Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

М. Н. Марченко

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

2-е издание

УЧЕБНИК

•ПРОСПЕКТ•

УДК 340(075.8)
ББК 67.0я73
М30

Рецензенты:
В. П. Казимирчук, доктор юридических наук, профессор,
Ю. А. Тихомиров, доктор юридических наук, профессор,
Т. М. Шамба, доктор юридических наук, профессор.

Марченко М. Н.
М30 Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 640 с.

ISBN 5-98032-006-7

Второе издание учебника «Теория государства и права» подготовлено в соответствии с учебной программой изучения данной дисциплины и с учетом требований, содержащихся в государственном образовательном стандарте высшего профессионального образования по специальности «Юриспруденция».

Для студентов, обучающихся по специальности «Юриспруденция».

УДК 340(075.8)
ББК 67.0я73

Учебное издание

Марченко Михаил Николаевич

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Учебник

Подписано в печать 06.04.2004. Формат $60 \times 90^{1}/_{16}$.
Печать офсетная. Печ. л. 40,0. Доп. тираж 5000. Заказ № 887

ООО «ТК Велби»
107120, г. Москва, Хлебников пер., д. 7, стр. 2.

Отпечатано в полном соответствии
с качеством предоставленного оригинал-макета
в ОАО «Можайский полиграфический комбинат»
143200, г. Можайск, ул. Мира, 93.



© М. Н. Марченко, 2004
© ООО «Издательство Проспект», 2004

ВВЕДЕНИЕ

Вопросам теории государства и права в отечественной и зарубежной юридической литературе традиционно уделялось и уделяется большое внимание. Об этом свидетельствуют, в частности, опубликованные на рубеже XIX—XX вв. работы известных российских ученых-юристов и философов С. А. Муромцева «Определение и основное разделение права» (М., 1879), Н. М. Коркунова «Лекции по общей теории права» (СПб., 1904), Е. Н. Трубецкого «Энциклопедия права» (М., 1906), Ф. Ф. Кокошкина «Русское государственное право» (М., 1908), Г. Ф. Шершеневича «Общая теория права», т. 1—4 (М., 1910—1912), И. В. Михайловского «Очерки философии права» (Томск, 1914) и др.

О значительном внимании к вопросам теории государства и права в послереволюционный период говорят также многочисленные монографии по данной тематике, а кроме того — учебники и учебные пособия. В числе последних — работы А. И. Денисова «Теория государства и права» (М., 1984), М. П. Каревой, С. Ф. Кечекьяна, А. С. Федосеева и Г. И. Федькина «Теория государства и права» (М., 1955), К. А. Мокичева «Теория государства и права» (М., 1971) и ряд других.

Особенно большое число учебников и учебных пособий по теории государства и права, равно как и по другим юридическим дисциплинам, было подготовлено отдельными авторами и коллективами авторов за последние годы. Начавшаяся в 1985 г. «перестройка» и демократизация общественно-политической и государственной жизни на основе новых принципов и социальных ценностей стимулировали данную работу, подтолкнули авторов к написанию новых учебников.

Одновременно остро встал вопрос не только и даже на столько о количестве изданных учебников и учебных пособий по теории государства и права, сколько *об их качестве*. Важной оказалась проблема оптимального сочетания новых взглядов с традиционным, ставшим классическим для отечественного государствоведения и правоведения материалом. Не менее актуальной оказалась проблема переоценки некоторых устаревших, хотя и сложившихся лишь за последние десятилетия в нашей стране государственно-правовых, политико-правовых и духовных ценностей[1].

Речь идет, в частности, о необходимости «корректировки» укоренившегося в сознании юристов, политологов, философов, социологов и специалистов в области других общественных наук представления о государстве, праве, политике и демократии лишь как о «чисто» классовых явлениях, институтах и учреждениях, тогда как они сочетают

[1] Об этом см. работу *Мальцева Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999.

в себе наряду с классовыми также национальные, групповые, клановые, этнические, личные и многие другие цели и интересы.

Речь идет также об изменении отношения под влиянием появившихся новых фактов и обстоятельств к таким политико-юридическим по своей природе явлениям, институтам и учреждениям, как правовое государство, принцип разделения властей, институт частной собственности, многопартийность и множественность («плюрализм» — американский вариант) идеологий, деление права на публичное и частное и др. Раньше они воспринимались, как правило, лишь в сугубо критическом, точнее — негативном плане, тогда как опыт России и других государств показывает, что их следует рассматривать и в позитивном плане. В каждом из них наряду с отрицательными сторонами есть и несомненные положительные стороны.

Следует отметить, что процесс переоценки некоторых ценностей и изменения отношения к отдельным явлениям, институтам и учреждениям в нашей стране и в других ранее именовавших себя социалистическими странах не всегда проходил гладко, безболезненно. Иногда он сопровождался со стороны отдельных авторов, в частности специалистов в области конституционного (прежнего — государственного) права, приступами самобичевания и раскаивания в совершении ими неких теоретических «грехов» в прошлом и столь же эмоциональными заверениями и заклинаниями быть «правильными», политически и идеологически непогрешимыми в настоящем и будущем.

Однако, несмотря на отдельные эмоциональные, зачастую порожденные новой политической конъюнктурой в России и других странах «всплески», в целом вполне естественный, обусловленный объективными изменениями в экономике, обществе и государстве процесс пересмотра некоторых прежних взглядов и подходов, а также зарождения и становления новых государственно-правовых воззрений и доктрин проходил вполне естественно и достойно.

И это понятно, поскольку в данном случае речь идет не о крушении каких-то политических или идеологических идеалов и нереализованных амбиций, затрагивающих значительные слои населения или отдельные группы людей, а о закономерном процессе непрерывного развития и совершенствования юридической науки и образования. Последние имеют свои непреходящие, фундаментальные академические и образовательные ценности, не подверженные ни конъюнктурной эрозии, ни влиянию со стороны непрерывно возникающих в обществе и по истечении определенного времени канущих в Лету сиюминутных политических и государственно-правовых идей. Это касается, в частности, представлений о государстве и праве, законности и конституционности, правотворчестве и правоприменения, правонарушении и правомерном поведении, наконец, о месте и роли государства и права в жизни общества и политической системы[1].

Какие, например, *функции выполняет право в жизни общества* и какова его реальная роль по отношению к государству? Меняются ли

[1] См.: *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2002. С. 41—105.

они применительно к разным типам государства и права или же остаются неизменными?

Безусловно, меняются, и весьма существенно. В силу неразрывной связи государства и права можно с полной уверенностью сказать, что каковым по своей сущности и назначению является государство, таковым будет и право. Какова социально-классовая роль в обществе государства, таковой будет и роль права.

Следует отметить также, что государство и право взаимозависимы друг от друга, но в то же время они относительно самостоятельны. Если государство издает правовые акты, обеспечивает их соблюдение и в случае неисполнения содержащихся в них требований применяет принудительную силу, то право, в свою очередь, активно воздействует на государство путем установления общеобязательных для всех его органов, должностных лиц и организаций правил поведения. С помощью норм права закрепляется их статус, определяются рамки их деятельности, устанавливаются их структура, порядок деятельности и взаимоотношений.

Но означает ли это, что такая взаимосвязь и взаимозависимость относится лишь к определенному типу государства и права, а не имеет общего, фундаментального характера, так же как и функции права по отношению к государству и обществу, его роль? Нет, не означает.

Независимо от типа, формы или просто превходящих обстоятельств по отношению к государству и обществу *право* всегда выступает прежде всего как *регулятор общественных отношений* — экономических, политических и иных отношений. *Право закрепляет* существующий в той или иной стране государственный и общественный строй. В этом заключается одна из его функций и назначение. Устанавливая конкретные права и обязанности сторон (граждан, должностных лиц, общественных и государственных организаций), право вносит определенный порядок в общество и государство, *создает юридические предпосылки* для его активности и эффективности.

Именно поэтому каждое государство стремится не только к изданию отвечающих его интересам законов и других правовых актов (постановлений, декретов, распоряжений и т. п.), но и к их полному осуществлению. Не случайно в таких фундаментальных юридических актах, как Кодекс Наполеона, особо указывается на то, что «законы являются подлежащими исполнению на всей Французской территории». Что «нельзя нарушать частными соглашениями законов, затрагивающих общественный порядок и добрые нравы». И что судья, который откажется судить «под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона», может подлежать преследованию по обвинению «в отказе в правосудии».

Наряду с функциями закрепления и регулирования общественных отношений право в любом обществе и государстве выполняет также *воспитательную роль*, которая проявляется в том, что закон опирается не только на государственное принуждение, но и на убеждение. И это положение имеет общее, фундаментальное значение. Небезынтересно отметить, что еще римские юристы придавали огромное нравственное и воспитательное значение праву.

Цицерон, например, считал, что «закону свойственно также и стремление кое в чем убеждать, а не ко всему принуждать силой и угрозами». По его мнению, каждому закону должно сопутствовать введение (преамбула), цель которого — укрепить «божественный авторитет закона» и использовать страх божьего наказания для предотвращения его нарушения.

На авторитет, воспитательную роль закона и на божью кару уповали не только римские юристы и философы, но и многие мыслители более поздних времен. «Величие и ничтожность человека настолько зримы,— писал великий французский философ Вольтер (1694—1778),— что истинной религии необходимо поучать нас тому, что в человеке заложен некий огромный принцип величия и одновременно — некий огромный принцип ничтожества».

Воспитательная роль права проявляется и в том, что оно призвано развивать в людях чувство справедливости, правды, добра, гуманности. Закон есть «царь всех божественных и человеческих дел»,— с пафосом провозглашали римские юристы. Нужно только, чтобы он стоял «во главе как добрых, так и злых», служил «мерилом справедливого и несправедливого». Он приказывает делать то, что «должно быть совершаемо».

Помимо названных функций право по отношению к любому обществу и государству выполняет и иную, более разнообразную роль. Данный вывод, как и многие другие положения теории государства и права, имеет не локальный или преходящий, а общий, универсальный, не подверженный сиюминутным политическим или иным влияниям характер.

В предлагаемом учебнике по теории государства и права, выходящем вторым изданием, предпринимаются попытки оптимального сочетания фундаментального материала и прикладного, традиционных, классических выводов и подходов к исследованию предмета с современными, новыми подходами.

При подготовке учебника использовался отечественный и зарубежный опыт написания подобных работ. Учтены современные научные исследования в сфере государственной и правовой жизни, а также новейшее российское и отчасти зарубежное законодательство. В работе представлен широкий спектр мнений по рассматриваемым проблемам.

Автор выражает искреннюю благодарность официальным рецензентам за огромную помощь в подготовке настоящего учебника к печати.

Глава I

ПРЕДМЕТ, МЕТОД И МЕТОДОЛОГИЯ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

§ 1. Необходимость установления предмета и объекта изучения теории государства и права

Каждая научная и учебная дисциплина имеет свою особую область или, что одно и то же,— свои предмет и объект познания. Своевременное и точное установление предмета и объекта изучения имеет принципиальное значение как для процесса становления и развития данной дисциплины, так и для выполнения ею свойственных ей функций, для ее социальной или научно-технической значимости.

Важно отметить, что наличие четко определенного, отграниченного от сферы «приложения» других, смежных дисциплин предмета изучения свидетельствует о научной зрелости, относительной самостоятельности и потенциальной эффективности рассматриваемой отрасли знаний и академической дисциплины.

Первоначальное и к тому же самое общее представление о том, что изучает теория государства и права, дает название данной науки и учебной дисциплины. Оно указывает, в частности, на то, что теория государства и права исследует прежде всего такие явления и понятия, как государство и право.

Однако изучением государства и права занимаются и другие науки: история государства и права, философия, политология, социология, отраслевые юридические дисциплины и др. Каждая из них изучает государство и право под определенным углом зрения, рассматривает лишь ту или иную их отдельную сторону, аспект. А вместе они создают цельную картину, разностороннее представление о государстве и праве.

Однако название «теория государства и права» не в полной мере отражает специфику предмета и объекта данной дисциплины, поскольку, согласно издавна сложившейся и устоявшейся традиции, в рамках курса теории государства и права изучается не только сама государственно-правовая материя, но и некоторые другие тесно связанные с ней явления. Речь идет, в частности, о таких институтах, как демократия, политическая система, политический (государственный) режим и др.

Кроме того, говоря о названии представляемой науки как об идентифицирующем ее признаке, следует иметь в виду также, что данная отрасль знаний и учебная дисциплина не везде и не всегда именовалась и именуется теорией государства и права, или общей теорией государства и права, как она сейчас зачастую называется.

В ряде случаев она ассоциируется, например, с тем, что раньше называлось энциклопедией права. Раскрывая характер и содержание дан-

ной довольно древней дисциплины, в которую, по словам Г. Ф. Шершеневича, в конце XVIII — начале XIX в. ворвался «новый философский дух», автор говорит о том, что в этот период энциклопедия права представляла собой «соединение элементов юридического, философского и исторического». В ее содержании в данный, как и в последующие, период выделялись две основные тенденции. С одной стороны, стал заметно сокращаться традиционный для данной дисциплины «обзор различных частей положительного права». А с другой — «стал выдвигаться очерк основных понятий о праве». Энциклопедия права начала приближаться к «философии права»[1].

Несмотря на то что в российских и западноевропейских университетах данной дисциплине первоначально уделялось значительное внимание, что ее нередко называли «наукой наук» и считали, что она «служит необходимым введением в изучение специальных юридических наук»[2], все же состоятельность энциклопедии права как самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины подвергалась со стороны ряда известных в тот период ученых-юристов сомнению[3]. Со временем в России энциклопедия права по своему названию и содержанию постепенно «перешла в теорию права»[4], а на Западе наряду с ней и под ее определенным влиянием набрала силу такая дисциплина, как современная **юриспруденция.**

Нужно отметить, что юриспруденция как наука и учебная дисциплина возникла задолго до появления энциклопедии права. Юриспруденция, писал в связи с этим Л. Петражицкий,— это «весьма древняя наука и ученая профессия». Существование и «обильное развитие этой ученой профессии» является «характерным спутником правовой жизни» уже на таких ступенях развития культуры, когда о появлении и развитии научно-теоретического знания и исследования, «о добывании и разработке научного света ради него самого, ради знания и объяснения явлений еще нет и не может быть речи»[5]. В настоящее время, как и раньше, юриспруденция широко изучается в зарубежных юридических вузах как дисциплина, занимающаяся, согласно своей природе и характеру, по мнению японских исследователей, изучением «природы права, причин и условий его возникновения и развития». К основным направлениям ее исследования они относят: проблемы методологии права; изучение причин и условий возникновения и развития права; историю развития политической и социальной мысли; теорию государства и права с особым выделением демократических и тоталитарных доктрин; основные принципы организации деятельности органов юстиции и др.[6]

---

[1] *Шершеневич Н. Ф.* Общая теория права: Учебное пособие. М., 1995. Т. 1. С. 54.

[2] *Суворов С.* Лекции по энциклопедии права. СПб., 1907. С. 4.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: Учебное пособие. С. 55—58.

[4] Там же.

[5] *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1907. Т. 1. С. 213—214.

[6] Kodansha Encyclopedia of Japan. Tokyo, 1983. Vol. 4. P. 85.

Рассматриваемая отрасль знаний и учебная дисциплина, именуемая теорией государства и права, нередко выступала и выступает не только под названием энциклопедии права или юриспруденции, но и фактически отождествляется с **правоведением.** Последнее при этом рассматривают не иначе как «общественную науку, изучающую право как особую систему социальных норм», правовые формы организации и деятельности государства и политической системы общества[1].

Сравнивая различные сложившиеся в юридическом мире представления о юриспруденции, энциклопедии права и как о науке, и как об учебной дисциплине с содержанием теории государства и права, нетрудно заметить, что между ними существует значительное сходство. Речь идет, разумеется, о содержании теории государства и права и данных дисциплин, а не об их названии. Аналогично дело обстоит и с энциклопедией права, у которой сходное с теорией государства и права содержание, но, как видим, другое название.

Из этого следует, что, несмотря на то что, по общему правилу, название той или иной отрасли знаний и дисциплины, включая теорию государства и права, адекватно отражает ее содержание, из этого правила имеются исключения. Поэтому **при определении характера теории государства и права как самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины, при определении специфики ее предмета и объекта гораздо важнее и надежнее использовать не ее название, а ее суть и содержание.**

§ 2. Содержание предмета теории государства и права

Вопрос о содержании предмета теории государства и права традиционно вызывает споры среди исследователей государства и права и, естественно, решается далеко не одинаково.

Так, одними учеными в качестве предмета теории государства и права рассматриваются «общие закономерности возникновения, развития и функционирования государства и права как таковых и специфические закономерности возникновения, развития и функционирования государства и права каждого в отдельности, взятого классового (чаще употребляется термин «исторического») типа»[2].

Другими авторами предмет теории государства и права видится в том, что в качестве такового выступают «право и государство как явления общественной жизни, закономерности их возникновения, функционирования, их классово-политическая и общечеловеческая сущность, содержание и формы, юридические отношения и связи, особенности правового сознания и правовой культуры»[3].

В третьих случаях предмет теории государства и права представляется как «закономерный процесс возникновения и развития государства и права

---

[1] Энциклопедический словарь. М., 1984. С. 412.

[2] Теория государства и права / Под ред. А. И. Денисова. М., 1980. С. 4.

[3] Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 1999. С. 17.

на различных исторических ступенях движения классового общества, сущность, содержание, формы и функции государства и права, взаимосвязь государства и права, правотворчество и правоприменение...»[1].

Имеются и иные определения предмета теории государства и права. При существующих между ними различиях все они сходятся в том, что данная наука имеет дело с такими сторонами и процессами государственно-правовой жизни, как процесс возникновения, становления и развития государства и права — **общие закономерности данного процесса; взаимосвязь государства и права; их характерные признаки, формы, сущность, содержание и черты; место и роль государства и права в жизни общества и в его политической системе; право, правосознание, законность и конституционность; законодательный процесс и его отдельные стадии; правомерное поведение, правонарушение и юридическая ответственность.**

Кроме названных существуют и другие блоки вопросов, которые непосредственно связаны с государственно-правовой жизнью и входят в содержание предмета теории государства и права. Их много, и они весьма разнообразны. Перечислять все нет никакой необходимости, да и возможности. К тому же, как писал французский просветитель, правовед и философ Ш. Монтескье (1689—1755), «никогда не следует исчерпывать предмет до того, что уже ничего не остается на долю читателя, дело не в том, чтобы заставить его читать, а в том, чтобы заставить его думать»[2].

§ 3. Развитие предмета теории государства и права

При рассмотрении предмета теории государства и права методологически важным представляется подчеркнуть, что он, как и сама наука о государстве и праве и соответствующая ей учебная дисциплина, *не является чем-то раз и навсегда данным, неизменным, а с течением времени изменяется и развивается.* Это, в свою очередь, не только затрудняет, но и делает бессмысленными попытки исчерпывающего определения предмета теории государства и права и его содержания как чего-то застывшего.

Так, если раньше в рамках отечественного курса теории государства и права особое внимание уделялось «государству диктатуры пролетариата», «общенародному» государству и праву, «государству всеобщего благоденствия», «государству ночного сторожа» и другим считавшимся актуальными явлениям и понятиям, то в настоящее время эти теории и доктрины стали достоянием истории. На первый план вместо них все больше выдвигаются концепции «правового государства», «социального государства», естественно-правовые теории прав и свобод граждан и др.

---

[1] Теория государства и права / Под ред. А. И. Денисова. М., 1972. С. 7.

[2] *Монтескье Ш.* Избранные произведения. М., 1955. С. 316.

Различные изменения предмета теории государства и права находят свое отражение не только в соответствующей научной и учебной литературе, но и в конституционном законодательстве.

Не случайно в Конституции России 1993 г., отражающей официальный взгляд и оценку государственно-правовых явлений, особое внимание акцентируется на том, что Российская Федерация «есть демократическое федеративное правовое государство» (ст. 1), «социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека» (ст. 7).

Разумеется, **основа предмета теории государства и права — общие закономерности возникновения, развития и функционирования государства и права, ядро данной науки и учебной дисциплины сохраняется.** Неизменными остаются, например, такие общие закономерности, как возникновение и становление государства и права лишь на определенном этапе развития общества (на уровне его материального, а вместе с тем социального и иного расслоения), обусловленность характера и уровня развития государства и права характером и уровнем развития экономики и общества и др.

Что же касается используемого при этом эмпирического материала, а также различных «частных» теорий, взглядов и представлений о государственно-правовых явлениях, институтах и учреждениях, то они видоизменяются.

В зависимости от уровня, конкретно-исторических и иных условий развития общества, уровня развития общественного сознания, культуры и идеологии меняется также представление о самих государстве и праве, характере их взаимосвязи и взаимодействия, их месте и роли в жизни общества.

Причем все ведущиеся в настоящее время споры о характере взаимоотношения государства и права, а вместе с тем и о содержании теории государства и права как науки и учебной дисциплины *носят не только объективный,* обусловленный противоречивостью исследуемой материи, но *субъективный характер.* И это вполне естественно, поскольку сама государственно-правовая материя по своей природе и характеру является именно таковой.

§ 4. Объект изучения теории государства и права и соотношение его с предметом

В юридической литературе не без оснований отмечается, что «признание объекта общей теории права в качестве ее относительно самостоятельного элемента, отличного от того, что понимается под предметом данной науки, имеет принципиально важное значение». Ибо с помощью данной категории определяется круг явлений и процессов объективной реальности, с познания которых начинается сложный, противоречивый и чреватый ошибками и заблуждениями процесс познания предмета науки[1].

---

[1] *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. М., 2000. С. 97.

Вопрос о содержании объекта теории государства и права исследователями государственно-правовых явлений, институтов и учреждений понимается и решается по-разному.

Не подвергая сомнению тот факт, что объект теории государства и права, так же как и любой иной самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины, выступает не иначе как в виде объективной реальности, т. е. в виде реально существующих явлений, институтов и учреждений, в то же время авторы, занимающиеся изучением проблем государства и права, весьма по-разному понимают эту исследуемую ими объективную реальность.

Одни правоведы и государствоведы включают в понятие объективной реальности применительно к содержанию объекта теории государства и права «чистую» государственно-правовую действительность. По их мнению, содержание объекта теории государства и права — это *фактически вся существующая* в той или иной стране государственно-правовая надстройка, включающая в себя все государственные и правовые институты, правовые нормы, правоотношения, правопорядок, правотворчество, правоприменение и т. д.[1]

С такого рода выводом, равно как и с предшествующей ему логикой рассуждений, нельзя не согласиться. Они вполне понятны и оправданны. Однако до определенного предела. А именно — до тех пор, пока понятие «юридического» феномена не отождествляется и не смешивается с политическим или любым неюридическим феноменом. Пока государственно-правовые явления, институты и учреждения не растворяются в политических или иных явлениях, институтах и учреждениях.

Несомненно, что государство и право возникают и развиваются не в вакууме, а в определенной экономической, политической и иной среде, под постоянным воздействием этой среды. Соответственно они и изучаются с учетом воздействия на них данной среды.

Однако означает ли это, что объектом познания теории государства и права должна быть не только государственно-правовая материя, но и вся окружающая ее неюридическая среда? Несомненно, не означает. В противном случае имела бы место неправомерная подмена, а точнее — поглощение содержанием объекта теории государства и права содержания объектов политологии, социологии и других «прилегающих» к теории государства и права наук.

Неюридическая среда входит в содержание объекта теории государства и права наряду со всей реально существующей государственно-правовой материей лишь постольку, поскольку она имеет к ней непосредственное отношение, и лишь в той части, которая напрямую связана с государством и правом, а соответственно оказывает прямое воздействие на государство и право.

При рассмотрении вопроса о соотношении предмета теории государства и права с объектом исследования необходимо отметить, что не все авторы данные термины и понятия различают и не все они идею о проведении грани между объектом и предметом разделяют. В ряде научных

---

[1] См.: *Шабалин В. А.* Методологические вопросы правоведения. Саратов, 1972.

и учебных изданий понятия предмета и объекта исследования рассматриваются как совпадающие друг с другом, как идентичные.

Однако на самом деле, в реальной жизни и в исследуемой государственно-правовой действительности все обстоит далеко не так. А именно — наряду с предметом данной научной и учебной дисциплины существует также ее объект.

В плане их соотношения следует напомнить, что если в качестве предмета теории государства и права выступают общие закономерности возникновения, становления и развития государства и права, т. е. определенная сторона, срез или аспект государства и права, то в качестве объекта ее исследования выступают государство и право в целом.

§ 5. Методологический характер задач, решаемых теорией государства и права

Подобно любой иной отрасли знаний и учебной дисциплины, теория государства и права на каждом этапе своего развития преследует ряд конкретных целей и задач, на решение которых направляются усилия исследователей.

В реальной жизни зачастую трудно бывает определить характер этих целей и задач, а тем более квалифицировать их на «чисто» юридические, политические, академические и иные, ибо, по общему правилу, они весьма тесно переплетаются между собой и взаимно дополняют друг друга.

Несомненно, что подобное деление неизбежно окажется весьма условным и относительным, но тем не менее оно имеет смысл. Дело в том, что выделение даже смешанных (политических с юридическими, академических с политическими и т. д.) целей и задач, которые решаются в рамках теории государства и права, помогает наряду с ее предметом и содержанием лучше понять характер данной дисциплины, определить ее роль, функции и назначение.

Отвечая на вопрос о том, какие конкретно задачи решаются в пределах данной дисциплины, известный русский ученый И. Михайловский писал еще в начале XX в. в отношении **теории права**, что эта дисциплина ставит перед исследователем по крайней мере две академические задачи. Первая из них заключается в том, чтобы **построить «логически законченную систему понятий, лежащих в основе всех специальных юридических наук, и обобщить все результаты этих наук, проникнутые не только внешним, но и внутренним единством»**. А вторая задача состоит в том, чтобы **«изучить методы, при помощи которых разрабатываются специальные науки»**. При этом, пояснял автор, то, что «эта последняя задача не входит в область ни одной из специальных наук, совершенно, очевидно: вопросы методологии являются общими для всех наук»[1]. Нетрудно увидеть, что эти, равно как и другие им подобные задачи, решае-

[1] *Михайловский И. В.* Очерки философии права. Томск, 1914. Т. 1. С. 6.

мые теорией права, независимо от их видов, носят методологический характер.

Аналогичные академические, точнее, **методологические по своему характеру задачи имеет и теория государства.** На ранних стадиях развития общества, когда, с одной стороны, не проводилось деления между государством и политикой, когда, по выражению Г. Еллинека, «под влиянием античных воззрений» практиковалось употребление терминов «наука о государстве» и «политика» в качестве «равнозначащих»[1], а с другой — не прослеживалась достаточно четкая и последовательная взаимосвязь и взаимозависимость между государством и правом, задачи теории государства и задачи теории права ставились и решались обособленно.

В более поздний период развития общества и государства, включая современный, когда наряду с продолжавшейся и продолжающейся дифференциацией юридических наук и систем права на новые отрасли, подотрасли и институты возникла одновременно потребность в «обобщающей» науке, каковой логически стала теория государства и права, **задачи теории государства и задачи теории права приобрели известную общность и стали решаться не обособленно друг от друга, а вместе.**

Таким образом, те задачи, которые раньше возлагались в отдельности на теорию государства и на теорию права, теперь решаются теорией государства и права. Это касается в первую очередь методологических задач, связанных с выработкой новых и совершенствованием используемых государственно-правовых категорий и понятий, с разработкой и совершенствованием методов познания государства и права, с использованием новых философских и иных подходов к исследованию государственно-правовой материи.

При решении общих для теории государства и теории права методологических задач тем самым решаются и политико-юридические задачи. Ибо как нет методологии в «чистом», социально или классово нейтральном виде, так нет и соответствующих социально или классово «чистых» методологических задач.

Например, решая такой важный методологический вопрос, как понятие и определение права — этого «высшего и основного понятия» в юридической науке, по представлению Г. Ф. Шершеневича[2], или же аналогичный вопрос о понятии и определении государства, мы тем самым решаем одновременно и соответствующие политико-юридические вопросы, а именно вопросы о том, чьи социальные, а точнее, социально-политические и правовые ценности и интересы данные понятия и определения отражают; по каким социально-политическим и юридическим представлениям (чертежам) создаются те или иные государственно-правовые конструкции; наконец, в чьих политических и иных интересах они функционируют, чьи интересы и ценности они при этом выражают и защищают.

---

[1] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 5.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория государства и права: Учебное пособие. Т. 1. С. 23.

Наряду с методологическими задачами теория государства и права одновременно решает и мировоззренческие вопросы. Мировоззрение, согласно сложившемуся о нем представлению, выступает как «система обобщенных взглядов на объективный мир и место человека в нем, на отношение людей к окружающей их действительности и самим себе, а также обусловленные этими взглядами их убеждения, идеалы, принципы познания и деятельности»[1].

Мировоззрение в широком смысле слова включает совокупность всех самых разнообразных взглядов человека на окружающий мир. Это и философские, и политические, и правовые, и этические, а также иные взгляды и представления. Главным образом мировоззрение формируется под влиянием окружающего человека материального и духовного бытия, а также под воздействием получаемой им в процессе жизнедеятельности многообразной информации и различных знаний.

Немаловажную роль среди последних играют знания, формирующиеся в рамках теории государства и права и получаемые в процессе ее изучения. Будучи научными по своей природе, объективно отражающими окружающий человека государственно-правовой мир, они тем не менее выражают вполне определенное (философское, политическое, этическое и пр.) видение государственно-правовых явлений, институтов и учреждений.

§ 6. Метод и методология теории государства и права. Классификация методов

Наряду с **предметом и объектом**, свойственными любой научной и учебной дисциплине, теория государства и права имеет также и свой **метод**. По сравнению с предметом и объектом теории государства и права, которые дают ответ на вопрос о том, какую область общественно-политической и правовой жизни изучает данная наука и дисциплина, метод указывает на то, как, каким образом она это делает. Метод представляет собой своего рода средство, способ познания исследуемой государственно-правовой материи.

Безотносительно к конкретной отрасли знаний и учебной дисциплине метод представляется как прием изучения реальной действительности и получения о ней объективных знаний. Совокупность же методов научного познания действительности формирует методологию исследования.

Как отдельные методы, так и методология в целом определяются в решающей мере предметом самой науки. Это объективный фактор. Однако важную роль играют и субъективные факторы. Они заключаются в возможности и способности исследователя вырабатывать новые или же использовать по своему выбору старые наиболее эффективные методы исследования предмета.

Методология теории государства и права **представляет собой систему особых приемов, принципов и методов изучения общих закономерно-**

[1] Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 820.

стей возникновения, становления и развития государственно-правовых явлений. Для теории государства и права свойственно наличие не одного какого-либо отдельно взятого приема, принципа или способа исследования государства и права, а их системы, совокупности. Многие из них широко используются и в других науках. В особенности это касается принципов исследования государственно-правовой и иной материи, а также философских подходов.

Разумеется, государство и право могут изучаться и изучаются во всем мире с самых различных философских, мировоззренческих и идеологических позиций. Это вполне понятно и естественно. В связи с этим Конституция России, равно как и конституции ряда других стран, признает и закрепляет идеологическое многообразие. В Конституции Российской Федерации декларируется также, что «никакая идеология не сможет устанавливаться в качестве государственной или обязательной» и что «в Российской Федерации признаются политическое многообразие, многопартийность» (ч. 1—3 ст. 13).

Однако политическое и идеологическое многообразие, различные философские и мировоззренческие позиции и подходы к изучению государства и права вовсе не исключают, а, наоборот, всячески предполагают получение объективных знаний, полноценной информации об исследуемой материи, использование ряда частных и общих принципов и приемов, характерных не только для теории государства и права, но и для других гуманитарных наук и учебных дисциплин[1].

Наряду с различными философскими подходами к процессу изучения государства и права важное значение в системе методологии имеют сами методы или способы и средства познания.

В зависимости от сферы распространения и охвата исследуемой материи, а также от их специфики и характера все методы классифицируются на несколько групп. Это: а) всеобщий диалектико-материалистический метод; б) общие методы; в) специальные методы; г) частные методы[2].

Всеобщий диалектико-материалистический метод распространяется на все без исключения конкретные науки и на все этапы или стадии процесса познания. Особое внимание данному методу придавалось и придается в отечественной и зарубежной марксистской литературе. Характеризуя его с точки зрения динамичности и всеобщности, Ф. Энгельс писал, что «диалектика и есть не более как наука о всеобщих законах движения и развития природы, человеческого общества и мышления».

Диалектико-материалистический метод используется учеными других политических взглядов и мировоззрений. Это вполне понятно и объяс-

---

[1] Подробнее об этом см.: *Керимова Д. А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000. Гл. 1, 15.

[2] В отечественной юридической литературе имеет место и иная классификация методов. Например, все методы подразделяются на всеобщие, общенаучные, частнонаучные, дисциплинарные и междисциплинарные методы (*Иванников И. А.* Теория государства и права. Ростов-на-Дону, 2001. С. 12.).

нимо, поскольку данный метод затрагивает и помогает решать не только и даже не столько мировоззренческие, политико-идеологические проблемы, сколько сугубо научные, академические вопросы.

Применительно к теории государства и права, равно как и к любой иной науке, использование диалектико-материалистического метода, как показывает практика его применения, с неизбежностью ведет по нарастающей линии от менее емкого и глубокого знания к более широкому и глубокому знанию о государстве и праве, к быстрому накоплению теоретически и практически значимой о них и для них информации.

Одна из причин эффективности данного метода заключена в том, что с его помощью улавливается и теоретически отражается тот реальный исторический путь, по которому проходило и проходит само развитие государства и права. С помощью диалектико-материалистического метода внимание исследователя акцентируется не только на выявлении особенностей и определении понятия государства и права («определение понятия самого из себя» — *Ленин*), но и на их связях между собой и с окружающими их явлениями, институтами и учреждениями. Государство и право рассматриваются как в статике, так и в динамике — с точки зрения их эволюционного и революционного развития, с позиций их внутренних противоречий («противоречивость в самой вещи», «противоречивые силы и тенденции во всяком явлении» — *Ленин*), под углом зрения их взаимодействия с окружающей политической, экономической, социальной и иной средой.

Общие методы используются не только в теории государства и права, но и в других науках. Среди них — методы сравнения, анализа и синтеза, абстрагирования, системного и структурного подходов, методы подведения менее общего понятия под более общее, восхождения от абстрактного к конкретному и др.

Разумеется, не все эти методы одинаковы по частоте и эффективности применения. Например, методы анализа и синтеза используются в повседневной научной работе гораздо чаще, чем, скажем, системный метод. Однако все они имеют важное значение для получения объективных знаний о государстве и праве, для глубокого и всестороннего исследования рассматриваемой материи.

По широте охвата сферы применения и отчасти по своему характеру общие методы в своей совокупности ассоциируются со всеобщим диалектико-материалистическим методом[1]. Они находятся в постоянной взаимосвязи и взаимодействии, дополняют и развивают друг друга. Общие методы, так же как и всеобщий диалектико-материалистический метод, широко востребованы во всех без исключения конкретных науках. Однако, в отличие от последнего, общие методы, как справедливо отмечается в современной юридической литературе[2], охватывают собой далеко не все стадии научного познания. Сфера их применения ограничивается решением лишь определенных познавательных задач.

ирнов П. П. Теория государства и права: Конспект автор-
. С. 10—11.

/ Отв. ред. А. С. Пиголкин. М., 1993. С. 20.

Следует отметить также, что диалектико-материалистический метод, составные элементы которого в виде таких законов диалектики, как переход количественного состояния в качественное, отрицания, закон единства и борьбы противоположностей и др., действует повсеместно и на постоянной основе, независимо от того, осознается ли он исследователями. Некоторые общие методы, точнее их применение, ассоциируются иногда хотя и с весьма условными, но достаточно четко обозначенными временными рамками.

Речь идет, в частности, о таких общих методах, как **системный метод**, «открытие» которого для юридической науки, включая теорию государства и права, и широкое, интенсивное использование неразрывно связаны с разработкой системных исследований в различных сферах жизни общества лишь в послевоенный период.

Имеется в виду также **сравнительный метод**, активное использование которого применительно к государственно-правовой материи началось только со второй половины XIX — начала XX в., когда стала формироваться относительно самостоятельная отрасль правовых знаний под названием «сравнительное право». Это не означает, что сравнительный метод в юридической науке не применялся раньше. Однако это применение не имело постоянного, систематического характера.

Специальные методы. Они разрабатываются в рамках отдельных специальных наук и широко используются для изучения государства и права. К специальным методам обычно относятся математические, статистические, психологические, кибернетические, конкретно-социологические и многие другие.

Практическая значимость этих методов заключается в том, что они вместе с другими методами позволяют взглянуть на государство и право с позиций негосударственно-правовых дисциплин, помогают создать более полное представление о государстве и праве.

