества, послужившие, как известно, в свое время отправным пунктом для всех дальнейших теоретических построений Маркса, это — *основные вопросы марксистской социологии*, это лучший пробный камень для проверки и

¹ Рейснер М.А. Право. С. 221.

² Там же. С. 274.

³ Там же.

⁴ См., в частности: *Разумовский И.* Понятие права у Маркса и Энгельса // Под знаменем марксизма. 1923. № 2—3; *Он же.* Проблемы марксистской теории права. М., 1925.

⁵ *Разумовский И.* Проблема марксистской теории права. С. 3.

⁶ Там же. С. 4.

подтверждения основных предпосылок марксистской диалектической методологии”¹.

В отличие от Пашуканиса, исходившего от правового субъекта как простейшей клеточки правовой ткани, Разумовский считал, что в марксистской критике общей теории права аналитическому и генетическому рассмотрению в его историческом и логическом развитии «должно подвергнуться “простейшее правовое отношение”, согласно указанию Маркса — *владение*, и его развитие в *частную собственность*, — являющуюся в ином своем аспекте, “с обратной стороны” — отношением *господства и подчинения*»².

Как идеологическое опосредование (идеологическая форма) классовых материальных (экономических) отношений право, по Разумовскому, — это форма общественного сознания. Сформулированное им общее определение права как идеологического способа и порядка опосредования материальных отношений в классовом обществе звучит так: «Порядок общественных отношений, в конечном счете отношений между классами, поскольку он отображается в общественном сознании, исторически неизбежно абстрагируется, отдифференцируется для этого сознания от своих материальных условий и, объективируясь для него, получает дальнейшее сложное идеологическое развитие в системах “норм”»³.

Отмирание “буржуазного права”, по Разумовскому, означает “смерть права как идеологии” и переход в коммунистическом обществе “к сознательно регулируемой и сознающей характер своей связи с материальными условиями производства системе общественного поведения”⁴.

Диктатуру пролетариата как “правовое государство” и советскую концепцию октроированных прав в середине 20-х годов развивал **А. Малицкий**. В обоснование правового характера диктатуры пролетариата он в работе “Советская Конституция” приводил следующие соображения: “подчиненность всех органов государственной власти велению закона, т.е. праву, носит название “правового режима”, а само государство, проводящее правовой режим, называется “правовым государством”,

¹ Разумовский И. Проблема марксистской теории права. С. 5.

² Там же. С. 18. Расходясь здесь с Пашуканисом, полагавшим, что отношения господства и подчинения не укладываются полностью в правовую форму, Разумовский считал и эти отношения правовыми, т.е. идеологически опосредуемыми.

³ Там же. С. 50.

⁴ Там же. С. 23.

“советская республика есть государство правовое, осуществляющее свою деятельность в условиях правового режима”¹.

При этом Малицкий, отождествлявший право и закон, под “правовым государством” имел в виду любое “государство” (точнее говоря — любую власть, в том числе партийную, диктаторскую и т.д.), где есть “законы”, хотя бы в виде приказных норм различных органов диктатуры пролетариата.

То классовое понимание права и государства, которого придерживался (вместе с другими представителями марксистско-ленинского учения о государстве и праве) Малицкий, фактически отрицало принципы права и правового государства, а тем более их совместимость с системой институтов и норм диктатуры пролетариата. Отсюда — внутренняя противоречивость и в целом несостоятельность (теоретическая и практическая) его интерпретации диктатуры пролетариата как государства правового.

Общее определение права Малицкого находилось под заметным влиянием позиции Стучки, но с большим выделением нормативного аспекта. “Право, — писал он, — есть порядок общественных отношений, устанавливаемый господствующим классом в своих классовых интересах и охраняемый организованной силой этого класса. Право как порядок, или иначе *правопорядок*, выражается в определенных правилах поведения, защищаемых организованной силой господствующего класса: *в правовых нормах*. Совокупность правовых норм называется *положительным правом*, т.е. правом, которое установлено господствующим классом, предписано этим классом”².

Такое легистское правопонимание дополняется у Малицкого положением о том, что именно государство (т.е., согласно марксистско-ленинской позиции Малицкого, организованная сила господствующего класса и машина для подавления подчиненного класса) является творцом права. Поясняя своеобразие отношений между советским “правовым государством” и индивидами, он отмечал: «Следовательно, создателем права является государство, оно же является и источником прав отдельных личностей. Таким образом, не личность жертвует часть своих прав государству, но само государство наделяет граждан правами, т.е. государство определяет личности сферу ее свободы в деле проявления ею своей инициативы, но и эту инициативу личность может проявлять и свою, предоставлен-

¹ Малицкий А. Советская Конституция. Харьков, 1924 (2-е изд., 1925). С. 27, 28.

² Малицкий А. Советская Конституция. Харьков, 2-е изд., 1925. С. 5.

ную ей государством, свободу осуществлять не исключительно в своих личных интересах, но в интересах общих, всего коллектива, или, как неоднократно говорит нам закон: “в целях развития производительных сил”¹.

Такие октроированные (дарованные “государством” диктатуры пролетариата) “права личности” в условиях советского строя даже в трактовке Малицкого предстают как чистая фикция. Он откровенно подчеркивает, что советский гражданин “получает свои права... не ради своих милых глаз, не на основании своего рождения и не для достижения своих личных целей, но от государства, из рук господствующего класса, в интересах общественных, в целях осуществления своих обязанностей, лежащих на нем как на члене общества, как на участнике в процессе производства и распределения”².

В соответствии с логикой изображенного Малицким советского “правового государства” получается, что гражданину даны (дарованы) права лишь для того, чтобы он выполнял предписанные ему обязанности по отношению к государству, коллективу и т.д. “Поэтому, — поясняет он, — в Советской Республике права как гражданские, так и публичные должны рассматриваться как средства для осуществления гражданином его официальных функций, его общественных обязанностей. Это значит, что право, принадлежащее личности, есть не столько свобода личности, сколько ее общественная обязанность. Право как обязанность — вот коренное отличие взгляда социализма на субъективные права личности от воззрения на них буржуазной доктрины Запада. А раз гражданин получает свои права, т.е. границы своей свободы, из рук государства, то буржуазный принцип: “Все, что не запрещено законом, считается дозволенным” в советском строе должен уступить место обратному положению: “Дозволено лишь то, что по законам разрешено”, так как носителем и источником прав является не личность, но государство”³.

Советский государственный строй, по словам Малицкого, “имеет следующие правовые предпосылки: а) диктатура пролетариата, б) отмена частной собственности, в) федерация трудящихся классов всех наций”⁴.

Но эти “предпосылки” как раз исключали право с его принципом формального равенства и свободы индивидов, хотя,

¹ Малицкий А. Советская Конституция. С. 48.

² Там же. С. 49.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 26.

конечно, и при таких правоисключающих предпосылках политико-партийная власть диктатуры пролетариата издавала разного рода акты — декреты, постановления, циркуляры и т.д., словом, “законы”. Но издавать такие неправовые “законы” и быть правовым режимом, правовым государством — вещи совершенно разные. Поэтому Малицкому пришлось попросту выдумывать какую-то особую версию “правового” характера диктатуры пролетариата. “Не надо, — поучает он в этой связи, — смешивать понятие “правовое государство” как государство, проводящее “правовой режим”, т.е. подчиненность всех органов государственной власти закону, с понятием “правового государства” как теории государства, ограниченного “правами личности” и потому во имя “прав личности” руководящегося в своей главным образом законодательной деятельности принципами отвлеченного права, как чего-то стоящего над государством, но по существу являющегося защитой интересов капиталиста-одиночки: индивидуализм буржуазного права”¹.

Применительно к советскому “правовому государству” Малицкий отвергал и принцип разделения властей. “В противовес этому, — отмечал он, — Советский строй основан на таких формах деятельности государственных органов, при которых достигалось бы соединение законодательной и исполнительной государственной работы, т.е. слияние управления с законодательством”². Он, однако, не пояснял, каким образом может быть осуществлено подчинение исполнительных органов диктатуры пролетариата закону в условиях законодательства самих этих исполнительных органов. Обходит молчанием Малицкий и вопрос о монополии политической власти в руках правящей коммунистической партии, что также наглядно демонстрировало несостоятельность его трактовки “государства” диктатуры пролетариата в качестве правового государства.

Подход Малицкого, представлявший собой причудливую смесь советско-апологетического рвения и буржуазной экзотики, был подвергнут критике его более осмотрительными коллегами.

Под воздействием партийно-политических решений и установок конца 20-х — начала 30-х годов о нэпе, коллективизации, темпах индустриализации, борьбе против различных “уклонов” и т.д. представители различных направлений право-

¹ Малицкий А. Советская Конституция. С. 46.

² Там же. С. 35.

понимания вносили существенные изменения и коррективы в свои подходы к проблемам права и государства.

Прямая ориентировка на дальнейшую политизацию юридической науки (в духе тогдашней политической практики и “курса партии” на борьбу против правых и левых, против троцкистов и бухаринцев, против “оппортунизма” и буржуазной идеологии) содержалась уже в установочном докладе **Л. Кагановича** в Институте советского строительства и права Коммунистической академии (4 ноября 1929 г.).

Не только буржуазные юристы, но и часть коммунистов-государствоведов, по оценке Кагановича, оказались “в плену у старой буржуазной методологии”¹. В качестве примера он сослался на подход А. Малицкого. “Ведь мы, — подчеркнул Каганович, — отвергаем понятие правового государства даже для буржуазного государства. Как марксисты, мы считаем, что буржуазное государство, прикрываемое формой права, закона, демократии, формального равенства, по сути дела есть не что иное как буржуазная диктатура. Понятие “правовое государство” изобретено буржуазными учеными для того, чтобы скрыть классовую природу буржуазного государства. Если человек, претендующий на звание марксиста, говорит всерьез о правовом государстве и тем более применяет понятие “правового государства” к советскому государству, то это значит, что он идет на поводу у буржуазных юристов, это значит, что он отходит от марксистско-ленинского учения о государстве”².

Свое понимание (в принципе, надо признать, адекватное) марксистско-ленинского учения в этом вопросе Каганович подкрепил рядом цитат из работ Ленина, в том числе: “Диктатура означает... неограниченную, опирающуюся на силу, а не на закон, власть”; “Диктатура есть власть, опирающаяся непосредственно на насилие, не связанная никакими законами. Революционная диктатура пролетариата есть власть, завоеванная и поддерживаемая насилием пролетариата над буржуазией, — власть, не связанная никакими законами”³.

В духе такого толкования советского государства как диктатуры пролетариата, не ограниченной никакими (в том числе, конечно, и своими, советскими) законами, Каганович далее весьма откровенно констатировал подлинное место и значение

¹ Каганович Л. Двенадцать лет строительства советского государства и борьба с оппортунизмом // Советское государство и революция права. 1930. № 1. С. 8.

² Там же. С. 9.

³ Там же.

“законов” в условиях пролетарской диктатуры: “Конечно, все это не исключает закона. У нас есть законы. Наши законы определяют функции и круг деятельности отдельных органов государственной власти. Но наши законы определяются революционной целесообразностью в каждый данный момент”¹.

Выступление Кагановича послужило сигналом к развертыванию на “правовом фронте” широкой кампании большевистской “критики и самокритики”. В этих условиях обострилась борьба и между двумя основными позициями в советском правоведении того времени — позициями Пашуканиса и Стучки. Общетеоретические споры о правопонимании по-своему преломлялись и развивались в **отраслевых юридических науках**.

На I Всесоюзном съезде марксистов-государственников и юристов (1931) была предпринята попытка выработки некой единой “правильной” позиции и линии (по аналогии с “генеральной линией” в политике) в вопросах правопонимания. Среди участников съезда доминировали сторонники Пашуканиса, и резолюция съезда была принята по докладам Пашуканиса и Я.Бермана².

Как Стучка, так и Пашуканис были охарактеризованы в резолюции как “виднейшие представители марксистско-ленинской теории права”³. Признание их вклада сочеталось с перечислением ряда недостатков их концепций.

В целом предложенная названным съездом общая позиция носила эклектический характер и пыталась соединить несовместимые друг с другом представления. Особенно наглядно это проявилось в том, что авторы резолюции, признавая пролетарскую классовую сущность советского права, в то же время отрицают концепцию “пролетарского права”, чтобы как-то спасти доктринальные представления (а заодно и какие-то остатки прежних взглядов Пашуканиса) о буржуазном “равном праве” после пролетарской революции.

Однако и после I съезда марксистов-государственников и юристов какого-то единого подхода и тем более “генеральной линии” в правопонимании не было. Споры между различными концепциями (и прежде всего — Стучки и Пашуканиса) продолжались и даже усиливались и ужесточались.

¹ Каганович Л. Двенадцать лет строительства советского государства и борьба с оппортунизмом // Советское государство и революция права. 1930. № 1. С. 9.

² Резолюция I Всесоюзного съезда марксистов-государственников и юристов по докладам Е. Пашуканиса и Я. Бермана // Советское государство и революция права. 1931. № 3. С. 143—153.

³ Там же. С. 141.

Искомая “генеральная линия” в советской юридической науке была утверждена на “I совещании по вопросам науки советского государства и права” (16—19 июля 1938 г.). Его организатором и дирижером был подручный Сталина на “правовом фронте” **А.Я. Вышинский**. Совещанию был придан всесоюзный характер, и в его работе участвовало около 600 научных работников, преподавателей, практиков из различных регионов страны.

Цели и задачи совещания состояли в том, чтобы в духе потребностей репрессивной практики тоталитаризма утвердить единую общеобязательную “единственно верную” марксистско-ленинскую, сталинско-большевистскую линию в юридической науке, с этих позиций переоценить и отвергнуть все направления, подходы и концепции советских юристов предшествующего периода как “враждебные” и “антисоветские”.

В тезисах, длинном установочном докладе и заключительном слове Вышинского на совещании 1938 г., в выступлениях участников прений основное внимание было уделено “разоблачению” положений “троцкистско-бухаринской банды во главе с Пашукиным, Крыленко и рядом других изменников”¹, вопросам нового общего определения права и вытекающим отсюда задачам теории государства и права и отраслевых юридических дисциплин.

В первоначальных тезисах к докладу Вышинского (и в его устном докладе) формулировка нового общего определения выглядела так: “Право — совокупность правил поведения, установленных государственной властью, как властью господствующего в обществе класса, а также санкционированных государственной властью обычаев и правил общежития, осуществляемых в принудительном порядке при помощи государственного аппарата в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу”².

В письменном же тексте доклада Вышинского и в одобренных совещанием тезисах его доклада **формулировка общего определения права** дана в следующей “окончательной редакции в соответствии с решением совещания”: “Право — совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также

обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу”¹.

В первоначальных тезисах и в докладе Вышинского отсутствовало определение советского права, но признавалась применимость этого общего определения и к советскому праву и говорилось, что анализ советского права с точки зрения указанного общего определения дает возможность раскрыть социалистическое содержание советского права, его активно-творческую роль в борьбе за социалистический строй, за переход к коммунизму. В окончательной же редакции тезисов доклада Вышинского, одобренных совещанием, дается следующее **определение советского права**: “Советское право есть совокупность правил поведения, установленных в законодательном порядке властью трудящихся, выражающих их волю и применение которых обеспечивается всей принудительной силой социалистического государства, в целях защиты, закрепления и развития отношений и порядков, выгодных и угодных трудящимся, полного и окончательного уничтожения капитализма и его пережитков в экономике, быту и сознании людей, построения коммунистического общества”².

Участники совещания в своих замечаниях и уточнениях к выдвинутому Вышинским общему определению в принципе не вышли за рамки предложенного типа правопонимания. Их предложения (при одобрении в целом и по существу) касались внутритипологических уточнений, изменений формулировок и т.д.

По своему типу “правопонимание”, предложенное Вышинским и принятое совещанием, является **легистским**, поскольку — с точки зрения традиционного критерия различения и соотношения “права и закона” — в его основе лежит отождествление “права” и “законодательства” (“действующего”, “позитивного” права, обобщенно — “закона”). Такое отождествление прямо и откровенно признавалось и утверждалось Вышинским. “Право, — писал он, — совокупность или система правил (законов), имеющих своим назначением заботу о подчинении членов общества “общим условиям производства и обмена”, т.е. о подчинении господствующим в данном обществе классовым интересам”³.

¹ Вышинский А. Основные задачи науки советского социалистического права // В кн.: Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 8.

² Тезисы доклада т. А.Я. Вышинского. М., 1938. С. 6.

¹ Основные задачи науки советского социалистического права. С. 37, 183.

² Там же. С. 183.

³ Там же. С. 170.

Распространенные характеристики подхода Вышинского и его последователей как “нормативного”, “нормативистского” и т.п. нельзя признать адекватными независимо от целей их использования. Дело прежде всего в том, что “правила поведения” (“норма”) как политико-властное установление и регулятор в определении Вышинского — это нечто совершенно иное, нежели норма социальной солидарности в социальном нормативизме Л. Дюги или норма долженствования в нормативизме Г. Кельзена.

Норма, согласно Дюги, зависит не от государства, а от факта социальной солидарности (включая и солидарность разных классов) в обществе¹. Правовой характер власти и законов зависит от их соответствия социальной норме (норме социальной солидарности).

Своя внутренняя объективная логика трактовки права как системы норм долженствования, восходящей к “основной норме”, присуща нормативизму Кельзена². Кстати, именно поэтому всякое государство, согласно его нормативизму, оказывается “правовым порядком” и “правовым государством”³.

Разумеется, подход Вышинского к норме, к праву как совокупности правил поведения (или “норм”), к государству, к соотношению государства и права, к их функциям, назначению и т.д. абсолютно исключал нормативизм в духе Дюги или Кельзена. Для него “правовые нормы” — любые субъективные и произвольные творения власти, ее приказы и установления, так что у него речь, скорее, идет о **потестаризме** (от лат. *potestas* — сила, власть), чем о нормативизме.

На отличии своего подхода от нормативизма настаивал и Вышинский, поясняя это следующим образом: “Наше определение ничего общего не имеет с нормативистскими определениями. Нормативизм исходит из абсолютно неправильного представления о праве как о “социальной солидарности” (Дюги), как норме (Кельзен), исчерпывающей содержание права, независимо от тех общественных отношений, которые определяют в действительности содержание права. Ошибка нормативистов заключается в том, что они, определяя право как совокупность норм, ограничиваются этим моментом, пони-

¹ См.: Дюги Л. Право социальное, право индивидуальное и преобразование государства. М., 1909.

² См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М.: ИНИОН АН СССР. 1987. С. 10—15, 47.

³ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М.: ИНИОН АН СССР. 1988. С. 116, 145—146.

мая самые нормы права как нечто замкнутое в себе, объясняемое из самих себя”¹.

У Вышинского же акцент сделан именно на приказах правящей власти. Ссылки при этом на обусловленность права способом производства и т.д. оставались пустыми словами. Главное в подходе Вышинского состоит в толковании **права как принудительного инструмента**, средства в руках власти для осуществления диктатуры путем соответствующего регулирования поведения людей. Характеризуя право как “регулятор общественных отношений”, он поясняет: “Наше определение исходит из отношений господства и подчинения, выражающихся в праве”². Напомнив слова Сталина о том, что “нужна власть, как рычаг преобразования”, Вышинский продолжал: “Советское право и есть один из рычагов этого преобразования. Рычаг этого преобразования — государственная власть, а право в руках государственной власти есть, так сказать, рычаг этого рычага преобразования”³.

Как “правила поведения”, так и в целом право в качестве регулятора носят в подходе Вышинского властно-приказной, принудительный характер⁴. Показательно в этой связи его отношение к предложению **Н.Н. Полянского** определить право как “совокупность приказов и запретов”. Не возражая по существу против приказного смысла и содержания советского права, Вышинский, однако, отклонил предложение Полянского по формально-терминологическим соображениям. “Нельзя, — пояснял он, — говорить, что право — совокупность приказов, так как под приказом наша Конституция понимает распоряжение наркомов. По Полянскому выйдет так, что право есть совокупность наркомовских приказов...”⁵. По сути дела же, согласно позиции Вышинского, приказами являются и другие властные акты (законы, указы, распоряжения, инструкции и т.д.).

С новых позиций (отождествление права и закона, их приказной характер и т.д.) Вышинский интерпретировал и марксистское положение о буржуазном “равном праве” при социализме. Поскольку он полностью игнорировал своеобразие и

¹ Вышинский А. Основные задачи науки советского социалистического права. С. 38.

² Там же.

³ Там же. С. 165.

⁴ Такой подход, как отмечают **В.Н. Кудрявцев** и **Е.А. Лукашева**, вполне соответствовал тогдашней действительности, когда право рассматривалось как “команда, запрет, ограничение” // Кудрявцев В.Н., Лукашева Е.А. Социалистическое правовое государство // Социалистическое правовое государство. Проблемы и суждения. М., 1989. С. 9.

⁵ Там же. С. 162.

специфику права (принцип формального равенства и т.д.), в его трактовке проблема буржуазного права при социализме поднимается вопросом о действии в течение какого-то времени некоторых из старых (буржуазных) законов после пролетарской революции. “Но если “сразу”, на другой день после захвата пролетариатом власти, пролетариат вынужден в известной мере пользоваться старыми законами и старыми нормами права, ибо других нет, — писал он, — то значит ли это, что так будет и через год и через 5, 10 и 20 лет? Нет, не значит”¹.

Декреты и другие акты диктатуры пролетариата — это и есть, по Вышинскому, новое “советское социалистическое право”, которое приходит на смену буржуазному праву.

Вышинский при этом, конечно, замалчивал (как, впрочем, и критикуемые им авторы 20—30-х годов), что в соответствии с цитируемыми им положениями Маркса и Ленина о буржуазном праве при социализме никакого послебуржуазного (нового, пролетарского, социалистического и т.д.) права быть не может.

Если отбросить демагогические ухищрения Вышинского, то суть его определения права состоит в том, что **право — это приказы диктаторской власти.**

Навязывая всем подобное радикальное отрицание права под ширмой нового “определения права”, он при этом иезуитски рассуждал: “Такой вопрос, разумеется, не решается простым голосованием, принятием резолюции. Но общее мнение специалистов-юристов нужно сформулировать. Нужно иметь то, что называется *communis opinio doctorum* — общее мнение ученых”².

Особое внимание на совещании 1938 г. было уделено безудержному восхвалению и своеобразной юридической канонизации работ и положений Сталина. В своем приветствии Сталину участники совещания, в частности, отмечали: “В качестве важнейшей задачи Совещание поставило перед всеми научными работниками-юристами самое глубокое и тщательное изучение богатейшего научного наследия Маркса-Энгельса-Ленина, самое глубокое и тщательное изучение Ваших трудов, дающих непобедимое научное и идейное оружие для разрешения всех вопросов науки о государстве и праве”³. Под этим углом зрения были определены и задачи “подготовки многочисленных кадров советских юристов сталинской эпохи, эпохи Сталинской Конституции победившего социализма и подлинного демократизма”⁴. И надо признать, что “многочисленные

¹ Кудрявцев В.Н., Лукашева Е.А. Социалистическое правовое государство С. 36.

² Там же. С. 38.

³ Там же. С. 4.

⁴ Там же. С. 3.

кадры советских юристов сталинской эпохи”, как говорится, правильно поняли эти установки и активно проводили их в жизнь на всех участках “правового фронта”.

Приказное “правопонимание”, одобренное “с подачи” Вышинского совещанием 1938 г., полностью и без всякого исключения господствовало в советской литературе вплоть до второй половины 50-х годов, когда после критики “культы личности Сталина” на XX съезде КПСС появилась некоторая возможность высказать какую-либо иную точку зрения по проблематике понятия и определения права.

Такой насильственный монополизм в науке означал лишение ее самостоятельного, объективно-исследовательского, познавательного, собственно научного статуса, превращение ее в служанку тоталитарной власти, в послушного и безоговорочного апологета антиправового законодательства и неправовой практики.

И в общетеоретических работах, и в области отраслевых юридических дисциплин почти дословно повторялась (в той или иной редакции) дефиниция Вышинского, воспроизводились все основные положения соответствующих подходов к праву и государству¹.

Этот тип понимания, определения и трактовки “права” по существу сохранился и после того, как с начала 60-х годов по аналогии с “советским социалистическим общенародным государством” стали говорить о “советском социалистическом общенародном праве”. На XXII съезде КПСС в 1962 г. утверждалось, что на современном этапе, когда социализм победил не только полностью, но и окончательно, когда советское общество вступило в период строительства коммунизма, диктатура пролетариата в СССР с точки зрения внутреннего развития перестала быть необходимой. Социалистическое государство, которое возникло как государство диктатуры пролетариата, на современном этапе, говорилось в решении съезда, превратилось в “общенародное государство”².

¹ См., например: Советское государственное право. М., 1938; Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940; Денисов А.И. Теория государства и права. М., 1948; Аржанов М.А. Теория государства и права. М., 1948; Он же. Государство и право в их соотношении. М., 1960; Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949; Теория государства и права. М., 1948; Александров Н.Г. Сущность права (К вопросу о сущности исторических типов права). М., 1950; Он же. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955; Теория государства и права. М., 1955; Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1961 и др.

² См.: XXII съезд Коммунистической партии Советского Союза. Ч. III. М., 1963. С. 303.

Но положения о переходе от государства и права диктатуры пролетариата к **общенародному государству и праву** носили, по существу, декларативный и пропагандистский характер, поскольку некоторые изменения в политическом режиме, законодательстве, хозяйственной, духовной жизни страны и в целом мероприятия по “преодолению последствий культа личности Сталина” фактически не затронули социальные и экономические характеристики общества, фундаментальные принципы, функции и структуры диктатуры пролетариата и его **репрессивно-приказной регулятивной системы**. И в условиях декларированного перехода к “общенародному государству и праву” в советской юридической науке, за очень редким исключением, продолжали господствовать слегка словесно модернизированные, но по существу прежние представления о праве вообще и советском социалистическом праве как совокупности (или системе) правил поведения (норм), установленных государством и обеспеченных его принуждением¹.

Позитивное отношение к “правопониманию” образца 1938 г. присутствовало и в ряде работ времен перестройки².

Живучесть и господствующие позиции этого “правопонимания” в советской юридической науке были обусловлены в конечном счете большой внутренней адекватностью этого подхода к “праву” социально-исторической ситуации отсутствия какого-либо действительного права в условиях победившего социализма, всестороннего и полного утверждения социалистического тоталитаризма, монополизации всей власти в руках одной бессменно правящей партии. Именно с помощью такого “правопонимания” легче и удобнее всего можно было выдавать за “право” приказные, партийно-политические и идеологические установки, “нормы” и “правила” коммунистической диктатуры, которая под вывеской “административно-командной системы” (а это лишь несколько от времени вылинявшая и ослабевшая,

¹ См., например: Теория государства и права. Основы марксистско-ленинского учения о государстве и праве. М., 1962; Общая теория советского права. М., 1966; Основы теории государства и права. М., 1969; Недбайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права. Киев, 1971; Теория государства и права. М., 1968 (II изд., 1974); Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия. М., 1970; Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Л., 1982; Теория государства и права. М., 1983; Основы теории государства и права. М., 1988 и др.

² См., в частности: Нормы советского права. Проблемы теории. Саратов, 1987. С. 16.

внешне отчасти измененная и подновленная, словесно общенародная, но по существу та же самая диктатура пролетариата) дожила до начала 90-х годов.

Правда, уже с середины 50-х годов некоторые юристы старшего поколения — в противовес “узконормативному” определению права — стали трактовать **право как единство правовой нормы и правоотношения (С.Ф. Кечекьян, А.А. Пионтковский)** или как **единство правовой нормы, правоотношения и правосознания (А.К. Стальевич, Я.Ф. Миколенко)**¹.

При этом правоотношение (и связанное с ним субъективное право — в трактовках Кечекьяна и Пионтковского) и соответственно правоотношение и правосознание (согласно Стальевичу и Миколенко)² предстают как реализация и результат действия “правовой нормы”, производные от нее формы и проявления права. Исходный и определяющий характер “правовой нормы”, т.е. нормативность права в смысле определения 1938 г. и последующей “официальной” традиции, следовательно, продолжали признаваться, но эту нормативность предлагалось дополнить моментом ее осуществления в жизни.

Таким образом, трактовка проблемы “социалистического права” (у Кечекьяна, Пионтковского и др.), как и в определении права 1938 г., исходит (сознательно или по недоразумению — другой вопрос!) из некорректной и неадекватной неправовым реалиям социализма **презумпции о наличии “правовой нормы” там, где ее нет и не может быть**. В таком допущении — суть дела, сердцевина и так называемого “узконормативного” правопонимания Вышинского и его последователей, и так называемого более “широкого” правопонимания в трактовках Кечекьяна, Пионтковского, Стальевича, Миколенко и

¹ См.: Кечекьян С.Ф. Нормы права и правоотношения // Советское государство и право. 1955. № 2; Он же. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958; Пионтковский А.А. Некоторые вопросы общей теории государства и права // Советское государство и право. 1956. № 1; Он же. К вопросу о взаимоотношении объективного и субъективного права // Советское государство и право. 1958. № 5; Он же. К вопросу об изучении общенародного права // Советское государство и право. 1962. № 11; Он же. Юридическая наука, ее природа и метод // Советское государство и право. 1965. № 7; Стальевич А.К. Некоторые вопросы теории социалистических правовых отношений // Советское государство и право. 1957. № 12; Он же. Ценная книга // Советское государство и право. 1965. № 7; Миколенко Я.Ф. Право и формы его проявления // Советское государство и право. 1965. № 7.

² Идея такого единства правовой нормы, правоотношения и правосознания по-своему развивалась и в книге В.П. Казимирчука “Право и методы его изучения” (М., 1965. С. 19, 66 и след.).

других авторов, предлагавших “правовую норму” (а на самом деле — норму неправового законодательства) дополнить ее производными (формами ее реализации) — “правоотношением”, “правосознанием”.

В целом полемика представителей “широкого” понимания права и сторонников “узконоормативного” подхода носит **непринципиальный характер**, поскольку в фактически неправовой ситуации оба направления в одинаковой мере базируются на априорной предпосылке о наличии “советского социалистического права”, под которым, по существу, имеется в виду советское законодательство. “Широкий” подход является “нормативным” (можно сказать, “широконормативным”) в том же самом смысле, что и “узконоормативное” направление. “Расширение” здесь “узких” мест сути дела не меняет.

Вместе с тем следует отметить, что появление “широкого” подхода к пониманию права стало заметным позитивным событием в советской юридической науке¹. Своей критикой определения права 1938 г. сторонники “широкого” подхода нарушили сложившуюся монополию официального “правопонимания” и положили конец “монолитному единству” на “правовом фронте”.

В 60-е и особенно в 70—80-е годы “узконоормативный” подход постепенно (в том числе и под влиянием новых трактовок права) терял свое прежнее значение и позиции. Заметно активизировался отход от официального “правопонимания”. Это особенно отчетливо проявилось на проведенном журналом “Советское государство и право” заседании “Круглого стола” по теме “О понимании советского права”, где в ходе острых дискуссий большая группа ученых подвергла критике прежнее “нормативное” понимание права и выступила с обоснованием иных трактовок права².

Критика эта велась с разных позиций и исходила из существенно расходящихся между собой представлений о праве. Но поскольку острые критики было направлено против **“узконоормативного” подхода**, всех несогласных с этим последним (независимо от их собственных позиций) стали “чохом” причислять к сторонникам **“широкого” подхода**. Для сторонников “узконоормативного” направления (в духе “правопонимания” 1938 г.) все остальные позиции — это “широкое” правопонимание. Но в действительности это было не так.

¹ См.: Лукашева Е.А. Общая теория права и многоаспектный анализ правовых явлений // Советское государство и право. 1975. № 4. С. 29—36.

² См.: Советское государство и право. 1979. № 7, 8.

Мы уже отмечали, что, несмотря на все расхождения между “узконоормативным” и “широким” подходами, **оба они по сути дела отождествляли право и закон**: наличие “советского социалистического права” для сторонников обоих подходов подразумевается и предполагается уже самим фактом существования советского законодательства. С точки зрения обоих подходов раз при социализме есть законодательство, значит, есть и “советское социалистическое право”. И спор между этими двумя подходами шел лишь о том, как понимать и определять этот уже наличный “факт” — “советское социалистическое право”. На самом деле это — иллюзия. Согласование же иллюзорного “факта” наличия “социалистического права” с действительно реальным фактом наличия при социализме законодательства (т.е. здесь — официально-властных общеобязательных актов) осуществлялось в обоих подходах с помощью такого (классового, партийно-идеологического) представления о “праве” вообще и “социалистическом праве” в особенности, которое позволяет и советское законодательство интерпретировать как особый, высший тип права, как “социалистическое право”. Тайна обоих подходов, скрытая под верой в иллюзии исторического масштаба, — **в трактовке антиправового тоталитарного законодательства в качестве “социалистического права”**.

Отождествление права и законодательства представителями обоих подходов, в частности, означает, что так называемое “право” (в их понимании и толковании) не обладает никаким объективным свойством или специфическим принципом, с помощью которых можно выявить правовой или антиправовой (правонарушающий, правоотрицающий) характер официально-властных актов законодательства. Некритический, апологетический позитивизм, присущий обоим подходам, отвергает саму возможность различения, сопоставления, а тем более противопоставления права и законодательства.

Выйти из порочного круга антиправового советского легизма можно было лишь на основе последовательного **юридического (антилегистского) правопонимания**. Поэтому для выяснения и критики неправового характера так называемого “социалистического права” и законодательства, определения путей движения от неправового социализма к правовому строю, к правовому государству и правовому закону принципиально важное значение имело **именно различение права и закона** и анализ с этих позиций сложившейся ситуации. В таком контексте и была выдвинута **либертарно-юридическая концепция различения права и закона, обосновывающая**

понимание права как всеобщей формы и равной нормы (меры) свободы индивидов¹.

Неправовые реалии социализма в сочетании с установкой на продвижение к неправовому коммунизму полностью лишали советскую теорию и практику всякой правовой перспективы развития, движения к какому-нибудь варианту постсоциалистического права, правового закона и правовой государственности.

Либертарная теория правопонимания, напротив, выражала как раз правовую перспективу развития от наличного (неправового) социализма к будущему правовому строю.

Существенный момент либертарного правопонимания состоит в том, что с позиций такого подхода можно выявить те объективные условия, при которых вообще возможно право. Это же позволяет показать, что для наличия права нужны такие условия, которые объективно несогласуемы с социализмом и отрицаются им. Именно здесь коренятся определяющие объективные причины отсутствия и невозможности “социалистического права”, а не в чьих-то субъективных установках и противодействиях. Тем самым либертарно-юридическая концепция содействовала теоретическому обоснованию **необходимости выхода за социально-исторические рамки социализма как правоотрицающего переходного строя, уяснению особенностей постсоциалистического пути к праву.**

Интерес к теории различения права и закона, к идее правовой свободы и т.д. заметно усилился (и не только в юридической науке, но и в массовой печати) в условиях перестройки и особенно в 90-е годы, когда стали возможны первые шаги в сторону права и правовой государственности². Вместе с тем во все большей мере становилось ясно, что предстоящие преобразования — это во многом по своей сути движение от неправового строя к свободе и праву и что, следовательно, подобные преобразования не стыкуются с произвольными властно-приказными представлениями о праве и их можно осмыслить и осуществить лишь с позиций нового правопонимания, исходящего из прав и свобод индивидов и ориентированного на утверждение и дальнейшее развитие общечеловеческих достижений в сфере общественной и государственно-правовой жизни.

¹ См., в частности: *Нерсесянц В.С.* Различение и соотношение права и закона как междисциплинарная проблема // *Вопросы философии права.* М., 1973; *Право и закон.* М., 1983; *Право и закон: их различение и соотношение* // *Вопросы философии.* 1988. № 5.

² Так, идеи либертарно-юридического правопонимания плодотворно применяются и развиваются, в частности, в таких работах, как: *Четвернин В.А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993; *Пашинский А.И.* Предмет юридической деонтологии. М., 1966.

3. Постсоветская теория права и государства

Без марксистско-ленинской идеологии и коммунистических представлений о праве и государстве, без прежней концептуальной основы, мировоззрения, понятийного аппарата и словаря постсоветская теория права и государства и в целом юридическая наука оказались в межеумочном переходном состоянии.

Речь, по существу, идет о переходе от прежней коммунистически идеологизированной юриспруденции, пронизанной легистским, принудительно-приказным правопониманием и мировоззренческими установками на отмирание государства и права, к **новой концепции юриспруденции, ориентированной на ту или иную форму (вариант) юридического правопонимания, признания исходного правового смысла, ценности и неотчуждаемого характера прав и свобод человека, необходимых правовых основ и характеристик конституционного строя, гражданского общества, правового государства и правового закона.**

В постсоветской юриспруденции уже сделаны определенные шаги в направлении реализации этих новых задач¹. Так, и общетеоретические, и отраслевые юридические дисциплины многое сделали в плане становления новой постсоветской правовой системы и государственности в России, изучения тенденций развития и путей совершенствования действующего законодательства (на общедоделальном, региональном и местном уровнях), его систематизации и кодификации. Заметным достижением постсоветской юриспруденции является формирование и функционирование целого ряда новых научных дисциплин и исследовательских направлений (по преимуществу в сфере частного права, но также и в области публичного права), отвечающих актуальным потребностям и задачам радикальных преобразований в стране в духе правовой демократии, рыночной экономики, политического плюрализма и конституционно-правовой государственности.

Вместе с тем остается неразработанной, во многом неясной и неопределенной сама **концепция (и парадигма) развития юриспруденции** в постсоветской России. В этом плане в юридической литературе царит разноразной идей, версий, устремлений.

¹ См.: *Кудрявцев В.Н.* Правовая ситуация и юридическая наука // *Свободная мысль.* 1994. № 1; *Топорнин Б.М.* Высшее юридическое образование в России: проблемы развития. М., 1996.

В хаотическом потоке нынешних публикаций и представлений о путях развития постсоветской юриспруденции можно выделить несколько концептуально различных направлений. К числу таких направлений, на наш взгляд, относятся следующие: *конституционно-демократическое* направление; *прежнее* (несколько словесно модернизированное) *марксистско-ленинское* направление; *традиционалистское* (антизападническое направление, апеллирующее к дореволюционной русской юриспруденции, причем по преимуществу в ее почвенно-славянофильской трактовке).

Очевидно, что два последних направления (марксистско-ленинское и традиционалистское) обращены в прошлое, и лежащие в их основе консервативные идеи и концепции не могут стать надлежащим общим объединяющим началом для постсоветской юриспруденции. Хотя, возможно, что эти направления (при определенной идейно-теоретической модернизации) могут сложиться и устояться как отдельные школы в общих рамках постсоветской российской юриспруденции.

Первое (конституционно-демократическое) направление представляется в складывающихся условиях более перспективным в плане путей развития постсоветской юриспруденции в России. Данное направление развивается (не всегда, правда, осознанно и целеустремленно) в целом в русле положений действующей Конституции и общих идей, понятий и ориентиров, разработанных с позиций либертарно-юридического правопонимания¹.

Отмечая определенные достоинства конституционно-демократического направления в рамках нынешнего этапа развития российской юриспруденции, мы вместе с тем считаем, что его существенный недостаток (как, впрочем, и коренной недостаток всей избранной стратегии и практики постсоциалистических преобразований в стране) состоит в **буржуазной (буржуазно-правовой) ограниченности** его ориентиров, установок и устремлений.

Между тем анализ — с позиций либертарно-юридической теории — постсоциалистической ситуации, логики, тенденций и закономерностей постсоциалистического пути к праву ведет, на наш взгляд, к **концепции цивилизма и цивилитарного**

¹ Это обстоятельство нашло свое отражение не только в научной, но и в учебной литературе. См., в частности: Теория права и государства. Отв. ред. Г.Н. Манов. М., 1996; Общая теория права и государства. Под ред. В.В. Лазарева. М., 1996; Хропанюк В.Н. Теория государства и права. М., 1995; Четвернин В.А. Понятие права и государства. М., 1997.

права как исторически более высокой ступени права, чем буржуазное право¹.

Согласно концепции цивилизма, объективно возможный постсоциалистический путь к праву — это не возврат к досоциалистической ситуации, к капитализму и буржуазному праву, а движение вперед — к цивилитарному строю и цивилитарному праву, которое, кроме присущего буржуазному праву всеобщего формально-правового равенства, включает в себя и качественно новое (постсоциалистическое и небуржуазное) правообразование в виде неотчуждаемого реального права каждого на равную гражданскую (цивилитарную — от латинского цивис, гражданин) собственность, т.е. на одинаковую для всех долю во всей десоциализируемой социалистической собственности². Эта концептуальная перспектива движения от неправового социализма к цивилизму, цивилитарному праву и государству имеет важное теоретико-критериальное значение и позволяет адекватно оценить историю советской теории права и государства и в целом марксистское учение о праве и государстве в их соотношении с реалиями неправового социализма и определить координаты постсоциалистического пути к праву и государству в общем контексте всемирно-исторического прогресса свободы, равенства и права.

Такой юридико-цивилитарный подход имеет вместе с тем, на наш взгляд, существенное значение и в плане продолжающихся поисков новой парадигмы для формирующейся постсоветской и постсоциалистической юриспруденции в России. Это обусловлено тем, что в основе той или иной концепции (парадигмы, теоретико-смысловой модели) юриспруденции лежит определенная типология правопонимания (и соответствующая концепция понятия права и государства).

Для формирующейся постсоветской российской юриспруденции (в ее либерально-демократической версии) принципиальное значение имеет то обстоятельство, что **Конституция Российской Федерации 1993 г.** в своей регламентации основ-

¹ См.: Нерсисянц В.С. Закономерности становления и развития социалистической собственности // Вестник АН СССР. 1989. № 9; Он же. Концепция гражданской собственности // Советское государство и право. 1989. № 10; Он же. Прогресс равенства и будущее социализма // Вопросы философии. 1990. № 3; Он же. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992; Он же. Продолжение истории: от социализма — к цивилизму // Вопросы философии. 1993. № 4; Он же. Право — математика свободы. М., 1996; Он же. Философия права. М., 1997; Он же. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998.

² Подробнее см. гл. 11 раздела IV.

ных сторон постсоциалистического строя (включая право и государство) опирается на **юридический (антилегистский, антиэтатистский) тип правопонимания**. Это и определяет в конечном счете как правовой характер основного закона страны, так и правовые ориентиры и цели отечественной юриспруденции.

При этом особенности правопонимания, присущие новой Российской Конституции, обусловлены тем принципиальным обстоятельством, что речь идет о Конституции страны, осуществляющей переход от тоталитарного, антиправового социализма к постсоциалистическому государственно-правовому строю. В такой ситуации речь идет не о совершенствовании и дальнейшем развитии уже давно сложившегося права и правопорядка (которых в наших условиях пока нет), а о формировании и утверждении правовых начал в общественной и политической жизни, в правовой организации государственной власти, в правовых отношениях между властью и индивидами, в признании и защите прав и свобод человека и гражданина.

Новый правовой подход (и, можно сказать, новое юридическое мировоззрение, новая правовая идеология), присущий Конституции 1993 г., опирается на исторически апробированное положение о правах и свободах человека и гражданина как основной показатель признания и соблюдения права и справедливости в общественной и государственной жизни людей. Такое **человекоцентристское правопонимание** можно охарактеризовать как определенный вид (направление) юридического правопонимания — как своеобразный естественноправовой вариант в рамках общей концепции различения и соотношения права и закона.

Особо следует подчеркнуть то обстоятельство, что присущий действующей Конституции **юридический тип правопонимания распространяется и на государство**, т.е. включает в себя также и юридическое понимание государства. Об этом свидетельствует закреплённая в Конституции конструкция правового государства.

Для формирующейся новой концепции отечественной юриспруденции данное обстоятельство имеет принципиальное значение, поскольку такое **единое для права и государства конституционное правопонимание** по сути своей соответствует теоретико-методологическому требованию либертарно-юридического подхода о единстве предмета юриспруденции как единой науки о праве и государстве. Подобное понятийно-правовое соответствие (и смысловая согласуемость) между конституционным правопониманием и требованиями единства предме-

та юриспруденции достижимо лишь на базе юридического типа правопонимания.

С позиций же легистского (позитивистского) типа правопонимания речь, в лучшем случае, может идти лишь о единстве силовых характеристик (сущностных свойств) государства и права, т.е. о единой силовой природе и сущности государства и права, о соответствии между пониманием (и понятием) государства как правообразующей силы и пониманием (и понятием) права как силовых, принудительно-приказных установлений такого государства — силы.

Постсоветская российская юриспруденция, исходящая из юридического (антилегистского, антипозитивистского, антиэтатистского) типа правопонимания, имеет развитую теоретическую и методологическую основу в виде либертарно-юридического учения о праве и государстве. При этом именно либертарно-юридическая концепция юриспруденции, которая обладает необходимым внутренним понятийно-правовым единством своего предмета и надлежащим ценностно-правовым потенциалом, может теоретически последовательно выразить и развить правовое содержание действующей Конституции и в целом отвечает потребностям, целям и задачам развития отечественной юридической науки в постсоциалистической России. Подобная концепция и есть по существу в складывающихся условиях наиболее адекватная **парадигма для постсоветской российской юриспруденции**.

В рамках либертарно-юридической концепции юриспруденции можно (и необходимо) учесть все познавательное и ценное из достижений отечественной и зарубежной юриспруденции, из богатого и поучительного опыта разных направлений юридического и позитивистского учений о праве и государстве.

Вместе с тем с позиций либертарно-юридической концепции юриспруденции, соответствующей теоретическим потребностям и специфическим особенностям постсоциалистического периода развития юридических исследований, очевидны несостоятельность и бесперспективность разного рода представлений о том, будто современную российскую юриспруденцию следует строить путем простого заимствования и воспроизводства соответствующих теоретико-методологических концепций и конструкций из западной и дореволюционной русской юриспруденции или развивать ее в духе “обновленного” марксистско-ленинского учения о государстве и праве.

Говоря о значении присущего действующей Конституции юридического правопонимания для развития юриспруденции в

постсоветской России, мы, разумеется, не считаем ни нынешнюю юриспруденцию, ни саму Конституцию, ни тем более реалии государственно-правовой жизни безупречными и лишеными существенных недостатков. Речь идет прежде всего о **надлежащем выборе общей концептуальной модели юридической науки, о выборе целей и ориентиров для развития практики и теории права и государства в постсоциалистической России.**

И в этом смысле представляется вполне естественной и обоснованной ориентация на такую концепцию постсоветской российской юриспруденции, с позиций которой в принципе возможно адекватно теоретически выразить и в надлежащем направлении развить правовой смысл и содержание первой постсоциалистической Конституции России. Ведь именно в Конституции нашли свое концентрированное правовое выражение и закрепление стратегические цели, ориентиры, а отчасти и достижения (пусть, пока и скромные) в движении страны от тоталитаризма к постсоциалистическому государственно-правовому строю.

Само наличие новой Конституции, ее правовые идеи и нормы, ее положения о правах и свободах человека и гражданина, закрепленные в ней основы гражданского общества, правового государства и правового закона имеют существенное значение как для продолжения необходимых реформ, так и для удержания всего процесса постсоциалистических преобразований в конституционно-правовых границах. А без этого сама юриспруденция может вновь оказаться беспредметной дисциплиной для “факультета ненужных наук”.

Постсоветская либертарная юриспруденция вместе с тем должна критически проанализировать достоинства и недостатки Конституции и действующего законодательства в их взаимосвязи с реальной практикой, определить пути и средства преодоления имеющихся недостатков, обосновать направления, способы и формы становления и развития в стране современного государственно-правового строя, прочного утверждения принципов, институтов, норм и процедур господства права, правового государства и правового закона.

Раздел IV. Общество, право, государство

Глава 1. Первобытнообщинный строй

1. Основные характеристики родового строя

Исходной основой возникновения и существования первобытнообщинного строя является **род** (родовая община), который объединял людей **по кровно-родственному принципу**. Производство и потребление продуктов труда членов родовой общины, как и весь уклад их жизни, носили коллективистский характер. Все усилия сородичей были направлены на сохранение рода, его выживание и продолжение. С этим связано как подчинение действий всех членов общины общим интересам рода, так и защита каждого из них всем родом, включая и кровную месть за убийство сородича чужаком.

Управление жизнью и делами рода представляло собой общинное самоуправление и носило **коллективный общественный характер**. Общественный порядок в первобытном обществе поддерживался общеобязательными нормами сложившихся обычаев и институтами общественной власти.

Всякая социальная власть — это нормативно определенный порядок организации общественной силы и применения официального принуждения для управления общественными делами и отношениями в данном сообществе людей. Именно определенная нормативная организация силы всего сообщества (и соответствующее упорядочение применения этой объединенной силы) обозначает **отличие официальной власти** в данном социуме от господства физической силы и официально-властного принуждения, от непосредственного насилия.

Различные виды социальной власти (родовая власть, государственная власть и т.д.) отличаются друг от друга видом тех социальных норм (типом нормативности), которые определяют соответствующий порядок организации общественной силы и осуществления официального принуждения. Так, организация и применение общественной силы **в виде государственной власти определяются правом** (принципом и нормами права) как формой свободы индивидов — членов государства. Власть в первобытном обществе — это власть рода в целом, а не власть

индивидов — членов рода. Эта **родовая власть определяется, обобщенно говоря, родовой нормативностью** (комплексом родовых норм, обычаями рода и т.д.), **верховным принципом которой является выживание, сохранение и продолжение данного рода**. Как сам этот принцип, так и нормы родового строя и соответствующая родовая власть носят **родоохранительный характер**.

Основным институтом власти в родовой общине было **родовое собрание**, на котором взрослые сородичи решали все основные вопросы жизни общины. Родовое собрание избирало **вождя (старейшину)** рода, а также ряд других должностных лиц — военачальника, руководителя по делам охоты и т.д.

Роды объединялись в **племя**, а некоторые племена — в **союз племен**. При этом **совет старейшин племени**, куда входили старейшины (вожди) объединившихся родов, избирал вождя племени и других должностных лиц племени — военачальника племени и т.д. Аналогичным образом совет вождей объединившихся племен избирал вождя союза племен, военачальника и других должностных лиц такого союза племен.

Властные полномочия всех этих должностных лиц опирались на авторитет и доверие общества, на согласие и поддержку членов родовых общин. Вместе с тем назначение и функции этих должностных лиц, как и правила поведения всех остальных членов общества, были жестко подчинены **устоявшимся непрерываемым обычаям**, нарушение которых влекло суровые кары.

Обычаи первобытного общества постепенно складывались в результате действия системы разнообразных регуляторов общественной жизни и поведения людей в те далекие времена. Исследователи отмечают: “В самые первые эпохи истории мы застаем человека с системным мировосприятием. Как в области материальной, так и общественной и духовной первобытный человек с самого начала системен, и в этом его коренное отличие от стадного животного. Чем древнее культура, тем больше в ней внутренней связанности, неподвижности, замкнутости”¹.

В основе этой архаической и допонятийной “системности”, включая и **систему тогдашних социальных регуляторов**, лежали представления о целостности и единстве природного и социального, животного и человеческого, коллективного и индивидуального в жизни первобытного общества. Поддержанию

такого единства были подчинены все регулятивные средства того времени.

Формировавшееся социальное сознание и представления о социальных нормах повсеместно в примитивных обществах носили мифологический характер. **Миф** при этом выступает одновременно и как идеологическая форма высшего признания, оправдания и обоснования сложившихся норм и в целом существующего социального порядка (в его единстве с порядком природы и вообще всего окружающего мира), и как авторитетная форма фиксации действующих общеобязательных социальных норм, форма и источник их общезначимого выражения, толкования и применения.

Раскрывая социорегулятивные функции мифа, М.И. Стеблин-Каменский, в частности, писал: “Миф, как показал Малиновский, — это важная социальная сила. Он обосновывает устройство общества, его законы, его моральные ценности. Он выражает и кодифицирует верования, придает престиж традиции, руководит в практической деятельности, учит правилам поведения”¹.

Благодаря мифам, ритуалам и т.д. коллективные представления и установления социума активно влияют на формирование надлежющего образа жизни и действий всех его членов, прочно скрепляют их социальное единство и солидарность. Так, функция причащения подрастающего поколения к взрослому коллективу отчетливо проявлялась в обрядах инициации, в ходе которых молодые люди не только приобщались к мифологическим таинствам, проходили испытания, приобретали взрослые роли (мужчины или женщины) и т.д., но и усваивали сложившиеся социальные ценности и нормы.

Особенности первобытного мышления (образность, символизм, синтетичность и т.д.) существенным образом отражались и на регулятивных средствах того времени, когда еще не проводилось различие между сущим и должным, описанием (словами, знаками, магическими и ритуальными действиями) и предписанием.

Мифологические представления о возникновении мира, человека и человеческого бытия играли роль объяснительного принципа человеческих взаимоотношений и были вместе с тем источником общеобязательных норм и правил человеческого поведения, подлежащих безусловному исполнению в настоящем и будущем. Описание в мифе имеет одновременно значение

¹ Фрейдберг О.М. Миф и литература древности. М., 1967. С. 60.

¹ Стеблин-Каменский М.И. Миф. Л., 1976. С. 16.

предписания, в силу чего положения мифа, обладавшие высшим (сверхъестественным) авторитетом и санкцией, играли роль императивной модели для соответствующего устройства первобытного общества, человеческих связей и взаимоотношений.

Мифологическая система социальной регуляции ориентировала всех членов общества на соблюдение общих представлений о надлежащем и запрещенном (затабуированном) и безусловно отвергала отрыв и отклонения индивидуального от общеколлективного. В поддержании единства и стабильности социума, принятого типа социального поведения существенную роль играли **многообразные запреты (табу)**¹, относящиеся к различным сферам жизни (половым, трудовым, брачным, бытовым и т.д.). На весьма ранних этапах становления социальной жизни табуируются каннибализм, инцест и убийство (членов данного социума).

Во многих случаях именно “нарушение меры” в отношениях между разными полами, людьми и животными выступает в качестве основы и ведущей коллизии мифа². Нарушители (как в мифе, так и в действительности) подвергаются судебным карам (избиению, смерти, изгнанию из рода и т.д.).

Представления о безусловной необходимости, оправданности и справедливости **наказания** — лишь весьма слабое (и гораздо позднее) выражение карательной позиции тех времен, когда наказание воспринималось буквально как святое дело, как сакрально-ритуальное мероприятие по очищению и поддержанию порядка, оскверненного тем или иным проступком. Согласно подобным представлениям о нетерпимости любых нарушений запретов и отклонений от принятого образа жизни, помимо наказания отдельного нарушителя за то или иное частное отступление, периодически требовалось и общее очищение от накопившейся скверны нарушений и отступлений от должного порядка. Вся нечисть от таких нарушений (все зло “отклоняющегося поведения”) при этом персонифицируется в тех или иных нарушителях — в своего рода человеческих “козлах отпущения” (фармаках), жертва которых мыслилась как очищение всех (данного социума) от грехов прошлого, как

¹ Опираясь на выводы В.Вундта о том, что в примитивных зачатках табу нет еще разделения на святое и нечистое, З.Фрейд считал, что табу возникает как внешний авторитетный запрет против мощных человеческих страстей и вожделений. “Искушение посредством воздержания за нарушение табу, — писал он, — доказывает, что в основе табу лежит воздержание” // Фрейд З. Тотем и табу. М.-Л., 1923. С. 48.

² См.: Мелетинский Е.М. Поэтика мифа. М., 1976. С. 90.

средство умиловить сверхъестественные силы (богов) и т.д. В архаической Греции фармак “избирался из уродов как умиловительная жертва при несчастьи (голод, болезнь) и сжигался (в Ионии); на афинских Фаргелиях двух фармаков высылали прочь из города и там убивали (сбрасывали со скалы)”¹.

Функции очистительной жертвы фармака уходят своими корнями во времена ритуальных людских жертв. На определенном этапе фармаки уже выступают в качестве символического воплощения старого, умирающего года, сменяющегося (по природному циклу движения солнца) новым годом; в таком контексте на фармаков как бы переносится все зло за прошлое (прошлый год).

Уже у истоков формирования социального порядка, представлений о нормальном и отклоняющемся поведении **система социальной регуляции** располагает весьма жесткими, мощными и действенными средствами позитивного и негативного характера, необходимыми для освящения, возвышения, защиты и укрепления сложившихся отношений, правил и форм одобряемого образа жизни и поведения, с одной стороны, и для всемерной дискредитации и суровой кары отступников и нарушителей — с другой.

2. Формирование и развитие соционормативной системы регуляции

В социальной регуляции и соответствующих средствах (в том числе — нормативных) такой регуляции нуждаются любое общество и любое общественное производство, на какой бы стадии исторического развития они ни находились. Объективная потребность в социальной регуляции обусловлена тем, что всякое общество как совместная жизнедеятельность людей предполагает определенную целесообразность, устойчивость, организованность и упорядоченность человеческих взаимоотношений, определенные правила бытия и функционирования данной социальной общности, общеизвестные и обязательные нормы поведения членов этой общности, словом — надлежащий нормативный порядок. Без соответствующего порядка, в условиях случайности и хаоса, невозможно само существование социальной общности как таковой.

¹ См.: Фрейдберг О.М. Указ. соч. С. 596.

Появление социальных норм и нормативного типа регуляции связано с процессом социализации и рационализации человеческих отношений и в целом поведения человека как особого природно-биологического и вместе с тем общественного существа.

Истоки возникновения соционормативной регуляции восходят к тем временам, когда, обобщенно говоря, шел процесс формирования человеческой общности с характерными для нее качественно новыми формами регуляции коллективного и индивидуального поведения. В русле этого процесса возникли и развивались новые формы жизнедеятельности людей, новые типы их ориентации в окружающем (природном и социальном) мире, новые виды и средства регуляции, постепенно сформировались осознанные представления о нормах жизни людей, правилах и формах их взаимоотношений, об одобряемом и порицаемом, поощряемом и наказуемом в человеческом поведении и т.д.

Нормогенез (формирование норм) в любом обществе (догосударственном и государственном) представляет собой процесс взаимодействия стихийности и сознательности. Объективный процесс формирования норм, который всегда и во всех обществах носит стихийный характер, необходимо отличать от субъективного осознанно-целенаправленного процесса их формулирования (устно или письменно) соответствующими авторитетными и властными инстанциями коллектива, общества, государства.

При этом стихийность процесса нормогенеза в условиях первобытного общества вовсе не означает, что он протекал вообще без участия человеческого сознания, без сознательных и целесообразных усилий людей. Люди всегда жили и живут в определенном образом осознаваемом (и "пропущенном" через сознание) мире, и это относится к числу фундаментальных свойств человеческого бытия и ориентации в мире. Диалектика стихийности и сознательности в процессе формирования нормы такова, что объективно сложившаяся норма не является сознательным творением людей и в этом смысле не зависит от их воли и сознания, хотя и сложилась при их сознательно-деятельном участии. Здесь, как и везде, осознание объективно данной действительности (включая ее нормативные свойства и характеристики) не означает, конечно, ее преодоления и элиминации.

При формулировании тех или иных норм, наряду с влиянием социальных интересов тех групп и слоев общества, в чьих руках находится властная функция общезначимого формули-

рования норм (а также их толкования и применения), важное значение имеют (в силу наличия специфического социопознательного и творческого аспекта в этом властно-волевом процессе установления и применения нормы) достигнутый уровень соционормативного познания, опыт, умение и способность правильно выявить и выразить нормативные реалии, надлежащим образом применить общее правило к конкретным случаям жизни и т.д. Чем адекватнее властно-формулируемые нормы и их применение объективно сложившимся реалиям, тем прочнее и целостнее соционормативный порядок общества, тем эффективнее его функционирование.

Благодаря властной формулировке социальные нормы и санкции за их нарушения получают высшее для данного сообщества признание, оправдание и легитимацию, приобретают надлежащую общезначимость, определенность и известность.

Формулирование норм — это не только властно-авторитетная форма признания итогов объективного процесса нормообразования, но и эффективное средство социального контроля за этим стихийным процессом, мощный канал сознательно-целенаправленного влияния на него. Признанные и сформулированные нормы, в свою очередь, становятся важным фактором, оказывающим активное воздействие на всю жизнедеятельность общества, на продолжающийся процесс нормообразования, на нормодательную и нормоприменительную деятельность.

На процесс нормогенеза (как в первобытную эпоху, так и теперь) существенное влияние оказывает то обстоятельство, что у человека как биосоциального существа сохраняются и продолжают действовать в социальном контексте и обрамлении, наряду с социальным началом и под его контролем, также и определенные биологические инстинкты, влечения, позывы, реакции и т.д. Все эти проявления (в социальном контексте или опосредовании) биологически инстинктивного в человеческом поведении играют иную роль, чем инстинкты у животного: **момент разрыва и опосредования между природным влечением и соответствующим поведением (реализацией влечений в признаваемых формах и пределах или воздержанием от их реализации) образует исходный пункт социальной и человеческой культуры, опорный механизм социального контроля, регуляции и нормообразования.**

Всякое опосредование (от простейших и примитивных его форм при первобытном социогенезе до сложных и изощренных форм в условиях развитой нормативной культуры) какого-либо явления означает **определенное мысленное абстрагирование от**

него как фактической данности и придание ему некоторого искусственного, абстрактно-смыслового, идеального значения. Тем самым опосредуемое явление переводится в мыслительно-духовную плоскость, одухотворяется и идеализируется в том или ином приданном ему значении.

Специфически человеческим средством такого идеализирующего опосредования фактически данного и его абстрактного обозначения (т.е. придания ему определенного значения) является речь (сперва устная, затем и письменная). Именно при помощи речи (и, следовательно, словесно-мыслительной операции) наряду с естественно данным появляется и обозначается его звуковое и смысловое отображение, его искусственный эквивалент-заменитель, абстрактный символ, смысловой образ. Слово-обозначение в смысловой плоскости замещает обозначаемый объект.

Слово обладало огромной организаторской и регулятивной силой. Первобытные представления о сверхъестественных возможностях слова и словесного способа воздействия на окружающую природу и людей нашли свое яркое отражение, например, в вербальной магии, для которой вещь и название, имя и его носитель — идентичны. Отсюда и табуирование некоторых слов, имен, названий, замена их магическими знаковыми обозначениями — исходным началом как будущей письменности, так и изобразительного искусства.

Особой силой обладало слово вожака формировавшегося сообщества, обладавшего высшим и непререкаемым авторитетом. Слово вожака было необходимо для организации как целенаправленного поведения, так и нормального течения психических процессов, снятия “у членов сообщества тягостного невротического состояния”¹.

Существенное значение в процессе генезиса и развития социальной нормативности сыграли символические образы положительного и отрицательного, которые служили системой координат для ориентации в мире, играли роль оценочных критериев.

На пути к формированию социальных норм постепенно складывались и обогащались представления о таких социаль-

¹ Файтшиевский В. Слово, которое было в начале // Наука и религия. 1984. № 9. С. 30. К числу весьма ранних слов человеческого языка относятся слова-запреты “нет”, “нельзя”, а также слово “дай”, означавшее повелительную просьбу-требование, “предназначенное побудить другого (вопреки его, другого, интересам) поделиться с просящим” // Там же. С. 33.

но и регулятивно значимых противоположностях, как день — ночь, свет — тьма, жизнь — смерть, верх — низ, правое — левое, полезное — вредное, добро — зло, правильное — неправильное, дозволенное — запрещенное, уместное — неуместное, целое — часть, мы — они (все другие, враги) и т.д. Абстракция таких полярных противоположностей, являющаяся необходимым моментом для всякой социально-нормативной регуляции, могла появиться лишь после длительного развития первобытного общества, на основе большого (социального, трудового, духовного, познавательного и т.д.) опыта, в качестве своеобразного ценностного осознания и резюмирования этого опыта (как положительного, так и отрицательного).

В процессе социализации человека коллективное явно превалирует и безусловно доминирует над индивидуальным во всех сферах жизни и деятельности людей, обеспечивая тем самым выживание хрупких ростков социальности в стихии могучих естественных сил. Преодоление огромной силы естественного притяжения требовало жесткого и безусловного единства всех сил социализировавшегося первобытного коллектива. Этим продиктованы как абсолютно непререкаемый характер первобытных норм, так и суровость наказаний за их нарушение (вольное или невольное).

Формирование социального — в его различии с природой (всем неорганическим, растительным и животным миром), вместе и наряду с ней — не было и не могло быть простым отрывом или прямым переходом от одного к другому. Это был окольный путь вызревания, обогащения, развития и охраны начал и отношений социальной жизни в условиях слепой необходимости и естественной нужды посредством неизбежного и бессознательного компромисса с естественным, с окружающей природой. Яркое подтверждение тому — первобытный анимизм (одушевление всего окружающего мира), мотивы родства и единства первобытного коллектива и его членов со всей природой, мотивы, которые присутствуют во всех представлениях, верованиях, установках и действиях того времени. Весьма выразительно это проявляется в тотемистическом отождествлении людей с животными. Но также и многие другие аспекты архаических мифологических и религиозных представлений и верований настойчиво подчеркивают эту общность природного и социально-человеческого.

Постепенно социальное (по преимуществу сперва коллективное, но постепенно также и индивидуальное) в человеке набирало силу, опыт, инерцию, традиции, самостоятельность, становилось как бы на собственную основу и превращалось во

вторую натуру (наряду с первой природой, а постепенно и над ней). В связи с этим изменилось в целом и соотношение в человеке начал естественно-биологического и социально-приобретенного.

Этот общесоциальный прогресс сопровождался все большим развитием социальной и мыслительной (тоже во многом социальной, социально-разумной) абстракции. С появлением абстракции качественной оценки социальная регуляция перестает быть метафорой и становится в принципе сознательной оценкой (верной или неверной — другой вопрос) фактического состояния, явления, поведения и т.д. с точки зрения идеального (той или иной абстракции качества). **Социальные нормы представляют собой конкретизацию (по сферам, объектам, видам и т.д.) этой качественной социально-регулятивной оценки, являются формами приложения и действия такого оценочного принципа.**

Исследователи отмечают существенную роль абстракции и оценки в процессе генезиса социальных воззрений и норм: “Огонь, вода, дерево, звери начинают терять свою материальную природу, обращаясь доброй третью в понятие “справедливости”, “добра”, “кары” и т.д. Сперва этика орудует полярными, наиболее примитивными категориями. Пространственные образы “левое” и “правое”, “низкое” и “высокое” становятся качественными понятиями с противоположным этическим содержанием. Менее наглядно, но таково же перерождение конкретных и пространственных образов “добра” и “зла”, “правды” и “кривды”, “закона” и “беззакония”, “святости” и “нечестия” в отвлеченные и качественные этические категории. Самый термин этики вырастает из образа “хлева”, “стойла”, “логовица”, что и значит по-гречески **этос**. Жилище зверя, теряя свой пространственный характер, обращается в понятие “нрава”, “свойства”, “правила”¹. Кстати говоря, аналогичная связь “нравов” с жильем и местопребыванием зверя-тотема, “отца” и “бога” данного клана, отражена и в русском языке: нора — норы — нрав — нравственность. В. Даль приводит половицу: “Что город, то норы, что деревня — то обычай”².

Вся жизнедеятельность первобытного коллектива была жестко регламентирована системой тотемистических ритуалов, обрядов, культов, представлений, знаков, символов, магических слов, действий, заклинаний и т.д.

¹ Фрейдберг О.М. Миф и литература древности. М., 1978. С. 110—111.

² Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. II. М., 1979. С. 555.

Существенную объединяющую, организующую и регулятивную роль играло **представление о тотеме** — животном, символизировавшем единство всех членов данного первобытного коллектива, общность их происхождения, судьбы, верований, интересов, дел и целей. Особое значение имел периодически осуществлявшийся ритуал умерщвления и поедания сородичами тотемного животного, что символизировало возрождение (через смерть), возобновление и продолжение жизни данного коллектива. Причем тотем-животное делилось вожаком (он же — “жрец”, “отец”) на части, которые раздавались всем членам общества. **Доля** (по древнегречески — **мерос**) каждого означала его часть (участь, “жребий”, участие, меру причастности) в общей судьбе данного рода, его обязанность вместе со всеми поддерживать данные отношения, сложившийся уклад и порядок жизни. Фактические отношения (в их мифологически-символическом восприятии и обрамлении, в их тотемистической ритуальности, магической значимости и т.д.) имели общеобязательный, безусловно императивный характер. Всякое отклонение от принятого, фактически сложившегося и действующего порядка было запрещено, жестко затабуировано и сурово пресекаемо.

Показательно, что в ходе дальнейшего развития соционормативных представлений **мерос** (доля, часть каждого при дележе тотемного животного) модифицируется в абстрактную категорию **меры**, играющую ключевую роль в условиях развитой нормативной регуляции, в определении абстрактно всеобщей и единообразной меры дозволенного и запрещенного, в установлении границы между нормальным и отклоняющимся поведением и т.д.

В соционормативном плане представляет интерес и то обстоятельство, что уже в ритуальном разделе долей тотемного животного между сородичами, наряду с моментом меры (доли), имелся и зародыш того, из чего в дальнейшем возникли процедуры и институты **жребия и выборов**. “Логика” здесь такова: какая доля тотема кому достается — такова его часть и участь в общем сакральном деле и общей судьбе, такова его доля (как мы и сейчас говорим, намекая на судьбу), таков его жребий, таков в отношении каждого выбор судьбы. Выбор первоначально — это жребий, выбранный самой судьбой в отношении кого-либо, а не собственный выбор посредством процедуры жребия своей судьбы: первоначально жребий еще не средство для выявления судьбы, а символическое явление самой судьбы в виде той или иной доли.

К тотемическому меросу восходят и последующие представления о **весах судьбы и весах правосудия и справедливо-**

сти. Мерос как сакральная участь человека (его часть в судьбе) стал трактоваться как вес его доли жизни и смерти, как вес всех его дел на весах судьбы. Так, у Гомера (Илиада, VIII, 69—74; XXII, 212—214) Зевс взвешивает на весах судьбы участь (жребии) данайцев и троян, Ахилла и Гектора. Это сакральное значение взвешивания (и определения) участи, доли судьбы каждого и сделало образ весов символом сакральной правды, божественной справедливости и правосудия. Богиня правосудия Фемида у древних греков и верховный судья загробного мира Осирис у древних египтян изображаются с весами правосудия в руках.

Символическое изображение справедливости и правосудия в виде весов дошло до наших дней, а выражение “**взвешенный подход**” и сегодня продолжает оставаться характеристикой мудрости и справедливости, синонимом правильного суждения об обстоятельствах того или иного дела. Без преувеличения можно сказать, что **весы** (в их материальном и духовном виде, в их сакральном значении символа правосудия и в их “профанной” роли средства взвешивания различных предметов) представляют собой одно из величайших открытий в области материальной и духовной культуры человечества.

Исходные мифологические представления о весах правосудия, оценочном “взвешивании” и т.д. представляют интерес также и как свидетельство формирования **абстрактной модели правосудия** — в качестве единства верховной авторитетной инстанции, особой функции и специальной процедуры — для нормативной оценки того или иного поступка и дела, для выявления и установления правильного и неправильного, справедливого и несправедливого в рассматриваемых делах, поступках и отношениях.

Появление такой модели и ориентация на нее наличных средств и форм социальной регуляции содействовали развитию и утверждению абстрактно-нормативных представлений, оформлению абстракций нормального и ненормального в отношениях и действиях людей. Правосудие, суд (как в их мифологическом, так и реально-практических проявлениях и функциях) становятся специальной формой, авторитетной инстанцией и средством нормативной оценки, квалификации и решения того или иного конфликта и в целом вопроса о том, что чего стоит на весах правосудия. Такое правосудие обладает всеобщим и безусловным авторитетом, поскольку в мифологическом и религиозном плане оно является функцией сверхъестественных, надчеловеческих сил (функцией богов), в практически-земном плане — функцией вожака, вождя, жреца, совета

старейшин, родового собрания, архаического “царя” и т.д., вплоть до возникновения и выделения специального учреждения. Кстати, и в этом случае (даже после разделения властей в Новейшее время и появления особого законодательного органа — парламента) некоторые правотворческие функции остаются в ряде развитых правовых систем современности за судом, а отдельные важные судебные функции — за высшими, наиболее властно-авторитетными инстанциями общества.

Особая роль суда в процессе нормогенеза обусловлена спецификой судебной деятельности (судоговорения, судебной оценки, квалификации, решения и т.д.), которая состоит, в частности, в формализации фактического, в придании фактам формального значения с позиций сложившегося требования и обычая, под углом зрения общепринятых образцов поведения и т.д. По необходимости формализованная процедура судебного рассмотрения и решения дела есть по сути своей формальный, нормативный взгляд на фактические отношения, подход к ним и их оценка с точки зрения их соответствия или отклонения от надлежащей единообразной и образцовой формы (нормы, правила).

Правосудие — формальная процедура, она нуждается в формах, производит и поддерживает их. Неокрепшая социальная жизнь первобытного общества, нуждавшаяся в жестких и безусловных запретах и предписаниях, требовала и соответствующего жесткого формализма, что отчетливо отразилось в жесткости первобытных ритуальных, религиозных и судебных форм.

Судебное “взвешивание” поступков людей и решения по ним были авторитетными образцами (прецедентами) не только для аналогичных будущих судебных квалификаций, но и для повседневного поведения членов первобытного общества.

Представления о сверхъестественных силах, о бессмертии души, загробном суде, где надо будет отчитаться за дела и поступки всей предшествующей жизни, придавали огромную регулятивную силу и значимость сложившимся правилам поведения в первобытном обществе.

Соционормативная система первобытного общества постепенно изменялась вместе с эволюцией первобытного общества, особенно в результате “неолитической революции” и перехода от общества с присваивающей системой хозяйства (охота, рыболовство и собирательство) к обществу с производящей экономикой (земледелие и скотоводство)¹.

¹ См.: Венгеров А.Б., Барабашева Н.С. Нормативная система и эффективность общественного производства. М., 1995. С. 258 и след.

Мифологические представления (и соответственно — мифологически трактуемые и воспринимаемые средства и формы социальной регуляции) постепенно дополнялись (отчасти также модифицировались или вытеснялись) различными формами религиозных и религиозно-нравственных воззрений и установлений, которые берут на себя существенную нагрузку в сфере регуляции социальной жизни и регламентации человеческого поведения.

Вместе с тем характерные для мифологии представления о сверхъестественном, надчеловеческом (божественном) первоисточнике форм общественной жизни и правил человеческого поведения, об обусловленности форм и норм человеческого общения глобальными общемировыми (космическими) силами, факторами и процессами сохранили (с теми или иными изменениями и модификациями) свое значение и в дальнейшем, в условиях формирования права и государства.

Глава 2. Основные концепции происхождения и сущности права и государства

1. Общая характеристика

Переход от доправового и догосударственного состояния к праву и государству осуществлялся в условиях разложения первобытнообщинного строя и знаменовал собой существенные изменения во всей системе социальной жизни людей.

Существует множество различных теорий (прошлых и современных), по-разному объясняющих смысл и характер этих изменений, условия и причины возникновения права и государства. Разнообразие этих теорий обусловлено как сложностью данной проблемы и пробельностью знаний о той далекой эпохе генезиса права и государства, так и существенным различием исходных позиций авторов соответствующих теорий, различием их мировоззрения, идеологии, социально-политических взглядов и устремлений, разным пониманием самой сущности, назначения и судеб права и государства.

К тому же каждая эпоха (от древности до наших дней) накладывала свой отпечаток на эти теории, по-своему понимала и трактовала вопросы происхождения и роли права и государства. Так, соответствующие концепции древности и средневековья в целом находились под существенным влиянием мифологических и религиозных воззрений, тогда как концепции Нового и особенно Новейшего времени — при всех различиях

между ними — носят по-преимуществу светский, рационалистический характер. Вместе с тем также и в светских концепциях (прошлых и современных) в той или иной форме присутствует влияние целого ряда положений предшествующих мифических и религиозных воззрений о происхождении и назначении права и государства.

В гносеологическом плане наличие множества различных, нередко — прямо противоположных, теорий происхождения права и государства демонстрирует относительный характер человеческого познания, отсутствие и невозможность абсолютного знания по данной проблематике, которая была, остается и, вероятно, всегда будет дискуссионной.

Это, конечно, не обесценивает данные теории, каждая из которых по-своему освещает один из аспектов многогранного процесса формирования права и государства, вносит свой вклад в углубление его познания.

Было бы поэтому неверно рассматривать одни концепции и теории как полностью ошибочные, а другие (и тем более какую-нибудь одну) — как полностью правильные и истинные. Конечно, не все подобные концепции и теории равноценны, но на пути к искомой истине все они представляют определенную познавательную ценность.

Различные концепции происхождения и назначения права и государства дополняют друг друга и содействуют мыслительному воссозданию более полной и верной картины, смыслового образа и значения рассматриваемого сложного и многоаспектного процесса.

Положения этих различных концепций в целом ряде отношений перекрещиваются и совмещаются друг с другом. Так, мифологические и теологические представления имеются и во многих патриархальных, органических, договорных или психологических концепциях происхождения и назначения права и государства. Встречаются также различные варианты сочетания патриархальных и органических концепций и т.д.

2. Мифологические и религиозные концепции

В основе этих концепций лежат представления о надчеловеческом, сверхъестественном (небесном, божественном) первоисточнике и происхождении как самого человека, так и надлежащего порядка в совместной жизни людей, включая соответствующие общеобязательные правила поведения и общую власть.

Подобные представления, появившиеся еще во времена формирования первобытных человеческих сообществ, в той или иной форме сохраняли свое познавательное-объяснительное значение и после возникновения права и государства. К тому же в этих, как и во многих последующих концепциях происхождения права и государства (например в патриархальных, психологических и органических учениях, в теориях общественного договора вплоть до XIX в.), **отсутствует различие общества и государства**, так что по существу единые представления об общеобязательных правилах поведения и общей власти распространяются в них как на догосударственное, так и на государственное состояние совместной жизни людей.

Господство мифологических и первоначальных религиозных представлений отчетливо проявляется в том, что все древние народы (египтяне, вавилоняне, индусы, китайцы, ассирийцы, евреи, персы, греки и др.) возводят свои порядки, в том числе — установленные и действующие в их обществах (и государствах) законы и власть — к надчеловеческим, небесным силам и существам, к богам. Свои законы, формы правления и институты власти они приписывают непосредственно богам или их избранникам и ставленникам (мифическим полубогам и героям — основателям городов-государств, законодателям вроде индийского Ману, спартанского Ликурга, афинского Тесея, еврейского Моисея и т.д.).

О соответствующих воззрениях египтян греческий историк Геродот (V в. до н.э.) рассказывает, что во время его посещения Египта жрецы сообщили ему о том, что всего в Египте был 341 фараон, и все они были людьми. “Правда, — сообщает Геродот со слов жрецов, — до этих людей в Египте царствовали боги, которые жили совместно с людьми и один из них всегда был самым могущественным. Последним из этих царей был Ор, сын Осириса, которого эллины зовут Аполлоном. Низложив Тифона, он стал подлинным царем-богом в Египте”¹.

Несколько иную версию мифа о первоначальном правлении и законодательстве богов, учреждении ими государств и научении людей основам совместной государственной жизни приводит Платон (V—IV вв. до н.э.), тоже ссылающийся на информацию египетских жрецов. По этой версии мифа, государство появилось в эпоху Зевса и олимпийских богов, а до

этого, при Кроносе, государства не было, и люди непосредственно управлялись богами и жили счастливо. “Под управлением бога, — пишет Платон о временах Кроноса, — не существовало государств; не было также в собственности женщин и детей”¹.

Появление государства в эпоху Зевса Платон со ссылкой на древние мифы освещает следующим образом. После Кроноса боги вновь поделили между собой по жребию все страны земли. При этом, в частности, Аттика (территория древних Афин) досталась Афине и Гефесту, а большой остров Атлантида — Посейдону.

Афина и Гефест, согласно мифу, населили Аттику “благородными мужами, порожденными землей, и вложили в их умы понятие о государственном устройстве”². Эти “божественные мужи”, по словам Платона, организовали Афины того мифического времени (около 9 тысяч лет до Платона) как “государство с общественным управлением”³. Тогдашние афиняне, по словам Платона, “справедливо управляли своей страной и Элладой”⁴.

Посейдон же установил на Атлантиде государство в форме наследственного царского правления. Он разделил остров на десять частей и сделал их царями десять своих сыновей (потомков Посейдона и земной женщины). Царем лучшей части острова он сделал своего старшего сына Атланта, а архонтами других частей (царями в своей области, но под главенством верховного царя) он назначил остальных своих сыновей.

Основы этого государственного устройства были закреплены в установленных Посейдоном законах. Согласно мифу, дело обстояло следующим образом: “Каждый из десяти царей в своей области и в своем государстве имел власть над людьми и над большей частью законов, так что мог карать и казнить любого, кого пожелает; но их отношения друг к другу в деле правления устоялись сообразно с Посейдоновыми предписаниями, как велел закон, записанный первыми царями на орихалковой стеле, которая стояла в средоточии острова — внутри храма Посейдона”⁵.

Благодаря такому правлению (на основе божественных установлений) Атлантида стала богатой и мощной страной. Это

¹ Платон. Соч. Т. 3. Ч. 2. М., 1972. С. 30—31.

² Платон. Соч. Т. 2. Ч. 1. М., 1971. С. 548.

³ Там же. С. 551.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 558.

¹ Геродот. История. Л., 1972. С. 125.

процветание продолжалось до тех пор, пока в потомках правителей сохранялась их божественная природа. Когда же в них возобладал человеческий нрав, ими овладели жадность и сила, и прежняя форма царского правления стала постепенно портиться и вырождаться в тимократию и олигархию. Зевс решил покарать развратившихся жителей Атлантиды и устроил землетрясение и потоп, в результате чего Атлантида утонула.

Содержание приведенного мифа сам Платон интерпретировал в своей политической философии в том смысле, что для организации правильных форм земной жизни (в том числе идеального государства и законодательства) необходимо в максимально возможной мере подражать мифическим космически-божественным первообразам (философски говоря — идее) правления людьми, имевшим уже место до космических перемен и закрепленным в мифах.

Эти представления нашли свое воплощение в разработанном Платоном в диалоге “Государство” проекте идеального строя, во многом сходного с устройством древних Афин мифического времени. А мифологические мотивы правления Атлантидой на основе Посейдоновых предписаний (т.е. божественно разумных и справедливых законов) Платон использовал в своем диалоге “Законы” для обоснования своего проекта “второго по достоинству” государственного строя, где правят уже не философы, а законы.

По древнеиндийской мифологии риту — общекосмический и земной порядок, его закон и обычай — установил бог Индра. Он же и поддерживает этот порядок и закон. В “Ригведе”, содержащем священные гимны ариев (II тысячелетие до н.э.), говорится: “Устанавливая риту, Индра также и поддерживает ее; быстро растет мощь риту и приносит богатство. Рите принадлежат просторы земли и небес”¹.

Согласно древнекитайской мифологии, порядок в Поднебесной (т.е. в Китае), включая организацию власти, правила поведения и т.д., порожден и обусловлен волей божественного Неба. Император (верховный правитель Поднебесной) при этом характеризуется как “сын Неба”.

Божественное происхождение своей власти и своих законов настойчиво подчеркивали шумерийские и вавилонские правители. Так, устанавливая свои законы, Хаммурапи (XVIII в. до н.э.) провозглашает: “По велению Шамаша, великого судии

небес и земли, да сияет моя справедливость в стране, по слову Мардука, моего владыки, да не найдут мои предначертания никого, кто бы отменил их”¹.

Древние евреи, согласно ветхозаветным преданиям, находились с Богом в особых договорных отношениях. Так, еврейским праотцам Аврааму, а затем и Исааку Бог дал обетование (обет, клятву) умножить их род и сделать их потомство избранным народом, если они, со своей стороны, будут строго выполнять завет Бога и надлежащим образом почитать его.

В этом духе освещается в Библии и исход евреев во главе с Моисеем из египетского плена в Ханаан по воле и при помощи Яхве. На горе Синай этот Бог дал Моисею “скрижали завета”, содержавшие заповеди и законы, по которым должны жить евреи (Исх. 20—23).

Идеи божественного происхождения всякой власти присущи и **христианской теологии**. Так, уже апостол Павел утверждал: “Всякая душа да будет покорна высшим властям, ибо нет власти не от Бога; существующие же власти от Бога установлены. Посему противящийся власти противится Божию установлению... Ибо начальник есть Божий слуга, тебе на добро... И потому надобно повиноваться не только из страха наказания, но и по совести” (Рим. 13, 1—5).

Такого же подхода придерживался и крупнейший авторитет христианской теологии **Фома Аквинский** (1225—1274), правда, с оговоркой: всякая власть именно по своей сущности — божественна и от Бога; по способу же своего приобретения и использования власть может быть богопротивной и тиранической. Сходные мысли о божественном первоисточнике государственной власти в XX в. развивал неотомист **Ж. Маритэн**. Также и многие другие современные приверженцы теологических естественноправовых учений (А. Ауэр, Э. Вольф, Х. Домбоис, Ф. Харст и др.) в конечном счете именно в Боге (его разуме, воле, творении и т.д.) видят исходное основание и источник права и государства.

Теологические трактовки происхождения права и государства получили широкое распространение и на почве ислама. Так, шиитские теологи (от членов тайной исламской организации “Братья чистоты” в X в. до современных исламских фундаменталистов) трактуют шариат (мусульманское право) и имапат (государство) как проявление воли, добра и мудрости Аллаха, которые выражены в Коране и в пророческих словах

¹ Антология мировой философии. Т.1. Ч. 1. М., 1969. С. 74.

¹ См.: Вестник древней истории. 1952. № 3. С. 259.

и делах Мухаммеда. Государство (имамат) при этом рассматривается как опора ислама, форма его защиты и реализации в земной жизни.

3. Патриархальные и патерналистские концепции

Согласно различным патриархальным (от патриарх — родоначальник) и патерналистским (от патер — отец) воззрениям, общество и государство возникают из семьи, а общественная и государственная власть — из власти отца семейства.

Уже в древних мифических и религиозных сказаниях власть в той или иной родовой общине и племени возводится к власти прародителей, праотцов: род, племя, народ при этом уподобляются большой семье, а носитель власти — отцу семейства. С возникновением государства подобные патриархальные и патерналистские представления повсеместно у разных народов переносятся на носителя государственной власти как отца и покровителя всех подданных, как “отца-основателя” этого народа и государства и т.д.

Так, **Конфуций** (VI—V вв. до н.э.), в духе древнекитайских традиций трактуя императора как “сына Неба” и исполнителя воли Неба, вместе с тем уподоблял власть императора власти главы семейства, а государство — большой семье. “Сын Неба” здесь, таким образом, предстает как отец Поднебесной.

Управление государством, по Конфуцию, должно строиться как управление семьей — на основе норм добродетели, заботы старших о младших, сыновней преданности и почтительности младших по отношению к старшим. Для установления в государстве таких семейных взаимоотношений между властью (“старшими” во главе с императором-отцом) и подданными (“младшими”), учил Конфуций, необходимо утвердить хороший порядок в семье.

В развернутом виде патриархальная теория происхождения государства представлена в произведениях яркого английского роялиста **Р. Филмера** (XVII в.). Кстати говоря, сходные взгляды развивал до него английский король **Яков I** в ряде своих сочинений. Уподобляя власть короля власти отца семейства над детьми, Яков I считал, что контроль за королем, восстание против него, его изгнание или убийство столь же противоестественны и чудовищны, как и соответствующие действия детей против своего отца. При этом он (в духе распространенных теологических воззрений о происхождении власти) утверждал, что короли получают власть от Бога.

Апология абсолютной монархии содержится и в патриархальной теории Филмера. Свою теорию он обосновывает ссылками на положения Библии о божественном сотворении Адама, на библейскую заповедь “почитай отца своего” и т.д. Отсюда он делает выводы о том, что первочеловек Адам как родоначальник человечества был первым отцом и первым монархом, а исходной формой правления, установленной Богом и основанной на божественном праве, является монархия. Все последующие монархи, согласно Филмеру, — это наследники Адама, преемники его отцовской и одновременно монаршей власти. С этих позиций он расценивал всякое выступление против абсолютной власти монарха как греховное нарушение божественного порядка властвования и божественно установленной формы отцовской власти в государстве.

Патриархально-патерналистские воззрения имели широкое распространение у всех народов. Глубокие корни они пустили и в **русской политической истории**, традиционным компонентом которой стала вера широких слоев населения в “царя-батюшку” и во всякое начальство как в “отца родного”. Эти настроения на протяжении веков насильственно внедрялись в сознание народа правящей деспотической властью (от “помазанника божьего” Ивана Грозного до “отца народов” Сталина). Поэтому неудивительно, что и сегодня монархисты справа и сталинисты слева, — каждый по-своему переживая Эдипов комплекс постдеспотической безотцовщины, — откровенно и настойчиво отвергают либерально-демократический конституционный строй современной России.

Патриархально-патерналистские представления о государственной власти по своей сути и происхождению носят архаический характер. В условиях достаточно развитой цивилизации и политико-правовой жизни подобные представления, как правило, используются в консервативно-реакционных целях — для обоснования и оправдания различных форм деспотической и тиранической власти.

В теоретическом плане основной недостаток патриархально-патерналистских воззрений состоит в отрицании специфики государства и государственной власти, их качественного отличия от семьи и отцовской власти.

Одним из первых критиков подобных воззрений был **Аристотель** (384—322 гг. до н.э.), который в своем труде “Политика” писал: “Неправильно говорят те, которые полагают, будто понятия “государственный муж”, “царь”, “домохозяин”, “господин” суть понятия тождественные. Ведь они считают, что эти понятия различаются в количественном, а не в качествен-

ном отношении... Будто нет никакого различия между большой семьей и небольшим государством... Это, однако, далеко от истины"¹.

Аристотель различает три вида (формы) человеческого общения — семью, селение и государство (полисное общение), — которые возникли естественным путем, т.е. возникли в соответствии с природой человека, а не сверхъестественным (божественным) образом. Семья, согласно Аристотелю, включает в себя отношения мужа и жены, отца и детей, господина и раба. Селение — это колония семей (их множество). А государство — наиболее развитая, завершенная и высшая по своим целям форма общения, достигшая самодовлеющего существования ради благой жизни. “Все общения, — поясняет Аристотель, — стремятся к тому или иному благу, причем больше других и к высшему из всех благ стремится то общение, которое является наиболее важным из всех и обнимает собой все остальные общения. Это общение и называется государством или общением политическим”².

Поскольку цель государства (полиса) — наивысшая и оно представляет более высокую ступень в развитии природы человека, чем семья, Аристотель говорит о первичности (в теологическом смысле) государства по сравнению с семьей. “Первичным по природе, — пишет он, — является государство по сравнению с семьей и каждым из нас; ведь необходимо, чтобы целое предшествовало части”³.

Во всех этих своих суждениях Аристотель исходит из того, что “человек по природе своей есть существо политическое”⁴. И эта политическая (государственная) природа человека в наиболее развитом и завершенном виде (т.е. в виде осуществленной цели) представлена в полисной форме общения свободных и равных граждан.

То, что в последующей истории стали называть государством в различных его проявлениях и значениях, для Аристотеля существовало лишь в виде эллинского полиса. Варвары (все неэллины) не доросли еще до свободы: “варвар и раб по

природе своей понятия тождественные”¹. Это означает, что варвары еще не успели развить свою политическую природу и у них еще нет полиса (т.е. государства в современном словоупотреблении), нет политической (государственной) власти — “власти над свободными и равными”². Имевшаяся же тогда у варваров деспотия — это, по Аристотелю, дополитическая (догосударственная) форма отношений между господином (властвующим правителем) и рабами (подвластными).

В Новое время патриархально-патерналистские представления с позиций идей о суверенитете государства критиковали **Ж. Боден, Г. Гроций, Гегель** и другие мыслители.

4. Органические концепции

Представления об обществе и государстве как **живом организме** и об их органическом происхождении восходят к глубокой древности.

Уже в “Ригведе” повествуется о том, что все в мире произошло из вселенского тела “тысячеглавого, тысячеглазого и тысяченогого пуруши”³. Из органов этого тела, согласно мифу, возникли составные части (сословия) древнеиндийского общества и государства: “Боги, совершая жертвоприношение, приносили пурушу в жертву... Брахманом стали его уста, руки — кшатрием, его бедра стали вайшьей, из ног возник шудра”⁴.

Согласно подобным органическим представлениям, общество и государство тоже являются организмами, совокупностью взаимосвязанных органов. Место, значение и власть каждого сословия и института в иерархической системе организации общественной и государственной жизни определяются функцией и ролью соответствующего органа в живом организме. В этом смысле более важному органу соответствует более высокий статус и более значительная власть в органической системе общества и государства, которая носит иерархически-ранговый характер.

Некоторые элементы органического подхода встречаются и у **Платона**. Соответствие свойств отдельного человека и государства он трактовал так. В человеке голова и душа правят

¹ Аристотель. Соч. Т. 4. М., 1983. С. 376.

² Там же.

³ Там же. С. 379. Эта идея первичности государства в последующем была воспринята и развита (с позиций диалектической логики) Гегелем, который писал: “В действительности государство есть вообще первое, внутри которого семья развивается в гражданское общество, и сама идея государства распадается на эти два момента...” // Гегель. Философия права. М., 1990. С. 278.

⁴ Там же. С. 378.

¹ Аристотель. Указ. соч. С. 376.

² Там же. С. 386.

³ Антология мировой философии. Т. 1. Ч. 1. М., 1969. С. 72.

⁴ Там же. С. 73.

телом, а в самой душе разумное начало правит двумя чувственными началами (яростным и вожделеющим). Аналогично, по Платону, обстоит дело с организацией правления и в государстве, где трем началам человеческой души соответствуют три схожих начала — совещательное, защитное и деловое, а этим началам соответствуют три сословия — правителей, воинов и производителей (ремесленников и земледельцев).

Аналогии между государством и организмом широко использовали и мыслители Нового времени.

Так, **Т. Гоббс** (1588—1679) рассматривал государство, возникающее договорным путем, как могущественное и всесильное животное, именуемое в Библии (Иов. 40) Левиафаном¹. При этом суверенная власть характеризуется Гоббсом как “душа государства”², властвующая над телом.

К органическим представлениям обращался и **Ж. Ж. Руссо** (1712—1778). Государство, возникающее в результате общественного договора, он трактует как “политический организм”, “условное коллективное целое”, которое поглощает своих членов (индивидов): “каждый член превращается в нераздельную часть целого”³. Обосновывая всевластие такого (коллективно-тотального целого), Руссо отвергает как принцип разделения властей (в силу недопустимости расчленения единого организма государства), так и всякие гарантии против злоупотреблений властью со стороны органического целого (поскольку, мол, невозможно, чтобы организм наносил вред своим собственным членам).

Органические отношения между государством и индивидом у Руссо носят антиправовой (силовой) характер. “Если, — пишет он, — кто-либо откажется подчиниться общей воле, то он будет к этому принужден всем Организмом, а это означает не что иное, как то, что его силою принудят быть свободным”⁴.

Органические воззрения присутствуют и в философском учении **Гегеля** (1770—1831) о государстве. Он характеризует “политическое государство” как субстанциальное единство и идеальность его составных моментов, отмечая при этом, что “особенные власти и функции” государства независимы лишь в той мере, в какой “это определено в идее целого, поскольку они исходят из его власти и суть его пребывающие в теку-

чести члены”¹. Отношения между властью государственного целого и отдельными государственными властями Гегель уподобляет связям в живом организме. “С этой идеальностью моментов, — утверждает он, — дело обстоит так же, как с жизнью в органическом теле: она находится в каждой точке; лишь одна жизнь существует во всех точках, и противодействия ей нет. В отдельности от нее каждая точка мертва. Такова и идеальность всех отдельных сословий, властей и корпораций, каково бы ни было их влечение существовать и быть для себя. С ними дело обстоит, как с желудком в организме; он также полагает себя для себя, но одновременно снимается, приносится в жертву и переходит в целое”².

Отсутствие же таких органических связей отдельных властей с государственным целым, как это имело место при феодализме, ведет к превращению отдельных властей и функций государства в частную собственность. Поэтому, замечает Гегель, при феодальной монархии “государство было суверенно во-вне, но внутри не только монарх, но и государство не было суверенно... Целое представляло собой скорее агрегат, чем организм...”³.

Жизнедеятельность организма, таким образом, выступает в гегелевской трактовке как физиологическая модель для идеальной конструкции государственного суверенитета (подчиненности различных властей идее целого). “Идеализм, составляющий суверенитет, — пишет Гегель, — есть то же определение, по которому в животном организме его так называемые части суть не части, а члены, органические моменты, изоляция и для себя пребывание которых есть болезнь...”⁴.

В русле такой органистической трактовки Гегель развивал и свою концепцию разделения властей. С этих позиций он критикует представления об абсолютной самостоятельности различных властей и об их взаимных ограничениях и противоречиях. Подобное соотношение властей ведет, по оценке Гегеля, к установлению “всеобщего равновесия, но не живого единства”⁵.

Применительно к праву идеи органического подхода развивали представители исторической школы права (**К.Ф. Савиньи**, **Г.Ф. Пухта** и др.). Возникновение, функционирование и

¹ См.: Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М., 1936. С. 146.

² Там же. С. 179.

³ Руссо Ж. Ж. Трактаты. М., 1969. С. 161, 162.

⁴ Там же. С. 164.

¹ Гегель. Философия права. М., 1990. С. 316.

² Там же.

³ Там же. С. 317.

⁴ Там же. С. 317—318.

⁵ Там же. С. 309.

развитие права они рассматривали как естественно-органический процесс историко-эволюционного характера. Право характеризуется ими как ветвь народной жизни и народного духа. Оно, подобно языку, возникает, растет и умирает вместе с данным народом. “Не только правовые нормы, содержащиеся в данное время в народном праве, — писал Пухта, — являются членами организма; этим органическим свойством право обладает также в своем движении вперед; также и преемственное соотношение правовых норм органично”¹.

Органические представления об обществе, государстве и праве получили обстоятельную разработку в трудах основательницы позитивистской социологии (О.Конта и Г.Спенсера) и их последователей. Определенное влияние на их воззрения оказали идеи социального дарвинизма.

О. Конт (1798—1857) рассматривал общество как органическое целое, строением, функционированием и эволюцией которого занимается социология. Социология при этом опирается на законы биологии, действие которых в обществе претерпевает определенное видоизменение в силу своеобразия взаимодействия индивидов и воздействия предшествующих поколений на последующие. Основная задача социологии как позитивной науки, пришедшей на смену предшествующим теологическим и метафизическим воззрениям, состоит, согласно Конту, в обосновании путей и средств гармонизации общества, утверждения органической связи “порядка” и “прогресса”.

В своих попытках сделать социологию практической наукой Конт выдвинул проект новой религии с культом человечества (всех прошлых, настоящих и будущих поколений людей) как единого “Великого общества”. Только в таком едином организме всего человечества, по Конту, раскрывается подлинная природа человека как зоологического вида.

По аналогии с животным организмом трактовал общество (и государство) **Г. Спенсер** (1820—1903). Общество как часть природы развивается подобно зародыщу животного, причем во всей истории человеческой цивилизации естественно-животное начало (с законами биологической наследственности и т.д.) доминирует над началом социальным (и политическим). Хотя “клетки” социального организма как разумные существа ведут себя иначе, чем клетки в животном организме, однако их взаимозависимость аналогична взаимодействию клеток на биологическом уровне. Подобно животному организму, социальный

организм растет и развивается путем интеграции его составных частей, усложнения его структуры, дифференциации функций и т.д. В социальной жизни, как и в природе, выживает наиболее приспособленный организм.

В духе такого общего закона эволюции Спенсер трактовал догосударственное состояние общества, возникновение и функционирование политической организации и политической власти в обществе военного типа и постепенный переход к обществу, государству и праву промышленного типа.

В отличие от подавляющего большинства приверженцев органистического подхода Спенсер развивал либерально-индивидуалистические политические воззрения и видел цель социального организма не в поглощении своих членов, а в служении им.

Представители органической школы в социологии (А. Шеффле в Германии, Р. Вормс во Франции, П.Ф. Лилиенфельд в России и др.) пошли значительно дальше своих предшественников в биологизации социальных и политических явлений. Так, у Шеффле экономические отношения в “социальном теле” трактуются как обмен веществ в живом организме, а Вормс выявлял физиологические особенности и половые функции различных социальных органов и организмов, изучал их социальную гигиену и т.д. Правительство, согласно Лилиенфельду, осуществляет функции головного мозга, а торговля — функции кровообращения и т.п.

5. Естественноправовые концепции общественного договора

Различные естественноправовые представления о договорном происхождении государства и закона встречаются уже в древности.

Так, договорную концепцию возникновения государства развивал уже древнекитайский мыслитель **Мо-цзы** (V в. до н.э.). В древности, писал он, между людьми царил вражда, не было управления и наказаний, “у каждого было свое понимание справедливости”¹. “Беспорядок в Поднебесной был такой же, как среди диких зверей. Поняв, что причиной хаоса является отсутствие управления и старшинства, люди выбрали самого добродетельного и мудрого человека Поднебесной и сделали его сыном неба... Только сын неба может создавать

¹ Puchta G.F. *Cursus der Institutionen*. В.I, 5. Aufl. Leipzig, 1856. S. 46.

¹ Древнекитайская философия. Т. 1. М., 1972. С. 191.

единый образец справедливости в Поднебесной, поэтому в Поднебесной воцарился порядок”¹.

Как результат договора людей между собой об их общей пользе и безопасности трактовал государство и право древнегреческий мыслитель **Эпикур** (IV—III вв. до н.э.). “Справедливость, происходящая от природы, — писал Эпикур, — есть договор о полезном — с целью не вредить друг другу и не терпеть вреда”².

Идеи договорного происхождения государства и права получили широкое распространение в Новое время.

Эти идеи развивались такими представителями раннебуржуазной политико-правовой мысли, как Г. Гроций, Т. Гоббс, Б. Спиноза, Дж. Локк, Ж.-Ж. Руссо, И. Кант, А.Н. Радищев и др.

Г. Гроций (1583—1645), различая право естественное (ведения здравого разума) и право волеустановленное (позитивное право), также и государство трактовал как явление волеустановленное, возникающее в результате договора людей (их волеизъявления). “Право внутригосударственное, — писал он, — есть то, которое исходит от гражданской власти. Власть гражданская господствует в государстве. Государство же есть совершенный союз свободных людей, заключенный ради соблюдения права и общей пользы”³. К взаимному общению и заключению такого договора, согласно Гроцию, побуждает людей их разумная природа — “мать естественного права”⁴. Естественноправовой характер носит и требование соблюдения договора о создании государства (гражданского сообщества).

Догосударственное (естественное) состояние **Т. Гоббс** (1588—1679) изображает как “состояние войны всех против всех”⁵. В естественном состоянии, где нет общей власти, закона и справедливости, каждый имеет право на все — в этом и состоят его естественное право и свобода. В этих условиях разум человека предписывает требование искать мир и следовать ему. Таков, по Гоббсу, смысл первого и основного естественного закона. Из него вытекают и все остальные естественные законы, которые требуют отказа каждого от своих естественных прав в интересах мира и безопасности, выполне-

ния договоров и соблюдения правила: не делай другому того, чего не хотел бы, чтобы делали тебе.

Требования этих естественных законов побуждают людей заключить договор об учреждении государства (суверенной общей власти), держащего людей в страхе и направляющего их действия к общему благу. “Таково, — писал Гоббс, — рождение того великого Левиафана, или, вернее (выражаясь более почтительно), того смертного бога, которому мы под властью бессмертного Бога обязаны своим миром и своей защитой. Ибо благодаря полномочиям, данным ему каждым отдельным человеком в государстве, указанный человек или собрание лиц пользуется такой огромной сосредоточенной в нем силой и властью, что внушаемый этой силой и властью страх делает этого человека или это собрание лиц способным направлять волю всех людей к миру внутри и к взаимной помощи против внешнего врага. И в этом человеке или собрании лиц состоит сущность государства, которая может быть определена как единое лицо, ответственным за действия которого сделало себя путем взаимного договора между собой огромное множество людей, с тем чтобы это лицо могло использовать силу и средства всех их так, как оно сочтет это необходимым для их мира и общей защиты”¹.

Договорную концепцию Гоббс, таким образом, использовал для обоснования абсолютистского государства, суверенная власть которого носит произвольный и бесконтрольный характер. С подобных этатистских позиций он трактовал и закон государства (позитивное право) как обязательство, налагаемое на граждан. “Правовая сила закона, — подчеркивал он, — состоит в том, что он является приказанием суверена”². Это приказное правопонимание легло в основу всего последующего позитивистского учения о праве.

Во многом сходную концепцию договорного установления государства обосновывал и **Б. Спиноза** (1632—1677). В своих общих интересах люди, заключая такой договор, переносят свою мощь (т.е. свое естественное право) на учреждаемую верховную власть, которая приобретает “высшее естественное право на все, т.е. высшее господство, которому каждый будет обязан повиноваться или добровольно, или под страхом высшего наказания”³. Правда, Спиноза (в отличие от Гоббса) отвергает абсолютистское государство и признает за гражданами

¹ Древнекитайская философия. Т. 1. С. 191.

² Материалисты Древней Греции. М., 1955. С. 217.

³ Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1956. С. 74.

⁴ Там же. С. 48.

⁵ Гоббс Т. Указ. соч. С. 115.

¹ Гоббс Т. Указ. соч. С. 146—147.

² Там же. С. 214.

³ Спиноза Б. Избранные произведения. Т. 2. М., 1957. С. 207.

некоторые неотчуждаемые права, которые ограничивают государственную власть¹.

Либеральную концепцию договорного происхождения и назначения государства развивал **Дж. Локк** (1632—1704). Естественный закон, утверждал он, и в естественном, и в государственном состоянии одинаково “требует мира и безопасности для всего человечества”². Но в естественном состоянии, где свобода и равенство людей обеспечиваются лишь посредством самозащиты, нет достаточных средств для реализации требований естественного закона и гарантий соблюдения естественных прав и свобод каждого. Разумное преодоление этих недостатков естественного состояния ведет к общественному договору об учреждении государства, причем “великой и главной целью объединения людей в государство и передачи себя под власть правительства”³ является обеспечение неотчуждаемого (и в условиях государственной жизни) естественного права каждого на его собственность, т.е. его жизнь, свободу и имущество.

Договорные отношения людей (всех вместе и каждого в отдельности) с государством — это, по Локку, постоянно длящийся и обновляющийся процесс, основанный на **принципе согласия**. В соответствии с этим принципом народ, будучи источником суверенитета, имеет право свергнуть деспотическую власть как нарушителя условий общественного договора. Также и каждый отдельный человек, достигнув совершеннолетия, сам решает вопрос о том, присоединиться ли ему к общественному договору и стать членом данного государства или покинуть его.

С революционно-демократических позиций идею общественного договора трактовал **Ж. Ж. Руссо** (1712—1778). В своей работе “Об общественном договоре” он характеризует естественное состояние как строй всеобщей свободы и равенства. Однако с появлением частной собственности и социального неравенства начинается борьба между бедными и богатыми. Выход из такого состояния был найден с помощью соглашения о создании государственной власти и закона, которым будут подчиняться все. Но потеряв свою естественную свободу, бедные не обрели свободы политической. Неравенство частной собственности, дополненное политическим неравенством, привело, согласно Руссо, в конечном счете к абсолютному нера-

¹ См.: Спиноза Б. Избранные произведения. Т. 2. С. 217, 302—303.

² Локк Дж. Избранные философские произведения. Т. 2. М., 1960. С. 8.

³ Там же. С. 72.

венству при деспотизме, когда по отношению к деспоту все равны в своем рабстве и несправии.

Бичуя такое ложное, порочное и пагубное для человечества направление развития общества, государства и всей человеческой цивилизации, Руссо с позиций защиты народного суверенитета выдвигает **свой проект общественно-договорного “исправления” истории** — создание Политического организма как подлинного договора между народами и правителями. Цель этого подлинного общественного договора Руссо видит в создании “такой формы ассоциации, которая защищает и ограждает всю общую силую личность и имущество каждого из членов ассоциации и благодаря которой каждый, соединясь со всеми, подчиняется, однако, только самому себе и остается столь же свободным, как и прежде”¹.

Благодаря общественному договору каждый, передав в общее достояние и поставив под единое высшее руководство общей воли свою личность и все свои силы, превращается в нераздельную часть целого. Последствия общественного договора, по Руссо, таковы: “Немедленно вместо отдельных лиц, вступающих в договорные отношения, этот акт ассоциации создает условное коллективное Целое, состоящее из стольких членов, сколько голосов насчитывает общее собрание. Это Целое получает в результате такого акта свое единство, свое общее я, свою жизнь и волю. Это лицо юридическое², образующееся, следовательно, в результате объединения всех других, некогда именовалось *Гражданской общиной*, ныне же именуется *Республикою*, или *Политическим организмом*: его члены называют этот Политический организм *Государством*, когда он пассивен, *Сувереном*, когда он активен, *Державою* — при сопоставлении его с ему подобным. Что до членов ассоциации, то они в совокупности получают имя *народа*, а в отдельности называются *гражданами* как участвующие в верховной власти и *подданными* как подчиняющиеся законам Государства”³.

Общественный договор дает политическому организму (государству) неограниченную власть над всеми его членами (участниками соглашения); эта власть, направляемая общей волей,

¹ Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права // Трактаты. М., 1969. С. 160.

² В оригинале “*person publique*”, т. е. публичная персона или публичная личность.

³ Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права. С. 161—162.

и есть единый, неделимый и неотчуждаемый суверенитет народа. При этом пределы государственной власти в ее взаимоотношениях с индивидами, согласно Руссо, ставятся тем, что “суверен, со своей стороны, не может налагать на подданных узы, бесполезные для общины; он не может даже желать этого, ибо как в силу закона разума, так и в силу закона естественного ничто не совершается без причины”¹.

Однако все эти уверения об идиллических отношениях между народом-сувереном и подданными начисто разрушаются утверждением самого Руссо о том, что суверен не связан собственными законами. К тому же Руссо отвергает принцип разделения властей и иные гарантии соблюдения прав и свобод человека в государственном состоянии.

Под заметным влиянием учения Руссо идеи договорного происхождения государства отстаивал **А.Н. Радищев** (1749—1802). С позиций защиты суверенитета народа, естественных прав человека и республиканской формы правления он подчеркивал, что цель договорно формируемого государства — это “блаженство граждан”.

На идеи общественного договора опирались американские мыслители (Т. Джефферсон, Т. Пейн и др.) XVIII в. при обосновании суверенного права народа США на независимость от Великобритании и на формирование своего самостоятельного государства. Эти идеи нашли свое выражение и первое в истории официальное закрепление в Декларации независимости США (1776), автором которой был **Т. Джефферсон** (1743—1826). В этой Декларации от имени народа США, в частности, утверждается: “Мы считаем очевидными следующие истины: все люди сотворены равными и все они одарены своим Создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежат: жизнь, свобода и стремление к счастью. Для обеспечения этих прав учреждены среди людей правительства, заимствующие свою справедливую власть из согласия управляемых. Если же данная форма правительства становится губительной для этой цели, то народ имеет право изменить или уничтожить ее и учредить новое правительство, основанное на таких принципах и с такой организацией власти, какие, по мнению этого народа, всего более могут способствовать его безопасности и счастью”².

¹ Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права. С. 172.

² Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 182.

Своеобразную философскую концепцию договорного возникновения государства обосновывал **И. Кант** (1724—1804). “Государство, — писал он, — это объединение множества людей, подчиненных законам права”¹. Но так называемый общественный договор о переходе от естественного состояния к гражданскому, учреждении государства и т.д. — это, по Канту, “не факт (более того, как таковой он вообще невозможен)”, а “все-го лишь идея разума, которая, однако, имеет несомненную (практическую) реальность”². В этом смысле идея (требование) разума о реализации всеобщего блага и переходе от естественного состояния к гражданскому (государственному) состоянию, основанному на началах права, играет ту же роль, что и общественный договор.

Регулятивная сила идеи разума, согласно Канту, в некотором отношении эквивалентна силе договора, поскольку, разделяя некоторую идею и действуя в направлении реализации ее требований, люди действуют практически так же, как если бы они специально договорились о том же самом (в форме общественного договора). Существенная разница здесь, правда, в том, что требования идеи разума безусловны (отсюда и безусловный характер кантовского категорического императива — веления разума), тогда как договор по своему существу, предмету, содержанию и т.д. условен, может быть изменен, расторгнут и т.д.

Подобная интерпретация Кантом общественного договора как идеи разума свидетельствует о философской рационализации им представлений об общественном договоре и одновременно о его определенном расхождении с предшествующими концепциями договорного возникновения государства и права.

С последовательной критикой договорной теории происхождения государства выступил **Гегель** (1770—1831). Договор, отмечал он, исходит из произвола договаривающихся лиц, и в договоре представлена лишь воля этих лиц, тогда как государство — это “в себе и для себя всеобщая воля”³. Кроме того, “предметом договора является единичная внешняя вещь”⁴, поскольку только такая вещь может быть отчуждена по произволу договаривающихся лиц. Поэтому, замечает Гегель, ошибочно подводить под понятие договора брак, как это делает Кант. “Также, — продолжает Гегель, — не состоит в договорном от-

¹ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. 2. С. 87.

² Там же.

³ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 129.

⁴ Там же.

ношении природа государства независимо от того, рассматривается ли государство как договор всех со всеми или как их договор с государем или правительством. Привнесение договорного отношения, так же как и отношений частной собственности вообще, в государственное отношение привело к величайшей путанице в государственном праве и действительности”¹.

В целом следует отметить, что договорные концепции государства и права сыграли заметную прогрессивную роль в развитии либерально-правовых и демократических представлений о сущности и назначении государства, о правовой организации государственной жизни, неотчуждаемых правах и свободах человека и т.д.

Идеи общественного договора (в той или иной модификации) не потеряли свое значение и в наши дни. Их влияние особенно отчетливо проявляется в переломные периоды политической жизни той или иной страны, когда в процессе смены общественного и государственного строя актуализируется проблема социальной легитимации новых государственно-правовых институтов, общественного согласия с новыми политическими порядками и т.д. В наше время такая учредительно-легитиматорская роль общественного договора, как правило, падает на новую Конституцию, особенно если она в ходе референдума получает одобрение и поддержку явного большинства народа.

Потенциал идеи общественного договора в современных условиях может быть использован, как об этом свидетельствует политический опыт постсоветской России, и в иной форме, например в виде “Договора об общественном согласии” (апрель 1994 г.), подписанного руководителями органов государственной власти, политических и общественных объединений России и сыгравшего определенную позитивную роль в деле преодоления угрозы гражданской войны, упрочения нового конституционного строя и в целом стабилизации социально-политической ситуации в стране.

6. Концепции насилия

Представители данного направления трактуют возникновение государства и права как результат насилия (внутреннего или внешнего).

Представления о **внутреннем насилии** в качестве причины возникновения государства и права развивал **Е. Дюринг**.

Насилие одной части первобытного общества над другой, по Дюрингу, — это тот первичный фактор, который порождает политический строй (государство). В результате такого насильственного порабощения одних другими возникают также собственность и классы.

Представления о **внешнем насилии** как определяющем факторе возникновения государства и права развивали Л. Гумплович, К. Каутский и др.

Л. Гумплович исходил из того, что человек — существо стадное и потому всегда руководствуется мнением своего стада, орды, сообщества. Последние же для самосохранения всегда стремятся к расширению своего влияния и могущества, к увеличению своего благополучия. Это, по Гумпловичу, и лежит в основе войны различных рас, стремления одних племен и сообществ подчинить себе другие, поработить и эксплуатировать их. Так возникают государства, так происходят и последующие расширения их территорий, возникновение больших империй и т.д. К последствиям завоевания Гумплович относит также имущественное и социальное расслоение населения возникающего государства на касты, сословия, классы.

“Никогда и нигде, — писал Гумплович, — государства не возникали иначе, как через порабощение чужих племен одним или несколькими союзными и объединенными племенами”¹. Интерпретируя с этих позиций исторические примеры возникновения государств в древности и в новые времена, он утверждал, что государства всегда основывались меньшинством пришлых завоевателей, т.е. более сильной расой, расой победителей. Причем государственная власть всегда находится в руках меньшинства.

Во многом сходными были и взгляды **К. Каутского** о роли завоевания. Он считал, что “всюду возникновение первых классов и государств связано с завоеванием”². Государство возникает как аппарат принуждения завоевателей (победившего племени) над побежденными. И уже в рамках насильственно объединенной общности победителей и побежденных из победившего племени формируется господствующий класс, а из побежденного племени — класс эксплуатируемых.

Свои представления об определяющей роли завоевания в процессе возникновения государства Каутский стремился увязать с марксистским учением о классах. Но классы у него по-

¹ Гумплович Л. Основы социологии. СПб., 1899. С. 184.

² Каутский К. Материалистическое понимание истории. Т.2. Государство и развитие человечества. М.-Л., 1931. С. 89.

являются не до возникновения государства (как считает ортодоксальный марксизм), а после. В этой связи Каутский писал: “Хотя эксплуатация появляется не только лишь благодаря государству и еще до появления государства существовал рабский труд и грабеж чужих племен, однако внутри общины (к которой рабы не принадлежали) появление эксплуатируемых и эксплуатирующих классов произошло лишь в результате возникновения государств, в результате насильственного объединения побежденных племен в одно большое общество под господством победителей. С этого времени существуют эксплуататоры и эксплуатируемые внутри одного и того же общества... С понятием класса тесно связано понятие государства. Если можно сказать, что вся писаная история является историей классовой борьбы, то она в то же время в равной мере является также и историей государства, по крайней мере в том смысле, в каком Маркс и Энгельс понимали это слово”¹.

Определяющую роль завоевание играло, по Каутскому, как на Западе, так и на Востоке. Также и на Востоке “лишь образование государства народом завоевателей обеспечило центральной власти силу, благодаря которой она оказалась на высоте задач, выдвинутых расширением водного хозяйства... Оросительные сооружения на Востоке целиком и полностью зависят от характера правительственной власти”².

7. Психологические концепции

Представители данного подхода усматривают истоки и основу общества, права и государства в психике людей (индивидуальной или коллективной).

Так, согласно **Т. Тарду**, вся история человечества, включая переход от первобытного состояния к государственному и дальнейшее развитие социальных и политико-правовых институтов, определяется такими первичными факторами, как открытие (изобретение) и подражание. При этом сущностью всякого открытия и изобретения в общественной, политической и правовой жизни людей является приспособление как способ разрешения социальных противоречий.

В качестве внутренних причин открытия и подражания Тард рассматривал желания и верования, волевые импульсы

и знания, которые впервые встречаются в мозгу мыслящего субъекта. Благодаря открытию и подражанию происходит переход от наличного конфликта соответствующих прежних мнений, общественных и политико-правовых форм, институтов и порядков к их согласованию.

Первоначальные отдельные открытия в условиях первобытного общества, по мнению Тарда, носили бессвязный характер, затем они постепенно систематизируются и гармонизируются. В результате этого процесса гармонизации, утверждал он, появились, помимо грамматики, религии, нравственности, искусства, также система законов и правительство.

Психологический подход развивал и **Ф. Гиддинг**, согласно которому первичным социальным фактом является сознание породы. Под этим Гиддинг понимал такое состояние сознания, в котором любое существо готово признать любое такое же разумное существо одной с ним породы. Наше поведение с теми, кто похож на нас, инстинктивно и рассудочно отличается от нашего поведения с теми, кто на нас не похож. Все общественное и политическое развитие определяется сознанием породы, проводящим различие между разными породами и расами в обширном царстве одушевленных существ. Внутри самих этих пород и рас сознание породы является основой группировки индивидов в этнические и политические союзы, классовых делений, возникновения общественных и политических сообществ.

Как результат психического единения людей трактовал общество и государство **Н.М. Коркунов**. Согласно его психологическому подходу, основой всего права является индивидуальное сознание.

Право как разграничение интересов и общественный порядок выражает, по Коркунову, не объективно данное подчинение личности обществу, а субъективное представление самой личности о должном порядке общественных отношений. С этих же психологических позиций он утверждал, что власть есть сила, обусловленная не волею властвующего, а сознанием зависимости подвластного. Соответственно и государственная власть — это, по Коркунову, не чья-либо воля, а сила, вытекающая из психических представлений граждан об их зависимости от государства. Он считал, что государство как общественный союз, обладающий самостоятельной властью принуждения, возникло в качестве средства осуществления права.

Как психические переживания трактовал право и государство **Л.И. Петражицкий**. Право сводится им к правовым эмо-

¹ Каутский К. Материалистическое понимание истории. Т.2. Государство и развитие человечества. С. 146.

² Там же. С. 208—209.

циям императивно-атрибутивного характера. Императивность правовых эмоций раскрывается при этом как состояние связанности воли индивида, переживаемое в виде авторитетного понукания и давления в сторону определенного поведения. Атрибутивность же правовых эмоций состоит в том, что подобное (обязанное) поведение одного лица причитается (и переживается как право) другому лицу.

Государство и официальное законодательство рассматриваются при этом как “проекции” правовых переживаний, как “фантазмы” психики.

8. Марксистская концепция

Марксистская концепция происхождения государства и права опирается на историко-материалистическое учение об обществе и общественном развитии, на классовую трактовку государства и права.

Государство, согласно марксизму, возникает в результате естественно-исторического процесса развития первобытно-общинного строя (постепенное развитие производительных сил, разделение труда, появление частной собственности, имущественная и социальная дифференциация общества, его раскол на эксплуататоров и эксплуатируемых и т.д.) как аппарат принудительной власти экономически господствующего, эксплуататорского класса над неимущим, эксплуатируемым классом.

Исторически государство возникает как рабовладельческое государство, на смену которому — в результате общественного развития — идет феодальное, а затем буржуазное государство. Уничтожение путем пролетарской революции частной собственности как основы классов, государства и права откроет путь к бесклассовому, безгосударственному и неправовому коммунистическому обществу. Коммунистическое общество и общественное самоуправление (без государства и права) — это, согласно марксистским представлениям, определенное повторение (на более высокой ступени исторического развития) первобытного коммунизма и догосударственного общественного самоуправления первобытного строя.

Основные положения этой марксистской концепции изложены в произведениях **К. Маркса** и **Ф. Энгельса**, а затем и в работах **Г.В. Плеханова**, **В.И. Ленина** и других марксистов.

Проблема возникновения государства специально исследуется в работе **Ф. Энгельса** “Происхождение семьи, частной

собственности и государства”¹. Она опирается на историко-материалистическое учение Маркса и Энгельса и работу американского этнографа **Л. Моргана** “Древнее общество” (1877), в которой освещаются основные направления человеческого прогресса от дикости через варварство к цивилизации.

Энгельс исследует три формы возникновения государства в процессе разложения родового строя. Самой чистой, наиболее классической формой, по оценке Энгельса, является возникновение Афинского государства: здесь государство возникает непосредственно и преимущественно из классовых противоположностей, развивающихся внутри самого родового общества. В Риме государство возникает в борьбе между аристократией родового общества и бесправным плебсом, находившимся вне этого общества; победа плебса взрывает родовой строй и на его развалинах возникает государство, в котором вскоре растворяются и родовая аристократия, и плебс. У германских победителей Римской империи государство возникает как непосредственный результат завоевания обширных чужих территорий, для господства над которыми родовой строй тогдашних германцев не давал никаких средств.

В обобщенном виде Энгельс подчеркивает, что родовой строй был разрушен и заменен государством действием экономико-производственных факторов, разделением труда и его последствиями — расколом общества на противоположные классы. “Итак, — резюмирует Энгельс, — государство никоим образом не представляет собой силы, извне навязанной обществу. Государство не есть также “действительность нравственной идеи”, “образ и действительность разума”, как утверждает Гегель. Государство есть продукт общества на известной ступени его развития; государство есть признание, что это общество запуталось в неразрешимое противоречие с самим собой, раскололось на непримиримые противоположности, избавиться от которых оно бессильно”². Для разрешения этих противоречий необходима новая сила — государство. “А чтобы эти противоположности, классы с противоречивыми экономическими интересами, — продолжает Энгельс, — не пожрали друг друга и общество в бесплодной борьбе, для этого стала необходимой сила, стоящая, по видимому, над обществом, сила, которая бы умеряла столкновение, держала его в границах “порядка”. И эта сила, происшедшая из общества, но ставящая себя над ним, все более и более отчуждающая себя от него, есть государство”³.

¹ См.: *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 21. С. 23—178.

² Там же. С. 169—170.

³ Там же.

Таким образом, государство, по характеристике Энгельса, возникло из потребности держать в узде противоположность классов, и оно, за редким исключением (периоды равновесия сил противоположных классов, когда государство получает относительную самостоятельность) является государством самого могущественного, экономически господствующего класса, который при помощи государства становится также политически господствующим классом и приобретает новые средства для подавления и эксплуатации угнетенного класса. Государство, по Энгельсу, является связующей силой цивилизованного общества; во все типичные периоды оно является государством исключительно господствующего класса и во всех случаях остается по существу машиной для подавления угнетенного, эксплуатируемого класса.

Основными признаками государства, отличающими его от родовой организации, по Энгельсу, являются: 1) разделение подданных государства по **территориальным делениям** и 2) учреждение **публичной власти**, которая уже не совпадает непосредственно с населением, организующим самое себя как вооруженная сила. К тому же для содержания этой публичной власти, замечает Энгельс, необходимы **налоги**, которые не известны родовому обществу.

Экономическими причинами марксизм объясняет и возникновение **восточного деспотизма**¹. В этой связи Маркс и Энгельс отмечали консерватизм восточной общины в качестве основы деспотического строя в условиях отсутствия частной собственности на землю, товарных отношений и т.д. “Эти идиллические сельские общины, — писал Маркс, — сколь безобидными они бы ни казались, всегда были прочной основой восточного деспотизма”². Это обстоятельство отмечал и Энгельс: “Отсутствие частной собственности на землю действительно является ключом к пониманию всего Востока. В этом основа всей его политической и религиозной истории”³.

В русле этих положений Маркса и Энгельса о восточном деспотизме Г.В. Плеханов усматривал корни деспотизма центральной власти на Востоке в ее деятельности по организации системы орошаемого земледелия. “Земледелие, продолжая щедро вознаграждать усилия человека, — писал он, — становится, однако, невыносимым без той планомерной организации

и дисциплины труда, которые, создав древние цивилизации, создали также и древнее деспотическое государство”¹.

В подходе В.И. Ленина к рассматриваемой теме акцент делается на антагонизме классов и на классовой природе государства: “Государство, — подчеркивал он, — есть продукт и проявление *непримиримости* классовых противоречий. Государство возникает там, тогда и постольку, где, когда и постольку классовые противоречия объективно *не могут* быть примирены... И наоборот: существование государства доказывает, что классовые противоречия непримиримы”². В этом же духе он характеризовал государство как “машину для поддержания господства одного класса над другим”, как “машину для угнетения одного класса другим”³.

Хотя марксизм при трактовке проблемы возникновения государства, как и в остальных случаях, постоянно подчеркивает определяющую роль материальных (экономико-производственных) отношений, однако в действительности этот экономический фактор зачастую сочетается, а нередко и замещается фактором насилия. В обоснование такого крена в сторону признания роли насилия Маркс писал: “Как известно, в действительной истории большую роль играют завоевание, порабощение, разбой, — одним словом, насилие”⁴. Более того, насилию придается универсальный характер и значение экономического факта: “Насилие является повивальной бабкой всякого старого общества, когда оно беременно новым. Само насилие есть экономическая потенция”⁵.

Подобное единение насилия и экономики присутствует и у Энгельса: “... Насилие есть только средство, целью же является, напротив, экономическая выгода. Насколько цель “фундаментальнее” средства, применяемого для ее достижения, настолько же экономическая сторона отношений является в истории более фундаментальной, чем сторона политическая”⁶.

Такая трактовка соотношения насилия (как средства) и экономики (как цели) явно противоречит кредо марксистского материализма, согласно которому именно средство (средства материального производства, объективно и независимо от сознания людей складывающиеся базисные, производственные

¹ Плеханов Г.В. Соч. Т. VII. М.-Л., 1925. С. 21.

² Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 7.

³ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 39. С. 73, 75.

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 23. С. 726.

⁵ Там же. С. 761.

⁶ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 164.

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 23. С. 371; Архив К. Маркса и Ф. Энгельса. Кн. 1. М.-Л., 1928. С. 278.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 9. С. 135.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 28. С. 221.

отношения и т.д.), а не цель (форма осознания действительности, т.е., согласно марксизму, нечто надстроечное, производное от базиса) составляет фундамент истории и определяет общественно-историческое развитие.

В подходе Ленина роль насилия и вовсе гипертрофируется. «Великие исторические вопросы, — подчеркивал он, — решаются в последнем счете только силой...»¹.

Противоречия марксизма в вопросе о соотношении экономики и насилия имеют свои глубинные причины и коренятся в его внутренней двойственности: марксизм выступает одновременно и как экономико-материалистическое учение, и как пролетарско-коммунистическая доктрина классовой борьбы, т.е. как доктрина классового насилия, насилия внутреннего и внешнего — от внутренней (гражданской) войны до войны внешней, мировой (мировая революция и т.д.). В такой двойственности, как об этом свидетельствуют теория марксизма и практика ее реализации, классово-насильственная сторона в конечном счете берет верх над материально-экономической стороной. В словоупотреблении Энгельса, но в прямо противоположном смысле можно сказать: цель (пролетарско-классовое насилие и партийно-коммунистическая политика) господствует над средством (экономикой).

9. Либертарно-юридическая концепция

Та или иная трактовка проблемы возникновения права и государства выражает определенный аспект понимания их сущности. Каково понимание сущности права и государства (и, следовательно, их понятие), такова и соответствующая концепция их происхождения и назначения, соответствующая трактовка процесса их возникновения и развития. Так что определенная концепция возникновения права и государства — это по своему теоретико-познавательному смыслу и значению один из составных моментов соответствующего понятия права и понятия государства.

Право и государство — это специфические социальные явления, отличающиеся от других социальных явлений именно своей особой сущностью. И они (право и государство) — при всех их исторических изменениях и трансформациях — остаются сущностно (и, следовательно, по понятию) тождествен-

ными себе, остаются явлениями, выражающими одну и ту же свою сущность и охватываемыми одним и тем же понятием. Ведь право и государство как социальные явления (и проявления) определенной сущности изменчивы (социально-исторически изменяются, развиваются и т.д.), как и все остальные явления других сущностей, лишь в пределах своей сущности, которая при всех изменениях остается принципиально единой и тождественной себе качественной определенностью.

Поэтому, говоря о времени и причинах возникновения права и государства, мы под «правом» и «государством» имеем в виду (и логико-теоретически должны иметь в виду) по существу (и понятийно) то же самое, что и сегодня называем правом и государством. Иначе получилось бы, что, говоря о возникновении права и государства, мы в понятие «право» и в понятие «государство» вкладываем один смысл (одну сущность), а сегодня — другой смысл (другую сущность). Это означало бы признание произвольного множества сущностей (и понятий) права и государства, т.е. отрицание сущностного (и понятийного) единства изучаемых явлений, обозначаемых одним и тем же названием: «право», «государство».

Согласно либертарно-юридической теории права и государства, право и государство возникают, функционируют, развиваются и до сих пор существуют и действуют как две взаимосвязанные составные части единого по своей сущности способа, порядка и формы бытия, признания, выражения и осуществления свободы людей в их социальной жизни.

Исторически свобода (свободные индивиды) проявляется в процессе разложения первобытного общества и дифференциации его членов на свободных и несвободных (рабов). Право и государство, пришедшие на смену нормам и институтам власти первобытного общества, как раз и представляют собой всеобщую и необходимую (и пока что до сих пор единственно возможную) форму нормативного и институционального признания, выражения и защиты этой свободы в виде правосубъектности и государствовсубъектности индивидов в частных и публично-властных делах и отношениях. Последующий всемирно-исторический прогресс свободы (от рабства к феодализму и капитализму, а затем и к постсоциалистическому и посткапиталистическому цивилизму) — это одновременно и прогресс соответствующих правовых и государственных форм бытия, закрепления и осуществления этой свободы.

Внутреннее (сущностное и смысловое) единство права и государства как необходимых абстрактно-всеобщих форм свободы, которое лежит в основе общего либертарно-юридичес-

¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 10. С. 313.

кое понятия права, включающего в себя также и соответствующее либертарно-юридическое понятие государства как правового явления и института, характерно как для эпохи возникновения права и государства, так и для их последующей эволюции — вплоть до современности.

Таким образом, свобода появляется в этом мире в государственно-правовой форме, а возникновение права и государства как раз знаменует собой это бытие свободы в жизни людей, наличие свободных индивидов — формально равных субъектов права и членов государства. Ведь появление свободы и качественно нового (по сравнению с предшествующей эпохой) деления людей на свободных и несвободных (рабов) можно выразить лишь в государственно-правовой форме — в форме признания одних (свободных) субъектами права и власти, а других (рабов) — соответственно объектами права и власти первых.

В первобытном обществе именно потому нет права и государства, что там нет свободы, свободных индивидов (и соответственно их противоположности — несвободных, рабов). И в тех первобытных обществах, где развитие (все равно по каким причинам — духовным или материальным) не дошло до общественно значимой дифференциации людей на две принципиально противоположные группы (свободных и рабов), т.е. везде там, где свобода еще не вызрела в своей несовместимой противоположности к несвободе рабства, там и не произошло перехода к праву и государству. В таких неразвитых обществах на смену первобытнообщинному строю пришел деспотический строй.

Деспотизм (при всем историческом многообразии форм деспотизма — от древневосточной деспотии до современного тоталитаризма) — это строй без свободы, без права и без государства, строй, который держится на насилии властвующих (одного деспота или деспотической клики) над подвластными. Поэтому неверно трактовать переход от первобытного строя к деспотизму как возникновение государства и права. Деспотическое государство, деспотическое право — это такой же нонсенс, такое же внутренне противоречивое словосочетание, словом, такое же “деревянное железо”, как и тиранический правопорядок, тоталитарное право, тоталитарное государство и т.д.

Конец первобытного строя вовсе не везде сопровождался возникновением права и государства. Это было, скорее, исключением, чем правилом. К числу таких исключений уверенно можно отнести историю возникновения права и государства у

древних греков, римлян, германцев, заложивших основы будущей европейской государственности и права, да и всего современного понимания того, что есть, собственно говоря, право и государство.

Конечно, аристотелевское положение о человеке как по природе своей существе политическом (и правовом) относится ко всем этносам и народам, однако в реальном процессе истории многие из них надолго (а некоторые до сих пор) застряли в силовом поле деспотизма.

Принципиальное отличие государственно-правового строя от деспотизма, отмеченное уже Платоном и Аристотелем, а затем и Локком, Монтескье, Кантом, Гегелем и многими современными авторами, сохраняет свое актуальное значение и в наши дни. Ведь речь по существу идет об отличии свободы от рабства, права — от произвола, государственной власти — от насилия.

Либертарно-юридическая концепция возникновения права и государства не отрицает познавательную значимость целого ряда положений, имеющих в других подходах к этой проблеме. Данная концепция исходит из условия, минимально необходимого для возникновения права и государства. Таким абсолютно необходимым условием (и, можно сказать, финальной причиной) возникновения права и государства как формы свободы является само наличие свободы (социально значимой группы свободных индивидов в ее принципиальной противоположности к несвободным, к рабам). Здесь существенно именно то, что ни свобода без права и государства, ни право и государство без свободы невозможны.

По сравнению с такой финальной причиной все остальные причины (мифологические, религиозные, органические, психологические, силовые, договорные, экономические, классовые и т.д.), излагаемые в других концепциях, носят, в лучшем случае, подготовительный, вспомогательный, сопутствующий характер.

В свою очередь, эти другие концепции, говоря так или иначе о свободе и рабстве, не рассматривают свободу как определяющую причину возникновения права и государства, поскольку само право и государство они не понимают как необходимую форму свободы.

Показательна в этом плане марксистская концепция возникновения государства и права как аппарата классового насилия (все равно — свободных над рабами в древности или одной части свободных над другой частью свободных в последующей истории). Такое отрицательное отношение к свободе в ее

единственно возможной государственно-правовой форме и трактовка этой свободы (и класса свободных) как источника угнетения и рабства (и в древности, и при капитализме) в целом присущи марксистскому подходу к государству и праву — от их возникновения в прошлом до их отмирания в коммунистическом будущем. Вся эта государственно-правовая эпоха, основанная на частной собственности и эксплуатации, относится марксизмом к мрачной “предистории” человечества, подлинная, светлая история которого начнется тогда, когда не будет собственности, государства, права. И свободы! Как это убедительно продемонстрировала практика реализации коммунистических идей в XX в.

Либертарно-юридическая концепция, напротив, исходит из того, что право и государство возникают не как аппарат организованного насилия и не для насилия (с чем гораздо лучше справляется деспотизм), а для признания, утверждения и защиты свободы в той форме и мере, в какой это вообще было возможно в те времена. Это подтверждается и всем последующим прогрессом свободы в исторически развивавшихся государственно-правовых формах, вплоть до правовой государственности наших дней.

Глава 3. Типология права и государства. Основные исторические типы права и государства

Типология исторически известных видов права и государства — это их классификация по единому критерию, их деление на однородные (однотипные) группы.

В литературе (прошлой и современной) имеются разные варианты такой классификации.

1. Античные концепции типологии

Античные мыслители (Сократ, Платон, Аристотель, Цицерон и др.) делили различные формы государства на две группы: правильные и неправильные. К группе **правильных форм государства** они при этом относили те формы, где власть осуществляется на основе законов и в общих интересах, а к **неправильным формам** — те, где власть не опирается на законы и служит интересам лишь правителей.

Опираясь на такой подход, Платон выделял три правильные формы: царскую власть (законную монархию, т.е. правле-

ние одного лица на основе законов), аристократию (законную власть немногих) и законную демократию (власть демоса на основе законов) и соответственно три неправильные формы: тиранию (незаконную власть одного), олигархию (незаконную власть немногих) и незаконную демократию (власть демоса не на основе законов).

С тех же позиций Аристотель писал, что тремя правильными формами являются царская власть, аристократия и полиция (правление большинства на основе законов), а тремя неправильными формами — тирания, олигархия и демократия (правление демоса, большинства не на основе законов).

Данный подход к типологизации государств, основанный на критерии законности и противопоставлении законного правления беззаконию, в той или иной форме широко использовался в последующей политико-правовой мысли и в определенной мере сохранил свое значение до наших дней.

2. Историко-формационный подход Гегеля: концепция духовных формаций

С позиций всемирно-исторического процесса развития духа свободы и его объективации в различных формах государства проблему типологии государств трактовал Гегель. “Всемирная история, — писал он, — есть необходимое только из понятия свободы духа, развитие моментов разума и тем самым самосознания и свободы духа — истолкование и осуществление всеобщего духа”¹. Формами такого осуществления мирового духа, по Гегелю, являются “четыре всемирно-исторических царства: 1) восточное, 2) греческое, 3) римское, 4) германское”². Эти царства, согласно Гегелю, представляют собой объективно-исторические формации (формообразования) мирового духа, т.е. развития идей разума и свободы во всемирной истории.

Со сменой этих всемирно-исторических царств (формаций мирового духа) происходит и смена соответствующих форм государства: восточному царству соответствует теократия (свобода одного, верховного правителя), греческому и римскому царствам — демократия или аристократия (свобода некоторых, т.е. части населения), германскому царству — монархия Нового времени с представительной системой (свобода всех). “Вос-

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 370.

² Там же. С. 374.

ток, — писал Гегель, — знал и знает только, что *один* свободен, греческий и римский мир знает, что *некоторые* свободны, германский мир знает, что *все* свободны”¹. Под “германским миром” Гегель при этом имел в виду страны северо-западной Европы, а под монархией — конституционную монархию с системой представительства и разделением властей.

Таким образом, гегелевская типология государства строится на основе его учения о развитии и смене во всемирной истории различных общественно-духовных формаций (царств, миров), представляющих собой прогрессирующие ступени осуществления разума и свободы, которым соответствуют определенные типы (формы) государства — теократия, демократия или аристократия, конституционная монархия.

3. Марксистский историко-формационный подход: концепция экономических формаций

Учение об общественно-экономических формациях, разработанное **К. Марксом** и **Ф. Энгельсом** с материалистических, пролетарско-классовых, коммунистических позиций, лежит в основе марксистской типологии государства и права. Определяющую роль в социально-историческом развитии, по марксизму, играют экономические (производственные) отношения, составляющие базис общества, которым обуславливается и соответствующая ему надстройка, включая государство и право. Согласно такому подходу, вся история человечества делится на пять общественно-экономических формаций: первобытнообщинный строй, рабовладельческий строй, феодальный строй, капиталистический строй и коммунистический строй.

Трем классово-антагонистическим формациям (рабовладельческой, феодальной и капиталистической), основанным на частной собственности и классовом делении, соответствуют три типа государства и права: рабовладельческое государство и право, феодальное государство и право, буржуазное (капиталистическое) государство и право. При первобытном строе (первобытном коммунизме) еще нет государства и права, при коммунизме государство и право как классовые явления отомрут. Применительно к государственности и праву на первой фазе коммунизма (т.е. при социализме) Маркс говорил о диктатуре пролетариата и буржуазном “равном праве” для регуляции меры труда и потребления.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия истории. М.-Л., 1935. С. 98.

В дальнейшем в советской марксистской литературе — в очевидном расхождении с прогностическими положениями самих основоположников марксизма — стали выделять также и социалистический тип государства и права, что фактически демонстрировало отсутствие и несостоятельность предсказанного перехода от социализма к полному коммунизму без государства и права.

Кроме того, в марксистской литературе — с учетом суждений Маркса и Энгельса о специфике “азиатского способа производства” и “восточном деспотизме” — стали выделять и особый восточный (азиатский, деспотический) тип государства и права, что, конечно, плохо увязывается (и у основоположников марксизма, и у их последователей) с марксистским учением об исторически сменяющихся друг друга экономических формациях и с соответствующим формационным принципом марксистской типологии государства и права.

Экономические и классовые отношения, наряду с другими факторами (духовными, культурными и т.д.), имеют, несомненно, важное значение в процессе возникновения, изменения, развития государства и права. Однако гипертрофия их роли, характерная для всего марксизма, включая и марксистскую типологию государства и права, приводит к существенным порокам.

К числу таких пороков относится и в принципе негативный подход марксизма к государству и праву, трактовка их как инструментов классового насилия и угнетения, как машины господства и подавления. Различные типы государства и права (от их возникновения до отмирания) — это, согласно марксизму, лишь разные, сменяющие друг друга, формы организованного насилия одного класса (господствующего) над другим (угнетаемым и эксплуатируемым). К государству и праву в целом, к различным их типам и формам марксизм относится столь же отрицательно, как и к частной собственности, к различным ее типам и формам. Существенным составным моментом такого негативного классового, коммунистического подхода к частной собственности, государству и праву является марксистский антииндивидуализм, нигилистическое отношение к естественным и неотчуждаемым правам и свободам человека, к идее господства права, правового государства и т.д.

В марксистском подходе тем самым игнорируется то принципиальное обстоятельство и тот очевидный факт всемирной истории, что свобода людей в этом мире появляется и развивается именно в государственно-правовых формах. Реальное историческое развитие и смена типов государства и права (от ранних государств до современного правового государства) свидетельствует — вопреки марксистским представлениям и

оценкам — о прогрессе свободы людей (о расширении сферы и меры свободы, увеличении числа свободных и т.д.), а вовсе не о прогрессе насилия, подавления и господства одних классов над другими и т.д.

Марксистские представления о коммунистической свободе (без государства и права) по существу антиисторичны, поскольку они не обогащают и развивают, а отрицают исторически известную до сих пор свободу людей, которая представлена в соответствующих государственно-правовых формах прошлого и современности.

Марксистское учение о государстве и праве, включая и соответствующую типологию права и государства, по своей сути отвергает любое положительное отношение к праву и государству как к определенной ценности, как к достижению в развитии человеческой культуры, свободы и т.д. Оно носит антигосударственный и антиправовой характер и в принципе не стыкуется с юриспруденцией и юридической трактовкой права и государства.

Однако положения этого учения широко используются и в постсоветской литературе, в многочисленных монографиях и учебниках, авторы которых, с одной стороны, опираются на марксистские положения о классовой сущности и назначении государства и права и соответствующую их типологию, а с другой стороны, говорят о ценностях свободы, права, гражданского общества, о господстве права и правового государства, о природных и неотчуждаемых правах и свободах человека, разделении властей и т.д., нашедших свое закрепление в действующей Конституции Российской Федерации. Подобное некритическое соединение взаимоисключающих положений искажает и существо марксизма, и смысл юридического учения о праве и государстве.

4. Культурологические и цивилизационные подходы

Определенное распространение в постсоветской юридической литературе получили и ссылки на так называемый цивилизационный подход к типологии государства и права. При этом имеется в виду учение о цивилизациях английского историка **А.Дж. Тойнби**¹ (1889—1975), находившегося под заметным влиянием идей **О. Шпенглера** и его книги “Закат Европы”. Вслед за

Шпенглером, который отрицал единую общечеловеческую культуру и говорил о различных замкнутых культурах (причем творческая, органическая культура, по Шпенглеру, умирая, перерождается в бесплодную, механическую цивилизацию), **Тойнби** говорит о нескольких десятках локальных, замкнутых цивилизаций и отрицает цивилизационное единство в человеческой истории. Каждая цивилизация отличается своей спецификой, имеет свои социальные и политические ценности, воззрения и устремления, свои государственно-правовые формы и установления, словом, свои “ответы” на исторические “вызовы”. Со ссылкой на сходства и аналогии в развитии этих автономных цивилизаций **Тойнби** говорит о некоторых эмпирических законах повторяемости в процессе развития этих цивилизаций.

Очевидно, что на основе подобного учения о различных автономных цивилизациях можно, в лучшем случае, говорить о разрозненных типах организации власти и нормативной регуляции в соответствующих локальных цивилизациях, но невозможно (даже со ссылкой на аналогию и повторяемость) обосновать некую целостную типологию государства и права, построенную на едином, общем для всех цивилизаций, критерии. Если такой единый общечивилизационный критерий и принцип возможен и есть, тогда следует признать (самому **Тойнби** и его последователям) наличие в человеческой истории некой единой цивилизации, определенной концепции общечеловеческой цивилизации, компонентами и составными моментами которой являются самобытные цивилизации (и культуры) отдельных сообществ и народов.

Кроме того, в учении **Тойнби** о различных цивилизациях, как и в учении **Шпенглера** о различных культурах, нет какого-то специального исследования проблем государства и права, на основе которого в юриспруденции можно строить теоретически и общеисторически значимую типологию государства и права.

5. Либертарно-юридическая концепция типологии права и государства

В основе той или иной типологии права и государства лежит в конечном счете определенное понятие права и государства, определенная теоретико-концептуальная трактовка природы, сущности и назначения права и государства. Каково понятие права и государства, такова и их типология. И теоретически значимых типологий может быть столько же, сколько

¹ См.: **Тойнби А.Дж.** Постигание истории. М., 1991.

ко и теоретически значимых понятий (концепций) права и государства.

Ведь типы права и государства, выделяемые в той или иной типологии, — это исторические формообразования (исторически значимые проявления и конкретизации) определенным образом понимаемой сущности права и государства, определенная форма исторического выражения и воплощения логического (т.е. теоретического смысла, понятия права и государства). Поэтому ясно, что в логически последовательной и непротиворечивой типологии права и государства речь должна идти о различных типах (исторически типичных формах проявления) в пределах одного и того же понятия права и государства, одной и той же концепции их сущности. Без такого сущностно-понятийного единства вообще нет самих искомых типов права и государства в качестве надлежащих объектов (однородных единиц) некой общей классификации и единой типологии.

Согласно либертарно-юридической концепции, типы права и государства — это основные исторические формы признания и организации свободы людей, выражающие этапы прогресса свободы.

Выше мы уже приводили ряд важных положений Гегеля по данной проблематике, которые значимы также и для либертарно-юридической типологии права и государства. В гегелевской типологии, как мы видели, в качестве исторических типов государства выделены соответствующие формы государства у разных народов, находившихся на разных ступенях исторического развития, — восточная теократия, афинская демократия, римская республика, представительная монархия у германских народов в Новое время. Придание Гегелем типологического значения государственным формам отдельных народов обусловлено его представлением о том, что в каждую эпоху всемирной истории в качестве носителя “развивающегося самосознания мирового духа”¹ выступает определенный народ. “Этот народ, — подчеркивает Гегель, — *господствующий* во всемирной истории, для данной эпохи — и *составить* во всемирной истории эпоху он может лишь один раз. По отношению к этому его абсолютному праву, быть выразителем данной ступени в движении мирового духа, духи других народов бесправны, и они, подобно тем, чья эпоха минула, больше не принимаются в расчет во всемирной истории”².

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. С. 372.

² Там же. С. 372.

Подобная абсолютизация роли отдельного народа и придание типологического значения его государственной форме представляется доктринальным преувеличением Гегеля. Это преувеличение обусловлено, в частности, тем, что “мировой дух” рассматривается в гегелевском учении как творческое начало и двигатель всемирной истории, однако он для действительного осуществления этой своей “доктринальной” роли нуждается в реальном субъекте — в соответствующем историческом народе.

Гегелевская типология государства посредством форм государства вызывает возражение и в том плане, что некоторые из упоминаемых им форм (например демократия, республика) относятся не только к античности, но и к последующим эпохам истории, вплоть до современности. Что же касается гегелевского идеала — представительной монархии, то она еще и во времена Гегеля, когда уже после буржуазных революций вновь появились республиканские формы правления в Голландии, США и Франции, не была высшей и последней формой государства, олицетворявшей вершину исторического прогресса.

С позиций либертарно-юридического понимания и толкования права и государства как необходимых форм свободы людей, а свободного индивида — как субъекта права и субъекта государства (государственной власти) принципиальное значение имеет типология права и государства по тем критериям (основаниям), которые определяют специфику различных исторических форм признания людей в качестве субъектов права и государства (государственной власти).

В государствах древнего мира индивид (люди) является свободным человеком и вместе с тем субъектом государства и права по **этническому критерию**. Так, афинскими гражданами и субъектами афинского права могли быть лишь члены афинских демов (родов), а членами римской гражданской общины (civitas), римскими гражданами и субъектами римского права (ius civile) — лишь квириды (исконные римляне). По своему типу государство и право древности было **этническим**.

Этот исходный тип государства и права выступает в качестве необходимой формы признания и закрепления факта деления людей на свободных и несвободных (по этническому основанию), причем отличие свободных от несвободных получает свое выражение и закрепление именно в том, что свободные — это субъекты права и государства, а несвободные (рабы) — это соответственно объекты права и государства. Иначе это различие невозможно и выразить.

Преодоление рабства ведет к становлению в средние века государства и права **сословного типа**. Прогресс свободы людей здесь состоит в том, что этнический критерий свободы (т.е. свобода одних и несвобода других) уступает место сословному критерию свободы. На этой ступени развития (европейский феодализм) рабов уже нет, — в этом смысле все свободны, но мера этой свободы различна у представителей разных сословий. Свобода здесь носит характер сословных ограничений и привилегий.

При таком сословном **типе права и государства** каждый является субъектом права и субъектом государства именно в качестве члена определенного сословия. Внутрисословное равенство людей в их правосубъектности и государствовсубъектности сочетается с межсословным неравенством — неравенством государственно-правовых статусов разных сословий и их членов.

С преодолением феодализма на смену сословному строю в Новое время приходит **индивидуалистический (индивидуально-политический, индивидуально-гражданский) тип государства и права**. При этом типе государства и права человек является субъектом права и государства как самостоятельный политический индивид (как отдельный гражданин), а не как член определенного этноса или сословия. Такая индивидуализация людей в качестве субъектов права и государства происходит в процессе разложения средневекового феодализма и преодоления сословного деления, в результате обособления сфер частной (частно-правовой) и политической (публично-правовой) жизни, формирования неполитического гражданского общества в его различении с политическим государством.

Современным (исторически последним на настоящее время) типом права и государства является **правовое государство**. Этот тип государства и права новейшего времени можно назвать **гуманитарно-правовым**, поскольку здесь каждый человек именно как человек является (и официально признается государством и законом) субъектом прирожденных и неотчуждаемых (естественных) прав и свобод, которые составляют исходную основу действующего (позитивного) права и государства данного типа и обладают общеобязательной силой и значением.

В рамках данного типа права и государства продолжают сохраняться различие между правами человека и правами гражданина, государственно-правовые различия между **человеком-гражданином и человеком-не-гражданином** (иностранцем, лицом без гражданства). Права человека-гражданина в их соотношении с правами человека-не-гражданина представляют здесь государственно-правовые привилегии, которые можно охарактеризовать как продолжающиеся сохраняться в транс-

формированном виде остатки (“родимые пятна”) привилегий предшествующих типов права и государства (привилегий этнического, сословного и политического характера).

Подобные привилегии обусловлены индивидуальным характером каждого государства и права как определенного способа и формы жизни именно данной конкретной совокупности свободных людей, чья принадлежность к исторически определенному сообществу (этническому, сословному, политическому или правовому) определяет и квалифицирует их в качестве субъектов данного государства и права. Такая индивидуальность всех государств (и их правовых систем) лежит также и в основе идей суверенитета народа (т.е. определенной общности свободных людей) и суверенитета государства. В силу этого различные государства в своих отношениях друг с другом выступают как самостоятельные и независимые (суверенные) субъекты.

Отмеченные типы права и государства — этнический, сословный, индивидуально-политический и гуманитарно-правовой — представляют собой исторически сменявшие друг друга формы и ступени роста в развитии человеческой свободы от древности до современности.

Продолжение прогресса свободы в будущем породит новые формы нормативно-правовой и институционально-властной организации свободы, новые типы права и государства.

Глава 4. Форма государства

Форма государства — это способ образования, организации и осуществления государственной власти. Форма государства как комплексная характеристика правового порядка формирования, распределения и действия государственной власти включает в себя три взаимосвязанных аспекта: форму правления, форму государственного устройства и форму государственного (политического) режима.

1. Форма правления

Форма правления — это способ организации и формирования верховной государственной власти.

Форма правления затрагивает вопросы о том, как построена верховная (суверенная) власть в государстве, какие органы и должностные лица наделены этой властью, каким образом она формируется и распределяется между ними и т.д.

По форме правления государства подразделяются на две основные группы: монархии и республики.

Монархия (от греч. monarchia — власть одного) — это форма правления, при которой верховная власть принадлежит одному лицу по принципу наследования.

Двумя основными разновидностями монархии являются абсолютная монархия и представительная монархия.

В **абсолютной монархии** верховная власть монарха (короля, царя, императора) не ограничена каким-либо представительным (законосовещательным или законодательным) органом. Абсолютными монархами были, например, французские короли (до французской революции 1789 г.), российские императоры (до формирования Государственной Думы в начале XX в.) и т.д.

В **представительной монархии** власть монарха ограничена властью представительного органа с определенными законосовещательными или законодательными полномочиями.

Двумя основными историческими формами представительной монархии являются сословно-представительная монархия и конституционная монархия.

При **сословно-представительной монархии** власть монарха ограничена законосовещательными полномочиями сословно-представительного органа, т.е. собрания представителей различных сословий — духовенства, дворянства и верхушки нарождающегося третьего сословия (купцов, ремесленников и т.д.). Подобные сословно-представительные собрания, созыв и объем полномочий которых зависели от воли самого монарха, характерны для эпохи перехода от феодальной раздробленности к абсолютным монархиям.

Конституционная монархия как форма правления исторически приходит на смену абсолютной монархии.

При конституционной монархии власть монарха на основе конституции (или определенных правовых актов конституционного значения) ограничивается законодательной властью парламента как органа народного представительства. При этом члены нижней палаты парламента (палаты депутатов) избираются населением, а верхняя палата, как правило, формируется по принципу наследования, по назначению монарха и т.д.

На стадии неразвитой конституционной монархии, именуемой **дуалистической монархией**, вся исполнительная власть, включая право формировать правительство, назначать министров и других должностных лиц, принадлежит монарху. Он обладает также правом абсолютного вето и правом роспуска парламента по своему усмотрению. Полномочия парламента в

дуалистической монархии ограничены вопросами законодательства и вотирувания бюджета (его одобрения или отклонения). Такая форма правления имела место в ряде стран (Германия, Австрия, Италия и др.) в конце XIX — начале XX в.

Государственно-правовые преобразования в России в начале XX в. (Манифест от 17 октября 1905 г., “Основные государственные законы” от 23 апреля 1906 г., созыв законосовещательной Государственной Думы и т.д.) оказались недостаточными (ввиду отсутствия конституции и законодательного представительного органа) для установления дуалистической монархии.

Россия оставалась самодержавной монархией, правда, ограниченной представительным органом с законосовещательными и бюджетными полномочиями.

Современная развитая конституционная монархия (в Англии, Бельгии, Испании, Нидерландах, Норвегии, Швеции, Японии и т.д.) представляет собой правовое государство. В такой конституционной монархии полномочия монарха, являющегося главой государства, во многом носят номинальный характер. Правительство (из представителей партий, получивших большинство мест в парламенте) формируется парламентом и ответственно перед ним. Законодательная власть принадлежит парламенту, исполнительная власть — правительству, которое, кроме того, в порядке делегированного (парламентом) законодательства издает нормативно-правовые акты и в рамках права законодательной инициативы активно участвует в законодательной деятельности.

Республика (от лат. res publica — публичное, общенародное дело) — это форма правления, основанная на принципе выборности на определенный срок высших органов государственной власти. Известно крылатое выражение Цицерона: “Respublica est res populi” (республика — дело народа).

Существенное значение в условиях республики имеет избирательное законодательство, от содержания которого (те или иные цензы, основания и порядок доступа населения к выборам и т.д.) зависит социальный характер соответствующего республиканского строя. По своему социальному характеру республики могут быть **аристократическими, олигархическими (плутократическими), демократическими**.

Республиканская форма правления сложилась в древнем мире (римская сенатская республика в V—I вв. до н.э.). Известны также и **феодалные республики** (города-республики Венеция, Генуя, Флоренция в Италии, вольные города в Германии, Новгород и Псков в России и т.д.).

Двумя основными формами **современной республики** являются парламентская республика и президентская республика. Они представляют собой различные варианты реализации принципа разделения властей в правовом государстве.

Парламентская республика — это форма правления, при которой парламент (как высшая представительная и законодательная власть) формирует высшую исполнительную власть (правительство) и осуществляет парламентский контроль за ее деятельностью.

Глава государства (президент в парламентской республике) также избирается парламентом. Он обладает правом роспуска парламента, наделен полномочиями в вопросах формирования правительства (участие в процессе назначения главы правительства) и законодательной деятельности (подписывает законы, издает декреты и т.д.), является верховным главнокомандующим вооруженными силами страны и т.д.

Правительство формируется из представителей партий, обладающих парламентским большинством, и несет ответственность перед парламентом. Парламентское большинство может отправить правительство в отставку. В свою очередь правительство может при поддержке президента добиться роспуска парламента и проведения новых парламентских выборов.

Стабильность и эффективность функционирования всей системы государственной власти в условиях парламентской республики в значительной мере зависит от политических партий, их способности и готовности найти необходимые компромиссы на почве конституционализма и в рамках парламентской борьбы за власть.

Современными парламентскими республиками являются Греция, Италия, ФРГ и многие другие государства.

Президентская республика — это такая форма правления, при которой не только парламент (как высший законодательный и представительный орган), но и президент (как глава государства и глава исполнительной власти) избираются населением. При этом президент избирается либо непосредственно населением путем всеобщих прямых выборов (как, например, в России, во Франции), либо, как в США, путем косвенных выборов (население избирает выборщиков, а они — президента).

Существует несколько разновидностей президентской республики.

Так, президентская республика в США отличается классическим разделением властей: высшая законодательная власть находится у парламента (Конгресса, состоящего из Палаты

представителей и Сената), высшая исполнительная власть принадлежит Президенту, высшая судебная власть — Верховному суду. Как глава исполнительной власти (при отсутствии должности премьер-министра) Президент является главой правительства — Кабинета, играющего при нем роль совещательного органа. Кабинет состоит из министров, которых назначает Президент по совету и с согласия Сената. Президент обладает обширными полномочиями в области внутренней и внешней политики, является верховным главнокомандующим, издает подзаконные акты, обладает правом отлагательного вето и т.д. Президент и члены его Кабинета не подотчетны Конгрессу. Президент может быть отстранен от должности только в порядке импичмента.

Во французской модели президентской республики присутствуют определенные элементы парламентской республики. Здесь, кроме Президента, имеется и правительство — Совет Министров, возглавляемое Премьер-министром. Президент, помимо других широких полномочий в сфере законодательства и управления, назначает Премьер-министра и по его предложению — других членов правительства, председательствует на заседаниях правительства, принимает отставку Премьер-министра и министров. Президент вправе (после консультаций с Премьер-министром и председателями палат парламента) распустить нижнюю палату парламента (Национальное собрание). В свою очередь, парламента, состоящий из двух палат (Сената и Национального собрания), обладает правом контроля за деятельностью Правительства. Правительство ответственно перед Национальным собранием, которое большинством голосов может принять резолюцию порицания, обязывающую правительство подать в отставку.

Президентской республикой является и форма правления, предусмотренная действующей Конституцией Российской Федерации. От американской и французской моделей президентской республики она отличается рядом особенностей. Как и во французской модели, в российской модели, кроме Президента, есть Правительство, возглавляемое Председателем Правительства. Однако, по российской Конституции, Правительство (подобно Кабинету министров при Президенте США) не ответственно перед парламентом, и парламента не обладает правом контроля за Правительством (кроме бюджетного контроля). Недоверие Правительству или отказ в доверии Правительству со стороны Государственной Думы вовсе не обязывает российское Правительство (как это имеет место во французской модели) подать в отставку, поскольку, согласно Конституции

Российской Федерации (ч. 3—4 ст. 117), Президент Российской Федерации в соответствующих случаях вправе как объявить об отставке Правительства, так и распустить саму Государственную Думу.

Таким образом, в российской модели президентской республики (и в российской конструкции соотношения исполнительной и законодательной властей) заметно присутствуют как преимущества исполнительной власти из американской модели, так и слабости законодательной власти из французской модели. Вместе с тем в российской модели отсутствуют некоторые преимущества парламента из американской и французской моделей, которые дают законодательной власти необходимые ей сдержки и противовесы против мощной исполнительной власти (полномочий Президента и Правительства). Отсутствие надлежащего баланса (и уравновешенной системы взаимных сдержек и противовесов) во взаимоотношениях исполнительной и законодательной властей является одним из значительных недостатков российской модели президентской республики.

2. Форма государственного устройства

Форма государственного устройства — это способ территориальной (и национально-территориальной) организации распределения государственной власти и взаимоотношений между соответствующими субъектами государственной власти.

Этот аспект формы государства охватывает вопросы территориального устройства государства, устройства государственной власти на определенной территории.

Власть любого государства действует на той территории, на которую распространяется его суверенитет. Власть, которой обладают высшие (центральные) органы государственной власти, является верховной властью на всей территории данного государства. В государственно-территориальном измерении эти высшие (центральные) органы власти являются общетерриториальными субъектами государственной власти.

Наряду с этими общетерриториальными субъектами власти, государственной властью обладают также и те государственные органы, которые формируются и действуют в составных частях данного государства — в специальных территориальных (национально-территориальных) образованиях, обладающих в рамках этого государства определенным правовым статусом и государственно-властными полномочиями.

Форма государственного устройства выражает основания, принцип и особенности территориального структурирования власти в данном государстве, ее распределения между общетерриториальными (центральными) и отдельнотерриториальными (местными) субъектами государственной власти, государственно-правового статуса всех этих субъектов в рамках данного государства, правового порядка их взаимоотношений между собой и т.д.

По форме государственного устройства государства делятся на унитарные и федеративные. Формой союза суверенных государств является конфедерация.

Унитарное государство — это единое суверенное государство, на всей территории которого действует одна конституция, единые органы власти (представительной, исполнительной и судебной) и единое законодательство. Унитарное государство имеет единые вооруженные силы, единую налоговую и финансовую систему. Современными унитарными государствами являются, например, Португалия, Финляндия и Франция.

В унитарных государствах в соответствующих административно-территориальных образованиях (областях, округах, департаментах, провинциях и т.д.) действуют местные органы государственной власти. В **централизованных** унитарных государствах соответствующей государственной властью на таком местно-территориальном уровне обладают должностные лица (губернаторы и т.д.), назначаемые центральной властью. В **децентрализованных** унитарных государствах рядом государственно-властных полномочий по вопросам местного (территориального) значения обладают органы местного самоуправления, избираемые самим населением.

Федеративное государство — это единое суверенное союзное государство, субъекты которого в пределах своих территориальных и национально-территориальных образований и в рамках суверенитета единого федеративного государства обладают самостоятельным государственно-правовым статусом, имеют свои системы органов государственной власти и свое законодательство.

Существует множество разновидностей прошлых и современных федераций. К числу современных федераций относятся, например, Российская Федерация, США, Австрия, Австралия, Канада, ФРГ, Швейцария, Бразилия, Индия.

Различные виды федераций отличаются друг от друга способом их возникновения (путем договора о создании федерации, конституционного оформления уже сложившегося госу-

дарственного единства и т.д.), принципом их построения (по территориальному или национально-территориальному признаку), характером разграничения государственно-властных полномочий между общедофедеральными органами власти и органами власти отдельных субъектов федерации и т.д.

Общие черты различных федераций состоят в следующем. Суверенитет единого федеративного государства распространяется на всю его территорию, которая в качестве своих составных частей включает в себя территории отдельных субъектов федерации (республик, штатов, земель, кантонов и т.д.). Субъекты федерации не являются суверенными государствами. Конституция, уставы, законодательство отдельных субъектов федерации не должны противоречить общедофедеральной конституции и законодательству. Полномочия в области внешней политики и основных вопросов внутренней политики государства принадлежат общедофедеральным органам государственной власти. В общедофедеральном парламенте верхняя палата (например Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, Сенат в США, Бундесрат в ФРГ и т.д.) формируется из представителей субъектов федерации и выражает их интересы.

Российская Федерация — это конституционно-организованная федерация, сформированная по территориальному и национально-территориальному принципам. Согласно Конституции (ст. 1, 4—6, 65—79), Российская Федерация состоит из 89 равноправных субъектов Федерации — республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов. Республики имеют свои конституции и законодательство, а края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа — свой устав и законодательство.

Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации.

Федеративное устройство Российской Федерации основано на ее государственной целостности, единстве системы государственной власти, разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, равноправии и самоопределении народов в Российской Федерации. Во взаимоотношениях с федеральными органами государственной власти все субъекты Российской Федерации между собой равноправны.

Гражданство Российской Федерации приобретается и прекращается в соответствии с федеральным законом, является

единым и равным независимо от оснований приобретения. Каждый гражданин Российской Федерации обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет равные обязанности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации.

В Российской Федерации по Конституции (ч. 1 ст. 8) гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

Конфедерация — это союз (сообщество) суверенных государств, добровольно объединившихся для удовлетворения определенных общих интересов и целей политического, экономического или оборонного характера. Конфедерации, как правило, носят временный характер. Конфедеративный характер носили, например, союз северо-американских штатов (1781—1787 гг.), преобразованный затем в федерацию, Швейцарский союз и Германский союз в XIX в. и т.д.

Для осуществления совместных дел в конфедерациях формируются некоторые общие органы, состоящие из представителей субъектов конфедерации и реализующие их согласованные решения. При этом члены конфедерации сохраняют свой суверенитет, свою систему государственной власти, свое законодательство и свое гражданство.

3. Форма государственного (политического) режима

Форма государственного (политического) режима — это характер, свойство и качество правового порядка осуществления государственной власти. Основными здесь являются вопросы о том, как, каким способом, в какой форме осуществляется государственная власть.

Согласно либертарно-юридической трактовке государства как правовой формы организации и реализации публичной власти, любое государство в отличие от деспотизма (его прошлых и современных разновидностей — тирании, диктатуры, тоталитаризма и т.д.) осуществляет свою власть в рамках определенного правопорядка. Без этого нет и государства, а есть деспотизм с соответствующим антиправовым режимом — тираническим, диктаторским, военно-полицейским, фашистским, расово-нацистским, партийно-классовым, тоталитарным и т.д. Все это — лишь разновидности деспотического режима.

Распространенное в литературе деление государственных режимов на демократические и антидемократические (деспотические, тоталитарные и т.д.) неправомерно идеализирует демок-

ратию. Между тем опыт прошлого и современности свидетельствует, что сама по себе демократия как власть большинства — вне правовой формы, без либерального принципа признания и защиты прав и свобод индивида, прав меньшинства и т.д. — имеет существенные недостатки и нередко вырождается во вспомогательное средство деспотизма, в форму массовой поддержки и легитимации тоталитаризма. Кроме того, данный подход внутренне противоречив: с одной стороны, демократия рассматривается как сущность всякого настоящего государства, но вместе с тем и антидемократические формы власти признаются государством в виде так называемых “деспотического государства”, “тиранического государства”, “тоталитарного государства” и т.д. Но если демократичность рассматривается как сущность и признак настоящего государства, то ясно, что антидемократию (деспотизм, тоталитаризм и т.д.) нельзя по логике вещей характеризовать как государство, государственную власть.

Государственный (политический) режим — это по сути своей всегда **государственно-правовой режим**, определенный правовой порядок функционирования государства, те или иные правовые формы, процедуры, приемы, способы и методы осуществления государственной власти.

Различные формы государственного (политического) режима, будучи правовыми по своей сущности, вместе с тем отличаются друг от друга уровнем и степенью своей правовой развитости, характером и качеством соответствующего правового порядка, правовых приемов и процедур осуществления государственной (политической, публичной) власти.

В соответствии с таким правовым критерием государственные (политические) режимы делятся на **две группы**: либеральные и авторитарные. Эти режимы представляют собой два противоположных полюса (две типологизированные крайности) в правовом пространстве бытия и функционирования государства, способах и приемах осуществления государственной власти. Между этими крайними полюсами развитости и неразвитости правовых свойств и качеств государственного режима имеется, конечно, множество различных промежуточных (с точки зрения их правовой развитости) ступеней, форм и способов осуществления государственной власти, но принципиальное значение имеют именно “пограничные ситуации” правового пространства и выражающие их противоположные типы государственно-правовых режимов.

Либеральный государственно-правовой режим — это форма, способ и порядок осуществления государственной власти в ус-

ловиях современного правового государства и гражданского общества. Такой режим предполагает официальное признание и практическую реализацию основных природожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека и широкого круга прав гражданина, господство правового закона, разделение властей (на законодательную, исполнительную и судебную), утверждение конституционализма, парламентаризма, идеологического и политического многообразия, многопартийности, осуществление суверенной власти народа в правовых формах референдума и свободных выборов, самостоятельное и эффективное функционирование институтов гражданского общества, форм и механизмов общественного контроля за деятельностью государственной власти.

Либеральный государственно-правовой режим включает в себя все ценные с точки зрения гражданского общества и правового государства аспекты демократии и прежде всего идею суверенитета народа в ее правовом (и государственно-правовом) понимании и применении. Поэтому, имея в виду именно **правовую демократию** (демократию в правовой форме), либеральный режим можно характеризовать как **либерально-демократический режим**.

Авторитарный государственно-правовой режим присущ всем остальным (кроме современного развитого правового государства) типам государства.

В том или ином виде авторитарный режим складывается везде там, где нет достаточно развитого гражданского общества и правового государства с присущими им формами, принципами, нормами, процедурами и механизмами утверждения господства права и правовой законности, гарантий защиты и осуществления прав и свобод человека и гражданина, пресечения и обуздания произвола государственной власти, постоянного и эффективного контроля за деятельностью государственных органов и должностных лиц.

Для авторитарных режимов характерны: доминирующее положение государственной власти во всех сферах общественной и политической жизни; возвышение государства над правом, власти над законом, правителей над управляемыми; подчиненное, зависимое от властей и незащищенное положение индивидов, общества и народа; неразвитость (или недостаточная развитость) правовых форм регламентации деятельности представителей государственной власти и их ответственности за свои действия; распространенная практика нарушения действующего законодательства представителями власти.

К историческим разновидностям авторитарных режимов (при всех внутритипологических и исторических различиях

между ними) относятся государственно-правовые режимы, которые складывались в древнегреческих полисах (в форме царской власти, аристократии, олигархии или демократии), в Древнем Риме (в форме царского правления, республики и империи), в средневековых сословных государствах, в европейских монархиях Нового времени (в форме просвещенного абсолютизма) и т.д.

В наши дни авторитарными являются государственно-правовые режимы во всех тех странах, которые в своем социально-экономическом и политическом развитии еще не дошли до формирования и утверждения основ современного гражданского общества и правового государства.

Для характеристики того или иного режима в качестве либерального, разумеется, недостаточно лишь официального декларирования (в конституциях, законах, иных официальных документах) идей и ценностей прав и свобод человека и гражданина, принципов гражданского общества и правового государства. Это, конечно, важный шаг на пути от авторитаризма к либерализму, но для утверждения либерального государственно-правового режима необходимо практическое осуществление и реальное функционирование этих принципов, ценностей и институтов.

Для государственных (политических) режимов на начальных этапах процесса формирования гражданского общества и правового государства характерно сочетание элементов авторитаризма и либерализма.

Подобное сочетание авторитарных и либерально-демократических начал присуще и государственно-правовому режиму в современной России. Дальнейшее продвижение по пути к либерально-демократическому государственно-правовому режиму в нашей ситуации будет во многом определяться реальными успехами экономических реформ и активной, целенаправленной позицией формирующегося гражданского общества.

Глава 5. Функции и механизм государства

1. Функции государства

Функции государства — это основные формы деятельности государства, выражающие его сущность.

Функциональный подход к государству, классификация и характеристика его функций и т.д. восходят к органическим

представлениям о государстве как живом организме с присущими ему **функциями, т.е. формами его жизнедеятельности.**

В своем юридически адаптированном виде понятия “функция”, “функционирование” и т.д. применительно к праву и государству означают их действие, деятельность, **формы их регулятивно-упорядочивающего воздействия на людей и их отношения.** Сказать: “право функционирует”, “государство функционирует” — это то же самое, что сказать: “право действует”, “государство действует”.

В этом общеюридическом контексте под “функционированием” государства имеется в виду **динамический** аспект характеристики государства, деятельно-содержательное проявление его внутренней сущности. При этом следует, конечно, помнить об условности и метафоричности понятий “функционирование”, “действие”, “деятельность” и т.д. применительно к праву и государству, поскольку на самом деле действуют именно люди как субъекты права и государства, как частные лица, граждане, должностные лица и т.д.

Сущность государства, которая проявляется в его функциях (в его функциональной деятельности), состоит в том, что государство — это правовая, суверенная организация публичной власти свободных людей. Этим обусловлены следующие свойства и характеристики функций и функциональной деятельности государства:

1. В функциональной деятельности государства проявляется представительный характер государства, которое является не природным организмом, а специфической социальной организацией, представляющей и реализующей общую волю и общие интересы свободных людей — членов государства (граждан). Поэтому распространенные в политической теории и практике ссылки — для оправдания своеволия и произвола государства — на некие **собственные** высшие цели, права и интересы государства (так называемые “государственные резоны”) противоречат представительной природе, целям и полномочиям государства и свидетельствуют о его отрыве (отчуждении) от образующих и управомочивающих его граждан и народа в целом как источника суверенной власти и правомерной деятельности государства, его органов и должностных лиц.