В частности, с помощью конкретно-социологического и статистического методов исследователь стремится получить количественные, а вместе с тем и качественные оценки различных государственно-правовых явлений, институтов и учреждений (например, эффективность предпринимаемых мер по борьбе с организованной преступностью и коррупцией), выявить основные тенденции развития государства и права на том или ином этапе их развития, наметить и применить наиболее действенные меры по борьбе с негативными последствиями в их развитии.

Частные методы. Главная особенность их заключается в том, что они вырабатываются самой теорией государства и права и другими юридическими науками и используются только в пределах этих наук. К данной группе методов следует отнести методы выработки правовых решений, методы толкования норм права, формально-юридический метод и др.

Частные, как и все другие методы теории государства и права, имеют не только сугубо академический, но и практический характер. Например, с помощью формально-юридического метода проводится исследование с целью выработки практических рекомендаций по дальнейшему развитию и совершенствованию различных форм или источников

права, отдельных правовых актов, норм и институтов, по систематизации существующего в стране нормативно-правового материала, по развитию законодательной и правоприменительной техники и т. д.

§ 7. Основные принципы познания государства и права

В методологическом арсенале теории государства и права весьма важную роль играют принципы познания исследуемой материи. Среди них особо выделяются такие, как принцип всесторонности исследования, принцип историзма, комплексности в изучении государства и права, органичного сочетания теории и практики, практического подтверждения теоретических выводов и др.

Что означает каждый из этих принципов и в чем их суть?

Основной смысл **принципа всесторонности** заключается в том, чтобы изучать государственно-правовые явления не сами по себе, а во взаимосвязи и взаимодействии с другими соотносящимися с ними явлениями. Полнота и всесторонность исследования предполагают также рассмотрение государства и права не в одном каком-либо аспекте, а во всех аспектах, дающих общее их видение.

Принцип историзма в исследовании государства и права означает рассмотрение существующих государственно-правовых явлений не только под углом зрения их настоящего, но и с позиций их прошлого и будущего. Весьма важны здесь ответы на вопросы, касающиеся причин возникновения государства и права, условий их становления и развития в настоящем и в прошлом, основных перспектив и тенденций их эволюции в будущем.

Рассматривая историю развития государственно-правовых и иных явлений в двояком смысле — как движение во времени, процесс и как познание этого процесса, известный русский историк, профессор Московского университета В. Ключевский настоятельно подчеркивал **именно такое многоплановое исследование данного процесса**, обусловленное многими причинами.

В одной из своих начальных лекций, составляющих курс русской истории, он говорил, что вполне понятен «практический интерес, побуждающий нас изучать историю России особо, выделяя ее из состава всеобщей истории: ведь это история нашего отечества». Но, подчеркивал автор, «этот воспитательный, т. е. практический, интерес не исключает научного, напротив, должен только придавать ему более дидактической силы». Итак, спрашивал В. Ключевский, начиная особый курс русской истории, какую научную цель может иметь «специальное изучение истории одной какой-либо страны, какого-либо отдельного народа»? И пояснял: «Эта цель должна быть выведена из общих задач исторического изучения», т. е. из задач изучения общей истории человечества[1]. Эта цель заключается в глубоком и всестороннем познании конкретных

[1] *Ключевский В. О.* Сочинения: В 9 т. Т. I. Курс русской истории. Ч. I. М., 1987. С. 33.

государства и права или любого иного явления, института и учреждения, а также в использовании исторического опыта для их развития и совершенствования.

Суть **принципа комплексности** изучения государства и права заключается в том, чтобы исследовать их не только с юридической точки зрения, но и с философской, социологической, политэкономической, политологической. Важно рассматривать все стороны и элементы государства и права не только в статике, но и в динамике: как они возникли, как развивались и какими стали теперь.

При этом в процессе познания государственно-правовых явлений используются категории, понятия и юридические («право», «законность», «правоотношение», «правотворчество», «правоприменение»), и из арсенала других наук.

В частности, весьма важными при этом являются такие философские категории и понятия, как «сущность», «форма», «содержание», «структура», «функция», «система», «элемент», «компонент» и др. Они выступают в качестве отправных, исходных положений в процессе исследования не только государственно-правовых, но и иных явлений, институтов и учреждений.

Основной смысл **принципа органического сочетания теории и практики** в процессе познания государства и права заключается в том, что изучение различных сторон государства и права на теоретическом уровне и разработка их концепций не могут успешно вестись без накопления соответствующего материала и его первичной обработки на эмпирическом уровне, без обстоятельного анализа и последующего синтеза эмпирических знаний, без глубокого изучения и обобщения сложившихся между ними взаимоотношений.

Постоянное изучение и обобщение практики функционирования государства и права разных стран способствуют общественно-политической и материальной деятельности людей и их организаций, направленной на укрепление и совершенствование этих институтов. Анализ практики, кроме того, дает возможность свести к минимуму или полностью устранить всякого рода негативные моменты, мешающие нормальному развитию государства и права, глубже понять и использовать механизмы их взаимодействия с экономикой обществом. Анализ практики позволяет также углубленно разрабатывать основные положения теории государства и права, усовершенствовать ее понятийный аппарат, выявлять тенденции и закономерность развития этой науки.

Глава II

МЕСТО И РОЛЬ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В СИСТЕМЕ ДРУГИХ НАУК

§ 1. Политико-юридический характер теории государства и права

Название каждой научной отрасли знаний и учебной дисциплины отражает особенности не только их предмета, но и характера и содержания. Это касается как естественных, технических, так и гуманитарных, общественных наук.

Теория государства и права в этом отношении не является исключением. Характер ее и содержание, находясь в органической связи и будучи обусловленными предметом этой науки, в значительной мере отражаются в ее названии.

О чем говорит название рассматриваемой отрасли знаний и учебной дисциплины? *Во-первых,* о том, что это — теория. А теория понимается как «система обобщенного знания», объяснения различных сторон исследуемого явления. Она воспринимается также как «форма научного знания, дающая целостное представление о закономерностях и существенных связях действительности»[1].

Во-вторых, что это не абстрактная теория, а «система обобщенного знания» о конкретных явлениях, в качестве каковых выступают государство и право[2]. *В-третьих,* что это не изолированные друг от друга явления и соответствующие им институты и учреждения, а взаимосвязанные между собой, взаимозависимые друг от друга и взаимодополняющие друг друга феномены. И, *в-четвертых,* что рассматриваемые феномены в виде государства и права по своему происхождению являются не естественными, техническими или природными, а сугубо общественными, социальными явлениями.

Исходя из того, что государство — социальное явление, общепринято (a priori) считать его одновременно и политическим явлением, а право, естественно,— юридическим явлением. В результате мы приходим к логическому выводу о том, что рассматриваемая отрасль знаний и учебная дисциплина под названием «теория государства и права», имеющая дело с данными феноменами, должна рассматриваться не иначе как одновременно в качестве политической и юридической отрасли знаний и дисциплины. *Политико-правовой характер теории государства и права отражается, таким образом, в ее названии.*

---

[1] Советский энциклопедический словарь. С. 1330.

[2] Подробнее об этом см.: *Сырых В. М.* Социология права: Учебное пособие. М., 2001. С. 72—103.

Однако, допуская возможность определения характера теории государства и права, равно как и любой иной дисциплины, по названию, следует обратить внимание вместе с тем на известную условность и даже поверхностность такого подхода и «метода» определения.

Дело заключается прежде всего в том, что данная отрасль знаний и учебная дисциплина не везде и не всегда именовалась и именуется теорией государства и права или общей теорией государства и права, как она сейчас иногда называется[1].

В ряде случаев она ассоциируется, например, с тем, что раньше называлось *энциклопедией права*. Раскрывая характер и содержание данной, довольно древней дисциплины, в которую, по словам Г. Ф. Шершеневича, в конце XVIII — начале XIX в. ворвался «новый философский дух», автор говорит о том, что в этот период энциклопедия права представляла собой «соединение элементов юридического, философского и исторического». В ее содержании в данный, как и в последующие, период, выделялись две основные тенденции. С одной стороны, стал заметно сокращаться традиционный для данной дисциплины «обзор различных частей положительного права», а с другой — «стал выдвигаться очерк основных понятий о праве. Энциклопедия права начала приближаться к философии права»[2].

Несмотря на то что в российских и западноевропейских университетах данной дисциплине первоначально уделялось значительное внимание, что ее нередко называли «наукой наук» и считали, что она «служит необходимым введением в изучение специальных юридических наук»[3], все же состоятельность энциклопедии права как самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины подвергалась со стороны ряда известных в то время ученых-юристов сомнению[4]. Со временем в России энциклопедия права по своему названию и содержанию постепенно «перешла в теорию права»[5], а на Западе наряду с ней и под ее определенным влиянием набрала силу такая дисциплина, как современная *юриспруденция*.

Нужно отметить, что юриспруденция как наука и учебная дисциплина возникла задолго до появления энциклопедии права. Юриспруденция, писал в связи с этим Л. Петражицкий,— это «весьма древняя наука и ученая профессия». Существование и «обильное развитие этой ученой профессии» является «характерным спутником правовой жизни» уже на таких ступенях развития культуры, когда о появлении и развитии научно-теоретического знания и исследования, «о добывании и разработке научного света ради него самого, ради знания и объяснения явлений еще нет и не может быть речи»[6]. В настоящее время, так же

---

[1] См., например: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия. М., 1970.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: Учебное пособие. С. 54.

[3] *Суворов С.* Лекции по энциклопедии права. С. 4.

[4] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 55—58.

[5] Там же.

[6] *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1. С. 213—214.

как это было и раньше, *среди авторов, занимающихся проблемами юриспруденции, нет единого мнения ни о предмете, ни о методе, ни о характере этой весьма важной юридической отрасли знаний и дисциплины.*

Отмечая данное обстоятельство и подчеркивая «неопределенность» даже самого термина и названия указанной науки и дисциплины, американские юристы считают, например, что юриспруденция представляет собой: а) систему знаний и «умений» в области права; б) науку, изучающую «писаные и неписаные права человека как таковые»; в) «систему права и самое право»[1]. Канадские ученые определяют юриспруденцию как «науку о праве, которая исследует принципы позитивного и реально существующего права, а также правовые отношения». Основными ее задачами являются: установление принципов, на основе которых создаются и реализуются нормы права; классификация этих принципов и установление их субординации; выделение в каждом из принципов наиболее важных, существенных элементов и отделение их от несущественных и др.[2]

Японские исследователи рассматривают юриспруденцию в качестве научной и учебной дисциплины, занимающейся «изучением природы права, причин и условий его возникновения и развития». К основным направлениям ее исследования они относят: проблемы методологии права; изучение причин и условий возникновения и развития права; историю развития политической и социальной мысли; теорию государства и права с особым выделением демократических и тоталитарных доктрин; основные принципы организации и деятельности органов юстиции и др.[3]

Наконец, отечественные ученые-юристы, отождествляя юриспруденцию с правоведением и юридической наукой, рассматривают ее как «общественную науку, изучающую право как особую систему социальных норм», правовые формы организации и деятельности государства и политической системы общества[4]. Сравнивая различные сложившиеся в юридическом мире представления о юриспруденции как о науке и учебной дисциплине с содержанием теории государства и права, нетрудно заметить, что между ними существует значительное сходство. Речь идет, разумеется, о содержании теории государства и права и юриспруденции, а не об их названии. Аналогично дело обстоит и с энциклопедией права, у которой сходное с теорией государства и права содержание, но, как видим, другое название.

Таким образом, несмотря на то что, по общему правилу, название той или иной отрасли знаний и дисциплины, включая теорию государства и права, адекватно отражает ее содержание, из этого правила имеются нередкие исключения. Поэтому *при определении характера теории государства и права как самостоятельной отрасли зна-*

---

[1] *Narner B.* A Dictipnary. Toronto, 1980.

[2] Canadian Law Dictionary. Toronto, 1983. Vol. 4. P. 85.

[3] Kodansha Encyclopedia of Japan. Vol. 4. P. 85.

[4] Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 412.

ний и учебной дисциплины гораздо важнее и надежнее использовать не ее название, а предмет и содержание.

Отвечая на вопрос, какой характер имеет теория государства и права и что она собой в социальном плане представляет, следует обращать внимание прежде всего не на ее название, а на то, чем она занимается, какие стороны или аспекты государства как политического феномена и права, как юридического явления она изучает, что составляет ее предмет и содержание.

Кроме того, важно исходить также из того, какие по характеру цели стоят перед теорией государства и права и какие по характеру задачи она решает. Ведь от того, на что направлено изучение охватываемого ее предметом материала, для решения каких по своему характеру (политических, юридических, сугубо научных, образовательных и пр.) задач используются получаемые при исследовании государства и права с позиций данной дисциплины научные знания, в значительной степени зависит характер теории государства и права.

Разумеется, в реальной жизни четкое деление задач или целей, которые преследуются в процессе научных исследований и при изучении теории государства и права, на чисто политические, академические и другие далеко не всегда представляется возможным, ибо зачастую они переплетаются друг с другом и взаимно дополняют друг друга. Такое деление весьма условно и относительно, но тем не менее оно имеет смысл. Дело в том, что выделение даже смешанных (политических с юридическими, академических с политическими и т. д.) целей и задач, которые решаются в рамках теории государства и права помогает наряду с ее предметом и содержанием лучше понять характер данной дисциплины.

Какие же задачи по своему характеру решает теория государства и права и какие цели она при этом преследует? Отвечая на данный вопрос еще в начале XX в. в отношении теории права, известный русский ученый И. Михайловский писал, что общая теория права ставит перед исследователем по крайней мере *две академические задачи.* Первая заключается в том, чтобы *построить «логически законченную систему понятий, лежащих в основе всех специальных юридических наук, и обобщить все результаты этих наук в одно гармоническое целое,* проникнутое не только внешним, но и внутренним единством». А вторая задача состоит в том, чтобы *«изучить методы, при помощи которых разрабатываются специальные науки».* При этом, пояснял автор, то, что «эта последняя задача не входит в область ни одной из специальных наук, совершенно очевидно: вопросы методологии являются общими для всех наук»[1].

Аналогичные академические, точнее — *методологические по своему характеру задачи* решала раньше и теория государства. На ранних стадиях развития общества, когда, с одной стороны, не проводилось деления между государством и политикой, когда, по выражению Г. Еллинека, «под влиянием античных воззрений» практиковалось употребле-

[1] *Михайловский И. В.* Очерки философии права. Т. 1. С. 6.

ние терминов «наука о государстве» и «политика» в качестве «равнозначащих»[1], а с другой — не прослеживалась достаточно четкая и последовательная взаимосвязь и взаимозависимость между государством и правом, задачи теории государства и задачи теории права ставились и решались обособленно.

Наука о государстве классической древности, констатировал в связи с этим Г. Еллинек, «не различала строго учений о государстве и о праве», тем более, что для нее «все вообще человеческое общежитие имело государственный характер». Прогрессирующая специализация, пояснял автор, обязанная своим происхождением развитию науки о праве у римлян, возвысила общее правоведение, в рамках которого стали изучать не только вопросы государства, но и вопросы права, «на степень самостоятельной области знания»[2]. В более поздний период развития общества и государства, включая современный, когда наряду с продолжавшейся и продолжающейся дифференциацией юридических наук и систем права на новые отрасли, подотрасли и институты появилась одновременно потребность в «обобщающей» науке, каковой логически стала теория государства и права, задачи теории государства и теории права приобрели известную общность и стали решаться не обособленно друг от друга, а вместе.

Поскольку в реальной жизни и в теории, отражающей эту жизнь, «науки о государстве и о праве находятся в тесной систематической связи»,— писал еще в XIX в. Г. Еллинек,— то существуют дисциплины, которые должны быть отнесены к той или другой, именно дисциплины, изучающие «юридические свойства и отношения» как самого государства, так и права. «Они являются науками как о государстве, так и праве»[3]. Одной из таких наук, наряду с историей государства и права, историей политических и правовых учений и др., является теория государства и права.

Решая общие для теории государства и для теории права методологические задачи, она тем самым решает и политико-юридические задачи. Ибо так же как нет методологии в чистом, социально- или классово-нейтральном виде, так нет и соответствующих социально- или классово чистых методологических задач. Например, изучая такой методологически важный вопрос, как понятие и определение права — этого «высшего и основного понятия» в юридической науке, по представлению Г. Ф. Шершеневича[4], или же решая аналогичный вопрос о понятии и соответствующие политико-юридические вопросы, а именно — вопросы о том, чьи социальные, а точнее — социально-политические и правовые ценности и интересы данные понятия и определения отражают; по каким социально-политическим и юридическим представлениям (чертежам) создаются те или иные государственно-правовые

---

[1] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. С. 5.

[2] Там же.

[3] Там же.

[4] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 23.

конструкции; наконец, в чьих политических и иных интересах они функционируют, чьи интересы и ценности они при этом выражают и защищают.

Наряду с методологическими задачами теория государства и права одновременно решает и мировоззренческие вопросы. Мировоззрение, согласно сложившемуся о нем представлению, выступает как «система обобщенных взглядов на объективный мир и место человека в нем, на отношение людей к окружающей их действительности и самим себе, а также обусловленными этими взглядами их убеждения, идеалы, принципы познания и деятельности»[1].

Мировоззрение в широком смысле слова включает в себя совокупность всех самых разнообразных взглядов человека на окружающий мир. Это и философские, и политические, и правовые, и этические, и все иные взгляды и представления. В решающей мере мировоззрение формируется под влиянием окружающего человека материального и духовного бытия, а также под воздействием получаемых им в процессе жизнедеятельности многообразной информации и различных знаний.

Немаловажную роль среди последних играют знания, формирующиеся в рамках теории государства и права и получаемые в процессе ее изучения. Будучи научными по своей природе, объективно отражающими окружающий человека государственно-правовой мир, они тем не менее выражают вполне определенное (философское, политическое, этическое и пр.) видение государственно-правовых явлений, институтов и учреждений.

В советской юридической литературе такое видение именовалось классовым подходом к рассмотрению проблем государства и права, объективным восприятием их сквозь призму классовых интересов ценностей и отношений. Нередко оно сопровождалось ссылками на, в принципе правильное, многократно подтвержденное самой жизнью, но несколько одностороннее ввиду своей ориентации только на классовое восприятие положение В. И. Ленина о том, что «люди всегда были и всегда будут глупенькими жертвами обмана и самообмана в политике, пока они не научатся за любыми нравственными, религиозными, политическими, социальными фразами, заявлениями, обещаниями разыскивать интересы тех или иных классов»[2].

Односторонность такого ориентированного только на классовые интересы и ценности подхода к оценке и восприятию государственно-правовых явлений, институтов и учреждений заключается в том, что при этом не учитываются все иные (групповые, индивидуальные, национальные и пр.) интересы и ценности. Это, несомненно, является крайностью.

Однако другая, не менее ярко проявляющаяся особенно в настоящее, постсоветское время крайность — представление о государстве, праве, законности, конституционности и пр. как о неких «свободных» от каких бы то ни было интересов и ценностей, кроме «общемировых»,

---

[1] Советский энциклопедический словарь. С. 820.

[2] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 23. С. 47.

«общечеловеческих» и других феноменов. За такими утверждениями на бытовом, прагматическом уровне чаще всего скрывается невежество или же лукавство, а на политическом и идеологическом уровнях — элементы фарисейства и демагогии. Дело в том, что в мире не было и нет ни чисто классовых, ни чисто надклассовых, общечеловеческих ценностей и интересов. А соответственно и отражающих их представлений и понятий о государственно-правовых явлениях, институтах и учреждениях. Все они взаимосвязаны и взаимозависимы. И все они в той или иной мере в их понятиях и определениях.

Теория государства и права, вырабатывая эти понятия и формулируя их определения, с неизбежностью (хотя и в разной степени) учитывает во избежание их явной субъективности и общественной неприемлемости все эти социальные ценности и интересы, создает тем самым объективно необходимые предпосылки для формирования как отдельных политико-правовых взглядов граждан, так и всего их мировоззрения[1]. В этом также, помимо ранее названных факторов, проявляется политико-юридический характер данной отрасли знаний и учебной дисциплины.

§ 2. Место и роль теории государства и права в системе гуманитарных наук

Теория государства и права, как было уже отмечено, далеко не единственная наука и учебная дисциплина, объектом исследования которой являются государство и право. Изучением последних занимаются также и другие дисциплины. Среди них *важное место занимают неюридические отрасли знаний и дисциплины,* такие, как философия, политология, экономические науки, социология и социальная психология.

В процессе исследования государства и права вполне естественно и неизбежно возникает вопрос о соотношении их друг с другом, а также с теорией государства и права.

Как соотносится, например, *теория государства и права с философией,* имеющей также отчасти дело с государственно-правовой материей? Отвечая на данный вопрос, следует сказать прежде всего, что философия — наука о всеобщих закономерностях, которым подчиняются как бытие человека (природа и общество), так и человеческое мышление, процесс познания. С теорией государства и права у нее весьма глубокая и многогранная связь. Она прослеживается по разным направлениям.

Теория государства и права широко использует, в частности, *философские категории и всеобщие понятия,* выработанные в течение многих столетий представителями этой науки. В свою очередь, философия в процессе своего развития и совершенствования постоянно опирается на тот материал, который вырабатывается теорией государства и права вместе с другими юридическими науками и который помогает

[1] *Гревцов Ю. И.* Социология права: Курс лекций. СПб., 2001. С. 37—39.

ей формулировать общие принципы государственно-правового развития общества.

Среди философских категорий и понятий, которые активно применяются в теории государства и права, в качестве примеров можно назвать такие, как «отношение», «функции», «прогресс», «свобода», «развитие», «эволюция», «связь», «целое» и др. *Широкое использование философских категорий и понятий в рамках теории государства и права имеет не только сугубо теоретическое, но и огромное методологическое значение.*

Весомую роль в развитии теории государства и права играет также широкое использование ею философских законов и закономерностей, философский, *мировоззренческий аспекты.* Ведь не следует забывать, что философия является одной из важнейших форм общественного сознания, направленной на выработку определенного мировоззрения как отдельного человека, так и всего общества, на формирование системы идей, взглядов и представлений об окружающем мире и о месте в нем человека. И на основе того, на каких мировоззренческих позициях стоит исследователь, в значительной мере будут определяться и результаты его исследований.

В учебной и научной литературе совершенно справедливо в связи с этим указывается, что «обращение к передовым достижениям философии при изучении проблем государства и права» позволяет исследователям избегать мировоззренческих ошибок, способствует правильной постановке новых проблем и более осознанному решению «вечных» вопросов государства и права[1].

Прямая и остро ощутимая зависимость государственно-правовых теорий и взглядов от тех или иных философских воззрений прослеживается на всех этапах развития человеческого общества.

Идеологические основы мировоззрения зачастую способствовали выработке и насаждению антидемократических государственно-правовых теорий и идей. Например, идеалистическая по своему характеру философская система Гегеля объективно дала импульс распространению консервативно-реакционных взглядов на государство и право. Рассматривая государство как идею разума, свободы и права, а его существование и функционирование — как шествие Бога в мире, Гегель предлагал в качестве образца такой идеи разума считать конституционную монархию. Развивая свои взгляды в далеко не демократических условиях прусской монархии, Гегель рьяно отстаивал суверенитет наследственного конституционного монарха, отвергал демократическую идею народного суверенитета, восхвалял чиновничество как главную опору государства «в отношении законности и интеллигентности».

Материалистические основы мировоззрения, в отличие от идеалистических, чаще всего способствовали возникновению и развитию прогрессивных, демократических государственно-правовых теорий и идей. В качестве примера можно сослаться на материалистические

[1] Теория государства и права / Отв. ред. В. М. Корельский, В. Д. Перевалов. Екатеринбург, 1996. С. 19.

основы мировоззрения Дж. Локка, содействовавшие выработке представления о государстве как о «социальном институте», призванном обслуживать интересы не отдельных лиц, а всех слоев общества, о неотчуждаемости человека «ни при каких обстоятельствах» от ряда естественных прав и свобод (право на жизнь, право владения имуществом и др.), о необходимости установления и реализации принципа разделения властей, и др.

Справедливости ради следует отметить, однако, что не всегда идеализм в философии приводил к появлению консервативных, антидемократических теорий и идей в сфере государственной и правовой жизни. И наоборот, материалистические философские воззрения не всегда выступали в качестве надежной основы для выработки и реализации прогрессивных, демократических государственно-правовых теорий и идей.

В подтверждение сказанного можно сослаться на идеалистические основы мировоззрения Т. Мора, сочетавшиеся с его твердыми религиозными убеждениями, которые не только не привели его, как это можно было ожидать, исходя из его социального положения (известный государственный деятель, канцлер Англии в 1529—1532 гг.), к оправданию существовавшего в то время в Англии антидемократического по своей природе, монархического строя, но, наоборот, подтолкнули его к завуалированной критике этого строя, к описанию им в своей знаменитой «Утопии» некоего идеально демократического, фантастического по своему духу государственного строя.

В отличие от других стран, повествовал автор устами своего героя Гитолдея, где «повсюду говорящие об общественном благополучии заботятся только о своем собственном», при данном, единственном в своем роде общественном строе, «где нет никакой частной собственности, они фактически занимаются общественными делами». Далее. В других странах каждый знает, что «как бы общество ни процветало, он все равно умрет с голоду, если не позаботится о себе лично». Поэтому в силу необходимости он «должен предпочитать собственные интересы интересам народа».

Что же касается данного общественного строя, то здесь, «где все принадлежит всем, наоборот, никто не сомневается в том, что ни один частный человек не будет ни в чем терпеть нужды, стоит только позаботиться о том, чтобы общественные магазины были полны». Тут не надо тревожиться, продолжал автор, насчет своего пропитания; «не приходится страдать от жалобных требований жены, опасаться бедности для сына, беспокоиться о приданом дочери». Каждый может быть спокоен «насчет пропитания и благополучия как своего, так и всех своих близких»[1].

Говоря о роли философского мировоззрения в разработке государственно-правовых теорий и идей, нельзя забывать о том, что оно способствует не только развитию научных исследований, но и лучшему усвоению изучаемого в курсе теории государства и права материала.

---

[1] *Мор Т.* Утопия. М., 1947. С. 211—212.

Наряду с философией *теория государства и права имеет тесные связи и с политологией.* Политология — это наука, занимающаяся изучением всего многообразия политологического мира, именуемого политикой. В поле зрения исследователей-политологов находятся общие законы развития политических явлений, институтов и учреждений, вопросы политической власти, политической системы, политической идеологии, политического режима, политических отношений и др.[1]

Используя политологические данные, теория государства и права рассматривает государственно-правовые явления не только с точки зрения их внутреннего строения, формы, сущности и содержания, но и под углом зрения их места и роли в системе других политических по своему характеру явлений, институтов и учреждений. Это дает возможность исследовать их не только самих по себе, но и в контексте их связей с окружающей политической средой. В результате такого подхода, например, к исследованию государства или его отдельных органов появляется возможность видения государства и его аппарата не только «изнутри», но и «извне» — со стороны его связей с политической системой общества или же с ее отдельными элементами, такими, как политические партии, общественно-политические организации, союзы и пр.

Между теорией государства и права и политологией существуют не только прямые, но и обратные связи. Это означает, что не только политология оказывает влияние на развитие теории государства и права, но и наоборот. Последнее проявляется, в частности, в том, что в процессе проведения политологических исследований и изучения курса политологии широко используются, наряду с собственно политологическим материалом, также положения и выводы, сделанные специалистами в области теории государства и права. Это касается, например, вопросов понимания государства и государственного механизма, проблем определения политической власти, соотношения политического и государственного режимов, форм и функций государства, соотношения государства, политических партий и регулирующих их деятельность норм права.

Неразрывная связь существует также между *теорией государства и права и экономическими науками.* Последние, выступая в качестве важнейшей составной части общественных наук, включают в себя политическую экономию, историю экономической мысли, экономическую статистику, экономику труда, экономику отдельных отраслей хозяйства, финансы и кредит и др. Теоретическую и методологическую основу экономической науки составляет политэкономия.

Экономические науки, занимаясь изучением различных средств и способов производства, форм собственности, методов управления экономикой, характера производительных сил и производственных отношений, проблем труда и заработной платы и т. п., решают тем самым не только сугубо экономические, но и социально-политические вопросы.

Ведь от того, например, как, на какой основе решаются проблемы производства, накопления и распределения материальных и иных благ,

[1] Политология: Курс лекций / Отв. ред. М. Н. Марченко. 3-е изд. М., 1999. С. 13—42.

вопросы соотношения производственных и распределительных отношений, во многом зависит состояние не только экономики, но и самого общества, а вместе с ним и государства.

Не случайно поэтому данным вопросам в экономических науках традиционно уделялось повышенное внимание. А определение законов, которые «управляют» процессами производства и распределения, известный английский экономист XVIII в. Д. Рикардо считал «главной задачей политической экономии».

Продукт земли, писал он, «все, что получается с ее поверхности путем соединенного положения труда, машин и капитала», делится между тремя классами общества, а именно: владельцами земли, собственниками денег или капитала, необходимого для ее обработки, и рабочими, трудом которых она обрабатывается.

Но доли всего продукта земли, продолжал автор, достающиеся каждому из этих классов под именем «ренты», «прибыли» и «заработной платы», весьма различны на разных стадиях общественного развития, «в зависимости главным образом от уровня плодородия почвы, накопления капитала и роста населения, от квалификации и изобретательности работников и от орудий, применяемых в земледелии. Определить законы, которые управляют этим распределением,— главная задача политической экономии»[1].

Опираясь на основные выводы и положения, сформулированные экономическими науками, теория государства и права исходит из предпосылки, что экономика, материальный базис общества оказывают в конечном счете решающее воздействие на процесс формирования и развития соответствующей им надстройки, одной из составных частей которой являются государство и право.

Многовековой опыт существования общества показывает, что каждому типу или разновидности экономики (рабовладельческого, феодального или иного общества) должен соответствовать вполне определенный тип государственной и правовой систем. В этом смысле допустимо, с известными оговорками о несовпадении в деталях, говорить об экономической обусловленности и даже об экономической заданности государственно-правовых явлений, институтов и учреждений.

Из этого следует, что, не преувеличивая, а тем более не абсолютизируя характер прямой связи и обусловленности государственно-правовой материи экономической материей, его не следует и преуменьшать. Опыт России и многих других стран со всей убедительностью показал, что даже в рамках одного и того же типа экономики и государственно-правовой системы учет характера этой связи и обусловленности имеет огромное не только теоретическое, но и практическое значение.

Это означает, помимо всего прочего, *что успешное проведение радикальных политических или государственно-правовых преобразований в той или иной стране с неизбежностью предполагает одновременное проведение и соответствующих экономических преобразований. И наоборот.*

---

[1] *Рикардо Д.* Сочинения. М., 1955. Т. I. С. 39.

Теория государства и права исходит также из того, что не только экономика, а вместе с ней экономические науки влияют на государство и право, а следовательно, и на юридические науки, но и, в свою очередь, последние оказывают значительное влияние на первые. В юридической литературе правильно указывалось, что стихийное, не опосредованное государственно-правовым регулированием развитие экономических процессов может привести к расстройству и упадку всей системы материального производства. Мировой опыт показывает, что политическая власть, не принимающая необходимых мер для целенаправленного развития экономики, может причинить экономическому развитию величайший вред, подорвать и попусту разбазарить экономический потенциал страны. Результаты такого пагубного воздействия, например, российской государственной власти на экономику бывшего СССР и нынешней России стали очевидными, что подтверждает справедливость данного положения.

Большое академическое и политико-практическое значение имеют постоянные связи теории государства и права с социологией. Согласно сложившемуся в научном мире представлению, социология является одной из гуманитарных дисциплин, занимающейся изучением общества как целостной системы, а также его отдельных составных частей и институтов, различных социальных слоев, групп. В центре внимания социологов неизменно находятся вопросы организации и управления обществом, закономерности и тенденции развития и функционирования различных социальных систем.

Понятие социологии — это «обобщенное», точнее, общеродовое понятие, которым охватывается целый ряд ее отраслей, включая такие, например, как социология политики, социология отдельных составных частей экономики (промышленности, сельского хозяйства и т. п.), социология образования, социология права и др.

Теория государства и права опирается в своем развитии как на общую социологическую теорию и методологию, изучающую закономерности функционирования всего общества, так и на частные социологические теории, имеющие дело с закономерностями развития отдельных сфер жизни общества.

С теоретической точки зрения весьма важное значение имеет использование в процессе изучения государственно-правовых явлений, институтов и учреждений выводов и обобщений, сделанных в рамках социологии политики и социологии права. Особую значимость при этом приобретают даже те весьма спорные и противоречивые суждения и понятия, которым за пределами социологии, вне социологического контекста и фона уделялось бы гораздо меньше внимания. В качестве примера можно сослаться на довольно спорное и одностороннее рассмотрение (в социологическом плане) государства и права как исключительно «силовых», «принудительных институтов».

Современное государство, доказывал еще в начале XX в. известный немецкий социолог М. Вебер, есть «то человеческое сообщество, которое внутри определенной области» претендует на «монополию легитимного физического насилия». Ибо для нашей эпохи характерно то, что

«право на физическое насилие приписывается всем другим союзам или отдельным лицам» лишь настолько, насколько государство допускает со своей стороны это насилие: единственным источником «права» на насилие считается государство.

И далее. Государство, равно как и другие политические союзы, исторически ему предшествовавшие, есть «отношение господства людей над людьми», опирающееся на легитимное (во всяком случае, считающееся легитимным) насилие как средство. «Таким образом, чтобы оно существовало, люди, находящиеся под господством, должны подчиняться авторитету, на который претендуют те, кто теперь господствует»[1].

Подход к государству, а соответственно и к исходящему от него позитивному праву как к институтам (средствам) господства и подчинения, насилия и принуждения в определенной мере адекватно отражает реальную действительность.

Однако при этом не учитываются другие стороны государства и права. В частности, вне поля зрения исследователей остаются охранительные, протекционистские, защитительные, воспитательные и иные функции государства и права. Игнорируется, в частности, тот факт, что государство в повседневной жизни и многообразных отношениях может выступать не только в качестве суверена, устанавливающего общеобязательные для всех своих граждан и организаций — физических и юридических лиц правила поведения. Во многих отношениях с ними оно может выступать также в качестве равноправного партнера.

Это относится в первую очередь к гражданско-правовым отношениям. Согласно, например, ст. 124 Гражданского кодекса РФ «Российская Федерация, субъекты Российской Федерации: республики, края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа, а также городские, сельские поселения и другие муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами». К государству в целом, равно как и к другим связанным с ним субъектам гражданско-правовых отношений, согласно действующему законодательству, применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, «если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов» (п. 2 ст. 124 ГК РФ).

Рассмотрение государства и права с социологических позиций помогает глубже и разностороннее понять их и с других позиций, в частности с точки зрения теории государства и права[2].

Этому же способствует и широкое использование теоретиками государства и права конкретных социологических исследований жизнедеятельности государственно-правовых институтов. Помимо академической важности они имеют определенную и практическую значимость. Данные социологических исследований позволяют успешно решать, например, проблемы совершенствования государственного аппарата, дальнейшего

---

[1] *Вебер М.* Избранные произведения. М., 1998. С. 645, 646.

[2] См.: *Сырых В. М.* Социология права.

развития форм и содержания (функций) государства, повышения эффективности права.

Постоянная и последовательная связь теории государства и права прослеживается с *социальной психологией.*

Сформировавшись как самостоятельная отрасль знаний (отрасль психологии) и самостоятельная дисциплина в начале XX в., социальная психология представляет собой науку, занимающуюся выявлением и изучением закономерностей поведения людей, обусловленных фактом их принадлежности к определенным социальным слоям и группам, а также изучением психологических характеристик отдельных человеческих сообществ и групп.

Имея предметом своего изучения общие закономерности возникновения, становления и развития государства и права, теория государства и права не может решать свои задачи без учета достижений социальной психологии, без знания социально-психологических особенностей отдельных социальных групп (властных и прочих структур) и всего общества в целом. Попытки определения уровня правового сознания общества, степени развития правовой культуры населения, эффективности правотворчества и правоприменения в той или иной стране — все это и многое другое можно успешно решить лишь при условии широкого использования достижений социальной психологии.

При рассмотрении проблем возникновения, становления и развития государства и права весьма важно иметь в виду также, что это не формальные, социально индифферентные или социально выхолощенные процессы, протекающие сами собой, вне поля зрения и участия в них отдельных слоев или всего общества. Это социально обусловленные, общественные процессы, как в рамках отдельно взятых стран, так и всего мирового сообщества.