В этом смысле можно сказать, что правомерна только функциональная деятельность государства, т.е. такая деятельность государства, которая порождается его природой и соответствует его сущности. Действия же государства, его отдельных органов и должностных лиц, выходящие за рамки его сущностно обусловленных функций, т.е. все нефункциональ-

ные действия государственной власти, носят неправомерный и негосударственный характер.

2. **Функции государства** нельзя смешивать с теми или иными сферами деятельности государства и задачами, которые при этом решаются с помощью государственно-правовых средств и методов.

Государство, как и право, действует во всех сферах социальной жизни людей, определяя соответствующий порядок отношений и способ разрешения задач в этих разнообразных сферах — в сфере экономики, культуры, науки, образования, здравоохранения, окружающей среды и т.д. Это, однако, вовсе не означает, будто у государства есть экономическая, экологическая, культурная, образовательная и другие подобным образом (т.е. по сферам социальной жизни) сконструированные функции.

Ничего специфически государственного (и государственно-правового) в самих по себе занятиях экономикой, культурой, наукой, экологией и т.д. нет. Ведь государство — это не организация для решения экономических, культурных, экологических и иных сходных задач, хотя роль государства (и права) в **надлежащем** решении этих и подобных задач весьма велика. С точки зрения функций государства (и права) определяющее значение имеют не сами по себе эти и другие сходные задачи и те сферы, где они возникают и требуют решения, а именно **надлежащий государственно-правовой порядок их разрешения**.

3. Специфика, существо и смысл всей функциональной деятельности государства, всех его функций состоят в **организации, реализации и защите определенного (социально-исторически обусловленного) государственно-правового порядка жизни свободных людей**.

Отдельные функции государства — это лишь относительно самостоятельные аспекты целостной и единой по своей сути функциональной деятельности государства по созиданию, поддержанию и практическому осуществлению соответствующего государственно-правового порядка.

К числу таких отдельных **основных функций** государства относятся: **правоустановительная функция**, **правореализаторская функция**, **правозащитная функция**, **внешнегосударственная функция**.

В числе названных функций три первые являются **внутренними функциями** и связаны с осуществлением внутреннего суверенитета государства. Четвертая функция является **внешней функцией** государства и характеризует осуществление внешнего суверенитета государства.

Внутренние и внешняя функции государства тесно взаимосвязаны, дополняют и подкрепляют друг друга.

Правоустановительная функция — это деятельность государства по установлению всех источников и норм действующего права (издание законов и иных нормативно-правовых актов, установление прецедентов, санкционирование обычаев, официальное признание и закрепление приоритетного позитивно-правового значения естественных прав и свобод человека и т.д.).

Исходное и определяющее значение этой функции обусловлено правовой природой государства, внутренним (сущностным) единством права и государства, неразрывной связью между ними как необходимыми всеобщими формами признания и осуществления свободы людей в виде субъектов права и субъектов государства.

Государство так же невозможно без права, как и право — без государства. Поэтому по своему внутреннему смыслу **правоустановительная функция — это одновременно и государственноустановительная функция**. Конституирование государства означает прежде всего его правовое оформление, т.е. определение правового положения людей и власти в условиях государственно-организованной жизни.

Правоустановительная деятельность, как и другие функции государства, — это не только суверенное право, но и безусловная обязанность государства (как организации публичной власти свободных людей), отличающая его от деспотической формы властвования.

Правоустановительная деятельность представляет собой процесс постоянного изменения и обновления действующего права, причем сама эта деятельность (ее формы, процедуры, субъекты, их правомочия и т.д.) тоже урегулирована правом и совершенствуется вместе с развитием правовой и политической культуры общества.

Правореализаторская функция — это деятельность государства по претворению в жизнь установленного права. Смысл этой функции состоит в том, чтобы установленное в государстве право постоянно и неуклонно действовало, чтобы право было **подлинно действующим правом**.

Правореализаторская функция призвана обеспечить все формы реализации права (осуществления правомочий, обязанностей и соблюдения запретов, применения права) как в деятельности самого государства (всех государственных органов и должностных лиц), так и применительно к поведению людей.

Вся деятельность государства (всех его органов и должностных лиц) носит характер правореализующих действий. Уже

сама правоустановительная деятельность (законодательство и т.д.) представляет собой форму реализации правомочий соответствующих государственных органов и должностных лиц на издание в установленном порядке определенных нормативно-правовых актов и т.д. В форме реализации права протекает также исполнительно-распорядительная и правозащитная деятельность государства.

Правореализаторская функция включает в себя в качестве важного компонента и деятельность государства, его органов и должностных лиц по обеспечению процесса осуществления прав и свобод человека и гражданина и исполнения ими своих обязанностей.

Правозащитная функция — это деятельность государства по защите прав и свобод человека и гражданина, утверждению законности и правопорядка во всех сферах общественной и политической жизни.

Важным аспектом правозащитной деятельности является борьба с правонарушениями и преступностью, осуществление соответствующих профилактических мероприятий.

Осуществление правозащитной функции — одна из главных обязанностей государства. Согласно Конституции Российской Федерации (ст. 2), “признание, соблюдение и защита прав и свобод человека — обязанность государства”.

В рамках правозащитной функции существенное значение имеет последовательное соблюдение государством данных им гарантий в области прав и свобод человека и гражданина. Такие гарантии закреплены и в Конституции Российской Федерации, например в ч. 1 ст. 17: “В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией”.

Внешняя функция государства — это деятельность государства в качестве суверенного субъекта международных отношений.

Данная функция включает в себя многообразную деятельность государства по обеспечению обороноспособности страны и защиты населения от внешней агрессии, по организации и осуществлению сотрудничества (политического, экономического, научно-технического, культурного и т.д.) с другими государствами, защите прав и интересов своих граждан вне пределов страны, укреплению и развитию международного сообщества государств, преодолению войн и упрочению мира между народами.

В том или ином виде и исполнении рассмотренные функции — при всех существенных различиях в характере, объе-

ме, приоритетах соответствующей функциональной деятельности в разных государствах — присущи государствам всех исторических типов. Конкретное содержание этих функций менялось, конечно, от эпохи к эпохе, но каждое государство в меру своей развитости осуществляет такие основные функции, обусловленные природой публично-правовой власти.

Большой новизной (в плане и содержания, и развитости правовых форм и процедур осуществления государственных функций) отличается функциональная деятельность современного **правового государства**. Принцип разделения властей в правовом государстве дает основание для трактовки в качестве его основных внутренних функций **законодательную, исполнительную и судебную функции**.

Однако такая классификация функций не имеет универсального значения, поскольку не соответствует функциональной деятельности государств других исторических типов, в которых еще не было разделения властей, присущего современному правовому государству.

Применительно к **социальному государству** в литературе принято в числе функций выделять и **социальную функцию**, под которой имеется в виду деятельность государства по социальной защите людей и обеспечению достойных условий жизни для всех членов общества. Определенные основания для этого содержатся и в Конституции Российской Федерации (ст. 7), которая гласит: “Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека”.

Подобная социальная деятельность государства имеет, несомненно, существенное значение. Но, характеризуя такую деятельность в качестве самостоятельной государственной функции, не следует забывать, что речь при этом идет лишь о современном социальном правовом государстве. Необходимо также учитывать, что вообще все функции всех типов государств, как, впрочем, и любое государство, носят социальный характер.

2. Механизм государства

Механизм (аппарат) государства — это система органов, учреждений и должностных лиц, которые в установленном правовом порядке наделены государственно-властными полномочиями и реализуют функции государства.

Под механизмом (аппаратом) государства имеется в виду организационная структура государственной власти, институциональная форма существования государства и осуществления государственной власти.

Понятия “механизм”, “аппарат” и т.д., используемые при характеристике государства, восходят к механистическим представлениям о государстве как о машине, техническом аппарате, точном механизме, которые служат моделью и образцом для конструирования и работы государственной машины.

Такое уподобление государства — машине, системы государственно-властных учреждений — техническому механизму и т.д. страдает существенными недостатками, поскольку игнорирует специфику государства и государственной власти. Государство — это не техническое, а социальное образование. Оно строится, структурируется и действует по законам и правилам не механики и техники, а права, выражающего степень и меру развитости свободы людей. Именно свободные люди формируют соответствующее государство как институционально-властное выражение и осуществление достигнутой ими ступени и формы свободы.

Государство — в его человеческом измерении и рациональном понимании — состоит из свободных индивидов — граждан государства. В этом смысле весь государственный механизм (аппарат), все государственные органы и учреждения (законодательные, исполнительные, судебные и т.д.) — это институционализованные (организованные) группы (соединения, совокупности) граждан, которые в определенном правовом порядке наделяются теми или иными государственно-властными полномочиями и осуществляют их.

В институционально-властном плане **государственный орган, учреждение, должность (должностное лицо)** — это структурная часть механизма (аппарата) государственной власти, наделенная определенным объемом государственно-властных полномочий.

Все государственные органы, учреждения, должности и т.д., составляющие механизм (аппарат) государства, образуются и действуют в установленном правовом порядке. Их государственно-властные полномочия, порядок, формы и процедуры реализации ими своих полномочий и т.д. определяются и регламентируются законами и иными нормативно-правовыми актами.

Система государственных органов строится по иерархическому принципу подчинения нижестоящих органов вышестоящим. Это обусловлено необходимостью выражения суверенной власти государства в виде соподчиненных компетенций различ-

ных государственных органов, возглавляемых высшими органами, которые наделяются суверенными государственно-властными полномочиями.

В иерархизированной системе государственных органов, учреждений и должностных лиц каждый орган (учреждение, должностное лицо) наделен своей компетенцией, соответствующей его месту в данной системе и согласованной с компетенцией других органов.

Компетенция государственного органа (учреждения, должностного лица) — это совокупность его государственно-властных правомочий, т.е. его права и обязанности. Причем права государственного органа (учреждения, должностного лица) — это вместе с тем и его обязанность действовать в соответствии с данными ему правами, совершать соответствующие государственно-властные действия. В свою очередь, обязанности, возложенные в установленном правовом порядке на государственный орган (учреждение, должностное лицо), означают и его право совершать (в установленном порядке) соответствующие действия государственно-властного характера.

Система государственных органов, их компетенция и т.д. в существенной мере зависят от типа и формы государства.

Механизм (аппарат) современного правового государства строится и функционирует по принципу разделения государственной власти на три самостоятельные ветви власти — на законодательную, исполнительную и судебную власти.

При этом **законодательную власть** осуществляет представительный орган — парламент (однопалатный или двухпалатный).

Исполнительную власть осуществляют глава государства (президент, конституционный монарх и т.д.), правительство, различные министерства и другие центральные учреждения (комитеты, комиссии, ведомства, инспекции, службы, бюро и т.д.), местные государственные органы исполнительной власти.

В систему органов **судебной власти** входят суды общей юрисдикции, конституционные и арбитражные суды. Правосудие осуществляется только судом. Судьи независимы и подчиняются только конституции и закону. Законодательство в правовом государстве, как правило, предусматривает несменяемость и неприкосновенность судей.

В ряде классификаций государственных органов суды вместе с некоторыми другими органами (прокуратурой, органами внутренних дел, безопасности и т.д.) объединяются в отдельную группу “правоохранительных”, “судебных (правоохранительных)”, “силовых” органов и т.д.

Подобные классификации и соответствующие характеристики данных государственных органов являются с правовой (и государственно-правовой) точки зрения неверными.

Прежде всего следует отметить, что **правоохранительными, правозащитными являются все государственные органы**. Выделение отдельной группы каких-то особых “правоохранительных” органов означает, будто все остальные государственные органы в сфере своей компетенции не занимаются и не должны заниматься правоохранительной, правозащитной деятельностью.

Далее очевидно, что в условиях разделения властей (в частности отделения судебной власти от власти исполнительной) **прокуратура** и некоторые другие органы юридического профиля работы (например государственный нотариат) относятся к системе органов исполнительной, а не судебной власти. В этой связи необходимо отметить, что и в Конституции Российской Федерации положения о прокуратуре (ст. 129) ошибочно включены в гл. 7, которая посвящена судебной власти.

Ошибочной является и распространенная характеристика ряда министерств и ведомств (обороны, внутренних дел, государственной безопасности, пограничной службы и т.д.) в качестве **“силовых органов”**. При этом имеется в виду то обстоятельство, что в компетенцию соответствующих государственных органов входит и правомочие по применению определенных законом мер принуждения и управлению соответствующими контингентами вооруженных лиц (армия, внутренние войска, войска пограничной службы, вооруженная охрана тюрем, лагерей и т.д.).

Но правомочие того или иного государственного органа по управлению — в надлежащем правовом порядке — так называемыми “силовыми структурами” (армией, внутренними войсками и т.д.) вовсе не означает, будто сам этот управленческий орган (его подразделения и должностные лица) является “силовым”. Свойства управляемого объекта нельзя превращать в характеристики управляющего субъекта. Источником повышенной опасности является транспортное средство, а не лицо, управляющее им. Музейные шедевры не делают директора музея “шедевральным”.

Аппаратно-жаргонная характеристика некоторых государственных органов в качестве “силовых ведомств”, “силовых структур” и т.д. противоречит правовой природе государства и его органов, не соответствует содержанию и смыслу их управленческой компетенции, их месту и роли в системе органов государственной власти.

Даже государство в целом, обладающее суверенной властью, является не “силовой структурой”, не “силовой организацией”, а правовой организацией публичной власти. В государстве (в любом государстве) **сила связана правом**: посредством права (правовой формы регламентации, ограничения и обуздания физической силы людей) **сила преобразована во власть**, а насилие — в урегулированное и установленное правом (в виде правовой санкции) государственно-властное принуждение. Монополия государства на силу и ее применение правомерна лишь в рамках правопорядка и в форме правоприменительного процесса. Любое непосредственное — в нарушение права и правопорядка (внутреннего и международного) — применение силы (частными лицами, общественными объединениями, государством, его органами, должностными лицами и т.д.) — это преступное насилие. Преступлением является и создание разного рода негосударственных силовых формирований.

Основная юридическая особенность органов, обычно называемых “силовыми”, состоит в их правомочии применять соответствующие (предусмотренные в законе) меры государственно-правового принуждения. Поэтому было бы правильно именовать их не “силовыми органами”, а **правопринудительными органами** (органами правового, государственно-правового или властно-правового принуждения).

Сами же вооруженные формирования (армия, внутренние войска и т.д.) — это объекты не только ведомственного управления, но прежде всего и главным образом **общегосударственного ведения и руководства**. Общегосударственное руководство такими вооруженными формированиями — один из существенных критериев наличия государственно-правового строя и **суверенитета государства**, его способности вести контролируемую, самостоятельную и независимую внутреннюю и внешнюю политику. Поэтому именно **высшие государственные органы** (глава государства, правительство, парламент) во всех государствах наделяются верховными (суверенными) государственно-властными правомочиями в области организации и руководства вооруженными силами.

Так, в Российской Федерации, согласно Конституции (ст. 80, 83, 87, 88), **Президент Российской Федерации** как глава государства является Верховным Главнокомандующим Вооруженными Силами Российской Федерации, назначает и освобождает высшее командование Вооруженных Сил Российской Федерации, принимает меры по охране суверенитета Российской Федерации, ее независимости и государственной це-

лостности, формирует и возглавляет Совет Безопасности Российской Федерации, утверждает военную доктрину Российской Федерации, имеет право в соответствующих случаях ввести военное положение и чрезвычайное положение. Рядом верховных полномочий в данной сфере обладают и другие высшие органы государства. **Федеральное Собрание** принимает федеральные конституционные законы о военном положении и о чрезвычайном положении, а также федеральные законы по вопросам войны и мира, статуса и защиты государственной границы Российской Федерации. К ведению **Совета Федерации** Федерального Собрания относятся, в частности: утверждение указов Президента о введении военного и чрезвычайного положения, решение вопроса о возможности использования Вооруженных Сил Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации (ст. 102). **Правительство** Российской Федерации, по Конституции (ст. 114), осуществляет меры по обеспечению обороны страны, государственной безопасности, законности, охране общественного порядка и т.д.

В целом ряде современных развитых правовых государств, по сложившейся традиции, государственные органы, именуемые у нас “силовыми”, возглавляются не военными, а гражданскими лицами, нередко — женщинами. Наблюдается тенденция к демилитаризации также и управленческого аппарата соответствующих государственных органов. Подобная государственно-правовая практика направлена на преодоление ведомственности и кастовой закрытости в деятельности этих органов, усиление их ответственности перед обществом, **укрепление общеправовых, общегосударственных начал** в организации и управлении вооруженными силами страны.

Механизм (аппарат) государства — это не самоцель, а организационная форма и средство реализации суверенной государственной власти в соответствии с требованиями правопорядка и законности. От качества работы этого аппарата, уровня его демократичности и компетентности, от его готовности и способности защитить и удовлетворить права и законные интересы простых людей в существенной степени зависят реальное положение дел в стране и благосостояние народа, мера доверия отдельных лиц и общества в целом к государству.

Государственному аппарату повсеместно присуща тенденция к отчуждению от простых людей, народа и общества, к бюрократизму и корпоративизму, к злоупотреблению своим положением и игнорированию действующего законодательства, к подмене общегосударственных дел своими собственными аппаратными делами и интересами.

Отмеченные недостатки присущи и формирующемуся в России **постсоветскому государственному аппарату**. Традиционные пороки бюрократизма и корпоративизма, игнорирования права и пренебрежения интересами граждан и т.д. сочетаются в нем пока что с явной неспособностью справиться хотя бы на минимально приемлемом уровне со своими прямыми обязанностями — с надлежащим осуществлением основных функций государственной власти в режиме правовой законности и правопорядка. Особенно отчетливо это проявляется в сфере правозащитной функции государства, о чем свидетельствуют бездействие многих положений Конституции и текущего законодательства, нарушения прав и свобод человека и гражданина, бурный рост преступности, коррумпированность государственного аппарата, практика сращивания различных его звеньев с организованной преступностью и т.д.

Основными формами и направлениями борьбы против этих традиционных и новых пороков государственного аппарата являются: **развитие правовых начал, форм и процедур в организации и деятельности всех звеньев государственного механизма; совершенствование процесса подготовки и переподготовки квалифицированных кадров для государственного аппарата; повышение уровня требований к профессиональным и нравственным качествам и правовой культуре государственных служащих; усиление мер юридической ответственности работников государственного аппарата за совершаемые ими правонарушения; повышение правовой активности граждан и их общественных объединений за свои права и законные интересы; постоянное совершенствование форм и методов общественного и государственного контроля за деятельностью всех государственных органов, учреждений и должностных лиц.**

Глава 6. Правосознание и правовая культура

1. Правосознание

Правосознание — это форма осознания права как специфического явления социальной действительности.

В правосознании тесно сочетаются и взаимодействуют три компонента: познавательный, оценочный и регулятивный. В соответствии с этим можно выделить три основные функции правосознания — познавательную, оценочную и регулятивную.

Познавательная функция правосознания состоит в осознании того, что есть право, и осуществляется в различных формах (чувственных, образных, логико-понятийных) обнаружения, выражения и осмысления отдельных правовых явлений и права в целом.

Оценочная функция правосознания состоит в формировании определенных ценностных представлений и идей о праве, исходя из которых субъект правосознания оценивает (позитивно или негативно) действующее право и реальную правовую действительность.

Регулятивная функция правосознания состоит в осознании, определении и реализации субъектом в конкретных действиях (правомерного или противоправного характера) своей поведенческой позиции (модели поведения) по отношению к требованиям действующего права.

Регулятивная функция правосознания (ее содержание и характер, ее осознано-волевая направленность на соблюдение требований права или на отклоняющееся поведение и т.д.) складывается и реализуется под определяющим мотивационным воздействием других функций правосознания — характера и качества осознания (и знания) права субъектом правосознания и сформировавшихся у него ценностных устремлений, установок и ориентаций.

Правосознание — это не только осознание права, но и правовое самосознание, постижение себя в правовом измерении, определение своего места и значения в мире права, выбор своей правовой роли, своих юридически значимых целей и действий. В этом смысле работа правосознания представляет собой постоянный чувственный и мысленный эксперимент по проверке и перепроверке субъектом правосознания различных юридически значимых моделей и вариантов своего поведения в окружающем мире.

Специфика правосознания — в его соотношении с другими формами сознания (моральным, нравственным, религиозным сознанием и т.д.) — обусловлена спецификой самого права, для выражения которой правовое сознание оперирует соответствующими чувствами, образами, представлениями, символами, понятиями и категориями.

Так, уже на эмоциональном уровне у субъекта правосознания складываются различные **правовые чувства** — чувство справедливости, вины, чувство страха наказания и т.д.

Более осмысленный и обобщенный характер носят **правовые образы и представления**, выражающие итоги субъективного виденья, восприятия и осознания тех или иных реальных

или воображаемых правовых ситуаций, сцен, отношений (образные представления о правовых конфликтах, совершении преступлений и ответственности за него, задержании преступника, суде и т.д.).

Так, правовой принцип равенства нашел свое выражение в чувственно-материальных (телесно-физических) представлениях о равенстве между наказанием и преступлением по правилу талиона: око — за око, зуб — за зуб, смерть — за смерть. Показательно, что хотя подобные правовые представления о равенстве, возникшие в далеком прошлом, в дальнейшем претерпели большие изменения (замена телесно-физического эквивалента иными, более цивилизованными, формами его выражения), однако сохранился (в рационализированной и цивилизованной форме) до наших дней не только сам правовой принцип равенства, но и его исходное понимание в вопросе о смертной казни как надлежащем равном наказании за убийство. Также и в правосознании большинства современных людей доминирует представление о необходимости и справедливости смертной казни как равной меры (эквивалента) ответственности за умышленное убийство.

Значительную роль в правовом осознании действительности играют **правовые символы** — правовые образы, в обобщенном виде выражающие смысловое содержание множества других образных представлений о праве. Так, замечательным символом справедливости (правосудия) и вместе с тем справедливого права и государства является бессмертный образ богини справедливости (правосудия) Фемиды с равными для всех Весами Правосудия и защищающим Мечом (символическим выражением справедливой высшей власти и справедливого наказания).

Теоретически развитое правосознание, наряду с перечисленными (чувственными и образными формами и средствами осознания и выражения права), использует также и такие абстрактно-логические познавательные средства и формы, как **правовые понятия, категории, идеи, принципы, конструкции и т.д.**

Анализ правосознания показывает, что не только абстрактно-логические правовые понятия, категории и т.д., но и дотеоретические познавательные средства правосознания (правовые чувства, правовые образы, правовые символы и т.д.) являются формами осознания (оценки и т.д.) как права, так и государства (обязательной для всех правовой организации власти).

Поэтому в целом можно сказать, что правосознание на всех ступенях его развития и во всех формах его выражения — от правовых чувств до правовых понятий — это форма и средство выражения, осознания, оценки **не только права и правовых явлений** (их смысла, свойств, характеристик, функционально-регулятивных значений и т.д.), но **одновременно также и государства, государственно-властных явлений**.

Данное принципиальное обстоятельство вполне соответствует положению либертарно-юридической теории о сущностном единстве права и государства. Смысл и существо права (и соответственно — правовой смысл государства) осознаются и выражаются в правосознании субъекта — в зависимости от его правовой развитости и просвещенности — как в чувственно-образном виде (на уровне правовых чувств, образов, представлений, символов и т.д.), так и в понятийной форме (посредством правовых понятий, категорий, принципов и т.д., т.е. на уровне понятийно-правового познания права и государства).

Существуют различные **классификации правосознания**.

В структуре правосознания следует прежде всего выделить два различных познавательных уровня: уровень эмпирического правосознания и уровень теоретического (научного) правосознания. **Эмпирическое правосознание** осмысливает право в чувственно-образной форме, **теоретическое правосознание** — в логико-понятийной форме. Теоретическое правосознание представлено в юридической науке.

По субъектам правосознание делится на **индивидуальное, групповое и общественное**. При этом предполагается, что правовое сознание, как и сознание вообще, присуще лишь индивиду, а групповое и общественное правосознание — это обобщенное (на уровне отдельных групп или всего общества) выражение содержания и характера правосознания отдельных индивидов, образующих соответствующие группы и общество в целом.

По признаку правовой образованности субъектов (носителей) правосознания правосознание делится на два других вида: **обыденное (массовое) и профессиональное (юридическое) правосознание**.

По своему мотивационно-регулятивному характеру и волевой направленности правосознание делится на законоодобряющее, законопослушное и закононарушающее.

В **законоодобряющем** правосознании требования, цели и ценности закона (действующего права) осознаются и воспринимаются субъектом как безусловно необходимые и полезные (для него и для других, для общества в целом) и подлежащие реализации. Такая установочная позиция субъекта мотивирует-

ся прежде всего качественно-содержательными достоинствами действующего права (его справедливостью, ценностью, полезностью и т.д.), а не авторитетом закона (его общеобязательной силой, принудительным характером и т.д.).

Для **законопослушного правосознания** основным мотивирующим фактором является авторитет закона (действующего права). Установочная позиция субъекта такого правосознания является результатом целесообразного выбора на основе взвешивания и оценки достоинств и преимуществ (для себя, для других и всего общества) соблюдения закона и недостатков, невыгод, отрицательных последствий его нарушения. В этом смысле законопослушное правосознание является **прагматическим правосознанием**.

Определенную мотивирующую роль при формировании законопослушной позиции могут сыграть и качественно-содержательные достоинства самого закона, т.е. мотивы одобрения закона. Но подобные законоодобрительные мотивы здесь имеют вспомогательное (во многом — компенсаторное) значение. Люди сплошь и рядом отрицательно относятся к тем или иным требованиям закона, но в своей основной массе соблюдают их.

Закононарушающее правосознание тоже является прагматическим правосознанием, обусловленным представлениями субъекта о преимуществах и выгодах несоблюдения права и совершения преступлений.

Преступный образ жизни сопровождается деградацией личности и существенной деформацией правосознания, в котором доминирующие позиции начинают занимать антиобщественные “ценности” и криминальные установки так называемого “воровского закона” — своеобразного неписаного кодекса преступного мира.

Из приведенных классификаций правосознания видно, что в правосознании одного и того же индивида могут присутствовать определенные элементы (характеристики, свойства) из разных видов правосознания.

Так, в правосознании ученого-юриста элементы теоретического (научного) правосознания сочетаются с элементами эмпирического правосознания. Подобное сочетание (в разных, правда, пропорциях) присуще и правосознанию юриста-практика, а также отчасти обыденному правосознанию (в меру развитости общей и правовой культуры отдельных граждан и населения в целом).

Теоретическое правосознание может быть как индивидуальным, так и групповым (например общие правовые воззрения представителей одной научной школы и т.д.).

Профессиональное правосознание как групповое правосознание людей, получивших специальное юридическое образование, в той или иной форме включает в себя некоторые основные элементы теоретического (научного) правосознания, но эти различные виды правосознания, конечно, не следует отождествлять.

Само профессиональное (юридическое) правосознание — с учетом внутривидовых различий — можно подразделить на **внутрипрофессиональные группы** (правосознание ученых-юристов и правосознание юристов-практиков) и **подгруппы** (правосознание судей, правосознание работников прокуратуры, правосознание работников милиции, правосознание адвокатов и т.д.).

Для субъектов профессионального правосознания (особенно в их отношениях к действующему праву) характерно определенное раздвоение правосознания на **официально-должное правосознание**, в котором доминируют мотивы законодобрения и законопослушания, и **частное (личное) правосознание**, в котором, как и в массовом правосознании в целом, мотивы законопослушания частично сочетаются с мотивами закононарушения (как в личных интересах, так и в пресловутых “интересах дела”).

От уровня развитости профессионального (юридического) правосознания, от содержания и характера присущих ему юридико-ценностных установок и ориентаций во многом зависит качество деятельности государственного аппарата и в целом надлежащее осуществление государственных функций.

2. Правовая культура

Правовая культура — это достигнутый уровень развития в правовой (и государственно-правовой) организации жизни людей.

Правовая культура представляет собой важную составную часть общей культуры.

Культура вообще — это то, что сделано самими людьми, в отличие от того, что дано природой. В отличие от животных, живущих в естественной (природной) среде, люди живут в созданном ими самими искусственном мире — в мире культуры, который есть их вторая (сотворенная) природа.

Прогресс в развитии человеческой культуры определяется духовными и материальными достижениями людей, их успехами в улучшении условий своей жизни, в совершенствовании форм своего существования.

В этом общекультурном процессе к сфере правовой культуры относятся успехи и достижения в развитии права и государства, в совершенствовании правовой (и государственно-правовой) организации жизни свободных людей.

Правовая культура включает в себя государственную (политическую, публично-властную) культуру, которая по сути своей есть **государственно-правовая культура**, поскольку само государство является правовой формой организации публично-политической власти.

С культурологической точки зрения право и государство — это определенные явления культуры, культурные формы наряду с многими другими культурными формами — земледелием, градостроительством, литературой, театром, религией и т.д.

Но отличительная особенность права и государства как культурных форм состоит в том, что они (в качестве всеобщих форм свободы) являются специфическими культурными формами всей культуры в целом, формами организации совокупной культурной жизни любого государственно организованного народа, общества. В данном своем качестве **право и государство осуществляют общекультурную функцию и имеют общекультурное значение и общекультурную ценность**. Это означает, что уровень развитости права и государства (государственно-правовой формы организации культуры) является существенным показателем степени развитости культуры в том или ином обществе и имеет значение критерия для классификации и оценки ступеней исторического развития культуры у отдельных народов и человечества в целом.

История общечеловеческой правовой культуры — это прогрессирующее развитие права и государства от первоначальных примитивных форм до современных форм утверждения и господства права, правовой государственности, прав и свобод человека и гражданина.

Разные народы и общества находятся в одно и то же время на разных ступенях развития как общей, так и правовой культуры. Поэтому о правовой культуре конкретного общества судят с позиций уже известных высших в данное время мировых достижений (идей и их практических воплощений) в области правовой культуры. Сравнение (и сравнительный анализ) характеристик основных элементов правовой (и государственно-правовой) организации определенного общества с характеристиками соответствующих компонентов наиболее развитых правовых культур современности позволяет выявить и объективно оценить степень развитости правовой культуры данного

общества, цели и ориентиры его дальнейшего культурно-правового развития и совершенствования.

Основными элементами структуры правовой культуры являются: правовые (государственно-правовые) воззрения, нормы, институты (учреждения) и поведенческие отношения.

Содержание, характер, качество правовых (и государственно-правовых) воззрений (представлений, идей, ценностей, знаний и т.д.), выражающихся в правосознании членов общества, являются существенными показателями как меры их культурно-правовой зрелости, так и степени их духовной подготовленности к практическому воплощению этих взглядов в виде соответствующих реальных (объективированных) форм действующего права, институтов (учреждений) государственной власти, поведенческих отношений людей (форм правового поведения, правовой деятельности) и т.д.

Без развитых правовых воззрений, без глубоко осознанных и освоенных правовых знаний, ценностно-правовых установок и устремлений невозможны и соответствующие развитые формы реального права, государства, правового общения и т.д. Реальное культурно-правовое содержание и функциональное значение подобных объективированных на практике государственно-правовых форм (норм, учреждений, форм поведения, деятельности и т.д.) в конечном счете определяются правовой зрелостью общества и его членов, их пониманием смысла и ценностей этих форм как достижений человеческой культуры, их осознанной потребностью, готовностью и способностью жить в культурно-правовой среде.

Современная правовая культура — это правовая культура развитого и эффективно функционирующего гражданского общества и правового государства. По своей сути и основной идее она представляет собой культуру признания, защиты и осуществления прав и свобод человека и гражданина в качестве высших ценностей.

Современной правовой культуре присущи такие качественные характеристики, как: определяющее значение прав и свобод человека и гражданина в правовой организации общественной и государственной жизни; утверждение в массовом правосознании чувства уважения к закону и правопорядку, идей и ценностей господства права; практическая реализация принципов конституционализма и верховенства правового закона; согласованное и эффективное функционирование всех источников позитивного права и всех ветвей государственной власти; правовая активность граждан и их общественных объединений в осуществлении своих прав и надлежащем исполне-

нии своих юридических обязанностей; активная законотворческая, правозащитная и правоприменительная деятельность (в рамках своих полномочий) всех звеньев государственного механизма; разветвленная система легализованных форм, средств и процедур воздействия гражданского общества на государство и контроль за его деятельностью.

Антиподом правовой культуры является **правовой нигилизм** в его многообразных проявлениях и формах — от недооценки и неуважительного отношения к праву до его полного игнорирования и отрицания. Правовой нигилизм — это всегда и **государственный нигилизм, поскольку отрицание права включает в себя по существу и отрицание государства** как правовой организации публичной власти.

Правовой нигилизм получил широкое распространение во многих странах. Глубокие корни правовой нигилизм пустил и в условиях российской действительности. Существенную роль при этом сыграли многовековые традиции всевластия деспотических правителей (от царей до большевиков) и бесправия народа.

По словам выдающегося русского юриста XIX в. Б.Н. Чичерина, в России веками господствовало “общее крепостное состояние сословий”, включая и дворян. Впервые в истории России император Петр III своим указом от 18 февраля 1762 г. о дворянской вольности освободил дворян от обязательной государственной службы. Вслед за этим Екатерина II в 70-х — 80-х годах XVIII в. признала за дворянами некоторые другие гражданские права и свободы, включая право частной собственности. Потребовалось еще сто лет, чтобы от крепостной зависимости была (при Александре II в 1861 г.) освобождена основная часть российского населения — крестьянство.

Причем освобождение это произошло без наделения крестьян землей (вместо этого действовала система общинного владения землей — с большой зависимостью отдельного крестьянина от общины). Ключевой для России земельный вопрос не был решен ни при царе, ни при большевиках и до сих пор (при формальном провозглашении права частной собственности на землю) остается одной из важнейших и трудноразрешаемых задач всего процесса современных социально-экономических и политико-правовых преобразований в стране.

Известный дореволюционный юрист К.Д. Кавелин в 40-х годах XIX в. одним из первых заметил, что в российской истории личность постоянно заслонялась семьей, общиной, государством. Б.А. Кистяковский в своей статье “В защиту права” (1909 г.), в частности, писал: “Притупленность правосознания

русской интеллигенции и отсутствие интереса к правовым идеям являются результатом застарелого зла — отсутствия какого бы то ни было правового порядка в повседневной жизни русского народа”¹.

Правовой нигилизм имел весьма широкое распространение, и даже такой критик царизма, как А.И. Герцен, в духе идей русского общинного социализма трактовал отсутствие начал права в русской общественной жизни как нечто положительное, как некое преимущество России перед Западом в движении к будущему справедливому строю.

Славянофилы и вовсе отрицали саму постановку вопроса о правовых гарантиях свободы личности против царского самодержавия и произвола властей. “Гарантия не нужна! Гарантия есть зло”, — утверждал К.С. Аксаков². Пародируя правовой нигилизм К.С. Аксакова и других славянофилов, русский поэт-юморист XIX в. Б.Н. Алмазов писал:

*По причинам органическим
Мы совсем не снабжены
Здравым смыслом юридическим,
Сим исчадьем сатаны.
Широки натуры русские,
Нашей правды идеал
Не влезает в формы узкие
Юридических начал.*

В дальнейшем, в условиях диктатуры пролетариата в главе с коммунистической партией, на смену дореволюционному правовому нигилизму пришел качественно новый вариант правового нигилизма — коммунистический нигилизм в отношении права и государства как надстроечных явлений эксплуататорского общества.

В постсоветское время Россия вступила в новый период своего культурно-правового развития, основными целями и ориентирами которого являются конституционно закрепленные идеи и ценности прав и свобод человека и гражданина, принципы, нормы и институты гражданского общества и правового государства.

Однако в реальной действительности все еще сильны традиции правового нигилизма, усугубляемые и поддерживаемые

¹ Кистяковский Б.А. В защиту права // Вехи. Сборник статей о русской интеллигенции. М., 1990. С. 106.

² См. там же. С. 107.

в современных переходных условиях целым рядом негативных факторов. В числе этих факторов: недостатки проводимых социально-экономических преобразований, незавершенность правовой реформы, неэффективная работа всего аппарата государственной власти, массовое и повсеместное нарушение законодательства, бездействие механизма правозащитной деятельности, особенно в сфере прав и свобод человека и гражданина, неспособность государства справиться с бурно растущей преступностью и т.д.

Отсутствует налаженная система **правового воспитания** населения в духе идей, ценностей и ориентиров развитой правовой культуры современности. Такая систематическая юриди-ко-воспитательная работа тем более необходима, что в массовом, а нередко и в профессиональном правосознании все еще широко распространены стереотипы нигилистического отношения к праву и государству, обновленные и подкрепленные вольницей так называемого “правового беспредела” (современного варианта российского правового нигилизма, для обозначения которого понадобился уже воровской жаргон!).

В целом преодоление правового нигилизма возможно лишь в общем русле успешного развития процесса постсоциалистических преобразований в стране и практической реализации идей и ценностей современной правовой культуры.

Глава 7. Гражданское общество и государство: их различие и соотношение

1. Формирование и развитие концепций различения и соотношения гражданского общества и государства

Социальная жизнь людей на всех этапах ее развития представляет собой определенную целостность, все стороны которой тесно взаимосвязаны между собой, взаимодействуют и дополняют друг друга. Такие взаимосвязи присущи и отношениям между обществом и государством.

При различении общества и государства под **обществом** имеется в виду неполитическая сфера жизни людей в качестве частных лиц, а под **государством** — политическая сфера их жизни в качестве публичных лиц (субъектов публично-политической общности и власти, граждан). Дифференциация этих двух сфер, отделение и относительно самостоятельное бытие частных и публичных, неполитических и политических явле-

ний и отношений представляют собой результат длительного социально-исторического развития людей, форм и способов организации жизни свободных индивидов.

В условиях древности и средневековья (в эпохи этнического и сословного типов права и государства) публично-политическое (государственное) начало безусловно доминировало во всей социальной жизни людей, а те явления и отношения, совокупность которых принято называть античным или средневековым “обществом”, носили политический характер и еще не созрели до обособления в независимую от государства самостоятельную сферу частных (неполитических) интересов, дел и отношений.

Такое обособление общества и государства происходит в Новое время и находит свое выражение в различении частной (неполитической) и политической сфер социальной жизни в виде **гражданского общества и политического государства**.

Исторически сложившееся словосочетание “гражданское общество”, обозначающее общество (неполитическое сообщество людей) в его различении и соотношении с государством (политическим сообществом), явно не соответствует выражаемому им смыслу. Ведь гражданское общество — это не общество граждан (политических субъектов), а, напротив, сообщество частных (неполитических) лиц — носителей частных целей и интересов. Сообщество же граждан — это политическое сообщество, т.е. государство (политическое государство) в его отличии от общества (гражданского общества). Кстати говоря, ведь и “гражданское право” (как отрасль права) — это право не граждан, а частных лиц.

Устоявшийся термин “**гражданское общество**” восходит к древнеримскому слову *civitas*, означавшему гражданскую общину римлян, сообщество римских граждан. Член этой общины (*civis* — гражданин) был вместе с тем и субъектом римского гражданского права (*ius civile*). Слова *civitas*, *civis*, *ius civile* при этом имели синкретичный (слитный) смысл (без различения их политических и неполитических значений). В дальнейшем их неполитическое значение сохранилось в терминах “гражданское общество”, “гражданское право”, а политическое значение — в термине “гражданин”.

С позиций дифференциации социальных феноменов на политические и неполитические явления и соответствующих развитых представлений об обществе и государстве ясно, что античное “общество” (*civitas* в Риме и аналогичные гражданские общины в древнегреческих полисах) было по своей природе и характеру политическим сообществом, т.е., говоря современным языком, было государством, а не обществом.

Политический характер имело и средневековое “общество”, сословное деление которого означало прямую дифференциацию государственно-правовых статусов разных сословий и их членов.

В Новое время круг частных интересов и самостоятельности частного лица все более расширяется и начинает постепенно охватывать отношения собственности, производства и распределения, товарно-денежный оборот, вопросы отношения к религии, свободы совести, свободы мысли и т.д. Вместе с тем этот расширяющийся круг частных дел и интересов все более высвобождается от прямого воздействия сложившейся при феодализме политической власти и формируется в относительно самостоятельную сферу гражданского общества.

Основным субъектом этого гражданского общества был **человек как частное лицо**, бюргер, формирующийся буржуа. Такое гражданское (бюргерское) общество, которое начало складываться в условиях разлагавшегося феодализма, было по своей сути антифеодальным, ориентированным на утверждение нового строя, на признание свободы и автономии частного человека в качестве его естественного и неотчуждаемого права, на учреждение государства, соответствующего потребностям и требованиям гражданского общества.

Идеология и устремления такого антифеодального гражданского общества и соответствующего ему государства и права нашли свое выражение и защиту в творчестве многих раннебуржуазных мыслителей (Н. Макиавелли, Ж. Бодена, Г. Гроция, Т. Гоббса, Б. Спинозы, Дж. Локка, Ш. Л. Монтескье, Ж. Ж. Руссо, Д. Рикардо, А. Смита, Т. Пейна, Т. Джефферсона, И. Канта, Г. Гегеля и др.). Правда, следует иметь в виду, что в трудах многих из этих авторов отсутствует еще (вплоть до конца XVIII в.) четкое различие неполитического (гражданского) общества и политического государства.

Большой вклад в последовательную теоретическую разработку проблем различения и соотношения гражданского общества и государства внес Гегель. Он прямо отмечает качественную новизну гражданского общества как социально-исторического явления и понятия и по существу трактует гражданское общество как буржуазное общество. “Гражданское общество, — писал Гегель, — создано, впрочем, лишь в современном мире, который всем определениям идеи предоставляет их право. Если государство представляют как единство различных лиц, как единство, которое есть лишь общность, то имеют в виду лишь определение гражданского общества. Многие новей-

шие специалисты по государственному праву не сумели прийти к другому воззрению на государство”¹.

Хотя исторически гражданское общество возникает позднее государства, но в диалектическом развитии понятия права от абстрактных форм к конкретным оно (в качестве объективации и формообразования понятия права) в гегелевской трактовке занимает место между семьей и государством. “Гражданское общество, — поясняет Гегель, — есть дифференциация, которая выступает между семьей и государством, хотя развитие гражданского общества выступает позднее, чем развитие государства; ибо в качестве дифференциации оно предполагает государство, которое оно, чтобы пребывать, должно иметь перед собой как нечто самостоятельное”².

Двумя принципами гражданского общества, по Гегелю, являются **особенная цель** каждого частного лица и **всеобщая форма** ее реализации: особенность, ограниченная всеобщностью, есть единственная мера, при помощи которой каждая особенность (частное лицо, частный интерес) способствует своему благу. “В гражданском обществе, — пишет Гегель, — каждый для себя цель, все остальное для него ничто. Однако без соотношения с другими он не может достигнуть своих целей во всем их объеме: эти другие суть поэтому средства для цели особенного. Но особенная цель посредством соотношения с другими придает себе форму всеобщего и удовлетворяет себя, удовлетворяя вместе с тем стремление других к благу”³.

На ступени гражданского общества особенное и всеобщее связаны пока лишь внешним, случайным образом; здесь господствует стихия случайных столкновений частных интересов, “борьба всех против всех”⁴.

Гегель трактует гражданское общество как систему потребностей и их удовлетворения посредством труда в условиях формального равенства всех людей, утверждения частной собственности, свободы промыслов и частной инициативы. При этом он отмечает и весьма содержательно анализирует социально-экономические противоречия гражданского общества, поляризацию в нем богатства и нищеты, роль государства в защите частной собственности. Главный порок современного ему гражданского общества Гегель видел в том, что процесс накопления богатства сопровождается ростом нищеты и “ведет

к *разрозненности и ограниченности* особенного труда и тем самым к *зависимости и нужде* связанного с этим трудом класса, а отсюда к неспособности чувствовать и наслаждаться всей свободой и особенно духовными преимуществами гражданского общества”¹.

Надлежащее сочетание особенного и всеобщего и разрешение противоречий гражданского общества достигаются, по Гегелю, в разумном государстве, которое раскрывается им как конституционная монархия с разделением властей. Характеризуя диалектику перехода от гражданского общества к государству, Гегель подчеркивает, что “*научное доказательство* понятия государства”² состоит в том, чтобы в имманентном движении понятия, в развитии непосредственной нравственности (семьи и гражданского общества) достигнуть синтезирующего единства — государства, которое, хотя и обнаруживается как результат, но есть подлинное основание. “Поэтому в действительности, — пишет Гегель, — *государство* есть вообще *первое*, внутри которого семья развивается в гражданское общество, и сама идея государства распадается на эти два момента”³.

В государстве, наконец, наступает тождество особенного и всеобщего, нравственность достигает своей объективности и действительности как органическая целостность. По отношению к гражданскому обществу как сфере особенного, частного интереса государство как сфера всеобщего интереса выступает, по Гегелю, с одной стороны, как имманентная цель, а с другой — как внешняя необходимость: через тождество этих моментов частный интерес “снимается” и вместе с тем сохраняется во всеобщем интересе государства.

Ряд положений гегелевского исследования проблем различия и соотношения гражданского общества и государства был воспринят марксизмом и перетолкован с материалистических и классово-коммунистических позиций. Согласно марксизму, именно общество является основой государства: общество первично, государство, право и т.д. — вторично. При этом под “обществом” имеются в виду материальные, базисные отношения, а под “государством” — явления надстроечного (обусловленного) характера.

Уже в период своего перехода от гегельянства к материализму **К. Маркс**, критикуя подход Гегеля, писал: “В действи-

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1990. С. 228.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 330.

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. С. 271.

² Там же. С. 278.

³ Там же.

тельности семья и гражданское общество составляют предпосылки государства, именно они являются подлинно деятельными; в спекулятивном же мышлении все это ставится на голову¹. Причем для марксизма характерна экстраполяция подобных представлений о месте и значении гражданского общества в его соотношении с государством и на все предшествующие эпохи. “Гражданское общество, — подчеркивали Маркс и Энгельс, — обнимает все материальное общение индивидов в рамках определенной ступени развития производительных сил. Оно обнимает всю торгово-промышленную жизнь данной ступени и постольку выходит за пределы государства и наций, хотя, с другой стороны, оно опять-таки должно выступать вовне в виде национальности и строиться внутри в виде государства”². Характеризуя общество как “продукт взаимодействия людей”, Маркс пояснял: “Возьмите определенную ступень развития производительных сил людей, и вы получите определенную форму обмена и потребления. Возьмите определенную ступень развития производства, обмена и потребления, и вы получите определенный общественный строй, определенную организацию семьи, сословий или классов, — словом, определенное гражданское общество. Возьмите определенное гражданское общество, и вы получите определенный политический строй, который является лишь официальным выражением гражданского общества”³.

Такая историческая универсализация в марксизме смысла гражданского общества сопровождается отождествлением на все времена понятий “гражданское общество” и “общество”. В этом смысле Маркс подчеркивал, что необходимо “рассматривать существующее общество (а это сохраняет силу и для всякого будущего общества) как “основу” существующего государства (или будущее общество как основу будущего государства)”⁴. Также и Энгельс писал, что “государство — есть продукт общества на известной ступени развития”. При этом само общество возникает вместе с человеком. С появлением “готового человека, — писал Энгельс, — возник вдобавок еще новый элемент — общество”⁵.

Марксистскому учению об обществе и государстве, как и марксизму в целом, присущи классово-идеологическая после-

довательность в трактовке всех социальных явлений с позиций коммунистического отрицания частной собственности и частнособственнического общества, а вместе с ними и их надстроечных порождений — государства и права. Этот подход имеет свою логику, свои открытия и достижения. Но также и свои пороки и поражения. В рамках такого подхода по существу нет места (теоретически и практически) для свободы людей (индивидов), которая в известной до сих пор реальной истории человечества существовала, прогрессивно развивалась и продолжает развиваться именно (и только!) в соответствующих правовых (и государственно-правовых) формах, включая и правовые формы частной собственности.

Практическое осуществление марксистских коммунистических идей (в виде реального социализма в XX в.) убедительно продемонстрировало невозможность свободы (свободных индивидов) в условиях отрицания частной собственности, права и государства; место последних заняли силовые регуляторы и структуры партийно-классовой диктатуры, поглотившей само общество и превратившей людей в “винтики” тоталитарной машины.

2. Либертарно-юридическая концепция различения и соотношения гражданского общества и государства

Для либертарно-юридического подхода определяющее значение имеет свобода индивидов (ее масштаб, мера, объем, содержание, характер и т.д.), правовые (и государственно-правовые) формы ее существования и развития в историческом процессе эволюции человеческих сообществ.

В дополитическом первобытном сообществе нет ни свободных индивидов, ни права и государства. Свободные индивиды появляются впервые лишь как субъекты права и государства в политически организованном сообществе людей: возникшее после первобытного строя политическое общество тождественно тогдашнему правопорядку, тогдашнему праву и государству. То же самое (с поправкой на отсутствие рабов и сословную ограниченность свободы индивидов) можно сказать и о политическом обществе эпохи феодализма, представлявшем собой сословный правопорядок, сословное право и государство. Разложение этого феодального политического общества и формирование нового неполитического гражданского общества (и соответствующий прогресс свободы) нашло свое выражение в гражданско-политическом (индивидуально-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 224.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 3. С. 35.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 27. С. 402.

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21. С. 169—170.

⁵ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 490.

гражданском) правопорядке, в праве и государстве Нового времени.

Дальнейший прогресс свободы связан с официальным признанием и закреплением в действующем позитивном праве прав человека как частного лица (в виде исходных, независимых от государства и его установлений, естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека)¹, — наряду с прежними правами человека как публично-политического лица (гражданина). Данной ступени развития прав и свобод людей соответствует различие и относительно самостоятельное бытие гражданского общества и государства. При этом прежнее гражданско-политическое государство постепенно развивается в современное правовое государство — по мере утверждения в гражданском обществе и государстве господства права и правового закона (исторически говоря, — господства естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека и соответствующих им норм позитивного права).

Необходимо иметь в виду, что естественные (прирожденные) и неотчуждаемые права и свободы человека и после их официального признания и приобретения ими силы закона (позитивного права) не перестают быть естественными и неотчуждаемыми правами и свободами, которым должны соответствовать все позитивное право и деятельность государства. Также и государство, став правовым государством в современном развитии виде, т.е. особой правовой конструкцией политической власти с разделением властей и т.д., продолжает оставаться публично-политической организацией.

Современное гражданское общество — это правовое, либерально-демократическое, плюралистическое, открытое общество, основным субъектом которого является свободный индивид, реализующий свои интересы в рамках единого для всех закона и общего правопорядка. Человек как член гражданского общества является полноправным и вместе с тем ответственным (соблюдающим свои обязанности и уважающим права других) участником различных общественных отношений — экономических, духовных, информационных и т.д.

¹ Исторически первыми официальными актами, закрепившими естественные и неотчуждаемые права и свободы человека, были Декларация независимости Соединенных Штатов Америки (4 июля 1776 г.), Билль о правах 1789—1791 гг. (первые десять поправок к Конституции США), французская Декларация прав человека и гражданина (26 августа 1789 г.). См.: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 182—185, 199—201, 207—209.

Система гражданского общества отличается развитой структурой. В эту систему входят следующие **основные компоненты (структурные части)**: 1) гуманитарный (человеческий) состав общества — свободные индивиды; 2) социальный (социальное деление общества на социальные группы, слои, классы); 3) экономический (экономический строй общества — формы и отношения собственности, производства, обмена, потребления и т.д.); 4) духовный (наука, образование, культура, религия и т.д.); 5) информационный (средства и формы информации, общественное мнение и т.д.); 6) территориально-управленческий (местное самоуправление); 7) организационный (разнообразные формы общественных и групповых объединений).

В систему гражданского общества непосредственно не входят такие специфические самостоятельные человеческие общности, как семья и этнос (нация, народность, раса и т.д.). Они представляют собой (каждая — по-своему!) естественно-человеческие предпосылки гражданского общества, но не “ячейки” или части самого гражданского общества.

Семья — это “ячейка” человечества, особая общность, основанная на родственных (и кровнородственных) связях, и специфические отношения в семье (между мужем и женой, родителями и детьми и т.д.) существенно отличаются от межиндивидуальных отношений членов гражданского общества. Когда же отношения между членами семьи уподобляются формально-правовым отношениям чуждых друг другу частных лиц гражданского общества, это как раз и свидетельствует о распаде данной семьи, ее конце. Семья как некое целое может, конечно, выступать вовне в качестве субъекта гражданского общества (например в качестве субъекта экономических отношений, именуемых “семейным подрядом”), но тут речь идет не о сущности семьи и не о внутрисемейных отношениях, а о чем-то для семьи как таковой внешнем и случайном, хотя в хозяйственном плане (для материального положения семьи и т.д.), возможно, и значимом.

Большое значение, разумеется, имеет **этнический (национальный, расовый и т.д.) состав населения** страны, т.е. этническое измерение людей — членов гражданского общества. Но человек является членом гражданского общества именно как человек, а не как представитель определенного этноса, не по национальному или расовому критерию.

В этом смысле можно сказать, что гражданское общество — это неполитическое сообщество (форма отношений) частных лиц, а не ассоциация семей или этносов.

Глава 8. Правовое государство: история идей и современность

Современное правовое государство — как особая теоретическая концепция и соответствующая практика — имеет долгую и поучительную историю.

Сам термин “правовое государство” (Rechtsstaat) возник и утвердился в немецкой юридической литературе в первой трети XIX в. (в трудах **К.Т. Велькера**, **Р. фон Моля** и др.)¹, а в дальнейшем получил широкое распространение.

В содержательном смысле ряд идей правовой государственности появился уже в античном мире и в средневековой Европе, а теоретически развитые концепции правового государства были сформулированы в условиях перехода от феодализма к капитализму и возникновению нового социально-политического строя. Исторически это происходило в общем русле возникновения прогрессивных направлений буржуазной политической и правовой мысли, становления и развития нового (антифеодалного, светского, антиатеологического и антиклерикального) юридического мировоззрения, критики феодального произвола и беззаконий, абсолютистских и полицейских режимов, утверждения идей гуманизма, принципов свободы и равенства всех людей, неотчуждаемых прав человека, поисков различных государственно-правовых средств, конструкций и форм (разделение государственных властей, конституционализм, верховенство закона и т.д.), направленных против узурпации публичной политической власти и ее безответственности перед обществом.

При всей своей новизне теоретические концепции правовой государственности (разработанные в трудах Дж. Локка, Ш.Л. Монтескье, Д. Адамса, Д. Мэдисона, Т. Джефферсона, И. Канта, Г. Гегеля и др.) опирались на опыт прошлого, на достижения предшествующей социальной, политической и правовой теории и практики, на исторически сложившиеся и апробированные общечеловеческие ценности и гуманистические традиции.

¹ См.: *Welcker K.T. Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. Giesen, 1813. S. 25, 71 u.a.; Mohl R. Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. Bd.1—2. Tübingen, 1832—1833.* В англоязычной литературе этот термин не используется; в известной мере его эквивалентом является “правление права” (rule of law).

1. Античные идеи

Различные аспекты античного влияния на последующую теорию правового государства группируются вокруг тематики **правового опосредования и оформления политических отношений**. Эта тематика включает в себя, прежде всего, такие аспекты, как справедливость устройства полиса (античного города-государства), его власти и его законов, разумное распределение полномочий между различными органами государства, различение правильных и неправильных форм правления, определяющая роль закона в полисной жизни при определении взаимоотношений государства и гражданина, значение законности как критерия классификации и характеристики различных форм правления и т.д.

Уже в глубокой древности зарождается **идея необходимости соответствия действий власти требованиям справедливости**. В дальнейшем процессе углубления представлений о праве и государстве довольно рано сформировалась идея о разумности и справедливости такой политической формы общественной жизни людей, при которой право благодаря признанию и поддержке публичной власти становится общеобязательным законом, а публично-властная сила (с ее возможностями насилия и т.д.), признающая право, упорядоченная и, следовательно, ограниченная и оправданная им одновременно, — справедливой (т.е. соответствующей праву) государственной властью. Символическим выражением подобных представлений стал образ **богини правосудия, олицетворяющей единение силы и права** и справедливость правопорядка, в равной мере обязательного для всех.

Во многих древнегреческих мифах отчетливо присутствует возводимая к богам идея справедливого устройства полисной жизни людей. В своих поэмах Гомер противопоставляет справедливость (дике) как принцип общения силе и насилию в человеческих взаимоотношениях. **Гесиод** восхваляет **Эвномию** (Благозаконие), которая, согласно мифу, является сестрой **Дике** и дочерью верховного и совершенного бога **Зевса** и богини **Фемиды** (персонификации вечного естественно-божественного порядка). **Эвномия** (Благозаконие) тем самым олицетворяет божественное по своим истокам начало законности в общественном устройстве, глубинную внутреннюю связь законности и полисного порядка. В дальнейшем слово “эвномия” (благозаконие) заметно десакрализировалось и стало одним из ключевых понятий для характеристики полисного правления, основанного на хороших, справедливых законах.

В плане антитезы “право (справедливость) — насилие” заслуживает упоминания и резкая критика Гесиодом устоев грядущего “железного века”, когда по его словам: “Правду заменит кулак... Где сила, там и будет право” (Гесиод. Труды и дни, 174—193).

Основополагающее значение господства законов в полисных делах настойчиво подчеркивали и многие из “семи мудрецов” Древней Греции. Некоторые из них, будучи правителями или законодателями, приложили немало усилий для практической реализации своих политико-правовых идеалов. Соблюдение законов, согласно Бианту, Хилону, Питтаку, Солону и другим древнегреческим мудрецам, — существенная отличительная черта благоустроенного полиса. Так, наилучшим государственным устройством Биант считал такое, где граждане боятся закона в той же мере, в какой боялись бы тирана.

“Повинуйся законам”, — призывал спартанец Хилон, автор знаменитого афоризма “Познай самого себя”, начертанного на храме Аполлона в Дельфах и сыгравшего заметную роль в истории древнегреческой мысли. Лучшим полисом Хилон считал тот, где граждане слушаются законов более, чем ораторов и демагогов.

Одним из “семи мудрецов” был Солон (ок. 638—559 гг. до н.э.) — знаменитый афинский реформатор, государственный деятель и законодатель. Глубокой политико-правовой мудростью отмечен его афоризм “Ничего сверх меры”, который тоже был записан на храме в Дельфах. Именно с законодательных реформ Солона, по оценке Аристотеля, в Афинах “началась демократия”¹. Конституционное по своему существу законодательство Солона было пронизано идеей компромисса правопритязаний борющихся сторон, интересов знати и демоса, имущих и неимущих. Кстати говоря, эта сознательно проводившаяся Солоном идея законодательного закрепления компромисса между борющимися силами и достижения таким путем гражданского мира весьма характерна и для последующего зрелого конституционализма Нового времени как фундамента правовой государственности.

В плане идей правового закона и правового государства представляет большой интерес положение Солона о том, что свои реформы он провел с помощью “власти закона”, соединив силу с правом². Помимо глубокой характеристики власти закона как сочетания силы (имеется в виду — официальной государ-

ственной силы) с правом в приведенном положении Солон отчетливо присутствует также и пронизательная мысль о том, что преобразования в государстве следует проводить именно легальным путем, на основе официального и всеобщего закона.

Отмеченная государственно-правовая идея древних о единении силы и права была однозначно направлена **против представлений о том, будто сила рождает право**, сильный всегда прав и т.д.

Справедливость, право, закон традиционно считались древними греками божественными установлениями, необходимыми атрибутами космических и земных порядков, антиподами насилия, произвола, хаоса. И говоря сегодня о законопослушности древних, их высоком почтении к закону и законности, не надо забывать, что имелись в виду священные традиции, надлежаще устанавливаемые, разумные и справедливые (мы бы сказали — правовые) законы, а не произвольный диктат силы.

Такое отношение к законам присутствует, например, и в той гражданской присяге, которую приносили молодые жители Афин при достижении совершеннолетия (18 лет)¹. В этой присяге были, в частности, следующие слова: “И я буду слушаться властей, постоянно существующих, и повиноваться установленным законам, а также тем новым, которые установит согласно народ. И если кто-нибудь будет отменять законы или не повиноваться им, я не допущу этого, но буду защищать их и один, и вместе со всеми”.

Последующее развитие древнегреческой политико-правовой мысли сопровождается дальнейшим углублением светских, теоретических воззрений о взаимосвязях права и государства, о формах и механизме правового опосредования политико-властных отношений.

С идеей необходимости преобразования общественных и политико-правовых порядков на философских (разумных) основах в VI—V вв. до н.э. выступили **Пифагор и пифагорейцы**.

Эта глубокая идея легла в основу целого ряда последующих представлений об определяющей роли философского разума и истинного знания для установления идеального строя и совершенного правления. Выразительными примерами подобных представлений являются, в частности, сократовское положение о правлении знающих, платоновский проект идеального строя во главе с философами, кантовские категори-

¹ Аристотель. Афинская демократия. М., 1996. С. 41.

² Там же. С. 17.

¹ Аристотель. Афинская демократия. С. 42.

ческие императивы философского разума о нормах должностования в сфере морали, права, государства, гегелевская концепция тождества разумного и действительного (включая разумность права и государства). В модернизированном виде подобные представления присутствуют и в различных современных концепциях справедливого и разумного способа организации общественной, государственной и правовой жизни, осуществления законотворческой, управленческой и иных форм деятельности государства на научных основах и т.д.

В общем ряду подобных представлений особое место занимает негативная марксистская философская трактовка права и государства с позиций историко-материалистической философии. Основным результатом и выводом марксистского философского разума в рассматриваемом плане является отрицание разумности права и государства, которые в качестве негативных феноменов подлежат преодолению и отмиранию в процессе пролетарской революции и построения совершенного коммунистического строя.

Для самих пифагорейцев идеалом был полис, где господствуют справедливые законы.

Идею единства полиса и законов развивал **Гераклит**. Имея в виду божественную, разумную и справедливую природу полиса и закона, их необходимую взаимосвязь, Гераклит подчеркивал, что “народ должен сражаться за закон, как за свои стены”¹.

Как “общее дело” членов полиса трактовал государство **Демокрит**. При этом он считал искусство управления государством (полисом) “наивысшим из искусств”². “Государственные дела, — писал он, — надо считать много более важными, чем все прочие; каждый должен стараться, чтобы государство было благоустроено, не добиваясь больших почестей, чем ему причитается, и не захватывая большей власти, чем это полезно для общего дела. И государство, идущее по верному пути, — величайшая опора. И в этом заключается все: когда оно в благополучии, все в благополучии, когда оно гибнет, все гибнет”³.

Демокрит отвергал деспотическую власть и выступал за демократический полис со свободой граждан. “Бедность в демократии, — подчеркивал он, — настолько же предпочтительнее так называемого благополучия, насколько свобода лучше рабства”⁴.

¹ Материалисты Древней Греции. М., 1955. С. 45.

² Там же. С. 168.

³ Цит. по: Лурье С.Я. Указ. соч. С. 360—361.

⁴ Материалисты Древней Греции. С. 168.

Светский, человеческий подход к политико-правовым явлениям в V—IV вв. до н.э. был основательно развит **софистами (Протагором, Гиппием, Антифонтом и др.)**, которые в отличие от своих предшественников стали уделять заметное внимание месту и роли индивида в политической жизни, субъективному началу в политике, естественным правам человека в их соотношении с полисным законодательством, социальной трактовке власти и закона как формам выражения интересов различных слоев и групп общества.

Известное положение софиста **Протагора** (ок. 481—411 гг. до н.э.) — “Мера всех вещей — человек” (Платон. Теэтет, 152a) — знаменовало собой поворот к человеческому измерению мира, включая и политико-правовые отношения, к постижению активно-человеческого, творческого начала во всех сферах жизни.

Идею господства законов в полисе развивали Сократ и **Платон**. В своей последней работе “Законы” Платон принципиально противопоставляет друг другу два вида государства: один, где все зависит от правителей, другой — где и над правителями стоят законы. Выступая за государство законности, Платон писал: “Я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью. Там же, где закон — владыка над правителями, а они — его рабы, я усматриваю спасение государства и все блага, какие только могут даровать государствам боги” (Законы, 715d).

Было бы, конечно, неверно отождествлять платоновское государство законности с правовым государством. Но наряду с различиями между ними есть и определенное сходство: говоря о законах, Платон в духе своих естественноправовых воззрений имеет в виду не всякое обязательное установление власти, а лишь разумные и справедливые общеобязательные правила, “определения разума” (Законы, 713e). Существенная черта такого закона, да и самого государства, по оценке Платона, — выражение и защита ими общего интереса. Без этого, согласно Платону, нет ни закона, ни государства, ни справедливости, а имеет место лишь злоупотребление этими понятиями в условиях насилия, политических распрей и господства интересов узкой группы лиц. “Мы признаем, — подчеркивал Платон, — что там, где законы установлены в интересах нескольких человек, речь идет не о государственном устройстве, а только о внутренних распрях и то, что считается там справедливостью, носит вовсе это имя” (Законы, 715b).

Это пронизательное суждение античного философа мы бы повторить и современный сторонник правового государства и правового закона.

Концепцию правления разумных законов с естественноправовых позиций обосновывал и Аристотель (384—322 г. до н.э.). “Итак, — писал он, — кто требует, чтобы закон властвовал, требует, какется, того, чтобы властвовало только божество и разум, а кто требует, чтобы властвовал человек, привносит в это свое требование своего рода животный элемент, ибо страстность есть нечто животное, да и гнев свращает с истинного пути правителей, хотя бы они и были наилучшими людьми; напротив, закон — это уравновешенный разум” (Аристотель. Политика, III, 11, 4, 1287в 5). Там, где отсутствует власть закона, там, подчеркивает он, нет места и какой-либо форме государственного (полисного) строя.

В трактовке Аристотеля различные формы политического (государственного) устройства — в силу именно своей политичности — соответствуют принципу справедливости и идее права, т.е., иначе говоря, носят правовой характер. “Итак, ясно, — пишет Аристотель (Политика, III, 4, 7, 1279а 26), — что только те формы государственного строя, которые имеют в виду общую пользу, являются, согласно принципу абсолютной справедливости, правильными; те же формы, при которых имеется в виду только личное благо правителей, все ошибочны и представляют отклонения от правильных; они основаны на деспотическом принципе, а государство есть общность свободных людей”. Такая принципиальная общность и предметно-смысловое единство политических и правовых форм, противопоставляемых деспотизму, дают основание говорить о наличии в учении Аристотеля правовой концепции государства¹.

В целом разрабатывавшаяся Аристотелем политическая наука опиралась на естественноправовую трактовку всех основных проблем полисной жизни (законов и институтов полиса, свободы его членов, справедливости в их взаимоотношениях и т.д.). Естественноправовой смысл имеет и знаменитое положение Аристотеля о том, что “человек, по природе своей, —

существо политическое” (Аристотель. Политика. I, 1, 9, 1253а 16). В контексте его правового учения о политике (о полисе, о государстве, о законах) это положение по существу означает также, что человек, по природе своей, — существо правовое, “так как право, служащее критерием справедливости, является регулирующей нормой политического общения” (Аристотель. Политика, I,1,12, 1253а 16).

На современном языке можно сказать, что в учении Аристотеля политичность и юридичность (правовой характер) государства — это одно и то же, так что его политическая наука, представлявшая собой естественноправовое учение о государстве и законе (волеустановленном, позитивном праве), содержит в себе исходные идеи правового закона и правовой государственности.

Существенным достижением древнегреческих мыслителей (Платона, Аристотеля, а затем и Полибия) в этом плане было учение о смешанном правлении как лучшей форме государства.

Так, у Аристотеля этой лучшей формой государства является полития, которая является надлежащим сочетанием (“смешением”) принципов демократии и олигархии.

При этом Аристотель во многом следует за Платоном, который характеризовал второе по достоинству государство, обрисованное в “Законах”, как смешанное правление — “средину между монархическим и демократическим устройством: государственное устройство вообще должно всегда придерживаться середины” (Законы, 757). Разделяя саму идею Платона о преимуществах смешанного правления, Аристотель вместе с тем замечает, что в платоновской концепции совершенного государства речь в действительности идет о сочетании демократического элемента с элементом олигархическим, а не с монархическим.

По существу аристотелевская полития является теоретической конструкцией политической (и вместе с тем — правовой) формы властвования вообще. В этом плане она служит как бы эталоном для эмпирически существующих государственных форм и критерием для определения меры их политичности или неполитичности (деспотичности, отклонения от требований права, норм политической справедливости).

Полития конструируется Аристотелем с учетом основных максим его этического и политического учения. Полития — “средняя” форма государства, и “средний” элемент в ней доминирует во всем: в нравах — умеренность, в имуществе — средний достаток, во властвовании — средний класс. “Госу-

¹ В этой связи В. Зигфрид отмечает: “В наше время мы говорим об идеале правового государства. До некоторой степени соответствующее этому выражение у Аристотеля звучит: эвномия (благозаконие)”. Об аристотелевской трактовке деспотизма он пишет: “Деспотический (тиранический) означает неограниченный, неогражденный естественным или позитивным порядком; видимо, мы можем использовать здесь современное слово: тоталитарный” // *Siegfried W. Der Rechtsgedanke bei Aristoteles. Zürich, 1947. S. 47, 68.*

дарство, состоящее из “средних” людей, будет иметь и наилучший государственный строй” (Политика, IV, 9, 6, 1295в 18). Величайшим благом для государства Аристотель считает наличие у граждан собственности средней, но достаточной.

Многочисленный **средний элемент** нейтрализует, по мысли Аристотеля, опасность раскола населения на борющиеся партии и ослабляет партийные распри и раздоры.

В политике, по мысли Аристотеля, средний элемент должен преобладать над крайними элементами или во всяком случае быть сильнее каждого из них в отдельности. Верховная власть должна находиться в руках большинства, а не меньшинства, а число сторонников данного строя должно превышать число его противников в общей массе свободного населения. В политике, как впрочем и в олигархии и демократии, законодатель должен ориентироваться на “средний” элемент данной формы государственного строя.

Возможно лучшая при данных обстоятельствах организация государственного строя зависит, по мысли Аристотеля, от надлежащей комбинации различных условий формирования и приемов функционирования трех основных его элементов. Во всяком государстве, отмечал Аристотель, имеется три элемента: первый — законосовещательный орган о делах государства, второй — магистратуры, третий — судебные органы. Эти три элемента, по его оценке, составляют основу каждого государства, так что само различие государственного строя обусловлено различной организацией каждого из этих элементов.

При всей своей значимости эти мысли Аристотеля, однако, еще не содержат концепции разделения властей в духе теории правового государства, в плане которой было бы принципиально важно показать, что различие отдельных форм государственного строя обусловлено не только различной организацией каждого из названных им элементов, но и (что весьма существенно именно для теории и практики правового государства) характером отношений между этими элементами, формой их взаимосвязей, способом разграничения их правомочий, мерой их соучастия в реализации всей совокупности властных правомочий государства в целом.

Для последующей теории разделения властей (в плане теоретических истоков, преемственности в истории политической мысли и т.д.), скорее, значимы те положения древнегреческих мыслителей, где речь идет о различении “правильных” (с господством законов) и “неправильных” (произвольных) форм правления и о “смешанной” форме правления, преимущество которой видится им в сочетании достоинств различных

простых “правильных” форм правления. Причем принципы простых форм правления объединяются в рамках одной (“смешанной”) формы по сути дела в качестве различных начал властвования, верная комбинация и надлежащее соотношение которых обеспечивают, по мысли античных авторов, не только стабильность политического строя, но и его соответствие требованиям права — справедливую меру и разумную форму участия всех основных слоев свободного населения (демоса, богатых, знатных) в государственной жизни и отправлении общегосударственных функций.

Таким образом, нечто аналогичное тому, что по теории разделения властей достигается посредством надлежащего распределения единой власти среди различных слоев, классов и органов, в рамках античной концепции смешанного правления осуществляется путем сочетания в некое единство принципов разных форм правления.

Значительной развитостью с точки зрения теории разделения властей отличается концепция смешанного правления в разработке **Полибия** (210—128 гг. до н.э.). Отмечая наличие смешанного правления в Спарте, Карфагене и Риме, он выделяет такое преимущество этой формы, как взаимное сдерживание и противодействие друг другу ее различных составных элементов, что в целом позволяет достичь надлежащей стабильной организации политического строя. Это — одна из важных идей также и теории разделения властей.

В своей “Всеобщей истории” (VI, 4—10) Полибий характеризует порядок зарождения и смены шести основных форм государства (царской власти, тирании, аристократии, олигархии, демократии и охлократии) как естественный процесс, совершающийся по “закону природы”.

Наиболее совершенной формой правления, согласно Полибию, является такая, в которой соединяются особенности царской власти, аристократии и демократии.

Главное преимущество такой смешанной формы правления Полибий видит в обеспечении надлежащей устойчивости государства, предотвращающей переход к извращенным формам правления — к тирании, олигархии и охлократии. Первым, кто уяснил это и организовал смешанное правление, был, по мнению Полибия, спартанский законодатель Ликург: он “установил форму правления не простую и не единообразную, но соединил в ней вместе все преимущества наилучших форм правления, дабы ни одна из них не развивалась сверх меры и через то не извращалась в родственную ей обратную форму, дабы все они сдерживались в проявлении свойств вза-

имным противодействием и ни одна не тянула бы в свою сторону, не перевешивала бы прочих, дабы таким образом государство неизменно пребывало бы в состоянии равномерного колебания и равновесия, наподобие идущего против ветра корабля” (Полибий. Всеобщая история, VI, 10).

Применительно к своему времени Полибий отмечает, что наилучшим государственным устройством отличается римское государство, в котором он выделяет три власти: власть консулов, власть сената и власть народа, выражающих соответственно царское, аристократическое и демократическое начала. “В самом деле, — поясняет Полибий (Всеобщая история, VI, 11), — если мы сосредоточим внимание на власти консулов, государство покажется вполне монархическим и царским, если на сенате — аристократическим, если, наконец, кто-либо примет во внимание только положение народа, он наверное признает римское государство демократией”.

Характеризуя распределение государственных полномочий в Риме между тремя властями, Полибий рассматривает те стоявшие политические процедуры и способы, с помощью которых отдельные власти могут при необходимости мешать друг другу или, наоборот, оказывать взаимную поддержку и содействие. При этом он отмечает, что возможные претензии одной власти на несоответствующее ей большее значение встречают надлежащее противодействие других властей, и в целом римское государство сохраняет свою стабильность и прочность.

Легко заметить, что при всех исторических и социально-политических различиях между античной концепцией смешанного правления и последующей теорией разделения властей у них есть и существенно важные общие моменты. Так, в смешанной форме правления (особенно четко у Полибия) полномочия представителей различных форм правления, как и полномочия различных властей в теории разделения властей, не сливаются в одно единое начало и не теряют своей специфики и особенностей, а остаются разделенными и относительно самостоятельными, взаимодействуют, сочетаются и сосуществуют, взаимно сдерживая и уравновешивая друг друга в рамках стабильного целого — государственного строя. Цель в обоих случаях одна — формирование такой конструкции государственной власти, при которой полномочия правления не сосредоточены в одном центре (начале), не сконцентрированы у одного органа (одной из властей), а справедливо распределены (в виде сфер ведения и полномочий разных властей) между **различными**

взаимно сдерживающими, противодействующими и уравновешивающими началами — составными частями общегосударственной власти.

Правовой подход к государству (его правовое понимание и толкование) был существенно развит и углублен в творчестве римских авторов.

Большим достижением в этом плане была естественноправовая трактовка Цицероном государства как согласованного правового общения людей и “общего правопорядка” (О государстве, I, XXXII, 49).

Из концепции Цицерона вытекает необходимость соответствия законов государства требованиям естественного права. Только такие законы справедливы. Что же касается несправедливых законов, то они “заслуживают названия закона не больше, чем решения, с общего согласия принятые разбойниками” (Цицерон. О законах, II, 13). Законами следует установить “не только для магистратов меру их власти, но и для граждан меру их повиновения” (Цицерон. О законах, III, 5). Он формулирует важный государственно-правовой принцип: “Под действие закона должны подпадать все” (Цицерон. О законах, III, 17).

Правовое равенство граждан, по мысли Цицерона, достижимо лишь при смешанной форме государства, образуемой из элементов царского правления, аристократии и демократии. “Ибо, — замечает он, — желательно, чтобы в государстве было нечто выдающееся и царственное, чтобы одна часть власти была уделена и вручена авторитету первенствующих людей, а некоторые дела были предоставлены суждению и воле народа” (Цицерон. О государстве, I, XV, 69).

Цицерон отмечает опасность крена в сторону того или иного начала смешанной формы государства и выступает за их взаимное равновесие путем “равномерного распределения прав, обязанностей и полномочий” между ними (Цицерон. О государстве, II, XXXIII, 57).

Реальность и действенность государства как дела народа и общего правопорядка, по мысли Цицерона, во многом зависят от политической и правовой активности всего населения. В этой связи он подчеркивал, что “при защите свободы граждан нет частных лиц” (Цицерон. О государстве, II, XXV, 46). Ведь свобода гражданина — это его права, т.е. основная часть общего правопорядка, всей государственности.

Существенное значение для развития правового подхода к государству и исследования его правового характера имело деление римскими юристами права на частное и публичное.

Публично-правовая трактовка государства содействовала юридизации понятия государства и углубляла понимание его правовой природы.

2. Политико-правовая мысль средневековья

Идеи и конструкции античных авторов получили свое дальнейшее развитие в творчестве мыслителей европейского средневековья и Нового времени.

Также и применительно к истории идей правовой государственности средневековье не было пустым, потерянным временем. Напротив, средневековая политико-правовая мысль (средневековая юриспруденция, политическая наука, философия, теология) сыграла важную связующую роль между идеями античности и Нового времени, в том числе и в плане теоретической подготовки основ для последующих учений о неотчуждаемых естественных правах человека, о разделении властей, представительной системе и правовой государственности вообще.

Показательны в этом смысле политико-правовые воззрения такого авторитетного представителя средневековой теологии, как **Фома Аквинский** (1225—1274). В новых условиях он с христианских позиций развивал ряд политико-правовых идей античных авторов и прежде всего Аристотеля (о политической природе человека, о политической форме правления и т.д.) и римских юристов (о естественноправовой справедливости и т.д.).

Естественный закон, согласно Фоме Аквинскому, помимо стремления к самосохранению и продолжению рода, поисков истины и истинного Бога требует также признания и уважения достоинства человека как разумного существа, созданного Творцом по своему образу и подобию. Это высказанное Фомой Аквинским положение о *достоинстве человека* (и достоинстве человеческой личности), будучи фундаментальным принципом христианского гуманизма, в политико-правовом плане является одной из первых формулировок идеи неотчуждаемого естественного права человека. Отсюда следует, что государство и человеческий (позитивный) закон должны признавать и уважать достоинство человека. В соответствии с этим государство как политическая форма выражения общего блага призвано, согласно Фоме Аквинскому, обеспечить для людей достойные условия жизни, т.е. условия, соответствующие достоинству человека.

Используя положения Аристотеля и ряда других античных

мыслителей, Фома Аквинский проводит различие между абсолютной монархией и политической монархией. Достоинства политической монархии он видит в том, что эта форма правления в наилучшей форме выражает требования общего блага, уважения достоинства человека и осуществления власти на основе закона, обязательного и для самого монарха. Кроме того, в политической монархии власть монарха ограничена условно-представительным органом.

В духе античных авторов Фома Аквинский противопоставляет монархию (и абсолютную, и политическую) тиранию и признает право народа (с согласия церкви) на насильственное свержение тиранической власти. В этом признаваемом Фомой Аквинским (правда, с определенными церковно-религиозными оговорками и условиями) праве народа на восстание против тирании присутствует (хотя и в теологически приглушенной форме) идея народного суверенитета.

Более отчетливо в эту эпоху суверенитет народа в своем светском учении о государстве и праве признавал и защищал **Марсилий Падуанский** (1275—1343). Народ, согласно Марсилию, — это источник всякой власти (и светской, и духовной), носитель суверенитета и верховный законодатель. Правда, под “народом” он имел в виду лучшую, просвещенную часть общества, которая печется об общем благе.

Одним из первых в истории политической мысли Марсилий Падуанский в работе “Защитник мира” обосновывает концепцию разделения в государстве законодательной и исполнительной властей на основе верховенства законодательной власти и связанности исполнительной власти обязательным для всех законом.

На идею народного суверенитета опирается и выдвинутый Марсилием демократический принцип выборности всех должностных лиц и государственных институтов, включая и монарха. Причем избирательную монархию он считал более совершенной формой правления, чем наследственная монархия.

Значительный вклад в углубление юридического понимания и толкования (с позиций естественного права) государства и действующего позитивного права внесли **средневековые юристы** (Г. Брэктон, Р. Луллий, Балдус и др.). Так, обосновывая приоритет (и верховенство) естественного права перед государством (и государственной властью), юрист Балдус утверждал, что естественное право сильнее принципата, т.е. власти правителя: “*potius est ius naturale quam principatus*”¹.

¹ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 198.

3. Концепции Нового и Новейшего времени

Идеи правовой государственности в Новое время развивались в русле достижений предшествующей политико-правовой мысли и прежде всего естественноправовых представлений о свободе и правах человека, о приоритете естественного права перед позитивным правом и государством, о правовых формах и пределах осуществления государственной власти, о разграничении властных правомочий различных органов государства и т.д.

В эпоху перехода от феодализма к капитализму решающее значение приобретают проблемы политической власти и ее формальной равной для всех правовой организации в виде упорядоченной системы отдельных государственных властей, соответствующей новому соотношению социально-классовых и политических сил и вместе с тем исключая монополизацию власти в руках одного лица, органа или союза. Юридическое мировоззрение нового восходящего класса требовало утверждения новых представлений о свободе человека посредством режима господства права и в частных, и в публично-политических (государственно-властных) отношениях.

Ряд положений, существенных для теории и практики правовой государственности, был обоснован английским мыслителем **Дж. Локком** (1632—1704). В его трактатке идея господства права предстает в виде государства, в котором верховенствует гражданский закон, соответствующий вечному и всеобъемлющему закону природы. В таком государстве провозглашены постоянные (конституционные) законы, признаются неотчуждаемые естественные права и свободы индивида, осуществлено разделение властей на законодательную, исполнительную (куда он включал и судебную власть) и федеративную (внешнюю исполнительную власть). Подобное государство, обеспечивающее жизнь, свободу и собственность людей, он противопоставляет деспотической власти. Государственная власть ограничена общественным благом.

Опираясь на идеи народного суверенитета и общественного договора, образующих правовую основу и источник государственности, Локк выступил с обоснованием “доктрины законности сопротивления всяким незаконным проявлениям власти”¹.

К Локку восходят и многие положения классической либеральной доктрины прав и свобод индивида в условиях правовой

государственности. “Свобода людей, находящихся под властью правительства, — отмечал он, — заключается в том, чтобы иметь постоянное правило для жизни, общее для каждого в этом обществе и установленное законодательной властью, созданной в нем; это — свобода следовать моему собственному желанию во всех случаях, когда этого не запрещает закон, и не быть зависимым от постоянной, неопределенной, неизвестной самовластной воли другого человека”¹.

Обоснованный Локком правовой принцип индивидуальной свободы лишь словесно несколько расходится с последующей, ставшей актуальной и для нас, формулой: “разрешено все, что не запрещено законом”.

Концепция разделения властей получила свою последовательную и систематическую разработку в творчестве французского юриста **Ш.Л. Монтескье** (1689—1755). Различая в каждом государстве три рода власти — законодательную, исполнительную и судебную, — он отмечает, что для предотвращения злоупотреблений властью необходим такой порядок вещей, при котором различные власти могли бы взаимно сдерживать друг друга. “Если, — замечает он в сочинении “О духе законов”, — власть законодательная и исполнительная будут соединены в одном лице или учреждении, то свободы не будет, так как можно опасаться, что этот монарх или сенат станет создавать тиранические законы для того, чтобы также тиранически применять их. Не будет свободы и в том случае, если судебная власть не отделена от власти законодательной и исполнительной. Если она соединена с законодательной властью, то жизнь и свобода граждан окажутся во власти произвола, ибо судья будет законодателем. Если судебная власть соединена с исполнительной, то судья получает возможность стать угнетателем. Все погибло бы, если бы в одном и том же лице или учреждении, составленном из сановников, из дворян или простых людей, были соединены эти три власти: власть создавать законы, власть приводить в исполнение постановления общегосударственного характера и власть судить преступления или тяжбы частных лиц”².

Разделение и взаимное сдерживание властей являются, согласно Монтескье, главным условием для обеспечения **политической свободы в ее отношении к государственному устройству**. При этом он подчеркивает, что политическая свобода

¹ Локк Дж. Избранные философские произведения. Т. II. С. 16—17.

² Монтескье Ш.Л. Избранные произведения. М., 1955. С. 290—291.

¹ Локк Дж. Избранные философские произведения. Т. II. М., 1960. С. 116.

да состоит не в том, чтобы делать то, что хочется. “В государстве, т.е. в обществе, где есть законы, свобода может заключаться лишь в том, чтобы иметь возможность делать то, чего должно хотеть, а не быть принуждаемым делать то, чего не должно хотеть... Свобода есть право делать все, что дозволено законами. Если бы гражданин мог делать то, что этими законами запрещается, то у него не было бы свободы, так как то же самое могли бы делать и прочие граждане”¹.

Другой аспект свободы, на который обращает внимание Монтескье, — это **политическая свобода в ее отношении к отдельному гражданину**. В этом втором аспекте политическая свобода заключается в безопасности гражданина. Рассматривая средства обеспечения такой безопасности, Монтескье придает особое значение доброкачественности уголовных законов и судопроизводства. “Если не ограждена невиновность граждан, то не ограждена и свобода. Сведения о наилучших правилах, которыми следует руководствоваться при уголовном судопроизводстве, важнее для человечества всего прочего в мире. Эти сведения уже приобретены в некоторых странах и должны быть усвоены прочими”².

Идеи Локка и Монтескье, и прежде всего о разделении властей и обеспечении прав и свобод граждан, оказали заметное влияние не только на последующие теоретические представления о правовой государственности, но и на раннебуржуазное конституционное законодательство и государственно-правовую практику.

Существенный вклад в развитие теории и практики правовой государственности внесли (под заметным влиянием идей Дж. Локка и Ш.Л. Монтескье) и такие деятели американской революции, как **Т. Джефферсон, Т. Пейн, А. Гамильтон, Дж. Адамс, Дж. Мэдисон** и др.

Идеи правового государства уже в конце XVIII в. нашли свое закрепление в таких официальных актах, как Декларация независимости США (1776), Конституция США 1787 г., французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г.

Примечательна в этой связи, в частности, статья 16 французской Декларации 1789 г., которая гласит: “Общество, где не обеспечена гарантия прав и не проведено разделение властей, не имеет Конституции”³. Большой интерес в плане нашей темы

представляет и статья 5 этой Декларации: “Закон может воспрещать лишь деяния, вредные для общества. Все же, что не воспрещено законом, то дозволено, и никто не может быть принуждаем к действию, не предписываемому законом”¹. Это первое законодательное закрепление данного правового принципа; причем в приведенном тексте французской Декларации соединены идеи Локка и Монтескье.

С глубоким философским обоснованием либеральной теории правового государства в конце XVIII в. выступил **И. Кант**. “Государство, — отмечал он, — это объединение множества людей, подчиненных правовым законам”².

Благо государства, по Канту, состоит в высшей степени согласованности государственного устройства с правовыми принципами, и стремиться к такой согласованности нас обязывает разум через категорический императив. Этот **категорический императив разума в сфере права** выступает в виде требования всеобщего закона, гласящего: “Поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом”³. Смысл требований категорического императива в сфере государственности предстает у Канта как необходимость правовой организации государства с разделением властей (законодательной, исполнительной и судебной). В соответствии с наличием или отсутствием принципа разделения властей Кант различает и противопоставляет две формы правления: республику (это и есть по существу правовое государство) и деспотию.

Характеризуя различные власти, Кант подчеркивал, что правосудие должно осуществляться избранным народом судом присяжных. Определяющее значение в его теории, исходившей из идеи народного суверенитета, придается разграничению законодательной и исполнительной властей. “Республиканизм — писал он, — есть государственный принцип отделения исполнительной власти (правительства) от законодательной; деспотизм — принцип самовластного исполнения государственных законов, данных им самим; стало быть, публичная воля выступает в качестве частной воли правителя”⁴. Применительно к законодателю Кант формулирует следующий ограничи-

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. С. 208.

² Кант И. Соч. Т. 4, ч. II. С. 233. Под “правовым законом” Кант имеет в виду законы государства (позитивное право) в отличие от моральных законов.

³ Там же. С. 140.

⁴ Кант И. Соч. Т. 6. С. 269.

¹ Монтескье Ш.Л. Избранные произведения. С. 289.

² Там же. С. 318.

³ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 209.

тельный принцип его деятельности: то, чего народ не может решить относительно самого себя, того и законодатель не может решить относительно народа.

Правовое государство (республика) выступает в трактовке Канта не как эмпирическая реальность, а как та идеально-теоретическая конструкция (модель), которой следует руководствоваться как требованием разума и целью наших усилий в практической организации общественной и государственно-правовой жизни.

Если у Канта правовое государство — это должностное, то у Гегеля оно — действительность, т.е. практическая реализованность разума в определенных формах обыденного существования людей. Действительность (включая и государственно-правовую действительность), по Гегелю, разумна, а разумное — действительно. Такую разумную (правовую, свободную) действительность он называет идеей права, которую не следует смешивать с идеалом.

В XX веке многие либеральные авторы выступили против гегелевской философии права и государства как одного из теоретических оснований идеологии и практики фашизма, национал-социализма и вообще всех разновидностей современного деспотизма и тоталитаризма. Однако подлинное содержание гегелевской концепции правового государства свидетельствует об ошибочности и несостоятельности подобных обвинений.

Человек не рождается от природы свободным, как считал Руссо. Человек, по Гегелю, свободен именно как духовное существо. Свобода людей и государственно-правовых форм их жизни — продукт длительного исторического развития, в процессе которого человек формирует себя самого в качестве свободной сущности и свой мир свободы, права и государства.

Право, по Гегелю, — это действительность свободы (или, иначе говоря, — идея свободы), “наличное бытие свободной воли”¹. Государство, согласно Гегелю, — это тоже право, а именно — конкретное право, т.е. по диалектической трактовке наиболее развитое и содержательно богатое право, вся система права, включающая в себя признание всех остальных, более абстрактных прав — прав личности, семьи и общества.

В этой диалектической иерархии прав государство как наиболее конкретное право стоит на вершине правовой пирамиды. С этим связано гегелевское возвышение государства над индивидами и обществом, восхваление государства и чуть ли не его обожествление как “шестивия Бога в мире”². Все это подтверж-

дает, что Гегель — этатист (государственник). Но Гегель — правовой этатист, он обосновывает, восхваляет и обожествляет именно правовое государство, он подчиняет (не отрицая их!) права индивидов и общества государству не как аппарату насилия, а как более высокому праву — всей системе права. А “система права есть царство осуществленной свободы”¹. Иными словами, Гегель философски восхваляет государство как наиболее развитую действительность свободы и права.

В конкретно-историческом плане Гегель как мыслитель начала XIX в. считал, что идея свободы достигла наибольшего практического осуществления именно в конституционной монархии, основанной на принципе разделения властей (государя, правительства и законодательной власти). Надлежащее разделение властей в государстве Гегель считал “гарантией публичной свободы”². С этих позиций он резко критиковал деспотизм — “состояние беззакония, в котором особенная воля как таковая, будь то воля монарха или народа (охлократия), имеет силу закона или, вернее, действует вместо закона”³.

В целом вся гегелевская конструкция правового государства прямо и однозначно направлена против произвола, бесправия и вообще всех внеправовых форм применения силы со стороны частных лиц и государственных властей. Гегелевский этатизм радикально отличается от тоталитаризма всякого толка, который видит в организованном государстве и правопорядке своих прямых врагов и стремится вообще подменить правовой закон — произвольно-приказным законодательством, а государственность — своим особым властно-политическим механизмом. И в гегелевском этатизме правомерно видеть не идеологическую подготовку тоталитаризма, а авторитетное философское предупреждение о его опасностях. Ведь тоталитаризм XX в., рассмотренный с позиций гегелевской философии государства и права, — это антиправовая и антигосударственная форма организации политической власти, рецидив механизма насилия деспотического толка, правда, в исторически новых условиях и с новыми возможностями, целями и средствами.

Осмысление гегелевской концепции государства в контексте опыта и знаний XX века о тоталитаризме позволяет понять враждебную и взаимоисключающую противоположность между государственностью и тоталитаризмом. В этом смысле можно уверенно сказать: **этатизм против тоталитаризма.**

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 89.

² Там же. С. 284.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. С. 67.

² Там же. С. 309.

³ Там же. С. 318.

4. Легистские трактовки правового государства

При освещении истории учений о правовой государственности необходимо остановиться и на таком теоретически и практически влиятельном направлении в подходе к этой теме, как легистские (позитивистские) концепции правового государства. Это направление в XIX и XX вв. представлено различными течениями и вариантами так называемого “юридического позитивизма”. К его известным приверженцам относятся, в частности, К. Гербер, А. Дайси, Г. Еллинек, Р. Иеринг, Н.И. Коркунов, П. Лабанд, А. Эсмен и др. Суть их позитивистских концепций правового ограничения государства (при всех имеющихся между ними различиях) состоит в попытке создать ту или иную конструкцию **самоограничения государства им же самим созданным позитивным правом**. При этом отрицается различие права и закона, и право сводится к установленным и защищаемым государством нормам (нормам закона, подзаконных нормативных актов и т.д.).

Такой тип понимания права и государства и связей между ними восходит во многом к **Т. Гоббсу** (1588—1679), идеологу “государства-Левиафана”, который утверждал, что “правовая сила закона состоит только в том, что он является приказанием суверена”¹. Это же буквально повторяют и представители разных течений позитивизма: “всякое право есть команда, приказ (**Дж. Остин**)²; “всякая норма права — приказ” (**Г.Ф. Шершеневич**)³ и т.д. Государство — та сила и тот первоисточник, который своим приказом порождает право, создавая при помощи своих актов из неправда право. Для приверженцев этого подхода **все, что приказывает власть, есть право**. И только это есть право. Эта позиция, по существу, игнорирует реальное различие между правом и произволом, свободой и насилием: очевидный произвол, насилие и зло, санкционируемые властями в той или иной форме (закона, указа, рескрипта, постановления, инструкции, циркуляра и т.п.), автоматически становятся правом.

Права и свободы личности, общественных союзов и общества в целом с позиций такого подхода лишаются объективного и самостоятельного смысла и оказываются октроированными, дарованными сверху “благами” — по прихоти и усмотрению

¹ Гоббс Т. Левиафан. М., 1936. С. 214.

² Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. L., 1873. P. 89.

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 281.

властвующих; так же произвольно эти “блага” могут отбираться обратно.

Внутренняя противоречивость и несостоятельность различных юридико-позитивистских конструкций правового государства очевидны. С одной стороны, государство в виде силы, произвольно творящей право, возвышают над правом, а с другой стороны, в самом этом произвольном праве усматривают средство для ограничения, обуздания и “связывания” произвольной силы его собственного творца (т.е. государства), причем реализация этого благопожелания зависит опять-таки от прихоти самой власти, ее “самоограничения”. Возможность нового произвола со стороны государства, следовательно, пытаются предотвратить его “связанностью” со своим старым произволом. Кроме того, уверяют, что произвол действий властей можно удержать в границах произвола их нормативных установлений. Одни формы произвола должны по этой легистской логике пресечь другие его проявления. Гарантии против произвола, таким образом, в самом произволе!

Позитивистские концепции правовой государственности вращаются в порочном кругу тавтологии произвола, где сила определяет, что есть право, и вместе с тем сама определяется и ограничивается правом, т.е. тем, что зависит от ее собственного произвола.

Пороки старого позитивизма в XX в. пытался преодолеть неопозитивист **Г. Кельзен**. Согласно его нормативистскому “чистому учению о праве”, “всякое государство и есть *правовое государство*”¹. При этом под “правом” имеется в виду именно позитивное право (закон). “С точки зрения последовательного правового позитивизма, — подчеркивал Кельзен, — право, как и государство, не может быть понято иначе, нежели как принудительный порядок человеческого поведения, что само по себе еще никак не характеризует его с точки зрения морали или справедливости. Тогда государство может быть понято в “юридическом смысле” не в большей и не в меньшей мере, чем само право”².

В концепциях представителей как старого, так и обновленного позитивизма речь, по существу, идет не о правовом государстве, а, скорее, о “государстве законов” или “государстве законности” (как нередко именуют их и сами авторы соответствующих конструкций). Причем этим законам и законно-

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 146.

² Там же. С. 153—154.

сти, как и соответствующему государству, не хватает как раз главного — объективного критерия их правомерности и правового характера, их отличия от форм произвола и несвободы. Между тем теоретически ясно, и практика это убедительно подтверждает, что законы могут исполняться и в том случае, когда они вместе с установившим их государством носят антигуманный, деспотический, террористический, словом, антиправовой характер. Какой толк от таких законов, законности и “правопорядка”, которые легализуют произвол властей и бесправие подвластных?

У представителей старого и нового позитивизма нет и, по существу, не может быть убедительных ответов на подобные вопросы теории и практики.

5. Либертарно-юридическая концепция правового государства

История учений о правовой государственности — богатый арсенал идей и концепций, без знания которых, учета их сильных и слабых сторон, достоинств и недостатков невозможна сколько-нибудь серьезная современная теоретическая разработка проблем правового государства.

Опыт политико-правовой мысли свидетельствует о том, что **правовое государство** — как специальная конструкция (модель) правовой организации публично-политической (государственной) власти и особая форма правовых взаимосвязей между индивидами, обществом и государством — означает официальное признание, закрепление и соблюдение как минимум следующих трех положений: 1) приращенных и неотчуждаемых (естественных) прав и свобод человека (помимо соответствующих прав и свобод гражданина); 2) верховенства правового закона; 3) правовой организации самой системы государственной власти на основе принципа разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную.

Эти три компонента правового государства (гуманитарно-правовой, нормативно-правовой и институционально-правовой) тесно взаимосвязаны, предполагают друг друга и представляют собой лишь различные аспекты господства права в различных сферах жизни людей.

Так, без надлежащей организации государственной власти, должного разграничения задач, функций и полномочий различных органов власти, определенного порядка их взаимоотношений и т.д. не может быть ни господства права, ни пра-

вовых законов, ни тем более их верховенства. С другой стороны, без соответствия праву и соблюдения требований правового закона невозможна сама организация системы власти правового государства. А без этого невозможна и реализация прав и свобод человека.

Для правового государства, конечно, необходимо, но далеко не достаточно, чтобы все, в том числе и само государство, соблюдали законы. Необходимо, чтобы эти законы были правовыми, чтобы законы соответствовали требованиям права как всеобщей, необходимой формы и равной меры (нормы) свободы индивидов. Для этого необходимо такое государство, которое исходило бы из принципов права при формулировании своих законов, проведении их в жизнь, да и вообще в процессе осуществления всех иных своих функций. Но все это возможно лишь в том случае, если организация всей системы политической власти осуществлена на правовых началах и соответствует требованиям права. Таким образом, правовое государство предполагает взаимообуславливающее и взаимодополняющее единство господства права и правовой формы организации политической власти, в условиях которого признаются и защищаются права и свободы человека и гражданина.

В целом правовое государство — это особая форма правовой организации и деятельности публично-политической власти и ее взаимоотношений с индивидами как субъектами права, носителями прав и свобод человека и гражданина.

Согласно либертарно-юридическому пониманию государства как правового явления и института, **любое государство** — это **правовое государство** в том смысле, что всякое государство (в отличие от деспотизма, деспотического типа и формы правления) представляет собой правовую организацию публично-политической власти свободных (т.е. одновременно правосубъектных и государством субъектных) индивидов. Именно поэтому всякое государство (независимо от типа и степени его социально-исторической развитости) — это необходимая форма выражения, бытия и осуществления свободы людей.

Тем самым эта либертарно-юридическая трактовка любого государства как правового государства принципиально отличается от словесно одинаково звучащей кельзеновской характеристики, поскольку под “правом” в нашей трактовке имеется в виду не любое произвольное установление (приказ) официальной власти (как у Кельзена и других легистов), а право в его различии и соотношении с законом (позитивным правом), право как отрицание произвола, как принцип формального равенства в его нормативной (правовой закон) и ин-

ституционально-властной (правовое государство) конкретизации и выражении.

Правовое же государство в его современном общераспространенном смысле — это, как мы уже неоднократно отмечали, **специальная государственно-правовая конструкция новейшего времени**, особая (соответствующая условиям и потребностям гражданского общества) модель реализации идеи господства права в публично-политической сфере, специальная, новая форма (и новый тип) развитой правовой организации публично-политической власти свободных индивидов как официально признанных субъектов прирожденных и неотчуждаемых (естественных) прав человека и одновременно субъектов прав и свобод гражданина. Отличительными свойствами такого правового государства как специальной государственно-правовой конструкции и нового типа государства являются отмеченные выше компоненты: гуманитарно-правовой (официально закрепленные прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека); нормативно-правовой (верховенство правового закона) и институционально-правовой (или организационно-правовой — разделение властей на законодательную, исполнительную и судебную).

Подобная специальная государственно-правовая конструкция (т.е. современное правовое государство) предполагает современный уровень в прогрессе свободы людей и соответствующую степень развитости гражданского общества, права и государства. Без такой исходной базы развитой свободы во всех сферах жизни индивидов того или иного социума (народа) невозможны и сознательная разработка, конституционно-правовое закрепление и практическая реализация надлежащей (подходящей для данного народа и общества) модели правового государства.

Правовое государство и правовой закон, как и государство и право вообще, — не самоцель, а социально-исторически обусловленные всеобщие формы выражения, организации, упорядочения и реализации защиты прав и свобод человека и гражданина. Содержание и характер этой (выражаемой в государственно-правовых формах) свободы, ее широта и объем, ее субъектная и объектная структуры (субъекты и сферы свободы) и т.д., словом, ее количество и качество определяются достигнутым уровнем социально-исторического развития людей. Свобода относительна в смысле ее фактической незавершенности, исторического изменения и развития ее содержания и т.д., но она абсолютна как высшая ценность и принцип и поэтому может служить критерием общечивилизационного и общечеловеческого прогресса.

6. Формирование и развитие идей о правах и свободах человека

Существенное влияние на весь процесс формирования и развития представлений о правовом государстве оказали идеи о правах и свободах человека, их прирожденном и неотчуждаемом характере.

Современное понимание смысла и значения прав и свобод человека как существенного компонента правового государства — при всей своей новизне и особенностях, обусловленных современным уровнем и характером мировой цивилизации, — опирается на богатый предшествующий опыт человечества, и прежде всего в области правовых форм организации общественной и политической жизни людей, на историю формирования и развития идей и институтов о правах и свободах человека.

Теория и практика прав и свобод человека имеют долгую и поучительную историю. Значительными вехами на этом историческом пути являются, в частности, Декларация независимости США (1776 г.), французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г., Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г., другие международно-правовые документы о правах человека в современном мире.

Права человека — явление социально-историческое. Не отрицая большой новизны, специфики и богатства содержания современных развитых представлений о правах человека, следует вместе с тем иметь в виду и момент исторической преемственности этих представлений с предшествующими правовыми воззрениями на человека как участника социальной жизни. Как реально-исторически, так и теоретически (логически) каждая исторически данная система права включала и включает в себя (явно или латентно) определенную юридическую концепцию человека как субъекта права и соответствующие представления о его правах и обязанностях, его свободе и несвободе. В этом смысле история права и правовых учений — это вместе с тем и история формирования и эволюции представлений о правах человека — от примитивных и неразвитых до современных.

Право вообще и права человека — это не различные (по своей сути, функциям и назначению) феномены, ведущие независимую друг от друга жизнь, а явления принципиально одного порядка и одного типа. Права человека (в тех или иных

формах и объемах их бытия и выражения) — это необходимый, неотъемлемый и неизбежный компонент всякого права, определенный (а именно — субъектно-человеческий) аспект выражения сущности права как всеобщей и необходимой формы свободы людей. Право без прав человека так же невозможно, как и права человека без и вне права.

Всеобщность правовой формы свободы людей относительна, поскольку ограничивается лишь субъектами отношений, регулируемых правом и опосредуемых правовой формой. Как состав участников, так и круг правовой формы отношений исторически изменчив и отражает социально-историческую эволюцию от деления людей на свободных и несвободных до признания формального равенства и свободы всех, а затем и официального закрепления в общеобязательных государственных актах (начиная с Декларации независимости США 1776 г.) естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека.

На различных ступенях исторической эволюции идей и институтов о правах человека (вплоть до раздвоения человека на частное лицо и публично-политическое лицо — гражданина) мы имеем дело с тем или иным вариантом (и набором) прав **привилегированного человека**. Последним типом такого привилегированного человека в этом историческом ряду является гражданин (человек как член государства), а последней формой прав привилегированного человека — **права гражданина** (в их соотношении с правами человека).

История прав человека — это история прогрессирующего расширения правового признания в качестве человека тех или иных людей для того или иного круга отношений, история обогащения и распространения принципа правового равенства на все более широкий круг людей и отношений.

Великая идея естественноправового равенства и свободы всех людей была высказана уже античными мыслителями (софистами, Платоном, Аристотелем, стоиками, римскими юристами).

Одна из ранних страниц распространения идеи прав человека на женщину связана с платоновской концепцией идеального строя, где женщины равноправны с мужчинами (правда, они не допускаются в число высших правителей). В формировании представлений о правах человека следует упомянуть и аристотелевскую защиту прав индивида (особенно в вопросах частной собственности индивидуальной семьи).

Интернационализация и универсализация идеи равноправия всех людей, независимо от их национальной, социальной и государственной принадлежности, связана с усилиями гре-

ческих и римских **стоиков (от Зенона до Сенеки)**, благодаря которым идея равенства людей как сограждан единого космополитического государства (в сочетании с критикой рабства) была выведена за узкополюсные и этнические рамки и распространена на всех представителей человеческого рода.

На новой основе идея всеобщего равенства и свободы людей была развита идеологами **христианства**.

В средние века вместо прежней поляризации между правосубъектностью свободного и бесправием раба складывается более разветвленная и детализированная структура права и правового общения. Принцип правового равенства стал распространяться на более широкий (чем ранее) круг людей и отношений, правда, в их сословной дифференциации и ограниченности. Права человека на этой исторической ступени остаются различными по содержанию и объему правами-привилегиями членов разных сословий, сословными правами человека, правами сословного человека.

Идея всеобщего равенства людей не заглохла в средние века; она продолжала развиваться с различных позиций, в разных формах и направлениях (например в творчестве религиозных авторов, идеологов средневековых ересей, в работах средневековых юристов и т.д.).

Практическое выражение этой идеи в правовых актах того времени неизбежно носило сословно-ограниченный характер и представляло собой закрепление сословных прав и свобод (вольностей). Вместе с тем это было исторически перспективное направление, оказавшее влияние на формирование последующих концепций и юридических конструкций прав и свобод человека, вплоть до современных представлений о правах человека. И с точки зрения истории прав человека следует отметить определенную содержательную связь, логику преемственности и момент развития в цепочке таких, в частности, актов, как английские Великая Хартия Вольностей (1215 г.), Петиция о праве (1628 г.), Habeas Corpus Act (1679 г.), Билль о правах (1689 г.); американские Декларация прав Виргинии (12 июня 1776 г.), Декларация независимости Соединенных Штатов Америки (4 июля 1776 г.), Конституция США (1787 г.), Билль о правах (1789—1791 гг.); французская Декларация прав человека и гражданина (1789 г.), современные пакты о правах человека.

Уже на материале перечисленных правовых документов можно увидеть пути и логику формирования юридических норм, институтов и конструкций в области прав и свобод человека, утверждение этих норм и институтов первоначально в

сословно-ограниченном варианте, последующее развитие первичной модели, обогащение ее содержания, постепенное распространение ее (в той или иной модификации и модернизации) на другие социальные слои и страны, наконец, признание универсального характера прав человека современным мировым сообществом и проистекающие отсюда международно-правовые (в сочетании с межгосударственными) возможности, формы и средства для их утверждения во всех государствах и национально-правовых системах.

Во всем этом процессе постепенной универсализации (сперва на внутригосударственном, затем и на международном уровнях) положений о правах человека существенную роль сыграли представления о **прирожденных и неотчуждаемых естественных правах человека**, которые, сохраняясь и в условиях государственности, должны быть признаны и гарантированы публичными властями и законами.

В Новое время рационалистическая теория неотчуждаемых естественных прав человека была разработана в трудах Г. Гроция, Б. Спинозы, Дж. Локка, Ш.Л. Монтескье, Т. Джефферсона и других мыслителей.

Важным составным моментом новых представлений о неотчуждаемых естественных правах человека и их соблюдении в государственном состоянии была **концепция общественного договора** как правовой основы деятельности государства и правового характера его взаимоотношений с индивидами. “Государство, — писал Гроций, — есть совершенный союз свободных людей, заключенный ради соблюдения права и общей пользы”¹. С таким пониманием государства, содержащим идею правовой государственности, связано (у Гроция и целого ряда последующих мыслителей) и положение о естественном праве людей оказывать сопротивление насилию властей, нарушающих условия общественного договора.

Развивая естественноправовые воззрения и договорную концепцию государства, Б. Спиноза отмечал, что “цель государства в действительности есть свобода”². Он подчеркивал, что естественное право каждого в гражданском состоянии не прекращается. Полное лишение людей их естественных прав привело бы к тираническому правлению.

Последовательная **либеральная доктрина прав и свобод человека** была разработана Дж. Локком. Каждый человек, пи-

сал он, по закону природы имеет право отстаивать “свою собственность, т.е. свою жизнь, свободу и имущество”¹. Обеспечение этих неотчуждаемых естественных прав человека и является главной целью договорного объединения людей в государство и передачи себя под его власть. Обеспечение неотчуждаемых прав человека в условиях государственности Локк связывал с двумя существенными моментами — разделением властей и правом граждан на “сопротивление всяким незаконным проявлениям власти”².

Эти и сходные идеи о правах и свободах человека постепенно получали официальное признание и закрепление в разного рода декларациях и конституционных актах.

Конечно, от любых деклараций о правах и свободах человека до их реализации — большое расстояние, но история показывает, что без таких деклараций, пролагающих дорогу к цели, до искомой правовой действительности еще дальше. В свое время Кант, один из горячих поборников моральной и правовой свободы человека, господства права во внутренней и международной политике, любил повторять афоризм: “Да свершится справедливость, если даже погибнет мир”. В современную эпоху, когда гибель мира — уже не назидательный оборот речи, а вполне реальная возможность, когда проблема прав человека приобрела глобальное значение и их соблюдение стало пробным камнем и символом справедливости во внутренних и внешних делах всех народов и государств, кантовский афоризм можно перефразировать следующим образом: “**Если справедливость свершится, мир не погибнет**”.

Глава 9. Гражданское общество в постсоветской России

1. Структура и основные компоненты гражданского общества

Постсоциалистические преобразования в стране открыли путь к формированию гражданского общества. Основы такого общества, необходимые его структурные компоненты нашли свое закрепление в Конституции 1993 г.

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1956. С. 74.

² Спиноза Б. Избранные произведения. Т. 2. М., 1957. С. 261.

¹ Локк Дж. Избранные философские произведения. Т. 2. М., 1960. С. 50.

² Там же. С. 116.

Определяющее значение для всего процесса формирования в стране гражданского общества имеют конституционные положения о правах и свободах человека и гражданина, о прирожденном и неотчуждаемом характере основных прав и свобод человека. Без такого **гуманитарного компонента** — свободных, полноправных индивидов — невозможно само возникновение гражданского общества. Конечно, практическое осуществление прав и свобод людей зависит от многих субъективных и объективных факторов, однако, в конечном счете именно усилия свободных индивидов, преследующих свои цели и реализующих свои частные интересы в рамках общего для всех правопорядка, определяют природу, содержание и характер формируемого гражданского общества.

Социальная структура постсоциалистического общества (социальный компонент гражданского общества) находится еще в стадии формирования. Процесс ломки прежних социальных классов, слоев и групп и становления новых еще далек от завершения. Общество во многом атомизировано.

Новая социальная стратификация (формирование новых социальных групп, слоев и классов) идет по имущественному признаку. По этому критерию общество делится на три слоя: 1) незначительный по численности олигархический слой (так называемые “новые русские” — в основном представители банковского капитала, верхушка торгового и промышленного капитала, а также верхний слой бюрократии); 2) основная масса населения (большинство так называемых “бюджетников”, пенсионеры, мелкие предприниматели и т.д.); 3) промежуточный средний слой (предприниматели со средним доходом, основная масса чиновников, верхушка “бюджетников” и т.д.).

В качестве весьма специфической “социальной” группы — по сути своей антисоциальной — можно выделить представителей криминального капитала (организованная преступность, теневая экономика и т.д.), контролирующей около тридцати — сорока процентов всего товарно-денежного оборота.

Подобная стратификация в целом отражает процесс резкой поляризации в обществе и разрыв между малочисленной сверхбогатой верхушкой общества и всем остальным населением. Вместо декларированных идеологами проводимых реформ целей формирования “миллионов собственников”, сильного и многочисленного среднего класса и “народного капитализма” в реальной действительности пока что бурно развивается олигархический и криминальный капитал.

Процессы стратификации протекают во многом стихийно, без заметного направляющего воздействия со стороны государства.

В целом деятельность государства в социальной сфере, несмотря на ряд позитивных тенденций в этой сфере (адресная помощь социально незащищенным слоям, определенная поддержка малого и среднего бизнеса и т.д.), пока еще не соответствует конституционному положению о том, что “Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека” (ч. 1 ст. 7 Конституции).

Экономическая структура общества (экономический компонент гражданского общества) определяется наличием различных форм собственности — частной, государственной, муниципальной и т.д., которые, согласно Конституции (ч. 2 ст. 8) “признаются и защищаются равным образом”. В соответствии с этим за каждым членом общества признается право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

Право частной собственности охраняется законом. Важной гарантией права частной собственности является конституционное положение о том, что “никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда” (ч. 3 ст. 35 Конституции). Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения. Гарантируется также право наследования.

Существенной характеристикой складывающегося экономического строя общества является свобода труда. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. “Принудительный труд запрещен” (ч. 2 ст. 37 Конституции). Конституция (ч. 3—5 ст. 37) закрепляет право каждого на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, право на отдых, право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку.

Духовная жизнь постсоветского общества (духовный компонент гражданского общества) отличается идеологическим многообразием, отсутствием государственной или обязательной идеологии, свободой совести и вероисповедания, свободой мысли и слова, правом каждого на образование, обязательностью основного общего образования, свободой литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, правовой защитой собственности, правом каждого на

пользование учреждениями культуры и на доступ к культурным ценностям.

Согласно Конституции (ст. 14), “Российская Федерация — светское государство. Никакая религия не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной. Религиозные объединения отделены от государства и равны перед законом”.

С духовной жизнью современного общества тесно связан **информационный аспект** жизни общества (информационный компонент гражданского общества).

В основе этой информационной стороны жизни современного общества лежит право каждого “свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом” (ч. 4 ст. 29 Конституции). Конституция гарантирует свободу массовой информации, что включает в себя свободную деятельность (в соответствии с законом) всех средств массовой информации — радио, телевидения, печати, компьютерной связи и т.д.

Цензура запрещена. Однако свобода информации ограничена законодательно установленным перечнем сведений, составляющих государственную тайну. Не допускается пропаганда или агитация, возбуждающие социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду. Запрещена также пропаганда социального, расового, национального, религиозного или языкового превосходства.

Свобода информации, кроме того, ограничена правом каждого на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства, а также правом на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничения в этом последнем праве допускаются только на основании судебного решения.

Сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются. Согласно Конституции (ч. 2 ст. 24), органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом.

В информационной сфере жизни современного общества важную роль играет **общественное мнение**. Конечно, разного рода апелляции к мнению людей, населения, народа имели место во все времена. Отсюда и крылатое выражение “Глас народа — глас божий”, которое, правда, стоит в том же смысле рядом, что и не менее расхожее выражение: “Устами младенца глаголет истина”.

В действительности общественное мнение как самостоятельный институт общественной жизни и независимый социальный фактор формируется лишь в условиях и во времена относительно самостоятельного и независимого от политико-властного давления гражданского общества. Такое свободное общественное мнение возможно лишь там, где человек свободен (и правомочен) как человек, как частный индивид, а не только как гражданин, как публично-политический субъект. Только там, где есть гласность, где утвердился реальный плюрализм индивидуальных мнений, там появляется и общественное мнение как самостоятельный, общественно значимый феномен, как общественный институт.

По своей сути общественное мнение — это совокупность мнений частных лиц — членов гражданского общества по разнообразным вопросам общественной, политической, духовной жизни людей. Волю частных лиц, выраженную в общественном мнении, не следует, конечно, смешивать и отождествлять с волей публично-политических лиц (граждан), выраженной ими в различных государственно-правовых формах (референдум, выборы и т.д.) и воплощенной в конечном счете в действующем праве и государстве. Данное различие **Руссо** выразил в виде отличия “**воли всех**” (т.е. воли частных лиц) от “**общей воли**” (политической воли народа-суверена, выраженной в законах и государстве).

Хотя общественное мнение — это не выражение публично-политической (законодательной, государственной) воли, однако оно в условиях развитого гражданского общества и правового государства становится мощным фактором воздействия на различные сферы общественной и политической жизни. Особое значение в таких условиях имеет учет общественного мнения (наряду с другими факторами) в процессе законодательства, в определении путей и направлений обновления и совершенствования действующего права.

Важной проблемой в этой общественно и политически значимой сфере является надлежащая законодательная регламентация отношений, связанных с публичным распространением сведений об общественном мнении в средствах массовой информации (порядок распространения таких сведений в средствах массовой информации, права и обязанности субъектов этих отношений и т.д.).

Местное самоуправление (территориально-управленческий компонент гражданского общества) — это негосударственная форма выражения народовластия, осуществляемого определенным территориальным сообществом населения при самостоя-

тельном решении вопросов местного значения в соответствии с законами государства. Согласно Конституции (ст. 12), “органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти”.

Федеральный закон Российской Федерации “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации” (от 12 августа 1995 г.) в ст. 2 дает следующее определение местного самоуправления: “Местное самоуправление в Российской Федерации — признаваемая и гарантируемая Конституцией Российской Федерации самостоятельная и под свою ответственность деятельность населения по решению непосредственно или через органы местного самоуправления вопросов местного значения, исходя из интересов населения, его исторических и иных местных традиций”¹.

Хотя по Конституции (ст. 12) “органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти”, однако правами участника местного самоуправления Конституция и названный закон о местном самоуправлении наделяют только гражданина, а не каждого человека, не частное лицо, не просто члена гражданского общества. Так, ч. 2 ст. 130 Конституции гласит: “Местное самоуправление осуществляется гражданами путем референдума, выборов, других форм прямого волеизъявления, через выборные и другие органы местного самоуправления”.

Здесь имеется определенное концептуальное противоречие между негосударственным характером местного самоуправления и правосубъектностью в этой негосударственной сфере лишь граждан (т.е. публично-политических лиц). Другое противоречие такого же концептуального характера состоит в том, что негосударственные органы местного самоуправления наделяются государственным полномочием — правом издавать правовые акты. Такое право предусмотрено ст. 19 названного закона о местном самоуправлении: “Органы местного самоуправления и должностные лица местного самоуправления по вопросам своего ведения принимают (издают) правовые акты”².

Отмеченные противоречия тем более существенны, что в ведении органов местного самоуправления находится широкий круг вопросов, затрагивающих все основные стороны жизни людей. Так, органы местного самоуправления самостоятельно управляют муниципальной собственностью, формируют, утвер-

ждают и исполняют местный бюджет, устанавливают местные налоги и сборы, осуществляют охрану общественного порядка, а также решают многие другие вопросы местного значения.

Важным компонентом гражданского общества являются разнообразные **общественные объединения** — политические партии, профессиональные союзы, благотворительные организации и т.д.

Конституция (ст. 30) закрепляет право каждого на объединение и гарантирует свободу деятельности общественных объединений. Никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем.

Сушественное значение для формирования и деятельности общественных объединений имеют положения Конституции (ст. 13) о признании в Российской Федерации идеологического и политического многообразия и многопартийности, о равенстве общественных объединений перед законом. Запрещается создание и деятельность лишь таких общественных объединений, цели или действия которых направлены на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности Российской Федерации, подрыв безопасности государства, создание вооруженных формирований, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни.

В настоящее время активно действуют разнообразные общественные формирования (политические, профессиональные, научные, правозащитные, просветительские, экологические, потребительские, религиозные и т.д.). Их деятельность регулируется целым рядом федеральных законов, в числе которых: Федеральный закон “Об общественных объединениях” от 19 мая 1995 г., Федеральный закон “О государственной поддержке молодежных и детских общественных объединений” от 26 июня 1995 г., Федеральный закон “О благотворительной деятельности и благотворительных организациях” от 11 августа 1995 г., Федеральный закон “О профсоюзах, их правах и гарантиях деятельности” от 12 января 1996 г., Федеральный закон “О некоммерческих организациях” от 12 января 1996 г.

2. Формы общественных объединений

Особую группу общественных формирований составляют общественные объединения. В ст. 5 Федерального закона “Об общественных объединениях” (от 14 апреля 1995 г.) понятие общественного объединения определяется следующим образом: “Под общественным объединением понимается добровольное,

¹ Местное самоуправление. М., 1997. С. 38.

² Там же. С. 49.

самоуправляемое, некоммерческое формирование, созданное по инициативе граждан, объединяющихся на основе общности интересов для реализации общих целей, указанных в уставе общественного объединения”¹.

В приведенном положении Закона, как и в других его статьях, речь идет только о гражданах как членах общественных объединений, хотя на самом деле, как правило, имеются в виду и неграждане, т.е. все люди как частные лица, поскольку в ст. 1 Закона говорится: “Иностранцы граждане и лица без гражданства имеют равные права с гражданами Российской Федерации в сфере отношений, регулируемых настоящим Федеральным законом, за исключением случаев, установленных федеральными законами или международными договорами Российской Федерации”². Язык данного закона (везде там, где в нем используется слово “граждане”, а имеются в виду и неграждане, частные лица, члены гражданского общества), таким образом, явно расходится с его нормативно-регулятивным смыслом, что, конечно, следует учитывать в процессе его изучения, толкования и применения.

Названный Закон (ст. 7) предусматривает следующие организационно-правовые формы общественных объединений: общественная организация; общественное движение; общественный фонд; общественное учреждение; орган общественной самодеятельности.

Общественная организация — это основанное на членстве общественное объединение, созданное на основе совместной деятельности для защиты общих интересов и достижения уставных целей членов объединения.

Общественное движение представляет собой состоящее из участников и не имеющее членства массовое общественное объединение, преследующее социальные, политические и иные общественно полезные цели, поддерживаемые участниками общественного движения.

Общественный фонд — один из видов некоммерческих фондов, представляющий собой не имеющее членства общественное объединение, цель которого заключается в формировании имущества на основе добровольных взносов, иных не запрещенных законом поступлений и использовании данного имущества на общественно полезные цели. Учредители и управляющие имуществом общественного фонда не вправе использовать указанное имущество в собственных интересах.

Общественное учреждение — это не имеющее членства общественное объединение, ставящее своей целью оказание конкретного вида услуг, отвечающих интересам участников и соответствующих уставным целям данного объединения.

Орган общественной самодеятельности представляет собой не имеющее членства общественное объединение, целью которого является совместное решение различных социальных проблем, возникающих у людей по месту жительства, работы или учебы, направленное на удовлетворение потребностей неограниченного круга лиц, чьи интересы связаны с достижением уставных целей и реализацией программ органа общественной самодеятельности по месту его создания.

Общественные объединения независимо от их организационно-правовой формы вправе создавать союзы (ассоциации) общественных объединений на основе учредительных договоров и уставов, принятых союзами (ассоциациями), образуя новые общественные объединения.

По территориальной сфере своей деятельности общественные объединения делятся на **общероссийские, межрегиональные, региональные и местные**.

Деятельность всех общественных объединений должна быть гласной и основываться на принципах добровольности, равноправия, самоуправления и законности.

Закон об общественных объединениях (ст. 17) запрещает вмешательство органов государственной власти и их должностных лиц в деятельность общественных объединений, равно как и вмешательство государственных органов в деятельность органов государства и их должностных лиц. Вместе с тем, согласно данному Закону, государство обеспечивает соблюдение прав и законных интересов общественных объединений, оказывает поддержку их деятельности, законодательно регулирует предоставление им налоговых льгот и преимуществ, осуществляет целевое финансирование отдельных общественно полезных программ общественных объединений и т.д.

Общественные объединения пользуются широким кругом прав, обеспечивающих их активное участие в общественной и политической жизни. Согласно ст. 27 названного Закона об общественных объединениях, для осуществления своих уставных целей общественное объединение имеет право: свободно распространять информацию о своей деятельности; участвовать в выработке решений органов государственной власти и органов местного самоуправления; проводить собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирование; учреждать средства массовой информации и осуществлять издательскую деятель-

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

² Там же.

ность; представлять и защищать свои права, законные интересы своих членов и участников, а также других лиц в органах государственной власти, органах местного самоуправления и общественных объединениях; выступать с инициативами по различным вопросам общественной жизни, вносить предложения в органы государственной власти.

Политические общественные объединения (политические партии, политические организации, политические движения) наделены правом участия в избирательных кампаниях в качестве избирательных объединений.

После отмены в 1990 г. монополии КПСС в политической жизни страны возникло множество политических партий и движений различных идейных позиций и ориентаций. В настоящее время в России зарегистрировано свыше 90 общероссийских политических партий, около 50 общероссийских политических движений и большое число других общественных организаций, преследующих политические цели.

Однако до сих пор отсутствует закон о политических партиях, который должен детально урегулировать все основные вопросы формирования и деятельности политических партий, их права и обязанности, их место и функции в общественной и политической жизни страны.

Ряд важных аспектов взаимоотношений государства и политических объединений урегулирован Указом Президента РСФСР от 20 июля 1991 г. "О прекращении деятельности организационных структур политических партий и массовых общественных движений в государственных органах, учреждениях и организациях РСФСР"¹. Данный Указ направлен на обеспечение равенства прав политических общественных объединений в выработке политики государства и в управлении государственными делами и на предотвращение вмешательства общественных объединений в деятельность государственных органов и влияния межпартийной борьбы на функционирование государственного аппарата. С этой целью Указ (ст. 1) запрещает создание новых и деятельность существующих первичных организаций, комитетов и других организационных структур политических партий и массовых общественных движений в органах государственного управления, в государственных учреждениях, организациях, концернах, на предприятиях независимо от их подчиненности.

¹ См.: Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 31. Ст. 1035.

Лица, состоящие на государственной службе, в своей служебной деятельности руководствуются требованиями законодательства и не связаны решениями политических партий и массовых общественных движений.

Государственные служащие вправе участвовать в деятельности политических партий и массовых общественных движений в нерабочее время и за пределами государственных органов, учреждений, организаций и предприятий.

Запрещается указание, а равно требование на указание в официальных документах, представляемых в государственные органы, учреждения и организации, членства в политической партии и массовом общественном движении.

Определение политического общественного объединения содержится в ст. 2 Федерального закона Российской Федерации "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации" (от 5 сентября 1997 г.): "Избирательное объединение — политическое общественное объединение (политическая партия, политическая организация, политическое движение), основными, закрепленными в уставе целями которого являются: участие в политической жизни общества посредством влияния на формирование политической воли граждан, участие в выборах в органы государственной власти и органы местного самоуправления посредством выдвижения кандидатов и организации их предвыборной агитации, участие в организации и деятельности указанных органов"¹.

По действующему федеральному избирательному законодательству общероссийское политическое общественное объединение (политическая партия, политическая организация, политическое движение), выступающее в процессе выборов в Государственную Думу как избирательное объединение или входящее в избирательный блок (объединение двух избирательных объединений для совместного участия в выборах), обладает правом выдвигать как отдельных своих кандидатов в депутаты по одномандатным округам, так и список кандидатов в депутаты по федеральному избирательному округу.

Так, согласно ст. 5 Федерального закона "О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации" (от 24 марта 1995 г.), 225 депутатов Государственной Думы (т.е. половина всего ее состава) избираются

¹ Собрание законодательства РФ. 1997. № 38. Ст. 4339.

по одномандатным округам (по принципу мажоритарности, т.е. большинства поданных за кандидатов голосов), а 225 депутатов Государственной Думы избираются по федеральному избирательному округу по принципу пропорциональности, т.е. пропорционально количеству голосов, поданных за федеральные списки (т.е. партийные списки) кандидатов в депутаты, выдвинутых избирательными объединениями, избирательными блоками. При этом избирательное объединение (или избирательный блок), за федеральный список кандидатов которого подано пять и более процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании, получает депутатские мандаты, число которых пропорционально количеству голосов, поданных за его федеральный список.

Депутаты, избранные по федеральному списку данного избирательного объединения (или блока), образуют в Государственной Думе соответствующую фракцию, а остальные депутаты (одномандатники) формируют различные депутатские группы.

Такая избирательная система, дающая значительные преимущества небольшому числу крупных политических партий и движений, в настоящее время подвергается справедливой критике и нуждается в изменении — в направлении главным образом значительного уменьшения (с половины до примерно одной четвертой части) числа депутатов Государственной Думы, избираемых по федеральным (партийным) спискам, и соответственно увеличения (с половины до трех четвертей) числа депутатов Государственной Думы, избираемых по одномандатным округам¹.

3. Политические партии в системе взаимоотношений гражданского общества и государства

Перспективы демократических преобразований и достижения стабильного социально-экономического и политико-правового развития страны во многом зависят от характера взаимоотношений между гражданским обществом и государством. Эти взаимоотношения должны включать в себя два взаимосвязанных момента: 1) всестороннее развитие общественной иници-

ативы и самодеятельности и 2) утверждение прочного правопорядка во всех сферах жизни гражданского общества и государства.

В современных условиях весьма острыми остаются **проблемы преодоления отчуждения государства от общества**, повышения меры доверия между обществом и властью, установления партнерских отношений между властью и институтами гражданского общества, усиления их взаимной поддержки и согласованной деятельности. «Переход к подъему требует создания в стране **качественно иного уровня взаимного доверия общества и власти**. Доверие к власти становится категорией не только политической, но и экономической. Перспектива подъема диктует, чтобы действия государства были открыты, понятны и контролируемы обществом. Укрепление такого доверия требует, чтобы и власть, со своей стороны, в гораздо большей степени была осведомлена о состоянии общественного мнения, учитывала его при определении политики»¹. Задача состоит в том, чтобы было «создано государство, подчиненное **интересам общественного саморазвития**»².

Надлежащая реализация такой **либерально-демократической модели отношений между обществом и государством** возможна лишь в условиях прочно утвердившегося конституционно-правового строя, достаточно развитой многопартийности парламентского типа, высокой политической и правовой ответственности, активности и культуры как самих членов общества, так и его политических представителей.

Существенную связующую и объединяющую роль в отношениях между гражданским обществом (как неполитической сферой) и государством (как политической сферой) призваны сыграть **политические партии**.

Выражая разнообразные потребности и интересы гражданского общества (индивидов, социальных групп, слоев, классов и т.д.) в политической форме (в виде определенных политических целей, идей, программ, требований, установок, проектов решений, мероприятий и т.д.), они как организованные представители общества тем самым выражают и право гражданского общества на формирование государственной власти, участие в ее осуществлении и т.д.

¹ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 17 февраля 1998 г. Общими силами — к подъему России // Российская газета. 1998. 24 февр.

² Там же.

¹ См.: Лапаева В.В. Нужен референдум по избирательной системе // Власть. 1997. № 12. С. 47—51.

Выразить частные интересы и воли членов гражданского общества в политической форме означает найти их надлежащее место и значение на уровне и в контексте всеобщих интересов и общей воли всего населения, всего народа, т.е. в конечном счете выразить их в той **всеобщей правовой (и государственно-правовой) форме**, в которой вообще могут быть учтены и удовлетворены те или иные частные (индивидуальные, групповые, классовые и т.д.) интересы. Поэтому борьба различных партий власти, как и в целом их политическая деятельность, должна вестись легально, в рамках требований Конституции и действующего законодательства, словом, в правовой форме.

Согласно либертарно-юридической трактовке общества, права и государства, **политика — это осуществляемые в правовой форме общественные отношения легальных субъектов по приобретению и реализации государственной власти**. Такими легальными субъектами, по действующему российскому законодательству, являются народ в целом в качестве суверена, отдельные граждане, официально зарегистрированные политические общественные объединения (политические партии, политические движения, политические организации).

Политику следует отличать как от неполитических отношений (от частных отношений), так и от антиполитических явлений и действий, представляющих собой нарушение правопорядка (разного рода антиконституционные, “внесистемные”, насильственные формы борьбы за государственную власть и ее использования).

“Политика” же в ее марксистско-ленинской трактовке в виде насильственно-революционной классовой борьбы за уничтожение существующего государственно-правового строя, захват власти и установление диктатуры во главе с монополюющей правящей коммунистической партией — это антиправовое и антигосударственное состояние, как об этом свидетельствуют идеология и практика коммунистического тоталитаризма XX в. в СССР и целом ряде других социалистических стран.

Юридический подход к политике исходит из того, что единственным источником политической (государственной) власти и верховным ее носителем (т.е. сувереном, носителем суверенитета) является народ; соответственно государство представляет собой институциональную (организационную) форму существования и действия этой же политической власти, а правовой закон — нормативную форму ее существования и действия.

Политическая власть — это всеобщая, суверенная, публичная (т.е. распространяющаяся на всех), государственная (государственно-правовая) власть, и никакой другой политической власти с точки зрения единого для всех (и общеобязательного) права и государства не может быть. Поэтому сама по себе поли-

тическая партия (и любое другое политическое объединение) обладает лишь внутрипартийной (внутриорганизационной) властью в отношении своих членов: **партия** (от лат. *pars* — часть, группа) — это лишь определенная группа лиц, часть населения, и власть ее носит внутригрупповой, частный (непубличный!) характер. Причем и эта внутриорганизационная власть в политической партии парламентского типа (способ формирования руководящих органов партии, их полномочия, порядок принятия устава и его содержание, права и обязанности членов партии и т.д.) должна устанавливаться и осуществляться в соответствии с конституционными правами граждан на объединение, на основе действующего законодательства, в рамках демократических процедур с соблюдением требований принципа правового равенства всех граждан, добровольности их членства в партии и т.д.

Когда же выдвиженцы политической партии (или другого политического общественного объединения) оказываются в результате выборов или назначения носителями определенной политической (государственной) власти, они должны уже соответственно действовать **не с узкопартийных, а с общегосударственных (государственно-правовых) позиций**.

Депутат (или другое выборное лицо — президент, губернатор, мэр и т.д.) — это по своему государственно-правовому статусу и полномочиям избранник и представитель народа (всех граждан, образующих соответствующий электорат), а не того или иного политического объединения или части населения, которые выдвинули его кандидатуру и голосовали за него. Поэтому в законотворческой и всякой иной деятельности отдельных депутатов, фракций и депутатских групп представительного органа не партийная принадлежность и корпоративные пристрастия, а государственно-правовое начало должно в конечном счете определять содержание и характер соответствующих решений, формы и способы удовлетворения тех или иных частных (групповых) интересов, требований, устремлений.

Глава 10. Правовое государство в постсоветской России

1. Общая характеристика

Идеи и ценности правовой государственности стали одним из главных ориентиров для всего процесса преодоления сложившегося в стране тоталитарного социализма и осуществления радикальных политических и экономических преобразова-

ний. И вполне закономерно, что они получили свое признание в Конституции Российской Федерации 1993 г., закрепившей основы постсоветского российского общества и государства.

Такая ориентация на формирование и развитие правового государства обусловлена объективными потребностями общественного и политического развития в посттоталитарной России, целями и задачами утверждения принципов свободы и права во всех сферах жизни общества и государства. Правда, необходимо учитывать, что **у каждой страны свой путь к правовой государственности, своя конструкция и свои формы правовой организации государства.** Это обусловлено множеством факторов, в том числе — характером социально-исторического развития каждой страны, национальными и духовными традициями, опытом государственной жизни, достигнутым уровнем политической и правовой культуры, геополитическими обстоятельствами и т.д.

Так, на своеобразии российского пути к правовой государственности заметное влияние оказали особенности дореволюционной и послереволюционной истории огромной многонациональной евразийской страны, многовековые традиции деспотизма, самодержавия и тоталитаризма.

В новой Конституции Российской Федерации нашли свое признание и нормативное закрепление все **три основных компонента (аспекта, характеристики и свойства) правовой государственности:** гуманитарно-правовой (права и свободы человека и гражданина); нормативно-правовой (господство правового закона) и институционально-правовой (система разделения и взаимодействия властей).

Согласно Конституции (ч. 1 ст. 1), Российская Федерация — Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления. Кроме того, Конституция определяет Российскую Федерацию как “социальное государство” (ч. 1 ст. 7) и как “светское государство” (ч. 1 ст. 14).

Носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации по Конституции (ч. 1 ст. 3) является ее многонациональный народ. Суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию, а сама российская Конституция и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации (ст. 4).

В качестве основ конституционного строя Конституция (в главе 1) закрепляет и целый ряд других принципиальных положений, определяющих новизну общественного и государственно-правового устройства постсоветской России.

Для утверждения начал правовой государственности определяющее значение здесь имеют прежде всего положения Конституции о высшей ценности человека, его прав и свобод (ст. 2), о разделении властей (ст. 10), о прямом действии Конституции и конституционно-правовых характеристиках источников действующего права (ст. 15).

Основы формирования в стране гражданского общества закреплены в конституционных нормах о признании и защите в Российской Федерации равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (в том числе на землю и другие природные ресурсы), о едином экономическом пространстве, поддержке конкуренции, свободе экономической деятельности и т.д. (ст. 8, 9).

Основные федеративные черты и свойства российской правовой государственности выражены в конституционных положениях о равноправии субъектов Российской Федерации, равноправии и самоопределении народов в Российской Федерации, о едином гражданстве Российской Федерации, ее государственной целостности и единстве системы государственной власти, о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Федерации и ее субъектов (ст. 5, 6, 11).

Идеологические и политические характеристики конституционного строя включают в себя признание идеологического и политического многообразия, многопартийности, равенства общественных объединений перед законом (ст. 13).

Новая Конституция Российской Федерации в своей регламентации основных положений постсоветского строя опирается на естественноправовые идеи о прирожденных и неотчуждаемых правах и свободах человека. Положения сменявших друг друга советских конституций (первой Конституции РСФСР 1918 г., первой Конституции СССР 1924 г., сталинской Конституции СССР 1936 г., брежневской Конституции СССР 1977 г. и соответствующей Конституции РСФСР 1978 г.) о правах и свободах советских граждан носили декларативный, показной характер. Практика массовых репрессий и расправ (от революционного террора времен “военного коммунизма”, сталинских “чисток” и репрессий 30—50-х годов до борьбы с инакомыслящими, диссидентами и правозащитниками в 60—80-е годы) убедительно продемонстрировала фиктивность прав и свобод человека при социализме, антиправовую природу этого строя.

Существенное значение для утверждения в стране либерально-демократического государственно-правового строя имеет конституционное положение о том, что общепризнанные

принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются по Конституции (ст. 15) составной частью ее правовой системы. Если при этом международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора¹.

2. Права и свободы человека и гражданина

Конституционные положения о правах и свободах человека и гражданина относятся к числу несомненных достоинств первой постсоветской Конституции Российской Федерации.

В качестве одной из основ нового конституционного строя Конституция (ст. 2) провозглашает: “Человек, его права и свободы являются высшей ценностью”. При этом Конституция исходит из прирожденного и неотчуждаемого (естественного) характера основных прав и свобод человека. В духе этих естественноправовых идей в Конституции (ч. 2 ст. 17) утверждается: “Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения”.

В этом гуманистически ориентированном конституционном правопонимании сочетаются два компонента: аксиологический (права и свободы человека как высшая ценность) и собственно естественноправовой (прирожденный характер и неотчуждаемость основных прав и свобод человека). Причем оба компонента такого правопонимания исходят именно из индивидуальных (а не коллективистских, классовых, групповых и т.д.) прав и свобод.

Принцип равенства этих индивидуальных прав и свобод определяет вместе с тем и их пределы, рамки их всеобщего признания и реализации. В Конституции (ч. 3 ст. 17) границы такого взаимосогласованного действия различных индивидуальных прав и свобод определены в соответствии с требованием принципа формально-правового равенства следующим образом: “Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц”.

¹ В этой связи предстоит большая работа по имплементации положений Международных пактов по правам человека и других международно-правовых документов, по приведению внутреннего законодательства России (общедоделативного и законодательства субъектов Российской Федерации) в соответствие с международно-правовыми требованиями. Принятие России в 1996 г. в Совет Европы и ее присоединение к Конвенции о защите прав человека и основных свобод заметно актуализировали данную проблему.

Принципиальная ориентация новой Конституции на права и свободы человека как на исходное правовое начало — это не просто прагматический учет уроков нашего прошлого и современных международно-правовых требований в данной области, но и по сути своей верная и обоснованная правовая позиция. Разумеется, права и свободы человека как определенный правовой принцип и реальное правовое содержание — явление социально-историческое, общественное, а не непосредственно природное. Это, казалось бы, плохо согласуется с естественноправовым положением Конституции о том, что основные права и свободы человека принадлежат каждому от рождения. Но данное положение вовсе не отрицает социально-исторический смысл и характер прав и свобод человека и права в целом. С юридической точки зрения ясно, что с рождением человека как естественным явлением (событием) Конституция связывает *момент принадлежности, а не происхождения прав и свобод человека*.

Использование в Конституции новой для нас естественноправовой конструкции прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека по существу направлено против ранее господствовавших в нашей теории и практике представлений об октроированном (дарованном сверху официальными властями) характере прав людей. **Антиэтатический смысл данной конструкции** очевиден: основные права и свободы принадлежат каждому по безусловному естественному основанию (в силу природного факта рождения), а не в зависимости от диктуемых государством условий, не по усмотрению, воле и решению властей. Определенная стилизация под естественное право призвана здесь продемонстрировать исходную и безусловную свободу, правомочность и правосубъектность любого человека (человека как человека) в его отношениях со всеми остальными — государством, обществом, другими людьми.

Существенное регулятивно-правовое значение имеет положение Конституции (ст. 18) о том, что “права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими”.

Конституция (глава 2) предусматривает широкий круг личных, политических, экономических, социальных и культурных прав и свобод человека и гражданина, соответствующий современным международным стандартам и высокому уровню конституционных требований в этой сфере в развитых либерально-демократических странах.

В Конституции (ч. 1 ст. 17) закреплено: “В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Консти-

туцией”. Поскольку конституционный перечень основных прав и свобод не является исчерпывающим, в Конституции (ч. 1 ст. 55) отмечается: “Перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина”.

Конституция (ч. 3 ст. 55) предусматривает **возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина федеральным законом** только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. При этом в Конституции (ст. 56) подчеркивается, что и в условиях чрезвычайного положения не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные в ряде статей Конституции. Речь, в частности, идет о таких правах, как право каждого на жизнь, на достоинство личности, на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, на свободу совести и свободу вероисповедания, на жилище, на судебную защиту его прав и свобод, на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц и о некоторых других правах и свободах.

3. Конституционно-правовой статус индивида

Закрепленные в Конституции **права, свободы и обязанности человека и гражданина** в своей совокупности образуют конституционно-правовой статус индивида.

Под **правами и свободами человека** Конституция, по существу, имеет в виду природжденные и неотчуждаемые права и свободы каждого индивида — как гражданина Российской Федерации, так и гражданина другого государства и лица без гражданства, т.е., пользуясь традиционной терминологией, естественные права человека.

В конституционных положениях о правах и свободах человека, наряду со словом “человек”, в качестве его синонима используются также слова “каждый”, “все”, “лицо”, “никто” (в общепризнательном смысле). Например: “Каждый вправе определять и указывать свою национальную принадлежность. Никто не может быть принужден к определению и указанию своей национальной принадлежности” (ч. 1 ст. 26); “Все равны

перед законом и судом” (ч. 1 ст. 19); “Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц...” (ст. 25).

Под **правами гражданина** в Конституции имеются в виду соответствующие права гражданина Российской Федерации. Например: “Граждане и их объединения вправе иметь в частной собственности землю” (ч. 1 ст. 36).

При характеристике человека как субъекта права в Конституции используются термины “права и свободы”, “свобода”. Например: “Человек, его права и свободы являются высшей ценностью” (ст. 2); “Каждому гарантируется свобода мысли и слова” (ч. 1 ст. 29).

При характеристике же гражданина как субъекта права в Конституции используется термин “право”. Например: “Граждане Российской Федерации имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей” (ч. 1 ст. 32).

Подобные **различия в использовании терминов “право” и “свобода”** восходят к традициям естественноправовых учений.

В современном правовом (и конституционно-правовом) словоупотреблении термин “свобода” обычно используется для обозначения гарантированной правом сферы автономии (самозаконности, самоуправления) субъекта, внутри которой он вправе действовать по-своему, по собственному (свободному) усмотрению и выбору. Термин же “право” используется для обозначения правомочия субъекта на конкретно-определенное действие и поведение.

Но в понятийно-правовом смысле эти термины равнозначны. Ведь право — это форма свободы, а свобода возможна лишь в форме права.

В основе дифференциации прав индивида на права человека и права гражданина, впервые официально закрепленной во французской Декларации прав человека и гражданина (1789 г.), лежит различие гражданского общества и государства и соответственно различие прав индивида как члена гражданского общества (правосубъектности человека как человека, как частного лица) и как члена публично-политического сообщества, государства (правосубъектность индивида как публично-политического лица, как гражданина).

Но неверно было бы представлять дело таким образом, будто естественные (природжденные) и неотчуждаемые права и свободы человека действуют лишь в сфере гражданского общества, не распространяясь на сферу государства, а позитивное право (государственные нормативно-правовые акты

и т.д.) действует лишь в сфере государства, не распространяясь на сферу гражданского общества.

В действительности в гражданском обществе и государстве одновременно действуют, подкрепляя и дополняя друг друга, и официально признанные естественные (прирожденные) и неотчуждаемые права и свободы человека, и позитивное право (государственные акты и т.д.). Поэтому и член гражданского общества (человек как частное, неполитическое лицо), и член государства (человек как публично-политическое лицо, как гражданин) правосубъектны одновременно и по официально признанному естественному (прирожденному) праву, и по позитивному праву. Так что человек и в гражданском обществе, и в государстве обладает одновременно как природженными (естественными) правами, так и приобретенными (по позитивному праву) правами.

Таким образом, и права человека, и права гражданина распространяются на сферы и частного, и публичного права. Человек как частное лицо правосубъектен одновременно и по частному, и по публичному праву. Также и человек как гражданин правосубъектен и по публичному и по частному праву. Но правосубъектность человека-гражданина (по объему, содержанию и т.д.) богаче и шире правосубъектности человека-частного лица — и в сфере частного права, и особенно в сфере публичного права. **В целом человек-частное лицо и человек-гражданин обладают различными правовыми (и конституционно-правовыми) статусами.**

Так, в сфере частного права только граждане и их объединения по Конституции (ч. 1 ст. 36) вправе иметь в частной собственности землю. В сфере публичного права положения Конституции (ст. 31—33) о правах граждан не распространяются на человека-частное лицо (негражданина Российской Федерации).

Отмеченные различия (а также моменты совпадения) прав и свобод человека и прав гражданина, их правовых статусов и т.д. необходимо учитывать при характеристике структуры правового статуса индивида, классификации его прав и т.д.

Конституционно-правовой статус индивида представляет собой определенную систему, включающую в себя в качестве своих структурных частей следующие группы однородных (по сфере и предмету регуляции) прав индивида: личные (индивидуально-человеческие) права, политические права, экономические права, социальные права, культурные права.

Личные (индивидуально-человеческие) права и свободы — это права и свободы, признающие и защищающие че-

ловека как отдельное природное и духовное существо, как свободную личность. К таким личным правам и свободам по Конституции относятся такие природженные и неотчуждаемые права человека, как право на жизнь (ч. 1 ст. 20); охраняемое государством достоинство личности (ч. 1 ст. 21); право на свободу и личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 22); право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту чести и доброго имени, право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (ст. 23); право на ознакомление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы (ст. 24); право на неприкосновенность жилища (ст. 25); право определять и указывать свою национальность, право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения, воспитания, обучения и творчества (ст. 26); право свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства, свободно выезжать за пределы Российской Федерации (ст. 27); свобода совести, свобода вероисповедания (ст. 28); свобода мысли и слова (ст. 29); право на защиту своих прав и свобод всеми законными средствами и государственно-правовые гарантии соблюдения и реализации этого права (ст. 45—54).

Эти личные права по своему содержанию и сфере регуляции имеют индивидуально-человеческий характер. Они принадлежат человеку как человеку, определяют и защищают любого человека (а не только гражданина Российской Федерации) в качестве правового лица, субъекта определенной совокупности природженных и неотчуждаемых прав и свобод. Поэтому широко распространенные в научной и учебной литературе трактовки этих личных прав как гражданских прав являются ошибочными. Видимо, данная ошибочная характеристика проистекает из того, что под “гражданином” имеют в виду члена гражданского общества, что, конечно, неверно: член гражданского общества — это человек как частное лицо, любой индивид, а гражданин — это политическое лицо публично-политической общности, государства.

Гражданские политические права и свободы — это права и свободы индивида как гражданина на участие в политической жизни и осуществлении государственной власти. К этим правам по Конституции относятся: право сохранять свое гражданство или изменить его (ч. 3 ст. 6); право на объединение (ч. 1 ст. 30), включающее в себя (по смыслу положения ч. 3 ст. 13 Конституции о многопартийности) и право на политическое объединение; право собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикети-

рование (ст. 31); право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей, право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме, право на равный доступ к государственной службе, право участвовать в отправлении правосудия (ст. 32); право обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления (ст. 33); право на замену военной службы альтернативной гражданской службой (ч. 3 ст. 59); право не быть высланным за пределы Российской Федерации или выданным другому государству, право на защиту и покровительство Российской Федерации за ее пределами (ст. 61); право иметь гражданство иностранного государства (двойное гражданство) (ч. 1 ст. 62).

Перечисленные гражданские (политические) права — это в основном приобретенные права, а не прирожденные и неотчуждаемые права, каковыми являются личные (индивидуально-человеческие) права. С большой условностью в качестве неотчуждаемых гражданских прав можно было бы трактовать право гражданина Российской Федерации на свое гражданство и право изменить его (ч. 3 ст. 6), право гражданина Российской Федерации не быть высланным за ее пределы или выданным другому государству (ч. 1 ст. 61), а также право граждан Российской Федерации обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления (ст. 33). Впрочем, это последнее право (право граждан на обращения) выражено таким образом, что нет ни смысла, ни практической возможности от кого-либо (от гражданина или негражданина) отчуждать подобное, юридически весьма бессодержательно сформулированное, право.

Условность характеристики этих прав граждан как неотчуждаемых гражданских прав состоит в том, что **действительно неотчуждаемыми являются прирожденные права человека**, тогда как права граждан, как и само право гражданства, представляют собой приобретенные, а не прирожденные права. Человек не рождается гражданином, а приобретает гражданство и соответствующие права лишь при наличии определенных оснований (условий) и в соответствии с действующим законодательством. “Гражданство Российской Федерации приобретается и прекращается в соответствии с федеральным законом, является единым и равным независимо от оснований приобретения” (ч. 1 ст. 6 Конституции).

Экономические права — это права индивида (человека и гражданина) как независимого субъекта экономических (товарно-денежных, производственных, рыночных) отношений. К экономическим правам по Конституции относятся: право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34); право частной собственности, право каждого иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, право наследования (ст. 35); право граждан и их объединений иметь в частной собственности землю (ч. 1 ст. 36); свобода труда и запрет принудительного труда, право каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию (ч. 1—2 ст. 37).

Для реализации этих прав существенное значение имеют положения Конституции (ст. 8) о том, что в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности, признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности.

Социальные права — это права человека по обеспечению и защите его потребностей и интересов в различных сферах социальной жизни людей. В Конституции закреплены следующие социальные права: право каждого на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов (ст. 30); право каждого на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда, а также право на защиту от безработицы (ч. 3 ст. 37); право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку (ч. 4 ст. 37); право каждого на отдых (ч. 5 ст. 37); право на семью, материнство, отцовство и детство, включая соответствующие права и обязанности родителей и детей (ч. 2 ст. 7, ст. 38); право каждого на социальное обеспечение (ст. 39); право каждого на жилище (ст. 40); право каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь (ст. 41); право каждого на благоприятную окружающую среду (ст. 42).

Из приведенного перечня конституционных социальных прав видно, что речь идет о правах каждого, т.е. о правах

человека, а не гражданина, хотя, разумеется, этими правами обладают и все граждане.

Конституция (ст. 7) характеризует Российскую Федерацию как социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

Культурные права и свободы — это права и свободы человека в сфере творческой деятельности, участия в культурной жизни и пользования ее благами. К этим правам и свободам по Конституции относятся: свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания (ч. 1 ст. 44); право каждого на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, на доступ к культурным ценностям (ч. 2 ст. 44).

Важной составной частью конституционно-правового статуса индивида являются его **конституционные обязанности**. К числу таких обязанностей Конституция относит: обязанность соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы (ч. 2 ст. 15); обязанность родителей заботиться о детях и их воспитании (ч. 2 ст. 38); обязанность трудоспособных детей, достигших 18 лет, заботиться о нетрудоспособных родителях (ч. 3 ст. 38); обязанность родителей или лиц, их заменяющих, обеспечить получение детьми обязательного основного образования (ч. 4 ст. 43); обязанность каждого заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники искусства и культуры (ч. 3 ст. 44); обязанность платить законно установленные налоги и сборы (ст. 57); обязанность сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58); обязанность гражданина защищать Отечество (ч. 1 ст. 59).

4. Конституционные гарантии прав и свобод человека и гражданина

В Конституции Российской Федерации предусмотрены необходимые гарантии защиты прав и свобод человека и гражданина.

Государство, по Конституции (ст. 19), гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

Конституция запрещает любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности.

Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации.

Конституция (ст. 46) гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод.

Ряд статей Конституции (ст. 47—54) посвящен уголовно-правовым и процессуальным гарантиям прав и свобод человека и гражданина. При этом Конституция гарантирует право каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено. Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения.

Существенное значение имеет закрепление в Конституции (ч. 1 ст. 49) принципа презумпции невиновности: “Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором”. Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого. Никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление. Никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников. Закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет.

Гарантом Конституции Российской Федерации, прав и свобод человека и гражданина является по Конституции (ч. 2 ст. 80) **Президент Российской Федерации**. Он вправе приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в случае противоречия этих актов Конституции Российской Федерации и федеральным законам, международным обязательствам Российской Федерации или нарушения прав и свобод человека и гражданина до решения этого вопроса соответствующим судом.

Осуществлением мер по обеспечению прав и свобод граждан по Конституции (ч. 1 ст. 114) должно заниматься **Правительство Российской Федерации**.

Важную роль в деле защиты прав и свобод человека и гражданина и их соблюдения на практике призван сыграть

Уполномоченный по правам человека, назначаемый Государственной Думой (ч. 1 ст. 103).

Конституция (ч. 4 ст. 125) предусматривает, что **Конституционный Суд Российской Федерации** по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

Существенную роль в деле защиты прав и свобод человека и гражданина играют **суды общей юрисдикции**.

Важное значение имеют и **международно-правовые формы защиты прав и свобод человека**. По Конституции (ч. 3 ст. 46) каждый имеет право в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

В современных условиях на первый план выдвигается **задача формирования и действия системы реальных гарантий прав и свобод человека и гражданина**. Для практического осуществления этих прав и свобод во всех областях общественной и политической жизни необходимо эффективное, согласованное и целенаправленное взаимодействие структур гражданского общества и правового государства. Относительная самостоятельность политической и неполитической сфер жизни (и соответствующих субъектов), их взаимные противодействия и сдержки должны быть дополнены их активными усилиями и сотрудничеством, без чего невозможно взаимосогласованное, сбалансированное и стабильное развитие этих двух сфер социального целого.

5. Конституционная концепция правового закона

По смыслу конституционной концепции правопонимания правовое начало в концентрированном виде и в человеческом измерении представлено в виде прав и свобод человека и гражданина. В силу этого основные правовые характеристики всего конституционно регламентируемого пространства в целом и правовой государственности в особенности даны в Конституции **с позиций и под углом зрения прав и свобод человека и гражданина**, их признания и защиты. Такой подход особенно важен и актуален для общества с тоталитарно-социалистическим прошлым, где право подменялось антиправовым законодательством и властно-силовыми нормами и где отрицание права

прежде всего означало бесправие людей в частных и публичных отношениях.

Положения Конституции о правах и свободах человека и гражданина по логике и смыслу юридического типа правопонимания имеют **двойное значение**: эти положения значимы не только в плане проблем индивидуальной правоспособности и правосубъектности, но в качестве исходных правовых начал имеют одновременно и всеобщее регулятивное значение и выступают как общеобязательный правовой стандарт и конституционное требование к правовому качеству официальных нормативных актов, к организации и деятельности всех ветвей государственной власти и должностных лиц.

С точки зрения действующей Конституции в этом своем **общерегулятивном значении** конституционные положения о правах и свободах человека и гражданина являются наиболее важным и в конечном счете единственным настоящим критерием наличия или отсутствия, соблюдения или отрицания права вообще, **критерием правового характера действующего законодательства** (законов и всех других источников позитивного права), **правового типа организации и деятельности** различных государственных властей и государства в целом.

Поэтому в Конституции, наряду с характеристикой прав и свобод человека в качестве высшей ценности и признанием неотчуждаемого и прирожденного характера основных прав и свобод человека, одновременно подчеркивается общезначимость и обязательность этих прав и свобод для всего государства в целом: “Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека — обязанность государства” (ст. 2).

Конституция содержит также и ряд других специальных норм, которые конкретизируют общерегулятивное значение прав и свобод человека и гражданина для других компонентов правового государства. Существенное положение об этом содержится в ст. 18, согласно которой права и свободы человека и гражданина “определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием”. Если данная статья в позитивной форме содержит **требование правового закона**, правового характера (соответствия праву) деятельности всех ветвей государственной власти и органов местного самоуправления, то в другой статье Конституции (ч. 2 ст. 55) содержится прямой **запрет антиправового (правонарушающего) закона**: “В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина”. Важ-

ная в этом плане норма содержится и в ч. 3 ст. 15 Конституции: “Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения”.

В плане учения о праве и государстве важно, что эти конституционные положения **относятся не только к нормативно-правовой системе (нормативно-правовому компоненту) правового государства, но и к его институциональной системе** — ко всем ветвям власти, к их правотворческой, правоприменительной и правозащитной деятельности.

Важно и то, что общерегулятивная роль прав и свобод человека и гражданина подкреплена и усилена их **прямым действием**: по Конституции (ст. 18), они являются непосредственно действующими.

В Конституции, помимо общих положений о государственных гарантиях прав и свобод человека и гражданина, указаны также те институты и должностные лица, в чьи специальные обязанности входит обеспечение требований прав и свобод человека и гражданина (а следовательно, вместе с тем — общая правозащитная функция, обязанность защищать и гарантировать основные начала права) в процессе законотворчества и применения позитивного права.

Существенное значение для утверждения нового правового подхода, наряду с общесудебной защитой правопорядка, прав и свобод человека и гражданина, прав и законных интересов физических и юридических лиц в частноправовых и публичноправовых отношениях, имеют предусмотренные Конституцией формы и процедуры специального судебного контроля за правовым и конституционно-правовым качеством действующих нормативных актов, за конституционностью и правовым характером действий (или бездействий) органов государственной власти и должностных лиц.

Так, Конституция (ч. 2 ст. 46) закрепляет такую важную форму **судебно-правового контроля общих судов**, как обжалование в суд решений и действий (или бездействий) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц. Согласно Конституции (ч. 2 ст. 120), суд при рассмотрении конкретных дел проверяет соответствие подзаконных актов закону, и если при этом будет установлено несоответствие между ними, решение должно быть принято в соответствии с законом. Кроме того, суды, по Конституции (ч. 4 ст. 125), вправе обращаться с запросами в Конституционный Суд Российской Федерации о про-

верке конституционности примененного или подлежащего применению в конкретном деле закона, нарушающего конституционные права и свободы граждан.

Широким кругом полномочий в области **конституционного контроля** за нормативными актами наделен Конституцией (ст. 125) Конституционный Суд Российской Федерации. В своей деятельности по осуществлению конституционного контроля Конституционный Суд в силу закрепленных в новой Конституции общерегулятивных положений о правах и свободах человека, а также признания общепризнанных принципов и норм международного права в качестве составной части правовой системы Российской Федерации, по существу, может и вправе, не ограничиваясь позитивными нормами Конституции, руководствоваться также общеправовыми принципами и положениями. По логике конституционной концепции правопонимания конституционно-правовой контроль Конституционного Суда — это по своей сути **общеправовой контроль за нормативными актами**.

Такой характер и смысл функций Конституционного Суда в полной мере соответствует новой правовой идеологии Конституции, идее господства права и верховенства правового закона, природе и назначению правовой государственности. Не противоречит это и положению Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации” (от 24 июня 1994 г.), согласно которому “Конституционный Суд Российской Федерации решает исключительно вопросы права” (абзац 2 ч. 7 ст. 3). Ведь право, согласно конституционной концепции правопонимания, — это не только позитивное право, но и естественное право и прежде всего — природные и неотчуждаемые основные права и свободы человека. И именно соответствие или несоответствие этим правам и свободам человека как раз и определяет правовой (или неправовой, правонарушающий) характер всех нормативных актов государства, всех норм действующего законодательства.

6. Разделение властей

Присущая новой российской Конституции концепция правопонимания включает в себя в целом и правовое понимание государства и соответственно — правовую организацию государственной власти. В институционально-правовом плане это нашло свое выражение в **конституционном закреплении определенной системы разделения властей** в рамках общей концепции российской правовой государственности.

Сам принцип разделения властей сформулирован в Конституции (ст. 10) следующим образом: “Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны”.

Дальнейшая конкретизация этих общих положений о разделении властей в соответствующих главах Конституции, определяющих статус и полномочия Президента Российской Федерации (гл. 4), Федерального Собрания (гл. 5), Правительства Российской Федерации (гл. 6), судебной власти (гл. 7), свидетельствует о конституционном закреплении своеобразной российской модели президентской республики.

Существо этого своеобразия состоит в том, что система разделения и взаимодействия властей носит в целом **асимметричный и несбалансированный характер** — с явным перекосом в пользу полномочий Президента и его доминирующей роли в решении государственных дел, с очевидными слабостями других ветвей власти в их соотношении с президентской властью.

Конституция наделяет Президента весьма широким кругом прав, который, по существу, охватывает все сферы и направления организации и осуществления в стране государственной власти.

Президент Российской Федерации является главой государства и гарантом Конституции. В соответствии с Конституцией и федеральными законами он “определяет основные направления внутренней и внешней политики государства” (ч. 3 ст. 80).

Хотя в соответствии с зафиксированным в ст. 10 Конституции принципом разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную ясно, что **президентская власть (вся совокупность конституционных полномочий Президента) это власть именно исполнительная**, однако по смыслу ряда других статей Конституции президентская власть как бы выносится за рамки данной классической триады и конструируется в виде некой отдельной (исходной, базовой) власти, возвышающейся над этой стандартной триадой.

Так, в Конституции (ч. 1 ст. 11) содержится положение о том, что “государственную власть в Российской Федерации осуществляют Президент Российской Федерации, Федеральное Собрание (Совет Федерации и Государственная Дума), Правительство Российской Федерации, суды Российской Федерации”. Здесь уже фигурируют **четыре власти**. Это представление о четырех властях подкрепляется и другими конституционными

положениями, согласно которым Президент “обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти” (ч. 2 ст. 80), а “исполнительную власть Российской Федерации осуществляет Правительство Российской Федерации” (ч. 1 ст. 110).

Одновременно, согласно Конституции (ст. 83, 111—112, 116—117), Президент обладает широкими решающими полномочиями как в сфере исполнительной власти в целом, так и в вопросах формирования и отставки Правительства (в частности назначение с согласия Государственной Думы Председателя Правительства, право председательствовать на заседаниях Правительства, принятие решения об отставке Правительства и т.д.).

Из содержания и характера конституционной регламентации полномочий Президента и Правительства можно сделать вывод о том, что президентская власть, помимо исключительных прав Президента, включает в себя, по существу, и весь комплекс решающих полномочий исполнительной власти.

Отсутствие необходимой четкости в этом вопросе неизбежно порождает противоречия в системе разделения властей и ведет к дублированию и параллелизму в деятельности Правительства и президентских структур (Администрация Президента, Совет Безопасности и т.д.).

Неопределенность самой конструкции исполнительной власти (Президент, Правительство) дополняется отсутствием надлежащего баланса в ее отношениях с российским парламентом (Федеральным Собранием), который по Конституции (ст. 94) является “представительным и законодательным органом Российской Федерации”.

Федеральное Собрание по Конституции вообще не участвует в формировании Правительства, за исключением того, что в отношении назначаемого Президентом Председателя Правительства требуется согласие Государственной Думы. Причем “после трехкратного отклонения представленных кандидатур Председателя Правительства Российской Федерации Государственной Думой Президент Российской Федерации назначает Председателя Правительства Российской Федерации, распускает Государственную Думу и назначает новые выборы” (ч. 4 ст. 111).

К полномочиям Президента относится и представление кандидатур на те должности, назначение которых относится к **компетенции Совета Федерации** (должности судей Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, а также Генерального прокурора

Российской Федерации) или Государственной Думы (должность Председателя Центрального банка Российской Федерации).

В области контрольных функций парламент обладает лишь правом контроля за исполнением Правительством федерального бюджета (ч. 5 ст. 101).

Государственная Дума может выразить недоверие Правительству. При этом Президент вправе объявить об отставке Правительства либо не согласиться с решением Государственной Думы. Если Государственная Дума в течение трех месяцев повторно выразит недоверие Правительству, Президент вправе объявить об отставке Правительства либо распустить Государственную Думу (ч. 3 ст. 117).

Если вопрос о доверии Правительству поставлен Председателем Правительства и Государственная Дума в таком доверии отказывает, Президент имеет право в течение семи дней принять решение об отставке Правительства или о роспуске Государственной Думы и назначении новых выборов (ч. 4 ст. 117).

Президент, согласно Конституции (ст. 93), может быть отрешен от должности Советом Федерации только на основании выдвинутого против него Государственной Думой обвинения в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления, подтвержденного заключением Верховного Суда Российской Федерации о наличии в действиях Президента признаков преступления и заключением Конституционного Суда Российской Федерации о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения. Но процедура эта очень сложная и практически не реализуемая.

Становление правового государства невозможно без утверждения **независимой судебной власти** и ее всесторонней правозащитной деятельности.

Советские суды на протяжении многих десятилетий партийно-коммунистической власти были подчиненными и послушными звеньями машины классового насилия. В идеологии и на практике господствовало известное ленинское положение о том, что диктатура пролетариата есть власть, опирающаяся непосредственно на насилие, не связанная никакими законами. В этих условиях объективное правосудие и независимый суд были просто невозможны.

Унизительное положение суда и судей, их полная подчиненность партаппарату и правящей номенклатуре были общеизвестным фактом. О господстве в советских судах так называемого “телефонного права” (т.е. устных директив от вышестоящих звеньев номенклатуры) знали все. Поэтому конституцион-

ная декларация тех лет о том, что “судьи независимы и подчиняются только закону” в неофициальном варианте звучала так: “Судьи “независимы” и подчиняются только райкому”.

Старая судебная система не была изменена и в годы перестройки. Правда, 4 августа 1989 г. был принят Закон СССР о статусе судей, но дело до реализации этого половинчатого (по-своему советско-коммунистического) акта не дошло.

Идея деполитизации и департизации суда и других государственных учреждений содержалась в Указе Президента РСФСР от 20 июля 1991 г. “О прекращении деятельности организационных структур политических партий и массовых общественных движений в государственных органах, учреждениях и организациях РСФСР”. Первыми действительно важными шагами на пути к новому суду в России стали формирование и деятельность Конституционного Суда России. Закон РСФСР “О Конституционном суде РСФСР” был принят Верховным Советом РСФСР 6 мая 1991 г. и утвержден Съездом народных депутатов РСФСР 12 июля 1991 г. Указом Президента от 24 декабря 1993 г. этот закон был признан недействующим. Как сам Закон 1991 г., так и деятельность Конституционного суда РСФСР (в 1992—1993 гг.), несмотря на их недостатки, оказали заметное влияние на формирование независимой судебной власти в России.

Целый ряд новых полномочий о суде был закреплен в Законе РСФСР 1992 г. “О статусе судей в Российской Федерации”¹. В этом Законе содержится положение о том, что судебная власть самостоятельна и действует независимо от законодательной и исполнительной властей.

Сформулированные в этом законе основные принципы формирования и деятельности независимой судебной власти в России получили в дальнейшем свое признание и закрепление в новой Конституции. В ней (ст. 118) провозглашено положение о том, что “правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом”. Согласно Конституции (ч. 1 ст. 120), “судьи независимы и подчиняются только Конституции и федеральному закону”. Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Создание чрезвычайных судов не допускается. Конституция (ст. 120—122) закрепляет принципы независимости, несменяемости и неприкосновенности судей.

¹ См.: Палеев М.С., Пашин С.А., Савицкий В.М. Закон о статусе судей в Российской Федерации. Комментарий. М., 1994.

Судопроизводство, согласно Конституции (ст. 123), осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон. В случаях, предусмотренных федеральным законом, судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей.

Конституция (ст. 125—128) определяет основные полномочия и новый порядок формирования Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

Во втором разделе новой Конституции (“Заключительные и переходные положения”) отмечается, что суды в Российской Федерации осуществляют правосудие в соответствии с их полномочиями, установленными в новой Конституции (ст. 5). После вступления в силу новой Конституции судьи всех судов Российской Федерации сохраняют свои полномочия до истечения срока, на который они были избраны. Вакантные должности замещаются в порядке, установленном новой Конституцией.

Прежний порядок судебного рассмотрения соответствующих дел сохраняется впредь до принятия и введения в действие федерального закона, устанавливающего порядок рассмотрения дел с участием присяжных заседателей (ст. 6). До приведения уголовно-процессуального законодательства в соответствие с положениями новой Конституции сохраняется прежний порядок ареста, содержания под стражей и задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления.

Названные положения Закона “О статусе судей в Российской Федерации” от 26 июля 1992 г. и новой Конституции о судебной власти все еще во многом остаются на бумаге и далеки от надлежащей реализации в жизни.

В плане практических шагов судебной реформы заслуживает внимания введенный с 1 ноября 1993 г. в виде эксперимента на территории ряда регионов (Ставропольский край, Ивановская, Московская, Рязанская и Саратовская области) новый порядок судопроизводства — участие присяжных заседателей при рассмотрении в соответствующих краевых и областных судах дел об особо тяжких преступлениях. В дальнейшем этот новый порядок был распространен на некоторые новые регионы (Алтайский и Красноярский края, Ульяновская и Ростовская области).

Важным шагом в развитии судебной реформы стало принятие Федерального конституционного закона “О судебной системе Российской Федерации” от 26 декабря 1996 г.

В целом, однако, судебная реформа осуществляется медленно и непоследовательно, в условиях мощного сопротивления со стороны разного рода консервативных сил и бюрократических структур.

В складывающихся условиях чрезвычайно важно, чтобы так трудно обретаемая независимость суда и судей от прежнего партийно-административного диктата и контроля не обернулась бы дурной “независимостью” от всего и вся, словной “свободой” для себя, кастовой автаркией судебной власти, ее превращением в непроницаемое и бесконтрольное “государство в государстве”. Иначе наше общество, столь долго ждущее независимого суда, окажется в феодальной зависимости от него.

Многое здесь в конечном счете будет зависеть от уровня правовой культуры и государственно-правового сознания наших судей, их ответственности за судьбы правопорядка в стране, их активной и последовательной позиции в утверждении начал права, правовой законности и правосудия во всех сферах общественной и государственной жизни, включая, разумеется, и сферу судебной власти. Никто эту правоутверждающую и правозащитную работу вместо суда и без суда не сделал и сделать не сможет. Отсюда и его незаменимая роль и решающее значение для всей реальной правовой жизни, прав и свобод человека, гражданского общества и правового государства.

В современных условиях судебная власть может и должна утверждаться и развиваться лишь в русле нового конституционного правопонимания, на основе и в границах строгого и последовательного соблюдения принципа разделения властей и требований конституционно-правовой законности. С такой правовой перспективой явно расходятся распространенные ошибочные представления о наделении российского суда не принадлежащими ему и не присущими его природе правотворческими полномочиями.

Судебная практика — не “источник права” (в смысле судебного правотворчества), а реальность действия, применения и защиты права¹. Это важно как само по себе, так и для совершенствования и развития права. Судебная практика, не будучи правотворчеством, является одним из важных источников для правотворчества. Но последнее относится к полномочиям других властей.

Суд не законодательствует и не управляет. Он применяет право. Отсюда и очевидность отрицательного ответа на вопросы типа: имеет ли суд в рамках российской конституционной системы разделения властей право на правотворчество, должен

¹ См.: *Нерсисянц В.С.* Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34—41.

ли он создавать новое право, т.е. одновременно и законодательствовать, и применять закон?

Основной смысл разделения властей состоит в разграничении функций, правомочий и сфер деятельности этих властей, так чтобы каждая из них занималась своим делом. Необходимо при этом взаимодействие (как и соответствующая система сдержек и противовесов) может и должно осуществляться только в строгом и последовательном соответствии с требованием принципа разделения властей. Иначе получится признание принципа разделения властей лишь на словах, а фактически — смешение функций, правомочий и сфер деятельности этих властей, наделение, например, судебной власти также и правотворческими полномочиями.

Сторонники права суда на правотворчество исходят из ложного представления, будто всякая государственная власть (а следовательно, и судебная власть) автоматически включает в себя такое право. Но судебная власть — это власть в совершенно другом смысле и с качественно иными правомочиями, чем власть законодательная или исполнительная. Без таких качественных отличий функций и полномочий разных государственных властей нельзя было бы вообще говорить о разделении властей. Положение же о том, что любая ветвь государственной власти может создавать право, является лишь модификацией и распространением уже на три власти прежних (легистских, позитивистских, этатистских) представлений о том, что право — это продукт государства, приказ (обязательное, официально-принудительное установление) государственности.