От состояния социальной психологии, выражающегося в социально-политической активности или, наоборот, в перманентной пассивности населения, в душевной приподнятости и целенаправленности народа и нации или, наоборот, их психологической подавленности, социальной апатии и безразличии к судьбе общества и государства; в историческом оптимизме народа и нации или же в их неверии в будущее существующей общественной и государственно-правовой системы, историческом пессимизме; в уверенности перед грядущим будущим или в страхе за будущее своей страны, государства и общества; в полном доверии и уважении к властям предержащим или же, наоборот, в полном неверии в их способности управлять страной и их общественном презрении,— от всего этого и многого другого в значительной степени зависят не только стабильность и эффективность существующего государства и права, но и реальные перспективы их существования и развития. От этого же зависят их жизнеспособность и конкурентоспособность на мировой арене.

Современный опыт России, так же как и многих других стран, со всей очевидностью доказывает, что наряду с системой иных факторов именно психологическое состояние общества оказывает весьма важное воздействие на процесс становления и развития, а также на характер (демократиче-

ский, псевдодемократический, олигархический и т. п.) вновь возникающего государственно-правового и общественного строя.

Известный французский социолог, психолог и историк Гюстав Лебон, живший на рубеже XIX—XX в., вместе с рядом других авторов считал даже, что на процесс возникновения, становления и развития государственно-правовых и общественных институтов решающее влияние оказывают не только временно возникающие и исчезающие социально-психологические факторы, но и *постоянно существующий у каждого народа, расы и нации свой душевный настрой, своя душа.*

Наиболее яркое впечатление, вынесенное мною из продолжительных путешествий по разным странам, писал автор в своей знаменитой работе «Психология народов и масс»,— это то, что «каждый народ обладает своим душевным строем столь же устойчивым, как и его анатомические особенности, и от него-то и происходят его чувства и его искусства»[1].

Многие мыслители древности и современности, продолжал автор, «думали найти в учреждениях народов причину их развития. Я же убежден в противном и надеюсь доказать», что учреждения имеют на развитие цивилизации крайне слабое влияние. «Они чаще всего являются следствиями, но очень редко бывают причинами»[2].

Без сомнения, подытоживал Г. Лебон, история народов определяется очень различными факторами. Она полна особенными событиями, случайностями, которые были, но могли и не быть. Однако рядом с этими случайностями, с этими побочными обстоятельствами существуют «великие неизменные законы», управляющие общим ходом каждой цивилизации. Эти неизменные, самые общие и самые основные законы вытекают из душевного строя народов и рас. Жизнь народа, его учреждения, его верования и искусства суть только видимые продукты его невидимой души. «Для того, чтобы какой-нибудь народ преобразовал свои учреждения, свои верования и свое искусство, он должен сначала переделать свою душу. Для того, чтобы он мог передать другому свою цивилизацию, нужно, чтобы он был в состоянии передать также свою душу»[3].

Говоря о влиянии душевного настроя народов и рас на процесс возникновения, становления и развития государственно-правовых и общественных институтов, Г. Лебон повествует также *о значительном (зачастую в негативном плане) воздействии на данный процесс толпы.*

Под термином «толпа» автором понимается «собрание индивидов», отличающееся по своим специфическим признакам и особенностям, с одной стороны, от народа, который под действием ряда факторов иногда становится толпой, а с другой — от каждого из отдельных индивидов, формирующих эту толпу.

В собрании индивидов, именуемом толпой, поясняет ученый, сознательная личность исчезает, причем чувства и идеи всех отдельных лиц,

---

[1] *Лебон Г.* Психология народов и масс. СПб., 1995. С. 12.

[2] Там же. С. 13.

[3] Там же.

образующих толпу, «принимают одно и то же направление». Образуется «коллективная душа», хотя и имеющая временный характер, но вместе с тем приобретающая «очень определенные черты». Собрание индивидов в таких случаях, считает Г. Лебон, становится тем, что называется «организованной толпой или толпой одухотворенной, составляющей единое существо и подчиняющейся закону духовного единства толпы»[1].

Характерными признаками толпы, оказывающими хотя и кратковременное, но вместе с тем нередко весьма ощутимое воздействие на государственно-правовую и общественную жизнь, согласно учению Г. Лебона, являются следующие.

Прежде всего, это *психологическое подавление индивида и полное его подчинение разбушевавшейся в своих страстях толпе.* Поразительный факт, замечает в связи с этим автор, заключается в том, что каковы бы ни были индивиды, составляющие толпу, каков бы ни был их образ жизни, занятия, их характер или ум, их превращения в толпу достаточно для того, чтобы «у них образовался род коллективной души, заставляющей их чувствовать, думать и действовать совершенно иначе, чем думал бы, действовал и чувствовал каждый из них в отдельности»[2].

Преобладание в толпе бессознательного над сознательным. Сознательная жизнь ума в этих условиях, по наблюдению Г. Лебона, «составляет лишь очень малую часть по сравнению с его бессознательной жизнью». В толпе индивид «перестает быть самим собой и становится автоматом, у которого своей воли не существует». Его состояние «очень напоминает состояние загипнотизированного субъекта». Такой субъект вследствие «парализованности своей сознательной мозговой жизни становится рабом бессознательной деятельности своего спинного мозга, которой *гипнотизер управляет по своему произволу».* Сознательная личность у загипнотизированного совершенно исчезает, так же как воля и рассудок, и все чувства и мысли направляются волей гипнотизера[3]. *В толпе исчезают любые выдающиеся, незаурядные качества индивида и доминируют общие для всех самые заурядные качества.* Такое «соединение заурядных качеств в толпе» и объясняет нам, по мнению автора, почему толпа никогда не может выполнить действия, требующие возвышенного ума. Решения, касающиеся общих интересов, принятые собранием даже знаменитых людей в области разных специальностей, мало чем отличаются «от решений, принятых собранием глупцов», так как и в том и в другом случае «соединяются не какие-нибудь выдающиеся качества, а только заурядные, встречающиеся у всех. В толпе может происходить накопление только глупости, а не ума»[4].

Чрезмерная легковерность толпы и податливость ее внушению. Всегда блуждая на границе бессознательного, толпа, «лишенная

---

[1] *Лебон Г.* Указ. соч. С. 156—157.

[2] Там же. С. 159.

[3] Там же. С. 160, 163.

[4] Там же. С. 161.

всяких критических возможностей», является весьма склонной к восприятию всякого рода легенд, «самых неправдоподобных рассказов», небылиц, а также к «коллективным галлюцинациям».

Не нужно даже, чтобы прошли столетия после смерти героев, писал Г. Лебон, для того, чтобы «воображение толпы видоизменило их легенду». Превращение легенды совершается иногда в несколько лет[1]. Так, при Бурбонах Наполеон изображался каким-то идиллическим филантропом и либералом, другом униженных. Тридцать лет спустя добродушный герой превратился в кровожадного деспота, который завладел властью и свободой, погубил три миллиона человек единственно только для удовлетворения своего тщеславия. Теперь мы присутствуем при новом превращении этой легенды. Когда пройдет еще несколько десятков столетий, ученые будущего, ввиду таких противоречивых повествований о герое, быть может, вообще подвергнут сомнению само его существование.

Явная склонность толпы к впадению в крайности, преувеличениям происходящих событий, к «односторонности чувств» и восприятия. Односторонность и преувеличение чувств толпы ведут к тому, что она не ведает ни сомнений, ни колебаний. «Как женщина, толпа всегда впадает в крайности». Высказанное подозрение тотчас же превращается в неоспоримую очевидность. Чувство антипатии и неодобрения, едва зарождающееся в отдельном индивиде, «в толпе тотчас же превращается у него в самую свирепую ненависть»[2].

В толпе «индивид приближается к примитивным существам», «дурак, невежда и завистник освобождаются от сознания своего ничтожества и бессилия, заменяющегося у них сознанием грубой силы, преходящей, но безмерной»[3]. Кроме названных черт и особенностей толпы, оказывающих определенное влияние на социально-правовую сферу жизни общества, следует указать также на такие свойственные ей признаки, как *«заразительность» всякого рода митинговыми лозунгами и призывами, осознание ею чувства некой неодолимой силы, импульсивность, раздражительность, изменчивость в настроениях и мнениях, консерватизм и нетерпимость.*

Кроме того, по мнению Г. Лебона и других представителей социальной психологии, толпу отличает такой признак, как *«авторитарность в своих суждениях».* Это означает, *с одной стороны*, что толпа не терпит каких бы то ни было возражений и «прекословий». Индивид «может перенести противоречие и оспаривание, толпа же их не переносит». Малейшее публичное прекословие «немедленно вызывает яростные крики и бурные ругательства в толпе, за которыми следуют действия и изгнание оратора»[4]. С *другой стороны*, это означает, что толпа сама бывает весьма податливой и восприимчивой по отношению к та-

[1] *Лебон Г.* Указ. соч. С. 177.

[2] Там же. С. 178.

[3] Там же. С. 179.

[4] Там же.

ким «определенным чувствам», как авторитарность и нетерпимость, «как только они будут ей навязаны».

Массы, поясняет в связи с этим Г. Лебон, «уважают только силу, и доброта их мало трогает», ибо они смотрят на нее как на одну из форм слабости. И далее. «Симпатии толпы всегда были на стороне тиранов, подчиняющих ее себе, а не на стороне добрых властителей». Самые высокие статуи толпа всегда воздвигает первым, а не последним. Если толпа охотно топчет повергнутого деспота, то это происходит лишь оттого, что, «потеряв силу, деспот этот уже попадает в категорию слабых, которых презирают, потому что их не боятся»[1].

Из всего сказанного о специфических признаках и особенностях толпы, равно как и о других социальных феноменах, рассматриваемых в рамках социальной психологии, можно прийти к выводу, что для теории государства и права они имеют не только академическое, но и прикладное, политико-практическое значение. Они помогают глубже понять содержание и тенденции развития государственно-правовой и общественной жизни, суть происходящих в той или иной стране общественно-политических процессов, технологию управления государством и обществом, приемы манипулирования общественным мнением и сознанием.

В теоретическом плане они заставляют задуматься и попытаться осмыслить тот множество раз подтвержденный самой жизнью факт, что в судьбах страны, общества и государства, в особенности при проведении всевозможных реформ и революций, в разрушении старых, неугодных стремящимся к власти слоям и классам общественно-политических и государственных структур огромное значение имеет не только сознательное участие масс в этих процессах, но и их неосознанное, зачастую подогреваемое и манипулируемое извне участие.

Огромную теоретическую и политико-практическую важность для глубокого понимания сути государства и права, а также проведения четкого различия между демократическим и псевдодемократическим государством, между «демократией» и «массократией» или, что одно и то же — «толпократией», имеет осознание тезиса, развиваемого Г. Лебоном и другими учеными о том, что «целый народ под воздействием известных влияний иногда становится толпой»[2]. В качестве «известных влияний» могут выступать массированное воздействие на сознание масс со стороны официальной идеологии и пропаганды, оболванивание населения средствами массовой информации, зомбирование его с помощью других находящихся в распоряжении правящих кругов средств.

§ 3. Соотношение теории государства и права с другими юридическими науками

Теория государства и права занимает важное место не только среди гуманитарных неюридических, но и в системе юридических наук. В зави-

[1] *Лебон Г.* Указ. соч. С. 181—182.

[2] Там же. С. 157.

симости от предмета исследования и сферы научного познания все юридические науки и учебные дисциплины подразделяются на три основные группы: историко- и теоретико-правовые, отраслевые и специальные (прикладные) юридические науки и дисциплины.

К историко- и теоретико-правовым дисциплинам относятся история отечественного государства и права, история государства и права зарубежных стран, история политических и правовых учений, теория государства и права, философия права, социология права и сравнительное право, или сравнительное правоведение. К этой же группе юридических наук следует отнести также все более проявляющуюся как самостоятельная отрасль знаний и дисциплина юридическую конфликтологию.

К отраслевым юридическим наукам и учебным дисциплинам относятся конституционное право, административное, коммунальное, гражданское, финансовое, коммерческое, уголовное, уголовно-процессуальное, трудовое, земельное, экологическое право и другие юридические науки, имеющие в качестве объекта изучения различные отрасли права.

Специальные (прикладные) юридические науки и учебные дисциплины — это криминалистика, криминология, судебная медицина, судебная психиатрия, судебная статистика и др.

Особое место в системе юридических наук занимает международное право.

Для того чтобы понять, какое место теории государства и права отводится в системе юридических наук и какую роль она при этом играет, необходимо соотнести ее с каждой из названных групп наук.

Обратимся вначале к историко- и теоретико-правовым наукам и дисциплинам. В данной группе наук и дисциплин объективно существуют две подгруппы — историко-правовые и теоретико-правовые дисциплины. Относясь ко второй подгруппе, теория государства и права с каждой из них соотносится по-разному.

С историко-правовыми науками взаимосвязь и взаимодействие теории государства проявляется, с одной стороны, в том, что при выявлении общих закономерностей возникновения, становления и развития государственно-правового механизма, равно как и при проведении других теоретических исследований, представители теории государства и права не могут обойтись без конкретного исторического материала, а также без знания основных исторических событий и процессов, без понимания того, что процесс развития государства и права изучается в рамках историко-правовых дисциплин под иным (по сравнению с теорией государства и права) углом зрения и в хронологическом порядке.

С другой стороны, эта взаимосвязь и взаимодействие проявляются в том, что история государства и права в процессе познания тех или иных глобальных по своему характеру исторических явлений и событий не может зачастую обойтись без выводов и обобщений, сделанных в рамках теории государства и права. Речь идет, в частности, о выводах и обобщениях, касающихся форм правления и форм государственного устройства, государственного режима, аппарата государства, системы права и источников права, понятия и содержания рецепции права и др.

Затрагивая проблему соотношения теории государства и права, с одной стороны, и истории государства и права — с другой, многие авторы вполне резонно замечают, что если теория государства и права, имея дело с общими закономерностями развития государственно-правовой материи, отражает исторический процесс лишь в абстрактной форме, «освобожденной от всех исторических случайностей», и только с помощью логического метода, то в отношении истории государства и права дело обстоит иным образом.

А именно: имея предметом своего изучения «исторические процессы развития сложной системы государственных и юридических учреждений», история государства и права исследует их не «вообще», в абстрактной форме, а в строго «определенной конкретно-исторической обстановке, в хронологической последовательности», на основе выявления как общеисторических закономерностей этих процессов, так и закономерностей, проявляющихся в пределах тех исторических эпох, которые являются важнейшими ступенями в развитии конкретных общественных систем[1].

При всем объективно существующем различии в подходах и приемах (методах) изучения государственно-правовых явлений, институтов и учреждений *у теории и истории государства и права довольно много общего.* Общность их проявляется, во-первых, в том, что они, акцентируя внимание на прошлом в развитии государства и права, не упускают из поля зрения и их настоящее. Во-вторых, уделяя значительное внимание причинам и условиям зарождения государства и права, они в то же время центральное место в своих исследованиях отводят закономерности их развития. И, в-третьих, рассматривая процесс возникновения, становления и развития государства и права в целом, они одновременно держат в поле зрения и процесс развития государства и права отдельных стран. При этом исследователи всегда исходят из тезиса, что «конкретная история не только многообразна, но и сугубо индивидуализирована. Реальная история отдельных стран, народов и государств уникальна. События, происходящие в той или иной стране, нигде и никогда потом в точности не повторяются[2].

Глубокие связи теории государства и права прослеживаются также и с теоретико-правовыми науками — философией, социологией права, сравнительным правоведением, юридической конфликтологией. И это вполне понятно, имея в виду не только общность объектов и близость предметов их изучения, но и сходство методов их исследования.

Следует, однако, заметить, что далеко не все ученые разделяют данную точку зрения в отношении философии права и социологии права и относят их к системе юридических наук. Многие профессиональные философы и социологи издавна были склонны рассматривать их не ина-

---

[1] История государства и права зарубежных стран. Часть 2 / Отв. ред. О. А. Жидков, Е. А. Крашенинникова. М., 1996. С. IX, X.

[2] *Келле В. Ж., Уовальзон М. Я.* Теория и история. (Проблемы теории исторического процесса). М., 1981. С. 4.

че как в качестве составных частей философии и социологии[1]. Это тоже вполне понятно, имея в виду цеховые, корпоративные научные интересы.

Еще Гегель в своем известном произведении «Философия права» отмечал, что «наука о праве — это часть философии. Она должна поэтому развить идею, представляющую собою разум предмета, из понятия или, что то же самое, наблюдать собственное имманентное развитие самого предмета».

«Сословие юристов,— сетовал мыслитель по поводу философии права,— которое обладает особым знанием законов, считает часто это своей монополией, и кто к сословию не принадлежит, не должен иметь тут голос». Но, опрометчиво восклицал автор, как нет необходимости быть сапожником, чтобы знать, «хорошими приходятся ему сапоги, так не надо принадлежать к цеху, чтобы иметь знание таких предметов, которые затрагивают общие интересы».

Весьма спорное утверждение. На него Г. Ф. Шершеневич, имея поддержку со стороны других своих коллег, вполне резонно отвечал: «Конечно, всякий может чувствовать, что сапог жмет, но всякий ли способен указать, как нужно сделать сапоги, чтобы они не жали ногу? Ощущение непригодности государственного устройства или правового порядка доступно каждому гражданину, но разве это есть понимание непригодности исторической формы, основанное на знании сущности государства и права?»

И в заключение: «Философы превратили философию права в придаток практической философии, и вместо того, чтобы строить представление о праве и государстве, исходя из явлений действительности, открывающейся при изучении государственного устройства и государственного управления, содержания норм права и их осуществления при применении, философы хотят навязать правоведению свои представления, построенные вне всякого соприкосновения с данными действительной государственной и правовой жизни»[2].

В настоящее время острота спора о принадлежности философии права, так же как и социологии права, уменьшилась. Этими науками и дисциплинами занимаются в основном юристы. Однако для ряда философов и социологов вопрос остается все еще открытым.

Говоря о *соотношении теории государства и права и философии права,* следует заметить, что они органически сочетаются друг с другом, взаимно дополняют друг друга, но вместе с тем не взаимозаменяют друг друга. Ибо если теория государства и права занимается выявлением и изучением общих закономерностей развития государства

---

[1] В начале XX в. в отечественной юридической науке бытовало даже мнение, что не только социология права, но и все правоведение является составной частью социологии. Основным аргументом при этом служило утверждение, что «правоведение, как и социология, разыскивают законы развития общественной жизни» (*Гамбаров Н.* Задачи современного правоведения. СПб., 1907. С. 31). Однако данное мнение не имело широкой поддержки.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 21.

и права, то философия права, согласно сложившемуся о ней представлению, имеет дело в основном с процессом познания и объяснения сути правовой материи, с процессом изучения и философского объяснения правового бытия.

Предмет философии права, отмечает в связи с этим Д. А. Керимов, можно охарактеризовать как разработку логики, диалектики и теории познания правового бытия[1]. Философию права, подтверждает данное видение предмета этой дисциплины Ю. Г. Ершов, следует рассматривать как науку о познавательных ценностных и социальных основах права[2]. Философия права, вторит им С. С. Алексеев, выступает как научная дисциплина, призванная «дать мировоззренческое объяснение права, его смысла и предназначения, обосновать его под углом зрения сути человеческого бытия, существующей в ней системы ценностей»[3].

Теория государства и права находится в тесной связи со сравнительным правоведением. В отечественной юриспруденции сравнительное правоведение длительное время находилось, да и сейчас еще находится на далекой периферии научных исследований и юридического образования. В западноевропейских университетах эта дисциплина изучается и преподается уже более 150 лет.

Объектом исследования сравнительного права (правоведения) являются правовые системы разных стран и народов. Предмет изучения данной отрасли знаний и учебной дисциплины — «общее и особенное в различных правовых массивах и системах, сферы и аспекты их динамичного соотношения между собой»[4].

Появление и развитие сравнительного права — явление такое же естественное и неизбежное на определенной стадии развития общества и государства, как и зарождение национального права. Оно обусловлено многими факторами, но наиболее важными из них являются те, которые ассоциируются с расширением и углублением между различными странами и народами экономических, торговых и иных связей, требующих профессионального знания правовой системы не только своей страны, но и других стран, а также унификации механизмов правового регулирования.

Жизнь народов, писал Р. Иеринг во второй половине XIX в., в период интенсивного развития связей между разными странами, «не есть изолированное стояние друг подле друга». Как и «жизнь отдельных личностей в государстве», она «есть общение, система взаимных соприкосновений и влияний — дружественных и враждебных, отдача и присвоение, заимствование и сообщение, короче — громадный обмен, охватывающий все стороны человеческого бытия». И это касается не только материального мира, но и духовного, правового[5].

---

[1] *Керимов Д. А.* Предмет философии права // Государство и право. 1994. № 7.

[2] *Ершов Ю. Г.* Философия права. Екатеринбург, 1995. С. 9—10.

[3] *Алексеев С. С.* Философия права. М., 1997. С. 2.

[4] *Тихомиров Ю. А.* Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 30.

[5] *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая. СПб., 1875. С. 4—5.

В процессе такого общения и информации возникает реальная возможность не только оценить преимущества и недостатки правовых систем других стран, но и сквозь призму этих систем по-новому взглянуть на свою собственную правовую систему, увидеть все ее плюсы и минусы, перенять все лучшее, что есть в правовых системах других стран.

Преуспевание любого народа, подмечал Иеринг, точно так же как и преуспевание «единичной личности», во многом связано с «непрерывным заимствованием извне». Его язык, его искусство, его нравы, вся его культура, одним словом, «его индивидуальность или национальность является, как и телесный и душевный организм единичной личности, продуктом бесчисленных влияний и заимствований из внешнего мира»[1].

Если в древности, продолжал автор, в силу слабых связей и раздробленности народов, каждый из которых «развивался сам по себе и для себя, независимо от других», не было и не могло быть общей науки права или истории права, а существовала лишь история прав отдельных народов, то в новое время, в новом мире все обстоит иначе: «история права получает высший полет; здесь возносится она поистине до истории права». В силу постоянной взаимосвязи и взаимодействия различных народов друг с другом, «нити отдельных прав», отдельно развивавшиеся правовые системы «не бегут более рядом, не соприкасаясь друг с другом, но перекрещиваются, соединяются в одну ткань».

В результате такого взаимодействия, «соединения практики и науки самых разных народностей для общности действий», наряду с кооперацией, у юристов разных стран появилось одновременно и своеобразное разделение труда. То, что думал юрист в Испании, констатировал в связи с этим Иеринг, избавляло от аналогичного труда ученого в Германии, «голландец строил на основании, которое положил француз, практика итальянских судов оказывала определенное влияние на судоговорение всех прочих земель»[2].

В настоящее время потребность в кооперировании усилий юристов разных стран, необходимость в интеграции и унификации законодательства, а следовательно, и в развитии сравнительного правоведения не только не уменьшается, а, наоборот, еще больше возрастает. Это связано как с порождаемыми самой жизнью теоретическими проблемами, так и с практическими потребностями в развитии сравнительного государствоведения и правоведения.

Соотнося последнее с теорией государства и права, необходимо отметить, что *в одних случаях сравнительное право рассматривается как составная часть теории государства и права.* Предполагается, что у них общий понятийный аппарат в виде таких категорий и понятий, как «право», «система права», «норма права», «правовые традиции», «правовая культура», «правосознание» и пр. Имеется в виду, что у них также общие цели и предмет. Сравнительное правоведение ставит своей целью, писал еще Г. Ф. Шершеневич, путем сравнения права раз-

[1] *Иеринг Р.* Указ. соч. С. 6.

[2] Там же. С. 8.

ных народов «на разных ступенях культуры выяснить общие законы развития права»[1].

В других случаях сравнительное *право представляется в виде самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины.* В связи с этим Ю. А. Тихомиров вполне справедливо говорит «об особой связи сравнительного правоведения с общей теорией государства и права», имея в виду относительную самостоятельность первой дисциплины по отношению ко второй.

Многим исследователям и практикующим юристам, пишет автор, до сего дня кажется возможным полностью охватить проблематику сравнительного правоведения рамками общей теории государства и права. «Да, такое поглощение возможно, но лишь в ограниченных пределах». Для общей теории государства и права важна иная, более высокая мера абстракции «нормативной концентрации», когда в отношении общего и особенного доминирующим является первый элемент в этой паре. Все правовое разнообразие трудно охватить подобным образом, и оно неминуемо требует своего «правового поля»[2].

Это означает, что сравнительное право как самостоятельная дисциплина имеет свой, отличный от теории государства и права предмет, свой метод (сравнительный) и свой понятийный аппарат. Что же касается «особых связей» с теорией государства и права, то суть их выражается в том, что обе эти дисциплины действуют в одной и той же сфере — правовой, пользуются общими, выработанными в рамках теории государства и права понятиями, преследуют по сути дела одни и те же цели и решают весьма сходные между собой теоретически и практически значимые задачи.

Наряду с традиционными теоретико-правовыми дисциплинами, *теория государства и права имеет тесные связи и с нетрадиционными, вновь формирующимися дисциплинами, такими, например, как юридическая конфликтология.* Под этой дисциплиной понимается раздел (или направление) общей конфликтологии, предметом которого является изучение конфликтов, возникающих, развивающихся и разрешающихся как в рамках внутригосударственного (национального), так и международного права[3].

Юридическая конфликтология, будучи смежной, «стыковой» отраслью знаний, имеет непосредственные связи с такими дисциплинами, как социология, психология, социальная психология, отраслевые юридические науки. Тесные, обоюдные связи у нее прослеживаются и с теорией государства и права.

Конкретное выражение они находят, с одной стороны, в том, что юридическая конфликтология использует весь необходимый для ее нормального функционирования арсенал теоретических и методологических средств, вырабатываемых в рамках теории государства и права. Это касается, в частности, определения понятия интереса в праве и механиз-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1914. Т. 1. С. 14.

[2] *Тихомиров Ю. А.* Указ соч. С. 31.

[3] Юридическая конфликтология / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев. М., 1995. С. 4.

мов его реализации, определения принципа разделения властей и выработки согласительных процедур для разрешения конфликтов между различными ветвями власти, установления наиболее оптимальных условий гармонизации и унификации законодательства и устранения возникающих при этом конфликтов и др.[1]

С другой стороны, конкретное выражение связей конфликтологии с теорией государства и права заключается в том, что последняя, в свою очередь, может активно использовать положения и выводы, вырабатываемые в рамках последней[2]. Это относится, в частности, к разработке проблем, касающихся толкования норм права, правотворчества и правоприменения, усиления эффективности права, совершенствования форм правления и государственного устройства и др. Наиболее оптимальное, бесконфликтное решение этих и многих других проблем имеет огромное не только теоретическое, но и практическое значение.

Наряду с теоретико- и историко-правовыми дисциплинами *теория государства и права имеет глубокие и многосторонние связи с отраслевыми юридическими науками и дисциплинами.* По отношению к каждой из них теория государства и права выступает в качестве своеобразной синтезирующей конкретной юридической материи и обобщающей науки. Она способствует приведению в некую логическую систему все накопившиеся в течение веков знания о государстве и праве, помогает упорядочению всей сложившейся в мире государственно-правовой информации, содействует выработке определенного взгляда на анализ государственно-правовых явлений, институтов и учреждений и подхода к нему.

Говоря о необходимости такой обобщающей, «гармонизирующей» разнообразные юридические знания науки, И. В. Михайловский писал в начале XX в., что при первом взгляде на правовую жизнь, на отдельные науки, изучающие эту жизнь, «может получиться впечатление хаоса». Однако более внимательное наблюдение наводит на мысль, что здесь мы «имеем дело с областью явлений однородных, связанных с общими началами, представляющих одно гармоническое целое».

Отсюда, делал вывод автор, возникает «логическая неизбежность такой науки, которая ставила бы себе задачей изучение не какой-нибудь одной части явлений правовой жизни, а всей совокупности этих явлений в их органическом единстве, которая стремилась бы найти гармонию в кажущемся хаосе разрозненных специальных наук»[3].

Обобщающий и синтезирующий характер теории государства и права по отношению к отраслевым юридическим наукам проявляется в следующем. Во-первых, в том, что в отличие от них, обстоятельно занимающихся лишь отдельными составными частями, сторонами государственной и правовой жизни, теория государства и права имеет дело со всей «синтезированной» государственно-правовой материей.

---

[1] Социальные конфликты. Экспертиза, прогнозирование, технология разрешения. Вып. 1. М., 1991.

[2] *Запрудский Ю. Г.* Социальный конфликт. Ростов, 1992. С. 26—38.

[3] *Михайловский И. В.* Указ. соч. С. 1.

Во-вторых, теория государства и права, в отличие от отраслевых юридических дисциплин, занимающихся разработкой своего специального понятийного аппарата, вырабатывает общие для них всех категории и понятия. Последние в подавляющем большинстве своем служат исходной базой, основой для выработки менее общих, специальных понятий в рамках отраслевых юридических дисциплин.

В качестве примера можно сослаться на общее понятие правоотношения, которое вырабатывается теорией государства и права, а применительно к отдельным отраслям права конкретизируется и детализируется соответствующими отраслевыми юридическими дисциплинами. В результате этого мы имеем дело не только с общим понятием правоотношения, но и с более конкретными — уголовно-правовыми, гражданско-правовыми, административно-правовыми, трудовыми и иными правоотношениями.

Аналогично обстоит дело и с другими общими для всех отраслей права и вырабатываемыми на их основе в рамках отдельных отраслевых дисциплин более конкретными понятиями, такими, как норма права, правонарушение, правоприменение, юридическая ответственность и др.

И, в-третьих, чистая теория государства и права вырабатывает общие для всех отраслевых юридических наук и дисциплин методы и принципы научного познания. Она служит методологической основой познания государственно-правовой материи. На этой основе в рамках каждой отдельной отраслевой науки и учебной дисциплины вырабатываются свои собственные, отраслевые принципы и методы познания и реализации норм права.

Так, в рамках гражданского права России вырабатываются и реализуются такие принципы, имеющие огромное теоретико-методологическое и практическое значение, как принцип дозволительной направленности гражданско-правового регулирования, равенства правового режима для всех субъектов гражданского права, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, свободы договора, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств на всей территории Российской Федерации[1].

Трудовое право России вырабатывает и использует такие отраслевые принципы, как запрещение принудительного труда, свобода труда, свобода трудового договора, равенство возможностей субъектов трудовых отношений (равная трудовая правосубъектность) и др.[2]

Теория государства и права имеет с отраслевыми юридическими науками не только прямые, но и обратные связи. Это означает, что не только теория государства и права оказывает влияние на эти отрасли знаний, но и сама, в свою очередь, подвергается с их стороны определенному влиянию. Достигается это в основном благодаря разработке и накоплению отраслевыми юридическими науками того огромного эмпирического материала, который используется теорией государства

[1] Гражданское право. Часть 1. 5-е изд. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2000. С. 22—28.

[2] Российское трудовое право / Отв. ред. А. Д. Зайкин. М., 1997. С. 47—60.

и права при определении ею общих категорий и понятий, а также при выработке общей методологии.

Без использования этого материала и без опоры на отраслевые юридические науки теория государства и права неизбежно утратила бы свои академические и методологические позиции, выхолостилась бы как самостоятельная отрасль знаний и учебная дисциплина, и в конечном счете ее существование и функционирование потеряли бы всякий смысл.

Теория государства и права имеет определенные связи со специальными (прикладными) юридическими науками и учебными дисциплинами. Однако по сравнению с отраслевыми юридическими науками эти связи, как правило, являются менее интенсивными и по преимуществу не прямыми, а косвенными. Объясняется это прежде всего тем, что специальные науки хотя и относятся к разряду юридических, но в своем содержании имеют весьма широкий спектр естественных, технических и ряда других наук.

Глава III

ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ ГОСУДАРСТВА

§ 1. Определение понятия государства

Вопрос о понятии государства является столь же сложным и древним, сколь и само государство. К нему постоянно обращались философы и юристы всех стран и народов на всех этапах возникновения и развития государства — с Древнего Рима и Древней Греции вплоть до наших дней.

«Что такое государство? — восклицал один из российских государствоведов в начале XX в., А. Паршин,— вот вопрос, который до сих пор стоит открытым перед человеческим умом». И далее: «Правильный ответ на этот вопрос должен иметь большое значение для жизни народов. Правда, многие практические деятели общества и государства полагают, что они всегда имеют достаточно данных для разрешения проблем наличной общественно-государственной жизни независимо от того, имеется ли правильное определение государства или не имеется. В этом случае практические деятели говорят, что теоретическим определением природы государства могут заниматься только любители философы, а не люди, которые находятся в горниле общественной и государственной жизни и своими деяниями фактически обязаны творить общественную и государственную жизнь. Действительная жизнь государства не может остановиться и ждать точных определений ее философией»[1].

С последним трудно спорить. «Практические деятели» правы, говоря, что общественная и государственная жизнь не может остановиться и ждать точных определений государства. Без них, а вместе с тем и без четкого представления о том, что такое государство, как оно функционирует и каков его механизм, можно обойтись достаточно длительное время. Однако при одном условии — если не обращать внимания на неизбежное со временем падение уровня его слаженности и эффективности.

В ранней и в более поздней, вплоть до современной, истории развития человечества имело место множество случаев, когда государством управляли без достаточных о нем знаний, лишь на основе проб и ошибок, эмпирического опыта. Результаты такого правления для самого государства и для общества, как правило, были далеко не однозначными,

[1] *Паршин А.* Что такое государство? (Научное исследование природы государства). СПб., 1907. С. 17.

а нередко, как показывает, например, опыт бывшего СССР, весьма плачевными.

Совершенно прав был российский автор А. Паршин, когда писал, что без глубокого и разностороннего понимания природы и сущности государства практически невозможно грамотное, квалифицированное им управление. Объективная необходимость и практическая потребность в знаниях о государстве по мере развития общества неизбежно возьмут верх над эмпирическим подходом к нему и незнанием о нем. Так было уже не раз в истории развития общества, и так будет.

Лет сорок или пятьдесят тому назад, писал еще в начале XX в. в связи с этим А. Паршин, проводя аналогию между отношением «практических деятелей» к государствоведению и к некоторым естественным наукам, в частности химии, практические деятели в области химических производств имели точно такое же отношение к химикам-философам. Они игнорировали научные работы химиков и свои производства вели в заводах на основании тех практических данных, которые получались от технических опытов, не вникая во внутренний смысл химических явлений и довольствуясь получаемыми практическими результатами. Но теперь обстоятельства изменились. В настоящее время на красочных заводах Германии картина уже иная. Философ-химик на таких заводах уже persona grata. Его химический кабинет уже святая святых завода![1] Автор выражал исторический оптимизм и уверенность в том, что со временем такое же высокое место в государственной и политической жизни общества займет ученый — государствовед и правовед.

При определении понятия государства важно учитывать не только неодинаковое восприятие одних и тех же государственно-правовых явлений разными людьми, но и сложность и многогранность самого государства как явления.

Кроме того, как верно подметил известный австрийский юрист Г. Кельзен, «трудности в определении понятия «государство» усугубляются еще и тем, что данным термином обычно обозначаются самые разнообразные предметы и явления»[2]. Так, этот термин иногда используется в самом широком смысле, а именно — «для обозначения общества как такового или же какой-либо особой формы общества». Нередко же он применяется и в очень узком смысле — для обозначения какого-либо особого органа или органов общества, например органов управления или же субъектов управления, а также нации или территории, на которой проживает население той или иной страны. Неудовлетворительное состояние политической теории, являющейся в основе своей теорией государства, заключает автор, в значительной мере предопределяется тем фактором, что исследователи государства нередко «используют одни и те же термины в совершенно разных значениях или же рассматривают разные явления и понятия как идентичные»[3].

---

[1] См.: *Паршин А.* Указ. соч. С. 17—18.

[2] *Kelsen H.* General Theory of Law and State. N.Y., 1961. P. 181.

[3] *Ibidem.*

В каких смыслах, по мнению Кельзена — одного из основателей теории правового нормативизма, может употребляться и употребляется понятие государства?

Во-первых, понятие государства может применяться в юридическом смысле. Государство может рассматриваться исключительно с «чисто юридических позиций». Оно может представляться как юридическое лицо, «правовой феномен», как своеобразная корпорация. От других корпораций государство отличается «лишь установленным в масштабе нации или страны правовым порядком». В силу этого «с юридической точки зрения проблемы государства в значительной мере проявляются как проблемы национального правового порядка». Причем государство выглядит не иначе как «такой образ действий и порядок поведения людей, который мы обычно называем правовым порядком».

Государство как юридический феномен предполагает, что «отношения между ним и правом должны рассматриваться по аналогии с отношениями между правом и индивидуумом». Это означает, по мнению Кельзена, что государство, несмотря на то, что оно издает или санкционирует право, должно быть, как и индивид, «в своем поведении и действиях связано правом».