Правозащитная, правоутверждающая и правонесущая роль суда в российской государственно-правовой системе связана с надлежащей реализацией его функций и задач именно в области действия права, в правоприменительной сфере. По смыслу конституционного разделения властей акты всех звеньев судебной системы (судов общей юрисдикции, арбитражных судов, Конституционного Суда Российской Федерации, конституционных судов субъектов Федерации) — несмотря на их внешние различия — являются именно правоприменительными актами. Только в этом своем качестве они и обязательны.

Повышение роли судебной власти в современных условиях состоит в последовательной и полной реализации ее полномочий как независимой и полновластной защитницы права и правового закона, прав и свобод человека и гражданина. Перед российским судом открылась возможность в своей правоприме-

нительной деятельности руководствоваться не директивами “телефонного права”, а объективными (независящими ни от каких властей) принципами и нормами самого права. Правосудию как суждению по праву необходимо придать его исходный и исконный смысл справедливости. Не зря же богиня Справедливости Фемида изображена с Весами Правосудия. Она же не законы издает, а защищает правопорядок, по справедливости воздает каждому — свое, т.е. применяет право.

Судейское же правотворчество — это опасный симбиоз судь и законодателя в одном лице. Против подобных опасностей как раз и направлен принцип разделения властей в правовом государстве.

7. Конституционная модель правового государства: пути ее совершенствования и реализации

Конституционная модель российского правового государства в полном объеме все еще не осуществлена на практике. Поэтому первоочередной задачей (и для законотворческой практики, и для юридической теории) является доведение до конца процесса формирования всех конституционных институтов, конструкций и процедур, принятие всех предусмотренных Конституцией федеральных конституционных и федеральных законов, словом, довершение конституционной модели российской государственно-правовой системы (в ее статике и динамике) на всех уровнях (общефедеральном, на уровне субъектов Федерации и на местном уровне).

Особого внимания при этом заслуживают проблемы судебной реформы и задачи формирования такой судебной системы, которая в действительности была бы мощной защитницей конституционализма, единой для всей страны конституционной законности и общего правопорядка. Судебная власть, руководствующаяся конституционным правопониманием и принципами правовой законности, призвана защитить и укрепить конституционно-правовые основы и общеправовой характер всего постсоветского строя в России, существенно усилить правовой профиль формирующейся российской федеративной государственности, значительно облегчить нагрузки двух первых ветвей власти, понизить напряженность в их взаимоотношениях, содействовать их согласованному взаимодействию на почве и в рамках всеобщей и единой конституционной законности.

Параллельно с претворением в жизнь конституционной модели российского правового государства должна вестись

систематическая работа (практическая и научно-юридическая) в плане преодоления внутренних недостатков самой этой модели.

Речь прежде всего идет о таких недостатках, как несбалансированное разделение властей, отсутствие надлежащей эффективно действующей системы сдержек и противовесов во взаимоотношениях различных властей, противоречия и неопределенности в конструкции исполнительной ветви власти и в ее взаимоотношениях с представительной властью (раздвоение исполнительной власти на президентскую и правительственную, усугубленное независимостью правительства от парламента), чрезмерная асимметрия в федеративном устройстве единой российской государственности, отсутствие необходимой ясности в распределении полномочий между Федерацией в целом и ее субъектами, отсутствие четкой иерархии источников действующего в стране права, неопределенность статуса прокуратуры (она упомянута в главе о судебной власти, хотя должна быть отнесена к исполнительной власти), внутренняя противоречивость негосударственной концепции местного самоуправления с фактическим наделением его государственно-правовыми полномочиями, чрезмерная жесткость (и практическая нереализуемость даже в интересах сохранения самой Конституции) порядка принятия конституционных поправок и т.д.

Научная и практическая значимость преодоления этих и других противоречий очевидна, поскольку только на основе внутренне согласованной и надлежаще сбалансированной системы принципов, институтов, норм и процедур конституционализма возможно стабильное продвижение страны в направлении к правовому строю и прочному правопорядку.

Стабильность и долгосрочность конституционной модели российского правового государства (наряду с полнотой, завершенностью и внутренней согласованностью этой модели) являются необходимыми условиями ее успешной практической реализации. Поэтому принципиально важно, чтобы необходимые для утверждения конституционализма улучшения, изменения и корректировки исходной конституционной модели российской государственности осуществлялись бы на основе принципов, норм, механизмов и процедур нынешней Конституции — в рамках ее толкования, соответствующих поправок и дополнений к ней, словом, ее совершенствования.

Ключевая задача в этом плане состоит в том, чтобы, оставаясь в целом в рамках действующей Конституции и прочно блокируя опасный путь борьбы за принятие какой-то другой Конституции, доступными конституционными средствами (пра-

зумный компромисс различных властей во имя сохранения нынешней Конституции, развитие и укрепление системы и механизма сдержек и противовесов во взаимоотношениях различных властей, соответствующие толкования Конституционного Суда, необходимые поправки к Конституции и т.д.) **ввести полномочия Президента в русло и границы исполнительной власти, усилить полномочия парламента как представительной и законодательной власти, создать и утвердить сильную правозащитную судебную власть** и в результате всего этого добиться такого реального баланса трех самостоятельных ветвей власти, который необходим и достаточен для их согласованного действия и нормального функционирования.

В отношениях между президентской и законодательной властями особого внимания заслуживает **конкуренция между актами Президента Российской Федерации и федеральными законами**. Согласно Конституции (ст. 90), обязательные для исполнения на всей территории Российской Федерации указы и распоряжения Президента Российской Федерации “не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам”. Здесь, отчасти ввиду больших пробелов в законодательстве, явно нарушен **принцип иерархии источников права** (Конституция — закон — указ и т.д.) в рамках правового государства. Данный принцип требовал иной формулировки, а именно: “Указы и распоряжения Президента Российской Федерации издаются на основании и во исполнение Конституции Российской Федерации и федеральных законов”.

Очевидно, что указное законотворчество, какие бы доводы при этом ни приводились, нарушает правомочия законодательной власти и девальвирует принцип верховенства правового закона. Тем самым подрываются и общие основы всей системы нормативно-правовых актов. С учетом сложностей внесения в Конституцию поправок было бы целесообразно данную коллизию между законом и указом разрешить в пользу верховенства закона посредством соответствующего толкования Конституции Конституционным Судом Российской Федерации.

В целом в плане совершенствования и реализации конституционной модели российской правовой государственности — с учетом российского опыта и нынешнего трудного пути к конституционализму и правовой демократии — наиболее острой и сложной остается проблема разумного сочетания исполнительной (т.е. по существу — президентской) власти с надлежащей представительной властью, полномочия которой соответствова-

ли бы смыслу, идеям и требованиям разделения властей и правовой государственности.

Судьбы российского конституционализма и правовой государственности в складывающихся условиях во многом будут зависеть от успехов на пути к достижению и утверждению жизнеспособного баланса различных властей на базе и в общих рамках действующей Конституции Российской Федерации.

Стратегическая задача состоит в том, чтобы преодолеть застарелый порок российской власти — тенденцию к ее монополизации и бесконтрольности — теперь уже, в наше конституционное время, в системе разделения властей. Опыт российской политической истории учит, что это очень трудно, но крайне необходимо. Нынешние постсоциалистические реалии свидетельствуют, что это, пока возможно, должны сделать сторонники действующей либерально-демократической Конституции, не откладывая дело до прихода к власти ее противников.

Глава 11. Перспективы постсоциалистического развития общества, права и государства: концепция цивилизма

1. Проблема выбора постсоциалистического пути развития

Мы все сегодня, на Востоке и на Западе, — современники больших изменений во всемирной истории. Прежний миропорядок и само направление всемирно-исторического развития определялись в XX в. антагонизмом между капитализмом и социализмом, борьбой между коммунистической и буржуазной идеологиями. С радикальным изменением одного из этих полюсов неизбежны существенные трансформации и на другом полюсе, а вместе с тем и во всем мире.

Глобальное значение в этой связи приобретает проблема постсоциализма. Характер постсоциализма во многом определит направление развития последующей истории. Речь идет о путях развития всей человеческой цивилизации. Ведь воздействие коммунистической идеи в той или иной форме человечество испытывает несколько тысячелетий. Уже два с половиной тысячелетия назад Платон предлагал свои проекты преодоления частной собственности и достижения “фактического равенства”. А это — основная идея всего коммунистического

движения, в русле которого в XIX в. сформировалось марксистское учение, а в XX в. практически возник и утвердился социалистический строй в России и в ряде других стран (в меру уничтожения там частной собственности и социализации средств производства и вместе с тем — отрицания права и формально-правового равенства).

Теперь, к концу века, по Европе уже бродит призрак постсоциализма. Но концептуальные характеристики постсоциалистического строя и в целом проблематика постсоциализма остаются дискуссионными.

Конечно, в самом общем виде ясно, что та или иная концепция постсоциализма зависит от того, как понимается и трактуется сам социализм, практически сложившийся в России и в ряде других стран. Вместе с тем можно сказать, что только постсоциализм выявит подлинную природу и суть предшествующего социализма, его действительное место и значение в историческом процессе. Смысл нашего социалистического прошлого объективно-исторически определится тем или иным вариантом возможного для нас постсоциалистического будущего.

Ведь будущее — это всегда какой-то итог и резюме всего предшествующего развития. О смысле прошлого и настоящего объективно можно судить лишь по зрелым результатам будущего. Поясняя сходную мысль, Аристотель говорил, что порода лошади проступает и проясняется по мере ее взросления. О том же самом в Евангелии сказано: по плодам их узнаете их.

Причем характер постсоциалистического строя, та или иная концепция постсоциализма имеют существенное значение для понимания, трактовки и оценки как социализма, так и исторического процесса в целом. Здесь мы имеем дело с диалектикой всемирной истории. И логику движения от социализма к постсоциализму можно адекватно уяснить лишь в контексте всемирно-исторического прогресса свободы и права.

Сегодня мы живем в редкое время — время обновления как самой истории, так и ее понимания. Современный кризис социализма обозначил начало нового большого поворота в ходе всемирной истории. В такие эпохи появляется объективная возможность мысленно заглянуть за предстоящий исторический поворот и благодаря такому новому видению будущего по-новому оценить прошлое и настоящее.

Сова Минервы, говорил Гегель, начинает свой полет в сумерки — во времена, когда на смену старому строю идет новый. В конкретно-историческом плане для Гегеля речь шла о

преодоления “старого режима” и победе нового строя, основанного на частной собственности и признании формально-правового равенства всех, т.е. о переходе от феодализма к капитализму. Для него всемирная история как прогресс свободы, по существу, кончается этим (капиталистическим) строем, поскольку, согласно его концепции, уже невозможно ничего принципиально нового в развитии и формообразованиях свободы (сверх свободной частной собственности, всеобщего формально-правового равенства и соответствующих им гражданского общества и правовой организации государства).

В условиях современного краха социализма идея конца истории (в русле гегелевской ее трактовки) получила как бы практическое подтверждение и вместе с тем новое дыхание¹.

Концепция буржуазного, капиталистического конца истории и исторического прогресса была в эпоху Гегеля естественным и необходимым следствием последовательного признания и защиты принципа формального равенства индивидов, без которого невозможны вообще право, индивидуальная свобода, собственность и т.д. Если свобода возможна лишь в правовой форме, а право предполагает формальное равенство индивидов (и соответственно — различия во владении собственностью, т.е. частную собственность), то отсюда Гегель для своего времени заключал, что предел свободы, ее высшая и последняя ступень в историческом развитии (и в этом смысле — “конец истории”) — это всеобщее формально-правовое равенство, признание которого как раз и характерно для капитализма. Поэтому здесь, по существу, и остановилась гегелевская диалектика исторического прогресса свободы и права.

Примечательно, что и согласно марксизму присущие капитализму формы свободы (формальное равенство и свобода индивидов, частная собственность, гражданское общество и правовое государство) — последняя ступень в историческом прогрессе права (а именно буржуазного права как наиболее развитого и исторически последнего типа права, согласно марксизму): после капитализма (т.е. при коммунизме) право и государство “отмирают”, частная (или индивидуализированная)

¹ Этим обусловлено и широкое распространение статьи Ф.Фукуямы, который (со ссылкой на Гегеля и неогегельянца А. Кожева) дает гегельянское “добро” нынешнему процессу капитализации социализма и в целом капиталистическому (в духе, как говорят, современного западного либерального, рыночного и т. д. строя) концу мировой истории и человеческой цивилизации. См.: *Фукуяма Ф. Конец истории? // Вопросы философии.* 1990. № 3. С. 134—148.

собственность на средства производства, “буржуазный индивидуализм” и т.д. отрицаются.

Принципиальная разница здесь в том, что для Гегеля капитализм — вершина исторического прогресса, а для марксизма и коммунистической идеологии — лишь последняя ступень в “предистории” человечества, настоящая история которого, по марксистской версии, начнется с уничтожения капитализма и кончится “полным коммунизмом”. Если Гегель отвергал коммунистическое по своей сути требование “фактического равенства” (равенство во владении собственностью и т.д.) из-за несовместимости такого “фактического равенства” с формальным равенством (т.е. с принципом права и свободы), то коммунистическая доктрина и практика, напротив, отвергают принцип формального равенства (а следовательно — право, свободу, собственность индивидов и т.д.) ввиду его несоответствия требованию “фактического равенства”.

И Гегель, и Маркс — при всем радикальном различии их позиций — одинаково отрицали дальнейший прогресс права, саму возможность послебуржуазного типа права, т.е. возможность развития правовой формы свободы, появления более содержательной формы права, новой формы права, выражающей большую меру свободы индивидов, более высокую ее ступень. Поскольку для Гегеля прогресс свободы в социальной истории в принципе возможен лишь в правовой форме, лишь как прогресс права (и государства как правового института), он и связывал конец истории с уже достигнутым (буржуазным) типом права. По Марксу, напротив, прогресс свободы продолжится в неправовой (и в безгосударственной) форме, и настоящая свобода начнется после капитализма, с преодолением буржуазного права и государства. И вполне последовательно Маркс (и вслед за ним Энгельс и Ленин) ни о каком послебуржуазном праве (о “пролетарском праве” или о “социалистическом праве”) не говорил, допуская лишь на первой фазе коммунизма (т.е. при социализме) так называемое “буржуазное право” (буржуазное “равное право”) для осуществления равной потребительской оплаты за равный труд¹.

¹ См.: *Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 19. С. 18—19; Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 94—99.* Термин “пролетарское право” получил широкое распространение вскоре после революции (в работах П.И. Стучки, Д.И. Курского, Н.В. Крыленко и др.). Термин же “социалистическое право” появился в литературе (в статье Е.Б. Пашуканиса) в середине 30-х годов. См.: *Пашуканис Е. Государство и право при социализме // Советское государство.* 1936. № 3. С. 4.

В каком же соотношении находятся эти версии “конца истории” и в целом проблема исторического прогресса свободы и права с учетом последующей истории и практического опыта реального социализма?

Фундаментальный факт всемирно-исторического смысла и значения состоит в том, что с учетом самых существенных критериев (социальных, экономических, правовых, политических, моральных и т.д.) известный нам по практическому опыту XX в. социализм (социализм “советского образца”, социализм в духе марксистско-ленинского учения) — это логически и практически единственно возможный пролетарский, небуржуазный (противоположный капитализму и всем частнособственническим обществам и радикально их отрицающий), а потому самый настоящий, подлинный, реальный социализм.

Социализм — переходный строй. Предполагалось, что уничтожение “экономического неравенства” капитализма и создание социалистической собственности будут означать движение к коммунизму. Но в реальной истории это не подтвердилось. Хотя максимум того, что вообще можно реально сделать в направлении социализации собственности и жизни, уже давно сделано.

Между тем в историческом движении от прежнего равенства к будущему большему равенству социализм действительно занимает промежуточное положение отрицания прошлого без утверждения будущего. Вслед за таким отрицательным моментом необходимо и завершение — позитивный момент, достижение и утверждение нового равенства, т.е. абсолютно необходимой исходной базы для нового права.

Негативный характер принципа социализма обусловлен в конечном счете тем, что социалистическая собственность (т.е. базис всего социализма) — это лишь последовательное и всеохватывающее отрицание частной собственности на средства производства. Этот негативный принцип исключает возможность правового равенства и права в целом, правовой защиты людей, правовых гарантий и т.д.

В целом социализм как отрицание прошлого и радикальный антикапитализм представляет собой негативную стадию в развитии мировой истории. И для его краткой характеристики очень подходят слова из предметного указателя к одному из советских уголовных кодексов: “Свобода — см. лишение свободы”.

Главная проблема постсоциализма связана с тем или иным ответом на вопрос о том, куда и как можно идти дальше от социалистического принципа отсутствия “экономическо-

го неравенства” — назад, к восстановлению “экономического неравенства” (т.е. частной собственности, буржуазного права и т.д.) или вперед, к новому, большему равенству в экономике, праве и т.д.

Сложность нашего пути к настоящей собственности (а вместе с тем — к праву, свободе и т.д.) состоит в том, что от обезличенной социалистической собственности “всех вместе” необходимо перейти к индивидуализированной собственности, но вместе с тем это не может быть возвратом к частной собственности.

В силу буржуазности и частнособственнической основы всякого до сих пор известного права получается, казалось бы, совершенно тупиковая и неразрешимая ситуация: с одной стороны, жизненно необходимо от неправового, тоталитарного социализма перейти к правовому строю, но, с другой стороны, всякое движение в направлении к праву может вести лишь к буржуазному праву и, следовательно, к частнособственническим отношениям, словом — к капитализму. На этом тупиковом пути к праву (и всему остальному, что связано с правом и невозможно в условиях бесправия) оказались пока что и мероприятия по преобразованию социализма в капитализм. Здесь, кстати говоря, коренятся глубинные причины неудач многолетних попыток осуществить их.

Избранный курс преобразований (на путях “разгосударствления” и приватизации бывшей социалистической собственности) ведет пока что не к капитализму, а к весьма неразвитым, докапиталистическим (добуржуазным) социальным, экономическим, политическим и правовым формам и отношениям.

Глубинные причины, в силу которых мы в результате проводимых прокапиталистических реформ неизбежно оказываемся в докапиталистической (можно сказать, нефеодальной) ситуации, кроются в природе складывающихся у нас общественных и политических отношений, в типе собственности и права. Эта типология предопределена постсоциалистическим огосударствлением собственности, т.е. созданием такой собственности, которая еще не свободна от государственной власти, и такой государственной власти, которая еще не свободна от собственности. В социально-историческом измерении подобная ситуация характерна для феодальной стадии, когда экономические и политические явления и отношения в силу их неразвитости еще не отделились друг от друга и не образовали две различные сферы относительно независимого, самостоятельного бытия. Такой симбиоз власти и собственности, политики и экономики означает, что общественно-политическое

целое еще не дозрело до дифференциации на частно-правовую и публично-правовую области, на гражданское общество и правовое государство.

В конце XX в., конечно, не может быть простого повторения исторически известного классического феодализма в чистом виде и полном объеме. Но и феодализм бывает разный. Своеобразие складывающихся в наших постсоциалистических условиях тенденций к феодализации определяется уникальностью нашей государственной собственности и особенностями формируемой на этой основе системы политико-экономических и правовых отношений.

Феодальная природа исходного начала “власть-собственность” по-феодальному деформирует и власть, и собственность, и отношения между ними. Отметим некоторые основные моменты этой тенденции к феодализации. Прежде всего сама формирующаяся постсоветская российская государственность в силу огосударствления собственности оказывается — в духе феодализма (отсутствие внутригосударственного суверенитета, общего правопорядка и единой законности, партикуляризм и разноречивость в действующем праве, тенденции к сепаратизму и автаркии) — совокупностью множества фактически достаточно независимых друг от друга государственных образований, наглядно демонстрирующих отсутствие подлинного внутреннего государственного суверенитета. Причем это не обычная, характерная для развитого государства, децентрализация единых государственных полномочий и функций, не их частичная передача от государственного центра местам. Напротив, в нашей центробежной ситуации места сами претендуют на роль независимых центров. С этим и связана тенденция к формированию множества самостоятельных центров власти-собственности, по своей сути запрограммированных и ориентированных на утверждение, в меру возможности, своего суверенитета, на отрицание или ограничение суверенитета объединяющего их государственного целого.

Такой процесс десувверенизации целого и суверенизации его составных частей, названный “парадом суверенитетов”, усугублен и усилен в России национальным фактором. Но многое здесь обусловлено, мотивировано и актуализировано именно постсоциалистическим огосударствлением собственности, в результате чего появилось, как минимум, 90 центров власти-собственности (Федерация в целом и 89 ее субъектов), не считая прочие региональные и местные претензии на власть и собственность. В этой ситуации объективно — независимо от субъективной воли ее участников — мера и пространство вла-

сти определяют ареал и состав ее собственности. В свою очередь, такая собственность в сложившейся обстановке — необходимое условие и материальная основа для утверждения в качестве государственной власти на определенной территории.

Подобная отягощенность формирующейся государственности (на всех уровнях — общефедеральном, региональном, местном) собственностью развязывает мощную и долгосрочную центробежную тенденцию к самостийности и феодальному дроблению страны. **Утверждению единого государственного суверенитета в России препятствует именно государственная собственность в руках Федерации в целом и ее субъектов. Государство-собственник мешает государству-власти утвердиться в качестве суверенной организации,** поскольку суверенитет по своей природе — это организация власти, а не собственности. И в этом можно увидеть своеобразную расплату за неправомерное огосударствление общественного достояния (бывшей социалистической собственности) и ее приватизацию в пользу узкого слоя общества за счет всех остальных граждан, имеющих равное право на одинаковую долю от социалистического наследства, т.е. равное право на гражданскую собственность. Вместо того чтобы наконец-то стать общим делом народа, посттоталитарное государство из-за деформирующей его собственности оказывается во многом частным делом федеральной и региональной бюрократии, новых политико-экономических элит в центре и на местах.

Очевидно, что там, где нет прочно утвердившейся единой системы суверенной государственной власти, там по определению не может быть реального верховенства обязательного для всех закона и вообще единой законности и общего правопорядка, единого экономического, политического и правового пространства. Поэтому для реально складывающейся ситуации характерны такие **типично феодальные явления**, как отсутствие в стране единого правового пространства, общего правопорядка и единой законности, девальвация роли закона, бездействие общих правовых принципов и норм, конкуренция источников права, разноречивость и противоречия между различными нормативными актами, раздробленность, мозаичность и хаотичность правовой регуляции, корпоративный, “сословно-цеховой” характер различных полномочий и правовых статусов. Вместо декларированных в новой Конституции всеобщих прав человека и гражданина и в противовес принципу всеобщего правового равенства в реальной жизни доминирует дух корпоративизма, действует множество нормативно установленных общефедеральными и региональными властями особых прав-

привилегий, специальных правовых режимов, разного рода правовых исключений и льгот — в пользу отдельных лиц, групп, профессий, социальных слоев, территорий и т.д.

Особенно откровенно и результативно право как привилегия утвердилось в процессе приватизации и вообще в сфере собственности. Здесь каждый субъект и объект собственности, любой промысел появляется, живет и действует не по единому общему правилу, а в виде исключения из него, в каком-то казусном (т.е. определенном для данного конкретного случая) статусе и режиме. Такой крен в сторону феодализации отношений собственности был задан курсом самой приватизации части объектов огосударственной собственности, в результате которой собственниками такого ограниченного круга объектов реально могли стать лишь некоторые, но никак не все желающие. При этом именно государство (соответствующие государственные органы и должностные лица) как власть и как исходный суперсобственник определяет, кому, как, сколько, для чего и на каких условиях предоставляется собственность.

В процессе огосударствления социалистической собственности и ее частичной приватизации общее для всех право и всеобщее правовое равенство в отношении собственности было выражено в виде фиктивного, бумажно-ваучерного равенства. Приобретение же реальной собственности оказалось привилегией лишь немногих, так что складывающиеся в этих условиях отношения собственности представляют собой пестрый и хаотичный конгломерат особых прав-привилегий. Рука власти настолько зримо управляет всеми этими отношениями собственности, опутанными многочисленными государственными требованиями и ограничениями, что до невидимой руки свободного рынка — целая эпоха. В таких условиях **право-привилегия** — это зависимость любого собственника от усмотрений власти-собственности и привилегия по отношению ко всем остальным. Сверхмонопольная государственная собственность по своему образу и подобию создает в условиях дефицита собственности монопольно привилегированных собственников помельче, которые зависимы от государства, но всеильны по отношению к несобственникам. Параллельно за счет государственной собственности возникают разного рода акционерные общества (от мелких до гигантских монополий), которыми без надлежащего государственного контроля распоряжаются отдельные лица, группировки и кланы.

Процесс поляризации постсоциалистического общества на меньшинство собственников и большинство несобственников

протекает в духе именно таких прав-привилегий в сфере собственности и иных отношений. Отсюда далеко до буржуазного гражданского общества, где давно уже утвердившееся всеобщее формально-правовое равенство существенно дополняется развитой системой социальной политики за счет собственников и верхов общества в пользу несобственников и низов общества. Разница большая, можно сказать, формационная. Именно на несобственников в нашей ситуации падает основная тяжесть преобразований, в результате которых в большом выигрыше оказываются весьма узкий слой собственников и новая номенклатура, осуществляющая дележ огосударственной собственности. Большая же часть общества не получает вовремя зарплату, пенсии и пособия.

В целом складывающаяся ситуация становится питательной почвой для социальных, политических и национальных конфликтов, активизации коммунистических, небольшевистских, фашистских и других экстремистских сил и движений, для экономической и всякой иной преступности, взлет которой сопровождается криминализацией всех основных структур, отношений и форм жизнедеятельности общества. Все это (неразвитость отношений собственности и права, умножение и усложнение конфликтов, поляризация социальных слоев и групп, слабость государственных начал и т.д.) усиливает раскол и конфронтацию в обществе, причем значительная часть общества, не получившая своей доли от социалистического наследия, по логике вещей продолжает оставаться в поле притяжения и в резерве коммунистической идеологии.

Но если невозможно просто вернуться к буржуазному праву и частной собственности, то к какому же тогда праву и к какой собственности вообще можно идти от социализма?

Этот вопрос можно сформулировать и по-другому. **Возможно ли такое право, которое признавало бы принцип всеобщего формального равенства (т.е. необходимый принцип всякого права, права вообще) и вместе с тем не было бы буржуазным правом? С данным вопросом неразрывно связан и другой вопрос: возможна ли такая индивидуализированная собственность на средства производства, которая вместе с тем не была бы частной собственностью?**

Положительные ответы на эти вопросы означали бы преодоление представлений о капитализме как **“конце истории”**, принципиальную возможность (при наличии соответствующих объективных условий) **послебуржуазного прогресса свободы, права, государства, собственности** и т.д. и вместе с тем небуржуазные ориентиры и перспективы для постсоциалистического строя.

2. Гражданская собственность, цивилитарное право, цивилизм

Природа коммунизма (и коммунистического отрицания капитализма) как идеи и как практики (в виде реального социализма XX в.) такова, что его действительно (социально-исторически) можно преодолеть и оставить в прошлом лишь адекватным экономико-правовым удовлетворением коммунистических требований в их рационализированном виде, согласуемом с опорными ценностями, институтами, формами и нормами цивилизации. Речь, следовательно, идет о **правовой форме удовлетворения требований и вместе с тем преодоления коммунизма**, о правовом способе перехода от неправового социализма к постсоциалистическому правовому строю. Суть правового подхода здесь в том, что **всеобщий принцип правового равенства должен быть последовательно применен прежде всего в отношении социалистической собственности**, в процессе преобразования этого основного итога социализма в настоящую индивидуализированную собственность на средства производства. Отрицание необходимо преобразовать в утверждение с учетом итогов истории, на более высоком уровне.

С позиций права все граждане — наследники социалистической собственности в равной мере и с равным правом. И за каждым гражданином должно быть признано **право на равную для всех граждан долю во всей десоциализируемой собственности.** Социалистическая собственность тем самым будет преобразована в индивидуализированную гражданскую собственность, и каждый гражданин станет обладателем реального субъективного права на равный для всех минимум собственности. Помимо и сверх этого нового права каждый будет иметь право на любую другую собственность — без ограничительного максимума.

Новый, постсоциалистический строй с такой гражданской (цивильной, цивилитарной) собственностью мы в отличие от капитализма и социализма называем цивилизмом, цивилитарным строем (от латинского слова *civis* — гражданин)¹.

¹ Подробнее см.: *Нерсисянц В.С.* Закономерности становления и развития социалистической собственности // Вестник АН СССР. 1989. № 9; *Он же.* Концепция гражданской собственности // Советское государство и право. 1989. № 10; *Он же.* Прогресс равенства и будущее социализма // Вопросы философии. 1990. № 3; *Он же.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992; *Он же.* Продолжение истории: от социализма — к цивилизму // Вопросы философии. 1993. № 4; *Он же.* Право — математика свободы. М., 1996; *Он же.* Философия права. М., 1997.

Переход от социалистической собственности к гражданской собственности, например, применительно к Российской Федерации можно выразить в **следующей юридико-нормативной (или, точнее говоря, юридико-нормографической) форме.**

Вся бывшая социалистическая собственность в Российской Федерации бесплатно индивидуализируется в пользу всех граждан по принципу равного права каждого гражданина на гражданскую собственность — одинаковую долю от всей преобразуемой социалистической собственности. Все объекты бывшей социалистической собственности становятся объектами права общей собственности всех граждан как равных собственников, владельцев равных индивидуализированных долей собственности в рамках данной общей собственности. Гражданская собственность у всех без исключения гражданина-сособственника арифметический размер доли каждого гражданина-сособственника в общей собственности всех граждан с учетом числа граждан Российской Федерации, тенденций в динамике народонаселения и необходимости резервного фонда гражданской собственности устанавливается (например, в пределах 5-летнего срока) в виде 1/160 000 000 доли общей собственности всех граждан. Юридический статус и титул каждого гражданина в качестве субъекта гражданской собственности официально удостоверяется надлежащим правовым документом о праве собственности. **Право на гражданскую собственность носит личный, прижизненный и неотчуждаемый характер.** Ни один гражданин не может быть лишен права на гражданскую собственность. Гражданская собственность отдельных граждан не подлежит изъятию из общей собственности всех граждан. Право на гражданскую собственность не может быть полностью или частично передано другому лицу. Для каждого гражданина открывается личный счет гражданской собственности, на который в централизованном порядке поступает равная для всех доля от всех доходов, получаемых от общей собственности всех граждан в результате всех форм рыночно-хозяйственного использования объектов этой собственности.

За государством признается лишь право на налоги, но не на доходы от объектов десоциализируемой собственности. Полное отделение государства от бывшей социалистической собственности является необходимым условием для окончательного раскрепощения населения, для формирования свободных собственников и свободного рынка, настоящих экономических и правовых отношений, независимого от политической власти гражданского общества и формирования на такой основе правовой государственности. **Обществу с гражданской собственностью**

стью нужно и соответствующее его сути, целям и интересам государство. И не общество должно приноравливаться к государству, а государство — к обществу и потребностям его членов.

Поскольку арифметический размер доли каждого гражданина в общей собственности зависит от общего числа всех граждан, то применительно к Российской Федерации на сегодня этот размер равняется около 1/150 000 000 доли общей собственности. Завышение числа граждан на 10 млн. продиктовано задачами обеспечения стабильности этой доли (скажем, в течение 5 лет) и формирования необходимого резервного фонда. Но, разумеется, что размер доли можно определить и на более короткие сроки (допустим, на 1 год), — в этом случае величина доли будет, конечно, больше, а резервный фонд меньше.

Юридически говоря, гражданская собственность — это идеальная доля каждого собственника в общей собственности всех граждан. Каково действительное содержание такой идеальной доли, покажет лишь рынок — по мере вовлечения объектов этой общей собственности в товарно-денежные отношения. Фактически владелец гражданской собственности будет получать лишь соответствующую его идеальной доле часть денежных доходов от объектов общей собственности. Эти денежные поступления на специальные счета каждого юридически можно обозначить как реальную долю владельца гражданской собственности, которой он может распоряжаться по своему усмотрению. Сама же гражданская собственность в виде идеальной доли по природе своей не может быть изъята из общей собственности и не может быть предметом какой-либо сделки. Она носит персонально определенный, неотчуждаемый характер и принадлежит гражданину от рождения до смерти. Будущие новые граждане (из числа тех, кто родится или получит гражданство по иным основаниям), как и все прежние граждане, будут иметь одинаковое право на равную гражданскую собственность.

Неотчуждаемое право на гражданскую собственность — это, следовательно, не естественное право каждого человека, а социально-политическое по своему смыслу прижизненное, личное, субъективное право каждого гражданина. Сказанное вовсе не исключает того, что в условиях утвердившегося гражданского права гражданской собственности могут быть наделены и те жители страны, которые не имеют права гражданства.

Равенство в собственности ограничено пределами ранее социализированных средств производства и возможно лишь как

право на равную гражданскую собственность. В концепции равной гражданской собственности речь, таким образом, идет именно о признании и закреплении права каждого на равную долю в десоциализируемой собственности, а вовсе не о вульгарном физическом делении поровну между гражданами самих объектов социалистической собственности, что, помимо всего прочего, в принципе невозможно, поскольку равенство вообще (в том числе и в отношениях собственности) возможно лишь в правовой форме.

Такое равное право на одинаковую гражданскую собственность можно получить лишь после социализма — в правовой форме десоциализации уже наличной социалистической собственности. Поэтому, например, взгляды Платона (в “Законах”), Руссо и других эгалитаристов о фактически равной собственности всех выражают неразвитые представления о природе собственности, права, равенства и свободы. С этим связан и антиправовой, антилибертарный характер их утопий. К тому же фактически равная собственность для них — искомый идеал и конец развития, тогда как равное право на гражданскую собственность предполагает допущение и развитие (сверх этого минимума собственности) также и всех других видов собственности, т.е. возможность и необходимость на базе равной гражданской собственности имущественных различий, нового неравенства в отношениях собственности.

Признание гражданской собственности откроет дорогу для любого экономически целесообразного варианта платной приватизации объектов общей собственности граждан и их вовлечения в товарно-денежные отношения. Это будет в интересах каждого владельца гражданской собственности, поскольку их доходы (денежные поступления на их счета) будут напрямую зависеть от интенсивности такого товарно-денежного оборота. На этой основе естественным образом сформируется то необходимое общественное согласие на переход к рынку, которое недостижимо при нынешней приватизации, осуществляемой в ущерб интересам значительной части общества. Вместе с тем только признание гражданской собственности даст реальную социальную гарантию правомерности, стабильности и общественной защищенности также и всех остальных форм собственности.

В принципе после признания гражданской собственности к платной приватизации могут быть допущены все объекты общей собственности граждан (включая и землю), за исключением объектов общенационального значения. При этом определенная часть некоторых из допущенных к обороту объектов

(например часть земли, полезных ископаемых и т.д.) должна оставаться в общей собственности граждан, т.е. не продаваться, а, скажем, сдаваться в аренду и т.д. Иначе говоря, в **общей собственности всех граждан должна оставаться определенная часть наиболее ценных объектов, необходимая и достаточная для экономически эффективного и результативного функционирования исходной конструкции гражданской собственности.**

Распродажа всех объектов общей собственности граждан и, следовательно, преобразование вещественного состава этой собственности в соответствующие денежные доходы граждан означали бы конец гражданской собственности. Однако не только экономически, но и социально-исторически и политически принципиально важно сохранение на видимую перспективу неотчуждаемого права каждого на гражданскую собственность как гарантированный для всех минимум собственности.

Сверх этого минимума гражданской собственности допускаются и все другие виды собственности, так что физические и юридические лица могут в меру своих возможностей и без всякого ограничения приобретать по правилам рынка себе в собственность любой из объектов, находящихся в товарно-денежном обороте. Разумеется, что в отношении такой (негражданской) собственности ее владелец будет обладать всем комплексом обычных правомочий владения, пользования и распоряжения.

Все эти виды собственности, допускаемые сверх гражданской собственности, можно было бы для простоты назвать “частной собственностью” (индивидуальной, групповой и т.д.), но в строгом социально-экономическом смысле это не частная собственность, точно так же, как и “приватизация” после признания гражданской собственности принципиально отличается от нынешней приватизации (т.е. создания частной собственности), которая проводится до и без признания гражданской собственности. Дело в том, что частная собственность (от античной до наиболее развитой, буржуазной) предполагает наличие несобственников, деление общества на собственников и несобственников. **Наделение всех гражданской собственностью радикально меняет все отношения собственности и сам тип общественного строя:** одно дело антагонизм между собственниками и несобственниками, и совсем другое дело — отношения между владельцами большей и меньшей собственности в условиях неотчуждаемого права каждого на минимум собственности.

Утверждение гражданской собственности будет означать **действительное разрешение проблемы отчуждения, над ко-**

торой бились Гегель и Маркс, поскольку неотчуждаемая гражданская собственность — это реальная гуманизация отношений собственности, действительное преодоление отчуждения от собственности в интересах каждого индивида. Такая собственность преобразует тоталитарное сообщество “всех вместе” в гражданское общество экономически и юридически свободных и независимых индивидов и создаст необходимые условия для господства права в общественной и политической жизни.

Право на гражданскую собственность — это не просто обычное формальное право, абстрактная правоспособность индивида (в духе буржуазного права) иметь (или не иметь) собственность на средства производства, а **уже приобретенное, наличное и неотчуждаемое субъективное право на реальную собственность.**

Таким образом, **цивилитарное право — это новое, послебуржуазное и постсоциалистическое правообразование.** Оно сохраняет принцип любого (в том числе и буржуазного) права, т.е. принцип формального равенства, и вместе с тем содержательно дополняет и обогащает его **качественно новым моментом — равным правом каждого на одинаковый для всех минимум собственности.**

Подобно тому как гражданская собственность — это настоящая, юридически индивидуализированная собственность на средства производства, но уже не буржуазная частная собственность, так и право на гражданскую собственность — настоящее право, но уже не буржуазное право. **Цивилитарное право, таким образом, по своему содержанию и уровню развитости стоит выше предшествующих типов права и, следовательно, в правовой форме воплощает большую меру свободы людей и выражает более высокую ступень в историческом прогрессе свободы в человеческих отношениях.**

Можно допустить, что и видимый дальнейший прогресс свободы будет осуществляться по цивилитарной модели обогащения и дополнения опорного принципа формально-правового равенства новыми неотчуждаемыми субъективными правами.

3. Место цивилизма в историческом прогрессе свободы и права

В контексте объективно-исторической возможности перехода от социализма к цивилизму все остальные варианты преобразования реально сложившегося социализма неизбежно предстают как отклонения от вектора исторического прогресса

са и в этом смысле как исторически регрессивные, как обесмысливание исторических усилий прошлого, неспособность воспользоваться их результатами и, оставаясь на острие истории, продолжать ее дальше, словом, — как выход из истории на пенсию и отдых.

Концепция цивилизма показывает, что социализм — не историческая ошибка и не впустую затраченное время, что беспрецедентные жертвы нескольких поколений наших предшественников и соотечественников не пропали даром, что при социализме впервые созданы предпосылки (в виде социалистической собственности) для перехода к более высокой, более справедливой, более гуманной ступени развития общечеловеческой цивилизации.

Реальный опыт социализма и объективно-исторически подготовленные в результате социализма предпосылки для перехода к цивилизму свидетельствуют о том, что искомое на протяжении тысячелетий “фактическое равенство” не абсолютно, а относительно. Оно в действительности возможно лишь как момент “экономического равенства” в экономико-правовой форме и в пределах индивидуализированной равной гражданской собственности — единого для всех минимума собственности, без ограничивающего максимума. И цивилизм, таким образом, тоже не конец исторического прогресса свободы и равенства, а лишь новая ступень в его развитии.

Идея гражданской собственности — главный вывод из всего предшествующего социализма. До и без социализма, априорно и умозрительно, во времена Гегеля, Маркса или Ленина эту идею и такое направление развития истории невозможно было бы и придумать.

Коммунистическое требование “фактического равенства” отвергает ценности и достижения общечивилизационного процесса. Гражданская собственность — это исторически найденная форма удовлетворения и вместе с тем одновременно преодоления этих разрушительных требований в категориях самой цивилизации, т.е. в форме права собственности. Цивилизация при этом развивается благодаря тому, что она обогащается **новым формообразованием свободы — неотчуждаемым правом каждого на гражданскую собственность.** Средствами до-социалистической цивилизации это всемирно-историческое требование большего равенства, чем формально-правовое равенство, неразрешимо и неодолимо.

Концепция цивилизма обладает регулятивным потенциалом и для капитализма. Это регулятивно-ориентирующее значение идеи цивилизма (в качестве **нового категорическо-**

го императива¹⁾ можно в общем виде сформулировать так: от капитализма к цивилизму, минуя социализм. Более конкретно это означает: **каждому — неотчуждаемое право на гражданскую (цивилитарную) собственность.**

Концепция постсоциалистического цивилизма уже содержит адекватный правовой ответ коммунистическим требованиям масс. Этим ответом может (и объективно будет вынуждено) воспользоваться и капиталистическое общество, чтобы избежать мук реального социализма. Но для этого сложившихся социальных услуг бедным и так называемого “шведского социализма” в пользу несобственников окажется мало: необходимо будет каждого наделить неотчуждаемым правом на достаточный минимум собственности на средства производства, т.е. на персонально определенную равную долю в рамках общей собственности всех. Понятно, что размер этого минимума и самой общей собственности всех граждан будет зависеть от соотношения сил, претензий и интересов в соответствующем обществе, степени его богатства, уровня жизни населения и целого ряда иных факторов, которые в своей совокупности определяют конкретное содержание соответствующего “общественного договора” о гражданской собственности. Но это уже, как говорится, их трудности, проблемы для самого капитализма: как и каким конкретно способом может быть в условиях буржуазного общества создана такая общая собственность, на базе которой можно было бы сделать каждого владельцем равной гражданской собственности, найти свой путь к посткапиталистическому цивилизму, оставить тем самым социализм позади себя, избавиться от порождающих и сопровождающих его проблем и т.д.

При всех различиях между ними **постсоциалистический цивилизм и посткапиталистический цивилизм обладают принципиальным единством и типологической общностью благодаря их единой основе — неотчуждаемому праву каждого на гражданскую собственность.** Лишь на такой принципиально новой основе может быть преодолен и снят антагонизм между коммунизмом и капитализмом. Коммунизм и капитализм могут встретиться и примириться лишь на базе цивилизма, т.е.

¹ У Канта, чье понятие мы здесь используем, отсутствует, разумеется, идея равной гражданской собственности, появление которой исторически и логически возможно лишь после социализма. Это, кстати говоря, очень хорошо демонстрирует апостериоризм реального содержания максим его категорического императива, ограниченного социально-историческими границами формально-правового равенства и частной собственности.

на почве и в условиях будущего принципиально нового строя. Концепция цивилизма тем самым демонстрирует **ошибочность и иллюзорность представлений о конвергенции между капитализмом и социализмом**. Речь на самом деле должна идти не о конвергенции капитализма и социализма, а о **преодолении и социализма, и капитализма**, о переходе и от социализма, и от капитализма к цивилизму.

В контексте исторического прогресса свободы можно уверенно сказать, что порожденный и подкрепленный реальной историей социализма **категорический императив о неотчуждаемом праве каждого на общеобязательный минимум гражданской собственности** преодолет сопротивление сложившихся отношений в сфере собственности и подчинит их своему регулятивному воздействию. В исторических масштабах вектор развития общественной практики совпадает с направлением и ориентирами прогресса идей.

Идея цивилизма как новой ступени исторического развития демонстрирует, что **новое в истории** (как и вообще новое) — это, вопреки поговорке, не хорошо забытое старое, а до поры до времени отсутствующее, невидимое и неизвестное очередное будущее. Его нельзя придумать или сконструировать лишь из материала прошлого и настоящего, потому что главное и конституирующее в этом будущем, т.е. собственно новое, всегда находится за пределами видимости всех прежних представлений о будущем. Можно сказать, что **историческое пространство, как и пространство физическое, искривлено** и увидеть, что нового за предстоящим большим историческим поворотом, можно лишь после того, как такой поворот уже реально исторически подготовлен и возможен. И на поверку оказывается, что говорящие о “конце истории”, по существу, признают, что для них действительно предстоящее будущее еще не видимо, не знаемо, не известно.

Применительно к философско-историческим концепциям Гегеля и Маркса можно сказать, что вне поля их видения и теоретического осмысления неизбежно оказалась открывшаяся **лишь после реального социализма** (радикального антикапитализма, послекapиталистического строя без свободы, права и собственности) объективно-историческая возможность формирования неотчуждаемого права каждого на равную гражданскую собственность и в целом движения к цивилизму как более высокой ступени в прогрессе свободы и права.

Наш интерес (под углом зрения цивилизма) к подходам Гегеля и Маркса вызван еще и тем, что именно их позиции до сих пор остаются **двумя наиболее развитыми и вместе с тем**

типологически радикально противоположными трактовками капитализма и посткапитализма (как коммунизма) с точки зрения диалектики социально-исторического прогресса во всемирной истории. При этом, конечно, речь идет не о гносеологическом или моральном упреке в адрес Гегеля или Маркса как идеологов соответственно капитализма и коммунизма, а прежде всего о неизбежной объективно-исторической ограниченности их представлений о путях последующего исторического развития, о будущности права, свободы, собственности и т.д.

Каждая концепция по-своему абсолютизировала относительное, выдавая конец видимого отрезка истории за конец истории вообще. Такой видимой частью истории для гегелевской концепции является капитализм, для марксизма — антикапитализм. И каждая из этих концепций трактовала невидимую ей часть истории как простое и прямое продолжение (до дурной бесконечности — до “конца истории”) видимой части истории. Отсюда и неизбежное историческое мифотворчество о неизвестном будущем, находящемся за невидимым грядущим очередным большим поворотом истории.

Современная перепроверка — с позиций концепции цивилизма — прошлых представлений об историческом прогрессе свободы и права позволяет выявить в них верное и познавательно ценное, отделить их от исторически обусловленных иллюзий, искажений, недоразумений (**а всякий миф в своей основе — это в буквальном смысле не-до-разумение**, т.е. еще адекватно не понятое, пока что не доступное разуму).

Так, с точки зрения концепции цивилизма очевидна мифологичность гегелевских и современных представлений о капитализме как вершине и конце прогресса свободы, права, собственности и т.д. Но вместе с тем в этих представлениях (особенно глубоко и ярко — у Гегеля) присутствует та верная мысль, что свобода, собственность и т.д. возможны лишь в правовой форме, что исторический прогресс — это по сути правовой прогресс и что, следовательно, выход за границы капитализма, его отрицание — это одновременно отрицание права, свободы, собственности вообще. Реальный (антикапиталистический) социализм XX в. выразительно подтвердил это.

Мифом оказалось и представление о том, будто отрицание капитализма (частной собственности, правового равенства и т.д.) освобождает людей, дает им большее, “фактическое равенство”, ведет к полному коммунизму и т.п. Но многие критические положения этого подхода (критика недостатков частной собственности, указание на ограниченный характер формально-правового равенства и т.д.) по существу верны, хотя и

искажены коммунистической мотивацией, критериями и ориентирами этой критики. Реально-историческим подтверждением основательности этой критики является фактическая ликвидация капитализма в XX в. в целом ряде стран в духе именно марксистско-пролетарского антикапитализма.

Хотя этот антикапитализм (в реальной истории — социализм) не привел к прогнозированному “полному коммунизму”, однако его всемирно-историческое место в качестве переходного периода между капитализмом и цивилизмом не менее значимо, чем его роль в качестве первой ступени доктринально предсказанного коммунизма. С точки зрения прогресса свободы и права **смысл социализма — в подготовке необходимых условий для перехода к цивилизму.**

В контексте изложенной диалектики исторического прогресса свободы и права (от капитализма — через социализм — к цивилизму) можно сказать, что с исторических и теоретических позиций и Гегеля, и Маркса (да и вообще — до современного кризиса социализма) цивилизм не только не виден, но и вообще не вообразим, поскольку его тогда и за потенциальным историческим горизонтом мысли и реалий еще не было. Ограниченная **позитивная диалектика Гегеля** в действительности упирается в капитализм, радикальная **негативная диалектика Маркса** завершается антикапитализмом. **Концепция цивилизма продолжает диалектику исторического прогресса, преодолевая ограниченность Гегелевой и негативизм Марксовой версий диалектики исторического развития.**

Таким образом, цивилизм как более высокая ступень развития права (свободы, равенства и справедливости) — это преодоление прежних концепций (в том числе — концепций Гегеля и Маркса) диалектики всемирной истории и выражение новой (индивидуально-правовой, либертарной, либертарно-правовой) концепции диалектики, диалектического “снятия” нового негативного (коммунистического отрицания права) и утверждения нового позитивного (цивилитарного права). При этом новый синтез (цивилитарное право) диалектически амбивалентен к предшествующим моментам позитивного и негативного — к буржуазному праву и коммунистическому неправу. Цивилитарное право признает (и утверждает) в буржуазном праве право (правовое начало) и преодолевает его буржуазность (буржуазную ограниченность). В отношении к коммунистическому неправу цивилитарное право отрицает (и преодолевает) это неправое (коммунистическое отрицание права), но признает (и в преобразованной, правовой форме утверждает) правовые формы преобразования (юридической трансформации) итогов тако-

го коммунистического отрицания предшествующего (в том числе буржуазного) права. **Цивилизм и цивилитарное право невозможны как без докоммунистического права, так и без его коммунистического отрицания.**

Если даже реальный социализм XX в. упустит объективную возможность для перехода к цивилизму, то это вовсе не будет означать ни потери самой идеи цивилизма (и ее автономного регулятивного воздействия — и без прямой практической ее реализации, в концептуально “чистом” виде), ни **уже навсегда открывшегося пути к нему.** Без перехода к цивилизму ни коммунистическую идеологию, ни новые попытки ее реализации преодолеть невозможно.

4. Итоги и перспективы российской истории: цивилизм как национальная идея

Социализм как переходный строй между капитализмом и цивилизмом — такова диалектика всемирной истории и тот всемирно-исторический контекст, в рамках которого только и можно адекватно уяснить координаты российской истории XX в., понять, откуда и куда мы идем, какая будущность нас ждет, каковы предпосылки и условия нашего перехода к праву, к экономически, юридически и морально свободной личности, гражданскому обществу, товарно-рыночным отношениям, правовому государству, каково, наконец, отклонение нашего реального движения от наших объективных возможностей идти к цивилизму.

Очевидно, что до появления соответствующих объективно-исторических реалий периода упадка и кризиса практически сложившегося социализма не было и самой возможности для уяснения его будущности. Так что ни в XIX в., ни в I половине XX в. не было еще условий для формирования даже представлений о цивилизме как будущности социализма.

Между тем тот или иной **смысловой образ будущего**, то или иное представление о будущности соответствующего объекта, явления (в нашем случае — о будущности социализма) играет существенную роль в процессе познания и преобразования практики, в понимании и оценке прошлого и современности.

Так, ясно, что ни гегелевское учение, ни представленная в марксистской доктрине концепция социализма с коммунистической будущностью по сути своей не могут допустить после буржуазной частной собственности, буржуазного права, бур-

жуазного товарно-рыночного хозяйства, буржуазного гражданского общества и буржуазного правового государства какого-то нового (послебуржуазного) типа индивидуальной собственности на средства производства, нового типа права, рынка, гражданского общества и государства, поскольку все эти институты, согласно доктрине, будут “отмирать” по мере продвижения от социализма (как первой фазы коммунизма) к полному коммунизму.

И только в концепции цивилизма, отрицающей одновременно и коммунистическую и капиталистическую перспективы для социализма, впервые обосновывается объективно-историческая возможность **нового (постсоциалистического и вместе с тем небуржуазного) типа индивидуальной собственности, права, рынка, гражданского общества и правового государства.**

Как идейно-теоретический итог российского опыта XX в. цивилизм (в своей непосредственной причастности к судьбам России и российской истории) является современным выражением (в общезначимых для цивилизации категориях всемирно-исторического прогресса свободы и права) того, что традиционно именуется **русской национальной идеей**¹. Ведь только концепция цивилизма оправдывает усилия столь тяжкого прошлого (с его мессианством, энтузиазмом, самопожертвованием и невероятными лишениями во имя будущего), придает всемирно-исторический смысл и адекватную будущность уникальной по своей напряженности российской истории XX в.

В концепции постсоциалистического цивилизма прошлое и будущее России приобретают взаимосвязанный и осмысленный характер как ступени единого, прогрессивно развивающегося исторического процесса. Только благодаря этому можно концептуально, а не голословно утверждать, что у России есть не только прошлое, но и будущее, что у нее есть **своя история**, которая имеет собственное продолжение.

Идеология ошибочности и тупиковости российской истории XX в., будучи по сути своей антиисторичной, навязывает России и ее народам стойкий комплекс исторической неполноценности и отбрасывает страну на периферию социально-исторического развития.

Между тем ясно, что **социализм XX в. — это именно русская история.** Более того — это, по критериям всемирной истории, самое существенное во всей истории России. Тот

¹ См.: Нерсисянц В.С. Цивилизм как русская идея // Рубежи. 1996. № 4. С. 129—153. См. также: Пивоваров Ю., Фурсов А. Послесловие к “Цивилизму” В.С. Нерсисянца // Там же. С. 154—158.

звездный случай, когда национальная история выполняет, как говорил Гегель, “поручение всемирного духа” и напрямую делает дело всемирной истории. Делает потому, что способна это сделать и видит в этом свое собственное дело и свою всемирно-историческую миссию. По ошибке, обману и т.д. такие дела не делаются. **Именно в России проделана вся черновая работа всемирной истории**, связанная с реализацией и практической проверкой общечеловеческой коммунистической идеи. **Ответ найден — цивилизм с неотчуждаемым правом каждого на гражданскую собственность.** Это и есть русская идея сегодня и на будущее, российский вклад во всемирно-исторический прогресс свободы и равенства людей.

Диалектика всемирной истории и всемирно-исторического прогресса свободы, права и справедливости продолжается.

Концепция цивилизма, таким образом, демонстрирует ошибочность возврата назад — к социализму или капитализму.

Так, совершенно ясно, что новый тоталитаризм, левый или правый, всякого рода попытки восстановления социализма и т.д. лишь радикально ухудшат ситуацию и отодвинут решение исторически назревших и жизненно важных для населения проблем утверждения в стране всеобщих основ свободы, права, собственности и государственности. Повивальной бабкой искомого нового состояния общества здесь могут быть лишь **мирные реформы конституционно оформленных властей, а не революционно-насильственные мероприятия.** Вместе с тем ясно, что в близкой перспективе в России качественно более совершенной (с точки зрения юридического правопонимания) Конституции и более развитой социально-политической и экономической-правовой действительности не будет и не может быть. Поэтому **необходимо сберечь достигнутое**, подкрепить его курсом более справедливых и отвечающих правовым ожиданиям общества реформ, приостановить сползание к гражданской войне и удержать ситуацию в мирном режиме, выиграть время для осмысления, подготовки и осуществления качественно новых — цивилитарно ориентированных — общественных и государственно-правовых преобразований. Будет время для реформ, будут и правильные реформы.

Вместе с тем с максималистских позиций цивилизма (как выражения требований более высокой ступени прогресса права) очевидны все те **существенные недостатки и противоречия, которые порождаются в процессе реализации избранного курса капитализации социализма.** Но с тех же цивилитарных позиций, — поскольку они опираются именно на юридическое

правопонимание, выражают ценности правовой свободы и необходимость перехода от неправового социализма к постсоциалистическому праву, — тоже ясно, что всякое движение (даже окольное и не в том направлении, как в нашей действительности) от неправа к праву — это благо, и что даже “плохое” право (в том числе и пока что реально складывающееся у нас типологически неразвитое, добуржуазное право) лучше “хорошего” неправа (включая и по-своему весьма развитые и эффективные антиправовые средства тоталитарной регуляции).

В юридической литературе и средствах массовой информации процесс современного развития в стране начал права, собственности и т.д. (на путях так называемого “разгосударствления” и приватизации социалистической собственности) подвергается критике с разных сторон: от полного отрицания этого процесса (радикальные коммунистические силы) до призывов форсировать его (радикальные пробуржуазные силы). Такая поляризация позиций ведет к обострению противостояния и борьбы в обществе, что вообще может перечеркнуть реформистски-правовой путь развития страны.

Установка на капитализацию социализма, построение “народного капитализма” и т.д. (оставляя в стороне вопрос о реализуемости таких замыслов) — это, по природе своей, **конфронтационный путь к собственности, праву, правовому государству** и т.д. в силу игнорирования именно тех глубинных причин, совокупность которых учтена и выражена в концепции цивилизма и цивилитарного права. Именно поэтому данная концепция и позволяет лучше понять силу и слабость сторонников и противников движения от социализма к капитализму, факторы, содействующие и противодействующие такому движению, объективную природу и глубинный смысл современного раскола и борьбы (идеологической, социальной, политической, национальной и т.д.) в стране, обществе, государстве.

Смысл цивилитарно-юридического подхода к происходящему определяется логикой отношений между типологически более развитой и менее развитой формами права (свободы, собственности, общества, государства и т.д.) на общеправовой основе и в перспективе правового прогресса. Поэтому цивилитарно-юридическая критика реально складывающегося в стране неразвитого права ведется с позиций содействия его развитию, с ориентацией на более высокие стандарты права, объективно возможные в постсоциалистических условиях и крайне необходимые для обеспечения мирного, реформистского, конституционно-правового пути преобразований. Во всех своих

проявлениях (научно-объяснительных, программно-ориентирующих, критических, юридико-мировоззренческих и т.д.) **концепция цивилизма выступает как теоретическое обоснование и выражение абсолютного смысла категорического императива всей постсоциалистической эпохи — идеи и требования движения к более высокой, чем это было в прошлой истории, ступени правового равенства, свободы и справедливости.**

Этим в конечном счете и определяется научно-познавательное и идейно-ориентирующее значение цивилизма и цивилитарной концепции права и юриспруденции для любого направления (школы) постсоциалистической юриспруденции, исходящей из того или иного варианта юридического (антилегистского, антиэтатистского, антипозитивистского) типа правопонимания.

Раздел V. Доктрина и догма позитивного права: основные понятия и концепции

Глава 1. Доктрина и догма права: понятие и типы

1. Понятие доктрины и догмы права

Под **догмой права** традиционно имеются в виду общепринятые в юриспруденции (в правовой доктрине той или иной юридической школы, направления и т.д.) исходные основные положения о позитивном праве, его установлении и действии.

Учение о догме права (разработка и обоснование ее общей концепции, системы в целом и отдельных положений) принято именовать **доктриной права** (доктриной позитивного права). “Доктрина права” — это собирательное понятие для обозначения всей совокупности юридико-научных трактовок и суждений о позитивном праве, составляющих основы догмы права.

Доктрина права разрабатывает и обосновывает определенные юридико-познавательные формы (принципы, понятия, термины, конструкции, способы, средства, приемы и т.д.), трактовки позитивного права (его источников, системы и структуры, его действия и применения, его нарушения и восстановления и т.д.). Совокупность таких юридико-познавательных форм трактовки позитивного права и составляет содержание догмы права.

С помощью этих юридико-познавательных форм доктрина права логически упорядочивает противоречивый и хаотичный эмпирический материал действующего права в виде целостной и внутренне согласованной системы позитивного права (с соответствующими структурными элементами, их взаимосвязями и т.д.). Доктрина, таким образом, создает определенную **юридико-логическую (мыслительную) модель** позитивного права — модель (логику-теоретическую конструкцию, схему, способ и метод) как для надлежащего доктринального понимания и толкования позитивного права, так и для его фактического установления и действия в реальной действительности.

Такая модель позитивного права формулируется с помощью специфического **доктринально-юридического словаря**, т.е.

определенной системы логически взаимосвязанных специальных понятий, категорий, терминов, словесных конструкций, дефиниций и т.д.

Содержательно-смысловая особенность профессионального юридического языка (доктринального языка права) обусловлена тем, что он, определяя и характеризую логику общеобязательных требований (правил, норм) позитивного права, выражает юридически должное. Поэтому юридический язык не просто **описывает** то или иное фактическое состояние, но трактует (интерпретирует) его с позиций юридически должного, т.е., по существу, **предписывает** рассматриваемому фактическому состоянию соответствующее ему юридически должное. Иначе говоря, юридический язык (доктринальный язык права), как и язык самого права, носит по своему смыслу **не дескриптивный** (описательный), а **прескриптивный** (предписывающий) характер. Ведь и язык законодателя (язык, на котором выражается создание и действие позитивного права) — это общепринятый юридический язык, созданный доктриной права и выражающий **общую нормологическую природу** и доктрины права, и самого действующего права.

Поэтому овладение и надлежащее пользование профессиональным юридическим языком, точность и четкость в употреблении соответствующих юридических понятий, терминов, словесных формулировок, дефиниций, характеристик, оценок и т.д. являются одной из первичных целей юридического образования и вместе с тем одним из неперенных требований соблюдения юридической культуры во всех сферах теории и практики права.

Долгое время доктрина права (так называемое “право юристов”) являлась в различных системах права (например в римском праве, в системах романо-германского права, в мусульманском праве) одним из основных, а в ряде случаев и главных, источников действующего (позитивного) права. И сегодня она продолжает играть существенную роль во всем процессе установления и применения позитивного права, а в некоторых системах права она и официально признается в качестве источника действующего права.

В целом доктрина права своей юридико-логической трактовкой позитивного права не только отражает, но и выражает, определяет его, т.е. активно соучаствует в процессе его создания и осуществления. Без правовой доктрины нет и определенной системы позитивного права, и даже там, где правовая доктрина официально не является источником действующего права, ее положения фактически присутствуют в содер-

жании позитивного права, во всех формах его действия и применения.

Отсюда вытекает существенное значение и догмы права как совокупности общепринятых доктринальных положений о позитивном праве. Под такой “общепринятостью” имеется в виду традиционная формула: “*communis opinio doctorum*” (“общее мнение докторов”, т.е. учителей, профессоров, ученых-юристов). При этом имеется в виду “общее мнение” (согласие) по существу доктрины и ее основных положений — при всех прочих разногласиях, различиях в подходах и т.д.

Та или иная правовая доктрина (и соответствующая догма права) разрабатывается применительно к конкретной системе действующего права и отражает присущие ей особенности. Отсюда и различия между разными правовыми доктринами (и догмами права), каждая из которых имеет в виду прежде всего трактуемую в ней определенную систему права.

Правовые доктрины (и соответствующие догмы права) некоторых современных национальных систем права во многом идентичны (в силу общих исторических корней этих систем права, сходных условий их эволюции и т.д.). Такое доктринальное единство является одним из важных критериев для объединения нескольких однородных систем права в определенную группу (так называемую “правовую семью”), например в романо-германскую (континентально-европейскую) правовую семью, правовую семью общего права и т.д.¹

2. Типы правовых доктрин

Любая доктрина позитивного права и соответствующая догма позитивного права выражают определенную концепцию правопонимания, то или иное общее понятие права.

Проблемы, связанные с доктриной и догмой позитивного права, в основном разрабатывались и продолжают разрабатываться представителями различных школ и направлений **легистского (позитивистского) правопонимания**. В центре их внимания всегда стояли вопросы юридико-догматической трактовки и анализа действующего права, изучения его источников, их комментирования, толкования, систематизации и т.д.

Основы правовой доктрины и догмы разработали римские юристы. Дальнейшее развитие доктрины и догмы права связано с деятельностью средневековых юристов (гlossаторов, а за-

тем и представителей гуманистической школы права). Заметный след в истории юридической догматики оставили представители исторической школы права. Так, Г. Гуго рассматривал “юридическую догматику” как одну из трех составных частей юриспруденции (наряду с философией позитивного права и историей права). При этом под “юридической догматикой” он имел в виду сочетание доктрины и догмы позитивного права и с позитивистских позиций трактовал “юридическую догматику” как “юридическое ремесло”, для которого достаточно эмпирического знания об источниках действующего права. В дальнейшем (особенно со II половины XIX в.) проблемы юридической догматики занимают центральное место в юриспруденции — как в теоретических, так и в отраслевых юридических дисциплинах.

В русле юридико-догматической трактовки права сформировалась и аналитическая юриспруденция (Д. Остин, Ш. Амос и др.). Идеи этого направления получили дальнейшее развитие в трудах неопозитивистов в XX в. (Г. Кельзен, Г. Харт и др.). Наиболее последовательно неопозитивистская концепция правовой доктрины и догмы представлена в “чистом учении о праве” Г. Кельзена.

В целом позитивистские разработки правовой доктрины и догмы внесли значительный вклад в развитие юриспруденции, в обогащение ее понятийного словаря и методологического арсенала. Своими исследованиями в области доктрины и догмы позитивного права они оказали большое влияние на процесс рационализации и совершенствования действующего права в духе соответствующих доктринальных положений об источниках, системе и структуре позитивного права, способах его толкования, унификации и систематизации, о надлежащих формах правотворчества, правоприменительной деятельности и т.д. Разработанные ими юридико-технические конструкции, способы и приемы анализа действующего права сохраняют свое познавательное значение для представителей всех направлений доктринальной трактовки права.

Представители естественноправовой мысли весьма мало занимались доктринальными проблемами позитивного права и, за редким исключением (в лице, например, средневековых юристов Павийской школы, постгlossаторов, Г. Гроция, некоторых представителей “возрожденного естественного права” в XX в.), не разрабатывали со своих позиций каких-либо специальных учений о позитивном праве. Их основное внимание было сосредоточено на трактовке естественного права и естественноправовой критике позитивного права, но не на вопросах теории позитивного права.

¹ См. гл. 6 раздела V.

В современных условиях необходимость разработки проблем доктрины и догмы позитивного права с позиций юридического правопонимания диктуется уже не только общетеоретическими соображениями, но и существенными изменениями в самом позитивном праве, которые связаны с закреплением в конституциях многих стран основных естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека. Причем речь идет не только о признании этих естественных прав и свобод в качестве позитивных прав, но и о необходимости соответствия всего позитивного права этим естественным правам и свободам. Кроме того, эти конституции признали также и общепризнанные принципы и нормы международного права приоритетной составной частью своей национальной системы позитивного права.

Однако эта радикальная модернизация смысла и содержания современного позитивного права не нашла еще своего адекватного отражения ни в традиционных позитивистских доктринах и догмах позитивного права (при всем пиетете позитивистов ко всему официально установленному), ни в соответствующих естественноправовых разработках доктринальных проблем позитивного права (при всем восхвалении юснатуралистами идей естественного права).

В нашей юридической литературе (научной и учебной) доктринальная проблематика позитивного права (как в основном и вся теория права) освещается в целом с традиционных легистских (позитивистских) позиций. Новые, конституционно признанные и закрепленные приоритетные части действующего позитивного права (прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека, общепризнанные принципы и нормы международного права), по существу, остаются вне этих легистских доктринальных представлений о позитивном праве, его источниках, системе и т.д.

Между тем ясно, что в любой доктринальной трактовке современного российского позитивного права должны быть надлежащим образом учтены названные конституционные положения, смысл которых состоит в признании **двух новых приоритетных источников позитивного права** — 1) природенных и неотчуждаемых прав и свобод человека (т.е. по существу — естественных прав человека) и 2) общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации. Причем основные права и свободы человека, признанные нормами позитивного права, по смыслу конституционных положений являются не только реальными, уже приобретенными субъективными правами каж-

дого индивида, но имеют также исходное общеправовое (критериально-правовое) значение, так что все остальные нормы позитивного права должны соответствовать (и не должны противоречить, нарушать) основным правам и свободам человека.

Исходной основой и принципом либертарно-юридической концепции доктрины и догмы позитивного права является принцип формального равенства (как синтеза и триединства всеобщей равной меры, свободы и справедливости), нормативная конкретизация которого представлена в системе позитивного права, во всех формах и процедурах его установления, действия и реализации. В рамках либертарно-юридического подхода, под доктриной и догмой позитивного права мы имеем в виду доктрину и догму позитивного права, соответствующего принципу формального равенства, доктрину и догму правового закона.

Поэтому во всем нашем дальнейшем изложении проблем доктрины и догмы позитивного права предполагается правовой смысл, правовой характер закона (позитивного права в целом, включая все его системно-структурные элементы и т.д.), всех способов, форм, процедур и приемов его установления, изменения, действия, толкования и применения.

Глава 2. Норма права

1. Норма права как основная категория доктрины и догмы позитивного права

Норма права — одно из основополагающих понятий для всех тех доктрин права (независимо от различий в типах правопонимания), которые трактуют право нормативно, т.е. понимают и определяют право в целом через норму, считают, что право как таковое состоит из норм.

То, что принято называть позитивным правом, фактически (как реальное эмпирическое явление) представляет собой неопределенное множество различных официальных документов (законов, постановлений, приказов, судебных прецедентов и т.д.), в которых содержатся разного рода общеобязательные положения (установления, требования, запреты, предоставления, указания, констатации, определения, характеристики, оценки, наказания, поощрения и т.д.). Эти положения текстуально выражаются в виде статей, параграфов, пунктов, частей, разделов того или иного официального документа обще-

го характера (закона, указа, постановления и т.д.) или в виде конкретного судебного решения (в системах прецедентного права) и т.д.

Весь этот **фактический материал** сам по себе — без его научно-юридического осмысления, без его доктринальной трактовки — носит, как и все фактическое, весьма хаотичный, неопределенный, фрагментарный характер.

Одна из основных задач юриспруденции в целом и правовой доктрины в особенности состоит в научной разработке, упорядочении и систематизации этого фактического официального материала в качестве определенным образом согласованного единства и целостности различных явлений, которые в своей совокупности именуется “**позитивным правом**” (“действующим правом”).

Для рационального упорядочения этого официального материала и придания ему системного единства логически необходимо, чтобы и искомая система в целом, и ее составные элементы строились по одной и той же регулятивной модели, имели одну и ту же регулятивно значимую структуру. Такой **единой регулятивной моделью**, согласно доктрине и догме права, является **норма права**. Причем норма права как доктринальная **юридико-логическая конструкция** (регулятивно-правовая модель) представляет собой такую систему, внутренняя **структура** которой состоит из трех взаимосвязанных регулятивно значимых компонентов (элементов) — диспозиции, гипотезы и санкции.

На основе такого юридико-логического понимания нормы права **доктрина права трактует весь официальный материал общеобязательного характера как определенное системно-регулятивное целое, как право, представляющее собой систему норм права.**

Трактовка права как системы норм права, по существу, означает и вообще логически допустима лишь при условии, что прежде всего **само право в целом** (право как системное нормативно-регулятивное целое) мыслится как **единая норма права и именно как позитивно-правовая норма** (с соответствующими структурными компонентами — диспозицией, гипотезой и санкцией). Понимание (и понятие) права в целом как единой (основополагающей исходной и вместе с тем предельной, всеобщей, высшей, генеральной, основной) позитивно-правовой нормы **логически предшествует** пониманию (и понятию) отдельной нормы права в качестве системного элемента права. **Понятие права в целом как единой нормы права составляет юридико-логическую основу понимания права как системы**

норм права и включает в себя понятие отдельной нормы права как элемента этой системы.

В смысле такой первичности права в целом в его соотношении с отдельными правилами (нормами) права следует понимать и известное суждение римского юриста Павла: “Не из правила (regula) выводится право, но из существующего права должно быть создано правило” (D.50.17.1)¹.

Но последовательная юридико-логическая трактовка нормативности права показывает, что из существующего права можно создать правило (норму) лишь в том случае, если все это существующее право само концептуально понимается как единое исходное основополагающее правило (норма).

Такого **последовательного концептуального понимания нормативности права, включающего в себя понимание исходной юридико-логической основы этой нормативности — понятия права в целом как единой нормы**, нет не только у римских юристов, но и у современных нормативистов. Показателен в этом плане нормативизм Г. Кельзена². Трактуя право как систему норм, он видит основание нормативности позитивного права и “**действительности всех норм**” не в самом позитивном праве (не в том, что само право в целом — это единая норма права), а вне позитивного права — в некоей трансцендентально-логически постулируемой “**основной норме**”, которая не является нормой позитивного права.

Но отдельные нормы позитивного права обладают юридической силой и являются юридически (а не чисто логически) должными не по трансцендентально-логическим, а по позитивно-правовым основаниям и характеристикам, что выражено уже в самой специфической юридико-логической конструкции правовой нормы как системного единства диспозиции, гипотезы и санкции. Если бы такими специфическими нормативно-правовыми свойствами и характеристиками не обладало в целом само право (т.е. если бы все право в целом не обладало специфическими свойствами и характеристиками общеобязательной нормы позитивного права), то вообще нельзя было бы говорить и об отдельных юридически должных (официально обязательных) нормах права как элементах системы права в целом. Ведь не право в целом как система норм права получает свое специфическое нормативно-правовое значение и силу от отдельной нормы права, а наоборот.

¹ См.: *Перетерский И.С.* Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 69.

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М., 1988. С. 69.

Поэтому нормативность права означает **прежде всего специфическую юридическую нормативность всего права в целом** и лишь на этой исходной основе (позитивное право в целом как единая основная позитивно-правовая норма) — юридическую нормативность его системных элементов (отдельных норм позитивного права). И именно в силу такой общеправовой своей природы и смысла **норма права выступает в качестве общего основания и единого критерия** для специфической юридико-логической интерпретации (осмысливания, трактовки, характеристики, оценки, упорядочения, системной организации и т.д.) всех юридически значимых явлений — как отдельных положений самого позитивного права, так и регулируемых им общественных отношений.

Норма права (как основная доктринальная категория и конструкция) выступает в качестве исходной **юридико-смысловой модели и для всех других доктринальных понятий и конструкций** (правоспособности, правосубъектности, правоотношения, правонарушения, правового акта и т.д.), которые производны от нормы права. Их позитивно-правовое содержание и нормативно-регулятивное значение определяются с помощью нормы права — посредством их нормативно-правовой трактовки и оценки, выявления характера их связи с нормой права и определения способа и формы присутствия в них нормативного начала, словом — их **нормативно-правовой модальности**.

На основе нормативно-правовой интерпретации различных общественных отношений и соответствующих форм их позитивно-правовой регуляции осуществляется вся правоустановительная, правозащитная, правотолковательная и правоприменительная деятельность.

Норма права — это не только доктринально трактуемое **правило самого права** (правило правовой регуляции), но вместе с тем и **доктринально-методологическое правило работы с материалом позитивного права** (его текстом, положениями и т.д.), универсальное средство “юридического ремесла”, смысловая основа и конструктивный принцип юридико-догматического творчества.

Но **нормативно-правовая интерпретация**, как и доктрина в целом, не изменяет, конечно, сам фактический материал позитивного права (его официально установленную форму и содержание), который остается таким же, как и до его доктринальной трактовки. Изменяется понимание этого фактического материала (его текста): согласно доктрине, регулятивно-правовой смысл и значение этого официального материала (текста) состоят в том, что в нем есть нормы права — прави-

ла правовой регуляции. Согласно такому доктринальному пониманию (интерпретации, толкованию), положения этого фактического материала (текста) имеют правовой смысл и значение лишь в качестве содержания структурных элементов нормы права — как единой, основной, высшей нормы права (права в целом), так и отдельных норм права (системных элементов права в целом).

2. Понятие и структура нормы права

В качестве доктринальной конструкции норма права представляет собой определенную **юридико-логическую модель позитивного права** в целом как особого нормативного регулятора внешнего поведения людей.

Для того чтобы позитивное право осуществляло свою регулятивную (от лат. *regula* — правило) роль, логически необходимо наличие в нем **трех взаимосвязанных компонентов** (правовых положений): 1) общеобязательного правила регуляции поведения людей; 2) условий, при которых это правило действует; 3) последствий нарушения правила.

Эта логика (логическая модель) правовой регуляции и права как регулятора выражена в доктринальной трактовке нормы права как системы из трех структурных элементов — диспозиции, гипотезы и санкции.

Норма права — это общее правило регулирования общественных отношений, согласно которому его адресаты должны при определенных условиях (гипотеза) действовать как субъекты определенных прав и обязанностей (диспозиция), иначе последуют определенные невыгодные для них последствия (санкция).

Диспозиция нормы права — это взаимные права и обязанности участников (сторон) отношения, регулируемого нормой. У каждой стороны есть и права, и обязанности. Причем право одной стороны — это обязанность другой стороны и наоборот. Благодаря такой взаимосвязи (взаимности) прав и обязанностей норма права и право в целом носят двусторонний, предоставительно-обязывающий (атрибутивно-императивный) характер. Предоставление права лишается своего регулятивного смысла без соответствующего обязывания.

Права и обязанности сторон отношения (по своему регулятивному значению, объему и т.д.) должны быть согласованы между собой таким образом, чтобы правам и обязанностям одной стороны точно соответствовали (корреспондировали) обя-

занности и права другой стороны. Такая взаимная корреспонденция прав и обязанностей является неременным требованием правовой регуляции общественных отношений. Диспозиция (от лат. *dispositio* — расположение) нормы как раз и выражает требование такого взаимно согласованного расположения (установления) прав и обязанностей сторон.

Гипотеза нормы права — это условия действия прав и обязанностей, предусмотренных диспозицией нормы.

Санкция нормы права — это негативные (невыгодные для нарушающей стороны) последствия нарушения требований диспозиции и гипотезы, т.е. нарушения прав и обязанностей, предусмотренных диспозицией, и условий их действия, предусмотренных гипотезой.

Существенное значение для понимания юридико-логического смысла и значения структурных элементов нормы права в их соотношении с фактическими положениями действующего права имеет различие формы и содержания правовой нормы.

Форма правовой нормы — это теоретико-доктринальная, юридико-логическая конструкция (мысленный образ, модель) в виде системы из трех элементов (гипотезы, диспозиции и санкции).

Содержание же нормы права (т.е. содержательный состав этих трех элементов нормы) состоит из соответствующих положений позитивного права (из правовых положений, закрепленных в различных статьях, параграфах, пунктах, частях того или иного источника позитивного права).

Позитивное право (текстуальное содержание его источников) составлено и выражено не в форме норм права, а в форме статей, параграфов, пунктов и т.д. того или иного его источника (закона, указа, постановления и т.д.). Это обусловлено потребностями четкого и экономного изложения содержания позитивного права без ненужных повторов одних и тех же положений в разных частях его текста.

Ввиду таких различий между формой правовой нормы и формой текстуального выражения положений позитивного права позитивно-правовое содержание разных элементов нормы права закреплено (выражено) не в какой-то одной статье, пункте и т.д. того или иного источника позитивного права, а, как правило, в разных статьях, пунктах, частях одного источника, а нередко и различных источников позитивного права. Поэтому норму права нельзя смешивать и отождествлять с тем или иным отдельным положением и фрагментом текста позитивного права, с его статьями, параграфами и иными составными частями.

Приемы, способы и характер выражения в позитивном праве трех структурных компонентов нормы права зависят как от своеобразия регулируемых отношений, так и от особенностей самого регулятора (от методов, средств, задач и целей позитивно-правовой регуляции).

Поэтому в тексте позитивного права в одних случаях прямо сформулированы правоположения по всем элементам нормы права, а в других случаях такая прямая позитивно-правовая формулировка того или иного элемента нормы права отсутствует ввиду его явной очевидности для всех. Во всяком случае смысл отсутствующей (прямо не сформулированной в тексте позитивного права) части нормы права должен со всей определенностью подразумеваться, однозначно и бесспорно вытекать из наличного текста позитивного права.

Ряд особенностей в соотношении между элементами нормы права и положениями текста позитивного права обусловлен спецификой сферы правовой регуляции.

Так, основная масса положений уголовного закона (позитивного уголовного права) относится к гипотезе (конкретные составы преступлений) и санкции (меры наказания за совершенные соответствующих преступлений). Это диктуется логикой законодательной регламентации отношений в данной сфере и соответствует известному прогрессивному принципу: «Нет преступления, нет наказания без закона» (т.е. без предварительного их установления в законе).

Положения же, относящиеся к диспозиции уголовно-правовой нормы (т.е. права и обязанности государства, с одной стороны, и соответствующие обязанности и права лица, совершившего преступление, с другой стороны), формулируются в статьях общей части уголовного закона.

Примерно так же обстоит дело и в административном законодательстве.

Во многих других отраслях законодательства (например в конституционном, гражданском, семейном, трудовом, земельном законодательстве и т.д.) основная часть законодательных положений относится к диспозиции нормы (права и обязанности сторон в соответствующей сфере отношений), и лишь небольшая их часть содержит прямые формулировки положений, относящихся к гипотезе и санкции нормы.

Процессуальное законодательство (уголовно-процессуальное, административно-процессуальное, гражданское процессуальное законодательство и т.д.) тоже в основном состоит из положений, относящихся к гипотезе (основания процессуальных действий) и к диспозиции процессуально-правовой нормы

(процессуальные права и обязанности участников соответствующего процесса). Положения же, прямо относящиеся к санкции процессуальной нормы, занимают в процессуальном законодательстве незначительное место.

Подлинное нормативно-регулятивное значение тех или иных положений позитивного права (действующего законодательства) можно четко выявить и установить лишь при толковании этих позитивно-правовых положений (в их соотносительности со структурными элементами нормы права) применительно к конкретному правовому делу, когда реальный спор о праве актуализирует все юридически значимые аспекты фактических отношений и регулятивные моменты действующего права.

Этим во многом определяются как достоинства прецедентного (судебного) права, так и в целом значение правовой (особенно судебной) практики для правоустанавливающей и правоприменительной деятельности.

3. Признаки нормы права

При рассмотрении и оценке свойств и признаков нормы права следует учитывать черты и характеристики как ее доктринальной (юридико-логической) формы, так и ее позитивно-правового содержания.

Как доктринальная форма (конструкция) первичного элемента позитивного права норма права — это **мера** права, общеправовой **масштаб**.

Основными признаками нормы права как формы (меры, масштаба) являются общий характер, системность, формальная определенность.

Общий характер нормы права означает, что она является постоянно действующим правилом правовой регуляции определенного вида общественных отношений. Действие нормы права не исчерпывается ее однократным применением.

Общий характер нормы права по-разному выражается и проявляется в разных системах права. Так, в системах права романо-германской правовой семьи, в рамках которой развивается и российское право, под нормой права имеется в виду общее правило абстрактного характера, позитивно-правовое содержание которого в абстрактно-всеобщем виде (без связи с тем или иным конкретным случаем, регулируемым нормой) выражено в действующем законодательстве (позитивном праве).

В системах же “общего права” (прецедентного права) под нормой права имеется в виду общее правило прецедентного (казусного) характера, позитивно-правовое содержание которого выражено в решении одной из высших судебных инстанций по конкретному делу. Такая прецедентная норма тоже носит общий характер, поскольку подлежит применению при решении всех других сходных дел.

Системность нормы права наиболее четко и последовательно выражена в нормах абстрактного характера, которые представляют собой систему из трех структурных элементов (диспозиции, гипотезы и санкции). Причем такая системная конструкция абстрактной нормы права является общей моделью и системообразующим началом для всего позитивного права как системы норм.

Системное значение норм прецедентного характера проявляется в том, что именно такие нормы, согласно доктрине систем общего (судебного) права, рассматриваются как “собственно право” в этих системах, составляют их основную часть и служат образцом для действующих в их рамках абстрактных норм.

Формальная определенность нормы права абстрактного характера представлена в ее системной конструкции (из диспозиции, гипотезы и санкции), которая выражает логику правовой регуляции и, следовательно, является юридико-логически определенной формой.

Форма правовой нормы (системное единство ее элементов) не зависит от фактического материала позитивного права (от его конкретных положений), составляющего содержание ее структурных элементов. Напротив, эта нормативная форма (как постоянная и неизменная юридико-логическая конструкция) придает разнородному материалу позитивного права формальную определенность в качестве содержания своих составных элементов. Это означает, что положения позитивного права осуществляют свою регулятивную роль в нормативно определенной форме — в форме системных взаимосвязей диспозиции, гипотезы и санкции. Такая нормативная форма требует четкой увязки предусмотренных в позитивном праве определенных прав и обязанностей с определенными условиями их осуществления и определенными невыгодными последствиями их нарушения.

В прецедентном праве действуют свои общие правила о прецедентном значении определенных судебных решений и их применении. Это придает формальную определенность нормам прецедентного характера.

Официально-обязательный характер нормы права как обязательного правила регуляции обусловлен позитивно-правовым содержанием ее составных частей (диспозиции, гипотезы и санкции). Содержание конкретной нормы права конструируется (составляется) — по общей системной модели нормы права — из конкретных позитивно-правовых положений, которые по своему регулятивному значению соответствуют юридико-логическому смыслу диспозиции, гипотезы и санкции (в их системных взаимосвязях и единстве).

Из различия формы и содержания правовой нормы видно, что норма права может быть формой выражения положений любого (по его правовому качеству) позитивного права, т.е. положений как правового, так и антиправового закона (действующего позитивного права). Поэтому норма права может служить формой для выражения разного содержания, может быть как мерой равенства, свободы и справедливости, так и мерой произвола, насилия и привилегий.

Представители легизма используют логически “чистую” (и всеядную) форму правовой нормы для оправдания любого произвольного содержания позитивного права.

В рамках **либертарно-юридической трактовки** под нормой права имеется в виду **норма правового закона**, т.е. позитивного права, положения которого соответствуют требованиям принципа формального равенства. В таком либертарно-юридическом смысле норму права можно определить как юридико-логическую форму конкретизации требований принципа формального равенства в виде положений правового закона (позитивного права, соответствующего принципу формального равенства). И только такую норму права (и норму такого права) можно характеризовать как **меру свободы, равенства и справедливости**. Сама же по себе трехчленная логическая конструкция нормы права не может ни изменить правовое качество положений действующего позитивного права, ни придать им собственно правовые свойства равенства, свободы и справедливости.

4. Виды норм права

Нормы права осуществляют различные по характеру, содержанию, задачам и целям регулятивные функции. Этим обусловлено наличие различных видов правовых норм.

Выделение тех или иных видов норм права зависит от **основания (критерия) их группировки, классификации**. В литературе существует множество подобных классификаций, каж-

дая из которых опирается на определенную **нормативно-регулятивную особенность**, присущую той или иной группе норм права.

По отраслевому критерию нормы права делятся на различные виды по своей принадлежности к соответствующей **отрасли права** — на правовые нормы конституционного, гражданского, уголовного, семейного, трудового права и т.д.

Ввиду деления отраслей права на отрасли материального права (например отрасли уголовного права, гражданского права и т.д.) и отрасли процессуального права (например отрасли уголовно-процессуального права, гражданского процессуального права и т.д.) выделяются такие разновидности норм, как **материально-правовые нормы** (нормы материального права) и **процессуально-правовые нормы** (нормы процессуального права). Нормы материального права — это нормы первичной правовой регуляции общественных отношений, а нормы процессуального права регулируют процессуальный порядок и процедуры практической реализации и исполнения уже установленных норм материального права, и в этом смысле (но никак не в смысле второстепенности!) они являются нормами вторичной правовой регуляции. Существенное значение норм процессуального права состоит в том, что они устанавливают определенный правовой порядок действия самого права. Чем более развито право, тем больше в нем процессуальных норм и отраслей.

В связи с делением права в целом на частное и публичное право различают **нормы частного права** (например нормы гражданского права) и **нормы публичного права** (например нормы конституционного, уголовного права и т.д.).

Нормы делятся на разные виды и в зависимости от **форм выражения их регулятивного воздействия, от модальности их регулятивной силы**.

Так, уже римский юрист Модестин отмечал: “Действие (сила) права: повелевать, запрещать, разрешать, наказывать”¹. Цицерон соответственно говорил о таких формах действия права, как веление и запрет, а юрист Квинтилиан — о воздании, ограничении, наказании, запрещении и дозволении.

Согласно нормативистскому учению Г. Кельзена, норма права как долженствование приказывает (предписывает), позволяет (дозволяет) или уполномочивает (управомочивает)².

¹ См.: *Перетерский И.С.* Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 106.

² См.: *Чистое учение о праве Ганса Кельзена*. Вып. 1. М., 1987. С. 12.

По рассматриваемому критерию широко распространено деление норм права на запрещающие, обязывающие, управомочивающие, поощрительные.

Под **запрещающими нормами** при этом имеются в виду нормы, содержащие запрет совершать те или иные противоправные действия (проступки или преступления). Такие нормы характерны прежде всего для уголовного права и административного права, значительная часть положений которых определяет запрещенные деяния (соответственно — преступления и административные проступки). Но запрещающие нормы есть и в других отраслях права. Так, п. 4 ст. 19 ГК РФ запрещает (не допускает) приобретать права и обязанности под именем другого лица.

К **обязывающим нормам** относятся нормы, предписывающие субъекту права обязанность совершать определенные правомерные действия. Так, согласно ч. 2 п. 3 ст. 922 ГК РФ, банк обязан осуществлять контроль за доступом в помещение, где находится предоставленный клиенту сейф.

Управомочивающая норма содержит положение, предоставляющее субъекту права определенное правомочие (возможность совершить определенное юридически значимое действие). Так, п. 1 ст. 502 ГК РФ содержит управомочивающее положение, согласно которому покупатель вправе в течение четырнадцати дней с момента передачи ему недовольственного товара, если более длительный срок не объявлен продавцом, обменять купленный товар на другой аналогичный товар, произведя в случае разницы в цене необходимый перерасчет с продавцом.

Поощрительные нормы содержат положения, стимулирующие различные виды правомерного, общественно полезного поведения. Так, ст. 131 Кодекса законов о труде РФ предусматривает ряд мер поощрения (объявление благодарности, выдача премии и т.д.) за образцовое выполнение трудовых обязанностей, новаторство в труде и другие достижения в работе.

В зависимости от степени определенности правового положения, составляющих позитивно-правовое содержание элементов нормы права, правовые нормы делятся на **абсолютно определенные, относительно определенные и бланкетные**.

Содержание абсолютно определенных норм носит однозначный характер и допускает лишь один вариант поведения. Содержание относительно определенных норм допускает разные варианты поведения — в виде прямого перечня альтернативных вариантов поведения или в виде разрешения сторонам самим определить свой вариант поведения.

Особенность позитивно-правового содержания бланкетной нормы состоит в том, что в нем имеется общая ссылка на то или иное специальное правило без раскрытия его конкретного содержания. Так, ст. 249 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за нарушение ветеринарных правил и правил, установленных для борьбы с болезнями и вредителями растений, но в самой статье не приводится содержание этих правил, установленных в других актах.

В зависимости от условности или безусловности своего позитивно-правового содержания нормы права делятся на **диспозитивные и императивные**.

Диспозитивной, согласно п. 4 ст. 491 ГК РФ, является норма, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное. Стороны могут своим соглашением исключить применение такой нормы либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. Применение положений императивной нормы категорически обязательно для сторон, и последние не вправе изменять их (см. ст. 422 ГК РФ).

Выделяются и некоторые другие виды норм. Так, **дефинитивными нормами** называются нормы, которые содержат легальное (позитивно-правовое) определение тех или иных юридических понятий или явлений. Например, ст. 14 УК РФ содержит легальное определение понятия преступления.

К **коллизийным нормам** относятся такие нормы, которые содержат правило разрешения противоречий между различными позитивно-правовыми положениями. Так, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотрено законом Российской Федерации, то применяются правила международного договора.

Глава 3. Источники права

1. Понятие и виды источников права

В юридической литературе выражение “источник права” используется в двух различных значениях — в значении “материального источника права” (источника права в материальном смысле) и в значении “формального источника права” (источника права в формальном смысле).

Под “**материальным источником права**” при этом имеются в виду причины образования права, т.е. все то, что, согласно

соответствующему подходу, порождает (формирует) позитивное право, — те или иные материальные или духовные факторы, общественные отношения, природа человека, природа вещей, божественный или человеческий разум, воля бога или законодателя и т.д.

Под **“формальным источником права”** имеется в виду форма внешнего выражения положений (содержания) действующего права.

В данной главе речь идет о **“формальных источниках права”¹**, которые в литературе обозначаются также термином **“форма права”**.

Источники (формы) права — это официально определенные формы внешнего выражения содержания права.

Официально-властная (государственная) определенность тех форм, в которых содержание действующего права находит свое внешнее выражение, объективацию и существование, придает источникам права и праву в целом **институциональную определенность и упорядоченность**. Это означает, что нормы действующего права (его нормативное содержание) содержатся лишь в определенных (официально признанных) источниках права, которые представляют собой официально определенные (институционализированные) формы закрепления и существования норм права.

Каждая система права имеет свои конкретно определенные источники права.

В целом (применительно к разным системам права) известны следующие **основные виды источников (форм) позитивного права**: правовой обычай (обычное право), судебный прецедент, юридическая доктрина (так называемое **“право юристов”**), религиозный памятник (**“священные книги”** различных религий), нормативно-правовой договор, нормативно-правовой акт, естественное право.

Правовой обычай (обычное право) — это фактически сложившиеся в течение длительного времени правила регулирования поведения людей (общественных отношений), которые официально признаны (санкционированы государством) в качестве общеобязательных норм права.

Государственное санкционирование обычаев и превращение его в правовой обычай, т.е. в источник позитивного права, может осуществляться различными способами. Возможно, на-

¹ Вопросы, относящиеся к **“материальному источнику права”**, рассмотрены в разделе IV.

пример, фактическое (устное, молчаливое) санкционирование тех или иных обычаев, когда различные государственные органы (суд, администрация, представительный орган) в течение длительного времени в своей практической деятельности рассматривают и применяют соответствующие обычаи как нормы действующего права. Государственное санкционирование обычаев зачастую осуществляется в официальной письменной форме — путем признания в нормативно-правовых актах позитивно-правового значения соответствующих обычаев.

Но возможно и иное соотношение между действующим правом и обычаем, когда в нормативно-правовых актах формулируются конкретные правовые положения, которые непосредственно воспроизводят содержание тех или иных сложившихся обычаев. В этом случае мы имеем дело не с санкционированием обычая в качестве самостоятельного источника права (в виде обычного права), а с нормой нормативно-правового акта как источника права другого вида. Аналогичным образом обстоит дело и тогда, когда в системе прецедентного права обычай кладется в основу судебного решения и тем самым приобретает официальное значение судебного прецедента как источника прецедентного права.

Судебный прецедент — это судебное решение по конкретному делу, имеющее значение общеобязательного правила для такого же решения всех аналогичных дел. Право принимать решения, имеющие значение прецедента, имеют лишь высшие судебные инстанции (в соответствии с установленными правилами прецедента). Судебный прецедент является основным источником права в национальных системах права, относящихся к правовой семье общего (прецедентного) права.

Юридическая доктрина как источник права — это разработанные и обоснованные учеными-юристами положения, конструкции, идеи, принципы и суждения о праве, которые в тех или иных системах права имеют обязательную юридическую силу. Обязательные доктринальные правоположения принято называть **“правом юристов”**. Юридическая доктрина была основным источником континентально-европейского (романо-германского) права со времен римского права до XIX в., когда место основного источника занял закон (государственное нормотворчество). Но и после этого юридическая доктрина остается одним из источников в системах романо-германской правовой семьи. Значительную роль юридическая доктрина как источник права играет в мусульманском праве. Определенное правовое значение она имеет и в системах общего права.

Религиозный памятник в качестве источника права — это священные книги различных религий, положения которых имеют общеобязательное значение в соответствующих системах религиозного права (христианского канонического права, индуистского права, иудаистского права, мусульманского права). Так, Коран и сунна (изречения пророка Мухаммеда) являются двумя главными источниками мусульманского права.

При этом необходимо иметь в виду, что соответствующее религиозное право (мусульманское, индуистское и т.д.) — это право соответствующей религиозной общины (право, регулирующее поведение членов общины верующих), а не национально-государственная система права. Поэтому нельзя смешивать, например, индуистское право с национально-государственной системой права Индии, а мусульманское право — с системой права того или иного государства, население которого исповедует ислам.

Нормативно-правовой договор как источник права — это договор, содержащий новые нормы действующего права. Такие договоры имеются как в сфере частного, так и публичного права.

Нормативно-правовой акт — это письменный правоустановительный акт государства, содержащий новые нормы действующего права. Своим правоустановительным характером (установлением новых норм права) нормативно-правовой акт отличается как от всех других правовых актов (от индивидуальных актов применения норм права и от актов толкования норм права), так и от разного рода официальных государственных актов (заявлений, обращений и т.д.) неправового характера.

Нормативно-правовые акты являются основным источником права в системах права романо-германской правовой семьи, к которой относится и правовая система России.

Существует множество видов нормативно-правовых актов. Но в своей совокупности они как отдельный источник права в рамках той или иной национальной системы права образуют определенную **иерархическую систему актов** различной юридической силы.

По своей **юридической силе** нормативно-правовые акты делятся на законы и подзаконные акты.

Во главе иерархической системы нормативно-правовых актов стоит **закон** — прежде всего Конституция как основной, высший закон, а после Конституции (и ниже ее) стоят остальные законы.

Наивысшей юридической силой в системе нормативно-правовых актов обладает **Конституция**. Она принимается особым путем — посредством референдума (всенародного голосова-

ния), Учредительным (или Конституционным) собранием или высшим представительным органом (парламентом) в специальном (усложненном) порядке.

Законы принимаются, как правило, парламентом (высшим представительным и законодательным органом страны). Некоторые, наиболее важные законы принимаются путем референдума.

В странах романо-германской правовой семьи закон выступает в качестве основного и главного нормативно-правового регулятора общественных отношений. Объектами законодательной регуляции здесь являются наиболее важные и существенные общественные отношения, имеющие основополагающее значение для жизни общества и устанавливаемого в нем правопорядка.

Подзаконные нормативно-правовые акты (декреты, указы, ордонансы, постановления, приказы, инструкции и т.д.) принимаются различными органами исполнительной власти и должностными лицами в установленных законом пределах их нормотворческой компетенции. Подзаконный характер нормативных актов по общему правилу означает, что они должны приниматься на основе и во исполнение действующих законов и прежде всего — конституции страны.

Соотношение различных подзаконных нормативных актов также строится по принципу иерархии — с учетом различной юридической силы разных видов подзаконных актов. При этом юридическая сила и сфера действия подзаконных нормативно-правовых актов определяется законодательно установленным местом и властно-функциональным значением соответствующего государственного органа (или должностного лица) в общей системе исполнительной ветви власти. Поэтому подзаконные нормативно-правовые акты нижестоящих государственных органов должны соответствовать нормативно-правовым актам вышестоящих органов государственной власти.

Естественное право как источник позитивного права — это официально признанные государством и закрепленные в его конституции и законах естественные, прирожденные и неотчуждаемые права человека и права народа.

Уже римские юристы считали естественное право (наряду с правом народов и гражданским правом) составной частью действующего права и олицетворением его справедливости. Говоря о различных смыслах слова “право”, юрист Павел (Д.1.1.11) писал: “Во-первых, “право” означает то, что всегда является справедливым и добрым, — каково естественное право”¹. Подобная трактовка правового смысла и значения естественного

¹ См.: Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 25.

права была существенным компонентом римской юридической доктрины (“права юристов”), которая в свою очередь являлась одним из основных источников римского позитивного права.

Во многом так же обстояло дело и в последующей истории западноевропейского позитивного права (в средние века и в Новое время), одним из основных источников которого всегда была юридическая доктрина, в той или иной форме включавшая в себя (помимо чисто легистских концепций) идеи и принципы естественного права.

Существенные изменения и в этом плане происходят в период буржуазных преобразований и формирования новых национально-государственных систем права. В этих новых социально-исторических условиях естественные права человека и права народа получают прямое закрепление в законах (в декларациях, иных учредительных актах, конституциях и т.д.), приобретают официальную общеобязательную юридическую силу и становятся самостоятельным источником национально-государственной системы действующего позитивного права.

Впервые такое прямое официальное признание и законодательное закрепление естественных прав человека и прав народа нашли свое выражение в “Декларации независимости США” (от 4 июля 1776 г.), в которой, в частности, содержатся следующие положения: “Мы считаем очевидными следующие истины: все люди сотворены равными и все они одарены своим Создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежат: жизнь, свобода, стремление к счастью. Для обеспечения этих прав учреждены среди людей правительства, заимствующие свою справедливую власть из согласия управляемых. Если же данная форма правительства становится губительной для этой цели, то народ имеет право изменить или уничтожить ее и учредить новое правительство...”¹.

Процесс такой законодательной позитивации (официального признания и закрепления) естественных прав получил свое дальнейшее развитие во французской “Декларации прав человека и гражданина” (от 20 августа 1789 г.), в которой закреплены следующие естественные права человека: “Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах... Цель каждого государственного союза составляет обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека. Таковы свобода, собственность, безопасность и сопротивление угнетению”².

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 182.

² Там же. С. 208.

В этом русле развивалось и последующее (особенно в XX в.) конституционное признание и закрепление естественных прав человека и прав народа в качестве основополагающего источника действующего национального права.

Так, ст. 1 “Основного закона ФРГ” (от 23 мая 1949 г.) гласит: “Человеческое достоинство ненаруσιμο. Уважать и защищать его — обязанность всякой государственной власти. Немецкий народ в силу этого признает неприкосновенные и неотчуждаемые права человека как основу всякого человеческого общества, мира и справедливости в мире. Нижеследующие основные права обязывают законодательство, исполнительную власть и правосудие как непосредственно действующее право”¹.

Естественные (прирожденные и неотчуждаемые) права и свободы человека в качестве непосредственно действующих, имеющих приоритетное значение во всей системе позитивного права и обязательных для государства в целом (всех ветвей и органов власти), нашли свое официальное признание и закрепление и в Конституции Российской Федерации 1993 г. (см. ст. 2, 17, 18 и сл.).

Естественные (прирожденные и неотчуждаемые) права и свободы человека, официально признанные и закрепленные в конституции и иных правоустанавливающих государственных актах, занимают высшее место в иерархии источников действующего позитивного права данного государства и обладают высшей юридической силой. В случае коллизий они обладают приоритетом по отношению ко всем остальным нормам всех других источников позитивного права, которые должны соответствовать (как минимум — не противоречить и не нарушать) официально признанным естественным правам и свободам человека. Также и нормы конституции государства не должны противоречить признанным и закрепленным в ней естественным (прирожденным и неотчуждаемым) правам и свободам человека.

Естественное право (естественные права и свободы человека), приобретая посредством конституционного признания позитивно-правовую силу, **продолжает одновременно оставаться естественным правом**, которое, по логике его соотношения с позитивным правом и по юридическому смыслу соответствующих конституционных положений, имеет исходное и приоритетное правовое значение.

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 170—171.

2. Источники права в Российской Федерации

Каждая национальная (национально-государственная) система права, наряду с другими особенностями, отличается и своеобразием источников действующего (позитивного) права. Вместе с тем различные национальные системы права, входящие в ту или иную правовую семью, имеют и некоторые общие черты, которые присущи и соответствующим источникам права. В российской системе права, как и в других системах права, относящихся к романо-германской правовой семье, в современных условиях основным источником права являются **нормативно-правовые акты** (законы и подзаконные акты).

Определенную роль в качестве источников российского права играют также **нормативно-правовой договор и обычное право** (санкционированные государством обычаи).

Приоритетное значение в системе источников современного российского права имеют официально признанные и закрепленные в Конституции РФ **естественные (прирожденные и неотчуждаемые) права и свободы человека**.

Хотя в самой Конституции РФ не используется понятие “естественное право”, однако закрепленные в ней основные права и свободы человека являются именно естественными правами и придают конституционному правопониманию естественноправовой характер. Об этом свидетельствуют, в частности, положения ст. 2 Конституции о человеке, правах и свободах человека как “высшей ценности” и ч. 2 ст. 17 о том, что “основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения”.

Позитивно-правовое значение и приоритетный характер основных прав и свобод человека закреплены в целом ряде статей Конституции РФ (ст. 2, гл. 2). Так, ст. 18 Конституции гласит: “Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием”.

Конституция РФ закрепляет широкий круг прав и свобод человека, соответствующий современным мировым стандартам и положениям международных пактов о правах человека. К числу таких прав и свобод человека относятся, в частности, право каждого человека на жизнь, право на личное достоинство, право на свободу и личную неприкосновенность, право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, свобода совести,

свобода вероисповедания, свобода мысли и слова, право частной собственности, право свободно распоряжаться своими способностями к труду, право на охрану здоровья и медицинскую помощь, право на образование, свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания, право на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры и др.

Согласно ч. 1 ст. 55 Конституции РФ, “перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина”. Это означает конституционное признание позитивно-правового значения всех общепризнанных в современном международном праве и международных пактах естественных прав и свобод человека.

В целом присущее Конституции РФ новое (естественно-правовое) правопонимание подразумевает и означает, что признанные и гарантированные в ней основные права и свободы человека имеют исходное, определяющее и приоритетное значение по отношению ко всем остальным источникам (и нормам) действующего в РФ позитивного права, включая и правоположения самой Конституции РФ. Согласно Конституции РФ (см. ст. 2, 17, 18, 55), все действующее в РФ позитивное право, вся правоустановительная, правозащитная и правоприменительная деятельность государства должны определяться требованиями признания и соблюдения прав и свобод человека, соответствовать этим требованиям, не противоречить им.

В этом и состоит основной правовой смысл закрепленной в Конституции РФ своеобразной **естественноправовой концепции правового закона в условиях правового государства**.

Соотношение между естественными правами человека как источником действующего права и **Конституцией РФ как основным и главным нормативно-правовым актом РФ** определяется следующим образом. С одной стороны, конституционное признание и гарантирование естественных прав и свобод человека **придает им позитивно-правовое значение** в рамках системы действующего в РФ позитивного права, причем именно исходное, приоритетное и определяющее правовое значение (в соотношении прав человека с другими источниками и нормами позитивного права). С другой стороны, эти конституционно признанные и гарантированные естественные права и свободы человека (в силу конституционного признания их исходного приоритетного и определяющего правового значения) **приобретают высшую юридическую силу** в системе источни-

ков и норм всего действующего в РФ позитивного права, в которую входят и положения самой Конституции РФ. В позитивно-правовом плане это, согласно самой Конституции РФ, означает, что общепризнанные естественные права и свободы человека обладают приоритетом (т.е. более высокой юридической силой) в случае их коллизий с другими положениями Конституции РФ и нормами всех других источников действующего в РФ позитивного права.

Конституция РФ как нормативно-правовой акт обладает высшей юридической силой в системе всех нормативно-правовых актов страны и вместе с тем является главным право-устанавливающим нормативным актом, определяющим основы системы источников действующего в стране позитивного права.

В Конституции РФ установлены основы конституционного строя и федеративного устройства страны, сформулированы фундаментальные принципы общественной и государственной жизни, закреплены права и свободы человека и гражданина, определены система и полномочия государственных органов, регламентированы основные вопросы местного самоуправления, предусмотрен порядок внесения поправок в действующую Конституцию и принятия новой Конституции. В Конституции (во II разделе “Заключительные и переходные положения”) урегулированы также некоторые другие важные вопросы, связанные с вступлением в силу Конституции 1993 г. и прекращением действия прежней Конституции.

Все нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты) должны соответствовать Конституции РФ. Важную роль в плане обеспечения этого требования играет Конституционный Суд РФ. Согласно Конституции (ч. 6 ст. 125), правовые акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу; несоответствующие Конституции РФ международные договоры РФ не подлежат введению в действие и применению.

В системе нормативно-правовых актов после Конституции РФ наибольшей юридической силой обладают **общефедеральные законы**.

Законодательная власть в РФ (право издавать общефедеральные законы) принадлежит Федеральному Собранию (парламенту) РФ — высшему представительному и законодательному органу РФ. Федеральное Собрание состоит из двух палат — Совета Федерации и Государственной Думы.

Общефедеральные законы делятся на два вида — федеральные законы и федеральные конституционные законы.

Федеральные законы принимаются Государственной Думой простым большинством голосов от общего числа ее депутатов и в течение пяти дней передаются на рассмотрение Совета Федерации. При этом закон считается одобренным Советом Федерации, если за него проголосовало более половины от общего числа его членов либо если в течение четырнадцати дней он не был рассмотрен Советом Федерации. В случае отклонения федерального закона Советом Федерации и несогласия Государственной Думы с решением Совета Федерации закон подлежит повторному рассмотрению Государственной Думой. В этом случае федеральный закон считается принятым, если при повторном голосовании за него проголосовало не менее двух третей от общего числа депутатов Государственной Думы.

Принятый федеральный закон в течение пяти дней направляется Президенту РФ для подписания и обнародования. Президент РФ в течение четырнадцати дней подписывает федеральный закон и обнародует его. Но в отношении федеральных законов Президент РФ обладает правом отлагательного вето, и он может отклонить принятый федеральный закон. В этом случае Государственная Дума и Совет Федерации в установленном порядке вновь рассматривают данный закон. Если при повторном рассмотрении федеральный закон будет одобрен в ранее принятой редакции большинством не менее двух третей голосов от общего числа депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации, он подлежит подписанию Президентом РФ в течение семи дней и обнародованию.

Федеральные законы делятся на кодификационные законы (кодексы) и обычные (некодификационные) законы. **Кодекс** — это закон интегративного характера, который содержит внутренне согласованный комплекс общих принципов и конкретных норм, необходимых для целостной и единообразной правовой регуляции всех основных отношений в определенной области общественной жизни. Как правило, кодексы носят отраслевой характер и включают в себя совокупность принципов и норм одной отрасли права. В качестве примера можно сослаться на Гражданский кодекс РФ (часть первая — от 30 ноября 1994 г., часть вторая — от 26 января 1996 г.), Семейный кодекс РФ (от 29 декабря 1995 г.), Уголовный кодекс РФ (от 13 июня 1996 г., вступил в силу с 1 января 1997 г.), Воздушный кодекс РФ (от 19 марта 1997 г.) и др.

Основную массу федеральных законов составляют обычные (некодификационные) законы, регулирующие отдельные, наиболее важные общественные отношения (или определенную

взаимосвязанную совокупность таких отношений). К таким законам относятся, например, Закон РФ “Об общественных объединениях” (от 14 апреля 1995 г.), Закон РФ “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” (от 5 сентября 1997 г.) и др.

Федеральные конституционные законы принимаются по вопросам, предусмотренным самой Конституцией РФ. Всего Конституция предусматривает необходимость принятия четырнадцати таких законов. Часть из них уже принята (например федеральные конституционные законы о Конституционном Суде РФ, о Правительстве РФ), а некоторые другие (например федеральные конституционные законы о Конституционном собрании, об изменении статуса субъекта РФ и др.) еще предстоит принять.

Федеральные конституционные законы обладают более высокой юридической силой, чем федеральные законы: федеральные законы, согласно Конституции РФ (ч. 4 ст. 76), не могут противоречить федеральным конституционным законам. Конституция РФ (ч. 2 ст. 108) устанавливает и более сложный (чем это предусмотрено для федеральных законов) порядок принятия федеральных конституционных законов. Федеральный конституционный закон считается принятым, если он одобрен большинством не менее трех четвертей голосов от общего числа членов Совета Федерации и не менее двух третей голосов от общего числа депутатов Государственной Думы. Применительно к федеральному конституционному закону у Президента РФ нет права на отлагательное вето. Поэтому принятый федеральный конституционный закон в течение четырнадцати дней подлежит подписанию Президентом РФ и обнародованию.

К подзаконным нормативно-правовым актам РФ относятся нормативные указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, приказы, инструкции и иные нормативные акты федеральных министерств и ведомств РФ.

Среди подзаконных нормативно-правовых актов РФ наибольшей юридической силой обладают **нормативные указы Президента РФ**. Такие нормативные указы Президента РФ (как и его ненормативные указы и распоряжения), согласно Конституции РФ (ч. 3 ст. 90), “не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам”. Нормативные указы Президента принимаются по широкому кругу вопросов общественной и государственной жизни. Они, как и ненормативные указы и распоряжения Президента РФ, обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации.

Правительство РФ, осуществляя исполнительную власть, издает постановления и распоряжения, которые обязательны к исполнению на всей территории Российской Федерации. При этом распоряжения Правительства РФ издаются по оперативным вопросам и являются, как правило, актами индивидуального характера (не устанавливают норм права). **Постановления Правительства РФ** принимаются по основным направлениям осуществления федеральной исполнительной власти и носят нормативный характер. В качестве примера можно сослаться на Постановление Правительства РФ от 4 января 1999 г. “О прогнозе развития государственного сектора экономики Российской Федерации”. Постановления Правительства РФ (как и его ненормативные распоряжения) издаются, согласно Конституции РФ (ч. 1 ст. 115), “на основании и во исполнение Конституции Российской Федерации, федеральных законов, нормативных указов Президента Российской Федерации”. В случае их противоречия указанным актам постановления и распоряжения Правительства РФ могут быть отменены Президентом РФ.

Центральные органы исполнительной власти в Российской Федерации (федеральные министерства, государственные комитеты и ведомства) наделены правом в случаях и пределах, установленных актами вышестоящих органов, издавать различные нормативно-правовые акты — **приказы, инструкции, положения, уставы** и т.д. К числу таких актов относится, например, Приказ Министра юстиции РФ “Об утверждении Положения о следственном изоляторе уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Российской Федерации” (от 25 января 1999 г. № 20, зарегистрирован в Минюсте РФ 19 февраля 1999 г., регистрационный номер 1712)¹. Эти нормативно-правовые акты подлежат государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ и публикации в установленном порядке, если они затрагивают права и законные интересы граждан или носят межведомственный характер. Правительство РФ может отменить акты (нормативные и ненормативные) центральных органов исполнительной власти в случае их противоречия Конституции РФ, законам РФ, указам и распоряжениям Президента РФ, постановлениям и распоряжениям Правительства РФ.

Нормативно-правовые акты субъектов Российской Федерации составляют значительную часть действующих в стране

¹ См.: Российская газета. 1999. 18 марта.

нормативных актов. Согласно Конституции РФ (ст. 76), субъекты РФ издают свои нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты) как по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ, так и по вопросам, находящимся вне пределов ведения РФ и вне пределов совместного ведения РФ и субъектов РФ (см. ст. 72 Конституции РФ).

При этом законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам ведения РФ (см. ст. 71 Конституции РФ) и предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ (см. ст. 72 Конституции РФ). В этих случаях при противоречиях между федеральным законом и актами субъектов РФ действует федеральный закон.

Вне пределов ведения РФ и совместного ведения РФ и субъектов РФ все субъекты РФ (республики, края, области, города федерального значения, автономная область и автономные округа) осуществляют собственное правовое регулирование, включая принятие законов и иных нормативно-правовых актов. В этих случаях при противоречиях между федеральным законом и нормативно-правовым актом субъекта РФ действует нормативно-правовой акт субъекта РФ.

Нормативно-правовые акты субъектов РФ действуют лишь в пределах территории соответствующего субъекта РФ.

В республиках, входящих в состав РФ, принимаются такие нормативно-правовые акты, как конституции соответствующих республик, законы, акты главы исполнительной власти в республике, постановления республиканского правительства, акты республиканских министерств и ведомств.

В иных субъектах РФ (краях, областях, городах федерального значения, автономной области, автономных округах) принимаются следующие нормативно-правовые акты: уставы соответствующих субъектов РФ, законы, акты главы администрации и других органов исполнительной власти в этих субъектах РФ.

В круг нормативных актов как источников права входят и **нормативно-правовые акты органов местного самоуправления**, издаваемые ими в соответствии с действующим законодательством. Хотя органы местного самоуправления, согласно Конституции РФ (ст. 12), не входят в систему органов государственной власти, но они наделены законодательно (в порядке делегированного государством нормотворчества) отдельными государственными полномочиями, в том числе и правом на издание ряда нормативно-правовых актов по вопросам местного значения. Так, представительным органом местного самоуп-

равления или непосредственно населением принимается **устав муниципального образования**. В нем, в частности, определяются виды, порядок принятия и вступления в силу других нормативно-правовых актов органов местного самоуправления — **актов представительного органа и должностных лиц местного самоуправления**.

Законом РФ от 12 августа 1995 г. “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации” (ст. 8) предусматривает обязательную государственную регистрацию устава муниципального образования в порядке, установленном законом субъекта РФ. Основанием для отказа в государственной регистрации устава муниципального образования может быть только противоречие его положений Конституции и законам РФ, законам соответствующего субъекта РФ. Отказ в государственной регистрации устава может быть обжалован гражданами и органами местного самоуправления в судебном порядке.

В качестве одного из самостоятельных источников права в РФ выступает **нормативный договор**, т.е. договор, содержащий нормы права. Такие нормативные договоры могут быть как международными, так и внутригосударственного характера. Согласно Конституции РФ (ч. 4 ст. 15), общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Причем если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Заметную роль в качестве источника действующего права играют и внутригосударственные договоры. Так, согласно Конституции РФ (ч. 3 ст. 11), разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ осуществляется как самой Конституцией РФ, так и Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий. В случае несоответствия положений Конституции РФ положений Федеративного и иных договоров о разграничении предметов ведения и полномочий, согласно Конституции РФ (раздел II — “Заключительные и переходные положения”), действуют положения Конституции РФ.

К разновидностям нормативного договора как источника права относятся и различные **коллективные договоры** между работодателями и работниками в области трудового права, а также **нормативные договоры в области гражданского права**.

Обычный договор в области гражданского права определяется в ст. 420 ГК РФ как “соглашение двух или нескольких лиц

об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей”. Такой обычный договор — это акт реализации действующих норм права, имеющий индивидуальный характер и значимый лишь для конкретно определенных лиц, а не акт установления новых норм права. Подобные договоры являются актами индивидуального, а не нормативного (нормоустанавливающего) характера, и поэтому они не являются источниками права.

Нормативно-правовое значение (в смысле договорного источника права) имеет так называемый **публичный договор в области гражданского права**, который определяется в ГК РФ (п. 1 ст. 426) как “договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.д.)”. Положения такого публичного договора (его условия и т.д.) распространяются на неопределенное множество лиц и обязательны для сторон всех конкретных договоров, которые могут быть заключены на основе общих положений (норм) соответствующего публичного договора.

По существу под публичным договором имеется в виду **типовой или примерный договор**, содержащий общие положения (нормы), обязательные для всех конкретных договоров в рамках данного типа договоров. Согласно п. 4 ст. 426 ГК РФ, “в случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.)”. Примерные условия подобных нормативных договоров “могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия”, и опубликованы в печати (ст. 427 ГК РФ).

В ряде случаев в качестве источника права в РФ выступает **обычное право**, т.е. санкционированные государством обычаи. Так, по российским законам (Консульскому уставу, Кодексу торгового мореплавания) признается правовое значение некоторых международных обычаев, например, сложившихся портовых обычаев о порядке и продолжительности погрузки и разгрузки судов и т.д. В сфере гражданского права правовое значение обычаев делового оборота признано действующим ГК РФ. Так, п. 5 ст. 421 ГК РФ гласит: “Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой,

соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон”. При этом под “обычаем делового оборота”, согласно ГК РФ (ст. 5), имеется в виду сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не имеют правового значения и не подлежат применению.

Глава 4. Правоустановление (правотворчество)

1. Понятие правоустановления и виды правоустановительной деятельности

Правоустановление — это форма (и направление) государственной деятельности, связанная с официальным выражением и закреплением норм права, которые составляют нормативно-правовое содержание всех действующих источников позитивного права.

Понятие “правоустановление” точнее выражает смысл и содержание той специфической деятельности, которая обычно именуется “**правотворчеством**”. Легистско-позитивистское отождествление права и закона (позитивного права) сопровождается смешением (и отождествлением) понятий “законотворчество” (“законодательство”) и “правотворчество”.

С позиций либертарно-юридического правопонимания очевидно, что государство (соответствующие государственные органы) действительно осуществляет законотворческую (законодательную) деятельность, создает (и в этом смысле — творит) законы, но это вовсе не означает, будто государство творит (порождает) само право как таковое. Право как объективное социальное явление (особый регулятор, специфическая форма общественных отношений), принципом которого является формальное равенство, — это не творение государства и не продукт государственно-властной воли, а особая духовная форма выражения совокупных итогов сложного и многофакторного социально-исторического процесса общественной жизни людей, результат достигнутой соответствующим обществом (и народом) ступени развития в общецивилизационном прогрессе

равенства, свободы и справедливости в человеческих отношениях. Кстати говоря, и само государство как правовая форма публичной власти является продуктом этого социально-исторического процесса.

Одной из важных форм правоустановления (т.е. “правотворчества”, понимаемого как установление норм действующих источников позитивного права) является **прямое государственное нормотворчество** — издание соответствующими государственными органами нормативно-правовых актов (законов и подзаконных нормативных актов).

Но нормативно-правовые акты — это лишь один из источников позитивного права, а **принятие (установление) законов и подзаконных актов** — лишь одна из форм правоустановления, один из видов (одно из направлений) правоустановительной деятельности. Причем следует иметь в виду, что нормативно-правовые акты (и прежде всего закон) являются основным источником права лишь в системах права романо-германской правовой семьи. К тому же во всех этих системах романо-германского права, кроме нормативно-правовых актов, действуют и иные источники права, правовое значение и содержание которых выражается и закрепляется в других формах правоустановительной деятельности.

Понятие “правоустановление” включает в себя **различные виды правоустановительной деятельности**, которые отражают особенности процесса выражения и закрепления нормативно-правового характера и содержания разных источников действующего права — нормативно-правовых актов, судебного прецедента, нормативно-правового договора, обычного права, юридической доктрины и т.д.

Специфика этих различных видов правоустановительной деятельности (и форм правоустановления) обусловлена своеобразием соответствующих источников позитивного права, особенностями самого источника, его нормативно-правовой природы, характера и содержания.

Так, своеобразие естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека в качестве особого источника позитивного права определяет и особенности соответствующей правоустановительной деятельности государства. Характер и содержание правоустановительной деятельности в этой сфере состоят **не в создании** самих общепризнанных естественных прав и свобод человека (поскольку они уже есть и преданы государству), а в их **официальном конституционном признании и гарантировании** в качестве норм действующего в данном государстве позитивного права (см. ч. 1 ст. 17 Конституции РФ).

Нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты) как источник права принимаются (устанавливаются) в основном соответствующими представительными и исполнительными государственными органами (в процессе их прямой нормотворческой деятельности), а в некоторых случаях — всенародным голосованием (путем референдума).

Создание **судебного прецедента** как источника права осуществляется в форме правоустановительной деятельности определенных высших судебных органов государства.

Нормативно-правовой договор как источник права устанавливается в форме заключения соглашений между различными государствами (международный договор), между различными государственными органами или между государственными и негосударственными органами (внутригосударственные договоры публично-правового характера), между различными субъектами частного права (нормативные договоры гражданско-правового характера). Все эти договорные формы и направления установления норм права (в сфере публичного и частного права) определены и регламентированы действующим законом и в этом смысле официально санкционированы государством в качестве особого источника позитивного права. В отношении международных договоров применяется и такая специальная процедура их признания (государственного санкционирования) в качестве источника действующего права, как **ратификация** договора высшим представительным (законодательным) органом государства.

В форме законодательного признания правового значения, места и роли обычая в системе действующего права осуществляется **государственное санкционирование тех или иных обычаев в качестве правовых обычаев**, т.е. их установление в качестве источника права.

В признании **юридической доктрины** (так называемого “права юристов”) в качестве **официального источника действующего права** определяющую роль играет правовая (государственно-правовая) практика — фактическое использование в правоприменительной (и особенно судебной), а нередко и в правотворческой деятельности соответствующих доктринальных положений, концепций, конструкций, идей и принципов. В некоторых случаях значение положений юридической доктрины в качестве источника действующего права закреплялось в законодательном порядке. Так, законом Валентиана III (426 г.) о цитировании юристов положениям пяти наиболее влиятельных римских юристов (Гая, Паниниана, Павла, Ульпиана и Модестина) была придана законная сила. Кроме того, данный закон признавал правовое значение положений также и ряда других

римских юристов (Сабина, Сцеволы, Юлиана, Марцелла и др.), сочинения которых цитировались в трудах названных пяти юристов. В кодификации Юстиниана (VI в.) было закреплено правовое значение положений тридцати восьми римских юристов (от I в. до н.э. — по IV в. н.э.).

В процессе признания и легитимации юридической доктрины как официального источника права в рамках религиозных систем права (мусульманского права, индусского права, иудаистского права, христианского канонического права) существенное значение имело то обстоятельство, что сама эта доктрина формировалась и развивалась на основе соответствующих религиозных вероучений (и их священных первоисточников) в виде их составной части, в качестве определенного религиозно-теологического учения о праве. Для членов самой общины верующих соответствующая религиозная доктрина права непосредственно обладала высшей санкцией господствующей религии и для своего практического действия в качестве правового регулятора не нуждалась в дополнительной санкции со стороны государственной власти. Там же, где определенная община верующих со своим религиозным правом оказывалась в условиях господства другой системы права, требовалось специальное санкционирование соответствующей государственной властью данного религиозного права (включая и его доктрину) в качестве официально действующего источника права для членов этой религиозной общины.

При всех присущих им особенностях различные виды деятельности по установлению действующих источников национальной системы позитивного права носят официально-властный (государственный) характер. Это, конечно, не означает, будто естественные права и свободы, обычаи, юридическая доктрина (светская или религиозная), договор создаются самим государством, но их признание и закрепление в качестве действующих (т.е. обладающих обязательной юридической силой) источников в рамках соответствующей национальной (национально-государственной) системы позитивного права носит официально-властный (государственный) характер и относится к правоустановительной компетенции государства.

2. Принципы правоустановительной деятельности

Правоустановительная деятельность государства обусловлена объективной необходимостью правового урегулирования и упорядочения поведения людей в основных сферах, направле-

ниях и отношениях их общественной и государственной жизни. Содержание, характер, цели и результаты правоустановительной деятельности определяются большим и сложным комплексом объективных и субъективных, материальных и духовных факторов. Существенное значение при этом имеют прежде всего такие факторы, как достигнутая степень социально-исторического, общецивилизационного и общеправового развития соответствующего народа, общества и государства; сложившиеся тип и форма государства и права (форма правления, форма государственного устройства, форма и характер политико-правового режима); опыт и традиции государственно-правовой жизни данного народа; уровень политической и правовой культуры населения; социально-политическое и духовное состояние общества (соотношение социально-политических сил, место и роль независимого общественного мнения в общественной и политической жизни, мера социально-политического, идейно-мировоззренческого и правового согласия в обществе в качестве основы для надлежащего выражения в законе общей воли и общих интересов, социальной легитимации устанавливаемых норм и т.д.); степень развитости юридической доктрины (состояние юридико-научных основ правоустановительной деятельности, связь теории и практики в этой сфере, уровень юридической культуры субъектов правоустановительной деятельности и т.д.); цели, содержание и характер правоустановительной и в целом правовой политики общества и государства и т.д.

Учет всех этих факторов в их взаимосвязи и взаимодействии является необходимым условием и предпосылкой для успешной и продуктивной правоустановительной деятельности, высокого правового качества и эффективного действия всей системы устанавливаемых норм и источников позитивного права.

Развитая (в правовом и общесоциальном смысле) деятельность государства по установлению норм позитивного права должна соответствовать ряду основополагающих требований, которые можно сформулировать в виде следующих **основных принципов правоустановительной деятельности**.

1. **Правовой прогресс.** Данный принцип требует, чтобы вся правоустановительная деятельность государства была в максимально возможной степени направлена на дальнейшее развитие и совершенствование действующего позитивного права в русле общецивилизационных достижений в области прав и свобод человека и гражданина, утверждения и усиления начал господства права, правового закона и правовой государственности.

2. Правовая легитимность. Смысл этого принципа состоит в том, что сама правоустановительная деятельность должна соответствовать основным требованиям права, протекать в надлежащих правовых формах и процедурах, в строгом соответствии с законодательно установленными полномочиями (компетенцией) субъектов правоустановительной деятельности.

3. Общесоциальная легитимность. Этот принцип требует, чтобы правоустановительная деятельность государства опиралась на широкую базу социального ожидания, согласия и поддержки правоустановительных преобразований и решений, на активное участие членов общества и различных общественных объединений в обсуждении, подготовке и принятии таких решений, на либерально-демократические формы и процедуры опроса, выявления и учета общественного мнения по вопросам права, на открытый, общедоступный, публичный характер всего правоустановительного процесса. Социальная легитимация правоустановительных решений — это одно из существенных требований суверенитета народа и вместе с тем необходимое условие социально-политического и правового согласия и единства в обществе, существенная предпосылка и важный фактор эффективности устанавливаемых правовых новелл и всего действующего права.

4. Научная обоснованность. Правоустановительная деятельность должна опираться на научно осмысленный отечественный и зарубежный опыт в этой сфере, на результаты научного изучения современного состояния действующего права и тенденций его развития, на идеи, концепции и практические рекомендации современной юридической науки по вопросам совершенствования правоустановительного процесса и системы позитивного права.

5. Системность. Принцип системности правоустановительной деятельности требует как учета системного характера позитивного права, так и системной организации самой деятельности по изменению, обновлению и совершенствованию действующего права. В силу системности права все вновь устанавливаемые нормы должны быть надлежащим образом согласованы со всей действующей системой норм, чтобы занять в этой системе свое особое место и осуществлять соответствующую регулятивно-правовую функцию. Для достижения этого необходимо, чтобы и вся правоустановительная деятельность носила системно-упорядоченный и планомерно-организованный характер. Необходимы согласованность и единство в целях, планах и действиях всех субъектов правоустановительной деятельности, наличие соответствующих юридических механизмов и

государственно-правовых институтов, обеспечивающих системную упорядоченность правоустановительного процесса, соответствие его хода и результатов действующим правовым нормам и процедурам.

Нарушение этих требований ведет к деформации и разрушению системы норм позитивного права и надлежащей иерархии его источников, порождает существенные коллизии в нормативно-правовом материале, наносит значительный ущерб правовой регуляции в целом.

6. Профессионализм. Правоустановление (правотворчество, законотворчество, нормотворчество) — это особый вид творческой работы, связанный с поиском, формулированием и официальным закреплением в соответствующих источниках общеобязательных правовых норм, определяющих правила и порядок жизни и взаимоотношений всех членов общества. Огромная социальная значимость и существенное предметно-содержательное своеобразие этой деятельности требуют ее осуществления на высоком профессиональном уровне. Это предполагает высокий профессионализм в вопросах нормотворчества прежде всего самих субъектов правоустановительной деятельности, понимание ими ее смысла и назначения, ее содержательно-правовых и юридико-технических аспектов и т.д. Дилетантизм здесь столь же недопустим, как и в других сферах профессиональной деятельности, и к тому же чреват несомненно более существенными негативными социальными последствиями. Конечно, профессиональные недостатки субъектов правоустановительной деятельности в какой-то мере могут быть сглажены путем учета рекомендаций ученых-юристов, помощи квалифицированных специалистов, участвующих в подготовке правоприменительных решений и т.д. Но все это, разумеется, не снимает проблемы профессионального уровня самих субъектов правоустановительной деятельности, который прямо и непосредственно отражается на правовом качестве и юридико-технических характеристиках нормотворческого процесса и принимаемых норм.

3. Основные стадии правоустановительного процесса

Процесс установления новой нормы права (издания нормоустанавливающего акта) состоит из нескольких последовательных стадий — от осознания потребности в издании соответствующей нормы до ее принятия и официальной публикации.

Характер и содержание правоустановительной деятельности на различных стадиях ее осуществления, как и само значение подобных стадий в рамках правоустановительного процесса, во многом зависят от особенностей соответствующего источника права, к которому относится устанавливаемая норма. В системах общего (прецедентного) права, где основным источником права является судебное решение, стадии правоустановительного процесса, по существу, совпадают с основными стадиями рассмотрения и разрешения конкретных дел в соответствующих судебных инстанциях, устанавливающих нормы прецедентного права.

В системах права романо-германской правовой семьи, где основным источником права является нормативно-правовой акт и где также и все другие источники права в том или ином виде получают свое официальное признание и закрепление в соответствующих нормативно-правовых актах, стадии правоустановительного процесса обусловлены логикой и процедурой подготовки и принятия того или иного нормативно-правового акта (закона или подзаконного акта).

Подзаконные нормативно-правовые акты готовятся и принимаются соответствующими органами исполнительной власти в пределах их правоустановительной компетенции, установленной Конституцией РФ и действующим законодательством.

Так, **разработка проектов** нормативных указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ, а также вносимых по их инициативе в Государственную Думу законопроектов осуществляется аппаратом соответствующих государственных органов с привлечением к данной работе заинтересованных (профильных) министерств и ведомств. Аппаратный порядок подготовки проектов нормативных актов действует и в нормотворчестве различных министерств, ведомств и государственных комитетов.

Порядок принятия подзаконных нормативно-правовых актов зависит от типа и характера соответствующего органа исполнительной власти. Нормативно-правовые акты коллегиальных органов исполнительной власти (например постановления Правительства РФ, постановление Правительства субъекта РФ и др.) принимаются простым большинством голосов членов соответствующей коллегии. Нормативно-правовые акты органов исполнительной власти, действующих на началах единоличного руководства (указы Президента РФ, приказы министра, акты глав исполнительной власти в субъектах РФ и т.д.) принимаются в порядке единоличного решения соответствующего должностного лица.

Более сложной и детализированной является законодательная процедура. В целом законотворческий процесс состоит из следующих **основных стадий**: 1) принятие соответствующим компетентным органом (самим правоустановительным органом или субъектом правоустановительной инициативы) решения об издании определенного нормативно-правового акта; 2) разработка и предварительное обсуждение проекта этого акта; 3) рассмотрение данного проекта правоустановительным органом; 4) принятие нормативно-правового акта; 5) официальное опубликование принятого нормативно-правового акта.

Инициатива принятия соответствующего нормативного акта может исходить как от самого правоустановительного органа, так и от других субъектов, обладающих правом на такую инициативу.

Так, в Российской Федерации в законотворческом процессе (на федеральном уровне) **право законодательной инициативы**, согласно ч. 1 ст. 104 Конституции РФ, принадлежит Президенту РФ, Совету Федерации, членам Совета Федерации, депутатам Государственной Думы, Правительству РФ, законодательным (представительным) органам субъектов РФ. Право законодательной инициативы по вопросам их ведения принадлежит также Конституционному Суду РФ, Верховному Суду РФ и Высшему Арбитражному Суду РФ.

Все законопроекты вносятся в Государственную Думу.

Право законодательной инициативы означает, что проект закона, внесенный субъектом такого права в Государственную Думу, подлежит обязательному рассмотрению самой Государственной Думой. Конечно, свои законопроекты могут направлять в Государственную Думу также отдельные граждане, общественные объединения и другие субъекты, не обладающие правом законодательной инициативы. Такие законопроекты Государственная Дума не обязана рассматривать.

Разработка законопроекта осуществляется субъектом законотворческой инициативы (соответствующими структурами, подчиненными данному субъекту) или по поручению Совета Государственной Думы — одним из ее комитетов.

В отношении внесенного в Государственную Думу законопроекта Совет Государственной Думы назначает соответствующий комитет Государственной Думы ответственным по законопроекту (так называемый ответственный комитет) и принимает решение о включении законопроекта в примерную **программу законопроектной работы** Государственной Думы на очередную сессию или в календарь рассмотрения вопросов Государственной Думой на очередной месяц. Одновременно зако-

нопроект направляется в комитеты, комиссии и депутатские объединения Государственной Думы, Президенту РФ, в Совет Федерации, в Правительство РФ, а также в Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ — по вопросам их ведения для подготовки и представления отзывов, предложений и замечаний (см. ст. 109 Регламента Государственной Думы от 22 января 1998 г.)¹.

На этой стадии **предварительного обсуждения** законопроекта он может быть направлен ответственным комитетом в государственные органы, научные и общественные организации для подготовки отзывов, предложений и замечаний, а также для проведения научной экспертизы. Правовое управление аппарата Государственной Думы осуществляет правовую экспертизу законопроекта, а в ряде случаев — и лингвистическую экспертизу.

Обсуждение законопроекта в комитетах Государственной Думы проходит открыто, с приглашением субъекта права законодательной инициативы и может освещаться в средствах массовой информации.

Законопроект может обсуждаться и на парламентских слушаниях с участием широкого круга заинтересованных лиц, общественности, представителей средств массовой информации.

На основе всех этих предварительных обсуждений в законопроект вносятся необходимые исправления и уточнения. Законопроект, подготовленный к рассмотрению, направляется ответственным комитетом в Совет Государственной Думы для внесения на рассмотрение Государственной Думой.

Рассмотрение законопроектов Государственной Думой осуществляется в трех чтениях. В первом чтении обсуждается концепция законопроекта и вносятся в него поправки. Во втором чтении обсуждаются внесенные поправки к законопроекту и принимается решение об их принятии или отклонении. Третье чтение назначается для голосования в целях **принятия законопроекта в качестве закона**.

Принятые Государственной Думой законы в течение пяти дней передаются на рассмотрение Совета Федерации. **Одобренный Советом Федерации закон** в течение пяти дней направляется Президенту РФ. **Подписанный Президентом закон** подliegt обнародованию.

Официальное опубликование принятого нормативно-правового акта осуществляется в специальных печатных издани-

¹ Регламент Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. М., 1998.

ях и газетах. Так, федеральные конституционные законы и федеральные законы официально публикуются в “Российской газете” и в “Собрании законодательства Российской Федерации”. В этих же изданиях в течение десяти дней после их подписания публикуются акты Президента РФ и Правительства РФ.

Неопубликованные законы, согласно Конституции РФ (ч. 3 ст. 15), не применяются. Любые нормативно-правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

Нормативно-правовые акты федеральных министерств и ведомств, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина или имеющие общий (межведомственный) характер, подлежат официальной публикации в газете “Российские вести” (в течение десяти дней после их государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ), а также в Бюллетене нормативных актов федеральных органов исполнительной власти.

Официальное опубликование актов субъектов РФ осуществляется в специальных местных печатных изданиях и газетах. В местных средствах массовой информации публикуются и акты органов местного самоуправления.

4. Юридическая техника

Важной составной частью юридической доктрины являются разработанные в юриспруденции и применяемые в государственно-правовой практике правила внешнего выражения в тексте различных правовых актов (правоустановительного, правоприменительного или правотолковательного характера) определенного нормативно-правового содержания, конкретных правоположений. Совокупность таких правил принято называть “**юридической техникой**”, подобно тому как юридическая догматика в целом нередко трактовалась как “**юридическое ремесло**” (в смысле юридического умения, мастерства, искусства).

Под “**текстом**” правового акта при этом имеется в виду письменный текст, поскольку речь идет о писаном праве в условиях письменной культуры. Но в принципе можно говорить о юридической технике и применительно к устному тексту правового акта (например к устному тексту неписаного обычного права или к устному тексту правового акта в совре-

менную эпоху писаного права, когда текст правового акта выражается в форме устного правоустановления — в виде устной речи, устного обнародования содержания правового акта по радио, телевидению и т.д.).

Юридическая техника — это совокупность принципов, правил, средств, приемов и методов адекватного выражения определенного нормативно-правового содержания в форме текста правового акта.

Правовыми актами являются официально-властные акты (нормативного и индивидуального характера), имеющие общеобязательную юридическую силу, — правоустановительные и правоприменительные акты, а также акты официального толкования и систематизации действующего права.

В отличие от правовых актов, которые содержат общеобязательные **правоположения**, во всех других текстах (теоретического или практического характера) по правовой тематике содержатся лишь те или иные **правосуждения** (суждения, высказывания о праве), не имеющие юридической силы. И адекватность правосуждений (теоретических или практических) следует оценивать с позиций соответственно критериев научной истины или прагматической пользы, а не правил юридической техники. Возможны, правда, случаи, когда те или иные правосуждения представителей юриспруденции (например римских или более поздних юристов) являются частью юридической доктрины, официально признанной источником действующего права; такие **доктринальные правосуждения** являются одновременно и общеобязательными **правоположениями**.

Принципы, правила, приемы и методы юридической техники относятся ко всем правовым актам, но применительно к различным видам правовых актов (к актам правоустановительным, правоприменительным, правотолковательным или право-систематизирующим) они получают специфическое преломление, обусловленное своеобразием правового содержания соответствующего вида акта, юридико-техническими особенностями текстуальной формы выражения данного правового содержания и т.д.

Таким образом, **юридическая техника** включает в себя, кроме законодательной техники (и более широко — правоустановительной техники), также и юридическую технику надлежащего оформления нормативно-правового содержания актов в сфере правоприменения, правотолкования и систематизации права.

Основные требования юридической техники можно сформулировать в виде следующих положений.

1. Правила юридической техники требуют, чтобы текстуальное оформление всех правовых актов было в максимальной степени подчинено **выражению и изложению их нормативно-правовых свойств** и значений, т.е. того главного в содержании разных актов, что определяет их правовую специфику, регулятивно-правовой смысл и юридическую силу. Это требование должно найти свое конкретное воплощение в тексте всех правовых актов с учетом нормативного своеобразия и особенностей различных видов актов: актов установления новых норм права, актов применения норм права, актов толкования норм права, актов систематизации норм права. Надлежащее выражение в тексте акта **специфики его нормативности** (особого нормативного статуса акта, его **нормативной модальности**) является одновременно и основанием юридико-содержательной правомерности данного акта, и существенным показателем его юридико-технической культуры.

2. Текстуальная форма акта, согласно требованиям юридической техники, должна выразить **специфику правового регулирования** (и вместе с тем — правовой трактовки, оценки, квалификации и т.д.) общественных отношений. Эта специфика, согласно юридико-доктринальной трактовке права как системы норм, состоит в том, что правовое регулирование осуществляется по юридико-логической модели (схеме, образцу) нормы права, представляющей собой системное целое трех взаимосвязанных составных элементов — диспозиции, гипотезы и санкции. **Построение текста акта по принципу и схеме юридико-логических связей между элементами нормы права** означает, что отдельные части и фрагменты текста акта (и весь акт в целом) имеют юридическое значение лишь как формы выражения отдельных элементов нормы права в их взаимосвязи с текстуально выраженными другими ее элементами. Все, что в тексте акта не является выражением элементов нормы права и не связано с ними, засоряет текст акта, нарушает юридическую логику его построения, затрудняет понимание и применение его нормативно-правовых положений и подлежит устранению.

Оптимальная форма правового акта — это возможный минимум его текста при возможном максимуме его нормативного содержания. **Принцип минимизации текста** акта имеет свои пределы, обусловленные тем, что в тексте акта должны быть явно сформулированы или с бесспорной определенностью предполагаться все элементы (в их системной взаимосвязи) устанавливаемых, применяемых, толкуемых или систематизируемых норм права. В свою очередь пределы **принципа макси-**

мализации нормативного содержания акта обусловлены тем, что в его тексте не следует формулировать те элементы правовой нормы, которые носят очевидный характер.

3. Текстуральное оформление правового акта должно осуществляться в соответствии с системным характером права в целом, с местом и значением выраженного в нем нормативно-регулятивного содержания в системе всего действующего права. Изменения, вносимые новыми правовыми актами в действующее право, должны быть направлены на его совершенствование, на преодоление имеющихся в нем несогласованностей и противоречий, а не порождать новые коллизии. Новые правовые акты не должны дублировать содержание уже имеющихся актов по тому же самому вопросу. **Минимизация количества правовых актов** по одному и тому же предмету нормативно-правовой регуляции является одним из основных требований юридической техники и одним из главных направлений совершенствования всей системы действующего права. С этим связана и общеправовая значимость юридико-технических средств и приемов систематизации действующих норм права как эффективного средства повышения качества и регулятивной роли всего права.

4. Текст правового акта должен быть надлежащим образом структурирован. **Юридико-технические правила структурной организации текста акта как единого целого** требуют последовательного, согласованного, непротиворечивого, экономного и доступного (для обозрения, понимания и применения) текстурального выражения нормативно-регулятивных целей и положений соответствующего акта. Структура текста (его разбивка на разделы, части, статьи, параграфы, пункты, абзацы и т.д.) должна в максимальной степени содействовать адекватному выражению в тексте акта юридической логики нормативной регуляции, относящейся к предмету данного акта.

Ряд юридико-технических требований касается порядка **очередности изложения** материала правового акта.

Так, некоторые особо значимые нормативно-правовые акты (конституции, основополагающие законы и т.д.) начинаются с преамбул, в которых излагаются главные цели данного акта. По правилам юридико-технической очередности, в нормативно-правовом акте сперва излагаются общие нормы (нормы общей части акта), а затем более конкретные нормы (нормы особенной части акта). Изложение норм материального права предшествует изложению норм процессуального характера. Структурные части текста (разделы, подразделы, статьи, пункты и части статьи и т.д.) нумеруются. Для упоря-

дочения текста акта и облегчения пользования им некоторые части акта (разделы, подразделы, статьи) имеют соответствующие заголовки (наименования).

Значительные особенности также и в этом плане присущи правоприменительным актам. Так, структура текста судебного решения по гражданским делам состоит из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей. Приговор суда по уголовному делу состоит из вводной, описательной и резолютивной частей.

Правовой акт как единое целое должен иметь соответствующие **реквизиты** (название акта, наименование принявшего его органа, дата и место его принятия, регистрационный номер, подписи соответствующих должностных лиц и т.д.), удостоверяющие его подлинность в качестве официального юридического документа.

5. Существенное значение имеют **требования юридической техники, относящиеся к языку правовых актов**. Язык правового акта — это одновременно и материя его текста, и средство выражения его нормативно-регулятивного смысла. Правила юридической техники требуют ясности, простоты и доступности языка правового акта, необходимой точности и однозначности используемых в нем понятий, терминов, формулировок, словесных конструкций и дефиниций. В тексте правового акта элементы профессионального языка юриспруденции, специальные юридические понятия, термины, конструкции и т.д. (например правоотношение, субъект права, исковая давность, законодательная инициатива, компетенция, состав преступления, эксцесс исполнителя, невменяемость и т.д.) должны органически сочетаться с общеупотребительными словами и словесными выражениями современного литературного языка, а также с профессиональной терминологией неюридического характера (типа: биологические агенты и токсины, эпизоотия, информация на машинном носителе и т.д.).

В тексте правового акта не должны использоваться словесные архаизмы и неологизмы, различные образные выражения, аналогии, метафоры, двусмысленные обороты речи и т.д. Правила юридической техники требуют экономии (по принципу необходимости и достаточности) словесных средств в процессе подготовки и оформления текста правового акта.

В целом правовой акт должен обладать **единством стиля**, соответствующего целям, содержанию и значению официального документа, который обладает юридической силой.

Официально-юридический стиль правового акта требует профессиональной четкости, деловой сухости, властной стро-

гости, смысловой однозначности и надлежащей лаконичности. В правовом акте не следует использовать как канцеляризмы и аппаратно-бюрократические словесные штампы, так и различные выражения из просторечия. Не должно быть в правовом акте и разного рода рассуждений, намерений, сомнений, призывов и пожеланий.

Глава 5. Система права и систематизация законодательства

1. Понятие и структура системы права

Система права — это юридико-доктринальная категория и конструкция, которая включает в себя нормы права и объединяющие их правовые институты и отрасли права.

Доктринальная трактовка права как системы норм означает, что единственным системным (и системно-структурным) элементом права является норма права. Система права включает в себя множество различных норм, регулирующих разные общественные отношения. При этом существуют **определенные закономерные взаимосвязи** между спецификой регулируемых отношений и особенностями их нормативно-правовой регуляции: **однородные отношения регулируются однородными нормами**. На этой основе нормы права внутри системы права группируются в правовые институты и отрасли права.

Правовой институт — это совокупность однопорядковых норм, регулирующих определенный вид общественных отношений. Например, правовой институт собственности в гражданском праве представляет собой группу взаимосвязанных норм одного вида, регулирующих отношения собственности. По такому же критерию выделяются и другие институты гражданского права (лица, представительство, исковая давность и т.д.). Аналогичным образом обстоит дело и в других отраслях права. Так, правовыми институтами в уголовном праве являются, в частности, преступление, наказание, уголовная ответственность несовершеннолетних, преступления против личности и т.д. В семейном праве имеются такие правовые институты, как заключение и прекращение брака, права и обязанности супругов, алиментные обязательства членов семьи и др.

Отрасль права — это совокупность однопорядковых норм, регулирующих определенный род общественных отношений. Правовые институты одной отрасли права выражают, таким образом, видовое различие между отдельными относительно самостоятельными группами норм в рамках однородной совокупности норм определенной отрасли права.

Различаются **отрасли материального права и отрасли процессуального права**. Так, к отраслям материального права относятся гражданское право, трудовое право, уголовное право и ряд других отраслей права. К отраслям процессуального права относятся гражданское процессуальное право и уголовно-процессуальное право.

Нормы (и соответствующие отрасли) материального права закрепляют исходные права и обязанности субъектов права в определенной сфере правовой регуляции общественных отношений, а нормы (и соответствующие отрасли) процессуального права определяют порядок и процедуры реализации норм материального права, права и обязанности субъектов процессуально-правовых отношений.

Процессуальные нормы (институты, подотрасли и отрасли) права придают необходимую юридическую определенность взаимоотношениям различных субъектов права на всех стадиях правоустановительной, правоохранительной и правоприменительной деятельности. Процессуально-правовые формы и процедуры являются важной юридической гарантией реальности прав и свобод личности и необходимым условием эффективного действия всего права. **Мера процессуализированности права** — существенный качественный показатель степени развитости права в целом.

В рамках ряда отраслей права формируются подотрасли права. Так, в некоторых отраслях материального права (например конституционного, административного права и т.д.) постепенно складываются соответствующие подотрасли процессуального права (конституционно-процессуального права, административно-процессуального права и т.д.). Возможно также формирование в рамках той или иной отрасли материального права подотрасли материального права, например в отрасли трудового права — подотрасли (а в ряде национальных систем права — и новой отрасли) социального права (права социального обеспечения).

Подотрасль права — это крупная составная часть отрасли права, объединяющая группу однородных правовых институтов. Складываясь первоначально на основе одного или нескольких правовых институтов, подотрасль права при наличии определенных условий (объективные потребности в правовом регулировании соответствующих новых сфер общественных отношений, существенное обновление основ и принципов самой правовой регуляции и т.д.) постепенно развивается в направлении к обособлению в качестве новой самостоятельной отрасли права.

В связи с делением права на публичное право и частное право в юридической литературе принято различать **отрасли публичного права** (например конституционное право, административное право, уголовное право, гражданское процессуальное право, уголовно-процессуальное право и т.д.) и **отрасли частного права** (наиболее распространенный пример — гражданское право).

Также и международное право делится на международное публичное право и международное частное право.

Деление права на публичное и частное восходит к римским юристам. “Изучение права, — писал Ульпиан (Д. 1.1.1), — распадается на две части: публичное и частное (право). Публичное право, которое (относится) к положению римского государства, частное, которое (относится) к пользе отдельных лиц; существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении. Публичное право включает в себя святыни, служение жрецов, положение магистратов. Частное право делится на три части, ибо оно составляется или из естественных предписаний, или (из предписаний) народов, или (из предписаний) цивильных”¹.

Выделение в общей структуре права публично-правового компонента соответствовало основополагающей концепции римской юриспруденции, предмет которой, наряду с познанием права вообще, включал в себя и соответствующее правовое учение о публичной власти (правовое понимание и толкование государства). Представление о публичном праве развивало и конкретизировало этот юридический подход к государству и придавало ему соответствующую институционально-правовую основу и определенность.

Признание публичного права (в его различении и соотношении с частным правом) по сути дела ставило государство

(его организацию и деятельность, полномочия государственных органов и т.д.) под действие права и означало, что у государства в целом и у отдельных государственных органов нет какого-то своего особого “права” для себя, что государство, его органы и должностные лица подчиняются, как и остальные субъекты права (частные лица), требованиям единого права и должны действовать в соответствии с его общими правилами.

Однако сами римские юристы не трактовали действующее право в доктринальном плане как совокупность публично-правовых и частно-правовых отраслей права. Такое деление отраслей права на отрасли публичного права и отрасли частного права складывалось в последующей европейской юриспруденции и прочно утвердилось в доктрине права в буржуазную эпоху — в условиях деполитизации сферы частной жизни и резкого разграничения сфер частных и публично-политических отношений, отделения гражданского общества от государства (политической общности), различения прав частного субъекта (члена гражданского общества) и прав публичного субъекта (гражданина, члена публично-политической общности).

Подобные представления о наличии чисто публично-правовых и чисто частно-правовых отраслей являются **доктринальным преувеличением** и не соответствуют реалиям и действительному смыслу права как всеобщей формы общественных отношений по единому принципу формального равенства во всех (публичных и частных) сферах и отраслях правовой регуляции. **Любая норма права в любой отрасли права, — если речь идет не о произвольном установлении, а действительно о норме права как конкретизации требований принципа формального равенства, — объединяет в себе (и по смыслу общеправового принципа формального равенства должна объединять в себе) оба начала: публично-правовое и частно-правовое** или, говоря словами Ульпиана, “полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении”.

Смысл деления права на публичное и частное состоит не в том, чтобы в одних нормах и отраслях права (например в конституционном или уголовном праве) выразить отдельно только “полезное в общественном отношении” (общественную пользу, благо, интерес, волю и т.д.), а в других нормах и отраслях права (например в гражданском, семейном или предпринимательском праве) выразить отдельно только “полезное

¹ Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 23.

в частном отношении” (частную пользу, благо, интерес, волю), а, напротив, в том, чтобы во всех нормах (и отраслях) права надлежащим образом учесть и выразить **правовое значение и общественной пользы, и частной пользы (общественного и частного благ, интересов, волю) в их взаимосогласованном единстве.**

Представленная в норме права и в праве в целом **общая воля (общее благо, общий интерес)** — это и есть правовой способ и правовая форма учета, согласования, сочетания публичных и частных интересов в соответствующей сфере и отрасли нормативно-правовой регуляции.

Таким образом, при характеристике системы права с позиций различения публично-правовых и частно-правовых аспектов права речь, по существу, должна идти не об отдельных, принципиально отличных друг от друга, “чистых” нормах и отраслях публичного права и частного права, а о **публично-правовом и частно-правовом компонентах (составных моментах) во всех нормах и отраслях права.** Специфический характер и особенности сочетания этих компонентов в отдельной норме и в нормах той или иной отрасли права определяются своеобразием регулируемых общественных отношений, целями и задачами правовой регуляции, особенностями предмета и метода правового регулирования различных сфер общественной жизни.

2. Объект, предмет и метод правового регулирования

Каждая отрасль права имеет свой особый объект, свой особый предмет и свой особый метод правового регулирования в пределах общего объекта, общего предмета и общего метода правовой регуляции.

Общей теоретико-методологической основой для осмысления и успешного решения проблем правовой регуляции (определения его объекта, предмета и метода и т.д.) является концепция предмета и метода юриспруденции в целом¹, определяющая специфику права, особенности юридического (понятийно-правового) познания социальной действительности и регулятивно-правового воздействия на нее.

¹ См. гл. 2 раздела I.

Любое **отраслевое право** (конституционное, гражданское, уголовное, семейное право и т.д.) по своим сущностным свойствам и предметно-методологическим характеристикам представляет собой **форму конкретизации** (применительно к особенностям регулируемых общественных отношений) **общего понятия права в целом, лежащего в основе общей концепции предмета и метода юридической науки.**

Поэтому **основополагающим принципом правового регулирования** как особого типа социальной регуляции является принцип формального равенства, который выражает сущностные свойства права и определяет специфику всей правовой регуляции, качественное своеобразие ее предмета и метода.

Общим объектом правовой регуляции являются общественные отношения, точнее говоря, — сознательно-волевые аспекты общественных отношений, т.е. определяемое сознанием и волей людей их внешнее поведение (действия и бездействие).

Правовое регулирование (от лат. regula — правило) общественных отношений — это соответствующая требованиям принципа формального равенства форма упорядочения этих отношений путем официально-властного установления различных общеобязательных правил (норм) поведения людей и их взаимоотношений.

Общий предмет правового регулирования — это официально устанавливаемый общий правопорядок в сфере всех регулируемых общественных отношений, т.е. вся система норм права, представляющая собой нормативную конкретизацию требований принципа формального равенства. Предмет правового регулирования, таким образом, — это не сами по себе объекты правовой регуляции (фактические общественные отношения), а определенный правопорядок, устанавливаемый в сфере объекта правовой регуляции.

Общий метод правового регулирования — это присущая праву в целом совокупность способов, приемов и форм использования регулятивных свойств и функций норм права.

Предмет и метод правового регулирования обладают понятийно-правовым единством и общим нормативно-правовым содержанием. Каждая отдельная норма права как нормативная форма конкретизации общеправового принципа формального равенства является одновременно и составной частью предмета правовой регуляции (устанавливаемого правопорядка), и компонентом соответствующего этому предмету (правопорядку)

метода правовой регуляции (способа регламентации поведения людей и воздействия на общественные отношения).

Принцип формального равенства, единый для всего права (и общего понятия права) и всей системы правовой регуляции, по-разному преломляется в различных областях общественной жизни, в разных сферах правового регулирования. Выяснение конкретного значения (форм конкретизации) общеправового смысла принципа формального равенства применительно к различным общественным отношениям и сферам правовой регуляции, а затем и выражение этого конкретного значения принципа формального равенства в виде отдельных норм права, их однородных совокупностей (отрасль права с соответствующими институтами) и всей системы норм права относятся к числу наиболее существенных проблем юриспруденции. Эти проблемы каждый раз требуют от юридической теории и практики творческого подхода для выявления подлинного конкретного смысла и значения права (принципа формального равенства) применительно к различным регулируемым (и не подлежащим правовой регуляции) общественным отношениям, адекватного определения общеправового и отраслевого предмета и метода правовой регуляции отдельных групп и сфер однородных общественных отношений, надлежащего выражения регулятивно-правового содержания предмета и метода правовой регуляции в соответствующих конкретных нормах права с учетом их общесистемных связей, отраслевой принадлежности и институционального профиля.

В процессе правовой регуляции должны быть решены три основных вопроса: 1) какие общественные отношения подлежат правовой регуляции, т.е. каков объект правовой регуляции? 2) какой порядок (правовой режим) в этой сфере правовой регуляции должен быть установлен, т.е. каков предмет правовой регуляции? 3) с помощью каких особых регулятивно-правовых средств, способов и приемов, присущих нормам права, установить соответствующий порядок (правовой режим), т.е. каков метод правовой регуляции?

Каждой отрасли права присущи свои отличительные свойства и характеристики, обусловленные спецификой объекта отраслевой правовой регуляции и соответствующими особенностями предмета и метода регуляции данного объекта.

Объект отраслевой правовой регуляции — это, как правило, большая группа однородных общественных отношений,

составляющих отдельную, относительно самостоятельную сферу (область) общественной жизни. К таким группам однородных общественных отношений относятся, например, властно-управленческие, имущественные, семейные, земельные, финансовые, предпринимательские, экологические отношения, отношения в сфере социального обеспечения, преступления и наказания, судопроизводства, исполнения приговора и т.д.

Правовое регулирование этих различных объектов должно осуществляться с учетом особенностей соответствующих общественных отношений, специфики их фактического социального содержания, их особого места и значения в социальной жизни людей и системе общественных отношений в целом.

Предмет отраслевого правового регулирования — это устанавливаемый в сфере правовой регуляции особый порядок (правовой режим), который определяется совокупностью однопорядковых (по их регулятивно-правовым свойствам и характеристикам) норм права, составляющих право соответствующей отрасли.

Предмет отраслевого правового регулирования, отраслевой порядок, отраслевое право — составные части соответственно предмета общего правового регулирования, общего порядка и всей системы права в целом.

Точно так же метод отраслевой правовой регуляции (метод отрасли права) является составной частью общего метода правовой регуляции.

Метод отраслевого правового регулирования (метод отрасли права) — это совокупность приемов, способов и форм выражения специфических регулятивных свойств и функций, присущих нормам права данной отрасли.

Особенности отраслевых методов в значительной мере обусловлены **спецификой отраслевых механизмов нормативно-правовой регуляции**.

В общем виде, значимом для всех отраслей права, **механизм правовой регуляции** общественных отношений представляет собой системную связь трех структурных элементов нормы права — диспозиции, гипотезы и санкции. В абстрактной форме это означает, что при определенных условиях (гипотеза) участники регулируемых отношений должны действовать как субъекты определенных взаимосвязанных, корреспондирующих друг другу прав и обязанностей (диспозиция), иначе наступят невыгодные для нарушителя требования нормы права последствия (санкция).

Этот общий механизм правовой регуляции получает различное содержательно-правовое наполнение и структурно-конструктивное выражение в нормах права разных отраслей и в целом в разных отраслевых механизмах правовой регуляции. Поэтому в разных отраслях права структурные элементы нормы права имеют различное регулятивно-правовое значение и выполняют разную роль в механизме правовой регуляции.

Так, в одних отраслях права (например в конституционном, гражданском, семейном, предпринимательском, финансовом, земельном, гражданском процессуальном, уголовно-процессуальном праве, исправительно-трудовом и т.д.) определяющее значение в механизме правовой регуляции и соответственно в структуре отраслевых норм имеет прежде всего диспозиция нормы, максимально полно и детально регламентирующая и закрепляющая взаимные права и обязанности субъектов регулируемых отношений. В этой группе отраслей права специфика диспозиции норм (четкое закрепление за определенными субъектами определенных взаимных прав и обязанностей) уже в значительной мере предопределяет как регулятивно-правовое содержание и значение их гипотезы (т.е. условий действительности этих уже изложенных в диспозиции прав и обязанностей определенных субъектов), так и характер соответствующей санкции.

В некоторых других отраслях права (в уголовном праве, а также в той части административного права, где регулируются вопросы об ответственности за административные правонарушения) определяющее регулятивно-правовое значение имеет прежде всего гипотеза норм (исчерпывающее изложение конкретных составов преступлений и административных правонарушений) и во многом обусловленная данной гипотезой соответствующая санкция.

При этом метод каждой отрасли права внутри приведенных двух групп отраслей имеет свои отличительные особенности. Эти особенности проявляются в характерных для данной отрасли специфических способах корреспонденции прав и обязанностей одних субъектов с обязанностями и правами других субъектов, приемах распределения регулятивно-правового содержания нормы права между его структурными элементами, формах выражения системных взаимосвязей между различными структурными элементами и т.д.

Целый ряд особенностей отраслевых методов связан с тем, что каждой отрасли права присущи свой особый порядок определения отраслевого состава субъектов права с особым содержанием их правосубъектности, правоспособности и дееспособности, свои особые условия (наличие определенных юридических фактов) и формы осуществления соответствующих прав и обязанностей, свои особые способы соединения публично-правовых и частно-правовых компонентов в нормах права данной отрасли, свои особые правила использования и приемы сочетания регулятивных свойств норм права различных видов (императивных и диспозитивных; запретительных, обязывающих, управомочивающих и т.д.).

К важным отличительным особенностям отраслевого метода относятся и те специальные отраслевые юридические принципы, понятия, термины, формулы, концепции и конструкции, с помощью которых выражается специфический регулятивный смысл отраслевых норм и содержательно-предметное своеобразие каждой отрасли права.

В целом предмет и метод как два компонента любой отрасли права представляют собой два взаимодополняющих аспекта осмысления и выражения регулятивно-правовых свойств и характеристик одной и той же совокупности однопорядковых отраслевых норм, регулирующих группу однородных общественных отношений.

3. Основные отрасли российского права

Основными отраслями современного российского права являются конституционное (государственное) право, административное право, гражданское право, предпринимательское право, уголовное право, трудовое право, семейное право, финансовое право, земельное право, природоохранное право, гражданское процессуальное право, уголовно-процессуальное право, исправительно-трудовое право.

Ведущую роль во всем комплексе отраслей права играет **конституционное (государственное) право**. Эта отрасль права представляет собой совокупность норм, регулирующих основы общественного и государственного строя, закрепляющих основные права и свободы человека и гражданина, определяющих форму государства, компетенцию высших органов государ-

ственной власти и должностных лиц, конституционно-правовые основы местного самоуправления.

Административное право — это совокупность норм, регулирующих общественные отношения в сфере государственного управления. Нормами этой отрасли устанавливаются система, порядок и компетенция органов и должностных лиц исполнительной власти, закрепляются права и обязанности граждан в их отношениях с этими органами и должностными лицами, определяются понятие и виды административных правонарушений, соответствующие меры ответственности и т.д.

Гражданское право представляет собой совокупность норм, регулирующих договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Нормы гражданского права определяют правовое положение участников гражданского оборота (физических и юридических лиц), основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности).

Предпринимательское право — это совокупность норм, регулирующих предпринимательские (хозяйственные) отношения, т.е. отношения, складывающиеся при регулировании и осуществлении предпринимательской деятельности, а также внутрихозяйственные отношения¹. При этом предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск и под имущественную ответственность предпринимателя деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Уголовное право представляет собой совокупность норм, закрепляющих основание и принципы уголовной ответственности, определяющих понятие и виды преступлений, устанавливающих виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений. Основными задачами

¹ См.: Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 17—25.

норм этой отрасли являются охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, конституционного строя от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений.

Трудовое право — это совокупность норм, регулирующих трудовые отношения между работодателями и работниками. Нормами этой отрасли права определяются основные трудовые права и обязанности работников, устанавливается порядок заключения и расторжения трудового договора, регулируются вопросы рабочего времени и времени отдыха, заработной платы, трудовой дисциплины, охраны труда и т.д.

Семейное право — это совокупность норм, регулирующих отношения в сфере брака и семьи. Нормы этой отрасли права устанавливают условия и порядок вступления в брак, прекращения брака и признания его недействительным, регулируют личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи (супругами, родителями и детьми, а также другими родственниками), определяют порядок и формы опеки и попечительства и т.д.

Финансовое право представляет совокупность норм, регулирующих финансовые отношения. Нормы финансового права определяют порядок формирования и распределения бюджетных средств, регулируют вопросы составления и утверждения бюджета, денежного обращения, взимания налогов и других обязательных платежей, устанавливают основания, формы и процедуры финансовой деятельности банков и т.д.

Земельное право — это совокупность норм, регулирующих земельные отношения. Нормы земельного права регулируют вопросы собственности на землю, определяют условия и порядок землепользования, правовой режим земель различных категорий и т.д.

Природоохранное право является совокупностью норм, определяющих средства, формы и порядок охраны окружающей природной среды от всех видов вредного воздействия на нее. Нормы этой отрасли права закрепляют современные стандарты здоровой окружающей среды, защищают экологическое благополучие населения, обеспечивают право каждого на благоприятную окружающую среду.

Гражданское процессуальное право — это совокупность норм, которые определяют порядок гражданского судопроизводства. Нормы этой отрасли права устанавливают порядок рассмотрения дел по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, земельных, природоохранных и административных правоотношений (дела по жалобам на неправильности в списках избирателей; по жалобам на действия, нарушающие права и свободы граждан; по жалобам на административные взыскания и т.д.). В порядке гражданского судопроизводства рассматриваются также дела особого производства (дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение; о признании гражданина безвестно отсутствующим и об объявлении гражданина умершим; о признании гражданина ограничено дееспособным и недееспособным; о признании имущества бесхозным; об установлении неправильностей записей в книгах актов гражданского состояния; по жалобам на нотариальные действия или на отказ в их совершении; о восстановлении прав по утраченным документам на предъявителя).

Уголовно-процессуальное право — это совокупность норм, определяющих порядок производства по уголовным делам во время дознания, предварительного следствия и рассмотрения дела судом. Основными задачами уголовного судопроизводства являются охрана прав и свобод человека и гражданина, защита правопорядка, быстрое и полное раскрытие преступлений, объективное рассмотрение и разрешение уголовных дел на основе закона с тем, чтобы каждый совершивший преступление был подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден.

Исправительно-трудовое право — это совокупность норм, регулирующих порядок и условия отбывания наказания и применения мер исправительно-трудового воздействия к лицам, осужденным к лишению свободы, ссылке, высылке и исправительным работам, работам без лишения свободы, а также порядок деятельности учреждений и органов, исполняющих приговоры к этим видам наказания на территории РФ, формы участия общественности в исправлении и перевоспитании осужденных, совершенствовании деятельности исправительно-трудовых учреждений и контроле за их деятельностью.

4. Система права и законодательство

Система права выступает как научная основа различных форм правоустановительной деятельности (законодательства, установления норм прецедентного права и т.д.), а также систематизации результатов такой деятельности (нормативно-правовых и иных правоустановительных актов).

В отличие от законодательства (и других форм и актов правоустановительной деятельности) **система права** — это определенная научно-доктринальная, юридико-логическая конструкция, выражающая результаты научного познания специфических закономерностей правового регулирования общественных отношений.

Отраслевой принцип построения системы права, концепция выделения различных отраслей права по критериям предмета и метода правовой регуляции, конструкция внутренней организации системы права и его составных частей (правовых норм, институтов и отраслей) и т.д. являются положениями юридико-доктринального учения о праве как регуляторе общественных отношений, о внутренне согласованной системе правовой регуляции (ее формах, механизме, средствах и способах), об особенностях правовой регуляции разнородных общественных отношений и т.д. Как доктринальная конструкция система права выражает научное понимание смысла, порядка, средств и правил надлежащей нормативно-правовой регуляции общественных отношений и соответствующих форм систематизации ее результатов (правоустановительных актов).

Система права, таким образом, является доктринальной юридико-логической моделью для реальной практики правоустановительной деятельности, издания соответствующих законодательных и иных правоустановительных актов, их рационально организованного учета и систематизации.

В юриспруденции всегда уделялось пристальное внимание поискам объективных закономерностей, лежащих в основе правовой регуляции и законотворчества. С учетом соответствующих представлений о подобных закономерностях и строились определенные доктринальные конструкции системы права в качестве научно обоснованной объективной основы для законодательной деятельности и принятия надлежащих законов.

Центральное место эта проблематика занимает, например, в учении **Ш.Л. Монтескье** о “духе законов”, под которым он имел в виду объективные закономерности, действующие в сфере законодательства и подлежащие учету при принятии конкретных законов в условиях той или иной формы правления. “Дух законов”, согласно Монтескье, по-разному проявляется в различных сферах правовой регуляции, что и определяет деление права на естественное, божественное, международное, государственное, гражданское, семейное право и т.д. Эти составные части права в целом (т.е. отрасли системы права, говоря современным языком) как различные формы проявления “духа законов” в разных сферах правовой регуляции Монтескье называл “различными разрядами законов”. Резюмируя свою трактовку законов “с точки зрения их отношения к различным разрядам вопросов, входящих в область их постановлений”, он писал: “Существуют, следовательно, различные разряды законов, и высшая задача человеческого разума состоит в том, чтобы точным образом определить, к какому из названных разрядов по преимуществу относятся те или другие вопросы, подлежащие определению закона, дабы не внести беспорядка в те начала, которые должны управлять людьми”¹.

В современной юридической литературе при исследовании проблемы соотношения между системой права и законодательством важное значение придается учету в процессе законотворческой (и в целом в правотворческой) деятельности системных связей между отраслями права, соответствию отраслей законодательства отраслям права.

Согласно **либертарно-юридической трактовке** проблем системы права и законодательства, **системность** как доктринальной конструкции системы права, так и соответствующего ей законодательства в конечном счете определяется тем, что в их основе лежит **единое понимание нормы права как юридико-логической формы нормативно-регулятивной конкретизации и выражения общеправового смысла и общеправовых требований принципа формального равенства.**

Соответствие регулятивно-правоустановительной деятельности различных государственных органов положениям системы права, осуществление законотворчества по юридико-отрас-

¹ Монтескье Ш.Л. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955. С. 558—559.

левому принципу (с учетом специфики предмета и метода соответствующей отрасли права, ее места и роли в системе права и т.д.) придает правовой регуляции и совокупности правоустановительных актов рациональность, юридико-логическую упорядоченность и системно-организованный характер. Отдельные правоустановительные акты и совокупность действующего законодательства в целом носят системный характер в той мере, в какой они учитывают и выражают требования системы права.

В условиях достаточно развитых форм права, государства и правовой культуры нормотворчество осуществляется в духе основных положений юридической доктрины, и отраслевая структура действующего законодательства в целом соответствует отраслевой структуре системы права. Но при этом между ними всегда остаются определенные различия и расхождения. Подобные расхождения обусловлены уже тем, что система права — это юридико-доктринальное построение, а законодательство (и все действующее позитивное право) — это официально-властное установление (эмпирическое явление, практическое образование), даже если оно последовательно следует рекомендациям юридической науки.

Система права как абстрактно-юридическая конструкция в обычных условиях эволюционного развития общества отличается большой структурной стабильностью и концептуальной консервативностью. Однако существенные изменения в общественных отношениях, в целях и задачах правовой регуляции и т.д. сопровождаются соответствующими корректировками концепции и преобразованиями структуры сложившейся системы права (появление **новых правовых отраслей и институтов**, исчезновение или преобразование прежних и т.д.).

Так, в современной российской системе права нет уже такой отрасли, как колхозное право, и вместе с тем появились некоторые новые правовые отрасли (например предпринимательское право) и подотрасли (например банковское право, конституционно-процессуальное право и т.д.). Значительные изменения наблюдаются в институциональной структуре многих традиционных отраслей права (появление многих новых правовых институтов, существенное обновление прежних и т.д.).

Существенно изменилась и **общая концепция** правовой регуляции и системы права. Важное значение в этом плане имеют прежде всего конституционное признание и закрепление позитивно-правового значения естественных (прирожденных и

неотчуждаемых) прав и свобод человека в качестве приоритетного источника действующего права; конституционное признание общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ как составной части системы российского права; восстановление доктринального значения принципа деления права на публичное и частное; значительное усиление роли диспозитивных норм и в целом частно-правовых начал в правовой регуляции и т.д.

В силу своей непосредственной связи с социальной практикой законодательство (и в содержательном отношении, и в структурном плане) несравненно более чутко и оперативно, чем система права, реагирует на изменение в общественной жизни, на постоянно возникающие новые потребности в правовой регуляции. При этом нормотворческий процесс и соответствующие нормативно-правовые акты по своему отраслевому профилю нередко выходят за рамки отраслей системы права. Поэтому реально складывающаяся **структура законодательства в целом**, помимо отраслей законодательства, соответствующих отраслям системы права, включает в себя и некоторые другие отрасли законодательства, а также иные структурные части законодательства (отдельные законодательные комплексы и массивы).

Например, в современном российском законодательстве сложились такие **комплексные отрасли законодательства**, как законодательство об охране здоровья, образовании, науке, культуре, сельском хозяйстве и т.д. Эти комплексные отрасли законодательства, отражая процессы дифференциации и интеграции в правовом регулировании, содержат в себе нормы разных отраслей права (административного, финансового, гражданского, предпринимательского и т.д.).

Интегративные процессы в законодательстве выражаются и в формировании отдельных крупных **законодательных массивов** в виде, например, комплексов нормативно-правовых актов, посвященных правовой регуляции вопросов борьбы с преступностью, проблем транспорта, информатизации и т.д.

Однако и при всех подобных несовпадениях и различиях между структурами системы права и законодательства главным и определяющим ориентиром и юридико-логической основой для всего правоустановительного процесса и упорядочения всей совокупности нормативно-правового материала является система права.

5. Систематизация правоустановительных актов

Действующее право состоит из множества различных правоустановительных актов (нормативно-правовых актов, судебных решений прецедентного значения и т.д.), в которых выражено и представлено нормативно-правовое содержание различных источников позитивного права. Для надлежащей организации всего этого нормативно-правового материала (и внутри отдельных правоустановительных актов, и в рамках всей совокупности таких актов) и удобства практического пользования им применяются различные способы (виды) систематизации правоустановительных актов.