Во-вторых, понятие государства может употребляться в социологическом смысле. В данном аспекте оно должно пониматься как некая «социологическая общность», «социальная реальность, существующая независимо от ее правового порядка и правовой реальности».

Для государства, рассматриваемого в социологическом смысле, характерной чертой является исходное (с момента его возникновения и функционирования) рассредоточение власти по различным органам. Фактически, замечает автор, «не существует таких государств, где все акты и действия (команды, подаваемые от имени государства) исходили бы первоначально от одного правителя. В обществе всегда существовало и существует несколько командных структур. В результате их деятельности всегда возникало значительное число доминирующих в обществе отношений, а также бесчисленное количество всякого рода актов управления и подчинения, совокупность которых отражала то, что называется социологическим государством»[1].

В-третьих, понятие государства может определяться как живой, «естественный организм». В соответствии с таким подходом оно рассматривается не иначе как «форма социальной биологии».

Подобный взгляд на понятие государства до Кельзена разделялся многими авторами, в основном сторонниками так называемой органической теории государства. Достигнув апогея в своем развитии на рубеже XIX—XX в., данная теория пыталась объяснить всю социальную жизнь биологическими закономерностями. При этом общество полностью отождествлялось с организмом, а государство считалось «единственным институтом, предназначенным для обеспечения благополучия всех как ныне живущих, так и еще не родившихся граждан»[2].

---

[1] *Kelsen H.* Op. cit. P. 181, 187.

[2] *Gierke O.* Das Wesen Menshlichen Verbande. Berlin, 1902. S. 34.

Наконец, в-четвертых, понятие государства определяется Кельзеном и его сторонниками-нормативистами как «система норм», как «нормативный порядок» или же как «политически организованное общество», как «государство-власть».

Государство, подчеркивал автор, имеет политический характер, проявляется прежде всего как политическая организация потому, что оно устанавливает «порядок использования силы, потому, что оно обладает монополией на применение силы»[1].

Итак, *сложность и многогранность государства как явления и понятия, с одной стороны, и субъективность его восприятия различными авторами — с другой, объективно обусловливают возможность и неизбежность его многовариантного понимания и не менее разнообразного его толкования.*

С учетом этого становится вполне понятен сам факт возникновения в различные периоды развития общества множества определений понятия государства и их активного использования. «Сколько существовало государствоведов и философов,— писал Л. Гумплович,— столько существовало и определений государства». Весьма заметно при этом сказывался субъективизм.

Осуждая политическую предвзятость, тенденциозность в определении понятия государства, особенно сильно, по мнению автора, проявившиеся в XIX столетии, Л. Гумплович сетовал на то, что в определении государства иногда «изображают не то, что представляло и представляет из себя в действительности государство, но то, чем оно должно быть по субъективному взгляду, по субъективной точке зрения, желаниям и идеалам каждого отдельного государствоведа, политика и философа». Всякая политическая партия, отмечал автор, имела как девиз свое собственное определение государства, такое, в котором она закрепляла свои желания и требования и стремилась «лишь к тому, чтобы согласно с ними было преобразовано данное государство».

В качестве примеров Л. Гумплович ссылался на определения, даваемые в работах отдельных авторов XIX в. и в словарях. В частности, критическому рассмотрению подвергается им весьма идеалистическое определение государства, в соответствии с которым оно представляется как «народное соединение, организованное для постоянной реализации заведомо высшего закона, а также высшего блага». Или определение, согласно которому государство рассматривается как «суверенный морально-личный, живой свободный общественный союз народа — союз, который по конституционному закону, в свободно-конституционной организации народа, под руководством конституционного и самостоятельного правительства стремится к правовой свободе и в ее пределах к назначению, а потому и к счастью всех своих членов»[2].

Не касаясь вопроса о преимуществах и недостатках приведенных определений, а также правомерности или неправомерности столь критического к ним отношения со стороны Гумпловича, следует отметить

---

[1] *Kelsen H.* Op. cit. P. 190.

[2] *Гумплович Л.* Общее учение о государстве. СПб., 1910. С. 36, 37.

лишь, что «предвзятость» и «субъективизм» никогда не были в почете — ни в XIX в., ни в других столетиях, ни в связи с определением понятия государства, ни в связи еще с чем бы то ни было. Однако это не должно означать табу, некий запрет под флагом борьбы с субъективизмом на творческие поиски в осознании и определении государства, на разностороннее представление о нем и его многовариантное определение.

Весьма важно, чтобы поиски носили не умозрительный, оторванный от жизни, от государственно-правовой действительности характер, а адекватно отражали различные стороны и аспекты государства. Если это условие — научность и объективность исследования соблюдаются, то множественность определений понятия государства не только оправданна, но и объективно необходима. Она открывает широкие возможности для более глубокого и разностороннего познания самого государства и его понятия.

Как же определялось государство на различных этапах его развития?

Один из величайших мыслителей античности, Аристотель (384—322 гг. до н.э.), считал, что государство — «самодовлеющее общение граждан, ни в каком другом общении не нуждающееся и ни от кого другого не зависящее».

Выдающийся мыслитель эпохи Возрождения Никколо Макиавелли (1469—1527) определял государство через общее благо, которое должно получаться от выполнения реальных государственных интересов.

Крупный французский мыслитель XVI столетия Жан Боден (1530—1596) рассматривал государство как «правовое управление семействами и тем, что у них есть общего с верховной властью, которая должна руководствоваться вечными началами добра и справедливости. Эти начала должны давать общее благо, которое и должно составлять цель государственного устройства».

Известный английский философ XVI в. Томас Гоббс (1588—1697), сторонник абсолютистской власти государства — гаранта мира и реализации естественных прав, определял его как «единое лицо, верховного владыку, суверена, воля которого вследствие договора многих лиц считается волею всех, так что оно может употреблять силы и способности всякого для общего мира и защиты».

Создатель идейно-политической доктрины либерализма английский философ-материалист Джон Локк (1632—1704) представлял государство как «общую волю, являющуюся выражением преобладающей силы», т. е. большинства граждан, «входящих в государство». Он рассматривал государство в виде совокупности людей, соединившихся в одно целое под началом ими же установленного общего закона.

По-разному понималось государство и в более поздний период вплоть до настоящего времени. В немецкой литературе, например, оно определялось в одних случаях как «организация совместной народной жизни на определенной территории и под одной высшей властью» (Р. Моль); в других — как «союз свободных людей на определенной территории под общей верховной властью, существующей для всесто-

рошего пользования правовым состоянием» (Н. Аретин); в третьих — как «естественно возникшая организация властвования, предназначенная для охраны определенного правопорядка» (Л. Гумплович).

В российской литературе разных периодов тоже можно найти немало определений. Например, государство как «объективный факт нашей планеты» представляется в виде «социального явления кооперативного выполнения» за счет населения и для населения страны непременных условий проявления и развития индивидуальной жизни[1]. Государство определяется и как организованное общение людей, связанных между собою духовной солидарностью и признающих эту солидарность не только умом, но поддерживающих ее силою патриотической любви, жертвенной волей, достойными и мужественными поступками[2]. Оно рассматривается и в качестве союза «свободных людей, живущих на определенной территории и подчиняющихся принудительной и самостоятельной верховной власти»[3], и как объединение людей, «властвующих самостоятельно и исключительно в пределах территории»[4].

Нередко, особенно в послереволюционный период (после 1917 г.), государство в России представлялось как «особая организация силы», «организация насилия для подавления какого-либо класса»[5]. В академических изданиях и в учебной литературе оно зачастую трактовалось в строго классовом смысле, как «политическая организация экономически господствующего класса, аппарат власти, посредством которого этот класс осуществляет свою диктатуру», или же как исторически преходящая, выделившаяся из общества и обусловленная его экономическим строем классовая организация политической суверенной власти, обеспечивающая и защищающая общие интересы собственников основных средств производства[6].

В последние десятилетия, начиная с 1985 г., когда на первый план в официальной общесоюзной, а затем российской политике и идеологии вместо узкоклассовых подходов стали выступать «общечеловеческие ценности», классовая тональность в определениях государства стала постепенно вытесняться общесоциальной тональностью. Государство вновь пытаются определять в качестве организации или института «всех и для всех». Довольно типично при этом определение понятия государства, в котором оно рассматривается как «единая политическая организация общества, которая распространяет свою власть на всю территорию страны и ее население, располагает для этого специальным аппаратом управления, издает обязательные для всех веления и обладает суверенитетом»[7].

---

[1] *Паршин А.* Указ. соч. С. 18.

[2] *Ильин И.* Путь к очевидности. М., 1993. С. 260.

[3] *Хвостов В.* Общая теория права. М., 1914. С. 15.

[4] *Трубецкой Е.* Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 22.

[5] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 33. С. 24.

[6] Теория государства и права. М., 1955. С. 50—51; Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия. М., 1970. С. 216.

[7] *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права. М., 1993. С. 47.

Узкоклассовый подход к определению понятия государства, а вместе с тем и к его сущности, несомненно, является крайностью. Однако крайностью является и общечеловеческий подход. Отказываясь от одной, чисто классовой, крайности, осознанно или неосознанно авторы — приверженцы «общечеловеческих ценностей» и интересов впадают в другую не менее искажающую действительность крайность.

В жизни нет ни чисто классовых, ни чисто общечеловеческих государственных институтов, а следовательно, и соответствующих им определений понятия государства. Истина, как это нередко случается, проходит где-то по «золотой середине».

Из этого следует, что при определении понятия государства важно учитывать не только его классовые элементы и соответствующие признаки, но и внеклассовые, общечеловеческие признаки и черты.

В свете сказанного наиболее приемлемым определением государства, по сравнению с ранее предложенными, было бы определение, в соответствии с которым государство рассматривается как «организация политической власти, необходимая для выполнения как сугубо классовых задач, так и общих дел, вытекающих из природы всякого общества»[1]. Данное определение точнее других отражает не только понятие, но и социальное назначение государства как института, обслуживающего интересы и стоящих у власти классов или групп, и самого общества.

§ 2. Основные признаки государства

Будучи на протяжении всей истории развития человечества ключевым явлением и понятием политической жизни, политической теории и практики различных стран, государство как институт или организация всегда отличалось от других, догосударственных (существовавших до него) и негосударственных (существующих наряду с ним), институтов и организаций своими специфическими признаками. Их выявление и изучение открывает путь к более глубокому и разностороннему пониманию не только прошлого, но и настоящего нашей страны и других стран.

За всю историю развития человечества великими мыслителями и политическими деятелями разных времен было высказано множество самых различных мнений и суждений об основных признаках государства.

Так, древнегреческий ученый и философ Демокрит (460—370 гг. до н.э.) считал специфической особенностью государства то, что в нем должны быть представлены всеобщее благо и справедливость. «...Хорошо управляемое государство,— писал он,— есть величайший оплот: в нем все заключается и, когда оно сохраняется, все цело, а погибает оно, с ним вместе и все гибнет».

Знаменитый римский оратор, государственный деятель и мыслитель Цицерон (106—43 гг. до н.э.) рассматривал в качестве одного из основных признаков государства дело, «достойное народа». Причем под

[1] Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2000. С. 51.

народом им понималось «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».

Выдающийся мыслитель эпохи Возрождения Н. Макиавелли видел признак государства в политическом состоянии общества. В чем оно заключалось? Говоря кратко, в установлении и поддержании отношений между властвующими и подвластными; в наличии органов юстиции и законов; в существовании тем или иным образом организованной политической власти. «Все государства, все державы, обладавшие и обладающие властью над людьми, были и суть либо республики, либо государства, управляемые единовластно»,— писал он в своем знаменитом сочинении «Государь».

Каковы же основные признаки, отличающие государственную организацию от догосударственной и негосударственной (политических партий, общественных организаций и пр.)?

Прежде всего, это наличие выделенного из общества и нередко стоящего над ним *аппарата власти и управления*. Он состоит из *особого слоя людей*, основным занятием которых является выполнение властных и управленческих функций. Они не производят непосредственно ни материальных, ни духовных благ, а лишь управляют. Свои должности эти люди занимают путем избрания, назначения, наследования или замещения. Основными составными частями аппарата власти и управления, т. е. аппарата государственной власти, являются органы законодательной власти, исполнительной власти, суда, прокуратуры и др.

Каждое общество надеется иметь в государственных органах, у государственного руля своих лучших представителей. Еще древнегреческий мыслитель, философ Платон (427—347 гг. до н.э.) мечтал об идеальном государстве как справедливом правлении «лучших и благородных». Главную отличительную особенность такого государства Платон видел в том, что в нем преодолевается раскол на бедных и богатых, на безраздельно властвующих и полностью подвластных. Обычное государство он рассматривал в виде «множества государств», в которых «заключены два враждебных между собой государства: одно — бедняков, другое — богачей; и в каждом из них опять-таки множество государств».

Основным признаком государства является также наличие *аппарата принуждения*. Он состоит из особых отрядов вооруженных людей в виде армии, полиции, разведки, контрразведки, всякого рода принудительных учреждений (тюрьмы, лагеря и т. п.).

Аппарат власти и управления вместе с особыми отрядами вооруженных людей в литературе нередко называют публичной властью, придавая ей первостепенное значение.

Следует отметить, что в науке нет одинакового понимания и однозначного толкования публичной власти. Обычно ее рассматривают в качестве одного из основных признаков государства. Иногда — как синоним государства.

Однако, несмотря на подобные расхождения, все авторы едины в том, что наличие публичной власти имеет принципиальный характер

для любой государственной организации, в корне отличающей ее от догосударственной, первобытно-общинной организации.

В условиях первобытного строя власть имела *общественный характер*. Она целиком и полностью совпадала непосредственно с населением. В обществе не было людей, которые бы не занимались производительным трудом, а только властвовали и управляли. Непосредственно производительный труд органически сочетался и совмещался с управленческим трудом. Властные функции по управлению делами рода, племени, союза племен, фратрий и других объединений, существовавших в рамках первобытно-общинного строя, выполнялись не выделяющимися из общества и не ставящими себя над ним людьми, как это имеет место в условиях государственной организации, а самими занятыми производительным трудом взрослыми членами этого общества.

Властные функции осуществлялись как через систему органов самоуправления — советов родов, фратрий, племен и др., так и непосредственно, путем участия в собраниях родовых и иных объединений. Старейшины родов, военачальники, жрецы и другие лица, выполнявшие властные функции, были выборными и сменяемыми. Они избирались из числа самых уважаемых членов рода. Не в пример государственным чиновникам, за которыми стоит государство с его разветвленным аппаратом и принудительными органами, любой вождь, жрец или старейшина рода опирался лишь на моральный авторитет, уважение и поддержку членов этого объединения.

Общественная власть, возникшая и укрепившаяся в условиях первобытного общества, основанного на материальном и социальном равенстве всех его членов, не могла успешно функционировать на более поздних этапах, в условиях общества, расколотого по материальному и другим признакам на имущие и неимущие классы, социальные слои и группы. Общественная власть неизбежно должна была быть заменена публичной властью.

Говоря о социальной роли публичной власти, необходимо отметить, что, распространяясь на все общество и охватывая его своими велениями, она всегда и во всех государствах обслуживала в первую очередь интересы господствующих кругов. При этом она неизменно была яблоком раздора между противостоящими друг другу классами. «Жажда власти,— писал древнеримский историк Тацит,— с незапамятных времен присущая людям, крепла вместе с ростом Римского государства и, наконец, вырвалась на свободу. Пока римляне жили скромно и неприметно, соблюдать равенство было нетрудно. Но когда весь мир покорился римлянам, а государства и цари, соперничавшие с ними, были уничтожены, то для борьбы за власть открылся широкий простор. Вспыхнули раздоры между Сенатом и плебсом; то буйные народные трибуны, то властолюбивые консулы одерживали верх друг над другом. На форуме и на улицах Рима враждующие стороны пробовали силы для грядущей гражданской войны. Вскоре вышедший из плебейских низов Гай Марий и кровожадный аристократ Луций Корнелий Сулла оружием подавили свободу, заменив ее самовластием».

Установлением тирании закончилась борьба за власть в демократическом Риме. Так нередко заканчивалась она и в других государствах. Иногда самовластие сопровождалось такими беззакониями, самодурством и распущенностью венценосцев, что современники содрогались. Например, о четырехлетнем (37—41 гг. н.э.) правлении римского императора Калигулы, отличавшемся откровенным садизмом, произволом и жестокостью, можно судить по тому, что даже известию об убийстве Калигулы люди поверили не сразу. Подозревали, что он сам выдумал и распустил слух об убийстве, чтобы разузнать, что о нем думают в народе.

Среди основных признаков государства выделим такой, как *разделение населения по территориальным единицам*. В отличие от первобытного строя, где общественная власть распространялась на людей по кровнородственному признаку, в зависимости от их принадлежности к тому или иному роду, фратрии, племени или союзу племен, при государственном строе власть распространяется на них в зависимости от территории их проживания. С образованием государства жители, по меткому замечанию исследователей, «в политическом отношении превращались в простую принадлежность территории».

Независимо от кровнородственных связей они выступают на территории государства либо как граждане (в условиях республики), либо как подданные (в условиях монархии), либо как лица без гражданства или иностранцы, подпадающие под юрисдикцию государства, под действие его законов.

Территория государства — своего рода материальная база, без которой оно не может существовать. Это естественное (а не какое-либо иное, в том числе общественное) условие существования и функционирования государства[1].

Под *территорией* государства обычно понимается пространство, в пределах которого осуществляется государственная власть. Составными частями территории государства являются следующие пространства и приравненные к ним объекты. Во-первых, земля и ее недра, образующие сухопутную территорию. Во-вторых, реки, озера, искусственные водохранилища, а также морские внутренние и территориальные воды, омывающие территорию данного государства (водная территория государства). В-третьих, воздушное пространство над сухопутной и водной территорией (воздушная территория государства). В-четвертых, объекты, приравненные к территории государства (морские и воздушные суда, космические корабли и станции, действующие под флагом данного государства, и другие принадлежащие государству объекты).

Каждое государство обладает на своей территории всей полнотой власти и исключает какое бы то ни было вмешательство в дела «своего» общества и государства иностранных властей. В правовых системах различных стран, а также в международном праве общепризнанными являются принципы территориального верховенства, территориальной целостности и неприкосновенности.

---

[1] См.: *Бабурин С. Н.* Территория государства. М., 2000.

Отечественные и зарубежные авторы, признавая и развивая данные принципы, тем не менее иногда по-разному понимают и интерпретируют их содержание, равно как и содержание самого понятия «территория». Г. Кельзен, например, определяет территорию государства как «территориальную сферу распространения национального правового порядка» и рассматривает ее в двух смыслах — узком и широком.

Под территорией в узком смысле автор понимает «пространство, в пределах которого лишь одно государство, а именно то, которому принадлежит территория, управомочивается издавать общеобязательные акты». В то же время подобная деятельность других государств на этой территории полностью исключается. Территория государства в широком смысле «включает в себя, наряду с территорией в узком смысле, также пространство, где на равных основаниях могут действовать одновременно несколько государств»[1]. К таковому относится, в частности, водное пространство, имеющее статус открытого моря. На этом пространстве каждое государство имеет право на свободное плавание своих судов под национальным флагом. На каждом из судов действуют законы «своего» государства.

К территории государства в широком смысле относятся также территории, не принадлежащие ни одному из государств. Их правовой статус аналогичен статусу открытого моря.

Граждане государства, проживающие на его территории и вне, равно как и сама территория, находятся под защитой государства. Принципы целостности и неприкосновенности территории означают запрещение ее насильственного расчленения или захвата и отторжения ее части. Подобные акты, от кого бы они ни исходили извне, квалифицируются как акты прямой агрессии. У каждого государства есть право и обязанность на защиту своей территории и своих граждан, проживающих на данной территории.

Территориальное деление населения и распространение государственной власти лишь на население определенной территории неизбежно влекут *административно-территориальное деление*. Вся территория государств разбивается на ряд административно-территориальных единиц. В разных странах они называются по-разному: округа, провинции, области, края, дистрикты, графства, районы и т. д. Но их назначение и функции едины — организация государственной власти и управления на занимаемой ими территории.

Одним из основных признаков государства является *суверенитет*[2]. Что он означает? Во-первых, *верховенство* государственной власти внутри страны, во-вторых, *независимость* ее на международной арене.

Верховенство проявляется в способности государственной власти самостоятельно издавать общеобязательные для всех членов общества правила поведения, устанавливать и обеспечивать единый правопорядок, определять права и обязанности граждан, должностных лиц, государственных и партийных, общественных органов и организаций.

---

[1] *Kelsen H.* Op. cit. P. 210.

[2] Подробнее об этом см.: Проблемы суверенитета в Российской Федерации. М., 1994.

В суверенитете государства находит свое политическое и юридическое выражение полновластие господствующих кругов. В нем же выражается способность государства, независимо от других государств, формировать и проводить в жизнь свою внутреннюю и внешнюю политику.

В мире всегда существовали и существуют государства с формальным или ограниченным суверенитетом.

Формальным суверенитет государства считается тогда, когда он юридически и политически провозглашается, а фактически, в силу распространения на него влияния других государств, диктующих свою волю, не осуществляется.

Частичное ограничение суверенитета может быть принудительным и добровольным.

Принудительное ограничение суверенитета может иметь место, например, по отношению к побежденному в войне государству со стороны государств-победителей.

Добровольное ограничение суверенитета допускается самим государством по взаимной договоренности с другими государствами, например, ради достижения определенных, общих для всех них целей. Добровольно суверенитет ограничивается и тогда, когда государства объединяются в федерацию и передают ей часть своих суверенных прав.

Известный французский теоретик государства и права М. Ориу усматривал факт самоограничения государственного суверенитета и в том, что государственная власть должна подчиняться праву, действовать в рамках права. «Все согласны,— писал он,— что самоограничение должно быть», т. е. что политическая власть должна самопроизвольно подчиняться положительному праву «и столь же самопроизвольно исполнять лежащее на ней обязательство создания положительного права с целью связывания им своей деятельности». Вопрос лишь в том, продолжал М. Ориу, следует ли рассматривать такое самоограничение как «акт или решение субъективной воли государства, или же это есть результат объективной государственной организации?»[1]

Ответ на данный вопрос автор искал в разделении государственного суверенитета как понятия «весьма богатого», непосредственно связанного с «равновесием между правом в действии, каковым является политическая власть, и осуществившимся правом, которое есть положительное право», на юридический и политический, или «правительственный», суверенитет. Ответ он искал и в неодинаковом характере соотношения данных видов суверенитета с правом.

Наряду с государственным суверенитетом существуют суверенитет народа и суверенитет нации.

Суверенитет народа означает его верховенство в решении коренных вопросов организации своей жизни — общественного и государственного строя, основных направлений развития внутренней и внешней политики, экономических установлений и осуществления полного и всестороннего контроля за деятельностью государственных органов и всего государства.

---

[1] *Ориу М.* Основы публичного права. М., 1929. С. 46.

В большинстве конституций современных государств содержатся указания на то, что их власть исходит от народа и принадлежит народу. Теоретически государственная власть должна выражать интересы народа и служить народу. Однако практически это далеко не всегда так. Государственная власть и суверенитет порой не совпадают с народной властью и суверенитетом.

Под *суверенитетом нации* понимается полновластие нации, ее возможность и способность определять характер своей жизни, осуществлять свое право на самоопределение вплоть до отделения и образования самостоятельного государства.

Основным признаком государства наряду с отмеченными являются *займы и налоги*. Первоначально они были необходимы лишь для того, чтобы содержать армию, полицию и другие принудительные органы, а также государственный аппарат. Позднее они стали использоваться и на различные осуществляемые государством образовательные, медицинские, культурные, воспитательные и иные программы.

Разумеется, получаемые за счет займов и налогов средства не всегда и не везде использовались лишь на государственные нужды. Ими довольно часто пользовались и пользуются власть имущие, строя на эти средства себе виллы, замки, дворцы и используя на другие личные потребности и цели.

Древнеримский историк и писатель Светоний, автор широко известного сочинения «Жизнь двенадцати цезарей», так описывает «расходование» государственных средств, получаемых за счет налогов и поборов, Нероном (37—68 гг. н.э.): он, Нерон, более всего был расточителен в постройках. Сооруженный им в центре Рима дворец поражал воображение современников. Площадь его была такова, что тройной портик по сторонам был длиной в милю. Внутри был пруд, подобный морю, окруженный строениями, «подобными городам, а затем — поля, пестреющие пашнями, пастбищами, лесами и виноградниками, и на них — множество домашней скотины и диких зверей». В покоях же все было покрыто золотом, украшено драгоценными камнями и перламутровыми раковинами. В обеденных залах потолки были «с поворотными плитами, чтобы рассыпать цветы, с отверстиями, чтобы рассеивать ароматы. Главный зал был круглый и днем и ночью вращался вслед небосводу».

На протяжении всей истории развития государства особо важное значение для его содержания имели *налоги*. Они всегда были главным источником пополнения казны. Под налогами обычно понимаются обязательные платежи, устанавливаемые и взимаемые государством с граждан и юридических лиц.

По способу взимания они делятся на прямые и косвенные. *Прямые налоги* взимаются с доходов и имущества граждан и юридических лиц прямо, непосредственно, *косвенные* — опосредованно, путем включения их в стоимость производимой продукции или путем прибавления их к цене товаров.

Виды, размеры и количество налогов могут быть самыми разнообразными и зависят от типа и характера самого государства и общества,

а также от существующих в той или иной стране традиций и нравов. В своих исторических исследованиях Светоний весьма красочно рассказывает о том, как изощрялись некоторые римские императоры в изобретении все новых и новых налогов, а также в выжимании их из населения.

Например, император Веспасиан (9—79 гг. н.э.), известный своей скаредностью, устанавливал налоги даже на уборные. И его собственный сын Тит открыто возмущался таким неслыханным нововведением. Когда этот налог принес первую прибыль, Веспасиан сунул в нос Титу монету и спросил, пахнет ли она. Отсюда и пошло широко известное выражение «деньги не пахнут».

Многочисленными налогами опустошали Древний Рим и другие его правители. Император Нерон, вопреки существовавшим обычаям, облагал огромными налогами не только рядовых граждан, но и храмы. Известно его изречение: «Будем действовать так, чтобы ни у кого ничего не осталось».

Император Калигула, по свидетельству Светония, истощившись и оскудев, занялся грабежом, прибегая к исхищреннейшим наветам, торгам и налогам. Поистине не было человека, такого безродного и такого убогого, которого он не постарался бы обездолить[1].

Установления, касающиеся видов и порядка взимания налогов, закреплялись в законах и иных нормативно-правовых актах. Такое закрепление имеет место и в настоящее время. В большинстве современных государств существует целая серия законов, составляющих в своей совокупности налоговое право. Уплата налогов нередко рассматривается как конституционный долг или как конституционная обязанность граждан.

«Каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы»,— закрепляется, например, в ст. 57 Конституции Российской Федерации 1993 г. «Население подлежит обложению налогами в соответствии с законом»,— записано в ст. 30 Конституции Японии 1947 г. «Все участвуют в общественных расходах в соответствии со своими экономическими возможностями посредством справедливой налоговой системы»,— указывается в п. 1 ст. 31 Конституции Испании 1978 г.

В каждом государстве существуют специальные органы, занимающиеся сбором налогов, различных податей и организацией государственных займов. Порядок их деятельности, равно как и определение размеров, видов и порядка взимания налогов, регулируется специальными законами.

Кроме названных основных признаков каждое государство характеризуется своими *символами, памятными датами, атрибутами.* У каждого государства свои гимн, флаг, установившиеся правила официального поведения, традиции, формы обращения людей друг к другу и приветствия. Они, как правило, отличаются краткостью, экспрессивностью и легкой произносимостью. Вместе с присущими каждому государству основными признаками они позволяют провести достаточно четкую грань между государственной организацией, с одной стороны, и догосударственной и негосударственной организациями — с другой.

---

[1] *Федорова Е.В.* Императорский Рим в лицах. М., 1979. С. 93, 114, 127.

Глава IV

ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ ПРАВА

§ 1. Проблемы правопонимания на различных этапах развития общества

Весьма странным для людей, не имеющих отношения к юридической профессии, и не менее тривиальным для лиц, профессионально занимающихся вопросами государства и права, является утверждение, а точнее — констатация того непреложного факта, что к настоящему времени в отечественной и зарубежной юридической науке еще не выработано единого представления о праве и что многие проблемы, касающиеся правопонимания, едва ли не стали вечными и неизменными[1]. Об этом со всей очевидностью свидетельствует государственно-правовой опыт многих стран, а также многочисленные исследования, проводившиеся по данной тематике в течение ряда последних столетий в юридический науке.

Так, еще в конце XVIII столетия основоположник немецкой классической философии И. Кант в своей работе «Метафизика нравов» (1797) не без оснований констатировал, что вопрос о том, что такое право, может «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». И далее: «Что следует по праву (quid sitjuris), т. е. что говорят или говорили законы в том или ином месте, в то или другое время, он (правовед.— *М. М.*) еще может указать; но право (recht) ли то, чего они требуют, и каков всеобщий критерий, на основании которого можно вообще различать правое и неправое (justuin et iniustum),— это остается для него тайной, если он хоть на время не оставляет указанные эмпирические принципы и не ищет источник этих суждений в одном лишь разуме»[2].

Столетие спустя, в конце XIX — начале XX в., другой немецкий ученый, известный юрист Р. Иеринг, касаясь проблем правопонимания, также акцентировал внимание на их нерешенности и недостаточной ясности в отношении того, что обычно именуется правом. Как известно, писал он в своей небольшой по объему, но весьма содержательной работе «Борьба за право» (1908), термин «право» является довольно неопределенным и обычно употребляется «в двух значениях: в объективном и субъективном». В первом смысле право означает совокупность всех защищаемых государством правовых положений, законный порядок

[1] См.: *Daries H. and Holdcroft.* Jurisprudence: Text and Commentary. L., 1991; *Harris J.* Legal Philosophies. N.Y., 1997; *Morrison W.* Jurisprudence. N.Y., 1998; etc.

[2] *Кант И.* Метафизика нравов // История политических и правовых учений: Хрестоматия / Под ред. О. Э. Лейста. М., 2000. С. 251.

жизни». А во втором — под правом понимают «конкретное проявление абстрактных правил в конкретном правомочии личности»[1].

Аналогичные суждения о неопределенности понятия права и отражаемого им явления, а также о нерешенности проблем правопонимания высказывались различными отечественными и зарубежными авторами и в более поздний период. В частности, в первой половине XX в. об этом многократно говорил один из крупнейших теоретиков права, австрийский юрист Г. Кельзен. В своей известной работе «Чистое учение о праве» (1934) он особо акцентировал внимание на том, что «теория права должна прежде всего определить понятие о своем предмете». Чтобы дать определение права, подчеркивал ученый, «следует начать со словоупотребления, т. е. установить, что означает слово «право» в немецком языке и его эквиваленты в других языках (law, droit, diritto и т. д.). Следует выяснить, имеют ли социальные явления, обозначаемые этим словом, сходные признаки, отличающие их от других сходных явлений, и достаточно ли значимы эти признаки для того, чтобы служить элементами понятия социальной науки. В результате такого исследования, заключал автор, «могло бы выясниться, что словом «право» и его многоязычными эквивалентами обозначаются столь различные предметы, что никакое общее понятие не может охватить их все»[2].

Наконец, следует заметить, что вопросы, касающиеся неопределенности понятия права и нерешенности проблем правопонимания, вызывали бесконечные споры на протяжении всей второй половины XX в. и что они остаются спорными и вместе с тем весьма актуальными как в российской, так и в зарубежной юриспруденции и поныне.

Об этом свидетельствуют, в частности, многочисленные монографии, брошюры и статьи, опубликованные в данный период[3], а также проводившиеся по проблемам правопонимания дискуссии.

Одной из таких дискуссий, состоявшихся в рассматриваемый период, была дискуссия «О понимании советского права». Она проводилась в конце 70-х годов под эгидой журнала «Советское государство и право» и получила весьма широкий резонанс не только среди советских, но и среди зарубежных исследователей права. Среди вопросов, предлагавшихся для обсуждения ее участниками, были, в частности, такие, как: о различных подходах к пониманию права, о возможности и «принципиальной допустимости» существования одного или нескольких определений права, о соотношении права с другими элементами правовой надстройки и др.[4]

---

[1] *Иеринг Р.* Борьба за право. СПб., 1908. С. 5.

[2] *Кельзен Г.* Чистое учение о праве // История политических и правовых учений: Хрестоматия / Под ред. О. Э. Лейста. М., 2000. С. 480—481.

[3] См. об этом: *Lomen H.* Evolution de's Rechts. Wien, 1983; *Freeman M.* L loyd's Introduction to Jurisprudence. N.Y., 1994; *McLeod I.* Legal Theory. L., 1999.

[4] См.: Советское государство и право. 1979. № 7. С. 56—74; Советское государство и право. 1979. № 8. С. 48—78.

Анализируя характер поставленных вопросов и содержание выступлений участников данной дискуссии, нетрудно заметить, что исходным положением практически во всех выступлениях была констатация факта нерешенности проблем правопонимания и определения понятия права в отечественной и зарубежной юридической литературе, а основной целью их была попытка сделать если не прорыв, то хотя бы еще один шаг в этом направлении.

Однако, несмотря на прилагаемые в данный и в более поздний периоды усилия юристов, традиционные проблемы, связанные с выработкой приемлемого для всех определения понятия права, и проблемы правопонимания так и остаются по сей день весьма острыми и нерешенными.

Совершенно прав был Г. В. Мальцев, когда констатировал совсем недавно, что «известное замечание Канта о том, что юристы все еще ищут определение права, остается справедливым и в наши дни»[1]. Юридическая мысль, отмечал автор, «судя по всему, обречена на бесконечный поиск определения права, побуждаемая к этому практической необходимостью построить правопорядок на фундаменте как можно более надежных, четких и полных знаний о его сущности, предмете правового регулирования». С одной стороны, постоянная неудовлетворенность достигнутым уровнем юридических знаний, вечно актуальное ощущение неполноты права, желание его усовершенствовать, а с другой — возрастающее вместе с опытом понимание относительности результатов, добываемых юридической мыслью, ограниченного и преходящего выводов, в «истинность которых люди уже успели поверить»[2].

Говоря о проблемах правопонимания, необходимо отметить, что успешное решение их весьма важно не только само по себе как правовая самоценность и самодостаточность, но и в связи с познанием других неразрывно связанных с понятием права явлений и отражающих их категорий и понятий.

Речь идет, в частности, о таких «производных» от того или иного представления о праве явлениях и понятиях, как сущность и содержание права, его роль (функции) и назначение, механизм правового регулирования, система права и правовая система и др. Особую значимость при этом имеет разработка вопросов, касающихся форм, или источников права, которая целиком и полностью зависит от решения проблем, непосредственно связанных с представлением о праве как таковом и определением понятия права.

Сравнивая между собой такие, например, весьма контрастные правовые системы, как, с одной стороны, светские, а с другой — религиозные правовые системы, нетрудно видеть, что каждая их разновидность связана с вполне определенным представлением не только о самом праве, но и об источниках права.

Светские правовые системы, независимо от их особенностей и принадлежности к тем или иным правовым семьям, ориентируют, в частности, на такие же по своей природе и характеру светские формы, или

---

[1] *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 3.

[2] Там же.

источники права, как закон, декрет, постановление, указ и пр. Помимо всего прочего они свидетельствуют о том, что светское по своей природе и характеру право имеет и должно иметь только аналогичные по своей природе и характеру формы, или источники права, и наоборот.

В свою очередь, религиозные правовые системы самой своей природой, характером и логикой своего существования и функционирования ориентируют исследователя соответственно на поиски и познание не светских, а религиозных форм, или источников права, таких, как Библия, Коран, Талмуд и др. Тем самым они утверждают вполне очевидные истины, суть которых заключается в том, что мусульманское, иудейское или любое иное религиозное право имеет и должно иметь только соответствующие их природе и характеру религиозные формы, или источники права. В основу последних приверженцами религиозных правовых систем закладывается не земная воля в виде воли царей, императоров, народов и пр., а божественная воля.

Следует отметить, что данное положение применительно к религиозным правовым системам имеет отнюдь не локальный или случайный, а глобальный и закономерный характер. Оно распространяется на все без исключения религиозные правовые системы независимо от их специфических особенностей, а также от времени их возникновения, широты охвата тех или иных слоев общества и длительности их существования.

Идея божьей воли, пронизывающая собой сущность, содержание и формы выражения религиозного права, лежала и лежит в основе не только всех широко известных, дошедших до нас религиозных правовых систем, но и в основе всех, аналогичных по своей природе и характеру малоизвестных правовых систем.