Наиболее простым способом систематизации нормативно-правовых и иных правоустановительных актов является **организация различных форм их учета** по определенному кругу вопросов, представляющих интерес для соответствующих пользователей правовой информации. Надлежащая организация такого учета включает в себя определенную **систему поиска** (ручного или автоматизированного) соответствующей правовой информации по интересующему вопросу.

Более развитыми способами систематизации правоустановительных актов являются их инкорпорация, консолидация и кодификация.

Инкорпорация — это способ систематизации, который состоит в собрании правоустановительных актов по определенному основанию (тематическому, хронологическому и т.д.) и кругу вопросов без внесения изменений в нормативно-правовое содержание соответствующих актов. В виде инкорпорации издаются (в официальном или неофициальном порядке) разного рода сборники или собрания действующих правоустановительных актов по определенному предмету и кругу вопросов правовой регуляции. При подготовке таких изданий в необходимых случаях осуществляется внешняя обработка текста публикуемого акта (изъятие из текста положений, утративших силу; внесение в текст уже ранее принятых новых правовых положений и т.д.). Но подобная обработка текста акта при инкорпорации не сопровождается изменением или редактированием действующих норм права, содержащихся в инкорпорируемых актах.

Консолидация — это способ систематизации, состоящий в объединении нескольких различных однопорядковых право-

установительных актов в один новый акт. Этот новый консолидированный акт принимается в надлежащем порядке соответствующим компетентным правоустанавливающим органом государства. При этом все прежние консолидируемые акты с принятием нового акта утрачивают свою юридическую силу и перестают действовать. Консолидация (в отличие от инкорпорации) представляет собой форму официальной правоустановительной деятельности, поскольку включает в себя изменение и отмену устаревших норм, установление ряда новых норм и в целом принятие нового правоустановительного акта.

Кодификация — это способ систематизации, который состоит в существенной переработке, изменении и обновлении правовых норм определенной отрасли или подотрасли права и принятии нового кодификационного акта. К таким **кодификационным актам** относятся своды законов, кодексы, основы законодательства, уставы, регламенты, положения и т.д.

Кодификационный акт отличается качественной новизной содержащихся в нем нормативно-правовых положений. Это новый акт как по форме, так и по своему нормативно-правовому содержанию и характеру. Некоторые кодификационные акты, например Гражданский кодекс, Уголовный кодекс, Семейный кодекс РФ и т.д., носят общеотраслевой характер и включают в себя все основные нормы соответствующей отрасли права. Другие кодификационные акты объединяют нормы права определенной правовой подотрасли (например Бюджетный кодекс, Таможенный кодекс РФ и т.д.) или института (например Устав железных дорог, Устав патрульно-постовой службы и т.д.).

Свод законов — это особый вид кодификационного акта, имеющий общеправовой характер и включающий в себя все основные нормы права всех правовых отраслей соответствующей национальной системы права. Известными историческими примерами сводов законов являются, в частности, Свод законов Юстиниана (VI в.), а также подготовленный под руководством М.М. Сперанского и изданный в 1832 г. в пятнадцати томах “Свод законов Российской империи”. В настоящее время готовится Свод законов РФ.

В различных национальных системах права и “правовых семьях” имеются свои специфические концепции систематизации источников действующего права, свои особенности в понимании и использовании тех или иных способов и видов систематизации правоустановительных актов.

Глава 6. Типология систем права: основные “правовые семьи” современности

1. Классификация систем права

В каждой стране действует свое право — своя национальная (национально-государственная) система позитивного права, имеющая свою специфику и индивидуальные особенности. Вместе с тем эти различные национальные системы права можно объединить в ряд групп (правовых общностей, типов), каждая из которых включает в себя несколько “родственных” (близких по своему генезису и правовым характеристикам) национальных систем права.

Известный французский юрист-компаративист Р. Давид, специалист в области сравнительного права (сравнительного изучения права, сравнительного правоведения), подобные группы однородных национальных систем позитивного права обозначил как “правовые семьи”, “семьи систем права”¹. Это наименование широко используется и в нашей литературе.

В своей классификации различных национальных систем позитивного права (и их объединения в соответствующие “правовые семьи”, “семьи систем права”) Р. Давид исходит из **двух критериев**, рассматриваемых и учитываемых в их совокупности: 1) юридико-технического критерия (источники права, структура действующего права, юридическая терминология, правовые принципы, концепции, конструкции, методы и практика работы юристов и т.д.) и 2) идеологического критерия (философские, политические и экономические принципы, мировоззрение и общественные идеалы, на которые опирается соответствующее национальное право). С учетом этих критериев им в начале 60-х годов была предложена следующая **классификация “правовых семей современного мира”**: 1) романо-германская правовая семья, 2) семья общего права, 3) семья социалистических систем права, 4) философские или религиозные системы.

Основные правовые семьи, согласно Р. Давиду, — это три первые группы. При этом он объединяет романо-германскую

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 25, 34 и след.

семью и семью общего права в “единую семью западного права” и говорит о “большой семье западного права”, имея в виду то, что марксисты называют “буржуазным правом”¹. А различные философские или религиозные системы (мусульманское право, индусское право, иудейское право, обычное право Африки и Мадагаскара, право стран Дальнего Востока и т.д.), по его оценке, полностью независимы друг от друга и не образуют семьи в полном смысле этого слова. По поводу этих философских или религиозных систем он замечает: “Можно даже усомниться в том, что они являются правом. В большинстве из них, если не во всех, акцент делается на обязанности, которые возлагаются на праведного человека, а понятие субъективного права отсутствует. Термин “право” употребляется в этих системах только за отсутствием лучшего термина. Тем не менее в повседневной практике он применяется весьма широко и без особых затруднений, так как комплекс норм, который содержат эти системы, а также свойственные им понятия и техника предназначены, по мнению приверженцев этих систем, выполнять роль, которая обычно возлагается на право”².

Существуют и другие подходы к классификации различных национальных систем права. Так, К. Цвайгерт и Г. Кётц в своей классификации исходят из такого критерия, как “**правовой стиль**” национального права, который определяется пятью факторами: происхождением и эволюцией соответствующей системы права, своеобразием юридического мышления, специфическими правовыми институтами, природой источников права и способами их толкования, идеологическими особенностями. Исходя из этого, они объединяют различные системы права, обладающие единством “правового стиля”, в следующие “**правовые круги**” (группы): романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, исламский, индусский.

В советской юридической литературе³ в 80-е годы была предложена классификация национальных систем права на основе сочетания марксистско-ленинских положений о соци-

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 42—43.

² См. там же. С. 45.

³ См.: Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности. Ташкент, 1988.

ально-исторических, классовых типов права (рабовладельческого, феодального, буржуазного и социалистического) с названными подходами западных компаративистов.

В нашей современной учебной литературе в целом принята классификация “правовых семей” Р. Давида. Но имеются и определенные отличия. Так, если у Р. Давида “правовая семья” — это “семья **систем права**”, то в нашей литературе под “правовой семьей” имеется в виду “семья **правовых систем**”. Это получилось в результате русского перевода работы Р. Давида: слова “система права” переведены в виде “правовой системы”. Под влиянием такого перевода многие авторы стали толковать “систему права” и “правовую систему” в качестве различных правовых категорий, рассматривая “правовую систему” как некое более широкое правовое явление, чем традиционное понятие “система права”. Под “правовой системой” (применительно к отдельному национальному праву) стали понимать совокупность всех правовых явлений и понятий, т.е. фактически все то, что в марксизме называется “юридической надстройкой”, возвышающейся над “экономическим базисом”. Некоторые стали говорить о “правовой системе в широком смысле” (т.е. в смысле “правовой семьи” у Р. Давида), которая объединяет несколько “правовых систем в узком смысле” (т.е. в смысле отдельного национального права).

Подобные трактовки “правовой системы” в качестве какого-то нового правового понятия, охватывающего все право (все правовые феномены и категории), по существу **означают подмену общего понятия права** неким довольно условным (и во многом случайным) словосочетанием “правовая система”. Попытки такой подмены, начавшиеся еще в советские времена, преследовали цель под ширмой новых словообразований сохранить существо официального советско-легистского правопонимания и с помощью подобных словесных новаций всячески противодействовать уже формировавшемуся в нашей науке юридическому (антилегистскому и антипозитивистскому) правопониманию.

Распространению в нашем сравнительном правоведении подобных представлений о “правовой системе” содействовали и такие факторы, как слабая разработанность общетеоретической основы этой дисциплины, традиционное господство в компаративистике (включая, за редким исключени-

ем, и западную компаративистику) **позитивистских и легистских подходов к праву**, пагубное “профессиональное” стремление компаративистов везде и всюду найти право, а если его нет, то выдать за “право” или хотя бы назвать “правом” что-то совсем другое, нечто неправоное, подменяющее право.

С позиций общей теории права и государства очевидно, что используемые в **сравнительном правоведении** (как, впрочем, и во всех остальных юридических дисциплинах) понятия имеют научно-правовой смысл только в рамках общего понятия права и лишь в той мере, в какой они являются надлежащими конкретизациями (применительно к предмету данной юридической дисциплины) этого общего понятия права. Ясно также, что распространенные в компаративистике словообразования “правовая семья”, “семья систем права”, “правовая система” (в узком или широком смысле) и т.д. — это вообще не понятия, а всего лишь условные названия для обозначения соответствующих (во многом четко не определенных) групп правовых (или нередко квазиправовых) феноменов¹. И, пользуясь подобными условными наименованиями и сложившимися терминологическими обозначениями, не следует забывать, что суть дела не в названиях, а в понятийно-правовом смысле и содержании сравниваемых, группируемых и исследуемых объектов — различных национальных систем действующего (позитивированного) права.

Сравнительное изучение разных объектов (разных нормативно-регулятивных систем) является сравнительным правоведением (сравнительным правом) лишь при условии, что **сравниваемые объекты обладают понятийно-правовым единством**, т.е. представляют собой различные (по своей социально-исторической развитости, национальной специфике, доктринальной разработке, юридико-техническим характеристикам, терминологическим особенностям и т.д.) формы проявления одной и той же правовой сущности. Поэтому для любой последовательной научной концепции сравнительного правове-

¹ Кстати говоря, как условность терминов “правовая семья”, “семья систем права”, так и известную неопределенность самих критериев классификации по “правовым семьям”, зависимость этих критериев от той или иной оценки отмечает и Р. Давид. Более того, он признает, что и применение термина “право” во многих случаях носит условный характер. См.: Давид Р. Указ. соч. С. 34—35, 38, 44—45.

дения (и соответствующих классификаций изучаемых форм права) фундаментальное теоретическое значение имеет то **общее понятие права** (понимание того, что есть право, в чем его специфика, чем оно отличается от неправовых регуляторов и т.д.), которое лежит в основе соответствующей концепции сравнительного изучения права.

Между тем данное принципиальное теоретико-методологическое требование по существу игнорируется в сравнительном правоведении, и в силу сложившихся в этой сфере **позитивистских подходов и традиций** как бы презюмируется, что то или иное “право” (в его легистском понимании) в современном мире есть повсюду, поскольку везде есть та или иная разновидность официально-властного принудительного порядка и обязательных норм, регулирующих поведение людей. Географическая карта мира оказывается у легистов одновременно и его правовой картой.

С позиций **юридического правопонимания** для проведения сравнительно-правовых исследований необходимо сперва установить **первичный понятийно-правовой критерий** для определения правового характера сравниваемых объектов, а уже после этого искать те или иные внутривидовые критерии классификации этих объектов, анализа их сходства и различия и т.д.

Согласно **естественноправовому подходу**, таким первичным критерием для определения правового характера той или иной нормативной системы является признание в ней и реализация требований естественного права — естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека, нашедших свое закрепление в современных международных актах о правах человека. Подобное признание основных естественных прав человека, как правило, закрепляется в конституциях или конституционных законах современных правовых государств. Так, надлежащий комплекс естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека, соответствующий современным международным стандартам в области прав человека, нашел свое признание и закрепление в Конституции Российской Федерации 1993 г. (см. ст. 2, 17 и др.). В конечном счете именно это определяет правовой характер действующей постсоциалистической российской Конституции и основанной на ней всей системы источников действующего позитивного права — в отличие от неправовой по своей природе и характеру нормативной

системы социализма (прежних советских конституций и законодательства). Примерно так же по существу обстоит дело с отходом от прежней неправовой социалистической нормативной системы к правовым конституциям и утверждению начал права в бывших социалистических странах Восточной Европы.

Согласно **либертарно-юридическому подходу**, критерием для определения правового характера той или иной нормативно-регулятивной системы прошлого и современности является ее соответствие (в целом и в части отдельных норм, институтов, отраслей и т.д.) требованиям принципа формального равенства.

В целом юридический подход придает понятийно-правовую определенность и методологическую четкость сравнительно-правовым исследованиям и позволяет ясно обозначить их место и значение в юриспруденции, в общей системе наук о праве. Ведь большая научная и практическая значимость сравнительно-правовых исследований обусловлена именно тем, что речь идет о сравнении, сопоставлении, классификации и анализе различных форм проявления, бытия и действия **именно права** как единого специфического социального явления и регулятора, отличного от всех других явлений и регуляторов. Опыт такого познания многообразных форм права обогащает и углубляет научное знание о праве в целом, позволяет лучше понимать и свое, и чужое право, их достоинства и недостатки, способствует совершенствованию национальных форм права с учетом достижений других, более развитых в правовом отношении систем национального права, содействует сближению и интеграции правовых форм разных стран, стимулирует общеправовой прогресс в современном мире.

С этих общеправовых позиций ясно, что те или иные критерии классификации по группам отдельных национальных систем права носят вторичный, производный характер, поскольку представляют собой определенную конкретизацию исходного критерия (соответствующего общего понятия права). В качестве такого вторичного (классификационного) критерия могут быть использованы те или иные признаки и черты права, имеющие существенное значение для характеристики и оценки правовых особенностей и специфики разных групп национального права.

Существующие классификации опираются по преимуществу на критерии юридико-технического и идеологического

характера. Такие критерии имеют, несомненно, важное значение для классификации исследуемых форм права. Однако подобные критерии не позволяют классифицировать и оценивать различные национальные системы действующего права по уровню и характеру их собственно правовой развитости.

Между тем известно, что **право — исторически развивающееся явление со своими ступенями роста** — от примитивных форм права до более или менее развитых форм современного права. Поэтому **критерий уровня (и меры) правовой развитости** национальных систем позитивного права имеет существенное значение и для характеристики отдельных национальных систем права, и для их классификации в правовые группы (“семьи”) различной степени развитости (на основе единой шкалы показателей правового развития), и для выявления общей картины современного состояния и тенденций развития права в отдельных странах, регионах и в мире в целом.

Исторически сложилось так, что право (как специфическое явление и понятие, особый тип регуляции, необходимая форма свободы индивидов и т.д.) получило наибольшее развитие первоначально в европейской части мира (сперва в Древней Греции, Древнем Риме, а затем и в странах Западной Европы). В дальнейшем **европейское право** (в той или иной форме и мере) оказало существенное влияние на процесс правового развития во всем мире (в странах Америки, Азии, Австралии и Африки).

В силу **разновременности возникновения и развития права в разных странах и регионах мира**, а также целого ряда других факторов различные национальные системы права в современном мире отличаются различным уровнем правовой развитости, т.е. различной степенью и мерой наличия и выражения в них (с учетом национальной специфики, традиций, своеобразия культуры, состояния общества, экономики и т.д.) единых, общеправовых (по сути — европейско-правовых) начал и положений.

И сегодня национальные системы действующего права стран Западной Европы (и их модификации в целом ряде евроязычных стран — в США, Канаде, Австралии, Новой Зеландии и др.) отличаются **наиболее высоким уровнем правовой развитости**. Они все еще остаются ориентиром для остальных национальных систем права и продолжают определять направления дальнейшего развития права во всем мире.

Одним из существенных результатов происходивших в XX в. глобальных исторических преобразований во всем мире стало появление на правовой карте мира большого числа государств, национальные системы права которых могут быть по уровню их развития в целом охарактеризованы как **среднеразвитые** (страны Латинской Америки, Восточной Европы, ряд азиатских стран — Индия, Япония, Южная Корея, Сингапур).

Значительные прогрессивно-правовые преобразования, связанные с переходом от архаичных и традиционных форм регуляции (локальные обычаи и т.д.) к общенациональным (общегосударственным) системам права, в XX в. были осуществлены и в группе **слаборазвитых в правовом плане стран** (большое число молодых государств Черной Африки и Азии).

Возможна, конечно, и более детальная классификация по группам различных систем и форм права на основе критерия уровня их правовой развитости.

Учет различных критериев классификации (в том числе и такого критерия, как уровень правовой развитости) расширяет спектр и обогащает содержание сравнительно-правовых характеристик и оценок изучаемых национальных форм и систем права и в целом углубляет процесс правового познания.

2. Романо-германская правовая семья

Романо-германская (континентальная) правовая семья включает в себя национальные системы права стран континентальной Европы — Франции, Германии, Италии, Испании, скандинавских стран и т.д. К этой правовой семье примыкают системы действующего национального права и ряда неевропейских стран, сформировавшиеся в русле основных идей и конструкций романо-германской правовой семьи.

Романо-германская правовая семья возникла на основе римского права и римской юриспруденции. Существенную роль в развитии этой правовой семьи сыграли кодификация Юстиниана (VI в.), процесс рецепции римского права (в средние века и в Новое время), юридические концепции и доктрины, разрабатывавшиеся в XII—XVI вв. в различных европейских университетах (Болонском, Падуанском, Парижском и др.), рационалистические учения о естественном праве XVII—XVIII вв. Заметное влияние на идеи и концепции романо-германской

правовой семьи оказали французская “Декларация прав человека и гражданина” 1789 г. и другие правовые акты послереволюционной Франции, особенно новые кодексы.

В Декларации 1789 г. была впервые официально закреплена новая концепция закона как выражения общей воли, определены его верховенство и ведущая роль во всех сферах общественной и государственной жизни. Эти идеи господства закона и законности опираются в Декларации 1789 г. на принципы конституционализма и неотчуждаемых прав человека. Характерна в этом плане ст. 16 Декларации, которая гласит: “Общество, в котором не обеспечено пользование правами и не проведено разделение властей, не имеет конституции”¹.

Эти **новые правовые идеи** (о законе, конституции и т.д.) были направлены против феодального произвола и привилегий и в целом против системы феодального права, в основном состоявшего из старого обычного права и актов исполнительной власти периода абсолютизма. Опиравшаяся на новые правовые идеи активная законотворческая и кодификационная деятельность сперва во Франции, а в дальнейшем постепенно и в других странах Европейского континента сопровождалась радикальным преобразованием прежних и формированием новых, более развитых национальных систем права, основанных на принципах конституционализма, верховенства закона, правового равенства всех людей, естественных и неотчуждаемых прав человека.

Единые исторические корни и основополагающие общие правовые принципы, присущие формам национального права, входящим в романо-германскую правовую семью, предопределили и целый ряд других важных аспектов их сходства и общности.

Так, согласно общей романо-германской юридической доктрине, входящие в эту правовую семью системы национального права имеют **идентичную структуру**. Право делится на частное и публичное. Различные национальные системы права включают в себя сходные отрасли права, которые делятся на близкие по своему содержанию правовые институты, объединяющие группу однородных норм права. Система законодательства в целом соответствует доктринальным положениям о системе права.

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 209.

К числу существенных моментов единства разных национальных систем романо-германской правовой семьи относится одинаковое понимание природы, смысла и значения **нормы права как абстрактно-всеобщего правила поведения**, регулирующего однородную совокупность общественных отношений. Этой своей абстрактной всеобщностью норма романо-германского права отличается от казуистического правила (правила для данного казуса, отдельного случая), определяющего судебное решение по конкретному делу в системе прецедентного права (в правовой семье общего права).

Такое понимание природы и характера нормы права лежит и в основе **романо-германской концепции нормативно-правового акта, нормативно-правовой деятельности государства и соответствующей кодификации действующего права**. Романо-германские кодексы, другие законы и подзаконные акты — это определенным образом систематизированные (в той или иной степени) комплексы абстрактно-общих правовых норм, а не собрание казуистических правил общего права, не сборник судебных или административных прецедентов.

Благодаря своему абстрактно-нормативному содержанию действующее право стран романо-германской семьи отличается большой четкостью, определенностью, простотой, обозримостью и доступностью. Его можно легко реформировать и изменить в нужном направлении. Но у него есть и недостатки, обусловленные трудностями надлежащей конкретизации абстрактно-общего смысла нормы права применительно к отдельным случаям, подпадающим под действие соответствующей нормы. С этим связано то большое внимание, которое в теории и практике романо-германских систем права уделяется **проблеме толкования** нормы права.

Абстрактно-нормативный характер романо-германского права отчетливо проявляется и в **системе его источников**. Романо-германское право — это писаное право, состоящее в основном из письменно оформленных нормативно-правовых актов (законов и подзаконных актов).

Основной источник права во всех национальных системах права романо-германской правовой семьи — это **закон**. Законы принимаются высшим представительным органом или путем референдума.

Высшей юридической силой в системе нормативных актов здесь обладает писаная **конституция** (основной закон государ-

ства), которая является правовой основой для всех остальных (конституционных и обычных) законов и подзаконных актов. Контроль за конституционностью обычных законов и подзаконных актов осуществляют специальные конституционные суды (Федеральный конституционный суд в ФРГ, Конституционный суд в Италии) или высшие общесудебные и иные государственные институты.

Традиционно важную роль в системе источников права в романо-германской правовой семье играют **кодексы** — кодифицированные нормативно-правовые акты отраслевого характера. Хотя они обладают юридической силой обычного закона, однако по существу они занимают центральное место и играют ведущую роль в соответствующей отрасли законодательства.

Большое влияние на всю последующую кодификационную деятельность в странах романо-германского права оказали наполеоновские кодексы (Гражданский кодекс 1804 г., Торговый кодекс 1807 г., Уголовно-процессуальный кодекс 1808 г., Уголовный кодекс 1810 г.). Принятые позже гражданские кодексы Бельгии и Люксембурга во многом соответствуют французскому образцу. Заметным своеобразием отличаются Германское гражданское уложение 1896 г. и Гражданский кодекс Швейцарии (1881—1907 гг.).

Значительную роль в качестве источника права в романо-германской правовой семье играют **нормативно-правовые акты**, принимаемые различными органами исполнительной власти (декреты, постановления, циркуляры, инструкции, регламенты и т.д.). Как правило, такие нормативные акты принимаются “во исполнение закона” и носят подзаконный характер. При этом осуществляется судебный контроль (всеми общими судами в ФРГ, специальными административными судами во Франции) для обеспечения соответствия подобных подзаконных актов закону.

К особому виду нормотворчества исполнительной власти относится так называемое **делегированное законодательство**, когда те или иные органы исполнительной власти наделяются полномочиями на самостоятельное нормативно-правовое регулирование определенной сферы отношений. Так, согласно французской Конституции 1958 г., законотворческие полномочия парламента ограничены правом принимать законы, которыми устанавливаются общие принципы и нормы правовой регуляции. Наряду с этим признается автономная и не подчиненная

законодательной власти парламента сфера нормотворческих полномочий (так называемой регламентарной власти) органов исполнительной власти. Контроль за соответствием таких актов конституционным принципам осуществляет Государственный совет Франции.

В ФРГ и многих других странах органы исполнительной власти не обладают правом на подобное автономное (неподзаконное) нормотворчество.

Обычай играет в системе источников романо-германского права в основном вспомогательную роль, дополняя в необходимых случаях действующее законодательство.

Суд в странах романо-германской правовой семьи действует на основе и в рамках закона. Здесь нет правила прецедента, присущего общему праву. Поэтому суд здесь не обладает правотворческими полномочиями, не имеет права создавать новые нормы права. Но он обладает большой свободой в толковании применяемых нормативно-правовых актов, благодаря чему судебная практика оказывает значительное влияние на правоприменительный процесс и развитие действующего права. Большое внимание при этом уделяется единообразию судебной практики. Значительную роль в этом плане играют решения и разъяснения высших судебных органов. В отдельных странах (например, в Португалии) положения, установленные Пленумом Верховного Суда, имеют нормативно-правовой характер.

Некоторые авторы говорят о тенденции к превращению судебной практики в своеобразный источник права (“источник в рамках закона”). Но речь по существу идет о толковании уже установленных норм права, а не об установлении новых норм права. Новые правовые положения, выявляемые в процессе толкования и приписываемые субъекту толкования, — это не новая норма права, а новое значение и новое понимание правового смысла и содержания уже ранее изданной (толкуемой) нормы права. Без такой концепции толкования (и соответствующей доктринальной оценки правового смысла, роли и значения толкования права в его принципиальном отличии от правотворчества) судебное толкование права в романо-германских системах права (в силу их абстрактно-нормативной природы, отсутствия в них специальных ограничительных правил прецедентного права и особого порядка формулирования и применения казусных норм) фактически превратится в судейское законотворчество. А это подорвет основы как сис-

темы источников, так и всей конструкции романо-германского права.

Существенное значение в романо-германской правовой семье имеет **юридическая доктрина** (теория права, научные работы по общим и конкретным вопросам правотворчества и правоприменения). Это имеет давние исторические корни, поскольку именно университетская юридическая наука в XIII—XIX вв. разработала основные идеи, принципы и конструкции романо-германского права, и научная доктрина права (так называемое “право юристов”) в течение столетий в системах континентального права играла роль основного источника права, пока эта роль (с XIX в.) не перешла к закону.

И в современных условиях доктрина оказывает заметное влияние на весь процесс правопонимания и толкования действующего права, на трактовку общих принципов и целей права, приемов и методов уяснения смысла норм права, их применения и т.д. Это имеет большое практическое значение, поскольку в ряде стран романо-германской правовой семьи **общие принципы права** (идеи и ценности надпозитивного права и т.д.) имеют силу норм действующего права, а при коллизиях с последними — обладают приоритетом. Подобная роль общеправовых принципов опирается не только на традиции романо-германского права, но и на закрепленные в ряде современных конституций континентальных стран естественно-правовые принципы и нормы о прирожденных и неотчуждаемых правах человека, правовых ценностях и т.д.

По существу речь идет о том, что **конституционно признанное и закрепленное естественное право** (в виде принципов естественного права, естественных прав и свобод человека и т.д.) **действует как приоритетный источник позитивного права.**

Так, Конституционный суд ФРГ придерживается позиции, согласно которой Конституция ФРГ включает в себя не только изложенные в ее тексте нормы позитивного права, но и некоторые “общие принципы”, не конкретизированные автором Конституции в виде ее позитивных норм. Кроме того, Конституционный суд ФРГ признает наличие и действие “**надпозитивного права**”, которое ограничивает учредительную власть самого законодателя, принимающего конституцию страны. Таким образом, законодатель (автор конституции) не должен и не вправе все регулировать по своему усмотрению,

нарушая требования надпозитивного права (“идеи права”). В случае несоответствия позитивного конституционного права (позитивных норм конституции) требованиям “надпозитивного права” приоритет принадлежит “надпозитивному праву” (“идее права”), и Конституционный суд должен с этих позиций оценить неправовой характер соответствующей позитивной нормы конституции.

Каждой национальной системе права романо-германской правовой семьи присущи свои специфические черты. Заметным своеобразием отличаются системы права скандинавских стран, где римское право не имело такого большого влияния, как во Франции, Германии, Италии и Австрии.

Еще в XVII—XVIII вв. в каждой скандинавской стране (в Дании в 1683 г., в Норвегии в 1687 г., в Швеции и Финляндии в 1734 г.) был принят один кодекс, включавший в себя все действующее право. В дальнейшем устаревшие части этих кодексов были отменены, но принятые вместо них новые крупные законодательные акты действовали автономно и не были включены в старые кодексы.

Скандинавские страны тесно сотрудничают между собой в плане сближения и унификации своих национальных систем права, особенно в области гражданского, торгового и морского права.

Для систем права этих стран характерно и то, что в них судебной практике уделяется большее значение, чем в других национальных системах права романо-германской правовой семьи.

Некоторые черты, характерные для систем романо-германской правовой семьи, присущи национальным системам права и ряда других стран.

Так, системы права латиноамериканских стран построены в целом по романо-германскому образцу. Уже в период европейской колонизации Южной Америки в странах этого региона начало распространяться европейское право (прежде всего испанское, португальское). Действующее право этих стран в настоящее время кодифицировано в основном по французской модели. Под нормой права имеется в виду, как и в романо-германской правовой семье, абстрактное общее правило. Основные источники права — закон и подзаконные акты. Заметную роль играют акты делегированного законодательства. Отсутствует прецедентное право. Судебная практика не является источником права.

Для национальных систем права Латинской Америки характерен определенный дуализм: в сфере частного права они сходны с системами романо-германского права, а в сфере публичного права они восприняли ряд основных положений конституционного права США. Это обусловлено тем, что по форме правления латиноамериканские страны являются президентскими республиками по американскому образцу.

Модернизация традиционного права Японии в XIX в. осуществлялась под воздействием романо-германского права. Кодификация осуществлялась по континентально-европейским образцам. Так, Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Японии (1880 г.) построены по французской модели, а Гражданский кодекс (1898 г.) — по германской модели. Здесь, как и в романо-германской правовой семье, нет прецедентного права. Основные источники права — закон и подзаконные акты. Судебная практика не является источником права.

После Второй мировой войны японское право испытало заметное влияние американского права, что нашло свое отражение в Конституции Японии 1946 г., в уголовно-процессуальном законодательстве (1948 г.), антитрестовском законодательстве и т.д.

3. Социалистические системы законодательства

Возникновение этих систем связано с появлением в XX в. социалистических стран и соответствующего законодательства — сперва в России (1917 г.), а после Второй мировой войны и в целом ряде стран Восточной Европы, Азии и Латинской Америки.

В литературе (отечественной и зарубежной) при характеристике различных национальных систем законодательства социалистических стран (СССР и других зарубежных социалистических стран) обычно говорят о “социалистическом праве”, “семье социалистического права” и т.д. Эти термины и понятия нельзя признать адекватными, поскольку речь идет о законодательстве (так называемом “позитивном праве” при социализме), которое по сути своей носило **неправовой характер**, выражало цели и устремления антиправовой идеологии, политики и практики бесконтрольно правящей коммунистической партии.

Конечно, **неправовая природа социалистического законодательства** по-разному проявлялась в разных социалистичес-

ких странах на разных этапах их существования. Спектр различий здесь весьма велик и разнообразен: от прямого революционного насилия, не связанного никакими законами, до “государства социалистической законности” и поисков “социализма с человеческим лицом”.

Определенное влияние на содержание и характер национальных систем законодательства в разных социалистических странах оказывали также их правовое прошлое, уровень их правовой развитости, сложившиеся правовые традиции и т.д. В этом плане законодательство послевоенных **социалистических стран Восточной Европы** (с их значительным правовым прошлым) заметно отличалось от законодательства азиатских социалистических стран, где право и до перехода к социализму находилось в неразвитом состоянии и не играло существенной роли в жизни общества.

Право дореволюционной России, как и досоциалистическое право социалистических стран Восточной Европы, развивалось в целом в русле и в рамках романо-германской правовой семьи. Влиянием этого прошлого обусловлены такие аспекты внешнего сходства европейских социалистических систем законодательства с формами романо-германского права, как общая терминология и приемы юридической техники, во многом одинаковые конструкции в области системы источников действующего “позитивного права” и его структуры (деление на отрасли, институты и нормы), аналогичные представления о норме и нормативных актах, отсутствие прецедентного права, отрицание значения судебной практики в качестве источника права, незначительная роль обычая и т.д. Правда, схожей терминологией обозначались качественно различные явления, поскольку положения социалистического законодательства по существу отвергали основы права и носили декларативный, “фасадный” характер.

С начала 90-х годов эти страны вступили в **новый (постсоциалистический) период своего развития**, ознаменованный радикальными экономическими, политическими и правовыми преобразованиями, цель которых — утверждение господства права, прав и свобод человека и гражданина, формирование рыночной экономики, гражданского общества, демократического правового государства. На территории бывшего СССР и бывших социалистических стран Восточной Европы возникли новые суверенные государства, в которых формируются новые

национальные системы права. Этот процесс в разных странах протекает с различной интенсивностью, но в целом все они достигли определенных успехов на новом этапе своего правового развития (принятие новых конституций, качественное изменение законодательства, принятие ряда новых кодексов, признание и закрепление в национальных системах права международных принципов и стандартов в области прав человека, участие в процессе европейской интеграции и т.д.).

После распада мировой социалистической системы (так называемого “соцлагеря”) на позициях социализма остались **Китай, Вьетнам, Северная Корея и Куба**.

Правовое развитие этих стран до их перехода к социализму осуществлялось в формах и направлениях, характерных для романо-германского права. В современных условиях в этих странах (за исключением, пожалуй, только Северной Кореи) проводятся определенные экономические преобразования с допущением некоторых форм рыночных отношений. Одновременно осуществляются (по образцам романо-германского права) и соответствующие изменения в действующем законодательстве.

Экономические реформы и обновления законодательства более интенсивно и успешно протекают в Китае. Некоторые более умеренные преобразования в экономике и законодательстве осуществляются во Вьетнаме и на Кубе.

4. Правовая семья “общего права”

Эта правовая семья включает в себя национальные системы права Англии, США, Северной Ирландии, Канады, Австралии, Новой Зеландии. В нее входят и системы права ряда других азиатских и африканских стран — бывших английских колоний.

По своему происхождению данная правовая семья восходит к английскому праву, относящемуся к периоду после нормандского завоевания Англии (1066 г.). В истории английского права принято выделять четыре периода¹: 1) период англосаксонского права — до нормандского завоевания Англии; в это время в каждой части страны действовало свое мест-

¹ См.: Давид Р. Указ. соч. С. 253.

ное право и отсутствовало “общее право” (общее для всей Англии право, общеанглийское право)¹; 2) период становления “общего права” (от 1066 г. до установления династии Тюдоров в 1485 г.), которое сопровождалось преодолением местного обычного права; 3) период утверждения и расцвета “общего права” (1485—1832 гг.); в это время возникает и так называемое “право справедливости”; 4) период сочетания “общего права” с государственным законодательством (с 1832 г. до наших дней).

Общее право было создано после нормандского завоевания королевскими судами Англии (эти суды именуется Вестминстерскими судами по месту их заседания с XIII в. в Вестминстере). Это новое общеанглийское право формировалось судебной практикой королевских судов постепенно — от решения к решению. Совокупность таких конкретных решений, обязательных в качестве прецедента для последующих судебных решений по сходным делам, и составила общее для всех английских судов право.

Общее право, таким образом, сложилось в виде **совокупности судебных решений-прецедентов**. В этом смысле можно сказать, что общее право — это совокупность казусных правил, лежащих в основе конкретных судебных решений, которые имеют значение прецедента, обязательного для других судов при разрешении аналогичных дел.

В процессе формирования общего права королевские суды использовали некоторые положения местных правовых обычаев, преобразуя и приспособивая их к строгим требованиям новой судебной процедуры и процессуальной формы. Римское право и основанное на нем (первоначально также и в Англии) университетское юридическое образование не оказали сколько-нибудь заметного влияния на процесс создания общего права.

В XV—XVI вв. параллельно (и отчасти — в конкуренции) с общим правом сложилось так называемое “**право справедливости**”. Оно представляло собой совокупность решений лорда-канцлера по конкретным делам на основе доктрины “справедливости”, которая дополняла или корректировала правовые принципы и правила общего права. Многие положения доктрины “справедливости” были заимствованы из римского и канонического права. В 1616 г. был достигнут компромисс между

¹ Не следует поэтому “общее право” называть “англосаксонским”.

судами общего права и судом лорда-канцлера, согласно которому сохранялась юрисдикция лорда-канцлера, но она впредь не должна была расширяться за счет судов общего права, причем юрисдикция канцлеровского суда должна была осуществляться в соответствии с прецедентами “права справедливости”.

Достигнутое таким путем сочетание в английском праве общего права и “права справедливости” определило его двойственную природу. После судебной реформы 1873—1875 гг. эта двойственность была преодолена: общее право и “право справедливости” были объединены в **единую систему прецедентного права**, а все английские суды стали применять нормы как общего права, так и “права справедливости”.

Нормы (правила) прецедентного права обладают такими достоинствами, как конкретность и гибкость, но они казуистичны, лишены ясности и четкости абстрактно-общих норм романо-германского права. Это препятствует кодификации прецедентного права по образцу романо-германских кодексов.

Структура, понятия, концепции английского права значительно отличаются от соответствующих характеристик континентального права. Основные структурные части английского прецедентного права — это общее право и “право справедливости”. Это право не делится на частное и публичное право. Отсутствует здесь и четкое структурирование права по отраслевому признаку.

Прецедентное право — это по преимуществу судебнопроцессуальное право. Основное внимание английских юристов и правовой доктрины сосредоточено на обслуживании судебной практики, на вопросах судебной процедуры и доказательств. Этому соответствуют и понятия английского права, которые сформировались на основе судебного процесса и различных видов исков.

Главная задача английского судьи (да и вообще английского юриста) состоит в том, чтобы применительно к тому или иному конкретному делу найти соответствующий прецедент, если таковой имеется.

С учетом сложившейся в Англии иерархии судебных инстанций действует “**правило прецедента**”, согласно которому: 1) решения палаты лордов (высшей судебной инстанции) составляют обязательные прецеденты для всех других английских судов (но не для нее самой); 2) решения Апелляционного суда

составляют обязательные прецеденты для него самого и для всех нижестоящих судов; 3) решения Высокого суда составляют обязательные прецеденты для всех нижестоящих судов; хотя эти решения не являются строго обязательными для различных отделений самого Высокого суда, однако они имеют для них важное значение и, как правило, учитываются ими; 4) окружные и магистратские суды обязаны следовать прецедентам всех вышестоящих судов, а их собственные решения не создают прецедентов.

Судья, решая дело, обязан следовать имеющемуся прецеденту. При этом он пользуется большой свободой усмотрения в трактовке вопроса о сходстве рассматриваемого дела с уже разрешенными делами. При отсутствии надлежащего прецедента и соответствующей нормы статутного права (законодательства) судья сам определяет правоприменительную норму (казусное правило) для решения рассматриваемого дела.

После судебной практики (прецедентного права судов) как первого и основного источника английского права в качестве второго источника английского права признается **статутное право** — законы и подзаконные акты.

В Англии нет писаной конституции, и под “английской конституцией” имеется в виду совокупность норм закона и прецедентного права, определяющих систему и полномочия органов государственной власти, права и свободы подданных.

Закон (акт парламента), согласно английской традиции и сложившейся юридической доктрине, считается второстепенным источником права, который вносит лишь ряд поправок и дополнений к праву, созданному судебной практикой (т.е. к прецедентному праву). Формально закон может изменить или отменить норму прецедентного права, и при коллизии с прецедентом приоритет принадлежит закону. Но фактически само действие закона осуществляется в русле и в контексте его судебного-прецедентного толкования и применения. Нормы, содержащиеся в законе, окончательно определяются (в их правовом содержании и значении) и включаются в английское право лишь после их судебного истолкования и применения, причем именно в той форме и в том смысле, как это установит судебная практика. Поэтому английские юристы предпочитают цитировать не сам текст закона, а применяющее его решение суда.

Само английское законодательство традиционно находится под заметным влиянием судебной практики и прецедентно-

го права, что проявляется в казуистическом способе изложения правовых норм в законодательных актах.

В современных условиях наблюдается тенденция отхода от традиционной концепции закона и усиления его самостоятельной роли при регулировании новых общественных отношений (вопросов социального обеспечения, просвещения, здравоохранения и т.д.), которые находятся вне традиционной сферы действия прецедентного права. Такое законодательное право (статутное право) противопоставляется прецедентному праву (общему праву в широком смысле), и к нему не применяются традиционные принципы прецедентного права. Парламент, принимая такие законы, требует, чтобы они применялись именно в том виде, как он установил, а не в традиционном порядке толкования и применения законов с позиций судебных прецедентов.

Подзаконные акты (“во исполнение закона”) издаются органами исполнительной власти лишь в порядке реализации правомочий, делегированных им парламентом. При этом суды обладают правом в подлежащих случаях отменять акты исполнительной власти.

Определенное значение в качестве источника английского права имеет и **обычай**. Юридически обязательными считаются так называемые старинные местные обычаи (уже действовавшие до 1189 г.) и торговые обычаи. Однако государственно-правовая практика придерживается и множества других обычаев (сложившихся традиций) в сфере конституционного права, уголовного права, трудового права и т.д.

Английское общее право (общее право в широком смысле, т.е. прецедентное право, включающее в себя прецеденты и общего права, и “права справедливости”) получило большое распространение в мире. При этом ряд положений английского общего права в процессе их распространения и рецепции в других странах претерпевал определенные изменения под воздействием местных условий и традиций.

На территории **Северной Америки** английское общее право начало действовать с 1607 г. (дата образования там первой английской колонии). При этом было установлено (судебным решением по делу Кальвина в 1608 г.), что английское право применяется в колониях только в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колоний.

После достижения независимости в **США** некоторые штаты отказались от английского права и приняли кодексы по романо-германскому образцу. Но потом в целом возобладала

традиция, и США остались в системе общего права, за исключением штата Луизиана, право которого тяготеет к романо-германской правовой семье.

Право США, как и английское право, — это прежде всего право судебной практики, т.е. прецедентное право. Законы и подзаконные акты играют вспомогательную роль в качестве дополнения к прецедентному праву.

Существенное отличие американского права от английского состоит в том, что Конституция США (1787 г.) в качестве основного закона страны возвышается над общим правом и определяет основы американского общества и государства и всего действующего права. Важное значение в этом плане имеет толкование Конституции Верховным судом США. Проводимая им линия на гибкое толкование текста Конституции с учетом изменяющихся условий жизни американского общества является действенным средством обеспечения единства американского права, его обновления и развития на базе стабильной Конституции.

Значительные отличия американского права от английского обусловлены и федеративным устройством США, наличием и федеративного законодательства, и законодательства отдельных штатов. Кроме того, каждый штат имеет и свое прецедентное право. Все это порождает многочисленные коллизии между системами права отдельных штатов, между ними и федеральной системой права и т.д.

В США иначе, чем в Англии, действует и правило прецедента. Так, Верховный суд США и Верховные суды штатов не обязаны следовать собственным решениям и могут изменять свою практику. Кроме того, правило прецедента относится к компетенции штатов и действует в пределах судебной системы соответствующего штата.

В США уделяется большое внимание кодификации действующего законодательства, но американские кодексы существенно отличаются от романо-германских кодексов.

Кодексы европейского образца имеются только в штате Луизиана, где сохраняется романо-германская традиция.

В остальных штатах действуют кодексы другого типа, которые представляют собой консолидацию прежних норм (уже созданных судебной практикой или имеющих в законодательстве), а не установление новых норм. Таковы гражданские кодексы, которые приняты в ряде штатов (Калифорнии, Северной и Южной Дакоте, Джорджии, Монтане); гражданские процессуальные кодексы, действующие в 25 штатах, и т.д.

Кодексами в США именуется также различные систематизированные собрания действующего федерального законодательства или законодательства отдельных штатов. Такие кодексы не включают в себя нормы прецедентного права.

5. Индусское право

Индусское право основано на религии индуизма (брахманизма) и регулирует поведение членов индусской общины¹. Его не следует смешивать с системой права Индии. Индусские общины, где действует индусское право, имеются не только в Индии, но и во многих других странах Юго-Восточной Азии (Пакистане, Малайзии, Сингапуре, Непале, Шри-Ланке) и Восточной Африки (Кении, Танзании, Уганде).

Идеи индуизма (брахманизма) нашли свое выражение уже в древнеиндийских памятниках II тысячелетия до н.э., именуемых “Ведами”. В “Ведах” обосновывается деление общества на четыре варны (касты, сословия) — на варны брахманов (жрецов), кшатриев (воинов), вайшиев (земледельцев, ремесленников, торговцев) и шудр (представителей нижнего слоя общины). Господствующее положение в этой иерархической кастовой системе занимают члены двух первых варн, и прежде всего брахманы.

Члены различных варн, согласно “Ведам” и другим источникам брахманизма, должны следовать божественно предопределенной для их варны **дхарме** — закону, долгу, обычаю, правилу поведения.

Толкованием смысла дхарм, их систематизацией и составлением соответствующих сборников (дхармашастр) занимались различные брахманистские школы. К числу наиболее важных **дхармашастр**, составленных во II в. до н.э. — III в. н.э., относятся “Законы Ману”, “Законы Яйнавалка”, “Законы Нарада”. В “Законах Ману” подчеркивалось, что все, включая и царя, должны следовать советам и наставлениям брахманов в вопросах дхармы и следовать установленной для них дхарме. За нарушение дхармы предусматривались не только суровые земные наказания, но и загробные кары.

¹ См.: Крашенинникова Н.А. Индусское право: история и современность. М., 1982.

Все дхармашастры рассматриваются как равноценные части единого индуcского права.

Важным источником индуcского права (после дхармашастр) являются **нибандхазы** — сборники комментариев к дхармашастрам, составленные в XII—XVII вв.

Дхармашастры и комментарии к ним придают большое значение “**хорошему обычаю**”, соответствующему дхарме (ее божественной истине и извечному порядку). В этом смысле обычаи являются источником позитивного индуcского права. Причем каждая индуcская община, каждая каста (и многочисленные подкасты) и даже каждая семья имеет свои обычаи. Возникающие споры решаются собранием членов касты (или подкасты) на основе ее обычаев.

В тех случаях, когда нет заранее установленных правил, индуcское право рекомендует индивидам и судьям руководствоваться **требованиями разума, совести и справедливости**.

Индуcское право не признает таких источников права, как государственное законодательство и судебная практика.

Во времена мусульманского завоевания Индии (XVI в.) применение индуcского права в судебных и административных органах было запрещено. В условиях английского колониального правления (начиная с XVII в.) этот запрет был отменен и было предусмотрено применение “права Корана в отношении мусульман и права шастр в отношении индуcсов”.

На дальнейшее развитие индуcского права значительное влияние оказали законодательство английской администрации и нормы общего права. Так, были отменены положения индуcского права, связанные с кастовой дискриминацией, нормы о недееспособности женщин, запрещено самоожжение вдов.

После достижения независимости (в 1947 г.) в Индии был взят курс на модернизацию как индуcского права, так и национальной системы права в целом. Конституция Индии 1950 г. запретила дискриминацию по мотивам кастовой принадлежности. Законом о браке 1955 г. были существенно реформированы нормы индуcского права о браке и разводе. Закон о наследовании 1956 г. закрепил право женщин в сфере наследственных отношений и включил их в круг наследников. Был изменен прежний режим семейного имущества, и многие виды имущества были законодательно признаны объектами личного имущества. По закону 1984 г. были созданы так называемые “семейные суды”, которые должны решать семейно-брачные споры сторон независимо от их религиозной принадлежности.

Но модернизация старого права — трудный и длительный процесс. Так, до сих пор еще не принят предусмотренный в Конституции 1950 г. Гражданский кодекс Индии, который должен установить единый для всех жителей страны гражданско-правовой статус.

Многие положения модернизированного индуcского права, действующие в современной Индии, не распространяются на индуcские общины вне Индии, где продолжают действовать нормы традиционного индуcского права.

Система национального права Индии в значительной мере формировалась и развивалась под большим воздействием английского права, и в настоящее время она входит в правовую семью общего права.

6. Мусульманское право

Под “мусульманским правом” (шариатом) имеется в виду правовой аспект исламской религии, возникновение которой связано с именем пророка Мухаммеда (VII в.). **Шариат** (“путь следования”) — это по сути своей религиозный (божественный) закон, диктуемый верующим, т.е. совокупность предписаний о том, что они должны делать и чего они не должны делать. В основе шариата, как и других религиозно-нормативных систем (индуcского права, иудейского права, права ряда стран Дальнего Востока), лежит идея религиозных обязанностей человека, а не его прав¹.

Процесс становления мусульманского права в Арабском халифате занял несколько веков (VII—X вв.) и проходил в условиях формирования раннефеодального строя.

Источниками мусульманского права² являются: 1) **Коран** — как священная книга ислама и основа мусульманского права; 2) **сунна** — совокупность преданий о высказываниях и делах пророка Мухаммеда, имеющих правовое значение; 3) **иджма** — общее (единое) мнение авторитетных правоведов ислама; 4) **кияс** — суждение по аналогии в вопросах права.

¹ См.: Давид Р. Указ. соч. С. 386.

² Там же. С. 388—396; Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986; История политических и правовых учений. М., 1997. С. 126—132 (автор раздела — Л.Р. Сюкияйнен).

Коран и сунна — основные исторические источники мусульманского права, непосредственно связанные с именем Мухаммеда. После смерти Мухаммеда (в 632 г.) содержание мусульманского права в VII в. было дополнено его сподвижниками целым рядом новых положений на основе толкования Корана и сунны. Однако потребности общественной жизни требовали дальнейшего развития шариата, классификации и систематизации его принципов и норм. Решению этих задач в VIII—X вв. была посвящена деятельность правоведов — знатоков ислама и основанных ими различных правовых школ.

В своем толковании Корана и сунны мусульманские правоведы разных школ (толков) опирались на поощрявшийся пророком принцип “иджитihad” — свободное усмотрение судьи в случаях умолчания других источников относительно рассматриваемого дела. Толкование мусульманскими правоведом Корана и сунны на основе этого принципа фактически сопровождалось установлением ими новых норм шариата. Усилиями этих правоведов были сформулированы основные принципы и конкретные нормы (по преимуществу — казуистического характера) мусульманского права.

В качестве общего (и общепринятого) приема толкования и применения шариата мусульманскими правоведом был признан кияс — способ суждения о праве по аналогии. Важное значение кияса (как метода и одновременно как источника шариата) состоит в том, что он позволяет восполнить пробелы казуистического мусульманского права и “найти” в самом шариате необходимую норму для решения по аналогии любого дела (в том числе — и в будущем), как бы не создавая новой нормы и не нарушая тем самым фикции мусульманско-правовой доктрины о беспробельности шариата.

К XI в. окончательно складывается иджда (общее, согласованное мнение мусульманских правоведов, догма шариата) и прекращается период так называемого “абсолютного иджитihadа” — время прямого толкования Корана и сунны и создания основных толков мусульманского права. С XI в. начинается период так называемого “таклида” — действия шариата на основе уже сложившейся традиции и догмы иджда. С этого времени признается правом только то, что принято и одобрено идждой.

Однако развитие мусульманской правовой доктрины, а вместе с ней и норм шариата продолжалось и в последующие

века. Этому развитию содействовало толкование и применение положений шариата с учетом “условий, места и времени”. Благодаря такому подходу доктриной было допущено применение не противоречащих исламу **обычаев, соглашений сторон, административных регламентов**. Хотя эти правовые формы и остаются вне самой системы мусульманского права, однако придают ему большую гибкость и приспособляемость к различным условиям и позволяют восполнять его пробелы.

Государственная власть, согласно исламу, — не господин, а слуга права (шариата), поэтому она не может посредством своего законодательства изменять шариат и творить новое право. Но она должна следить за соблюдением требований шариата и в целях охраны общественного порядка может принимать соответствующие решения и акты. Содержание таких государственных актов, особенно в современных мусульманских странах, зачастую существенно расходится с традиционными положениями шариата. В этих случаях для демонстрации соблюдения требований шариата используются разного рода **правовые фикции**. Так, аренда земли, запрещенная шариатом, трактуется как соглашение о товариществе и т.д.

Мусульманское право как особое религиозное право общины верующих исламистов **не следует смешивать с системой национального права** той или иной мусульманской страны. Возникнув на исходной основе шариата, национальные системы позитивного права этих стран значительно отличаются друг от друга. Существенную роль в отходе в XIX—XX вв. этих национальных систем права от традиционного шариата сыграли такие факторы, как развитие современных форм социально-экономической, политической и духовной жизни, рецепция некоторых положений европейского права, усиление объема и значения государственного законодательства, ликвидация в ряде стран специальных судов, применявших шариат и т.д.

Соответствующие законодательные реформы осуществлялись сперва (в XIX — I половине XX вв.) в области торгового, морского, уголовного и налогового права, а затем (во II половине XX в.) и в остальных сферах правовой жизни, включая вопросы семейного права, наследования, личного статуса и т.д. Процесс модернизации национальных систем права сопровождался принятием во многих мусульманских странах (Египет, Турция, Сирия, Тунис, Марокко, Иордания и др.) гражданских, уголовных и некоторых других кодексов по романо-германскому образцу.

Влияние западного права (европейского и американского) на национальные системы права мусульманских стран особенно усилилось в условиях современного международного сотрудничества различных государств и развития интеграционных процессов в области экономики, экологии, борьбы против международной преступности, защиты мирового правопорядка и т.д.

Однако эта общая позитивная тенденция к модернизации национальных систем права в духе западного права в целом ряде случаев прерывается попятными движениями, усилением в тех или иных мусульманских странах фактора исламского фундаментализма, роли традиционного шариата, реанимацией шариатского суда, шариатских форм правления и т.д. Так, согласно Конституции исламской республики Иран 1979 г., все законодательство должно соответствовать требованиям традиционного шариата. А закон 1981 г., регламентирующий вопросы уголовного права, воспроизводит архаичные требования шариата. Существенную роль исламский фундаментализм (и вместе с ним традиционный шариат) играет и во многих других странах (Афганистан, Пакистан, Судан и др.).

Заметное оживление и усиление исламского фактора и роли традиционного шариата происходит и в ряде постсоциалистических стран и регионов с мусульманским населением (некоторые бывшие советские республики и автономии с мусульманским населением, Албания, район Косово и т.д.).

7. Обычное право Африки

Под “обычным правом” Африки, Мадагаскара и ряда других регионов имеются в виду местные обычаи — от их архаичных (по существу еще доправовых) форм доколониального периода до более развитых форм колониального и постколониального периодов.

В доколониальный период в странах Черной (экваториальной) Африки (в Эфиопии, Сомали, Того, Бенине, Заире, Кении, Танзании, Конго, Мали, Уганде и др.) и на Мадагаскаре действовали различные местные обычаи, соответствовавшие коллективистским, родо-племенным представлениям о правилах, формах и порядке общинной жизни людей. Эти архаичные обычаи существовали в устной форме и передавались из поколения в поколение без заметных изменений. Каждая из

многочисленных общин имела свои обычаи, которые выражали и подтверждали ее единство, самобытность и самостоятельность. Обычаи детально регламентировали весь строй жизни общины, поведение ее членов и предусматривали соответствующие санкции за их нарушения.

Споры, возникавшие в связи с нарушениями обычаев, в основном рассматривались старейшинами общины, племенными вождями и т.д., а там, где сложилась система централизованной власти, — соответствующими официальными судебными инстанциями.

Рассмотрение споров преследовало цель восстановить нарушенное единство в данной социальной группе, достигнуть согласия и взаимопонимания между членами общины.

В колониальный период традиционные обычаи претерпели существенные изменения под влиянием европейского права и законодательных реформ, проводившихся колониальной администрацией. По общему правилу, значение местных обычаев признавалось колониальной администрацией и судами лишь в той мере, в какой они не противоречили нормам европейского права и судебного процесса, а нормы европейского права и судопроизводства (английского, французского, бельгийского, португальского и т.д.) распространялись на население колоний в той мере, в какой это соответствовало местным условиям и возможностям. Коллизии между традиционными обычаями и установленными для колоний нормами европейского права решались в основном в пользу европейского права.

Рецепция европейского права и трансформация традиций местных обычаев в процессе их приспособления к новым условиям привели в конечном счете к тому, что в колониях утвердились системы права их метрополий. Так, бывшие английские колонии (Золотой Берег, Гамбия, Кения, Нигерия, Уганда, Танганьика, Родезия, Сьерра-Леоне и др.) стали странами общего права, а бывшие французские, бельгийские, португальские колонии (Мадагаскар, Мали, Конго, Того, Бенин, Заир и др.) — странами романо-германского права.

После достижения независимости развитие национального права молодых государств Африки продолжалось на базе уже сформировавшихся в этих странах соответствующих европейских систем права. Вместе с тем политика вытеснения традиционных обычаев и их замены нормами современного права

претерпела в новых условиях значительные изменения, связанные с ростом национального самосознания освободившихся народов Африки. Это отчетливо проявилось в их стремлении увязать процесс модернизации своих общественных и государственно-правовых форм с реабилитацией своих традиционных ценностей.

В сфере права такой подход нашел свое выражение как в признании обычного права самостоятельным источником национального права в независимых африканских государствах, так и в интеграции (посредством законодательства и судебной практики) ряда норм и институтов традиционного обычного права с действующими в этих странах положениями европейского права.

Глава 7. Действие права

1. Понятие, механизм и эффективность действия права

Действие права — это совокупность всех форм проявления его юридической силы. Под юридической силой права имеется в виду официальная, государственно-властная общеобязательность и самих норм права, и принятых на их основе правовых актов, отдельных правовых норм, и права в целом как системы норм.

Понятие действия права, действия составляющих его норм выражает **динамику права**, процесс его реального регулятивного воздействия на уже урегулированные общественные отношения. Это динамичное состояние права, **право в действии** является, по сути своей, той целью, ради которой в результате правоустановительной деятельности официально формулируется, текстуально выражается и документально (в соответствующих актах) закрепляется **право в статике**, “**право в книгах**”.

Динамика права и статика права — два тесно взаимосвязанных состояния и два взаимодействующих аспекта бытия права как особого социального регулятора. С одной стороны, само официальное установление права в его статике (в виде системы правовых норм, т.е. того, что общеобязательно в данном государстве) осуществляется на основе и в соответствии с

действующим правом, в рамках и в форме регулятивного проявления его юридической силы. С другой стороны, право действует в тех формах и сферах, которые закреплены в статичном праве, “**праве в книгах**”.

Статика и динамика права выступают как две взаимосвязанные, дополняющие и предполагающие друг друга стадии (и формы проявления) единого процесса правовой регуляции: чтобы право действовало как регулятор, оно сперва должно быть установлено как регулятор. Правоустановление (установление права в его статике) представляет собой исходную стадию правового регулирования — **правовое регулирование в его абстрактно-общей форме**, не конкретизирующей регулятивно-правовое значение норм применительно к конкретному поведению конкретного лица в конкретных условиях. Действие права (право в его динамике) — это завершающая стадия правового регулирования, **правовое регулирование в его предельно конкретизированной форме** — в виде конкретизации общего регулятивно-правового значения абстрактной нормы применительно к конкретному поведению конкретного лица в конкретных условиях.

Обе эти стадии и формы правовой регуляции — и абстрактная и конкретная формы правовой регуляции, т.е. и право в статике, и право в действии, — имеют один и тот же механизм правового регулирования в виде юридико-логической конструкции нормы права. Право действует (т.е. в конкретной форме воздействует на конкретное общественное отношение) по той же нормативно-регулятивной схеме, по которой в абстрактной форме им уже урегулированы соответствующие типы общественных отношений.

Механизм действия права — это механизм абстрактно-всеобщей правовой регуляции, конкретизированный и индивидуализированный применительно к конкретно-определенному случаю (и форме) проявления юридической силы действующего права.

Эта индивидуально-определенная (персонально-адресная) конкретизированность нормативного механизма действия права означает, что абстрактное правовое содержание всех трех системных элементов нормы (диспозиции, гипотезы и санкции) должно быть адекватным образом конкретизировано применительно к данному определенному случаю действия права.

Основная регулятивная функция механизма действия права и юридико-логический смысл действия права в целом состоят в том, чтобы наличную абстрактно-общую норму статичного права, т.е. общее правило для общего случая, надлежащим образом преобразовать в актуальную “казусную” норму, т.е. в конкретное правило для конкретного случая.

Если исходная стадия правовой регуляции представляет собой движение от конкретных эмпирических объектов регуляции — через их типологизацию — к установлению искомым абстрактных норм права, то действие права осуществляется по той же юридико-логической схеме (модели), но в обратном порядке: от абстрактных норм права — через их индивидуализацию — к конкретным эмпирическим объектам. Такова диалектика единства, различения и взаимодействия исходной абстрактной формы и конечной конкретной формы правовой регуляции и вместе с тем — права в статике и права в динамике.

Существенной обобщающей характеристикой действующего права является эффективность действия права.

Эффективность действия права — это меры (степень) достижения правовых целей действующего законодательства в различных сферах правовой регуляции.

Показатель эффективности действующего права представляет собой соотношение между последствиями реализации норм законодательства (т.е. результатами их действия) и правовыми целями этих норм¹.

В процессе действия и реализации норм права решаются и находят свое удовлетворение различные экономические, социальные, политические и другие неправовые цели, задачи, интересы и потребности, являющиеся объектами правовой регуляции. Право содействует осуществлению и удовлетворению таких неправовых целей, интересов и потребностей не прямо и непосредственно, а опосредованно — во всеобщей правовой форме. Поэтому право не следует превращать в средство и инструмент экономики, политики, идеологии и т.д. и об эффективности действия права судить по степени достижения соответствующих экономических, политических, идеологических и иных неправовых целей.

¹ См.: Лапаева В.В. Эффективность закона и методы ее изучения // Эффективность закона. М., 1997. С. 28—44.

Эффективность действующего права зависит от множества объективных и субъективных факторов — социальных, экономических, идеологических, юридических и т.д. К числу важных юридических факторов эффективности действия права относятся: правовое качество (правовой характер) действующего законодательства; степень его социальной обусловленности и легитимированности (учет, правовое согласование и компромисс интересов различных социальных слоев, групп и т.д.; учет общественного мнения); уровень правосознания и юридической культуры граждан и должностных лиц; общее состояние законности и правопорядка в обществе, особенно в сфере правоприменительной деятельности.

2. Действие права во времени, в пространстве, по сфере регуляции и по кругу лиц

Действие права — это действие составляющих его разнообразных норм, которые в официальной форме выражены в различных нормативно-правовых и иных правоустановительных актах. Действие этих актов и установленных в них правовых норм имеет свои пределы, определяемые временными и территориальными границами такого действия, а также рамками объектов нормативно-правовой регуляции и кругом адресатов соответствующих норм права.

Эти характеристики пределов действия норм права официально закрепляются в соответствующих нормативно-правовых актах. Но при трактовке данной проблематики следует иметь в виду, что пределы действия самого нормативно-правового акта в целом и содержащихся в нем отдельных норм совпадают далеко не всегда. Так, возможны случаи, когда акт продолжает действовать, но отдельные его нормы изменяются или отменяются. Возможны и такие случаи, когда акт в целом отменен, но отдельные его нормы продолжают действовать в той или иной форме (например путем закрепления этих норм в новых актах, регулирующих те же отношения).

Действие во времени определяется периодом времени от момента вступления нормативно-правового акта (и содержащихся в нем норм) в силу до момента ее утраты.

Время вступления в законную силу разных нормативно-правовых актов определяется различными способами: 1) време-

нем принятия акта, 2) временем, которое указано в самом акте или в специальном акте о введении в действие данного акта, 3) временем официального опубликования акта или 4) по истечении определенного времени после официального опубликования акта.

По общему правилу, если иное не установлено в самих нормативных актах, в Российской Федерации **законы** вступают в силу по истечении десяти дней со дня их официального опубликования; **нормативные акты Президента и Правительства РФ** — по истечении семи дней после их официального опубликования; **нормативные акты министерств и ведомств** внутриведомственного характера — с момента их государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ, а акты общего значения, подлежащие официальной публикации, — по истечении десяти дней после их официального опубликования.

Многие нормативные акты Президента РФ и Правительства РФ предусматривают их вступление в силу с момента принятия или официального опубликования акта. Со дня ее официального опубликования вступила в силу и Конституция РФ.

В специальных актах о введении в действие принятого нормативного акта могут быть предусмотрены различные сроки вступления в силу различных положений (норм) данного акта. Так, в Федеральном Законе о введении в действие Уголовного кодекса РФ, принятого в 1996 г., установлено, что данный Уголовный кодекс вводится в действие с 1 января 1997 г., за исключением его положений о наказаниях в виде обязательных работ и ареста, которые будут введены в действие федеральным законом после вступления в силу Уголовно-исполнительного кодекса РФ по мере создания необходимых условий для исполнения этих видов наказаний, но не позднее 2001 года.

Момент утраты силы нормативного акта определяется: 1) датой истечения срока действия временного акта, если этот срок не продлевается; 2) датой отмены акта; 3) датой вступления в силу нового акта, включающего в себя предмет регуляции прежнего акта.

По общему правилу, нормативные акты (и содержащиеся в них нормы) не имеют ни обратной силы, т.е. не распространяются на отношения, возникшие до момента их вступления в силу, ни последующей силы, т.е. после момента их от-

мены полностью теряют свою силу. Однако допускаются некоторые исключения из этого общего правила, и в ряде случаев в законодательном порядке может быть признана обратная или последующая сила того или иного акта (и соответствующих его норм).

Так, **обратной силой**, как правило, наделяются нормативно-правовые акты, отменяющие или смягчающие уголовную и административную ответственность.

Последующее действие акта (и его отдельных норм) — это так называемое **переживание** акта, т.е. продление действия (“жизни”) отмененного акта на отношения, возникшие до момента его отмены. Подобные исключения, допускаемые обычно гражданским законодательством, продиктованы необходимостью обеспечения стабильности в регуляции соответствующих общественных отношений и уверенности их участников в достижении планируемых целей своих законных действий.

Действие нормативных актов в пространстве определяется той территорией, на которую распространяется действие нормативно-правовых актов данного государства.

В состав этой территории входят суша, включая недра и континентальный шельф (подводная часть материка); внутренние и территориальные воды государства (в пределах 12 морских миль); воздушное пространство над сушей и водной частью территории; а также территории посольств, военных кораблей, всех морских и воздушных судов, находящихся вне территории других государств, космических кораблей и станций, а также других объектов в космосе и открытом море, принадлежащих данному государству.

Порядок и правила **экстерриториального действия** нормативных актов государства на территории его посольств в других государствах определяются международным правом.

Нормативно-правовые акты высших и центральных государственных органов в унитарном и федеративном государстве действуют на всей территории государства, акты территориальных государственных органов — на соответствующих территориях, акты субъектов Федерации — на территории соответствующих субъектов, а акты органов местного самоуправления — на территории соответствующих муниципальных образований. Возможные исключения из этого общего правила устанавливаются в законодательном порядке.

Действие нормативного акта по сфере регуляции определяется объектом правового регулирования, т.е. теми общественными отношениями, на которые распространяется юридическая сила норм данного акта.

Нормы различных актов — с учетом специфики объектов их регуляции и сферы их действия — относятся к определенной отрасли права с присущими ей особенностями предмета и метода правового регулирования. Это означает, что в каждой сфере правовой регуляции действует тот особый правопорядок (те нормы и соответствующие акты), который установлен в процессе исходной правовой регуляции с учетом специфики общественных отношений данной сферы.

По общему правилу, нормы (и соответствующие акты), регулирующие общественные отношения в сфере одного правового института или отрасли, не распространяют свое действие на отношения в регулятивной сфере других правовых институтов и отраслей. Лишь в некоторых случаях (например для восполнения пробелов в правовой регуляции) допускается так называемое **субсидиарное (вспомогательное) действие** тех или иных норм (и актов) вне своей регулятивной сферы.

Действие нормативных актов по кругу лиц определяется составом всех тех субъектов права, которым адресованы требования данного акта (его норм).

По общему правилу, под действие нормативно-правовых актов подпадают все лица (физические и юридические лица, должностные лица, граждане, иностранцы и лица без гражданства), находящиеся в пространстве действия соответствующего акта.

Однако из этого общего правила есть ряд исключений.

Так, субъектами соответствующих прав и обязанностей политического характера (например права избирать и быть избранными в органы государственной власти, права участвовать в управлении делами государства, права членства в политических партиях, обязанности нести военную службу и т.д.) могут быть только граждане данного государства. Иностранцы и лица без гражданства не входят в круг адресатов таких норм. Но они являются субъектами прав и обязанностей во всех других сферах правовой регуляции, и на них распространяется действие соответствующих норм (норм гражданского, уголовного, предпринимательского права и т.д.).

Особую группу составляют иностранцы (главы иностранных государств и правительств, руководящие сотрудники иностранных посольств и консульств, некоторые другие категории иностранных граждан), которые в соответствии с положениями международного права обладают **дипломатическим иммунитетом** и в силу этого не подлежат уголовной и административной ответственности на территории и по законам других государств.

Адресатами некоторых норм (и актов) являются **специальные субъекты**, т.е. не все лица, а лишь определенная категория лиц, характеризующихся особыми признаками (например работники химической промышленности, ветераны труда, жители Крайнего Севера, субъекты налогообложения, должностные лица, лица призывного возраста, годные к военной службе, и т.д.).

3. Реализация норм права

Реализация норм права — это осуществление их требований посредством соответствующих форм поведения субъектов права.

Эти формы поведения субъектов права обусловлены характером самих правовых требований.

По своему характеру **требования права** делятся на два вида: 1) **запреты** субъектам права совершать неправомерные (противоправные) действия и 2) **предписания** субъектам права совершать определенные правомерные действия при осуществлении их прав и обязанностей. В соответствии с этим **двумя основными формами реализации права** являются: 1) соблюдение запретов и 2) и исполнение предписаний.

В поведенческом плане **соблюдение правовых запретов** означает пассивное воздержание от совершения неправомерных действий (недеяние правонарушений) и не связано с совершением каких-либо активных действий, в том числе и правомерных.

Исполнение правовых предписаний, напротив, требует от всех субъектов права соответствующих активных правомерных действий для реализации их прав и обязанностей.

Основной смысл этих предписаний как общих правил правореализации состоит в том, что — в силу двустороннего

(предоставительно-обязывающего) характера права в целом — использование субъектом правореализации своего права всегда должно сочетаться с исполнением им определенных обязанностей: **праву субъекта правореализации всегда соответствует (корреспондирует) его надлежащая обязанность, а правам и обязанностям одних субъектов правореализации — обязанностям и права других субъектов правореализации.**

В сфере правореализации, как и в праве в целом, нет односторонних прав и односторонних обязанностей, нет субъектов лишь с правами и субъектов лишь с обязанностями. Это означает, что сам процесс реализации норм права должен носить правовой характер, а действия и взаимоотношения субъектов правореализации должны осуществляться в нормативно связующей их (и согласующей их права и обязанности) **форме правовых отношений.**

Общим основанием, признаком и критерием правомерности всех видов правореализующих действий и актов всех субъектов права является обусловленность и обоснованность реализации соответствующего, закрепленного в диспозиции правовой нормы, их права или обязанности реальным наличием всех конкретных условий (надлежащих юридических фактов), которые предусмотрены в гипотезе данной нормы. Правореализация без соответствующего правореализационного основания и условия — это правонарушение.

К числу правореализующих действий относятся и **правоприменительные действия** государственных органов и должностных лиц по осуществлению их обязанностей и прав. При всех своих особенностях (официально-властный характер статуса субъекта действия, содержания его компетенции, принимаемых им правоприменительных актов и т.д.) **правоприменительные действия, как и все остальные правореализующие действия других субъектов права, должны осуществляться именно как исполнение соответствующих предписаний права по общим для всех правореализующих субъектов правилам и единой нормативно-регулятивной модели.**

Подчинение правоприменительных действий и в целом всей правоприменительной деятельности этим общеправовым требованиям и единым правилам реализации норм права является **необходимым условием обеспечения правовой законности во всей деятельности государственных органов и долж-**

ностных лиц, существенной юридической гарантией против их произвола.

Осуществление правоприменительных действий в строгом соответствии с предписаниями права и в надлежащей правовой форме является вместе с тем существенным условием реальности и успешной практической реализуемости прав и обязанностей всех других субъектов, надлежащего действия всего права.

4. Применение норм права

Применение норм права — это их реализация в предусмотренных правом случаях и в предписанной им форме правореализующих действий государственного органа (или должностного лица), осуществляемая в пределах его компетенции по разрешению конкретных правовых дел и принятию соответствующих правовых актов.

Все государственные органы и должностные лица в сфере своей компетенции занимаются правоприменительной деятельностью. И в целом все государственные функции (от правоустановления до правоприменения) осуществляются (и должны осуществляться) в виде правоприменительной деятельности государственных органов и должностных лиц, в форме реализации их компетенции. В совокупности таких правоприменительных (правореализующих) действий реально проявляется правовая природа государства. Вместе с тем именно совокупность правоприменительных действий наглядно демонстрирует правовую форму и правовой характер деятельности государства в реальной действительности.

В правоприменительной деятельности реальное состояние действующего права и реальное состояние существующего государства выражены в их неразрывном единстве. Поэтому качество правоприменительной деятельности является самым надежным и достоверным критерием для оценки сложившейся правовой и государственной действительности.

В правоприменительной деятельности действия государственного органа (или должностного лица) по реализации им своей компетенции обусловлены и продиктованы его обязанностями и правами по разрешению конкретного правового дела. Содержанием такого правового дела может быть любой юри-

дически значимый вопрос, разрешение которого, согласно действующему праву, требует участия компетентного государственного органа, его действий и решений.

В одних случаях, когда речь идет о **правонарушениях**, правоприменительная деятельность направлена на пресечение противоправных действий, надлежащее рассмотрение совершенного правонарушения, привлечение правонарушителя к ответственности и принятие компетентным государственным органом соответствующего решения (в виде, например, приказа директора о выговоре, решения суда о возмещении ущерба, приговора по уголовному делу и т.д.).

В других случаях, когда речь идет о **правомерных действиях субъектов права по реализации их прав и обязанностей**, задача и цель правоприменительной деятельности состоят в надлежащем государственно-правовом обеспечении и гарантировании этих правореализующих действий субъектов права путем соответствующих собственных правореализующих (правоприменительных) действий со стороны самого компетентного органа или должностного лица — в виде, например, выдачи требуемого официального разрешения, необходимой справки или удостоверения, осуществления регистрации, судебного удовлетворения правомерного иска и т.д.

В этих случаях правореализующие (правоприменительные) действия государственного органа или должностного лица в ряде важных моментов — там, где действующим правом предусмотрен официальный государственно-правовой контроль за соблюдением субъектами права правил и надлежащего порядка реализации своих прав и обязанностей, — перекрещиваются с правореализующими действиями других субъектов права. Причем такими субъектами, реализующими свои права и обязанности, могут быть как другие государственные органы и должностные лица, так и иные субъекты (физические и юридические лица, общественные организации, органы местного самоуправления и т.д.).

Таким образом, правоприменительная деятельность государственных органов и должностных лиц, представляя собой реализацию ими своей компетенции, с одной стороны, является **формой государственно-правового контроля и юридической оценки** правореализующих действий и правонарушений других субъектов права, а с другой стороны, сама является **объектом**

такого же контроля и оценки со стороны соответствующих компетентных органов и должностных лиц.

Правоприменительная деятельность — это одновременно и применение государственным органом или должностным лицом определенной нормы права для решения конкретного правового дела (вопроса), и вместе с тем реализация данным органом (или лицом) соответствующей своей обязанности (и права), предусмотренной диспозицией применяемой нормы права. При этом необходимо, чтобы данное конкретное дело (вопрос) входило в круг случаев, предусмотренных гипотезой этой же нормы права. В нормативно-регулятивном плане это означает, что государственный орган (или должностное лицо) вправе и обязан реализовать диспозицию уполномочивающей его нормы (т.е. реально использовать те или иные властные правомочия из общего комплекса компетенции данного органа или лица) лишь тогда и постольку, когда и поскольку эта норма применяется к правовому делу (вопросу), предусмотренному гипотезой данной нормы.

В процессе применения норм выделяются **три стадии**: 1) установление фактических обстоятельств дела; 2) юридическая квалификация этих фактических обстоятельств; 3) принятие решения по делу.

Все действия правоприменительного органа и лица на всех стадиях правоприменения — это предписанные применяемыми нормами права юридически значимые действия для определения юридического значения соответствующих фактических обстоятельств дела и принятия по нему юридического решения. Поэтому фактические и юридические аспекты правоприменения и разрешаемого правового дела тесно переплетены и совмещены на всех стадиях применения нормы права. **Юридическое здесь везде должно быть обосновано фактически, а фактическое — установлено в его юридической значимости.**

Основная задача **первой стадии** процесса правоприменения — выявление, исследование и установление фактических обстоятельств дела под углом зрения их соответствия правоприменительным случаям (условиям, основаниям), предусмотренным гипотезой определенной нормы, которую необходимо применить при соответствующих обстоятельствах.

Всестороннее, полное и объективное юридическое выявление (сбор), изучение и установление фактических обстоя-

тельств дела должно осуществляться в соответствии с общими требованиями достижения объективной истины об этих обстоятельствах и вместе с тем в строгом соответствии со специальными целями, задачами, формами и средствами их юридического исследования для достижения в конечном счете не абстрактной, а именно конкретной **юридически значимой объективной истины** о правовых свойствах, характеристиках и значениях исследуемых фактов. Это специфическое юридическое исследование фактических обстоятельств дела должно проводиться в рамках и на основе установленного правопорядка, в предусмотренных процессуальных формах, с помощью надлежащих юридико-доказательственных средств (свидетельские показания, вещественные доказательства, документы, данные экспертизы, личные признания участников дела и т.д.).

Собранные и проанализированные формы должны носить достоверный характер и в своей совокупности — в виде фактического состава дела — полностью соответствовать по своим юридически значимым характеристикам тем условиям, которые предусмотрены гипотезой применяемой нормы.

Юридическая квалификация фактических обстоятельств дела (фактического состава дела, включая конкретные действия всех его участников) на **второй стадии** правоприменительного процесса — это продолжение и завершение их юридических (юридико-квалификационно мотивированных, конкретизированных и ориентированных) исследований, начатых на первой стадии правоприменения. Ведь и на первой стадии собирались и изучались не просто факты как таковые, а именно определенные, юридически значимые факты, т.е. юридически характеризующие, оцениваемые, квалифицируемые факты.

Юридическая квалификация любого факта — это его оценка с точки зрения определенной нормы права, устанавливающая конкретное юридическое значение данного факта (действия лица, отношения, события и т.д.). Поэтому все правоприменение в целом носит юридико-квалификационный характер, и различные моменты и аспекты юридической квалификации фактических обстоятельств дела присущи всем формам и стадиям правоприменительной деятельности.

На первой стадии правоприменения, когда необходимо выявить, собрать и установить всю совокупность юридически значимых фактов, первоочередной интерес представляет юриди-

ческая квалификация фактических обстоятельств с позиций гипотезы определенной правовой нормы, с точки зрения их соответствия условиям и требованиям данной гипотезы. Только на этой основе выявляется собственно правовой характер дела (вопроса), определяются конкретные задачи и формы дальнейшей правоприменительной деятельности, реализуются права и обязанности участников правоприменительного процесса.

Исходная юридическая квалификация первичных фактов по делу в дальнейшем или подтверждается, или изменяется с учетом вновь установленных фактов и всей их совокупности в целом. Так что производство по делу, возбужденное по признакам одной нормы, в последующем может быть переквалифицировано на другую норму. Окончательная юридическая квалификация всего фактического состава дела на основе определенной нормы права осуществляется на второй стадии процесса правоприменения.

Для установления искомой юридической квалификации необходимо, с одной стороны, в окончательном виде проверить и определить правомерность и адекватность юридической оценки всего фактического состава дела (и прежде всего юридически значимых действий его участников) на основе и с позиций именно данной выбранной нормы права, а с другой стороны, еще раз проанализировать саму эту выбранную для юридической квалификации норму права. В ходе такого анализа нормы права необходимо выявить и уяснить действительный юридико-регулятивный смысл данной нормы применительно к конкретным обстоятельствам рассматриваемого дела (т.е. осуществить соответствующее казуальное толкование содержания этой нормы), проверить подлинность текста применяемой нормы (его соответствие тексту официальной публикации оригинала на момент правоприменения) и распространение ее действия (во времени, пространстве, по объекту регуляции и кругу лиц) на обстоятельства данного дела.

Окончательная юридическая квалификация установленного фактического состава рассматриваемого правового дела (вопроса) позволяет перейти к завершающей **третьей стадии правоприменительного процесса** — к принятию решения по данному делу.

В ряде случаев при наличии пробелов в праве юридическая квалификация соответствующих отношений (фактических

обстоятельств дела) и решение дела в целом осуществляются посредством надлежащего использования аналогии закона или аналогии права.

Решение по делу представляет собой **акт применения права**, определяющий конкретные права и обязанности субъектов рассмотренного отношения.

Правоприменительный акт носит индивидуальный (персонально определенный) характер, обязателен для исполнения, при необходимости — посредством мер государственного принуждения.

Правоприменительный акт может быть выражен в письменной форме (в виде самостоятельного письменного документа или письменной резолюции на другом документе), устно (наложение штрафа на месте), посредством официальных знаков (жесты регулировщика и т.д.).

Классификация правоприменительных актов по различным группам может быть осуществлена по разным основаниям — по субъектам, принявшим соответствующие акты, по их регулятивно-правовому характеру и т.д.

Правоприменительные акты различных государственных органов и должностных лиц имеют официальные (законодательно определенные) типовые наименования, например: распоряжение Президента РФ или Правительства РФ; приказ министра или руководителя предприятия, учреждения; постановление следователя или прокурора по вопросам предварительного следствия; письменное указание прокурора органам дознания и предварительного следствия в связи с возбуждением и расследованием ими уголовных дел; определение суда по вопросам судебного разбирательства дела; решение суда по гражданским делам; приговор суда по уголовным делам и т.д.

5. Пробелы в праве. Аналогия закона и аналогия права

В процессе правоприменения может оказаться, что в **действующем позитивном праве отсутствует конкретная правовая норма**, прямо регулирующая обстоятельства рассматриваемого дела. Такая ситуация может означать: 1) либо **сознательное нежелание законодателя** (и в целом всех субъектов правоустановительной деятельности) регулировать

эти обстоятельства; 2) либо **наличие пробела в действующем позитивном праве**.

В первом случае (при отказе законодателя от правовой регуляции данных обстоятельств) соответствующие фактические обстоятельства не имеют юридического значения. По таким обстоятельствам не следует возбуждать юридическое (правоприменительное) дело, а по уже возбужденному делу необходимо вынести соответствующее решение с учетом выявленной их юридической незначимости (“юридической ничтожности”).

Под **пробелом в праве** имеется в виду отсутствие такой нормы права, которая по смыслу действующего права и характеру регулируемых им общественных отношений необходима для регулирования данных конкретных фактических обстоятельств (фактических отношений), находящихся в сфере сложившейся правовой регуляции.

Пробелы в праве могут быть либо следствием неизбежного отставания законодательства от более динамично развивающихся общественных отношений, либо результатом ошибок и упущений самого законодателя, низкого уровня его законотворческой культуры и т.д.

Выявленные пробелы в праве могут быть восполнены лишь самим законодателем, соответствующим компетентным правоустановительным органом.

Но правоприменительный орган или должностное лицо не вправе ввиду пробела в праве отказаться от рассмотрения и решения соответствующего правового дела (вопроса). Такой отказ означал бы “отказ в правосудии”, что противоречит общему смыслу права как реально действующего регулятора.

В процессе правоприменения для преодоления пробелов в действующем праве используются такие специальные **правоприменительные приемы**, как аналогия закона и аналогия права.

Аналогия закона — это применение к неурегулированному отношению нормы закона (действующего позитивного права), регулирующей сходные (аналогичные) отношения.

Применение аналогии закона в сфере гражданских и предпринимательских отношений, защиты неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ предусмотрено действующим ГК (п. 1 ст. 6) и ГПК (ст. 10). Согласно ГК РФ (п. 1 ст. 6), если такие отношения “прямо не урегулированы зако-

нодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона)”.

При использовании аналогии закона в процессе правоприменительной деятельности для юридической квалификации соответствующих отношений и решения дела в целом нужна норма, регулирующая сходные (аналогичные) отношения, следует искать прежде всего в той отрасли законодательства, к сфере регуляции которой относится рассматриваемое отношение (обстоятельства дела), а при ненахождении ее в данной отрасли — продолжать поиск ее в близких отраслях законодательства и в законодательстве в целом (во все действующем позитивном праве).

При отсутствии искомой нормы законодательства, регулирующей сходные отношения, т.е. невозможности использования аналогии закона, используется аналогия права.

Аналогия права — это применение к неурегулированному законодательством (действующим позитивным правом) отношению общих начал и смысла права.

При этом под общими началами и смыслом права имеются в виду общеправовые и отраслевые **принципы права и правовой регуляции**. Эти принципы права (общие начала и смысл права) разрабатываются и обосновываются в юридической теории, в доктрине позитивного права. Ряд доктринальных положений об общих началах, смысле и принципах права получил закрепление в самом законодательстве (в соответствующих общих частях и разделах нормативно-правовых актов). Допущение аналогии права по существу означает признание юридической доктрины источником действующего права (в сфере использования аналогии права).

Таким основополагающим и всеобщим принципом права и правовой регуляции, согласно либертарно-юридической теории правопонимания и доктрине позитивного права, является **принцип формального равенства**, конкретизацией которого являются все остальные нормативно-правовые формы и средства правового регулирования общественных отношений.

Использование аналогии права в сфере действия гражданского законодательства нашло свое закрепление в действующем

щем ГК РФ (п. 2 ст. 6), который предусматривает, что “при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости”.

Использование аналогии закона и аналогии права в правоприменительном процессе имеет одно принципиально важное исключение: **анalogию закона и аналогию права нельзя использовать в сфере отношений уголовно-правового наказания и административных взысканий**.

Для правоприменителя отсутствие нормы законодательства, характеризующей рассматриваемые обстоятельства в качестве уголовного преступления или административного проступка, означает, согласно одному из фундаментальных требований и вместе с тем гуманистических презумпций права (“Нет преступления, нет наказания, если это не установлено в законе”), не пробел в позитивном праве, а отказ законодателя от правовой регуляции этих обстоятельств, их юридическую незначимость, “юридическую ничтожность”.

Сам законодатель, обнаружив такое отсутствие нормы, может рассматривать его либо как правомерный отказ от регуляции соответствующих обстоятельств и все оставить по-прежнему, либо расценить отсутствие такой нормы как пробел и восполнить его принятием соответствующей нормы. Но правоприменитель в этом случае обязан руководствоваться лишь уже принятыми нормами и не вправе использовать аналогию закона или аналогию права.

Глава 8. Толкование норм права

1. Понятие толкования норм права. Объект, метод и предмет толкования

Толкование нормы права — это уяснение и разъяснение ее подлинного содержания, подлежащего реализации в данных конкретных условиях ее действия.

Под реализацией имеются в виду все ее виды, включая и применение норм права.

Как специальная юридическая категория толкование права имеет свой особый смысл и выполняет особую роль в системе

категорий, выражающих и характеризующих особенности процесса действия права.

В абстрактно-общем виде регулятивно-правовое содержание нормы права в ее статике выражено в самом тексте соответствующего источника позитивного права. Динамика права, процесс его реализации, включая и правоприменение, носит по необходимости конкретизированный характер: **абстрактно-общее** содержание статичной нормы права в процессе ее реализации (и применения) **конкретизируется** применительно к соответствующей конкретной ситуации с конкретными обстоятельствами и взаимоотношениями персонально-конкретных лиц по конкретному основанию, в конкретном месте и конкретном времени.

Толкование права и заключается в надлежащем уяснении и разъяснении регулятивно-правового смысла этой конкретизации абстрактно-общего содержания статичной нормы права в динамичном процессе ее реализации.

При этом под **уяснением** имеется в виду сама юридико-познавательная процедура выявления, осмысления и обоснования искомого содержания толкуемой нормы. Любое толкование включает в себя такую процедуру уяснения толкователем нормы (прежде всего для себя самого) ее подлинного содержания.

Под **разъяснением** имеются в виду различные специальные формы внешнего публичного выражения для общего использования результатов соответствующего (официального или неофициального) уяснения содержания толкуемой нормы.

Ввиду таких различий между уяснением и разъяснением **толкование-уяснение** не следует смешивать с **толкованием-разъяснением**.

Для надлежащего толкования нормы права (толкования-уяснения) необходимо определить его объект, метод и предмет.

Объектом толкования нормы права является соответствующий данному регулятивному случаю (данной конкретной ситуации) текст того нормативно-правового (правоустановительного) акта, в котором выражена толкуемая норма.

Метод толкования нормы права — это согласованная юридико-логическая интерпретация текста источника нормы и данной конкретной ситуации (случая) в их взаимной соотносительности, сориентированности и единстве, направленная на выявление и определение в тексте источника соответствующих структурных элементов и общей конструкции искомой нормы

в их актуальной регулятивно-правовой значимости для данной конкретной ситуации (случая).

Предмет толкования нормы права — это искомое актуальное регулятивно-правовое значение нормы права, которое подлежит реализации в данной конкретной ситуации (случае).

Соотношение и связь между объектом, методом и предметом толкования нормы права в юридико-познавательном плане состоят в следующем: юридико-логическая интерпретация (**метод**) соответствующего данной конкретной ситуации (данному регулятивному случаю) текста нормативного источника (**объект**) выявляет, формулирует, обосновывает и определяет искомое актуальное регулятивно-правовое значение нормы права, подлежащей реализации в данной конкретной ситуации (**предмет**).

Осмысление объекта толкования с помощью метода толкования дает предмет толкования: **предмет** — это **методически осмысленный объект**.

В таком осмыслении и состоит познавательное содержание (смысл) **уяснения** подлинного содержания толкуемой нормы, т.е. ее актуального регулятивно-правового значения для данного регулятивного случая (конкретной ситуации). Это ситуативно-конкретизированное, **актуальное регулятивно-правовое значение реализуемой нормы**, выявленное и обоснованное в ходе ее толкования-уяснения, и есть то искомое при толковании **подлинное содержание нормы права**, которое должно быть реализовано в данной конкретной ситуации (случае).

Подлинное (истинное, настоящее, действительное) содержание толкуемой нормы в данной конкретной ситуации (случае) ее реализации — это актуальное (действенно-регулятивное и конкретное) выражение ее регулятивного потенциала в данное время, в данном месте, в данной конкретной регулятивной ситуации (случае).

Право действует и реализуется не абстрактно, а конкретно, не потенциально, а актуально, не изолированно от объекта своего воздействия, а непосредственно выражая именно на этом объекте подлинность и реальность своего адекватного регулятивного воздействия. Общерегулятивный потенциал права (и отдельной правовой нормы) в разных конкретных регулятивных ситуациях актуализируется соответственно специфике этих ситуаций и проявляется в различных актуально-регуля-

тивных значениях. Если бы дело обстояло не так и текст акта однозначно и одинаково действовал бы везде и повсюду, как магическое слово, тогда и толкование права как таковое было бы излишне.

2. Способы (приемы) толкования норм права

В процессе уяснения содержания нормы права используется ряд способов (приемов) толкования права. К таким способам (приемам) относятся: юридико-источниковедческое, грамматическое, логическое, системное (систематическое), историческое (историко-политическое), юридико-терминологическое (специально-юридическое), функциональное, телеологическое (целевое) толкование.

Все эти различные способы (приемы) толкования, независимо от наличия или отсутствия слова “юридический” в их названии, значимы и используются в юриспруденции именно как **юридико-познавательные способы (приемы) уяснения** правового содержания нормы. Именно в этой своей юридико-познавательной значимости все названные и возможные другие способы (приемы) являются адекватными средствами для осуществления требований общего метода толкования нормы права, содержательной юридико-логической интерпретации текста нормативного источника в его соотносительности с регулятивной ситуацией, надлежащего уяснения подлинного регулятивно-правового содержания толкуемой нормы.

Юридико-источниковедческое толкование — это приемы определения, выявления и изучения оригинала текста официальной публикации нормативного источника, в сфере регулятивного воздействия которого находится данная регулятивная ситуация (случай). В результате такого толкования должна быть установлена идентичность толкуемого текста нормативного акта тексту оригинала в ее последней официальной редакции (публикации).

Грамматическое толкование — это способ учета и использования особенностей грамматических (морфологических) форм и средств составления текста нормативного источника, его языковых, стилистических и структурных характеристик в процессе нормативно-правовой интерпретации положений текста, выявления и определения тех частей (фрагментов) тек-

ста, в которых выражено правовое содержание отдельных элементов нормы и нормы в целом. Такое юридико-грамматическое осмысление особенностей текста важно и в том плане, что язык правового текста — это одновременно и тот официальный правовой язык, на котором осуществляется соответствующее нормативно-правовое осмысление также и регулятивной ситуации в ее соотносительности с толкуемой нормой.

Логическое толкование — это способы и формы использования законов и правил формальной логики в процессе юридико-логической интерпретации текста (частей текста) акта в качестве логически взаимосвязанных структурных элементов единой, внутренне согласованной и непротиворечивой регулятивной системы — толкуемой нормы права. Требования формальной логики соблюдаются также и при юридико-логическом осмыслении регулятивной ситуации, в процессе выявления и определения искомого соответствия между абстрактной нормой и данным конкретным случаем.

В целом юридическая логика включает в себя все требования формальной логики в их юридически конкретизированном значении и выражении.

Системное (систематическое) толкование — это приемы юридико-логического осмысления толкуемой нормы права как системы элементов, определения ее места и роли в праве как системе норм, выявления регулятивного смысла системных связей как между структурными элементами в самой норме, так и между данной нормой и другими нормами, регулирующими однородные отношения, к которым относится и регулятивный случай.

Историческое (историко-политическое) толкование — это приемы выявления конкретно-исторической обусловленности толкуемой нормы, уяснения роли социальных, политических и иных факторов, оказавших влияние на ее содержание, осуществления сравнительно-правового анализа воли законодателя времени принятия данной нормы (так называемой “исторической воли законодателя”) и воли законодателя времени ее реализации в данной конкретной регулятивной ситуации.

Юридико-терминологическое (специально-юридическое) толкование — это приемы осмысления и учета регулятивно-правового значения специальных юридических понятий, терминов, категорий, определений, конструкций и иных юридико-технических средств, использованных в тексте толкуемого

нормативного акта. Юридико-терминологическое толкование является важным составным моментом юридико-логической интерпретации как содержания самой нормы, так и способа и характера ее регулятивного воздействия на данную конкретную ситуацию.

Под **функциональным толкованием** в литературе имеется в виду необходимость учета в процессе уяснения смысла нормы конкретных условий, особенностей времени и места, при которых реализуется данная норма права. Речь по существу идет об учете одного из аспектов уже рассмотренного выше процесса конкретизации регулятивно-правового содержания нормы права при ее реализации в данной конкретной ситуации (случае). С такой конкретизацией связано и осмысление подлинного содержания толкуемой нормы как ситуативно-конкретизированного, актуального регулятивно-правового значения реализуемой нормы. Ведь именно регулятивно-значимые особенности конкретной ситуации определяют актуальное регулятивно-правовое значение реализуемой нормы.

Под **телеологическим (целевым) толкованием** в литературе имеется в виду уяснение целей его издания. В ряде случаев сам законодатель указывает в тексте акта (в его преамбуле или в общей части) цели (или задачи) его издания. В других случаях цель издания акта выявляется путем соответствующего осмысления его общих положений, изучения материалов о подготовке и принятии акта, использования выводов исторического толкования данного акта и т.д.

Учет цели издания нормативного акта является в некоторых случаях весьма важным аспектом уяснения подлинного содержания толкуемой нормы.

Было бы, однако, неверно сводить задачу телеологического толкования права к уяснению лишь цели издания нормативного акта, поскольку цель самой нормы права (и права в целом) и цель издания нормосодержащего акта — это в принципе разные категории и явления, хотя в ряде моментов они могут совпадать или пересекаться.

Цель издания акта относится к сфере законодательной политики, к реализации ее задач, установок, программ и планов, обусловленных и продиктованных конкретной социально-исторической обстановкой, соотношением различных социально-политических сил, актуальными для времени принятия акта задачами общественной и политической жизни и т.д.

Хотя правовая норма и появляется в результате действия всех этих и ряда других внеправовых факторов, однако **цель нормы права — собственно правовая и относится она к сфере правовых ценностей**¹.

В плане соотношения цели издания акта и цели нормы права можно сказать, что цель издания акта — это практическое (т.е. конкретно-исторически обусловленное и потому ограниченное реалиями времени издания акта) проявление ценностного смысла правовой цели нормы права (норм права). Законодательство (от его примитивных форм до развитого правового закона) является важным и эффективным средством официально-властного признания и практического осуществления (в рамках реально-исторических условий и возможностей) ценностей права. И повышение ценностно-правового уровня и качества законодательства является определяющим ориентиром его совершенствования.

Цель любого явления, включая и право, заключается в прогрессивном развертывании и развитии начал (сущности, принципа) этого явления в направлении к полной реализации этих начал и достижению совершенного состояния. В этом смысле Аристотель, уделявший много внимания телеологической трактовке права и государства, рассматривал полис (с господством общего закона и свободными и равными гражданами) как реализацию обусловленной политической природой человека цели совершенного политического устройства жизни людей.

Согласно естественноправовому подходу, присущему и действующей Конституции РФ, цель права — это прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека как высшая ценность.

Цель права (и нормы права), согласно либертарно-юридической теории, — это прогресс свободы, равенства и справедливости в жизни людей, т.е. утверждение и прогрессивное развитие ценностных свойств и начал самого права, выраженных в правовом принципе формального равенства.

Учет этой собственно правовой цели (и правовой ценности) толкуемой нормы права — в ее соотношении с целью издания акта и юридико-ценностными свойствами действующего законодательства времени реализации нормы права — определяет специфику телеологического толкования.

¹ См. гл. 2 раздела II.

По своей сути телеологическое толкование — это ценностно-целевое толкование, целенаправленное на реализацию нормы права как юридико-ценностного регулятора, сочетающего в себе регулятивную силу и правовые ценности. В соответствии с этим оно ориентировано на уяснение ценностно-правового содержания толкуемой нормы в общем контексте прогресса права и развития ценностно-правовых свойств и характеристик действующего права.

Осмысление и определение этого ценностно-правового содержания нормы права как ее искомого подлинного содержания является существенным аспектом всего процесса толкования.

В ходе толкования нормы права у интерпретатора возникают различные предварительные версии о содержании толкуемой нормы. Разные интерпретаторы выдвигают свои варианты толкования нормы.

В ситуации такой конкуренции разных версий и вариантов толкования существенное значение имеет их оценка по телеологическому критерию, т.е. с точки зрения того, как в них учтены и реализованы требования ценностно-правового осмысления содержания толкуемой нормы.

В обобщенном виде смысл и значение этого телеологического критерия можно сформулировать следующим образом: из всех вариантов толкования нормы права, допускаемых ее текстуальным содержанием и соответствующих достигнутому уровню правового развития, самым адекватным, обоснованным, правильным и перспективным является наиболее прогрессивное в юридико-телеологическом смысле толкование нормы права, т.е. тот вариант толкования, в котором содержание нормы уяснено и выражено с максимально высокими для времени ее реализации ценностно-правовых позиций.

Историко-правовая практика со времен римского права до современности подтверждает такой подход и свидетельствует о том, что именно прогрессивные в ценностно-правовом (т.е. в собственно правовом) смысле толкования положений права — особенно со стороны авторитетных юристов и соответствующих высших судов — адекватно отражали как существо действующего права, так и потребности его развития и обновления. Такие толкования права являются: 1) эффективным средством сочетания надлежащей стабильности установленного права с его гибким и оперативным приспособлением ко все новым потребностям,

проблемам и запросам общественного развития; 2) экономной и адекватной юридической формой своевременного разрешения назревших в обществе и государстве конфликтов и противоречий; 3) надежным, практически апробированным источником формирования и утверждения в праве и жизни новых юридических идей, принципов и ценностей, новых, более развитых форм и норм свободы, равенства и справедливости.

3. Виды толкования-уяснения норм права

Выявляемый в процессе нормативной интерпретации текста акта нормативный смысл правовых положений, содержащихся в тексте, может по своему объему как совпадать, так и не совпадать с буквальным (словесным) выражением этих правовых положений текста. Уяснение этого аспекта искомого подлинного нормативного содержания толкуемой нормы принято называть толкованием по объему. По объему толкования различаются три вида толкования текста акта: буквальное, расширительное и ограничительное. Обычно в литературе буквальное толкование называется также адекватным толкованием. Такое отождествление буквальности и адекватности представляется неверным, поскольку требованию качественного критерия “адекватность” должны соответствовать все виды и способы толкования права.

Буквальное толкование имеет место в тех наиболее распространенных случаях, когда нормативный смысл правового положения текста полностью совпадает с его словесно-текстуальным выражением. К таким случаям относится, например, положение п. 2 ст. 41 Семейного кодекса РФ: “Брачный договор заключается в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению”.

Однако нередко нормативный смысл правового положения текста оказывается шире или уже его текстуально-словесного выражения. В этих случаях требуется расширительное (распространительное) или ограничительное толкование с целью адекватно (верно и точно) выразить подлинный нормативный смысл соответствующих правовых положений текста акта.

Расширительное толкование необходимо там, где подлинный нормативный смысл правового положения текста шире его словесного выражения. Так, ч. 2 ст. 55 Конституции РФ содер-

жит следующее правоположение: “В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина”. Подлинный нормативный смысл этого правоположения шире его словесного выражения, поскольку содержащийся в правоположении запрет распространяется не только на законы, но и на подзаконные акты.

Ограничительное толкование требуется там, где подлинный нормативный смысл правоположения текста уже его словесного выражения. Например, в ч. 1 ст. 30 Конституции РФ сформулировано следующее правоположение: “Каждый имеет право на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов”. Здесь ясно, что подлинный нормативный смысл этого правоположения уже его словесного выражения, поскольку закрепленное в нем право на объединение не распространяется, в частности, на детей.

4. Виды толкования-разъяснения норм права

Юридическое значение **толкования-разъяснения** зависит от статуса субъекта толкования. По этому основанию выделяется два вида толкования-разъяснения: официальное и неофициальное.

Официальное толкование — это толкование, которое осуществляется уполномоченным на это государственным органом. Акты официального толкования обязательны для соответствующих субъектов правоприменения.

По сфере такой обязательности положений официально-го толкования оно делится на нормативное и каузальное.

Положения **нормативного толкования** распространяются на неопределенный круг лиц и отношений, охватываемых толкуемой нормой. Но официально-обязательное для соответствующих субъектов правоприменения положение (**правило, “норму”**) толкования нельзя смешивать ни с толкуемой нормой права, ни с нормой права вообще. **Правотолковательное положение** — это всегда лишь правило надлежащего понимания уже наличной толкуемой нормы права, а не новая норма права.

Положения **каузального толкования** распространяются лишь на данный конкретный случай (казус).

По источнику (правовому основанию) такой обязательности обычно выделяют два вида официального толкования —

легальное и аутентичное. Однако, как мы увидим ниже, так называемое **аутентичное толкование** — ввиду отсутствия у него необходимого источника (правового основания) обязательности его положений — **вообще неправомерно и ошибочно относить к официальному толкованию.**

Легальное толкование — это толкование, которое осуществляет специально на это уполномоченный **законом** государственный орган. Так, согласно ч. 5 ст. 125 Конституции РФ, Конституционный Суд РФ по запросам Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, органов законодательной власти субъектов РФ **дает толкование Конституции РФ.** Такое толкование обладает общеобязательной юридической силой.

В литературе к легальному толкованию (в качестве его разновидности) относят и те **разъяснения по вопросам судебной практики**, которые, согласно Конституции РФ (ст. 126, 127), дают Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ. Подобная трактовка представляется необоснованной, поскольку сама Конституция РФ не уполномочивает эти судебные органы, в отличие от Конституционного Суда РФ, толковать какие-либо нормативно-правовые акты, но предусматривает лишь, что они дают разъяснения по вопросам судебной практики.

Эти разъяснения названных высших судебных органов по сути своей являются **разновидностью неофициального толкования и носят рекомендательный характер.** Наделение их официально-обязательной юридической силой фактически означало бы как признание за соответствующими судебными органами законодательных полномочий, что противоречит принципу разделения властей, так и одновременно отрицание конституционного принципа независимости судей и подчинения их только Конституции РФ и федеральному закону.

Под аутентичным толкованием в литературе имеется в виду официальное, обладающее обязательной силой толкование всеми правоустановительными (правотворческими) государственными органами (представительными и исполнительными) изданных ими нормативно-правовых актов, осуществляемое по собственному усмотрению соответствующих органов в пределах их компетенции.

Эта позиция, включая одобрение соответствующей практики, является господствующей в нашей литературе.

Между тем очевидно, что подобная позиция (и породившая ее практика) противоречит не только основным началам права и правовой государственности, но и действующему законодательству, которое не наделяет правотворческие органы правом осуществлять официально-общеобязательное толкование каких-либо нормативных актов (своих или чужих). Аутентичное толкование как продукт и выражение неправовой практики государственных органов носит произвольный, самочинный характер и является — в отличие от легального толкования — толкованием нелегальным и неправовым. Это как раз один из тех важных случаев, когда то, что прямо не разрешено законом государственному органу или должностному лицу, то ему запрещено; что не легально, то нелегально и антилегально. Но, видимо, в наших условиях всего этого недостаточно и необходим прямой законодательный запрет на занятие государственными органами подобной деятельностью.

Издание обязательного нормативного акта и осуществление официально-обязательного толкования вообще (своего акта или любого другого) — это две совершенно различные функции, и в условиях разделения властей один орган не должен обладать одновременно этими двумя функциями и двумя соответствующими правомочиями.

Обязательное толкование права является по своей сути судебной функцией, и оно должно осуществляться специальной судебной инстанцией (как правило, Конституционным или Верховным судом). Поэтому только легальное судебное толкование является правомерным официально-обязательным толкованием; признание же других видов официально-обязательного толкования, в том числе и аутентичного, противоречит элементарным требованиям права и правовой государственности.

Если правотворческий орган считает, что изданный им акт страдает такими недостатками, которые не могут быть преодолены в процессе его реализации и применения (с помощью обычных процедур толкования данного акта субъектами реализации права), то он должен в установленных законом форме и порядке внести в него необходимые поправки и уточнения. Использование же вместо этого безграничных возможностей аутентичного толкования открывает (особенно для различных министерств, ведомств и иных структур исполнительной власти) широкий простор для обхода закона и

для бесконтрольного произвола в сфере правотворческой и правоприменительной деятельности. Аутентичное толкование ведет к отрицанию правопорядка и законности в стране, к разрушению иерархии источников действующего права, к девальвации роли закона и бюрократизации нормативной системы, к откровенной и повсеместной подмене общих требований закона всевозможными ведомственными псевдотолкованиями и конъюнктурными разъяснениями о том, что в стране на самом деле является правом с точки зрения соответствующего органа или чиновника, его инструктивных и директивных приказов и писем.

К неофициальным толкованиям относятся все толкования, не наделенные законом обязательной юридической силой.

Неофициальное толкование подразделяется на обыденное, профессиональное и доктринальное.

Обыденное толкование — это толкование соответствующей нормы права любым субъектом на основе его правопонимания и правосознания.

Профессиональное толкование — это толкование нормы субъектами права, профессионально (по службе) занимающимися соответствующими юридическими вопросами. К этим субъектам относятся как отдельные юристы-практики (судьи, прокуроры, следователи, адвокаты, юрисконсульты и т.д.), так и государственные органы (в сфере их профессиональной юридической деятельности). К разновидностям такого профессионального толкования по своему правовому смыслу и значению относятся как разъяснения высших судебных органов, так и соответствующие разъяснения-толкования всех остальных государственных органов (все так называемое аутентичное толкование).

Доктринальное толкование — это научно-юридическое толкование норм права, осуществляемое учеными-юристами. Результаты такого толкования (научная характеристика норм действующего законодательства, научно-практические комментарии, экспертные заключения и т.д.) публикуются в соответствующих монографиях, брошюрах, статьях и специальных сборниках.

Юридическая доктрина имеет для процесса толкования, разумеется, и более фундаментальное значение, поскольку именно юридико-доктринальное учение о смысле, правилах и

роли толкования лежит в основе всех форм и видов толкования права.

Практическое значение неофициальных форм толкования (профессионального и доктринального) определяется авторитетом субъектов такого толкования, компетентностью и высоким уровнем прогностической достоверности соответствующих толкований.

Глава 9. Правовое отношение

1. Понятие правоотношения. Объект и предмет правоотношения

Процесс действия права выражается, как мы видели, в различных, определенных правом формах правореализующего (в том числе и правоприменительного) поведения субъектов права, действия и взаимоотношения которых согласованы в виде нормативно-правовой корреспонденции их взаимных прав и обязанностей. Трактовка всего этого процесса действия права (правомерных действий по его реализации) в целом как отношения субъектов права и представлена в отдельной юридико-доктринальной категории “правовое отношение”.

Правовое отношение — это требуемая реализуемой нормой права форма взаимоотношений субъектов права в процессе приобретения и использования ими конкретно-определенного субъективного права либо создания или исполнения конкретно-определенной юридической обязанности.

Объект правоотношения — это абстрактное содержание реализуемой нормы действующего объективного права, т.е. соответствующие абстрактные положения ее гипотезы, диспозиции и санкции.

Предмет правоотношения — это те конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности, для приобретения, осуществления и исполнения которых конкретные субъекты права при наличии необходимых правовых условий вступают в конкретные правоотношения и в соответствии с требованиями реализуемой нормы права совершают надлежащие правомерные действия.

Понятие предмета правоотношения выражает правовой смысл, предназначение и цель правоотношения — конкретизацию абстрактного содержания реализуемой нормы права. **Предмет правоотношения** — это реализованное, индивидуально-конкретизированное выражение объекта правоотношения.

Объект правоотношения представляет собой абстрактно-правовые положения абстрактной нормы права. Представленные в объекте правоотношения абстрактные права и абстрактные обязанности являются лишь составными моментами диспозиции реализуемой нормы и выражают лишь абстрактные правовые возможности абстрактных субъектов права.

Подобные абстрактные права и абстрактные обязанности диспозиции нормы (т.е. соответствующие абстрактно-юридические характеристики правоспособности) не следует, конечно, смешивать с конкретно-определенным субъективным правом и конкретно-определенной юридической обязанностью конкретного, индивидуально-определенного субъекта права. Между ними существует громадная разница: одно дело — когда абстрактное лицо имеет абстрактное право приобрести абстрактный дом, абстрактную обязанность нести абстрактную военную службу либо абстрактную служебную обязанность в пределах своей компетенции возбудить уголовное дело в каждом случае обнаружения признаков преступления (абстрактное право-обязанность любого прокурора), совсем другое дело — когда индивидуально-определенное лицо реально имеет уже приобретенное им правомерным путем в результате конкретного правоотношения конкретное субъективное право собственности на конкретно-определенный дом, конкретную юридическую обязанность нести конкретно-определенную военную службу либо конкретное субъективное правомочие (субъективное право-обязанность) возбудить конкретное уголовное дело против конкретного индивида в конкретном случае обнаружения конкретных признаков преступления.

Объективное право (право в объективном смысле) — это абстрактно-всеобщие нормы позитивного права, предусматривающие для фактически различных субъектов права **формально равные юридические условия и возможности** для реализации в конкретных правоотношениях их правомерных целей и интересов — приобретения и осуществления ими **своих конкретных, индивидуально-определенных субъективных прав**,

создания и исполнения ими своих конкретных, индивидуально-определенных юридических обязанностей.

Эти приобретаемые в результате конкретных правоотношений разными конкретными субъектами различные индивидуальные, только им принадлежащие конкретно-определенные субъективные права и субъективные юридические обязанности не следует смешивать с абстрактными правами и обязанностями абстрактного субъекта, т.е. с абстрактно-общими правовыми свойствами и характеристиками (абстрактной правосубъектностью, правоспособностью, дееспособностью, деликтоспособностью) абстрактного субъекта объективного права и абстрактного субъекта абстрактного правоотношения.

О смешении этих разных юридических явлений и категорий свидетельствует распространенная в юридической литературе трактовка содержащихся в нормах объективного права общих положений об абстрактных правах и обязанностях абстрактного субъекта права (и соответствующих абстрактных правовых свойств абстрактных субъектов абстрактного правоотношения) как субъективных прав и субъективных юридических обязанностей.

Аналогичная путаница присутствует и в утверждениях, будто правоотношение состоит из субъективных прав и юридических обязанностей.

Чтобы избежать такой терминологической путаницы и смешения абстрактно-правовой возможности абстрактного субъекта с уже приобретенным конкретным правом конкретного субъекта, необходимо по крайней мере соответствующие абстрактные права и обязанности обозначать как **абстрактные субъективные права и обязанности** — в их отличии от уже действительно приобретенных конкретными субъектами и принадлежащих только им различных **конкретных субъективных прав и конкретных юридических обязанностей**.

2. Юридические факты

Для возникновения, изменения или прекращения конкретных правоотношений необходимы наличные конкретные правовые основания, в абстрактно-общем виде установленные в гипотезе реализуемой нормы права. Такие правовые основания, определяющие условия реализации абстрактной нормы права, называются юридическими фактами.

Юридические факты — это факты (фактические обстоятельства), имеющие, согласно закону, юридическое значение в качестве правового основания (условия), необходимого для реализации нормы права.

Юридические факты делятся на события и деяния.

Деяния (действия и бездействие) — это осознанно-волевые акты поведения людей.

По своему правовому характеру деяния делятся на **правомерные и неправомерные** (правонарушающие). Неправомерный (правонарушающий) характер, согласно закону, носят и некоторые виды бездействия соответствующих субъектов права в условиях, когда они должны были совершить определенные активные правомерные действия (например не оказание врачом помощи больному, пассивное поведение работника милиции в ситуации совершения преступления и т.д.).

По форме своего осуществления и выражения деяния делятся на юридические акты и юридические поступки.

Под **юридическими актами** имеются в виду различные юридически определенные формы действия субъектов права (например заключение договора, вступление в брак, подача искового заявления в суд, принятие судом решения по делу и т.д.), направленные на достижение определенных правовых последствий и результатов.

Юридические поступки — это различные фактические деяния субъектов права (например спасение утопающего, выход на работу в нетрезвом состоянии и т.д.), которые независимо от воли совершающих их субъектов влекут правовые последствия в силу их юридической значимости.

Как правило, согласно гипотезе нормы, реализуемой в правоотношении, требуется наличие не одного, а нескольких юридически значимых фактов, которые в своей совокупности образуют **фактический состав, точнее говоря, — юридико-фактический состав** данной конкретной правореализуемой ситуации (правового случая, дела).

Надлежащее, требуемое процессуальным правом, доказательство наличия или отсутствия соответствующих юридических фактов (всего юридико-фактического состава) образует **юридико-процессуальную сторону** (и составную часть) любого конкретного правоотношения. При этом наличие некоторых юридических фактов **презюмируется** (например презумпция знания действующего закона, презумпция невиновности, пре-

зумпция гражданско-правовой дееспособности взрослого физического лица, презумпция объективности субъекта правоприменения и т.д.), пока не будет в установленном порядке доказано обратное.

3. Содержание правоотношения

Содержание правоотношения — это конкретизированная форма выражения абстрактного юридического содержания реализуемой нормы объективного права. Содержание конкретного правоотношения представляет собой результат: 1) конкретизации абстрактных положений гипотезы нормы — в виде наличия соответствующих юридически значимых конкретных фактических обстоятельств (юридических фактов); 2) конкретизации абстрактных положений диспозиции нормы о корреспонденции взаимных абстрактных прав и абстрактных обязанностей абстрактных адресатов нормы — в виде соответствующих взаимосогласованных конкретных активных правомерных действий индивидуально-определенных дееспособных субъектов правоотношения; 3) конкретизации абстрактных положений санкции нормы — в виде соответствующего конкретного правомочного правоприменительного действия (решения, акта) индивидуально-определенного компетентного субъекта правоотношения по разрешению данного конкретного правореализуемого случая (с установлением в надлежащем случае соответствующей конкретной меры юридической ответственности конкретных лиц за конкретное правонарушение).

Для всех аспектов характеристики специфического смысла, содержания и регулятивно-функционального значения правового отношения принципиальное значение имеет то обстоятельство, что правовое отношение — это категория (и конструкция) доктринального осмысления и трактовки именно процесса действия, реализации уже установленного права, а не категория правотворчества (правоустановления). Это означает, что правовое отношение — не форма и средство исходного правового регулирования фактических общественных отношений и соответствующего регулятивного воздействия на фактическое поведение их реальных участников, а форма и средство вторичной (финальной) регуляции правовых ре-

зультатов исходного правового регулирования. Иначе говоря, правовое отношение является формой и средством регуляции поведения и взаимоотношений уже субъектов права, т.е. особых юридизированных персон (персонификаций соответствующих прав и обязанностей).

Содержание правового отношения, таким образом, является чисто правовым, носит формально-юридический характер.

Понятие “правовое отношение” означает право как отношение, так что в термине “отношение” ничего неправового нет.

Право как отношение (правовое отношение, правоотношение) имеет тот же объем правового содержания и тот же регулятивно-правовой механизм, что и правовая норма (право как норма). Это содержание и этот механизм состоят из структурных элементов нормы (гипотезы, диспозиции и санкции) и их регулятивных значений (функций).

Отличие правового отношения от правовой нормы — это различие двух форм выражения одного и того же правового содержания и регулятивного механизма. Это различие состоит в том, что правовое отношение — это динамичная, конкретно-реализационная форма правовой регуляции, а норма права — статичная, абстрактно-общая форма правовой регуляции.

Правовое отношение выступает как **общая регулятивно-процедурная форма** конкретизации и реализации абстрактного содержания нормы права. В рамках и в соответствии с требованиями этой формы должны протекать все действия и взаимоотношения субъектов права в процессе реализации ими своих прав и обязанностей. Все конкретные правореализационные (в том числе и правоприменительные) отношения всех субъектов должны осуществляться в форме правового отношения.

Основной смысл этих требований правового отношения как регулятивной формы состоит в том, чтобы конкретные субъекты права приобретали и использовали свои субъективные права, исполняли свои конкретные юридические обязанности по абстрактно-общим положениям реализуемой нормы права. Правовые отношения этих субъектов должны строиться в соответствии с юридико-логической конструкцией и структурой нор-

мы, регулятивно-правовым значением ее элементов (гипотезы, диспозиции, санкции), системными связями между ними и т.д.

Реализация нормы права в правоотношении означает конкретизацию и индивидуализацию ее абстрактно-общих требований в виде соответствующих этим требованиям (воплощающих их) конкретных взаимосогласованных правомерных действий и взаимоотношений конкретных лиц при конкретно-определенных обстоятельствах для того, чтобы осуществить (реализовать) свою абстрактную правоспособность (свои абстрактные права и абстрактные обязанности) и стать субъектами конкретных субъективных прав и конкретных юридических обязанностей.

В норме права в абстрактно-общем виде предусмотрена абстрактная правосубъектность и правоспособность абстрактных лиц (физических и юридических лиц) на соответствующие абстрактные права и абстрактные обязанности (диспозиция). Это означает абстрактную возможность для соответствующих индивидуально-определенных лиц при соответствующих конкретно-определенных условиях своими соответствующими конкретными правомерными действиями реализовать свою абстрактную правосубъектность и правоспособность и превратить их в конкретную правосубъектность, в принадлежащие только им конкретное, индивидуально-определенное субъективное право и конкретно-определенную юридическую обязанность.

В реализации нормы права в правоотношении есть два разных, но нормативно согласованных момента.

С точки зрения действующего права реализация нормы права — это **официально-властный регулятивно-правовой контроль** за поведением субъектов права, за точным соответствием их взаимоотношений требованиям реализуемой нормы права, т.е. осуществление (реализация) ее юридической силы.

С точки зрения субъектов права реализация нормы права — это **использование субъектами права своих правовых возможностей (своей правоспособности)** посредством активных правомерных действий, соответствующих требованиям реализуемой нормы, для достижения своих правомерных целей и удовлетворения своих законных интересов — приобретения и осуществления своих индивидуально-конкретных субъективных прав и исполнения своих индивидуально-конкретных субъективных юридических обязанностей.

4. Субъекты (участники) правоотношения. Физические и юридические лица

Субъекты (участники) правоотношения — это субъекты права, обладающие предусмотренными реализуемой нормой права правоспособностью, дееспособностью и деликтоспособностью.

Субъектами права являются все адресаты права, все те, кто находится под действием права, признается им в качестве абстрактного правового лица, возможного носителя прав и обязанностей, — свободные индивиды, хозяйственные образования, общественные и религиозные организации, отдельные государственные органы и государство в целом. Несвободные индивиды (рабы) не были субъектами права; они относились к объектам права (подобно вещам, орудиям труда и т.д.).

Понятие “субъект права” означает признание **правосубъектности** адресата права как юридически значимого лица, обладающего абстрактной возможностью быть субъектом прав и обязанностей.

Субъекты права (лица, персоны в праве) делятся на физические и юридические лица.

Физические лица — это все люди в качестве субъектов права (граждане, иностранцы, лица без гражданства).

Юридические лица — это все остальные, кроме физических лиц, субъекты права — все хозяйственные, общественные, государственные и иные учреждения и организации, правосубъектность которых, а также соответствующий порядок их формирования и деятельности предусмотрены в действующем праве. Как и физические лица, все юридические лица, при всех их особенностях, одинаково подчиняются общим для всех субъектов права требованиям действующего права и реализации его норм в конкретных правоотношениях.

Все люди (физические лица) с момента рождения являются субъектами права как в смысле их абстрактно-общей правосубъектности в отношении всего действующего права, так и в смысле их конкретной правосубъектности — в качестве реальных обладателей совокупностью официально признанных основных естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека.

Юридические лица являются субъектами права с момента их официально-правового учреждения.

Правосубъектность лица выражается и конкретизируется в его правоспособности, дееспособности и деликтоспособности.

Правоспособность — это абстрактная способность (возможность) субъекта права иметь соответствующие права и обязанности, предусмотренные действующим правом. Понятие “правоспособность” по своему правовому смыслу и объему идентично понятию “правосубъектность”: субъект права правосубъектен в том же объеме и значении, в каком он правоспособен. Все физические лица обладают **равной для всех** правосубъектностью и правоспособностью, что является формой выражения их правового равенства, включая равенство всех перед законом. Юридические лица обладают различной правосубъектностью, обусловленной теми особыми целями и задачами, для осуществления которых они учреждены. В этом смысле их правосубъектность является **специальной**.

Дееспособность — это реальная способность (возможность) субъекта права своими активными правомерными действиями реализовать в соответствующих правоотношениях свою правоспособность, приобретать и осуществлять свои субъективные права, создавать для себя и исполнять свои субъективные юридические обязанности.

Физические лица, согласно закону, приобретают дееспособность лишь с определенного возраста, необходимого для совершения осознанных юридически значимых действий в соответствующей сфере правовой регуляции. Полная дееспособность в РФ наступает с восемнадцати лет. Ограниченная дееспособность в разных отраслях права возникает с разного возраста. Так, в гражданском праве, согласно ст. 26 ГК РФ, признается ограниченная дееспособность несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет. Малолетние в возрасте от шести до четырнадцати лет, согласно ст. 28 ГК РФ, вправе самостоятельно совершать мелкие бытовые сделки.

Физическое лицо, которое вследствие психического расстройства не может понимать значения своих действий или руководить ими, может быть в надлежащем порядке признано судом недееспособным. Над ним устанавливается опека. Гражданское право предусматривает также возможность ограничения дееспособности физического лица в судебном порядке и установления над ним попечительства. Опека и попечительство

устанавливаются для защиты прав и интересов недееспособных или не полностью дееспособных физических лиц.

Дееспособность юридических лиц наступает вместе с правоспособностью, так что они обладают единой праводеспособностью.

Деликтоспособность — это способность субъекта права отвечать за совершенное им правонарушение. В разных отраслях права деликтоспособность физических лиц наступает с разного возраста. Так, в гражданском праве полная деликтоспособность наступает с восемнадцати лет. Несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет самостоятельно несут имущественную ответственность по тем сделкам, совершение которых им разрешено по закону. Имущественную ответственность по сделкам малолетнего несут его родители, усыновители или опекуны. Уголовной ответственности подлежит лицо, достигшее ко времени совершения преступления шестнадцатилетнего возраста. За наиболее тяжкие преступления уголовная ответственность наступает с четырнадцатилетнего возраста.

В целом субъект права обладает совокупностью правовых свойств и характеристик, необходимых для того, чтобы посредством требуемых от него активных правомерных действий в рамках соответствующих конкретных правоотношений реализовать абстрактно-всеобщие положения объективного права и приобрести для себя и осуществлять свои конкретные, индивидуально-определенные субъективные права, создавать для себя и исполнять свои конкретные, индивидуально-определенные субъективные обязанности. Это осуществляемое правомерными действиями субъекта правоотношения преобразование абстрактно-правовых положений объективного права об абстрактных правах и обязанностях абстрактного субъекта права в конкретное субъективное право и конкретную субъективную юридическую обязанность конкретного субъекта права представляет собой **переход от абстрактной нормы права как абстрактно-общей меры возможной свободы субъекта права к конкретному субъективному праву и конкретной юридической обязанности как конкретно-определенной, индивидуализированной меры действительной свободы конкретного субъекта права**.

Отмеченное существенное различие между абстрактно-общими правовыми возможностями (абстрактными правами и обя-

занностями или абстрактными субъективными правами и обязанностями) абстрактного субъекта и конкретными правами и конкретными юридическими обязанностями конкретного субъекта относится к правовой характеристике не только физических лиц, но и юридических лиц.

Понятие “юридическое лицо” имеет **общеправовое значение** и охватывает всех субъектов права во всех отраслях права, не являющихся физическими лицами. Данное принципиальное для всего права положение означает, что все участники правового типа общения и правовой формы отношений, т.е. все субъекты права, — это хотя и различные, но одинаково подчиняющиеся праву и действующие по праву **правовые лица**, т.е. специфически юридизированные персоны, определенные персонализации осуществляемых ими юридических ролей и функций в соответствии с их **правовым статусом** (их правовым положением, их законодательно закрепленной правоспособностью и дееспособностью в сфере частных и публично-властных отношений).

Правовое лицо (лицо в праве или просто лицо) — это абстрактно-правовая (т.е. абстрагированная в духе всеобщности права от эмпирических различий) ипостась, абстрактно-правовой облик всех участников правового типа общения. Все они — при всех их различиях — в зеркале права имеют абстрактно-правовое выражение лица. Правовыми лицами являются и физические лица, и юридические лица: **физическое лицо как субъект права — это физическое правовое (т.е. юридизированное, юридическое) лицо, а юридическое лицо — это нефизическое (но уподобленное исходному для права физическому лицу в его юридико-правовой ипостаси) юридическое лицо.**

Общеправовое значение категории “юридическое лицо” в разных отраслях права проявляется в различных формах.

Наибольшее развитие данная категория получила **в сфере гражданского права**. Здесь под юридическим лицом имеется в виду организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде (см. ст. 48 ГК РФ). Российская Федерация, субъекты Российской Федерации,

муниципальные образования выступают в гражданско-правовых отношениях на равных началах с иными участниками этих отношений, и к ним как к субъектам гражданского права применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов (см. ст. 124 ГК РФ).

Юридическое лицо в гражданском праве действует на основании устава, либо учредительного договора и устава, либо только учредительного договора. Учредительный договор юридического лица заключается, а устав учреждается его учредителями (участниками).

Юридическое лицо в гражданском праве считается созданным с момента его государственной регистрации в органах юстиции.

Физические и юридические лица, выделяемые и признаваемые в гражданском праве и в целом в отраслях частного-правового профиля, носят **профилированно-отраслевой характер** и соответственно означают: **гражданско-правовые (частно-правовые) физические и юридические лица**.

Но общеправовое понятие физического или юридического лица не сводится лишь к гражданско-правовому (специально-отраслевому) значению этой категории и не ограничивается лишь сферой частных (имущественных и личных неимущественных) отношений, сферой частного права.

В сфере публично-властных отношений (в отраслях публично-правового профиля) все субъекты права имеют соответственно свой публично-правовой профиль и статус. Здесь под физическими лицами как субъектами права имеются в виду **публично-правовые физические лица** (физические лица в их публично-правовой признанности, значимости, определениях и изменениях), т.е. физические лица, обладающие определенным в законе публично-правовым статусом (абстрактными правами и обязанностями публично-властного профиля, характера и значения). А в качестве юридических лиц здесь выступают **публично-правовые юридические лица** (различные должностные лица, государственные органы и государство в целом) в виде субъектов со специальным публично-правовым статусом (компетенцией), состоящим из совокупности абстрактных прав и обязанностей правоустановительного и правоприменительного характера.

Особого внимания заслуживает то принципиальное обстоятельство, зачастую игнорируемое в теории и особенно на практике, что все установленные в объективном праве (в действующем законодательстве) права и обязанности всех субъектов права (физических и юридических лиц) во всех отраслях и сферах права (и в частном, и в публичном праве) носят абстрактно-общий характер, выражают абстрактную способность и возможность абстрактных субъектов приобрести и осуществить соответствующие права и обязанности, т.е. являются лишь правоспособностью (физических лиц) или правдееспособностью (юридических лиц), которые еще предстоит реализовать в конкретных правоотношениях, а вовсе не реальным, конкретно-определенным субъективным правом или субъективной юридической обязанностью того или иного индивидуально-определенного субъекта права, физического или юридического лица. Это, в частности, означает, что компетенция должностных лиц, государственных органов и государства в целом (специальный правовой статус публично-правовых юридических лиц с соответствующими абстрактными полномочиями) — это их специальная правдееспособность, подлежащая реализации (т.е. превращению в конкретное индивидуально-определенное субъективное право и конкретную субъективную юридическую обязанность правоустановительного или правоприменительного характера) посредством и в рамках конкретно-определенных правовых отношений в соответствии с общими для всех субъектов права требованиями реализации норм действующего права.

5. Виды правоотношений

Классификация правоотношений в основном совпадает с делением норм права на различные виды (по отраслям права, по особенностям регулятивных функций и т.д.).

Но имеются и некоторые особенности, обусловленные характером взаимоотношений между субъектами правоотношений.

Правоотношение — это взаимоотношения, как минимум, двух разных субъектов (сторон) правоотношения, которые олицетворяют предусмотренную реализуемой нормой корреспонденцию (согласованное взаимосоответствие) между правами и обязанностями, например, покупателя и продавца, заказчика

и исполнителя, ссудодателя и ссудополучателя, работодателя (нанимателя) и работника, налогоплательщика и налогового органа, гражданина и государственного органа (должностного лица), двух различных государственных органов (должностных лиц) и т.д.

В этом смысле любое правоотношение носит **двусторонний характер** — в соответствии с двусторонним (предоставительно-обязывающим) характером реализуемой нормы права и права в целом.

Однако в одном правоотношении может быть и более двух субъектов (сторон) правоотношения. Например, субъектами (сторонами) правоотношения по договору в пользу третьего лица (см. ст. 430 ГК РФ) являются не только кредитор и должник, но и третье лицо с его самостоятельным правовым интересом, с его правами и обязанностями. Более двух субъектов (сторон) участвуют в различных правоотношениях по обмену жилья, особенно когда имеет место сложный (многосторонний) обмен и т.д.

С учетом сказанного представляется необоснованным выделение так называемых **односторонних правоотношений**. В качестве примера при этом ссылаются на договор дарения как образец элементарного правоотношения двух субъектов, где якобы есть только одна обязанность (дарителя) и одно право (одаряемого). Но дело обстоит иначе, поскольку все субъекты права вообще и правоотношений в особенности, включая дарителя и одаряемого, обладают одновременно и правами, и обязанностями: правам и обязанностям одной стороны соответствуют (корреспондируют) обязанности и права другой стороны. Так, согласно ГК РФ (см. ст. 572—582), дарение — это не обязанность, а право дарителя взять (или не брать) на себя соответствующее конкретное обязательство по дарению. В соответствующих случаях даритель обязан заключить договор в письменной форме, а в некоторых случаях он вправе отменить дарение. В свою очередь, одаряемый имеет право как принять дар, так и отказаться от него; в последнем случае, если договор дарения был заключен в письменной форме, он обязан возместить дарителю реальный ущерб, причиненный ему отказом принять дар.

В литературе принято также деление правоотношений на **относительные и абсолютные**. При этом под относительными имеются в виду правоотношения, в которых определены обе

стороны, а под абсолютными — правоотношения, в которых определена только одна правомочная сторона. В качестве обоснования (и соответствующих примеров) наличия особых абсолютных правоотношений обычно ссылаются на право собственности и право авторства в гражданском праве, на право государственного органа (должностного лица) пресекать нарушения общественного порядка в административном праве. При этом специфику абсолютных правоотношений усматривают в том, что они налагают обязанности на всех и каждого, и все остальные субъекты права (их неопределенное множество) должны выполнять эти обязанности, не чинить препятствий праву единственного правомочного субъекта абсолютных правоотношений.

Сторонники подобного подхода (и соответствующего деления правоотношений на относительные и абсолютные) явно смешивают, во-первых, абстрактные права и обязанности с конкретными субъективными правами и юридическими обязанностями, а во-вторых, конкретные субъективные права (конкретное право собственности, конкретное право авторства), конкретные юридические обязанности (права-обязанности) конкретного государственного органа (должностного) лица пресечь конкретное правонарушение — с соответствующими правоотношениями, в рамках которых эти конкретные субъективные права и юридические обязанности либо уже приобретены и созданы, либо будут осуществлены и исполнены. Так что тут смешиваются и совершенно **разные конкретные правоотношения**, в одних из которых конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности приобретаются и создаются, а в других — осуществляются и исполняются.

Вне конкретных правоотношений (вне процесса конкретизации абстрактно-общих положений объективного права) ни абстрактные правовые возможности субъектов права (их абстрактная правоспособность, включая и абстрактную компетенцию государственных органов и должностных лиц) не могут быть превращены в соответствующие конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности, ни эти конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности не могут быть осуществлены и исполнены (включая и использование конкретных правоприменительных правомочий конкретными государственными органами и должностными лицами). А во всех правоотношениях, как и в праве в целом, правам и обязанностям одного субъекта соответствуют

(корреспондируют) обязанности и права другого субъекта, так что так называемых абсолютных правоотношений (т.е. правоотношений с одним-единственным правомочным субъектом) нет и по определению быть не может.

Глава 10. Правонарушение и юридическая ответственность

1. Понятие и юридический состав правонарушения

Право регулирует поведение людей (действия и бездействие). То, что не урегулировано правом (в том числе и различные формы и виды человеческого поведения), не имеет юридического значения (юридически безразлично) и не влечет юридических последствий.

Урегулированные правом, т.е. юридически значимые, формы и виды поведения людей (действия и бездействие) — в зависимости от их соответствия или несоответствия требованиям права — делятся на два **основных вида: правомерное и неправомерное поведение**. Различные формы и виды правомерного поведения субъектов права в процессе действия и реализации норм права были рассмотрены выше. Специального внимания требует и юридический анализ понятия, видов и последствий неправомерного поведения субъектов права.

Неправомерное поведение как нарушение требований права выражается посредством **юридико-доктринального понятия «правонарушение»**.

Правонарушение — это неправомерное (противоправное), общественно вредное, виновное деяние (действие или бездействие) деликтоспособного субъекта, за которое в действующем праве предусмотрена юридическая ответственность.

Основные юридические характеристики (определения) правонарушения — это противоправность, общественная вредность, виновность деяния.

Под **противоправностью** деяния при этом имеется в виду нарушение соответствующим деянием субъекта требований действующего правового закона (т.е. норм действующего позитивного права, соответствующих правовому принципу формального равенства).

Общественная вредность противоправного (неправомерно) деяния — это юридическая оценка (квалификация) соответствующих видов фактического поведения людей с точки зрения права как всеобщего (общезначимого и потому общеобязательного) регулятора поведения членов общества по одинаково справедливому для всех принципу формального равенства, предусматривающему одинаково справедливые для всех субъектов права дозволения и запреты, общие нормативы (правила, нормы, формы) согласования, учета, реализации и защиты их интересов.

Общественно вредным в поведении субъектов права, следовательно, является все то, что наносит вред юридически определенному (оцененному и квалифицированному) и установленному в действующем праве (правовом законе) **общему благу** (т.е. юридически общепольному, общественному благу) всех субъектов права, в рамках которого индивидуальные (частные) интересы и возможности отдельного субъекта права в общеправовой форме (по общему основанию, принципу и нормам) согласованы с соответствующими интересами и возможностями других субъектов права в условиях и в контексте общеобязательного для всех субъектов правопорядка.

Таким образом, общественная вредность — это специально-юридическая оценка (квалификация) противоправного поведения субъекта права, а не просто эмпирическая характеристика того или иного фактического поведения.

Виновность как юридическое определение противоправного деяния выражает его осознанно-волевой характер.

Юридический состав правонарушения — это система признаков противоправного поведения, необходимая для его юридической квалификации в качестве правонарушения.

Составными элементами (частями) юридического состава правонарушения являются объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона правонарушения.

Объект правонарушения — это правопорядок, установленный в соответствующей сфере правовой регуляции общественных отношений. Таким образом, объектом правонарушения являются урегулированные и защищенные действующим правом индивидуальные и общие ценности и блага, которым нанесен вред соответствующими противоправными действиями.

Объективная сторона правонарушения — это противоправное деяние (действие или бездействие), его юридичес-

ки вредные результаты и юридически значимая причинная связь между ними. Определение объективной стороны правонарушения представляет собой не абстрактное изучение всех причинно-следственных связей между тем или иным фактическим действием (или бездействием) и соответствующими фактическими последствиями, а специально-юридическую квалификацию определенного противоправного деяния, включающего в себя (в качестве составной части самого этого деяния) соответствующий юридически вредный результат как определенное правонарушение, предусмотренное действующим правом.

Субъект правонарушения — это деликтоспособное физическое лицо или организация. Деликтоспособность физических лиц выражает их способность (в соответствии с их возрастом и состоянием здоровья) совершать сознательно-волевые действия, осознавать смысл своих поступков и руководить ими, т.е. быть подлинным автором таких действий (бездействия), которые могут быть вменены ему в ответственность как субъекту правонарушения.

Вменяемость субъекта правонарушения означает, что его противоправные действия — с субъективной стороны — носят виновный характер.

Субъективная сторона правонарушения — это юридическая форма виновности (виновного характера) соответствующего противоправного деяния.

Вина в юридическом смысле — это не внутренний субъективный замысел того или иного лица, а сознательно-волевой компонент определенного, внешне объективированного и уже содеянного противоправного действия (или бездействия) определенного правонарушителя.

Различаются две формы вины: умысел (умышленная форма вины) и неосторожность (неосторожная форма вины).

Умысел может быть прямым или косвенным.

Прямой умысел имеет место там, где лицо осознавало противоправность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления соответствующих общественно вредных результатов и желало их.

При **косвенном умысле** лицо осознавало противоправность своих действий (бездействия), предвидело возможность наступления соответствующих общественно вредных результатов, не

желало, но сознательно допускало эти результаты либо относилось к ним безразлично.

Неосторожность выражается в форме легкомыслия или небрежности.

При **легкомыслии** лицо предвидело возможность наступления противоправных (общественно вредных) результатов своих действий (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких результатов.

При **небрежности** лицо не предвидело возможности наступления противоправных (общественно вредных) результатов своих действий (бездействия), хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти результаты.

Только при наличии в том или ином деянии всех указанных четырех элементов юридического состава правонарушения данное деяние может быть квалифицировано как определенное правонарушение.

2. Виды правонарушений

По своим антиправовым свойствам и характеру общественной вредности правонарушения делятся на преступления и проступки.

Преступление — это виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное действующим уголовным законом под угрозой наказания.

Под **общественной опасностью** при этом действующий УК РФ (см. ч. 2 ст. 14 УК РФ) имеет в виду причинение вреда либо создание угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. С учетом этого в ч. 2 ст. 14 УК РФ установлено следующее важное правоположение: “Не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности, то есть не причинившее вреда и не создавшее угрозы причинения вреда личности, обществу или государству”.

В зависимости от характера и степени общественной опасности преступления подразделяются на **различные катего-**

рии — на преступления небольшой тяжести, преступления средней тяжести, тяжкие преступления и особо тяжкие преступления (см. ст. 15 УК РФ).

К **проступкам** относятся все правонарушения, кроме преступлений. В зависимости от сферы и характера нарушения установленного правопорядка проступки подразделяются на административные, дисциплинарные и гражданско-правовые.

Административный проступок — это посягающее на государственный или общественный порядок, формы собственности, права и свободы человека и гражданина противоправное, виновное (умышленное или неосторожное) действие или бездействие, за которое законодательством предусмотрена административная ответственность.

Так, действующий в РФ Кодекс об административных правонарушениях относит к административным проступкам такие правонарушения, как нарушение правил административного надзора, нарушение водителями транспортных средств правил дорожного движения, нарушение правил водопользования, нарушение правил пожарной безопасности в лесах, нарушение правил содержания собак и кошек в городах и других населенных пунктах и т.д.

Дисциплинарный проступок — это противоправное, виновное нарушение лицом правил дисциплинарного распорядка в сфере его трудовой, служебной, учебной, воинской или иной деятельности, за которое предусмотрено соответствующее дисциплинарное взыскание.

Так, согласно действующему трудовому законодательству (см. ст. 130 КЗоТ РФ), трудовой распорядок на предприятиях, в учреждениях, организациях определяется правилами внутреннего трудового распорядка, утверждаемыми трудовым коллективом по представлению администрации. В некоторых отраслях народного хозяйства (например на железнодорожном транспорте) для отдельных категорий работников действуют уставы и положения о дисциплине. Соответствующие правила внутреннего распорядка устанавливаются в учебных заведениях, в научных и иных учреждениях.

К дисциплинарным проступкам относятся такие, например, правонарушения, как опоздание на работу, прогул, нарушение правил по охране труда, невыполнение служебных обязанностей и т.д.

Гражданско-правовой проступок (деликт) — это противоправное деяние субъекта права, которое нарушает порядок, установленный гражданским законодательством.

Гражданские деликты представляют собой нарушение прав и законных интересов различных субъектов права в сфере имущественных и личных неимущественных отношений, урегулированных гражданским правом.

Гражданские деликты делятся на договорные и недоговорные. К договорным относятся деликты, связанные с нарушением договорных обязательств: их неисполнением или ненадлежащим исполнением (см. ст. 393 ГК РФ). К недоговорным относятся деликты, связанные с вредом, причиненным личности или имуществу физического лица, либо с вредом, причиненным имуществу юридического лица (см. ст. 1064 ГК РФ).

3. Понятие юридической ответственности

Юридическая ответственность — это мера правового принуждения за правонарушение, предусмотренная санкцией нарушенной нормы и применяемая к правонарушителю компетентным государственным органом или должностным лицом в надлежащем процессуально-правовом порядке.

Юридическая ответственность является невыгодным для правонарушителя правовым последствием его противоправного деяния (действия или бездействия). Она носит принудительно-правовой характер, определяется соответствующими компетентными субъектами правоприменения и в необходимых случаях осуществляется при помощи средств государственного принуждения.

Привлечение лица к юридической ответственности и определение меры юридической ответственности представляют собой активные правовые действия по реализации санкции нарушенной нормы. В процессе такой реализации абстрактно-всеобщие положения санкции конкретизируются и индивидуализируются в виде определенной меры юридической ответственности конкретного лица за конкретное правонарушение.

Весь этот процесс реализации санкции нарушенной нормы и определения конкретной меры юридической ответственности протекает (и должен протекать) в **форме соответствующего**

правоотношения, которое носит праввосстановительный характер. Помимо потерпевшей стороны и правонарушителя, необходимым участником такого праввосстановительного (и вместе с тем — правоприменительного) правоотношения является соответствующий компетентный государственный орган (или должностное лицо) — правомочный субъект правоприменительной деятельности. При этом все взаимоотношения между всеми субъектами правоохранительного правоотношения (как между потерпевшим и правонарушителем, так и между ними и субъектом правоприменения) по привлечению того или иного лица к юридической ответственности и определению конкретной меры такой ответственности носят правовой характер и подчиняются общеправовым требованиям реализации права в конкретных правоотношениях.

Общая правовая цель юридической ответственности — восстановление нарушенного порядка путем реализации защитных средств права, предусмотренных санкцией нарушенной нормы. Правовое содержание праввосстановительной юридической ответственности представляет собой **конкретную субъективную юридическую обязанность**, которая во властно-правовой форме возлагается на правонарушителя и которую он должен исполнить добровольно либо при необходимости — в принудительном порядке.

Юридическую ответственность за правонарушение как конкретизацию санкции нарушенной нормы не следует смешивать с теми предусмотренными в законодательстве принудительно-правовыми мерами (например опись имущества, задержание, обыск, принудительный привод, содержание под стражей и т.д.), которые в процессе реализации права (в рамках конкретных правоотношений и правоприменительных действий) при наличии соответствующих правовых оснований применяются к лицу компетентными органами (должностными лицами) для надлежащего рассмотрения и разрешения данного правового дела. Подобные предусмотренные законом принудительные меры — это вспомогательные (обеспечительные) правовые средства, в необходимых случаях допускаемые законом для надлежащего осуществления правоприменительного процесса, определения меры самой юридической ответственности и ее практической реализации.

4. Виды юридической ответственности

В соответствии с различными видами правонарушений юридическая ответственность подразделяется на следующие основные виды: уголовно-правовая, административно-правовая, дисциплинарно-правовая и гражданско-правовая ответственность. В качестве особой разновидности юридической ответственности за причиненный вред в трудовом праве выделяется материальная ответственность.

Уголовно-правовая ответственность — это наказание за состав преступления, предусмотренный действующим уголовным законом. Уголовное наказание назначается только по приговору суда. Оно носит личный характер и применяется только к деликтоспособному физическому лицу, признанному в надлежащем уголовно-процессуальном порядке виновным в совершении конкретного преступления.

Действующий УК РФ (см. ст. 44) предусматривает следующие виды наказаний: штраф; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград; обязательные работы; исправительные работы; ограничение по военной службе; конфискация имущества; ограничение свободы; арест; содержание в дисциплинарной воинской части; лишение свободы на определенный срок; пожизненное лишение свободы; смертная казнь.

При назначении наказания судом учитываются характер и степень общественной опасности преступления и личности виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи.

Уголовный закон предусматривает освобождение лица, совершившего преступление, от уголовной ответственности в случаях его деятельного раскаяния, в связи с примирением с потерпевшим, изменением обстановки, истечением сроков давности (см. ст. 75—78 УК РФ).

Административная ответственность — это предусмотренное административным законодательством административное взыскание за административное правонарушение (проступок).

Согласно действующему в РФ Кодексу об административных правонарушениях, административной ответственности не

подлежит лицо, совершившее соответствующие противоправные действия в состоянии невменяемости, крайней необходимости и необходимой обороны. Предусматривается также возможность освобождения нарушителя от административной ответственности при малозначительности административного правонарушения.

За совершение административных правонарушений могут применяться следующие виды административных взысканий: предупреждение; штраф; возмездное изъятие либо конфискация (безвозмездное изъятие) предмета, явившегося орудием совершения или непосредственным объектом административного правонарушения; лишение специального права, предоставленного данному гражданину (права управления транспортом, права охоты и т.д.); исправительные работы; административный арест; административное выдворение за пределы РФ иностранного гражданина или лица без гражданства.

Юридическая ответственность за административные правонарушения устанавливается соответствующими компетентными государственными органами и должностными лицами (судами, административными комиссиями, органами внутренних дел, таможенной службы, санитарного надзора и т.д.).

Дисциплинарная ответственность — это дисциплинарное взыскание за дисциплинарное правонарушение (проступок).

Видами дисциплинарных взысканий являются замечание, выговор, строгий выговор, увольнение и т.д.

До применения дисциплинарного взыскания от работника должно быть затребовано письменное объяснение. Дисциплинарное взыскание применяется непосредственно за обнаружением проступка, но не позднее одного месяца со дня его обнаружения и не позднее шести месяцев со дня его совершения.

Дисциплинарная ответственность налагается администрацией предприятия и учреждения либо руководством соответствующего государственного органа, в котором работает лицо, совершившее дисциплинарное правонарушение.

Гражданско-правовая ответственность — это юридическая ответственность за гражданское правонарушение (деликт).

Видами гражданско-правовой ответственности являются: восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; признание оспоримой сделки

недействительной и применение последствий ее недействительности; признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления, нарушающего гражданские права и законные интересы физического или юридического лица; присуждение к исполнению обязанностей в натуре; возмещение убытков (реального ущерба и упущенной выгоды); взыскание неустойки; компенсация морального вреда; прекращение или изменение правоотношения; возложение обязанности возратить неосновательное обогащение и т.д.

Применение этих видов юридической ответственности за гражданские правонарушения осуществляется в соответствии с подведомственностью дел, установленной гражданским процессуальным законодательством, судом общей юрисдикции, арбитражным судом или третейским судом.

Защита нарушенных гражданских прав в случаях, предусмотренных действующим законодательством, осуществляется также соответствующими административными средствами. При этом решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд.

Лицо, причинившее вред (при недоговорном деликте), освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине. Законом предусматривается ряд случаев **возмещения вреда и при отсутствии вины причинителя вреда**. Так, юридические и физические лица, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (использование транспортных средств, механизмов и т.д.), обязаны и при отсутствии своей вины возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего (см. ст. 1079 ГК РФ). В ряде случаев (см. ст. 1100 ГК РФ) независимо от вины причинителя вреда осуществляется компенсация морального вреда.

Кроме того, гражданский закон в ряде случаев **возлагает обязанность возмещения вреда на лицо, не являющееся причинителем вреда**. Так, вред, причиненный лицу в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного наложения административного взыскания в виде ареста или исправительных работ, возмещается за счет казны РФ либо за счет казны субъекта РФ или казны муниципального образования (см. ст. 1070 ГК РФ). Ответственность за вред, причиненный ли-

цом, не достигшим четырнадцати лет (малолетним), возлагается на его родителей (усыновителей) или опекунов, если они не докажут, что вред возник не по их вине (см. ст. 1073 ГК РФ).

Вред, причиненный в состоянии необходимой обороны, если при этом не были превышены ее пределы, не подлежит возмещению (см. ст. 1066 ГК РФ).

Трудовое законодательство предусматривает **материальную ответственность работника** за ущерб, причиненный по его вине предприятию, учреждению, организации. Такая материальная ответственность может быть ограниченной (определенной частью заработка работника) или в ряде случаев — полной (в полном размере ущерба).

Материальная ответственность работника — это по своей правовой природе **особая разновидность гражданско-правовой ответственности за вред**. Специфика материальной ответственности обусловлена тем, что между субъектом правонарушения (работником) и потерпевшей стороной (предприятием, учреждением, организацией) существуют особые отношения, а именно — трудовые правоотношения.

Возмещение ущерба работниками в размере, не превышающем среднего месячного заработка, производится по распоряжению администрации предприятия, учреждения, организации. При несогласии работника с решением администрации, а также в случае, если размер ущерба превышает среднемесячный заработок, вопрос о материальной ответственности решается в судебном порядке.

Возмещение ущерба производится независимо от привлечения работника к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности за действие (бездействие), которым причинен ущерб.

5. Принципы юридической ответственности

Принципы юридической ответственности выражают ее правовые начала, требования, смысл и назначение.

Основными принципами юридической ответственности являются правомерность, законность, обоснованность, правовая целесообразность, неотвратимость, своевременность, недо-

пустимость двойной ответственности за одно правонарушение, справедливость.

Принцип правомерности. Юридическая ответственность как особое правовое явление и понятие должна в сфере своего проявления и осуществления соответствовать всем существенным свойствам и требованиям права, выраженным в принципе формального равенства. Все остальные характеристики юридической ответственности (от ее установления до реализации) обусловлены ее правовой природой. Именно как мера права юридическая ответственность представляет собой адекватную форму правового ответа на правонарушение и надлежащее правовое средство восстановления нарушенного права.

С правовой природой юридической ответственности связаны и все осуществляемые ею регулятивно-правовые **функции** — функции правовой кары (наказания) за правонарушение; правового средства предупреждения (превенции) как самого правонарушителя, так и других субъектов права о юридической силе действующего права и недопустимости совершения новых правонарушений; правовой меры компенсации (возмещения) урона, нанесенного правонарушителем правам и законным интересам других субъектов права и правопорядку в целом; специфической формы юридико-воспитательного воздействия на сознание и поведение правонарушителя и других членов общества в духе уважения к праву и соблюдения его требований.

Принцип правовой законности юридической ответственности означает, что она устанавливается, применяется и осуществляется в строгом соответствии с нормами правового закона. Принцип правовой законности требует установления и применения юридической ответственности лишь за виновное, противоправное деяние деликтоспособного субъекта. Случаи допущения ответственности без вины в гражданском праве обусловлены правовыми целями надлежащей защиты прав потерпевших.

Принцип обоснованности юридической ответственности требует всестороннего, полного и объективного рассмотрения всех обстоятельств дела в их совокупности с целью выявления и установления надлежащего правового основания для определения надлежащей конкретной меры ответственности за конкретное правонарушение конкретного правонарушителя. Все обстоятельства, имеющие юридическое значение для разрешения дела и установления наличия или отсутствия состава правона-

рушения, должны быть доказаны в законодательно определенном процессуально-правовом порядке. Только на основе таких юридически доказанных фактических данных и их объективной оценки соответствующий компетентный орган вправе дать их юридическую квалификацию и определить меру юридической ответственности.

Принцип правовой целесообразности юридической ответственности означает ее соответствие целям права. Установление и применение юридической ответственности по каким-то иным, неправовым, целям (например по соображениям политической, идеологической, религиозной, хозяйственной целесообразности и т.д.) противоречат ее правовой природе, смыслу и требованиям права и правовой законности.

С принципом правовой целесообразности связан ряд таких более конкретных требований к содержанию и характеру юридической ответственности, как:

1) **Минимизация юридической ответственности.** Объем и характер принудительных средств юридической ответственности не должны в принципе превышать того минимума, который необходим и достаточен для достижения правосстановительной цели юридической ответственности.

2) **Индивидуализация и конкретизация юридической ответственности** с учетом личности правонарушителя, степени его вины, тяжести содеянного, смягчающих и отягчающих обстоятельств и т.д.

3) **Максимально возможная гуманизация юридической ответственности** — в рамках и на основе реализации ее правосстановительной цели.

Принцип неотвратимости требует, чтобы ни одно правонарушение (и особенно — преступление) не оставалось без соответствующей юридической ответственности правонарушителя. Реализация данного принципа является существенным фактором эффективной борьбы с правонарушениями и основным показателем качества всей правоохранительной и правоприменительной деятельности соответствующих государственных органов и должностных лиц.

Принцип своевременности требует возможно быстрого по времени — в пределах срока давности привлечения к ответственности — применения юридической ответственности к соответствующему правонарушителю.

Принцип недопустимости двойной юридической ответственности за одно правонарушение выражает одно из важных требований права: *non bis in idem* — не дважды за одно и то же. Данному принципу, однако, не противоречит, например, то обстоятельство, что на лицо, наказанное в уголовно-правовом порядке, в соответствующих случаях может быть возложена и гражданско-правовая ответственность по возмещению имущественного ущерба, нанесенного его преступным деянием. Кроме того, уголовная ответственность за одно преступление может включать в себя несколько видов наказаний (лишение свободы, конфискацию имущества и т.д.), предусмотренных санкцией нарушенной уголовно-правовой нормы.

Принцип справедливости является обобщающей (синтезирующей) правовой оценкой оснований, способа установления и конкретного содержания юридической ответственности конкретного лица за конкретное правонарушение. Данный принцип требует именно правовой справедливости юридической ответственности (справедливости в смысле принципа формального равенства), а не справедливости в каком-то ином, неправовом (политическом, моральном, идеологическом, религиозном и т.п.) смысле.

Всякая неправовая (и внеправовая) справедливость по определению лишена всеобщности и равенства одинаковой для всех меры правовой справедливости, носит ограниченный (частный, групповой, партийный, сословный, классовый и т.д.) характер и, по существу, является привилегией и произволом одних (одной группы) против всех остальных.

Глава 11. Правовой порядок и правовая законность

1. Понятия правового порядка и правовой законности

Правовой порядок (правопорядок) — это порядок взаимоотношений субъектов права в сфере правовой регуляции.

В абстрактно-общей форме правовой порядок как **должный порядок** устанавливается при правовом регулировании общественных отношений.

Под **правопорядком** в таком абстрактном значении имеется в виду предмет правовой регуляции, т.е. статичное состоя-

ние права, абстрактно-общие нормы объективного права, предусматривающие юридически должный порядок взаимоотношений людей в той или иной области правовой регуляции. В этом смысле говорится о предусмотренном и закреплённом в законодательстве правовом порядке разрешения того или иного правового дела, об отраслевом правопорядке или о правопорядке в целом.

От такого **абстрактно-должного правопорядка** следует отличать **реальный правопорядок** как результат действительного соблюдения в жизни требований должного правопорядка, наличный итог реального действия на практике норм объективного права, их реализации в надлежащих правовых формах, их конкретизации и осуществления в виде субъективных прав, исполнения в виде субъективных юридических обязанностей и т.д.

Под **реальным правопорядком**, таким образом, имеется в виду фактически соблюдаемый и реально функционирующий абстрактно-должный правопорядок, т.е. надлежащее практическое действие (реализация) норм объективного права.

Правовая законность — это **точное и неуклонное соблюдение и исполнение требований правового закона всеми субъектами права.**

Под **правовым законом** при этом имеется в виду объективное право (и, следовательно, предусмотренный им абстрактно-должный правопорядок), соответствующее принципу формального равенства. Очевидно, что реальный правопорядок может быть результатом соблюдения требований лишь правового закона и соответствующей правовой законности. Само же по себе соблюдение правонарушающего закона, сколь бы всеобщим и точным оно ни было, не может превратить **неправовой закон** в правовой и преобразовать **неправо** в реальный правовой порядок.

Когда речь идет о **верховенстве закона и господстве принципа законности в правовом государстве**, то имеются в виду, конечно, не всякий закон и не всякая законность, а именно **правовой закон и правовая законность** — в их противоположности и противостоянии к антиправовому (правонарушающему, произвольному) закону и соответствующей законности.

Из истории и теории права и государства хорошо известно, что не все, что именуется “законом”, “законностью”, “пра-

вопорядком” и т.д., соответствует своей правовой сущности, своей правовой природе. Так, в условиях тоталитарного социализма безудержная апология социалистической законности по сути дела была призвана прикрыть порядки и произвол диктаторского, антиправового строя с присущими ему массовыми репрессиями и силовыми методами управления. При этом социалистическая законность, по существу, сводилась к партийно-политической целесообразности. В данном контексте социалистический правопорядок трактовался как результат социалистической законности, как итог воплощения положений социалистических законов и требований социалистической законности в жизни.

Конечно, если право автоматически отождествляется с законом, то реализация любого закона (в том числе и произвольного), по логике легистов, автоматически дает в итоге “правопорядок”. Такому правопорядку, как и соответствующему законодательству и законности, не хватает, правда, главного — правового качества.

Подобный порок присущ всему позитивистскому подходу (включая и старый позитивизм, и неопозитивизм XX в.) к праву, закону, законности, правопорядку и т.д. Недостатки подобного легистского (антиюридического, позитивистского) толкования этих юридических категорий и явлений весьма живучи и в той или иной форме присутствуют и во многих современных трактовках понятий законности и правопорядка, их соотношения и т.д.

Так, многие авторы, характеризуя законность как точное и неуклонное соблюдение и исполнение законов всеми государственными органами, должностными лицами, гражданами, общественными организациями и т.д., неизменно добавляют, что результатом соблюдения требований законности является правопорядок. При этом ясно, что под “правопорядком”, по существу, в подобных трактовках на самом деле имеется в виду законопорядок. Но подобно тому, как не всякий закон является правовым законом, точно так же не всякий законопорядок является правовым порядком.

Исходной основой для правовой законности и правового порядка могут быть не всякие, а лишь правовые законы. Поэтому с легистских (позитивистских) позиций, отождествляющих право и закон, в принципе невозможно развить последовательное (внутренне согласованное и непротиворечивое) учение о правовом законе, правовой законности и правовом порядке,

как, впрочем, и о правовом государстве. Это возможно лишь с позиций юридического типа правопонимания, опирающегося на ту или иную концепцию различения права и закона (в целом позитивного права).

Та или иная концепция правопонимания (легистская, естественноправовая или либертарно-юридическая) предполагает и включает в себя не только соответствующую концепцию закона, законности и правопорядка, но и определенную концепцию государства (как института публичной власти, законодателя, правоприменителя, публично-властной правозащитной организации, организатора и гаранта режима законности и правопорядка и т.д.).

Правовой порядок, согласно либертарно-юридической теории, может быть результатом лишь правовой законности, представляющей собой всеобщее, точное и неуклонное соблюдение и применение требований правового закона в условиях соответствующей правовой организации публичной власти свободных людей (т.е. в условиях исторически достигнутой ступени правовой развитости реально существующего государства). Учет внутреннего правового единства и системных взаимосвязей права, правового государства (в той или иной мере и форме его исторической развитости), правового закона, правовой законности и правопорядка имеет существенное значение как для адекватного теоретического осмысления этих явлений, так и для их прочного утверждения и надлежащего функционирования в реальной действительности.

2. Свойства, принцип и гарантии правовой законности и правопорядка

Правовая законность как особый правовой режим неуклонного фактического соблюдения всеми субъектами права требований правового закона является необходимой правовой формой, условием и средством практического утверждения реального правового порядка в общественной жизни.

Режим правовой законности является необходимым правовым свойством (признаком, качеством) и составной частью любого реального правопорядка, поскольку реальный правопорядок — это и есть порядок взаимоотношений субъектов права (и в целом порядок действия и реализации норм объективного

права) в режиме правовой законности. В свою очередь, правовая законность выступает как правовой режим соблюдения и реализации абстрактно-должного правопорядка, закрепленного в нормах объективного права.

Взаимосвязи и внутреннее единство правовой законности и правового порядка обусловлены тем, что их исходной основой и предпосылкой является правовой закон. С этим нормативно-правовым единством правовой законности и правопорядка связаны и другие существенные аспекты их единства. Так, их единство в поведенческом, в субъектном и в целевом плане состоит в том, что и правовая законность, и правопорядок в их объективном внешнем выражении и реальном проявлении и осуществлении (функционировании) — это фактически одни и те же правомерные действия одних и тех же субъектов права (одного и того же состава субъектов права), направленные на осуществление одной и той же правовой цели — на надлежащее соблюдение и реализацию норм объективного права (и вместе с тем соответствующих требований абстрактно-должного правопорядка) и пресечение правонарушений.

Особо следует подчеркнуть то принципиальное обстоятельство, что **все субъекты права** (не только государственные органы и должностные лица, но и все физические и юридические лица), независимо от различий в их правовом статусе и роли в процессе реализации права, **являются формально-равными субъектами процесса установления и функционирования правовой законности и правового порядка в общественной жизни**. Как справедливо отмечал уже Цицерон, “при защите свободы граждан нет частных лиц” (О государстве, II, XXV, 46).

Специальные правомочия и обязанности государственных органов и должностных лиц в сфере законности, правопорядка, борьбы с правонарушениями и т.д., а также особое значение соблюдения требований законности в их собственной деятельности вовсе не означают, будто только они являются субъектами правовой (правореализационной) деятельности в данной сфере, а все остальные субъекты права являются лишь пассивными объектами этой их деятельности.

Напротив, именно **правовая активность граждан, юридических лиц, общественных объединений и гражданского общества в целом**, их собственное правомерное поведение, их постоянная, согласованная и систематическая борьба за со-

блюдение требований закона всеми субъектами права, включая государственные органы, против правонарушений и произвола являются в конечном счете самым главным фактором и необходимой почвой для формирования и утверждения в стране режима правовой законности и реального правопорядка.

В целом положения правового закона (его нормативные, поведенческие, субъектные и целевые аспекты и характеристики) определяют основные сущностные свойства правовой законности и правопорядка. Ведь именно соблюдение и реализация положений правового закона всеми субъектами права составляют сущность, смысл и содержание правовой законности и реального правопорядка. Этим и обусловлено **значение верховенства правового закона как принципа правовой законности и реального правопорядка**.

Понятие “**верховенство правового закона**” включает в себя все основные нормативно-регулятивные формы, средства и способы реального проявления верховной (суверенной) юридической силы и власти норм единой (и единственной) национально-государственной системы действующего позитивного права, общеобязательных для всех субъектов права во всех сферах и на всем пространстве правовой регуляции общественных отношений.

Принцип верховенства правового закона подразумевает (и включает в себя) целый ряд конкретных требований, характеристик, черт и свойств реально утвердившегося режима правовой законности и реально функционирующего правопорядка. **К числу таких требований и характеристик правовой законности и реального правопорядка относятся:** единство правовой законности и правового порядка на всем пространстве верховенства правового закона (на всей территории государства); равная для всех субъектов права общеобязательность принципа, положений и требований правового закона, правовой законности и правопорядка; правовая активность всех субъектов права в реализации принципа законности и правопорядка, в борьбе против правонарушений и произвола; безусловное подчинение всех факторов, мотивов и соображений неправовой целесообразности принципу и требованиям правовой законности и правопорядка, которые в адекватной правовой форме выражают подлинный смысл и верховенство правовой целесообразности.

Для утверждения принципа верховенства правового закона и последовательного соблюдения его требований **необходимы определенные объективные условия, целенаправленные организационные мероприятия, надлежащие нормативно-правовые и институциональные формы, средства и т.д., которые в своей совокупности выступают как гарантии обеспечения правовой законности и реального правопорядка.**

Эти гарантии делятся на юридические и неюридические.

К неюридическим гарантиям относятся те объективно сложившиеся в обществе социальные, экономические, политические, идеологические условия, отношения и факторы, которые оказывают существенное, хотя и опосредованное, влияние на весь процесс формирования, установления и реализации права.

К юридическим гарантиям относятся условия и факторы юридического характера, оказывающие непосредственное воздействие на процесс установления, упрочения и реального функционирования режима правовой законности и правопорядка.

В систему юридических гарантий обеспечения правовой законности и реального правопорядка входят: достаточно развитая и постоянно совершенствуемая система действующего правового законодательства; развитое состояние юридической науки, опирающейся на идеи и достижения юридической мысли и юридического правопонимания; развитая система подготовки и переподготовки юридических кадров; высокий уровень общественного и профессионального юридического правосознания; правовая активность граждан, юридических лиц, общественных организаций и гражданского общества в целом; развитые процессуально-правовые формы реализации норм права; эффективно действующая система защиты действующего права, поддержки правомерного поведения, пресечения правонарушений и применения надлежащих мер юридической ответственности; развитые организационно-институциональные формы специального государственного и общественного контроля за неуклонным соблюдением всеми субъектами права принципа и требований правовой законности и реального правопорядка (различные формы общегосударственного и общественного контроля, прокурорский надзор, контроль судов общей и конституционно-правовой юрисдикции и т.д.).

Лишь совокупное действие всех этих факторов может обеспечить стабильное функционирование режима правовой законности и реального правопорядка.

3. Идеи правовой законности и правопорядка в Конституции Российской Федерации

Идеи верховенства правового закона и требования правовой законности нашли свое закрепление в Конституции РФ.

Принципиальное значение в этом плане имеет то обстоятельство, что официально признанные в Конституции РФ прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека — это право (исходное и по существу — естественное право, официально признанное, позитивированное в Конституции и наделенное высшей юридической силой) в его различении с законом (всеми источниками действующего позитивного права, включая и саму Конституцию). Это, по логике присущей Конституции естественноправовой концепции юридического типа правопонимания, означает, что закон (все действующее в России позитивное право, в том числе и сама Конституция) должен соответствовать праву (т.е. естественным прирожденным и неотчуждаемым правам и свободам человека). Такова, следовательно, конституционная концепция права, правового закона, правовой законности и правопорядка.

В Конституции РФ, наряду с закреплением неотчуждаемых и прирожденных прав и свобод человека и их характеристикой в качестве высшей ценности, одновременно подчеркивается обязанность государства в области действия и реализации этих прав и свобод: “Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека — обязанность государства” (ст. 2). В Конституции содержится также и ряд других норм, конкретизирующих как общерегулятивное значение прав и свобод человека и гражданина, так и процесс их реального действия, их соблюдения и практической реализации в общественной и государственной жизни.

Важное в этом плане значение имеет ст. 18, которая гласит: “Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспе-

чиваются правосудием". Данная статья в позитивной форме содержит требование не только правового закона, правового характера (соответствия праву) деятельности всех ветвей государственной власти и органов местного самоуправления, но и, по существу, **правовой законности** во всех сферах правотворческой, правоприменительной и правозащитной деятельности государства и органов местного самоуправления.

Прямой запрет антиправового (правонарушающего) закона содержится в ч. 2 ст. 55 Конституции: "В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина". Взаимосвязи права и правовой законности отражены в ч. 3 ст. 15 Конституции: "Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения".

С точки зрения конституционной концепции права и правовой законности важно и то, что помимо общих положений о государственных гарантиях прав и свобод человека и гражданина в Конституции указаны также те институты и должностные лица, в чьи специальные обязанности входит обеспечение соблюдения и реализации прав и свобод человека и гражданина, т.е. обеспечения правового характера закона (действующего позитивного права) и утверждения в стране режима правовой законности.

Обеспечение законности и правопорядка по Конституции (ч. 1 ст. 72) находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов.

По Конституции (ч. 2 ст. 80) "Президент Российской Федерации является гарантом Конституции Российской Федерации, прав и свобод человека и гражданина". В соответствии с этим Президент Российской Федерации вправе приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в случае противоречия этих актов Конституции Российской Федерации и федеральным законам, международным обязательствам Российской Федерации или нарушения прав и свобод человека и гражданина до решения этого вопроса соответствующим судом (ч. 2 ст. 85 Конституции). В этих же правозащитных целях Президент вправе отклонить направленный ему для подписания и обнародования федеральный закон (ст. 107 Конституции).

Осуществление мер по обеспечению законности, прав и свобод граждан, охране собственности и общественного порядка, борьбе с преступностью возложены на Правительство Российской Федерации (ч. 1 ст. 114 Конституции).

В области правозащитной деятельности (и тем самым в сфере утверждения правовой законности) важную роль призван сыграть Уполномоченный по правам человека, назначаемый Государственной Думой (ч. 1 ст. 103).

Существенное значение для утверждения господства правового закона и состояния правовой законности, наряду с общесудебной защитой правопорядка, прав и свобод человека и гражданина, прав и законных интересов физических и юридических лиц в частно-правовых и публично-правовых отношениях, имеют предусмотренные Конституцией формы и процедуры специального судебного контроля за правовым и конституционно-правовым качеством действующих нормативных актов, за конституционностью и правовым характером действий (или бездействия) органов государственной власти и должностных лиц.

В Конституции (ч. 2 ст. 46) закреплена такая важная форма судебно-правового контроля общих судов, как обжалование в суд решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц. Согласно Конституции (ч. 2 ст. 120), суд при рассмотрении конкретных дел проверяет соответствие подзаконных актов закону, и если при этом будет установлено несоответствие между ними, решение должно быть принято в соответствии с законом. Кроме того, суды по Конституции (ч. 4 ст. 125) вправе обращаться с запросами в Конституционный Суд Российской Федерации о проверке конституционности примененного или подлежащего применению в конкретном деле закона, нарушающего конституционные права и свободы граждан.

Конституция наделяет широким кругом правомочий в области конституционного контроля за нормативными актами (и, следовательно, в сфере обеспечения правового закона и правовой законности) Конституционный Суд Российской Федерации (ст. 125). В сферу осуществляемого им контроля входят: разрешение дел о соответствии Конституции Российской Федерации федеральных законов и иных нормативных актов, разрешение споров о компетенции, проверка по жалобам

граждан и запросам судов конституционности закона, нарушающего конституционные права и свободы граждан, толкование Конституции Российской Федерации.

Конституционный Суд в своей деятельности по осуществлению конституционного контроля — в силу закрепленных в новой Конституции положений о правах и свободах человека, имеющих общеправовое значение, а также признания общепризнанных принципов и норм международного права в качестве составной части правовой системы Российской Федерации — может и вправе, не ограничиваясь позитивными нормами Конституции, руководствоваться также общеправовыми принципами и положениями, соответствующими естественноправовому характеру прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека. По логике характерного для Конституции правопонимания и правового подхода конституционно-правовой контроль Конституционного Суда — это по своей сути общеправовой контроль за нормативными актами. Такой характер и смысл функций Конституционного Суда в полной мере соответствуют новой правовой идеологии Конституции, идее господства права, утверждения правовой государственности, правового закона и правовой законности. Не противоречит это и положению Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации” (от 24 июня 1994 г.), согласно которому “Конституционный Суд Российской Федерации решает исключительно вопросы права” (ч. 7 ст. 3), поскольку право по новой Конституции это прежде всего прирожденные и неотчуждаемые основные права и свободы человека, соответствие (или несоответствие) которым как раз и определяет правовой (или неправовой, правонарушающий) характер закона (тех или иных нормативных актов государства, всего действующего позитивного права).

Принципиальное значение имеют и международные формы защиты прав и свобод человека, а следовательно, права в целом и правовой законности. Так, Конституция (ч. 3 ст. 46) признает право каждого в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Концепция правового закона и правовой законности, содержащаяся в Конституции, относится к числу ее несомненных

достоинств. Вместе с тем многие прогрессивные положения Конституции носят пока что декларативный характер. Существует большой разрыв между соответствующими конституционными положениями и реальным состоянием законности и правопорядка в стране.

Строительство нового федеративного государства в России еще далеко от своего надлежащего завершения, от прочного утверждения единой суверенной государственной власти в Российской Федерации, единого правового пространства, единой законности и правопорядка. Постсоветское государство и право пока еще не справляются со своими основными функциями, с утверждением в стране режима законности и реального правопорядка.

Позитивные сдвиги в этом направлении требуют необходимой корректировки курса социально-экономических и государственно-правовых преобразований (с учетом накопленного опыта, ошибок и определенных достижений), завершения правовой реформы, надлежащего повышения роли государства и права в процессе реформирования общественных отношений, укрепления начал правовой законности и правопорядка на базе действующей Конституции и в русле ее необходимого дальнейшего совершенствования.

Владик Сумбатович Нерсисянц
Общая теория права и государства
Учебник

Юридическое издательство НОРМА
101990, Москва, Колпачный пер., 9а
Тел./факс: (495) 621-62-95. E-mail: norma@norma-verlag.com
Internet: www.norma-verlag.com

Издательский Дом «ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в
Тел.: (495) 380-05-40, 380-05-43. Факс: (495) 363-92-12
E-mail: books@infra-m.ru. Internet: www.infra-m.ru

Подписано в печать 07.09.11
Формат 60×90/16. Бумага офсетная
Гарнитура «Журнальная». Печать офсетная
Усл. печ. л. 35. Уч.-изд. л. 35,8
Доп. тираж 1000 экз. Заказ № 7552.

По вопросам приобретения книг обращайтесь:

Отдел продаж «ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в. Тел.: (495) 380-42-60
Факс: (495) 363-92-12. E-mail: books@infra-m.ru

Отдел «Книга — почтой»
Тел.: (495) 363-42-60 (доб. 232, 246)

Отпечатано с электронных носителей издательства.
ОАО «Тверской полиграфический комбинат». 170024, г. Тверь, пр-т Ленина, 5.
Телефон: (4822) 44-52-03, 44-50-34, Телефон/факс: (4822)44-42-15
Home page - www.tverpk.ru Электронная почта (E-mail) - sales@tverpk.ru