Так, идея божьей воли лежала, как отмечают специалисты в области римского права, в основе возникновения и развития на территории Древнего Рима в VIII—VI вв. до н.э. архаического сакрального права. Это право представляло собой систему норм, или правил поведения, призванных «упорядочить отношения между людьми и богами» и связанных с обязательствами строгого соблюдения ритуалов, жертвоприношений и культов[1]. Согласно сакральному праву «именно у бога следовало брать землю и любое другое имущество в пользование, именно у него надо было просить хорошего урожая, обильного приплода или значительных доходов»[2]. Нарушение сакрального права рассматривалось римлянами как нарушение божественной воли, как неправомерное деяние, требующее от нарушителей соответствующего искупления[3].

Идея божьей воли пронизывала собой и все другие религиозные правовые системы, включая их сущность, содержание и самые различные формы их организации и самовыражения.

---

[1] См.: *Кофанов Л. Л.* Возникновение и развитие римского права в VIII—VI вв. до н.э. Автореф. дисс. на соиск. уч. ст. докт. юрид. наук. М., 2001. С. 18—19.

[2] Жреческие коллегии в Древнем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права / Отв. Ред. Л. Л. Кофанов. М., 2001. С. 14.

[3] *Кофанов Л. Л.* Указ. соч. С. 19.

Помимо всего прочего она недвусмысленно указывала на то, что природа и характер религиозного права всегда предопределяли и предопределяют собой природу и характер всех свойственных ему форм или источников права.

Аналогично обстоит дело, как было уже отмечено, не только с религиозным, но и со светским правом. Указывая на это обстоятельство, известный русский ученый-юрист Н. М. Коркунов еще в конце XIX в. обращал внимание на то, что не только с помощью природы и характера, а также представления о праве можно судить о природе и характере его источников, но и наоборот, на основе специфических особенностей тех или иных форм, или источников права, можно судить о природе и характере самого права.

В своих Лекциях по общей теории права в разделе «Определение права по источнику» он, в частности, подмечал, что «определения юридических норм по их источнику более объективны, нежели определения по содержанию. Они не переходят в суждения о праве, не указывают, чем должно бы быть право, а имеют в виду указать отличительный признак действительно существующих юридических норм». Этим, продолжал автор, и объясняется популярность их среди юристов того направления, которое служит реакцией против идеалистических уравнений прежнего времени. Особенно распространившееся за последнее время в Германии направление это оттуда перешло и к нам»[1].

И в заключение: «Определения такого рода представляют, так сказать, две разновидности». Одни из них определяют юридические нормы как нормы, устанавливаемые органами государственной власти», другие «более общим образом признают источником права общество в его целом»[2].

Рассматривая проблемы правопонимания в связи с исследованием форм, или источников права, следует выделить, применительно к изучению светских правовых систем и их источников, несколько имевших место в отечественной и зарубежной юридической литературе направлений и подходов, часть из которых используется и поныне.

В дореволюционной (до Октябрьской революции 1917 г.) *России* довольно распространенными направлениями и подходами к решению проблем правопонимания, наряду с психологической теорией[3], были такие, которые ассоциировались с попытками их разрешения исключительно с позиций позитивного права или же позитивного и естественного права.

В первом случае акцент ставился исключительно на взаимосвязи и взаимодействии государства и права, вне каких бы то ни было взаимоотношений последнего с обществом или иными явлениями, институтами и учреждениями. Возникавшие при этом время от времени споры касались лишь таких вопросов, как есть ли право произведение государства или, наоборот, его основание? Подчинено ли государство праву

---

[1] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 62.

[2] Там же. С. 62.

[3] *Кистяковский Ф.* Лекции по общему государственному праву. М., 1912. С. 137.

или, напротив, «стоит над ним в качестве его высшего источника?», и т. п.[1]

Ответы на данные и им подобные вопросы содержались в соответствующих развивавшихся в данный период отечественными и зарубежными правоведами теориях. Среди них были такие, как теория «первенства права», приписывающая, по словам Ф. Кистяковского, «первенствующее значение праву и выводящее из него государство; теория «первенства государства», ставящая на первое место государство и рассматривающая право как «производное от него явление»; теория «параллелизма права и государства», ставящая право и государство «рядом друг с другом, как две самостоятельные, хотя и связанные между собой силы»[2].

Во втором случае, когда проблемы правопонимания пытались одновременно решать с позиций позитивного и естественного, точнее — обновленного естественного права, основной акцент ставился не только на взаимоотношении права и государства, но и на характер взаимосвязей права и общества.

В зависимости от того, писал в связи с этим Е. Трубецкой, «чем обуславливается обязательность правовых норм», все они подразделяются на две различные группы, «причисленные к двум основным формам права». Все те правовые нормы, пояснял автор, «коих обязательность обуславливается санкцией того или другого внешнего авторитета (например, государства, церкви), суть *нормы права позитивного или положительного*». Напротив того, «все те правовые нормы, коих обязательность не обуславливается каким-либо внешним авторитетом, а требованиями разума, суть *нормы права естественного*»[3].

Наряду с названными направлениями и подходами к разрешению проблем правопонимания в рассматриваемый период в отечественной и зарубежной литературе нередко использовались также идеи, лежащие в основе *исторической школы права*.

Комментируя этот факт, И. В. Михайловский писал еще в самом начале века, что право, как оно понимается основателями и последователями исторической школы права, будучи одними из проявлений народного духа, всегда подчинялось и подчиняется «общему закону органического развития». Вследствие этого оно получает высший авторитет. Как «органический продукт народного духа, создающийся помимо сознательной деятельности человека, оно не может подлежать никакой нравственной критике»[4]. Оно одинаково обязательно как для подданных, так и для власти: ведь «законодательство не участвует в его образовании, но лишь выжидает течения народной жизни и санкционирует нормы,

---

[1] См.: *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности.

[2] *Кистяковский Ф.* Указ. соч. С. 138.

[3] *Трубецкой Е. Н.* Энциклопедия права. (Издана по запискам студентов. Киев, 1906). СПб., 1998. С. 73—74.

[4] *Михайловский И. В.* Очерки философии права. Т. 1. Томск. С. 228.

возникшие уже из этой жизни, записывает, формулирует их». Законодатель, с точки зрения сторонников исторической школы права, есть не кто иной, как «выразитель народного духа, а обычаи и законы — это формы для распознания права, таящегося в глубине народного духа»[1].

В советский период, охватывающий собой более чем 70-летний отрезок времени, начиная с 1917 г. и кончая 90-ми годами XX в., проблемы правопонимания решались, как правило, с «нормативистко-позитивистских» позиций. В основе данного подхода и направления лежало известное определение понятия права, принятое по докладу А. Вышинского Первым совещанием научных работников права в 1938 г.

Понятие права при этом рассматривалось как «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»[2].

На базе данного представления о праве отечественными и зарубежными исследователями из соцстран были выработаны два весьма отличающихся друг от друга по своему логическому объему и содержанию, но весьма близко примыкающих друг к другу по своей сути понятия права: узконормативное и «широкое» понимание права[3].

Узко нормативный подход к определению понятия права сводился к выработке представления о праве как о системе норм, установленных или санкционированных государством, выражающих волю государства и обеспеченных государством.

Весьма типичными для сторонников данного подхода и представления о праве были его определения, согласно которым право — это «система норм, выполнение которых обеспечивается принудительной силой государства»[4]; «право — это «совокупность правил поведения (норм), установленных или санкционированных государством, выражающих волю господствующего класса, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, угодных и выгодных господствующему классу»[5], или же: «Право есть государственная воля господствующего класса, выраженная в совокупности норм, которые охра-

---

[1] *Михайловский И. В.* Указ. соч. С. 228.

[2] Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 37.

[3] См. об этом подробно: *Керимов Д. А.* Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986; *Он же.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000; *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001; и др.

[4] Труды первой научной сессии ВИЮН. М., 1940. С. 9.

[5] *Карева М. П., Кечекьян С. Ф., Федосеева А. С., Федькин Г. И.* Теория государства и права. М., 1955. С. 70.

няются государством как классовый регулятор общественных отношений»[1].

Следует отметить, что подобное, узконормативное понятие права с модификацией некоторых его положений, касающихся, в частности, «воли господствующего класса», замененной в духе времени «общечеловеческим» характером права, довольно широко используется в отечественной юридической литературе и поныне.

В качестве примера можно сослаться на «общее определение понятия права», выработанное М. И. Байтиным в его весьма содержательной работе «Сущность права». Право здесь определяется как «система общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее общечеловеческий и классовый характер, издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью государственного принуждения; являются властно-официальным регулятором общественных отношений»[2].

В 60-е и особенно в 70-е и 80-е годы узконормативный подход к правопониманию, именуемый post factum некоторыми авторами как «официальный»[3], постепенно вытесняется так называемым «широким» подходом. Суть его, как известно, сводилась к тому, что в общее понятие права наряду с нормами права предлагалось включать также в разных вариациях в зависимости от позиции того или иного автора правосознание, правоотношения, правовые принципы и т. п.[4]

Обращение к «широкому» пониманию права свидетельствовало, с одной стороны, о полном или частичном (в зависимости от авторского восприятия) несоответствии узконормативного правопонимания реальной действительности и соответственно о неудовлетворенности существующим представлением о праве. А с другой — о продолжении, по сути, никогда не прекращавшихся попыток, как об этом свидетельствует история развития правоведения, поиска все новых, наиболее адекватно отражающих реальную правовую действительность представлений о праве и выработке его соответствующих определений.

Анализ многочисленных в той или иной степени отличавшихся друг от друга точек зрения и подходов, возникших за относительно короткий период времени в рамках «широкого» правопонимания, со всей очевидностью свидетельствовал о том, что предлагавшиеся «широкие» представления о праве и его соответствующие определения отнюдь не носили некоего радикального характера и по существу своему фактически

---

[1] *Иоффе О.С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М., 1961. С. 59.

[2] *Байтин М. И.* Сущность права. (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 81—82.

[3] См.: *Нерсесянц В. С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992. С. 288.

[4] Подробнее об этом см.: О понимании советского права // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 56—71; Советское государство и право. 1979. № 8. С. 48—77.

не выходили за пределы официального узконормативного представления о праве[1].

Несомненно, прав был В. С. Нерсесянц, когда писал, что в целом полемика представителей «широкого» понимания права против сторонников узконормативного подхода носит «непринципиальный характер, поскольку в фактически неправовой ситуации оба направления в одинаковой мере базируются на априорной предпосылке о наличии советского социалистического права, которое по существу отождествляется с советским законодательством». Под нормой права в обоих случаях имеется в виду норма законодательства, производными от которой являются и компоненты более «широкого» понимания права («правоотношение» и «правосознание»)[2].

Наряду с «узконормативным» и «широким» подходами к правопониманию и выработке понятия права в рассматриваемый период некоторыми авторами особо выделялся также третий подход, согласно которому правопонимание базируется на концепции, а точнее — на принципе различения права и закона[3].

Однако, как свидетельствует опыт отечественного и зарубежного правоведения, данный подход, несмотря на традиционность проблемы соотношения права и закона[4], широкого признания и распространения не получил.

Больше того, в научной литературе высказывалось мнение о том, что «нет сколько-нибудь убедительных оснований наряду с нормативным и широким подходами выделять в качестве самостоятельного еще и третий подход»[5]. Основная причина такого умозаключения состоит, по мнению одного из его приверженцев, М. И. Байтина, в том, что «сторонники различения права и закона используют данную концепцию в качестве одного из основных доказательств того или иного варианта широкого понимания права». В силу этого названный подход фактически рассматривается как неотъемлемая составная часть другого, а именно — «широкого» подхода к пониманию и определению права и выделять его в самостоятельное направление исследования процесса правопонимания нет никаких оснований и резона[6].

Говоря о проблемах правопонимания и путях (подходах и направлениях) их разрешения в советский период, следует заметить, что подавляющее большинство тех и других сохраняется, хотя и в несколько из-

---

[1] См.: *Керимов Д. А., Недбайло П. Е., Самощенко И. С., Явич Л. С.* К вопросы об определении понятия социалистического права // Правоведение. 1966. № 2.

[2] *Нерсесянц В. С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. С. 286.

[3] См.: *Нерсесянц В. С.* Право и закон. М., 1983. С. 351—380.

[4] См.: Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2001. Т. 2. С. 19—23.

[5] *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 44.

[6] Там же.

мененном, «демократизированном» виде, и в *настоящий, постсоветский период.*

Сохранение их дало основание некоторым авторам высказывать вполне справедливые упреки в адрес теоретиков права относительно нерешенности не только общих проблем правопонимания, но и относительно менее общих вопросов, касающихся, в частности, происхождения государства и права, источников права и др.

После того как «были сняты идеологические барьеры,— пишет в связи с этим Т. В. Кашанина,— ученые-юристы не спешили продвинуться в изучении проблемы происхождения государства и права». Вместо этого «многие из них впали в бескомпромиссную критику энгельсской концепции, не предлагая ничего нового от себя»[1].

Другим авторам нерешенность проблем правопонимания в современный период послужила основанием для вывода о «симптомах кризиса современного российского теоретического сознания». Истоки этого кризиса они связывают прежде всего с «дезавуацией марксистской школы объяснения политико-правовых феноменов и образовавшейся вследствие этого «черной дырой» в теории государства и права, заделывать которую предстоит не одному поколению ученых»[2].

Авторы, несомненно, придерживаются максималистских принципов, самокритично считая, что постсоветская юридическая наука ничего нового в проблему понимания права не внесла[3]. Они чрезмерно упрощают ситуацию, говоря о симптомах кризиса лишь в отношении современного российского теоретического сознания, к тому же связывая их появление исключительно с «дезавуацией» марксистского правопонимания.

Если говорить о «симптомах кризиса», то следовало бы, во-первых, иметь в виду, что в отношении решения проблем правопонимания эти «симптомы» как появились многие сотни лет назад, когда впервые возник спор между сторонниками различных правовых теорий и представлений о праве, так и остаются до сих пор. А во-вторых, было бы весьма смело и опрометчиво относить эти «симптомы кризиса» лишь к «российскому теоретическому сознанию», а тем связывать их появление только с «дезавуацией марксистской школы объяснения политико-правовых феноменов».

Ведь для этого нужно иметь мужество, будучи специалистом в своей области, не знать или знать, но не замечать того, что аналогичные российским проблемы правопонимания традиционно существовали и существуют не только в пределах советского и постсоветского пространства, но и в других, именующих себя цивилизованными странах. Разница заключается лишь в остроте этих проблем, степени внимания, которое уделялось и уделяется решению проблем правопонимания. А также — в различных подходах и направлениях их разрешения.

---

[1] *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. М., 1999. С. 9.

[2] *Поляков А. В.* Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2. С. 4.

[3] *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права. М., 1999. С. 26.

«Никто не знает,— писал в связи с поисками оптимальных вариантов решения проблем правопонимания западными авторами американец Ст. Форд,— сколько чернил было изведено и сколько времени было затрачено на то, чтобы хотя бы приблизительно понять и удовлетворительно определить то, что именуется правом»[1]. В результате интеллектуальной деятельности многих поколений юристов, продолжал автор, был «создан весьма внушительный список дефиниций права», но ни одна из них до сих пор не является «вполне дефинитивной», адекватно отражающей правовую реальность и всех устраивающей[2].

Подобно современным российским ученым-юристам, их западные коллеги-правоведы в настоящее время усматривают, как правило, наиболее оптимальные пути решения проблем правопонимания нередко в сведении «воедино» традиционных политико-правовых школ[3] в виде позитивизма, теории естественного права и «исторической юриспруденции» и создании на этой основе некой «интегрированной, единой юриспруденции»[4]. Такой подход к решению проблем правопонимания, предлагаемый и некоторыми отечественными авторами, не без оснований характеризуется как «эклектическое сочетание разнородных начал и идей, плохо согласующихся между собой и хотя бы в силу этого не удовлетворяющих элементарным требованиям, предъявляемым к научным теориям»[5].

Другой не менее распространенный путь решения проблем правопонимания усматривается рядом западных, равно как и некоторых российских, авторов в дальнейшем развитии и совершенствовании традиционных для современной юриспруденции теорий права и выработке на этой основе если не общего, удовлетворяющего многообразные потребности современного общества, то хотя бы «приближенного» к решению данной задачи представления о праве и его источниках.

Довольно типичными для данного случая являются предпринимающиеся в зарубежном правоведении попытки концентрации внимания и усилий авторов на развитии и совершенствовании теорий, которые возникают на основе и в пределах *традиций естественного права* на базе *традиций юридического позитивизма*, а также *на основе «функционального» анализа права*[6].

Разумеется, наряду с названными подходами и направлениями исследования права и разрешения проблем правопонимания в зарубежной юридической литературе существуют и другие подходы и направления правовых исследований. Они находят свое отражение в самых различ-

---

[1] *Ford St.* The American Legal System. Its Dynamics and Limits. St. Paul; Minn., 1984. P. 1.

[2] Ibidem.

[3] *Берман Г. Д.* Западная традиция права. Эпоха формирования. М., 1998. С. 56—57.

[4] Там же. С. 57.

[5] *Поляков А. В.* Указ. соч. С. 4—5.

[6] *McLeod I.* Op. cit. P. 12.

ных правовых, или точнее — политико-правовых теориях, таких, как социологическая и антропологическая теории права, неолиберальная и консервативная теории, нормативистская теория и др.[1] Однако они не имеют такого широкого признания и не играют той весьма значительной роли, которую выполняют ранее названные теории.

Пытаясь решить проблемы правопонимания в современной постсоветской России, мы неизбежно и вполне естественно сталкиваемся, как и зарубежные правоведы, не только со множеством соответствующих теорий и взглядов на право[2], но и с «вечным» вопросом, касающимся возможности (или, наоборот, невозможности) выработки общего, «универсального» представления о праве и его соответствующего адекватно отражающего потребности современного общества и отвечающего на основные вызовы жизни определения понятия.

Одновременно с этим, как естественное и логичное продолжение вопроса об общем понятии и представлении о праве в целом, неизбежно встает ряд аналогичных вопросов, касающихся его отдельных составных частей, основных черт и признаков права, его сущности и содержания, основных форм его существования и выражения.

Нет необходимости ввиду очевидности доказывать, что удовлетворительное решение данных и других аналогичных им вопросов имеет не только и даже не столько теоретическое, сколько практическое значение. Четкое представление о том, что такое право, каковы его формы, или источники, что следует рассматривать в качестве «правового», а что таковым не является, имеет непреходящее и трудно переоценимое значение как для правотворческой, так и для правоохранительной и правореализующей, в особенности для правоприменительной, деятельности.

Анализируя современные отечественные издания, нетрудно заметить, что спектр мнений, касающихся выработки общего определения понятия права и «универсального» представления о нем, довольно широк и весьма разнообразен. Он охватывает как самые крайние, противоположные друг другу, так и «промежуточные» мнения.

К числу крайних, со знаком «плюс», можно отнести мнения ученых-юристов, которые стоят на позиции не только допустимости и необходимости, но и реальности выработки «общего определения понятия права»[3]. Правда, при этом следует оговорка, что речь идет об определении понятия права с позиции одного только нормативного подхода[4].

Противоположного мнения (мнения со знаком «минус») придерживаются авторы, которые a priori считают, что «стремление выработать единые, универсальные как понятие, так и определение права, исполь-

---

[1] См.: *McLeod I.* Op. cit.; *Harris J.* Op. cit.

[2] См.: *Лейст О. Э.* Три концепции права // Государство и право. 1991. № 12; *Алексеев С. С.* Философия права. М., 1997; *Нерсесянц В. С.* Философия права. М., 1997; *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы; и др.

[3] *Байтин М. И.* О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. 1999. № 1. С. 103.

[4] Там же. С. 98.

зуемые теорией и практикой, обречено на неудачу»[1]. С точки зрения авторов, разделяющих данное мнение, речь может идти лишь «о некоторых, вариантах определения и понятия права, которые имеют значение как для теории, так и для юридической практики»[2].

В самом деле, задаются они вопросом, «что значит для юриста-практика, непосредственно формулирующего закон или применяющего нормы права, сказать, что право — это масштаб, мера свободы либо правоотношения?». И отвечают: «Право для него — это всегда нормы, и неважно, кем они установлены — органами государственной власти либо судом»[3].

Легко заметить, что в данном случае речь идет, во-первых, о трудностях в процессе выработки общего понятия права, связанных с преодолением нетрадиционных противоречий между различными подходами и направлениями исследования права, а элементарного разрыва между правовой теорией и юридической практикой. А во-вторых, речь идет о таких юристах-практиках, «непосредственно формулирующих» или применяющих закон, которые действуют на уровне юридического ремесла, «складывая», «вычитая» существующие нормы права и глубоко не вникая в их социальный смысл и содержание, в правовую культуру, на основе которой они формируются и применяются, а также на уровень соотносящегося с ними правового сознания[4].

Наконец, к числу «промежуточных» (между приведенными точками зрения) по вопросу о возможности выработки общего понятия права и «универсального» о нем представления можно отнести мнение, согласно которому такая возможность допускается лишь на национальном уровне — на уровне отдельного государства, в пределах «одной эпохи и одной страны», но не в масштабе всего мирового сообщества.

Рассуждая на эту тему, Г. В. Мальцев не без оснований замечает, что «если общемировое понимание и определение права практически невозможны, то в пределах отдельного государства и контролируемого им единого правового пространства поиски общего для всех участников правоотношений понимания права имеют определенный упорядочивающий смысл»[5].

С данным утверждением, равно как и с общим методологическим подходом Г. В. Мальцева к решению проблем правопонимания, в принципе нельзя не согласиться, исходя из существующих в современном мире тенденций развития правовой теории и юридической практики. Однако это можно сделать лишь с двумя незначительными оговорками-уточнениями.

---

[1] *Попов В. И.* Правопонимание в советской юридической науке. Автореф. дисс. на соиск. уч. ст. канд. юрид. наук. М., 2002. С. 17.

[2] Там же. С. 17—18.

[3] *Попов В. И.* Указ. соч. С. 18.

[4] Об этом см. работу Б. Шарфса «Право как ремесло»: *Scharffs B.* Law as Craft // Vanderbiblt Law Review. 2001. Vol. 54. № 66. P. 2245—2347.

[5] *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. С. 4.

Первое уточнение касается авторского тезиса о том, что поиски общего понятия права имеют «определенный упорядочивающий смысл» лишь в пределах отдельного государства или страны. Это верно, но ведь они имеют не меньшую «упорядочивающую» значимость и в масштабе мировой общности и отдельной правовой семьи. Из этого, собственно, и исходит все сравнительное правоведение.

Вторая оговорка-уточнение касается самого общего понятия права — «общемирового понимания и определения права», которые, по мнению автора, «практически невозможны». Это, как показывает соответствующий отечественный и зарубежный опыт, не совсем так. В мире существует довольно много определений и понятий права[1], которые претендуют или могут претендовать на общезначимость и универсальность.

В качестве примеров можно указать на такие краткие характеристики (своего рода общие определения) понятия права, как: «право — это формальное равенство», «право — это всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей», «право — это всеобщая справедливость» и др.[2]). Другое дело, что такого рода «понимания» права и его определения весьма односторонни, абстрактны и чрезвычайно общи.

Однако они существуют и при этом широко и успешно используются на самом высоком уровне — *на метауровне*, по крайней мере в двух своих ипостасях: как первые, изначальные во всем процессе познания правовой материи шаги и как своего рода общесоциальные ориентиры в дальнейшем ее исследовании.

Использование такого рода общесоциальных и общефилософских определений и подходов к праву и правопониманию как процессу, несомненно, имеет «определенный упорядочивающий смысл». Однако лишь на самом высоком уровне обобщения правовых знаний и соответствующего их применения в масштабе всей правовой географии мира, на уровне некой весьма относительной правовой целостности, образуемой однородной (правовой) материей в результате взаимосвязи и взаимодействия различных правовых систем и семей.

Формирование общего понятия и решение проблем правопонимания не ограничиваются, как представляется, только названным уровнем и обозначенной сферой «приложения». Данный процесс с неизбежностью совершается и на других, более низких (в смысле обобщения правовой материи) и менее масштабных по ее охвату и отражению в формируемом понятии права уровнях. А именно — *на среднем уровне*, на уровне отдельных правовых семей, и *на микроуровне*, на уровне отдельных правовых систем.

На каждом из них по мере уменьшения степени обобщения правовой материи и сокращения масштабов, а вместе с тем и массы отражаемой в общем понятии права правовой материи (правовая семья, на-

---

[1] О них речь пойдет ниже.

[2] *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 35—39.

циональная правовая система), общее понятие права становится более глубоким и содержательным.

Ибо, если на метауровне общее понятие права «вбирает» из последнего и отражает в себе только *самые общие, родовые* признаки и черты, свойственные всему правовому массиву, существующему или когда-либо существовавшему в мире, то общее понятие права, вырабатываемое на среднем уровне, кроме общих, родовых признаков и черт, проявляющихся у правовой материи и отражающихся в понятии права на метауровне, «вбирает» в себя также аналогичные признаки и черты, проявляющиеся у него и на данном, среднем уровне.

Аналогично обстоит дело и с общим понятием права, точнее — с его содержанием, также на уровне национальных правовых систем, на микроуровне. Содержание общего понятия права, вырабатываемое на этом уровне, складывается не только из своих собственных признаков и черт, но и из компонентов, формирующих общее понятие права на среднем уровне и на макроуровне. В силу этого общее понятие права, выработанное на данном уровне, является по сравнению с ним, проявляющимся на других уровнях, в теоретическом плане наиболее глубоким и содержательным, а в практическом — наиболее часто применяемым.

Обладая весьма общим, абстрактным характером на макроуровне, «универсальное» понятие права приобретает более конкретные в формально-юридическом и фактическом, точнее — социально-политическом плане признаки и черты на среднем и в особенности на нижнем уровнях познания правовой материи и соответственно в рамках отдельных правовых семей и национальных правовых систем.

Выявление и изучение этих общих для различных правовых семей и национальных правовых систем признаков и черт имеет принципиально важное значение как для решения проблем правопонимания, так и для выработки общего представления о праве и определения понятия права в целом.

§ 2. Определение понятия права

Право, как и государство, принадлежит к числу не только наиболее важных, но и наиболее сложных общественных явлений.

Пытаясь выяснить, что такое право и какова его роль в жизни общества, еще римские юристы обращали внимание на то, что оно не исчерпывается одним каким-либо смыслом. Право, писал один из них (Павел), употребляется по меньшей мере в двух смыслах. Во-первых, оно означает то, что «всегда является справедливым и добрым», т. е. естественное право. Во-вторых, право — это то, что «полезно всем или многим в каком-либо государстве, каково цивильное право». По мере развития общества и государства у людей, естественно, менялось и представление о праве. Появилось множество различных правовых идей, теорий, суждений. Однако *изначальные основы,* заложенные римскими юристами, особенно в такой отрасли права, как гражданское (цивильное), хотя и в модернизированном виде, но *сохранились.* В пер-

вую очередь это касается таких правовых институтов, как собственность, наследование, купля-продажа, и многих других.

Чтобы убедиться в этом, достаточно проанализировать знаменитый Кодекс Наполеона, или Гражданский кодекс Франции 1804 г., который был подготовлен на основе глубокого изучения и широкого использования римского права. В нем, например, под сильным влиянием принципов и различных институтов римского права особо выделялось право собственности, которое определялось как «право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом, с тем чтобы пользование не являлось таким, которое запрещено законами или регламентами» (ст. 544). В Кодексе Наполеона закреплялись пути и способы приобретения собственности. Устанавливалось, в частности, что «собственность на имущество приобретается и передается путем наследования, путем дарения между живыми или по завещанию и в силу обязательств» (ст. 711). Особое внимание уделялось договорным обязательствам, имеющим огромное значение для развития и имущественных, и иных общественных отношений. Договор при этом рассматривался как «соглашение, посредством которого одно или несколько лиц обязываются перед другим лицом или перед несколькими другими лицами дать что-либо, сделать что-либо или не делать чего-либо» (ст. 1101).

Следует отметить, что многие институты римского права в качестве своеобразного первоисточника постоянно использовались и продолжают использоваться при разработке гражданских кодексов и иных нормативно-правовых актов и в других странах. Подобное влияние римского права на правовые системы многих стран, восприятие последними наиболее важных его принципов и институтов, называемое в юридической литературе *рецепцией* римского права, в значительной мере сказалось на характере и содержании этих систем, а также на определении понятия самого права.

В полной мере сохранили свою значимость и актуальность, например, положения, сформулированные древнеримскими и древнегреческими юристами о неразрывной связи права и справедливости, права и добра.

Будучи «регулирующей нормой политического общения», право, как отмечал еще древнегреческий мыслитель Аристотель, должно служить «критерием справедливости». Для того чтобы знать, что такое право, писал древнеримский юрист Ульпиан, нужно понять, с чем, с какими явлениями оно связано и откуда оно происходит. Нужно помнить прежде всего, что «оно получило свое название от justitia — правда, справедливость», что право есть «искусство добра», равенства и справедливости.

Не утратили своего значения для современной юридической теории и практики, в особенности для глубокого и всестороннего понимания сущности и содержания права, а также его определения, положения, касающиеся естественного права.

Что такое «истинный закон»? — вопрошал Цицерон. И отвечал, соотнося право не только со справедливостью и добром, но и с самой природой, с естественным бытием человека: это — «разумное положение, соответствующее природе, распространяющееся на всех людей, постоянное, вечное, которое призывает к исполнению Долга». Право, по

Цицерону, устанавливая те или иные ограничения и запреты, «запрещая, от преступления отпугивает». Однако оно «ничего, когда это не нужно, не приказывает честным людям и не запрещает им и не воздействует на бесчестных, приказывая им что-либо или запрещая».

Идеи и основные положения естественного права нашли свое отражение в конституционном и текущем законодательстве многих современных государств. Например, в Конституции Российской Федерации предусмотрено, что основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения (ст. 17, ч. 2). Это означает, что они не даруются и не устанавливаются «свыше», каким бы то ни было государственным или иным органом, а возникают и существуют в силу естественных, ни от кого не зависящих причин.

Влияние идей естественного права просматривается и в Конституции Японии, провозглашающей, что «народ беспрепятственно пользуется всеми основными правами человека» и что эти права, «гарантируемые народу настоящей Конституцией, предоставляются нынешнему и будущим поколениям в качестве нерушимых вечных прав» (ст. 11).

Важную роль в формировании представления о сущности и содержании права, а также в его определении играют и такие факторы, которые связаны *со служебной ролью и социальным назначением права* в жизни общества и государства.

Общепризнан тот факт, что в социальном плане право никогда не бывает абстрактным. Оно всегда выражает и закрепляет прежде всего волю и интересы стоящих у власти социальных классов, слоев, групп, прослоек. Нет права «вообще». Оно всегда конкретно и реально.

В чем это проявляется? История развития права свидетельствует, что в первую очередь оно освящает и закрепляет имущественное, социальное и иное неравенство людей. Неравенство рабовладельца и раба, феодала, помещика и крепостного, работодателя и работополучателя.

Даже размер наказания за убийство человека раньше ставился в зависимость от его общественного положения. Так, по «Русской Правде» — важнейшему памятнику древнерусского права — за убийство княжеского дружинника следовал штраф (вира) 80 гривен, за убийство «купчины» — 40 гривен, а за убийство княжеского холопа — крестьянина следовало «вознаграждение» его хозяину в размере пяти гривен.

По «Салической правде» — правовому памятнику салических франков конца V в. н.э.— за убийство свободного франка был предусмотрен штраф (вергельд) в 200 денежных единиц — солидов, за убийство полусвободного (лита) — 100 солидов, за убийство раба взыскивалось всего лишь 35 солидов, и то в пользу хозяина.

В то же время «Салическая правда», выражая волю и защищая интересы господствующих кругов, предусматривала, что «если кто лишит жизни человека, состоящего на королевской службе», то с него взыскивается тройной по сравнению с обычным свободным франком вергельд в сумме 600 солидов.

Явно выраженное или завуалированное закрепление неравенства людей прослеживается и во многих других памятниках права. Широко известное в марксистской и немарксистской литературе положение

«Манифеста Коммунистической партии» о том, что «ваше право», т. е. право буржуазии, «есть лишь возведенная в закон воля вашего класса, воля, содержание которой определяется материальными условиями жизни вашего класса»[1], несомненно, имеет под собой определенную основу, по существу, адекватно отражает действительность.

Не подлежит никакому сомнению тот факт (и это подтверждается повседневной государственно-правовой практикой), что право в любом обществе и государстве выражает волю и интересы в первую очередь экономически и политически господствующего при данной системе отношений класса или слоя, что оно обслуживает прежде всего стоящие у власти классы и слои.

В этом смысле В. И. Ленин безусловно был прав, когда отстаивал тезис о том, что содержащаяся в любом нормативно-правовом акте государственная воля есть воля господствующего класса: «Воля, если она государственная, должна быть выражена как *закон,* установленный *властью*»[2].

В принципе, разделяя данный, многократно подтвержденный самой жизнью тезис, следует в то же время обратить внимание на его определенные изъяны, его известную уязвимость. Дело заключается в том, что, сводя всю государственную волю, выражаемую в праве, а вместе с ней и все его социальное содержание только к классовому содержанию, мы тем самым, во-первых, упускаем из виду, сознательно или непроизвольно, все остальные существующие в обществе, помимо классовых и наряду с классовыми, многочисленные социальные общности (группы, слои, трудовые коллективы), их волю и интересы; во-вторых, не учитываем того, что у власти в определенные, чаще всего переходные от одной исторически сложившейся системы власти к другой периоды могут стоять не классы, а определенные слои (клики, кланы и т. п.) людей со своими взглядами, ценностями и интересами, отражаемыми в праве; в-третьих, упускаем из поля зрения тот общеизвестный факт, что в любом обществе наряду с защитой интересов стоящих у власти классов или слоев право самопроизвольно, естественно или вынужденно отражает интересы всего общества, в нем неизменно сочетаются групповые интересы с общесоциальными, национальными, классовые с общечеловеческими. Степень такого сочетания и соответствия не везде одинакова. Но она существует. И это естественно. Ибо право изначально порождается и развивается не как результат деятельности лишь отдельного класса, нации или группы людей. Оно является порождением и результатом естественного развития всего общества.

Говоря о выражении в праве воли и интересов различных слоев общества, нации, классов, социальных групп, следует также иметь в виду, что западная социология, а отчасти и другие гуманитарные науки традиционно не только оперируют классовой структурой общества (высший, средний и низший, рабочий, класс), но и рассматривают его под углом зрения деления на «страты».

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 4. С. 443.

[2] *Ленин В. И.* Полн собр. соч. Т. 32. С. 340.

Деление на «страты» — стратификация в отличие от классовой градации представляет собой «горизонтальное деление общества на вполне определенные и отличающиеся друг от друга части общества, такие, как классы, слои, касты, и пр.»[1]. Существуют различные определения «страт» и различные к ним подходы. Некоторые западные авторы в процессе изучения общества и возникающих на его базе различных государственно-правовых явлений пользуются исключительно стратификацией. Другие же предпочитают, наоборот, классовую градацию.

Однако независимо от того, чему отдается предпочтение — классовой градации или социальной стратификации, важно, чтобы в праве, рассматриваемом как явление в целом, или же в его отдельных отраслях и институтах в полной мере учитывались интересы не только части общества в виде господствующего класса, группы, слоя, «страты», но и всего общества. В этом, помимо всего прочего, состоит залог эффективности права и его социальной значимости. В этом его ценность как элемента культуры человечества. Данное утверждение в равной мере относится как к национальному, так и к международному праву.

Убедиться в этом позволяют такие, например, имеющие огромную общечеловеческую значимость акты нашего времени, как Всеобщая декларация прав человека, принятая 10 декабря 1948 г. Генеральной Ассамблеей ООН; Международный пакт о гражданских и политических правах, принятый 16 декабря 1966 г. Генеральной Ассамблеей ООН; Декларация о предоставлении независимости колониальным странам и народам, принятая 14 декабря 1960 г. Генеральной Ассамблеей ООН. В них закреплены не только высокогуманные общечеловеческие интересы, но и непреходящие общечеловеческие ценности.

Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах, записано в ст. 1 Всеобщей декларации прав человека. Они наделены разумом и совестью и должны поступать в отношении друг друга в духе братства. Каждый человек имеет право на жизнь, свободу и на личную неприкосновенность, провозглашается в ст. 3 этого документа. Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона, согласно ст. 7 Всеобщей декларации.

Аналогичные по своему характеру положения содержатся и в других статьях данного документа. Они закрепляют такие жизненно важные для каждого человека права и свободы, как право на гражданство, свобода передвижения и выбора места жительства «в пределах каждого государства», свобода убеждений и свободное выражение их, право на труд, благоприятные условия труда и на защиту от безработицы.

Особое внимание во Всеобщей декларации прав человека уделяется защите чести и достоинству каждого человека, неприкосновенности его личной и семейной жизни. «Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств» (ст. 12).

---

[1] Dictionary of Sociology and Related Sciences. Totowa, New Jersey, 1988. P. 309.

Положения, отражающие интересы всего или по крайней мере большей части общества, содержатся не только в международно-правовых актах, но и в актах, принимаемых на уровне государств, в конституциях, обычных законах, некоторых подзаконных актах. Фактически конституция каждого современного государства содержит в себе требования и положения, затрагивающие интересы всего общества. Это очевидно и бесспорно.

Так, Конституция Российской Федерации провозглашает равенство всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19), право каждого на жизнь (ч. 1 ст. 20), на свободу и личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 22), право «на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений» (ч. 2 ст. 23), право на труд, на отдых, на охрану здоровья и медицинскую помощь, право на образование (ст. 37, 41, 43).

Такие же или подобные им права и свободы, затрагивающие интересы всех или подавляющего большинства членов общества, провозглашаются и законодательно закрепляются и в других странах.

Однако при этом, как и прежде, открытыми, далеко не однозначными остаются вопросы типа: как соотносятся в данном случае общечеловеческие и общенациональные интересы с классовыми интересами? Не «растворяются» ли последние в первых? Действительно ли интересы всего общества, так же как и интересы отдельных индивидов, различных групп и ассоциаций, не совпадающие с интересами правящих классов, *не только формально провозглашаются, но и практически осуществляются?* Ведь не следует забывать, что в жизни интересы господствующих кругов зачастую стоят на первом плане, доминируют над общечеловеческими и общенациональными интересами. А кроме того, интересы правящих кругов и классов (и их воля), как правило, не отражаются в праве в чистом, обнаженном виде. Они зачастую выступают в виде всеобщего интереса и в форме всеобщей — национальной или государственной — воли. Подмечая данное обстоятельство, Маркс и Энгельс не без оснований утверждали: «Помимо того, что господствующие при данных отношениях индивиды должны конституировать свою силу в виде *государства,* они должны придать своей воле, обусловленной этими определенными отношениями, всеобщее выражение в виде государственной воли. В виде закона»[1]. Разумеется, лишь в идеологических целях, теоретически. Практически же все, как правило, обстоит наоборот. Свои специфические волю и интересы правящие круги реализуют в реальной жизни не только непосредственно, но и опосредованно, прикрываясь всеобщей волей и интересами.

В юридической литературе, и отечественной, и зарубежной, как это видно из вышесказанного, нет единого подхода к определению понятия права, а тем более однозначного о нем представления. Спектр мнений здесь весьма широк и разнообразен. Помимо множества других причин он зачастую обусловливается неодинаковой оценкой различными авторами значения рецепции римского права для динамичного развития современного, в особенности «рыночного», права; различным представлением

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 3. С. 322.

о степени влияния традиционных идей естественного права на современные теории права; противоречивыми подходами авторов — исследователей права к разрешению проблем соотношения в его понятии и содержании общечеловеческого и общенационального, с одной стороны, и классового — с другой.

Последнее особенно четко просматривается в отечественной литературе. Если сравнить определения понятия права и подходы к его изучению, характерные для советского периода, с определениями понятия права и подходами к его познанию в постсоветский период, то нетрудно заметить, что важнейшей особенностью тех и других подходов является или категоричное признание, или столь же решительное отрицание классового характера права. Первые строятся на строго классовых постулатах, на представлении о государстве и праве как средствах, орудиях в руках господствующего класса или классов. Вторые же, молчаливо отвергая классовость, апеллируют к общечеловеческим ценностям и интересам или к «общим и индивидуальным интересам населения страны».

В качестве примера сугубо классового подхода к определению понятия права можно сослаться на довольно типичное определение, в соответствии с которым право рассматривается как «совокупность установленных и охраняемых государством норм, выражающих волю господствующего класса, содержание которой определяется материальными условиями жизни этого класса»[1]. Или еще, на определение права как на систему нормативно-обязательного регулирования поведения людей, «поддерживаемую государством и выражающую материально обусловленную волю господствующих классов (при социализме — волю народа)»[2].

Пример внеклассового или надклассового подхода к определению понятия права: оно рассматривается как система общеобязательных правил поведения, которые устанавливаются и охраняются государством, выражают общие и индивидуальные интересы населения страны и выступают государственным регулятором общественных отношений[3].

Разумеется, в сфере права, равно как и в других сферах государственной или общественной жизни, никто не может претендовать на истину в последней инстанции при установлении критериев правильности подходов к изучению и определению тех или иных явлений.

Только практика, по общему признанию, может служить критерием истины. Однако, для того чтобы практика «сказала» свое слово и тому или иному определению понятия права был вынесен оправдательный или обвинительный «приговор», требуется время. Только на основе накопленного опыта можно с уверенностью говорить о преимуществах или недостатках того или иного подхода к изучению права и его определению.

Это относится ко всем существующим в мировой государственно-правовой практике и, естественно, имеющим право на существование подходам к рассмотрению права и его определению. В известной

---

[1] Теория государства и права // Под ред. А. И. Денисова. С. 103.

[2] *Явич Л. С.* Общая теория права. Л., 1976. С. 111.

[3] *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права. С. 142.

мере это касается также сугубо классовых и внеклассовых дефиниций права.

Оговорка «в известной мере» здесь необходима для того, чтобы подчеркнуть то обстоятельство, что имеющийся опыт определения права путем чрезмерного выпячивания, преувеличения его классовости в свое время в советской литературе и одновременно полного ее отрицания или подчеркнутого игнорирования в западной литературе свидетельствует, как и в случае с государством, о двух крайностях. Первая заключается в абсолютизации роли классовости, в ее явной переоценке, а вторая — в ее недооценке. Шараханье из одной крайности в другую при определении понятия права, как и во всех других случаях,— не лучший способ нахождения научной истины.

В жизни классы существуют наряду с другими социальными и политическими общностями людей. В полной мере проявляются и их интересы, особенно когда классы находятся у власти. В силу этого было бы весьма неразумным и опрометчивым в процессе выработки понятия права и определения его сущности и содержания «не замечать» их существования и функционирования, полностью игнорировать влияние классов и их интересов на государственно-правовую жизнь.

Наличие множества определений права, сформулированных под воздействием жизненных обстоятельств и отражающих различные стороны правовой жизни и подходы к ней, само по себе следует рассматривать, несомненно, как явление положительное. Это позволяет взглянуть на определение права сквозь призму веков, отразить в нем наиболее важные его стороны и черты не только для одной исторической эпохи, но и для ряда других эпох, увидеть право не только в статике, но и в динамике. Существование множества определений права свидетельствует, помимо всего прочего, о глубине и богатстве государственно-правовой мысли, об огромном разнообразии знаний о праве, накопленных авторами — теоретиками и практиками за тысячелетия его исследования.

Однако в таком множестве определений есть и свои негативные моменты, изъяны. Главный из них заключается в трудностях, порождаемых порой взаимоисключающими друг друга подходами, отсутствием единого, концентрированного, целенаправленного процесса познания права и его практического использования. Диалектика, таким образом, состоит в том, что множественность определений понятия права как положительное явление выступает в то же время и как отрицательное.

Возможно ли успешное преодоление негативных сторон множественности, а точнее, известной разрозненности или даже противоречивости определений понятия о праве? В значительной мере да. Можно использовать несколько путей решения данной проблемы. Один из таких путей заключается в том, чтобы на основе сформулированных в разное время *частных* определений понятий права выработать пригодное «на все времена» и «на все случаи жизни» *общее* определение.

В отечественной и зарубежной юридической литературе попытки подобного характера предпринимались, и неоднократно. Отмечалось, в частности, что «общее определение права, если оно правильно сформулировано, имеет ту несомненную теоретическую и практическую ценность, что

оно ориентирует на главные и решающие признаки, характерные для права вообще и отличающие право от других, смежных, неправовых общественных явлений»[1]. Однако тут же, и не без оснований, оговаривалось, что в процессе исследования права и его применения нельзя ограничиться «одним лишь общим определением понятия права», поскольку в нем не могут получить «свое непосредственное отражение» весьма важные для глубокого понимания права и практики его применения «специфические моменты, свойственные тому или иному историческому типу права». Специфические особенности, например, рабовладельческого или феодального права вряд ли можно отразить в общем понятии, которое «вбирало» бы в себя также хотя бы некоторые специфические особенности современных правовых систем или типов права.

Специфические особенности характеризуют лишь *частные определения понятия права,* отражающие соответственно специфические признаки и черты рабовладельческого, феодального или любого иного права. Что же касается *общего определения понятия права,* то, как было отмечено, оно может складываться, исходя из своего названия и назначения, лишь из самых общих черт. В силу этого оно неизбежно будет носить слишком общий, чрезмерно абстрактный, малопригодный для успешного решения теоретических задач и достижения практических целей характер.

Разработкой такого рода определений, когда право рассматривается в весьма абстрактном или одностороннем виде, лишь как «институт принуждения поведения человека» или как «правила поведения, устанавливаемые и охраняемые государством»[2], нередко увлекаются западные юристы. Отечественные же авторы, предпринимавшие попытки выработки общего понятия права, в силу объективных и субъективных причин чаще всего ссылались на отдельные специфические черты, касающиеся «воли» того или иного господствующего класса, рассматривали право исключительно как классовый регулятор общественных отношений и т. п. Иллюстрацией сказанного может служить дефиниция общего понятия права, в соответствии с которой оно представляется как государственная воля господствующего класса, выраженная в совокупности норм, которые охраняются государством, как классовый регулятор общественных отношений[3].

Анализ приведенных в качестве примеров определений общего понятия права показывает, что они пока довольно далеки от совершенства. Следовательно, окончательно не сформировавшись в единое, полностью удовлетворяющее потребностям государственно-правовой теории и практики общее понятие, они не могут служить эффективным средством, или путем преодоления негативных последствий множественности, разрозненности и противоречивости представлений о праве.

---

[1] *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. С. 61.

[2] *Фридман Л.* Введение в американское право. М., 1992. С. 22; Webster's New Universal Unabridged Dictionary. N.Y., 1083. P. 1028.

[3] См.: *Иоффе О. С., Шаргородский М. Л.* Указ. соч. С. 59.

Не могут служить достижению этой цели и «ходячие», по выражению известного немецкого теоретика права Иеринга, или «наиболее распространенные» (выражение Л. Петражицкого) воззрения на право как на «принудительные нормы, пользующиеся признанием и защитою со стороны государства», как на «совокупность действующих в государстве принудительных норм»[1]. Ибо при всей своей «общепризнанности» и широкой распространенности они отражают лишь отдельные стороны этого многогранного явления.

§ 3. Основные признаки права

Среди широко признанных признаков и черт национального права отечественными и зарубежными авторами выделяются такие, как: а) системность и упорядоченность; б) нормативность; в) императивный чаще — государственно-волевой, властный характер; г) общеобязательность и общедоступность; д) формальная определенность; е) проявление в качестве всеобщего масштаба и равной меры по отношению ко всем индивидам; ж) обладание регулятивным характером и з) всесторонняя (с помощью государственных и негосударственных институтов) обеспеченность и гарантированность.

Разумеется, исходя из сложности, многослойности и противоречивости такого явления, как право, трудно говорить об исчерпаемости и бесспорности названных признаков и черт. Однако они дают общее и вместе с тем довольно четкое представление о праве и помогают решать традиционные проблемы правопонимания и связанные с ними проблемы сравнительного правоведения.

Не имея возможности обстоятельно рассмотреть названные признаки и черты национального права, ограничимся анализом только некоторых из них.

1. Обратим внимание в первую очередь на то, что право — это прежде всего совокупность, а точнее — *система норм* или правил поведения. Это не случайный набор случайных норм, а строго выверенная, *упорядоченная совокупность* вполне определенных правил поведения, это — система.

Как и любая иная система, она складывается из однопорядковых, взаимосвязанных между собой и взаимодействующих друг с другом элементов. Таковыми являются нормы права или правила поведения. Система должна быть внутренне единой и непротиворечивой. Возникающие между ее отдельными структурными элементами — нормами связи, как и сами нормы, должны быть направлены на выполнение строго определенных — регулятивных и иных функций, на достижение единых целей. Для того чтобы стать действенной и эффективной, любая правовая система должна сложиться как целостная, органическая система. Это явля-

[1] *Петражицкий Л.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1. С. 252.

ется одним из непременных требований и одновременно одним из признаков реальной, действующей, а не формальной правовой системы.

В основе любой системы норм или правил поведения лежат как объективные, так и субъективные факторы. В числе объективных выделяются однотипные экономические, политические, социальные, идеологические и иные условия, способствующие созданию и функционированию системы правовых норм в той или иной стране. Как отдельные нормы, так и их система в целом не создаются стихийно, произвольно, по желанию и усмотрению отдельных лиц. Они отражают объективные потребности общества и государства и «проецируются» на реально существующие экономические, политические и иные отношения. В этом плане, несомненно, прав был К. Маркс, когда, подчеркивая объективно обусловленный процесс нормотворчества, писал, что «законодательная власть не создает закона,— она лишь открывает и формулирует его»[1].

Попытки произвольного, умозрительного «конструирования» отдельных правовых актов или системы норм неизбежно ведут к негативным или же к непредсказуемым последствиям. Такого рода оторванные от реальной действительности системы, а точнее — псевдосистемы можно охарактеризовать известным изречением Гете из «Фауста»: «Словами диспуты ведутся, из слов системы создаются».

Разумеется, процесс создания и функционирования системы норм не только не отрицает, а, наоборот, всячески предполагает существование наряду с объективными и *субъективных факторов.* Речь идет при этом о разработке и осуществлении в той или иной стране научно обоснованной правовой политики, о подготовке и реализации планов законодательных работ, об активном участии специалистов-юристов в процессе правотворчества, правоприменения, в правоохранительной деятельности государственных органов.

Говоря о системе норм, нормативности права как об одной из важнейших его особенностей и черт, следует отметить, что нормативность вовсе не означает, по мнению ряда авторов, ограниченности или «замкнутости» права одними только нормами — правилами поведения. Помимо норм право должно включать в себя, с их точки зрения, и другие структурные элементы в виде правоотношений, правовых взглядов и идей, правосознания, субъективных прав граждан.

Спор между сторонниками строго нормативного понимания права, когда оно рассматривается лишь как система норм или правил поведения, и расширительного его толкования имеет длительную историю в отечественном и зарубежном правоведении. Однако при всей длительности и периодической обостренности споров каждая из сторон не только не отрицает, а, наоборот, заведомо предполагает существование системы норм как основного звена «узко» или «широко» понимаемого права. Более того, в некоторых случаях «нормативистское» понимание права чуть ли не возводится в абсолют. Г. Кельзон, основоположник нормативистской теории права, склонен, например, рассматривать сквозь призму норм не только само право, но и правовой порядок («Правовой порядок пред-

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 1. С. 285.

ставляет собой систему норм»), государство как «установившийся порядок», другие государственно-правовые явления[1].

2. Право — это не простая система норм, а система норм, подавляющее большинство которых *установлено* или *санкционировано государством*. В мире существует множество систем различных социальных норм. Но только система правовых норм в большинстве своем исходит от государства[2]. Все остальные социальные нормы создаются и развиваются различными негосударственными организациями — общественными, партийными и иными.

Создавая нормы права, государство действует непосредственно через свои уполномоченные на то органы или же путем передачи отдельных своих полномочий на издание некоторых нормативно-правовых актов негосударственными органами или организациями. В последнем случае говорят о «санкционировании», т. е. даче разрешения государством на осуществление ограниченной правотворческой деятельности этими негосударственными институтами.

Означает ли факт издания или санкционирования государством большинства из системы норм их полную зависимость от государства и подчинение государству? Является ли право лишь средством в руках государства, одним из его признаков, атрибутов, или же оно выступает по отношению к нему как один из относительно самостоятельных институтов?

В отечественной и зарубежной юридической литературе имеется три группы различных мнений на этот счет, подходов к этому вопросу.

Суть первого из них состоит в том, как верно подмечал известный российский правовед Г. Шершеневич, что нормы права рассматриваются в виде «требований государства». Государство при этом, «являясь источником права, очевидно, не может быть само обусловлено правом. Государственная власть оказывается над правом, а не под правом». Государство в свете такого сужения выступает как явление первичное, а право — вторичное[3].

Смысл второй, противоположной точки зрения заключается в том, что само государство и государственная власть должны носить правовой характер. В основе государственной власти должен лежать «не факт, а право». Государство, хотя оно издает правовые акты, «не может быть источником права», «потому что оно само вытекает из права». Над государством находится право, а не наоборот. Оно его сдерживает и ограничивает.

Наконец, *третий подход* к определению характера взаимоотношений государства и права состоит в том, что не следует вообще заострять внимание на данном вопросе. Спор о том, что логически предшествует другому — государство или право, пишет в связи с этим вен-

---

[1] *Kelson H.* General Theory of Law and State. P. 110—113, 182.

[2] Кроме того, нормы права содержатся, например, в «обычаях старины» (Великобритания), в официально признаваемых рядом стран в качестве источника права правовых доктринах и т. д.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 300.

герский государствовед и правовед И. Сабо, «столь же бесплоден, как и спор о том, что исторически появилось раньше — государство или право». С его точки зрения, тезис, согласно которому «право — это просто лишь государственный приказ», представляет собой такое же одностороннее упрощение, как и суждение о том, что государство является «слугой права»[1].

По мнению автора, государство и право «настолько соответствуют друг другу, настолько едины», что вопрос о том, что из них первично, а что вторично, порожден не столько реальной действительностью (и в этом не является вопросом факта), сколько специфически априорным подходом к соотношению этих двух явлений. Этот априорный подход характеризуется либо подчеркиванием государственного волюнтаризма, либо выделением абстрактной идеи как самоцели»[2]. Вывод, к которому приходит автор, заключается в том, что «обе эти крайние точки зрения игнорируют действительные взаимосвязи», что в действительности «государство и право находятся друг с другом в функциональном единстве: одно предполагает другое, одно является элементом другого»[3]. И. Сабо и другие авторы, разделяющие подобные взгляды, несомненно правы в том, что в теоретическом, а тем более в практическом плане в значительной мере бессмысленно вести спор о том, что из двух явлений — государство или право — исторически первично, а что вторично.

Однако они не правы, когда речь идет об установлении характера взаимоотношений государства и права. Это уже далеко не бессмысленное занятие — определить, в каком соотношении находятся государство и право теоретически и практически. Важно установить, действует ли государственная власть в рамках закона и является ли «законной властью» или же она нарушает ею же самой установленные правовые требования и ставит себя таким образом в положение «незаконной (нелегитимной) власти».

Вопрос о «связанности» государства с правом, о правовых пределах деятельности государства всегда находил живой отклик у многих поколений юристов и неизменно вызывал среди них горячие споры.

Признавая чрезвычайно важную роль государства в процессе создания и реализации норм права, многие юристы исходили из того, что государственная власть не есть «воля», могущая делать, «что угодно и как угодно», «опираясь на силу», и что «важнейшим служением общему благу со стороны государственной власти... является служение праву»[4]. В частности, такой позиции наряду с российским профессором Л. Петражицким придерживается известный юрист, основатель теории «солидаризма» («синдикалистского» государства) Леон Дюги. «Вполне возможно доказать,— писал он,— что, помимо своего создания государ-

---

[1] *Сабо И.* Основные теории права. М., 1974. С. 169.

[2] Там же.

[3] Там же.

[4] *Петражицкий Л.* Теория государства и права в связи с теорией нравственности. С. 209.

ством, право имеет прочное основание, предшествует государству, возвышается над последним и, как таковое, обязательно для него»[1]. Государство, доказывал Дюги, должно быть «подчинено норме права», которая находит «свое первое проявление в совести людей, более полное выражение в обычае, в законе и свое осуществление в физическом принуждении государства, которое таким образом оказывается не чем иным, как силой, служащей праву».

Идеи подчинения государства праву, его самоограничения, в том числе и с помощью права, разделял также видный немецкий социолог и правовед Георг Еллинек. Создавая теорию параллелизма, в соответствии с которой государство и право развиваются параллельно, «идут нога в ногу», и отождествляя государственный порядок с правовым порядком, автор в то же время исходил из того, что создаваемое государством право обязывает не только подвластных индивидов, но и само государство[2].

Своеобразную позицию в вопросах соотношения государства и права занимал Людвиг Гумплович. Последовательно отстаивая мнение о том, что «с высшей исторической точки зрения право и правопорядок являются для государства лишь средством» для решения стоящих перед ним задач, он в то же время считал, что «праву присуща тенденция все больше и больше эмансипироваться от своего творца, от государства, тенденция освобождаться от его влияний и выступать против него в виде самостоятельной силы, в виде правовой идеи»[3]. Если такие отрасли права, как административное, «всецело находятся под влиянием государства», то такие институты («сферы») права, как право собственности, по мере развития общества все меньше становятся подверженными влиянию государства, «существуют отдельно и самостоятельно от него».

Окончательный вывод, к которому приходит Гумплович, заключается в следующем: «Природа отношения права к государству основывается на том, что государство силой своей определенной деятельности... создает все новые и новые сферы нравственности, из которых вытекает право. Но это последнее стремится к самостоятельности и независимости от государства. И вот, достигнув этого, данное стремление идет еще дальше. Оно направляется к господствованию над государством. Право хочет стать выше государства. Право не желает уже признавать своим творцом... Напротив, оно само старается занять отцовское по отношению к государству положение»[4].

Помимо вышеприведенных примеров, существуют и иные точки зрения и суждения о характере взаимоотношений государства и права. При всей их сложности и противоречивости подавляющая их масса основывается на одном и том же исходном тезисе, согласно которому

---

[1] *Дюги Л.* Конституционное право. СПб., 1908. С. 3.

[2] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. С. 248—285.

[3] *Гумплович Л.* Общее учение о государстве. С. 445, 448.

[4] Там же. С. 446—447.

нормы права в большинстве своем обусловливаются правотворческой деятельностью государства, издаются им или санкционируются.

3. *Право всегда выражает государственную волю*, которая, в свою очередь, согласно различным существующим в отечественной и зарубежной юридической науке концепциям, воплощает в себе волю класса, правящей группы, народа, общества или нации.

Мировой опыт существования и функционирования государства и права говорит о том, что в праве выражается прежде всего воля властвующих. Вместе с тем неопровержимым фактом является и то, что она, опасаясь социальных взрывов и утраты своего привилегированного положения, зачастую вынуждена считаться с волей и интересами подвластных.

Как соотносится воля тех и других? Как она отражается в государственной воле и в праве? Эти вопросы издавна находились в поле зрения государствоведов и правоведов. Один из наиболее обстоятельных ответов на них дал еще в начале XX в. Г. Ф. Шершеневич. «Если государственная власть есть основанная на силе воля властвующих,— писал он,— то выдвигаемые ею нормы права должны прежде всего отражать интересы самих властвующих. Те, в чьих руках власть, вводят поведение подвластных в те нормы, которые наиболее отвечают интересам властвующих». Нормами права поведение подвластных приспосабливается к интересам властвующих. Чем уже круг властвующих, «тем резче выступает противоположность их интересов интересам остальной части государства. Чем шире круг, например, в республике, тем сильнее затушевывается это значение права»[1].

Воля и интересы властвующих групп, слоев или классов, однако, не являются безграничными. Как справедливо подмечал Г. Шершеневич, их эгоизм должен подсказывать им «благоразумие и умеренность в правовом творчестве». Помимо использования силовых средств они могут охранять свои интересы также с помощью права, «тесно сплетая» свои интересы с интересами подвластных, «по возможности, не доводя последних до сознания противоположности»[2].

4. Право представляет собой систему норм или правил поведения, *имеющих общеобязательный характер*. Общеобязательность означает непременность выполнения всеми членами общества требований, содержащихся в нормах права. Она возникает вместе с нормой права, вместе с ней развивается и изменяется, и одновременно с отменой акта, содержащего нормы права, прекращается.

Подчеркивая неразрывную связь нормы права и общеобязательности, Г. Кельзен вполне резонно считал, что «норма права представляет собой правило поведения, согласно которому то или иное лицо (группа лиц) должно действовать в каком-то определенном направлении, независимо от того, желает ли оно вести себя таким образом или нет»[3]. Общеобязательность как специфическая черта и требование права рас-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 310.

[2] Там же.

[3] Там же. С. 310.

пространяется не только на рядовых граждан, должностных лиц, различные негосударственные органы и организации, но и на само государство. Цивилизованное, правовое государство, если оно не на словах, а на деле является таковым, непременно самоограничивается, «связывает само себя и все свои органы общеобязательностью требований норм права, организует всю свою деятельность строго в рамках требований закона и следует им до тех пор, пока они вместе с содержащимися в них нормами в установленном порядке не будут изменены или отменены.

Обязательность соблюдения правовых требований государством и его органами, наряду со всеми иными субъектами права, не подвергалась сомнению видными юристами ни в прошлом, ни в настоящем.

Общепризнанным считается тезис, согласно которому право есть обязательное для всех правило поведения. Оно «должно быть соблюдаемо и самою властью, его устанавливающею, пока оно не будет заменено новым правилом. Если же власть, установившая правило, не считает нужным его соблюдать, а действует в каждом конкретном случае по своему усмотрению, то право сменяется произволом»[1]. Возникающие при этом споры касаются чаще всего лишь степени и характера «правового самоограничения» государства. По мнению М. Ориу, весь вопрос заключается в том, является ли такое самоограничение «актом или решением субъективной воли государства, или же это есть результат объективной государственной организации»[2]? Ответы на данный вопрос предлагаются самые разноречивые: от утверждения о том, что государство добровольно ограничивает само себя, до заявления о том, что оно вынуждено это делать под давлением со стороны «гражданского общества».

5. Право *охраняется и обеспечивается прежде всего государством*, а в случае нарушения требований, содержащихся в нормах права, применяется *государственное принуждение*. Государство не может безразлично относиться к актам, им издаваемым или санкционируемым. Оно прилагает огромные усилия для их реализации, охраняет их от нарушений и их гарантирует. Одним из широко используемых методов при этом является государственное принуждение. Оно должно применяться только уполномоченными на то организациями, действующими строго в рамках закона, на основе закона, а также в соответствии с предусмотренными законом процессуальными правилами.

В юридической литературе издавна ведется спор о месте и роли государственного принуждения в правовой жизни общества, высказываются два противоположных мнения.

Согласно мнению одних авторов, «государственное принуждение» не является неотъемлемым признаком права. При этом оно или полностью отрицается, или же его предлагается заменить менее жестким и более широким понятием «государственная охрана». «Понятие государственного принуждения,— писали в связи с этим советские правоведы

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ соч. С. 313; *Штаммлер З.* Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. СПб., 1905. Т. 11. С. 155–160.

[2] *Ориу М.* Основы публичного права. С. 46.

О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский,— заменено нами понятием государственной охраны потому, что речь идет о формулировании общего определения, способного охватить все исторические типы права, между тем как понятие принуждения не предусматривает всех возможных мер охраны правовых норм. Оно не предусматривает, в частности, таких специфических мер, которыми обеспечивается соблюдение норм социалистического права»[1]. Речь при этом шла о том, что социалистическое право обеспечивается методами не только и даже не столько принуждения, сколько воспитательного характера, методами убеждения.

Противоположной точки зрения придерживаются другие авторы. Немецкий ученый Р. Иеринг полагал, например, что без принуждения нет даже смысла говорить о праве, ибо право есть не что иное, как «обеспечение жизненных условий общества в форме принуждения», «система социальных целей, гарантируемых принуждением».

Смысл «утверждаемой связи между нормами права и принуждением,— пояснял Л. Петражицкий,— сводится к тому, что не исполняющий добровольно свои юридические обязанности по праву может и должен быть подвергнут принудительным мерам»[2]. Л. Петражицкий, а вместе с ним и другие авторы особое внимание обращают на два вида государственного принуждения: физическое и психическое. Под *физическим принуждением* понимаются «всякие предусматриваемые правом меры, состояние в применении физической силы, например заключение в тюрьму, смертная казнь и т. п.[3] Что же касается *психического принуждения*, то здесь на первом плане, по мнению авторов, стоит страх «подвергнуться тем мерам, которые предусмотрены правом на случай неповиновения». Именно страх «психически принуждает граждан сообразовывать свое поведение с требованиями права»[4].

Государственное принуждение активно используется лишь в случаях применения норм права. Во всех остальных случаях постоянно сохраняется лишь потенциальная возможность его использования[5].

Обобщая все сказанное об общих чертах и особенностях права, а также о его понятии, нельзя не обратить внимание на то, что в данном случае *речь идет в основном все же о нормативном взгляде на право*, об общем в пределах нормативного, а фактически — позитивистском подходе к понятию права.

Однако помимо данного подхода в научной литературе традиционно существует и активно разрабатывается также ряд других весьма существенно отличающихся от него подходов[6]. Во избежание односторонности в определении понятия права было бы опрометчивым сбрасывать их со

---

[1] *Иоффе О.С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. С. 60.

[2] *Петражицкий Л.* Указ. соч. С. 260.

[3] Там же. С. 260.

[4] Там же. С. 269.

[5] См., например: *Schlesinger R.* The Past and Future of Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1995. Vol. 43. P. 478—480.

[6] См.: *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. С. 35—143.

счетов. Кроме того, было бы ошибочным не замечать тех многочисленных проблем и противоречий, которые возникают в рамках самого позитивистского подхода.

Одной из таких «вечных» проблем является проблема соотношения права и закона. Она существовала практически всегда, с тех пор, как появилось право. Рассматривалась эта проблема множество раз в рамках как зарубежного, так и отечественного права. Последние, весьма острые и бесплодные по своим результатам споры по данному вопросу имели место в нашей стране в 60 — 80-е годы. Каждая из спорящих сторон приводила свои аргументы, стремилась склонить на свои позиции как можно большее число последователей, однако в практическом плане все оставалось без изменений.

Актуальность проблемы соотношения права и закона, а вместе с тем и определения на их основе сравнительного правоведения сохраняется и поныне[1]. Более того, она не только сохраняется, но периодически обостряется, особенно в переходные периоды, сопровождаемые усилением социальной напряженности в обществе. Причина такого внимания заключается в том, что эта на первый взгляд сугубо «кабинетная», академическая проблема имеет не столько теоретическое, сколько прикладное, практическое значение.

Разумеется, эта значимость обусловлена прежде всего характером и особенностями самой проблемы, суть которой кратко сводится к тому, что *не все нормативные акты — законы* исходят от государства и издаются или санкционируются и *являются правовыми* законами.

Существуют законы, соответствующие правовым критериям, которые следует считать правовыми. Здесь право и закон совпадают. Но есть и *законы*, которые не отвечают правовым критериям и, следовательно, с *правом не совпадают*.

Нетрудно заметить, что в данном случае в разрешении проблемы соотношения права и закона, как и в случаях решения вопроса о соотношении государства и права, сталкиваются два различных подхода. Один из них сориентирован на то, что государство является единственным и исключительным источником права, что все то, о чем говорит государство через свои законы, и есть право.

Другой же подход к разрешению проблемы соотношения государства и права, а вместе с тем — права и закона основывается на том, что право как регулятор общественных отношений считается «по меньшей мере относительно независимым от государства и закона или даже предшествующим закону, например, в качестве надысторичного естественного права или в качестве права общественного, социально-исторически обусловленного, распадающегося в объективных общественных отношениях[2].

В данном случае, как нетрудно понять, мы имеем дело с совершенно иным правопониманием и с иным представлением о соотношении го-

---

[1] См.: *Нерсесянц В. С.* Право и закон. С. 3—22.

[2] *Четвернин В. А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 13.

сударства и права, а также права и закона. Государство и право признаются не только относительно самостоятельными друг по отношению к другу, но и в равной мере производными от объективных отношений и условий, складывающихся в пределах гражданского общества.

Право при этом определяется не иначе как форма выражения свободы в общественных отношениях, как мера этой свободы, форма бытия свободы, «формальная свобода»[1]. В развернутом виде оно представляется как «претендующий на всеобщность и общеобязательность социальный институт нормативного регулирования общественных отношений в целях разумного устройства человеческого общежития путем определения меры свободы, прав и обязанностей и представляющий собой воплощение в обычаях, традициях, прецедентах, решениях референдумов, канонических, корпоративных, государственных и международных нормах правового идеала, основанного на принципах добра, справедливости и гуманизма и сохранения окружающей природной среды»[2]. Что же касается государства, то оно при таком правопонимании не только не рассматривается в качестве творца или источника права, но, наоборот, само представляется повсеместно связанным или, по крайней мере, значительно ограниченным в своих действиях правом. Оно представляется в качестве института, который не столько устанавливает, сколько *формулирует* или *выводит право* благодаря законотворческой деятельности из объективно существующей экономической, социально-политической и иной действительности.

Государство представляется исключительным творцом и источником законов, но отнюдь не права. Оно монополизирует законотворческую, но вовсе не правотворческую деятельность, ибо законотворчество и правотворчество, а вместе с тем закон как результат процесса законотворчества и право как продукт процесса правотворчества, согласно развиваемым при таком подходе воззрениям, отнюдь не всегда совпадают.

Каков же *критерий «правовых законов»*? Какие законы можно рассматривать как совпадающие с правом, а какие нельзя? Наконец, какие существуют *объективные основания* для отнесения одних законов к разряду правовых, а других — к разряду неправовых? Что делает одни законы правовыми, а другие — неправовыми?

Эти и другие им подобные вопросы издавна привлекали внимание отечественных и зарубежных юристов и философов. Однако удовлетворительного ответа на них до сих пор не было найдено. Учеными-юристами и философами предлагались различные критерии для разграничения права и закона, правовых законов и неправовых, но все они вызывали лишь дальнейшие вопросы и дискуссии[3].

Еще в конце XIX — начале XX в. в отечественной и зарубежной литературе в качестве такого критерия предлагалось, например, считать «*общую волю*», т. е. волю всего общества, нации или народа. По логи-

---

[1] *Нерсесянц В. С.* Указ. соч. М., 1983. С. 342.

[2] *Емельянов С. А.* Право: определение понятия. М., 1992. С. 3—4.

[3] См.: Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. Т. 2. 2-е изд. / Отв. ред. М. Н. Марченко М., 2001. С. 19—23.

ке подобных предложений следовало считать правовыми лишь такие законы или иные нормативные акты, которые адекватно отражают эту волю. Все же остальные законодательные акты следовало причислить к разряду неправовых.

Подобная постановка вопроса, как и сам предложенный критерий разграничения правовых и неправовых законов в зависимости от наличия в них «общей воли», несомненно заслуживает полного одобрения и внимания, но вместе с тем вызывает и ряд других вопросов, ставящих под сомнение целесообразность, а главное, обоснованность и эффективность использования такого критерия. Среди них, в частности, такие вопросы, как: кто и каким образом может определить, содержится ли в том или ином законе «общая воля» или ее там нет? Почему парламент как высший законодательный и представительный орган, призванный выражать волю и интересы всех слоев общества, в одних случаях издает законы, отражающие «общую волю», а в других — не отражающие ее?

Возникают и иные подобные вопросы, на которые не всегда можно найти убедительные ответы. Один из них, очевидно, может заключаться в том, что «закон есть выражение не общей воли, которой не существует, и не воли государства, которой также нет, а воли нескольких голосующих человек. Во Франции закон есть воля 350 депутатов и 200 сенаторов, образующих обычное большинство в палате депутатов и в сенате. Вот факт. Вне этого имеются лишь фикции и пустые формулы. Мы не желаем их»[1].

«Если закон есть выражение индивидуальной воли депутатов и сенаторов, то он не может быть обязательным для других воль. Он может быть обязательным только *как формулирование нормы права* или как применение ее и лишь в этих пределах. В действительности все законы делятся на две большие категории: на законы, *формулирующие норму права*, и на законы, *принимающие меры к ее исполнению*. Я называю первые нормативными законами, а вторые — конструктивными законами»[2].

Подобные рассуждения и государственно-правовые идеи Л. Дюги всегда вызывали живой интерес у юристов. Однако они не дают ответов на вопросы о том, что есть правовой закон, а что не является таковым, каково соотношение права и закона.

Не дают удовлетворительного ответа на поставленный вопрос и другие критерии и подходы, выдвигавшиеся в более поздний период, вплоть до настоящего времени. Пытаясь решить эту проблему и хотя бы в приближенном виде обозначить грань между правом и законом, авторы нередко обращаются, в частности, к различным *моральным категориям — справедливости, добру, гуманности, злу и др.* Право при этом определяется не иначе как «нормативно закрепленная справедливость».

---

[1] *Дюги Л.* Центр, личность и государство. СПб., 1901. С. 22.

[2] Там же.

В этих же целях — решения проблемы соотношения права и закона — иногда используется такая категория, как правовой идеал. В научной литературе он определяется как «порождение индивидуального, общественного, научного сознания о разумном устройстве общежития на принципах добра, справедливости, гуманизма и сохранения природной среды». Со ссылкой на известное высказывание римлян о том, что «справедливость и благо есть закон законов», делается вывод, что правовой идеал как раз и составляет содержание правовых законов, что это и есть не что иное, как «закон законов»[1]. Следовательно, все другие законы, которые не содержат в себе правового идеала, сообразующегося с принципами добра, справедливости и им подобными, не являются правовыми.

Стремление подвести моральную основу под законодательство в целом и отдельные законы несомненно является весьма благородным делом. Человечество может только мечтать о том, чтобы под каждым законом имелась солидная моральная база. К сожалению, это не всегда и не в каждой стране случается. Ярким подтверждением этому может служить законодательство фашистской Германии, фашистской Италии и ряда других тоталитарных государств.

Однако нельзя не заметить, что, стремясь подвести моральную базу под закон и назвав его правовым, в отличие от всех иных неправовых законов, авторы невольно допускают смешение моральных категорий с правовыми. В отечественной юридической литературе правильно отмечалось в связи с попытками определения права как «нормативно закрепленной справедливости», что ссылки при этом на моральные категории справедливости, добра и зла важны при определении понятия и характеристики морали, но не самого права[2].

Таким образом, использование этих категорий при определении права, а тем самым и правового закона, отнюдь не способствует решению проблемы соотношения права и закона. Более того, оно непроизвольно усложняет вопрос, ведет к смешению категорий права и морали.

Проблема соотношения права и закона остается, таким образом, не только нерешенной, но и еще более усугубленной[3]. Это самым негативным образом отражается на решении всех других производных от нее проблем, включая проблему определения самого права.

---

[1] *Емельянов С. А.* Указ. соч. С. 6.

[2] *Четвернин В. А.* Указ. соч. С. 24.

[3] См.: *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное понимание на грани двух веков). С. 92—109.

Глава V

ПРОИСХОЖДЕНИЕ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

§ 1. Необходимость исследования проблем происхождения государства и права

Изучение процесса происхождения государства и права имеет не только чисто познавательный, академический, но и политико-практический характер. Оно позволяет глубже понять социальную природу государства и права, их особенности и черты. Дает возможность проанализировать причины и условия их возникновения и развития. Позволяет четче определить все свойственные им функции — основные направления их деятельности, точнее установить их место и роль в жизни общества и политической системы.

Среди теоретиков государства и права никогда не было раньше и в настоящее время нет не только единства, но даже общности взглядов в отношении процесса происхождения государства и права[1]. При рассмотрении данного вопроса никто, как правило, не подвергает сомнению такие, например, общеизвестные исторические факты, что первыми государственно-правовыми системами в Древней Греции, Египте, Риме и других странах были рабовладельческие государство и право. Никто не оспаривает того факта, что на территории нынешней России, Польши, Германии и ряда других стран никогда не было рабства. Исторически первыми здесь возникли не рабовладельческие, а феодальные государство и право.

Не оспариваются и многие другие исторические факты, касающиеся происхождения государства и права. Однако этого нельзя сказать обо всех тех случаях, когда речь идет о причинах, условиях, природе и характере происхождения государства и права. Над единством или общностью мнений здесь преобладает разнобой.

Помимо общепризнанных мнений и суждений в вопросах происхождения государства и права нередко имеют место прямые искажения данного процесса, *сознательное игнорирование ряда весьма существенных* для его глубокого и всестороннего понимания фактов. «Если понятие государства,— писал в связи с этим еще в начале XX в. видный государствовед Л. Гумплович,— часто сводилось к выражению политических тенденций, к изображению политической программы и служило знаменем для политических стремлений,— то не меньшему извращению должен был подвергаться и чисто исторический акт происхождения государств. Его часто искажали и сознательно игнорировали в пользу так называемых «высших»

[1] См.: *Денисов С. А., Смирнов П. П.* Теория государства и права. Конспект авторских лекций. Часть 1. Тюмень, 2000. С. 67—74.

идей»[1]. «Чисто исторический акт происхождения государств,— продолжал автор,— строили на идее, выводили из известных потребностей или, иначе говоря, из определенных рационалистических и нравственных мотивов. Полагали, что для поддержания морали и человеческого достоинства обязательно нужно скрыть действительный, естественный способ возникновения государств и выставить вместо него какую-нибудь «легальную» и гуманную формулу»[2].

Дело, однако, заключалось не только и даже не столько в преднамеренном сокрытии «действительного, естественного способа» возникновения государства и права, сколько в *различном понимании* сути *и самой значимости этого способа*. Ведь один подход к пониманию естественного способа возникновения государства и права может быть связан, скажем, с естественным развитием экономики и общества, на базе или в рамках которых возникают государство и право, и совершенно другой — с естественным развитием общей культуры людей, их интеллекта, психики, наконец, здравого смысла, приведших к осознанию объективной необходимости формирования и существования государства и права.

Кроме этого, при рассмотрении проблем возникновения государства и права *важно* учитывать и то, что сам процесс появления государства и права далеко не однозначен. С одной стороны, необходимо *различать процесс первоначального возникновения государства и права на общественной арене*. Это процесс формирования государственно-правовых явлений, институтов и учреждений на основе разложившихся по мере развития общества догосударственных и, соответственно, доправовых явлений, институтов и учреждений. А с другой стороны, необходимо выделять процесс *зарождения* и развития новых государственно-правовых явлений, институтов и учреждений *на базе ранее существовавших*, но по каким-то причинам ушедших с общественно-политической сцены *государственно-правовых явлений, институтов и учреждений*.

Отмечая неоднозначный, двойственный характер процесса возникновения государства и права, известный российский правовед Г. Ф. Шершеневич писал еще в 1910 г., что этот процесс непременно нужно исследовать, как минимум, в двух плоскостях. Важно исследовать, каким образом впервые в недрах общества зародилось государство. Это — одна плоскость, одно восприятие процесса возникновения государства и права. И совсем иначе ставится вопрос, когда исследуется, каким образом в настоящее время, когда почти все человечество живет в государственном состоянии, возможны новые государственные образования[3].

Необходимость такого дифференцированного подхода к исследованию процесса возникновения государства и права обусловливается тем,

---

[1] *Гумплович Л.* Общее учение о государстве. С. 47.

[2] Там же.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: Учебное пособие (по изданию 1910—1912 гг.). Т. 1. Выпуск 1. Вступ. ст. М. Н. Марченко. С. 212—213.

что в том и другом случае существуют разные условия возникновения и развития данного процесса, далеко не одинаковые причины возникновения этого явления, *значительно отличающиеся* друг от друга *закономерности их становления* и последующего *развития*.

Если, например, на ранних этапах развития государства и права доминирующую роль играли объективные, естественные факторы, то на последующих стадиях развития государственно-правовой материи, при смене одних, отживших свой век государств и правовых систем, другими, вновь возникающими государствами и правовыми системами, наряду с объективными факторами трудно переоценить роль субъективных факторов.

Не случайно поэтому при рассмотрении процесса возникновения одних государств и правовых систем на месте других по мере созревания общества все чаще стали обращать внимание не только на такую преимущественно естественную форму развития государственно-правовой материи, как эволюция, но и на такую содержащую в себе значительный субъективный заряд форму, как революция.

Отнюдь не случайно также в многочисленных научных и художественных изданиях наряду с различными объективными факторами, предопределяющими процесс замены одних государств и правовых систем другими, все большее внимание стали уделять и субъективным факторам. В равной мере это относится как к древнему миру — первоначальному периоду смены одних государственно-правовых систем другими, так и к средневековью и, разумеется, к настоящему времени.

Отвечая на вопрос, скольких видов бывают государства и как они приобретаются, известный философ, мыслитель эпохи Возрождения Н. Макиавелли писал, что государства могут быть «либо унаследованными — если род государя правил долгое время, либо новыми». Новым может быть государство в целом либо его часть, присоединенная к унаследованному государству вследствие завоевания. Новые государства, продолжал автор, разделяются на те, где подданные привыкли повиноваться государям, и те, где они испокон веков жили свободно. Государства приобретаются «либо своим, либо чужим оружием, либо милостью судьбы, либо доблестью»[1].

Способ приобретения государств или, иными словами, форма их возникновения имеют важное значение с точки зрения не только политической, а точнее — государственно-правовой теории, но и *прагматической, с позиции практики*.

Они имеют важное значение, *во-первых, для удержания правящими элитами или отдельными лицами* (царем, монархом, князем) *вновь приобретенной государственной власти*.

Трудно удержать власть новому государю, рассуждал Н. Макиавелли. И даже наследному государю, присоединившему новое владение, трудно удержать над ним власть прежде всего вследствие «той же естественной причины, какая вызывает перевороты во всех новых государствах». А именно: люди, веря, что новый правитель окажется лучше,

[1] *Макиавелли Н.* Избранные сочинения. М., 1982. С. 303.

охотно восстают против старого. Однако вскоре они на опыте убеждаются, что обманулись, «ибо новый правитель всегда оказывается хуже старого. Что опять-таки естественно и закономерно, так как завоеватель притесняет новых подданных, налагает на них разного рода повинности и обременяет их постоями войска, как это неизбежно бывает при завоевании».

Таким образом, делает вывод автор, новый правитель наживает себе врагов среди тех, кого притесняет, и теряет дружбу тех, кто способствовал завоеванию. Причина заключается в том, что он не может вознаградить их в той степени, в какой они от него ожидали. С другой стороны, он не может применить к ним крутые меры, поскольку обязан им приобретением своей новой власти[1].

Каков же выход, по Макиавелли, из создавшегося положения? Какие меры необходимо предпринять, чтобы удержать «приобретенные» государство и государственную власть? Ответ на эти вопросы зависит от того, в таких условиях возникали новое государство и, соответственно, государственная власть.

Если они возникали в условиях забитости населения, не знавшего раньше никаких прав и свобод, а также в пределах территории одной страны и одного языкового пространства, новому правителю для удержания государственной власти требуется предпринять, согласно довольно циничному замечанию Макиавелли, по крайней мере следующие «предосторожности». Прежде всего искоренить род прежнего государя, «ибо при общности обычаев и сохранении старых порядков ни от чего другого не может произойти беспокойства». А кроме того, необходимо предпринять меры для сохранения прежних законов и податей, которые будут способствовать тому, чтобы вновь образованное государство и все завоеванные земли слились «в одно целое с исконным государством завоевателя»[2].

В том же случае, когда государство и государственная власть возникают путем завоевания в чужой по языку и обычаям стране, правителю этого государства следует предпринять несколько иные меры. А именно — «учредить в одном-двух местах колонии, связующие новые земли с государствами завоевателя»; «сделаться главой и защитником более слабых соседей»; постараться ослабить сильных, а кроме того, следить за тем, чтобы в страну «как-нибудь не проник чужеземный правитель, не уступающий ему силой»[3].

Ссылаясь при этом на исторический опыт своих предшественников, Макиавелли пишет, что римляне, завоевывая страны и создавая новое государство, соблюдали все названные правила, в том числе «учреждали колонии, покровительствовали слабым, не давая им, однако, войти в силу; обуздывали сильных и принимали меры к тому, чтобы в страну не проникло влияние могущественных чужеземцев»[4].

---

[1] *Макиавелли Н.* Указ. соч. С. 304.

[2] Там же. С. 305.

[3] Там же. С. 307.

[4] Там же.

Во-вторых, способ или форма возникновения новых государств и правовых систем на месте старых имеет *важное значение в морально-политическом и социальном плане как* основа для формирования новых законов и их добровольного соблюдения.

В зависимости от того, как, каким образом формируется новое государство — создается ли оно, скажем, путем завоевания одних народов другими, образуется ли оно в результате освобождения народов и стран от колониальной зависимости — от этого в момент образования оно приобретает далеко не одинаковую социальную и морально-политическую основу для своего существования и функционирования, а значит, и, соответственно, далеко не равнозначную базу для своей правотворческой и правоприменительной деятельности.

Из многовекового опыта существования и функционирования вновь возникающих государств на базе старых со всей очевидностью следует, что и морально-политический потенциал, а следовательно, и их легитимность существования и функционирования находятся в прямой зависимости от легитимности способов их возникновения и от степени их поддержки со стороны народных масс. В прямой зависимости от этого находится также легитимность процессов правотворчества и правоприменения со стороны общества.

Спрашивается, писал по этому поводу Е. Н. Трубецкой, в силу каких причин законы, издаваемые вновь возникшим или давно существующим государством, должны признаваться *правом и добровольно соблюдаться?* Очевидно, отвечал сам себе автор, в силу того, что они изданы властью, которая имеет право их издавать, которая «имеет право на повиновение подданных». Но спрашивается, вторил автор, почему же власть имеет право на повиновение подданных? Не потому ли, что она обладает силою удерживать их в повиновении? Но мы знаем из исторического опыта, что сила сама по себе не создается и не может создавать права.

По отношению к власти, вполне обоснованно утверждал Трубецкой, которая господствует одной только голой силой, «подданные не связаны ни правовыми, ни вообще какими бы то ни было обязательствами». *Власть имеет несомненное право господствовать лишь постольку, поскольку она действительно представляет* собою то *общество,* над которым она господствует в том смысле, что служит его благу, выражает его волю, «соответствует господствующим в данной среде интересам и воззрениям».

Так или иначе, делал вывод исследователь, право власти сводится к праву того народа или общества, от имени которого она господствует и повелевает. Если мы обязаны повиноваться ей, то только потому и лишь постольку, поскольку она олицетворяет собою авторитет той или иной окружающей нас экономической, социальной, политической и иной общественной среды[1].

В-третьих, способ или форма возникновения новых государств, а с ними и правовых систем, наряду с существующими или на месте некоторых ранее существовавших государственно-правовых систем,

[1] *Трубецкой Е. Н.* Энциклопедия права. Киев, 1906. С. 48.

имеет огромное значение для их дальнейшего укрепления и развития в плане поддержания их высокого жизненного тонуса, усиления их социально-политической сбалансированности и живучести.

Из опыта формирования и функционирования в различных частях мира многочисленных государств следует, что государства, возникающие путем широкой опоры на массы, всегда имеют больше шансов на выживание и развитие, нежели государства, не имеющие такой широкой социальной опоры.

На примере возникновения в период средневековья «не в силу злодеяний и беззаконий, а в силу благоволения сограждан» новых государств и единовластных политических систем Макиавелли не без оснований считал, что «государю надлежит быть в дружбе с народом, иначе в трудное время он будет свергнут».

Новые государства и единовластие в них, рассуждал автор, учреждаются либо знатью, либо народом, «в зависимости от того, кому первому представится удобный случай». Знать, видя, что она не может противостоять народу, возвышает кого-нибудь из своих и провозглашает его государем, чтобы за его спиной утолить свои вожделения. Так же как и народ, видя, что не может сопротивляться знати, возвышает кого-нибудь одного, чтобы в его власти обрести для себя защиту. Тому, кто приходит к власти с помощью знати, «труднее удержать власть, чем тому, кого привел к власти народ, так как государь окружен знатью, которая почитает себя ему равной, он не может ни приказывать, ни иметь независимый образ действий. Тогда как тот, кого привел к власти народ, правит один и вокруг него нет никого или почти никого, кто не пожелал бы ему повиноваться»[1].

Кроме того, пояснял исследователь, нельзя честно, не ущемляя других, удовлетворить притязания знати, но можно удовлетворить требования народа, так как «у народа более честная цель, чем у знати: знать желает угнетать народ, а народ не желает быть угнетенным». Сверх того, с враждебным народом нельзя ничего поделать, ибо он многочислен, а со знатью — можно, ибо она малочисленна. Народ, на худой конец, отвернется от государя, тогда как от враждебной знати можно ждать не только того, что она отвернется от государя, но даже пойдет против него, ибо она «дальновидней, хитрее, загодя ищет путей к спасению и заискивает перед тем, кто сильнее».

Таким образом, делал вывод Н. Макиавелли, если государь пришел к власти с помощью народа, то он «должен держать его дружбу, что совсем нетрудно», ибо народ требует только того, чтобы его не угнетали. Но если государя привела к власти знать наперекор народу, то первый его долг — заручиться дружбой народа, что опять-таки нетрудно сделать, если взять народ под свою защиту. Люди по своей природе таковы, что, видя добро со стороны тех, от кого ждали зла, особенно привязываются к благодетелям, поэтому народ еще больше расположится к государю, чем если бы сам привел его к власти[2].

---

[1] *Макиавели Н.* Указ. соч. С. 328—329.

[2] Там же. С. 329—330.

Широкая поддержка народных масс в процессе возникновения государства имеет решающее значение не только для укрепления власти и поддержания в последующем высокого жизненного тонуса государства, но и для *успешного преодоления возникающих при этом кризисов.*

Речь при этом идет не только о кризисах становления и роста государственного механизма, когда еще молодое государство самоутверждается, укрепляет свою власть и нередко является ареной ожесточенной борьбы за завоевание власти, но и о кризисах «зрелого возраста», возникающих на более поздних этапах развития общества и государства, когда, по словам известного французского правоведа М. Ориу, «зрелое государство стремится осуществить внутри себя политическую свободу и, в то же самое время, социальную справедливость»[1]. Такого рода кризисами, по утверждению автора, являются политические и социальные кризисы современной нам эпохи, начало которым положила английская революция 1688 г. и французская революция 1789 г. и которые были вызваны «негармоничным развитием некоторых идей или принципов» и породили не только революционный дух, но и дух реакции как противодействие ему. Борьба между ними все шире развертывается на наших глазах[2].

Слова эти были сказаны М. Ориу больше ста лет назад. Во многом они сохраняют свою актуальность и поныне. Речь, разумеется, идет не только о борьбе сугубо революционного и реакционного духа. Вопрос ставится шире. Речь, как это было всегда, идет о периодически обостряющихся и ослабляющихся противоречиях и конфликтах между власть имущими в различных странах и остальной массой населения, а также между отжившими свой век государствами и политическими режимами, с одной стороны, и вновь нарождающимися — с другой. Это бесконечный, никогда не прекращающийся, как и сама многообразная и весьма противоречивая жизнь, и никакие страны не избегающий процесс.

Рано или поздно он затрагивает в той или иной мере все без исключения государства и политические режимы. Распад Римской империи и образование на ее основе ряда самостоятельных государств, распад Британской империи, развал СССР и образование на их основе новых, самостоятельных государств и многие другие примеры из глубокой истории и современности свидетельствуют именно об этом. Бывшие сверхдержавы или обычные рядовые государства под влиянием происходящих в обществе и в окружающем мире процессов претерпевали и претерпевают существенные изменения, а со временем уходят с мировой арены.

Этот процесс неизбежно коснется и всех ныне существующих, даже, казалось бы, самых сильных в промышленном, военном и некоторых других отношениях государств: США, Канады, Англии, Франции и др. Эволюционные или радикальные, революционные изменения предопределены самой их социально-политической природой, а также не-

[1] *Ориу М.* Основы публичного права. С. 724.

[2] Там же.

прерывно происходящими изменениями в мировой экономике, политике, идеологии, науке, культуре.

Чтобы глубоко и всесторонне понять сущность и особенности существующих ныне государств и правовых систем, а также попытаться выявить исторические тенденции их развития в будущем, необходимо прежде всего изучить, *как эти государства и государственные образования возникают*, какой путь они проходят и чем становятся. В. И. Ленин, безусловно, был прав, когда писал, что если рассматривать какое угодно общественное явление, включая государство, под углом зрения его возникновения и развития, то в нем, несомненно, окажутся остатки прошлого, основы настоящего и зачатки будущего[1].

Таким образом, акцентируя внимание на изучении проблем возникновения и развития государства в настоящем, мы тем самым перебрасываем мост в его прошлое и создаем предпосылки для понимания основных тенденций его развития в будущем.

Рассматривая проблему взаимосвязи и взаимодействия настоящего с прошлым и будущим на примере эволюции общества, Н. М. Коркунов писал, что рядом с настоящим для общества и государства имеет важное значение и прошлое. Каждое поколение имеет известное влияние на развитие общественной жизни в будущем, с одной стороны, и каждое поколение получает богатое наследство от отцов и дедов, из прошлого, с другой стороны.

Жизнь и уклад общества, подчеркивал ученый, в большей степени определяются прошлым, чем больше это прошлое богато историческими событиями. Слабое общество в настоящем может, однако, продолжать существовать, если оно богато прошлым. Примером может служить Римская империя, существовавшая в течение долгого времени после того, как настоящие условия несомненно вели ее к падению. Ее прошлое было так богато, что даже варвары, разрушившие ее политическое могущество, не могли не преклоняться перед величием ее цивилизации.

Однако рядом с прошлой исторической жизнью, продолжал Н. М. Коркунов, определяющей уклад всей общественной жизни, и рядом с настоящими благоприятными или неблагоприятными условиями находится еще третий элемент, составляющий важную отличительную черту общественных явлений. В силу того, что человек одарен сознанием и памятью, он переносится от прошедшего к будущему. Память и желание — две стороны одного и того же явления. Все то, что *человек накопил в опыте прошлого*, он так или иначе *переносит в* будущее. Каждый человек способен благодаря создаваемым им идеалам иметь свое собственное представление о будущем. «Существование этих идеалов или отсутствие их, их характер, все это чрезвычайно важные моменты, определяющие общественную жизнь».

Таким образом, делал вывод автор, общество определяется тремя моментами: «настоящими условиями жизни, прошедшими и теми идеалами, которые образуются на основании прошедшего опыта»[2].

---

[1] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 1. С. 181.

[2] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 204.

Сказанное в полной мере относится не только к общественной, но и к государственной жизни, к государству. Возникновение и становление любого из его типов в настоящем всегда имеет свои корни в виде причин, условий, материальной, социальной, политической и иной основы данного процесса в прошлом. Одновременно с этим процессом закладываются материальные и иные предпосылки для поддержания его высокого жизненного тонуса, для его укрепления и развития в будущем. Исходным моментом во всем этом движении государственно-правовой материи является процесс возникновения государства и права со всеми свойственными ему признаками и особенностями в виде его различных способов и форм проявления, разных условий и причин формирования государства и права, разнообразных обычаев и традиций, содействующих или препятствующих их зарождению.

§ 2. Причины разнообразия теорий происхождения государства и права

В мире всегда существовало и существует множество различных теорий, объясняющих процесс возникновения и развития государства и права. Это вполне естественно и понятно. Ибо каждая из них отражает взгляды различных групп, слоев, классов, наций и других социальных общностей на данный процесс или взгляды и суждения одной и той же социальной общности на различные аспекты данного процесса возникновения и развития государства и права. В основе этих взглядов и суждений всегда находились и находятся различные экономические, финансовые, политические и иные интересы.

Речь идет не только о классовых интересах и связанных с ними противоречиях, как это длительное время утверждалось в отечественной и отчасти в зарубежной литературе. Вопрос ставится гораздо шире. Имеется в виду весь спектр существующих в обществе интересов и противоречий, оказывающих прямое или косвенное влияние на процесс возникновения, становления и развития государства и права.

За время существования юридической, философской и политической наук были созданы десятки самых различных теорий и доктрин, высказаны сотни, если не тысячи самых различных предположений. Вместе с тем споры о природе государства и права, причинах, истоках и условиях их возникновения продолжаются и по сей день.

Причины их и порождаемых ими многочисленных теорий заключаются в следующем. Во-первых, в сложности и многосторонности самого процесса происхождения государства и права и объективно существующих при этом трудностях его адекватного восприятия со стороны исследователей, обусловленного их несовпадающими, а порою противоречивыми экономическими, политическими и иными взглядами и интересами. Во-вторых, в преднамеренном искажении процесса первоначального или последующего (на основе ранее существовавшего государства), возникновения государственно-правовой системы в силу конъюнктурных или иных соображений. В-третьих, в преднамеренном или непреднамеренном допу-

щении смешения в ряде случаев процесса возникновения государства и права с другими сопредельными, соотносящимися с ним процессами.

Обращая внимание на последнее обстоятельство, Г. Ф. Шершеневич не без оснований сетовал, в частности, на то, что вопрос о происхождении государства часто смешивается с вопросом «об обоснованности государства». Конечно, рассуждал он, логически эти два вопроса совершенно различны, но «психологически они сходятся общими корнями». Вопрос о том, почему нужно повиноваться государственной власти, в таком представлении логически связывается с вопросом, каково ее происхождение.

Таким образом, в строго теоретическую проблему о происхождении государства вносится чисто политический момент. «Не то важно, каково было в действительности государство, а как найти такое происхождение, которое способно было бы оправдать заранее предвзятый вывод»[1]. В этом, по мнению автора, заключается основная цель смешения названных явлений и отражающих их понятий. В этом одна из причин множественности и неоднозначности произрастающих на данной основе теорий.

Различного рода теории возникают не только в связи с *неправомерным смешением процесса возникновения государства с другими* взаимосвязанными с ним *процессами. Аналогичная картина наблюдается и в отношении* процесса зарождения и становления *права,* его первоначального возникновения[2]. При этом нередко имеет место *неправомерное смешение происхождения права с его развитием.*

На это особое внимание обращал, в частности, Н. М. Коркунов. Объяснение происхождения права, писал он, не может ограничиваться и подменяться указанием на то, как развивается право. Главный и самый трудный вопрос заключается в объяснении первоначального возникновения права и того, каким образом впервые появляется «самое сознание о праве».

В современном быту, размышлял он, мы знаем, что право творится и развивается сознательной деятельностью и при этом «отправляется от сознания недостатков или неполноты уже существующего права. Но откуда же *взялось первоначальное сознание о праве?*». Разрешение вопроса тем труднее, заключал автор, что сознание людей всегда предполагает уже готовый объект, готовое содержание. Обыкновенно объект одного акта сознания дается предшествующим ему также сознательным актом. Но когда речь идет о первоначальном возникновении сознания относительно права или государства, то такое объяснение неприменимо. Остается предположить или врожденность правосознания, или же что «первоначально объект правосознания дается бессознательным актом»[3].

Не имея возможности или не умея вполне определенно и аргументированно ответить на данный вопрос, исследователи зачастую обраща-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 213.

[2] См.: *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. М., 1999. С. 181—235.

[3] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 112.

ются к проблемам развития права вместо изучения проблем его первоначального возникновения. Такая подмена близких, но не равнозначных явлений и отражающих их понятий нередко уводит в сторону от познания процесса возникновения государства и права, создает благоприятную основу для появления самых различных, порою весьма противоречивых суждений и теорий.

Кроме того, оставляя вопрос о происхождении государства и права весьма запутанным и нерешенным, не умея, как отмечал Н. М. Коркунов, естественным путем объяснить их происхождение, *в них начали усматривать «божественное установление»*. Государство и право получает, таким образом, в глазах людей значение некоего объективного порядка, «независящего от человеческой воли, стоящего выше человеческого произвола»[1].

И это действительно так. Как показывает опыт, в решении проблем происхождения государства и права особая роль на протяжении всей истории развития человечества отводилась религии. Еще в Древнем Египте, Вавилоне и Иудее выдвигались идеи божественного происхождения государства и права. «Закон дал нам Моисей, наследие обществу Иакова»,— читаем мы в Библии.

Но особенно широкое распространение данные идеи получили на стадии перехода многих народов к феодализму и в феодальный период. На рубеже XII—XIII вв. в Западной Европе развивается, например, теория «двух мечей». Она исходит из того, что основатели церкви имели два меча. Один они вложили в ножны и оставили при себе. Ибо не пристало церкви самой использовать меч. А второй они вручили государям для того, чтобы те могли вершить земные дела. Государь, по мнению богословов, наделяется церковью правом повелевать людьми и является слугой церкви. Основной смысл данной теории в том, чтобы утвердить приоритет духовной организации (церкви) над светской (государством) и доказать, что нет государства и власти «не от Бога».

Примерно в тот же период появляется и развивается учение широко известного в просвещенном мире ученого-богослова Фомы Аквинского (1225—1274). Он утверждал, что процесс возникновения и развития государства и права аналогичен процессу сотворения Богом мира. Сам божественный разум, согласно учению Ф. Аквинского, управляет всем миром. Он лежит в основе всей природы, общества, мирового порядка, каждого отдельного государства.

Автор выступал за активное проникновение богословской идеологии в науку и философию, за неразрывную взаимосвязь светских и религиозных институтов. Религия, по логике Ф. Аквинского, должна обосновывать необходимость возникновения и существования государства. В свою очередь, последнее обязано защищать религию.

Призывая светские власти беспощадно бороться с еретиками, Ф. Аквинский писал, что «извращать религию, от которой зависит жизнь вечная, гораздо более тяжкое преступление, чем подделывать монету, которая служит для удовлетворения потребностей временной

[1] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 115.

жизни. Следовательно, если фальшивомонетчиков, как и других злодеев, светские государи справедливо наказывают смертью, еще справедливее казнить еретиков».

Религиозные учения о происхождении государства и права имеют хождение и поныне. Наряду с ними продолжают существовать идеи, высказанные еще в Древнем Риме, о том, что на возникновение и развитие государства и права, а также на закат отдельных государств и правовых систем решающее влияние оказали человеческие слабости и страсти. Среди них — жажда денег и власти, алчность, честолюбие, высокомерие, жестокость и другие отрицательные человеческие черты и страсти. «Что послужило главной причиной упадка Римского государства?» — спрашивает, например, римский историк I в. до н. э. *Гай Саллюстий Криспо* в известной его работе «Заговор Катилины» и отвечает — «упадки нравов, стяжательство, страсть к распутству, обжорству и прочим излишествам».

После того, пишет Саллюстий, когда «трудом и справедливостью» возросло Римское государство, когда силою оружия были укрощены великие цари и смирились дикие племена, когда исчез с лица земли Карфаген — соперник римской державы и «все моря, все земли открылись перед нами, судьба начала свирепствовать и все перевернула вверх дном». Римляне, которые с легкостью и достоинством переносили лишения, опасности и трудности, не выдержали испытания досугом и богатством.

Сперва, подмечает Саллюстий, развилась жажда денег, за нею — жажда власти, и обе стали как бы общим корнем всех бедствий. Так случилось потому, что корыстолюбие сгубило верность, честность и остальные добрые качества. Вместо них «оно выучило высокомерию и жестокости, выучило презирать богов и все полагать продажным». Честолюбие многих сделало лжецами, заставило «в сердце таить одно», а вслух говорить другое. Дружбу и вражду оценивать «не по сути вещей, а в согласии с выгодой. О пристойной наружности заботиться больше, чем о внутреннем достоинстве».

Начиналось все с малого, продолжает Саллюстий. Иногда встречало отпор. Но затем «зараза расползалась, точно чума, народ переменился в целом, и римская власть из самой справедливой и самой лучшей превратилась в жестокую и нестерпимую.

С той поры, заключает историк, как богатство стало вызывать почтение, как спутниками его сделались слава, власть, могущество, начала вянуть доблесть, бедность считаться позором и бескорыстие — недоброжелательством.

Особенно сильно падение нравов отразилось на молодежи. Ее легко было подтолкнуть на преступление, лжесвидетельство и мошенничество. В ней легко было воспитать презрение к верности. По вине богатства «на юность напала роскошь и алчность, а с ними и наглость: хватают, расточают, свое не ставят ни во что, жаждут чужого, стыд и скромность, человеческое и божественное — все нипочем, их ничто не смутит и ничто не остановит».

Все сказанное о падении нравов населения окончательно подорвало моральные основы Римского государства, и оно было обречено. Так может случиться с любым государством. Нравы — положительные и отрицательные, добрые и злые — несомненно, играли и играют важную роль в процессе возникновения и развития государства и права. Важную, но не решающую. Они являются скорее следствием, но не первопричиной. Хотя и выступают иногда, как в случае с Римской империей, на первый план.

Как показывает исторический опыт, главные причины возникновения и развития государства и права лежат вовсе не в сфере морали или религии. Они коренятся в области экономики и в социальной сфере жизни людей.

Научные исследования и выводы свидетельствуют о том, что государственная организация приходит на смену родоплеменной организации, право — на смену обычаям. И происходит это в силу не самого по себе изменения общественных нравов, религиозных воззрений и взглядов, а коренных изменений в экономической сфере и в самом обществе. Именно они привели к разложению первобытно-общинного строя и к утрате способности первобытными обычаями регулировать общественные отношения в новых условиях.

Известные во всемирной истории крупнейшие разделения труда, связанные с отделением скотоводства от земледелия, ремесла от земледелия и с появлением торговли и обмена, привели к быстрому росту производительных сил, к способности человека производить больше средств к существованию, чем это было нужно для поддержания жизни. Становится экономически выгодным использовать чужой труд. Военнопленных, которых раньше убивали или принимали на равных в свой род, стали превращать в рабов, заставляли работать на себя. Производимый ими достаточный (сверх необходимого для прокормления) продукт присваивали.

В обществе сначала наметилось, а затем, по мере разделения труда, быстро усилилось имущественное расслоение. Появились богатые и бедные. В целях получения остаточного продукта стал широко использоваться труд не только военнопленных, но и своих сородичей. Имущественное неравенство повлекло за собой социальное неравенство. Общество постепенно, в течение многих тысячелетий расслаивалось на различные устойчивые группы, классы, социальные прослойки со своими собственными интересами и далеко не одинаковым статусом.

Во всей Галии, писал по этому поводу еще в глубокой древности Гай Юлий Цезарь (100—44 гг. до н.э.), «существуют вообще только два класса людей, которые пользуются известным значением и почетом, ибо простой народ там держат на положении рабов: сам по себе он ни на что не решается и не допускается ни на какое собрание. Большинство, страдая от долгов, больших налогов и обид со стороны сильных, добровольно отдается в рабство знатным, которые имели над ними все права господ над рабами».

Об аналогичной ситуации, складывающейся между различными классами и слоями населения в связи с имущественным неравенством,

во все последующие столетия писали многие авторы. Но особое значение данному фактору, оказавшему огромное влияние на процесс возникновения государства и права, уделялось в период становления капитализма и в последовавшие за этим годы. Так, всемирно известный английский экономист Д. Рикардо (1772—1823) обращал внимание на то, что «продукт земли — все, что получается с ее поверхности путем соединенчого приложения труда, машины и капитала,— делится между тремя классами общества, а именно, землевладельцами, собственниками денег или капитала, необходимого для ее обработки, и рабочими, трудом которых она обрабатывается»[1].

К. Маркс и *Ф. Энгельс* исходили из того, что с возникновением и существованием классов неразрывно связано возникновение и существование государства и права. Государство, писал Энгельс, существует «не извечно. Были общества, которые обходились без него, которые понятия не имели о государстве и государственной власти. На определенной ступени экономического развития, которая необходимо связана была с расколом общества на классы, государство стало в силу этого раскола необходимостью»[2].

В. И. Ленин рассматривал государство как «продукт и появление непримиримости классовых противоречий». Государство, писал он в работе «Государство и революция», возникает «там, тогда и постольку, где, когда и поскольку классовые противоречия объективно не могут быть примирены»[3].

В отличие от многих буржуазных авторов, считавших, что государство и право существуют на всех стадиях развития человеческого общества, пролетарские ученые и идеологи придерживались иного мнения. С их точки зрения, государство и право имманентны лишь классовому обществу. Что же касается доклассового, первобытного общества, то в нем существуют лишь зачатки государства и права. «Доклассовое общество без государства и классовое общество с государством»,— заключал Ленин[4].

При первобытном строе начавшееся расслоение общества первоначально ведет к тому, что из общей массы членов рода выделяется знать — обособленная группа вождей, военачальников, жрецов. Используя свое общественное положение, эти люди присваивали себе бо́льшую часть военной добычи, лучшие участки земли, приобретали огромное количество скота, ремесленных изделий, орудий труда. Свою власть, ставшую со временем наследственной, они использовали не столько для защиты общественных интересов, сколько для личных, для удержания в повиновении рабов и неимущих соплеменников. Появились и другие признаки разложения первобытно-общинного строя и соответ-

[1] *Рикардо Д.* Собр. соч.. СПб., 1908. Т. 1. С. 2

[2] *Маркс К, Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 21. С. 173.

[3] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 33. С. 7.

[4] Там же. С. 310.

ствующей ему родоплеменной организации, которая постепенно стала вытесняться государственной организацией[1].

В новых общественно-экономических условиях прежняя система организации власти — родоплеменная, рассчитанная на управление обществом, не знавшим имущественного разделения и социального неравенства, оказалась бессильной перед растущими изменениями в сфере экономики и социальной жизни, усиливающимися противоречиями в общественном развитии, перед углубляющимся неравенством. «Родовой строй,— писал Энгельс в работе «Происхождение семьи, частной собственности и государства»,— отжил свой век. Он был взорван разделением труда и его последствием — расколом общества на классы. Он был заменен государством»[2]. Государственные органы и организации частично появились в результате преобладания органов и организаций, сложившихся в рамках первобытно-общинного строя, частично — путем полного вытеснения последних.

О появлении признаков государства в любой стране свидетельствует прежде всего *выделение из общества особого слоя людей*, не производящих материальных или духовных благ, а *занятых лишь управленческими делами*. Об этом же свидетельствуют наделение данного слоя людей особыми правами и властными полномочиями; введение различных налогов и всевозможных податей, займов; подразделение членов общества не по кровнородственному признаку, как это было при первобытно-общинном строе, а по административно-территориальному признаку; появление на постоянной основе особых отрядов вооруженных людей, дружин, признанных, с одной стороны, защищать территорию и общество от нападения извне, а с другой — вести самим новые территориальные завоевания.

О появлении признаков государственной организации общества и вытеснении ею первобытно-общинной организации свидетельствуют и другие факторы. Помимо всего прочего они указывают на то, что *государство не навязывается обществу извне*. Оно возникает на его основе естественным путем. Вместе с ним оно развивается и совершенствуется. «Все древнейшие государственные организации,— писал в середине XIX в. немецкий историк Г. Ландау,— возникли не из человеческого произвола, не благодаря организационным эдиктам... Как раз наоборот. Они выросли, словно растение из зерна, брошенного в землю, в силу объективной необходимости, в силу неизменных, самой природой данных законов»[3].

Аналогично обстоит дело и с государственной (или публичной) властью, являющейся признаком государства. Право в силу тех же причин, что и государство, появляется в мире и под воздействием тех же экономических, социальных и политических процессов изменяется[4].

---

[1] См.: *Алексеев В. П., Перченц А. И.* История первобытного общества. М., 1990.

[2] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 21. С. 169.

[3] *Landay G.* Die Territorien. Berlin, 1854. S. 110—111.

[4] См.: *Виппер Р. Ю.* История древнего мира. М., 1994.

До появления имущественного разделения населения и социального неравенства общество не нуждалось в праве. Оно вполне могло обходиться и обходилось с помощью обычаев, опиравшихся на власть авторитета советов старейшин, регулировавших все общественные отношения. Однако положение коренным образом изменилось, когда появились группы, слои и классы со своими собственными противоречащими друг другу и противоборствующими интересами.

Прежние обычаи, рассчитанные на полное равенство членов общества и на добровольное соблюдение сложившихся в нем правил, в новых условиях оказались бессильными. Появилась жизненная необходимость в новых правилах — регуляторах общественных отношений, которые учитывали бы коренные изменения в обществе и обеспечивались не только силой общественного воздействия, но и государственным принуждением. Таким регулятором стало право.

Важнейшими признаками, свидетельствовавшими о его появлении, стали, по мнению исследователей, следующие: социальное и имущественное расслоение в обществе, появление классов-антагонистов — бедных и богатых, угнетенных и угнетателей; постепенное сосредоточение частной собственности и права на нее в одних руках и полное их отсутствие в других; появление наряду с имущественными семейно-брачных и иных правоотношений; придание действующим социальным нормам общеобязательного характера, обеспечиваемого принудительной силой со стороны возникающих государственных органов, и др.

Первоначально право складывалось как совокупность новых обычаев, к соблюдению которых обязывали зарождающиеся государственные органы, и прежде всего суды. Позднее правовые нормы (правила поведения) устанавливались актами князей, королей и просто наделенных такими полномочиями чиновников.

Разумеется, богатеющая родовая знать, правящая верхушка всегда стремилась закрепить в этих актах и обычаях прежде всего свои собственные имущественные и иные интересы, усилить с помощью зарождающегося права свою власть. Ей это в значительной степени всегда удавалось, о чем можно судить по характеру и содержанию дошедших до нас правовых и литературных памятников той эпохи, в особенности Древней Греции, Древнего Рима, Древнего Египта, Вавилона.

Так, в хорошо известных каждому образованному правоведу «Институциях» римского юриста II в. н. э. *Гая* прямо закреплялось имущественное и социальное неравенство людей словами: «Главное разделение лиц состоит в том, что все люди — или свободные, или рабы». Далее уточнялось: «Из свободных людей одни — свободнорожденные, другие вольноотпущенные. Свободнорожденные суть те, которые родились свободными, вольноотпущенные — это те, которые отпущены на волю из законного рабства».

В этих же «Институциях», имевших юридическую силу и выступавших одновременно в качестве учебника по римскому праву, закреплялась власть правящих кругов, одной части общества над другой, одних членов семьи над другими.

Итак, говорится в данном акте, «под властью господ состоят рабы; эта власть над рабами — есть институт общенародного права; ибо у всех вообще народов мы можем заметить, что господа имеют над рабами право жизни и смерти и что все, что приобретается рабом, приобретается господину».

Далее в «Институциях» Гая закрепляется деление в праве лиц на «самовластных», т. е. обладающих широкой властью по отношению к другим лицам, и подвластных. «Из подвластных одни находятся под властью отца, другие — под властью мужа, третьи — в неограниченной власти (mancipio) от другого».

Аналогичное закрепление в праве экономического и социального неравенства, наличие права собственности у одних и отсутствие его у других, официальное закрепление власти господствующих слоев и классов имеют место не только у римского народа, но и у других народов. В этом заключается одна из важнейших отличительных особенностей права и правовых обычаев от прежних, регулировавших общественные отношения в условиях первобытного строя, неправовых обычаев.

Рассматривая процесс, а вместе с ним теории возникновения государства и права, позднее остановимся лишь на некоторых наиболее известных и распространенных из них. А сейчас, в целях более глубокого и всестороннего понимания этого процесса, остановимся на организации внутренней жизни и деятельности первобытного общества как предтечи и будущей основы государственно организованного общества.

§3. Естественно-правовая теория

Естественно-правовая теория происхождения государства и права, или теория естественного права, как ее нередко называют в научной литературе, является одной из старейших и в то же время одной из наиболее распространенных правовых доктрин. Вопрос о естественном праве и его теории, писал еще в начале XX в. известный российский юрист Е. Н. Трубецкой, «есть центральный, жизненный вопрос философии права», о котором философы и ученые спорят с самого момента его зарождения[1]. Таким же в значительной мере этот вопрос остается и поныне[2].

Нескончаемые споры, в частности, велись и ведутся вокруг самого понятия и содержания естественного права, его реальности или надуманности, его практической значимости и применимости. При этом обнаруживаются порой далеко не одинаковые взгляды и подходы. Так, если одни авторы исходят из того, что естественное право как таковое и его отдельные институты в реальной жизни не существуют, что они и их понятия есть результат свойственных человеческому уму «априорных заблуждений»[3], то другие исследователи придерживаются противо-

---

[1] *Трубецкой Н. Н.* Указ. соч. С. 44.

[2] *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. С. 35—143.

[3] *Милль А.* Система логики. Кн. II. СПб., 1908. С. 283.

положных взглядов, считая, что естественное право как порождение самой природы и разума — это такая же реальность, как и положительное право — результат нормотворческой деятельности государства и его отдельных органов.

Последнее особенно отчетливо излагалось в работах российского дореволюционного исследователя Н. М. Коркунова, утверждавшего, что «естественное право не есть предмет только научных гипотез. Это не книжная теория, чуждая действительности практической жизни. Напротив, идея естественного права играла и в практической жизни играет едва ли не бóльшую роль, чем в научной теории права[1].

Для того чтобы сознательно разбираться во всех этих разноречивых суждениях, глубоко и всесторонне понимать суть естественного права и его теории, важно хотя бы вкратце проследить их эволюцию, основные этапы, стадии их становления и развития. Необходимость этого обусловливается тем, что в разные исторические периоды, на разных этапах развития общества и государства взгляд на естественное право и его теорию, представление о них имели свои особенности. В чем они заключались и как они выражались?

Отвечая на этот вопрос, обратимся к *первоначальной стадии становления и развития теории естественного права в Древней Греции и Древнем Риме.* Отдельные положения этой теории развивались, в частности, еще в V—IV вв. до н.э. софистами Древней Греции. «Люди, собравшиеся здесь! — обращался к своим собеседникам один из них (Гиппий — 460—400 гг. до н.э.).— 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».

Характерными для этого периода развития естественного права, государственно-правовой мысли вообще в Древней Греции являлись споры относительно того, коренится ли право как таковое, безотносительно его видов и характера, в самой природе вещей, «в вечном, неизменном порядке мироздания», или же оно выступает как результат добровольного соглашения людей, как «человеческое установление», возникшее в неопределенном отрезке времени.

Софисты в своих учениях исходили из того, что в основе образования права нет ничего вечного, неизменного. Все, что называется «правом или правдой», составляет результат соглашения людей, искусственное изобретение человеческого ума. Люди, по их мнению, первоначально жившие врозь и не придерживавшиеся во взаимных отношениях никаких правил, позднее вынуждены были в интересах безопасности всех и каждого объединиться между собой и «установить законы — нормы права и правды», которыми они «устраняли царивший беспредел, защищали слабых и сковывали произвол сильных»[2].

Против подобного рода учений и взглядов софистов решительно выступали величайшие мыслители античности греческие философы Со-

[1] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 96.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 44.

крат, Платон и Аристотель. Общая позиция, которая разделялась и отстаивалась ими, заключалась в том, что не все законы и не все право являются «искусственным изобретением людей». Наряду с письменными законами, порожденными людьми, существуют вечные, неписаные законы, «вложенные в сердца людей самим божественным разумом». Иными словами, наряду с законами, зависящими от воли людей и порождаемыми людьми через создаваемое ими государство, существуют также законы, не зависящие от воли людей и составляющие естественное право. В основе этих законов лежит вечный, незыблемый божественный порядок, который господствует не только в человеческих отношениях, но и «во всем строе мироздания»[1].

Подобные взгляды особенно четко прослеживались в учении Аристотеля. Все право он рассматривал как право политическое, означающее невозможность его существования в неполитических (деспотических — по автору) формах правления, и делил его на две основные части, а именно — на естественное и условное (волеустановленное) право. «Что касается права политического,— писал мыслитель,— 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)».

Согласно учению Аристотеля, проявлением вечного, незыблемого божественного права является, в частности, разделение людей на рожденных повелевать и рожденных повиноваться, на свободных, господ и рабов. В своем знаменитом трактате «Политика» — главном произведении мыслителя, Аристотель рассуждал так: раб — это «некая одушевленная собственность», это средство для выполнения различных работ. Из тех, кто *«по природе* принадлежит не самому себе, а другому и при том все-таки человек, *тот по своей природе раб»*. Господином называют «не за знания, а за природные свойства: точно так же обстоит дело с рабом и свободным». И далее. Если бы каждое орудие могло выполнять свойственную ему работу само, если бы ткацкие челноки сами ткали, тогда и зодчие не нуждались бы в работниках, а господам не нужны были бы рабы.

Сама природа предназначила одних людей быть свободными, а других — рабами. Она же определила и физическое состояние, «физическую организацию» тех и других. «Природа желает,— писал Аристотель,— чтобы и физическая организация свободных людей отличалась от физической организации рабов: у последних тело мощное, пригодное для выполнения необходимых физических трудов; свободные же люди держатся прямо и не способны к выполнению подобного рода работ, зато они пригодны для политической жизни, а эта последняя разделяется у них на деятельность в военное и мирное время... Очевидно, во всяком случае, что одни люди по природе свободны, другие — рабы, и этим последним быть рабами и полезно и справедливо». Точно так

[1] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 44.

же полезно и справедливо рабу и его господину всегда находиться в дружеских отношениях, «раз их взаимоотношения покоятся на естественных началах»[1].

Природным характером, естественными началами Аристотелем и многими его учениками и последователями объяснялись и оправдывались не только отношения по поводу рабства или властного подчинения одних людей другими, но и иные, отнюдь не естественные, а социальные, точнее — социально-классовые по своей природе и характеру отношения.

При этом место и роль естественного права в общей системе права, как и его понятие, определялись неодинаково. Одними авторами естественное право рассматривалось как неотъемлемая, причем равнозначная составная часть всего права. В то же время другими оно воспринималось как основа положительного права или как стоящее над ним и «вступающее в силу лишь по временам» право. В этом случае считалось, что только тогда право положительное, когда молчит в своем бездействии установленное людьми право.

Таким же разноречивым, довольно неопределенным и неустойчивым было представление о естественном праве не только у древнегреческих, но и у древнеримских юристов и философов. Под естественным правом последними, писал Г. Ф. Шершеневич в начале XX в., понимаются то законы в научном смысле, например брачное сожительство, произведение потомства, то ядро положительного права, неизменно встречающееся в праве каждого народа, то, наконец, естественное право противополагается общепризнанному положительному праву, например, в вопросе о рабстве, которое, согласно воззрениям ряда римских авторов, противоречило природе, хотя и закреплялось всюду законами. Во всяком случае, заключает автор, едва ли верно, что одаренные практическим чутьем римляне смотрели на естественное право (jus naturale) только как на идеальное и не придавали ему действующей (юридической) силы[2]. *Это* мнение разделялось и российскими авторами, такими, например, как Н. М. Коркунов, который на основе изучения и анализа огромного эмпирического материала делал вывод: римляне признавали естественное право не только в качестве некоего идеализированного права, существующего лишь в умах людей, но и в качестве института, действующего «совместно и одинаково с положительным правом». Естественное право они относили «к сфере конкретных явлений». Его действию придавалось такое же реальное значение, как и положительному праву[3].

Среди римских юристов чрезвычайно широко было распространено мнение, согласно которому в римском праве наряду с положительным правом, состоящим из *jus civile* (исконно древнеримским правом, регулировавшим отношения исключительно между римскими гражданами)

---

[1] *История политических и правовых учений: Хрестоматия.* М., 1996. С. 26—27.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: Учебное пособие (по изданию 1910—1912 гг.). Т. 1 / Вступ. ст. М. Н. Марченко. М., 1995. С. 29.

[3] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 89.

и *jus gentum* (правом, регулировавшим имущественные отношения, возникавшие между римскими гражданами и перегринами), существует *jus naturale* — естественное право. Так же, как и у древних греков, положительное право относилось к области подвижного, изменчивого права, создаваемого людьми, а естественное — к области неподвижного, вечного права, порождаемого самой природой и коренящегося в отношениях, возникающих между людьми.

На всех этапах развития римского права над единством мнений юристов по поводу сущности естественного права — jus naturale и его соотношения с правом общим для всех народов — jus gentum неизменно преобладал разнобой. В большинстве случаев, как было отмечено, их различали друг от друга. Нередко их отождествляли друг с другом. Еще чаще рассматривали естественное право как идеал, к которому должно стремиться положительное, действующее право. Иногда видели в первом часть последнего.

Однако почти всегда римские юристы и философы, в отличие от многих древнегреческих юристов и философов, обращали особое внимание на то, что в ряде случаев положительное право почти неизбежно вступает в противоречие с естественным правом. Одно из таких противоречий проявляется, например, в том, что естественное право исходит из свободы и равенства всех людей, из того, что среди них нет и не может быть различий по классовому и другим социальным признакам, нет и не может быть рабов и господ, а положительное право как раз и базируется на таких различиях.

Разнобой во мнениях римских юристов по поводу сущности и характера естественного права был связан также с разным пониманием и толкованием «природы», лежащей в основе естественного права. Согласно множеству указаний римских юристов, содержащихся в их сочинениях, на наличие юридических норм, якобы не зависящих от воли человека и порожденных самой природой, последняя трактовалась далеко не одинаково. В одних случаях она воспринимается как природа самого человека, в других — как природа вещей, служащих объектом его прав. В третьих же случаях она трактуется как природа возникающих в обществе правовых отношений.

Применительно к каждому из этих случаев понимания «природы» вырабатывались свои соответствующие нормы, формировались свои соответствующие правоотношения.

Так, основываясь на природе человека, римские юристы указывали на необходимость выработки норм права, признающих недействительными обязательства несовершеннолетних, а также на необходимость установления над ними опеки или попечительства. Ссылаясь на природу вещей, доказывалась необходимость общего пользования проточной водой, воздухом, морем. Последовательно проводилась мысль о важности использования «природы вещей» как источника права и отдельных юридических положений.

Наконец, апеллируя к природе отношений, римские юристы обосновывали важность и незыблемость права собственности как «наиболее абсолютного права», доказывали необходимость установления и строго-

го соблюдения правила, согласно которому правовые отношения прекращались бы в таком же порядке и таким способом, каким они устанавливались, и т. д.[1] Значительную эволюцию теория естественного права претерпела на следующей стадии своего развития, в Средние века, сохраняя в основе своей прежние постулаты, среди которых на первом плане стояли вечность и неизменность природы человека. Естественное право в то же время (*особенно это проявилось в XIV—XVI вв.*) в значительной мере ассоциировалось не с природным, а с божественным происхождением. Среди средневековых схоластов, констатировал в связи с этим Е. Н. Трубецкой, господствовало убеждение, что существует вечное естественное право — вечные естественные законы, «которые вложены Богом в сердца людей и составляют самую природу разума»[2]. Естественное право соотносилось, таким образом, с неким божественным правом, а место и роль природы занимал и выполнял Бог.

Среди средневековых схоластов не было сомнения в божественном происхождении естественного права. Бесспорным для них было и то, что естественное право признавалось действующим, обязательным и стоящим выше всякого другого, положительного и обычного права. Сомнения и споры возникали лишь по поводу того, как соотносится естественное право с божественным, сливается ли оно с ним или только сопоставляется.

По мере развития средневекового общества развивалась теория естественного права. *Лучшей порой естественного права и его теории*, временем их расцвета в научной юридической и философской литературе *считаются XVII—XVIII вв.* В этот период теория естественного права и ее отдельные положения активно использовались, развивались и поддерживались многими великими мыслителями и просветителями. В Голландии — это Гуго, в Греции — Спиноза, в Англии — Томас Гоббс и Джон Локк, во Франции — Жан-Жак Руссо, Поль Гольбах, в России — Александр Радищев и др.

Благодаря их усилиям сложилась целая школа естественного права, оказавшая огромное влияние на процесс дальнейшего развития как национального (в рамках отдельных стран), так и международного права. Рассматривая особенности развития школы естественного права на данном этапе, Г. Ф. Шершеневич отмечал, что политические тенденции этой школы изменялись с течением времени. Вначале представители ее хотели дать разумные объяснения сложившемуся порядку между людьми, а «затем они стремились разрушить исторические основы и заменить их разумными».

За все время своего существования («исключительного господства») школа естественного права придавала термину «естественное право» далеко не всегда одинаковый смысл. На естественное право смотрят с *методологических позиций* или пользуются как методологическим приемом: «естественное право — это то, что было бы, если бы не существовало государства и установленных им законов»[3]. Иными словами,

---

[1] Подробнее об этом см.: *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 90—91.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 45.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 29.

естественное право в этом случае рассматривается как некая историческая гипотеза, предположение о том, каковым должно быть право в «естественном состоянии», до возникновения государства и до перехода права в «государственное состояние».

Естественное право в этот период играет роль политического и юридического идеала. Оно рассматривается как некий образец, которому должно следовать и которым должно заменить существующее, во всех отношениях несовершенное право. *Гуго Гроций* (1583—1645) как один из основателей естественной школы права и его последователи не считались, по словам Е. Н. Трубецкого, ни с окружающей их политической и юридической действительностью, «ни вообще с историей». Для них действительность имела право на существование лишь постольку, поскольку она вытекала из требования разума или, иными словами, поскольку она могла быть выведена и логически оправдана с точки зрения естественного права.

Исследователям, разделявшим идеи естественного права в этот период, последнее представлялось в виде целого кодекса правил, составлявших некий политический и юридический идеал, которые могут быть выведены a priori из требований разума. Причем заранее устанавливалось, что все то, что хотя бы в малейшей степени не согласуется с этим кодексом, должно быть как противное разуму соответствующим образом изменено или упразднено[1].

При такой постановке вопроса само собою разумеющимся является то, что *теория естественного права* должна была быть *не только эволюционной* по своему характеру, прошедшей огромный путь развития, *но и революционной* по своим социально-политическим и юридическим устремлениям *теорией*. Именно таковой она и была в рассматриваемый период.

В частности, как отмечали исследователи, учение о естественном праве послужило «оправданием и лозунгом французской революции», восставшей против королевского строя во имя «прирожденных прав человека»[2].

Теоретической основой и идеологическим обоснованием революционного движения во Франции послужили некоторые мысли *Жан-Жака Руссо* (1712—1778), который довел учение естественной школы до его логического конца, до его самых крайних пределов. Сопоставляя провозглашаемый теорией естественного права идеал с окружающей его действительностью, Руссо пришел к полному и всестороннему осуждению последней.

По природе своей, писал он, человек рождается свободным, а между тем мы видим его повсюду в оковах. До тех пор, рассуждал Руссо, пока люди довольствовались своими убогими хижинами, пока они были заняты лишь таким трудом, который под силу одному человеку, и только такими промыслами, которые не требовали участия многих рук, они

---

[1] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 46.

[2] Там же.

жили свободными, здоровыми, добрыми и счастливыми, насколько они могли быть такими по своей природе, и продолжали в отношениях между собою наслаждаться радостями общения, «не нарушавшими их независимость». Но с той минуты, как один человек стал нуждаться в помощи другого, как только люди заметили, что одному полезно иметь запас пищи на двоих, исчезло равенство, появилась собственность, труд стал необходимостью. Обширные леса, заключает автор, превратились в радующие глаз нивы, которые надо было орошать человеческим потом и на которых вскоре были посеяны и выросли вместе с урожаем рабство и нищета.

Соотнося окружающую его действительность с представлениями, которые развивались в теории естественного права, о мире и о людях, населяющих этот мир, Руссо видел их полную несовместимость, ярко выраженное противоречие между теми и другими. По природе все люди равны, отмечал он, а между тем контраст богатства и нищеты выступает как явление повсеместное. По природе все люди братья, а между тем повсюду мы можем наблюдать ожесточенную борьбу слоев, групп, классов. Причин такого вопиющего расхождения природы человека и действительности много, но наиболее важная из них, по мнению Руссо,— ненасытное честолюбие, страсть к увеличению относительных размеров своего состояния, с одной стороны, противоположность интересов — с другой, и повсюду — «скрытое желание выгадать за счет других». Все эти бедствия, по заключению автора, — «первое действие собственности и неотделимая свита нарождающегося неравенства».

Чтобы устранить это неравенство и привести в полное соответствие с изначальной природой человека окружающую действительность, необходимы не столько эволюционные, сколько революционные меры. Этот вывод следует из всего учения Руссо, на базе которого сложился лозунг французской революции «Свобода, равенство и братство» и которое еще раз подтвердило революционный характер развиваемой на этом историческом этапе теории естественного права.

Революционный характер последней проявлялся не только в полном неприятии окружающей ее творцов и сторонников юридической и социально-политической среды, но и в решительном отказе их от ряда прежних положений, развивавшихся в рамках теории естественного права, о вечных естественных законах, вложенных Богом в сердца людей.

Идеи божественного происхождения государства и права, а также их отдельных институтов, таких, например, как власть монарха, не только не подтверждались и не оправдывались на новом историческом этапе, но и всячески опровергались. Вместо божьей воли и божьего провидения в решении этих вопросов на первый план выступала воля людей. Особенно наглядно это было показано П. Гольбахом (1723—1789) в его работе «Священная зараза или естественная история суеверия» на примере власти монарха и связанных с ней правовых норм и идей.

Выступая против широко распространенной в Средние века идеи божественного происхождения власти королей, «являющихся представителями и подобием бога на земле», Гольбах пишет, что в практическом

плане эта идея служит оправданием всемогущества, бесконтрольности властей, произвола монархов и их ближайшего окружения во всех сферах жизни общества, в том числе в сфере правотворчества и правоприменения[1].

«Горсть привилегированных людей,— отмечает автор,— получила в силу божественного права власть быть несправедливыми и повелевать другими людьми. Последние верят, что должны отказаться в пользу своих господ от собственного счастья, должны работать только на них, сражаться и погибать в их войнах. Они верят, что должны безусловно подчиняться желаниям самых сумасбродных и вредных царей, которых небо послало им в гневе своем».

Идея божественного происхождения права и власти монарха, констатирует Гольбах, привела во многих странах к тому, что «государь стал единственным источником милостей». Он «развращал общество и разделял его, чтобы властвовать». При таком положении вещей «нация была доведена до ничтожества; собственное неразумение сделало ее неспособной ограждать свою безопасность, сопротивляться причиняемому ей злу и вознаграждать за оказываемые ей услуги; сами граждане забыли ее, игнорировали и не признавали. В каждой стране одно центральное лицо зажигало все страсти, приводило их в действие для своей личной выгоды и награждало тех, кого считало наиболее полезным для своих целей».

Далее Гольбах замечает, что «воля монарха заняла место разума». Прихоть монарха стала законом. Милость его стала мерилом уважения, чести, общественного почета. Воля монарха «определяла право и преступление, справедливость и несправедливость. Воровство перестало быть преступлением, если было дозволено монархом». Угнетение становилось законным, если совершалось от его имени. Налоги шли только на «безумные траты монарха и на утоление аппетитов его ненасытных царедворцев».

Как же практически обстояло дело со свободой, справедливостью и с правом в тех случаях, где господствовала теория божественного происхождения институтов власти и права?

Что касается справедливости, то ее идея, по образному выражению автора, «угасла во всех душах». Граждане рукоплескали «собственному унижению и разорению». Служба государю отождествлялась со служением отчизне. Воин считал себя полезным своей стране, держа шею под ярмом и «заставляя склонять выю по прихоти своего господина. Взяточник объявлял себя крайне необходимым человеком». Судью, приговоры которого диктовались положением и влиянием обвиняемого, не считали обесчещенным. «Представитель нации продавал ее за деньги и торговал ею, как своей собственностью. Министр уважался смотря по тому, какие средства найдены были им для того, чтобы увеличить власть государя и разорение государства».

---

[1] *Гольбах П.* Священная зараза. Разоблаченное христианство. М., 1936. С. 83—94.

Итак, делал вывод в отношении идеи справедливости Гольбах, государи, «обоготворенные религией и развращенные попами», в свою очередь развращали души своих подданных, вносили «среди них борьбу интересов», уничтожали существовавшие между ними отношения, «делали людей врагами друг другу и убивали в них нравственность».

Какую же роль при этом играло право? Было ли оно одинаково справедливым ко всем? Ответ Гольбаха однозначный: «Не было». Суровость закона, пишет он, существовала лишь «для жалкого народа». Ибо «вельможи, фавориты, богачи, счастливцы не подлежали его строгому суду. Все мечтали только о чине, власти, титуле, сане и должности. Все пути к этим благам считались законными и честными. Каждый стремился быть изъятым из-под гнета для того, чтобы угнетать других». Каждый желал получить возможность безнаказанно творить зло.

Таким образом, заключает автор, законодательство, зависящее от «порочного двора», должно было лишь связывать граждан. Законы, которые должны были обеспечивать счастье всех, «служили только для защиты богачей и вельмож от покушений со стороны бедняков и серых людей, которых тирания стремилась всегда держать в унижении и нищете»[1].

Подвергая резкой критике идеи божественного происхождения власти и права, приводящие к губительным социальным последствиям, Гольбах, а вместе с ним и другие сторонники естественной теории происхождения права апеллировали таким образом вместо божественной воли к воле народов, наций, отдельного человека.

Если бы нации, столь униженные в своих правах и собственных глазах, заявлял в связи с этим Гольбах, «способны были обратиться к разуму, они, конечно, увидели бы, что только их воля может предоставлять кому-либо высшую власть». Они увидели бы, что те «земные боги, перед которыми они падают ниц, в сущности просто люди, которым они же, народы, поручили вести их счастье, причем эти люди стали, однако, бандитами, врагами и узурпаторами, злоупотребили властью против народа, давшего им в руки эту власть».

Да и сами государи, рассуждал далее автор, если бы они способны были «запрашивать природу и свои истинные интересы», если бы они очнулись от опьянения, в которое приводит их фимнам, «воскуриваемый им служителями суеверия», они бы поняли, что «власть, основанная на согласии народов, на их привязанности, на их настоящих интересах, гораздо прочнее власти, опирающейся на иллюзорные притязания». Они бы нашли, что истинная слава состоит в том, чтобы объединять их желания и интересы, истинное величие — в деятельности, таланте и добродетели[2].

Аналогичных взглядов на природу власти и права в рассматриваемый период придерживались и другие сторонники и последователи теории естественного права.

---

[1] *Гольбах П.* Указ. соч. С. 89.

[2] Там же. С. 30.

В последующие годы и столетия эти взгляды в основе своей сохранились, хотя и претерпели, как и теория естественного права, определенные изменения.

В начале XIX в. в развитии естественного права наступили кризисные явления, которые были обусловлены комплексом причин как внутреннего порядка, заложенных в самой теории естественного права, так и внешнего плана.

Характеризуя данный период в развитии естественного права, Г. Ф. Шершеневич писал, что на этом этапе оно столкнулось с новым течением мысли в лице исторической школы, о которую оно разбилось вследствие не столько сильной критики извне, сколько ослабевшей собственной силы внутри[1].

В оппозицию к естественному праву в Англии стала утилитарная школа И. Бентама, положившая в свою основу не природу человека и общества, а пользу, выгоду как критерии нравственности и движущую силу всех поступков человека. При этом все природные и социальные явления рассматривались только с точки зрения их полезности (принцип оценки) и возможности быть использованными для достижения каких-либо целей.

В Германии школу естественного права стала напористо теснить появившаяся на свет историческая школа права. Тесная связь школы естественного права с революционными тенденциями XVIII в. вызвала неприязнь к ней и гонения со стороны самых различных реакционных сил, поднявшихся по всей Европе в этот период на защиту старого, исторически отжившего строя.

Однако самый сильный удар идее естественного права, по мнению исследователей, был нанесен «научным духом XIX в., его исторической, социальной и эволюционной точкой зрения». Все давало основание думать, что естественное право окончательно умерло. Уже готовились ставить ему надгробный памятник, когда «совершенно неожиданно, на исходе XIX столетия, оно вдруг проявило все признаки жизни»[2]. Это оживление обнаружилось одновременно в разных местах Западной Европы и с особенной яркостью в России.

С конца XIX в. и вплоть до настоящего времени теория естественного права переживает новый период в своем развитии — так называемый *период возрожденного естественного права.*

Чем отличается данный этап эволюции естественного права от всех предшествующих периодов? Что у них общего и что особенного?

Отвечая на эти вопросы, следует обратить внимание прежде всего на то, что *возрожденное естественное право* в лице его последователей *не только не отрицает своего родства с прежними этапами развития естественного права*, но, наоборот, *всячески подчеркивает свою генетическую связь с ними.* Родство со старой теорией признается, в частности, по линии их общих основ — упование на природу и разум человека, по линии основных задач — нахождение идеаль-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 30.

[2] Там же.

ного критерия, а также по линии априорного метода — упование на веру вместо доказательств реального существования норм естественного права, на общепринятость того или иного поведения, именуемого естественным, и т. д.

Отличительная особенность возрожденного естественного права по сравнению со старым естественным правом проявляется прежде всего в том, что оно не признает вечного, неизменного для всех времен и народов права. Оно исходит из того, что в мире существует естественное право только с исторически меняющимся содержанием. Сказанное не означает, однако, что возрожденное естественное право не признает абсолютного идеала или критерия.

Среди других отличительных особенностей возрожденного естественного права следует назвать *множественность направлений его развития* и формирующих его *частных теорий*. Последнее дало основание ряду авторов именовать современное естественное право с точки зрения его теории не в единственном, а во множественном числе, как «теории современного естественного права».

Это прежде всего такие частные теории, как неотомистские, экзистенциалистские, феноменологические и другие доктрины. Общим для них является то, что они возникают и развиваются в рамках естественного права и имеют под собой в виде объективного и субъективного идеализма одинаковую основу. Естественное право выводится ими из: 1) божественного порядка бытия (религиозные учения — неотомизм, неопротестанизм и др.); 2) самореализации объективного разума и объективной идеи права (неогегельянство); 3) априорных правовых субстанций и ценностей (феноменологическая концепция); 4) «природы вещей» как идеальной мыслимой формы, трактуемой с позиций методологического дуализма должного и сущего (неокантианство); 5) «существования» человека (экзистенциализм); 6) «процесса исторического правопонимания», «живого исторического языка» (герменевтика) и др. Следует заметить, что в современной теории естественного права эти различные направления и подходы нередко переплетаются между собой[1] и дополняют друг друга.

Важной особенностью современной теории естественного права является ее *ярко выраженные политический и идеологический* аспекты. Строго говоря, данная теория, как и любая иная государственно-правовая доктрина, всегда была не только юридической, но и политико-идеологической теорией[2]. Это означало, что ее всегда пытались использовать не только в юридических, но и в политико-идеологических целях — для укрепления или, наоборот, расшатывания существующего строя, для усиления или, наоборот, ослабления революционного движения. Все зависело от того, в чьих руках находилась данная теория и для достижения каких целей она применялась. Возможность использования теории естественного права прямо в противоположных политических

[1] История политических и правовых учений / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1983. С. 619.

[2] *Harris J.* Legal Philosophies. P. 6—25.

и идеологических целях объясняется многими причинами, и прежде всего ее чрезмерной широтой, многогранностью и неопределенностью многих заложенных в ней понятий и положений, открывающих широкий простор для произвольного их толкования и применения.

В современных условиях развития теории естественного права ее политический и идеологический аспекты значительно возросли по сравнению с прежними этапами ее развития. Объясняется это, с одной стороны, усилением политизации и идеологизации всей общественной и государственной жизни во всех странах в XX в., а с другой — возникновением и развитием многочисленных, имеющих различные политические и идеологические оттенки течений и направлений теории естественного права.

С помощью теории естественного права в 30—40-е годы XX в. в некоторых странах (Германия, Италия, Португалия и др.) сначала оправдывались, а затем, после победы над фашизмом, повсеместно осуждались фашизм и тоталитаризм. Используя теорию естественного права официальная политика и идеология стран Запада всячески осуждала и осуждает как не соответствующий природе и характеру человека коммунизм и, наоборот, повсеместно в прямой и косвенной форме провозглашала и провозглашает как естественный, адекватно отражающий природу и чаяния людей, капитализм.

Тот же мотив четко проявляется и в современной российской официальной и полуофициальной политической жизни и идеологии. Вполне естественными, соответствующими природе человека в прямой или косвенной форме провозглашаются и отчасти проводятся в жизнь идеи элитарности, а значит, заведомо признаваемого неравенства людей. Подспудно естественным феноменом жизни признается безработица как источник конкуренции на рынке труда и состязательности. В сфере экономики и социальной жизни поощряется материальное, а вместе с тем и социальное расслоение общества на имущих и неимущих, на частных работодателей и работополучателей, на собственников — владельцев огромных дворцов и состояний и нищих или полунищих.

Само собой разумеется, и это было множество раз доказано самой жизнью, что глубокое материальное и иное неравенство людей является основой юридического неравенства. Чем глубже расслоение общества по материальному признаку, чем больше разрыв между богатыми и бедными в российском или любом ином обществе, тем бессмысленнее становятся конституционные положения о равенстве, равноправии, одинаковых гарантиях прав и свобод граждан и иные декларации.

В прежнем советском государстве степень обеспеченности прав и свобод граждан во многом зависела от степени вовлеченности их в государственно-правовые или иные официальные (особенно в высшие партийные) структуры, а также от «полезных» связей в чиновном и партийном мире. В постсоветской России в дополнение к названным факторам добавляется еще финансово-экономический, материальный фактор. В ряде случаев он все чаще играет решающую роль. В особенности это касается таких конституционных прав и свобод граждан, как свобода слова и печати, права граждан на образование, реальное (каче-

ственное) медицинское и социальное обеспечение, право на труд, на отдых и др. Слабая материальная, социальная и иная обеспеченность конституционных прав и свобод граждан в значительной степени выхолащивает их смысл, содержание.

Последнее касается не только прав и свобод граждан, но и конституционных положений неотчуждаемости и принадлежности основных прав и свобод человеку от рождения, об их гарантированности согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и др. (п. 1, 2 ст. 17 Конституции РФ).

Означает ли все сказанное, что естественное право и его теория в настоящее время полностью утратили свое значение? Означает ли это, что они полностью потеряли свой первоначальный социальный смысл? Безусловно, нет. Несмотря на то что естественное право и его теория прошли огромный путь в своем развитии и претерпели весьма радикальные изменения, что в настоящее время к естественному праву и его теории в определенной мере утрачен интерес[1], они тем не менее продолжают по-прежнему привлекать к себе достаточно большое и весьма обостренное внимание, вызывать споры, разноречивые суждения и нередко политические и идеологические раздоры.

Независимо от того, какой взгляд на естественное право и его теорию доминирует в обществе, воспринимаются ли они как нечто реальное или существующее лишь в воображении творческого ума, они играют огромную роль, не только академическую, но и сугубо практическую.

В чем это выражается и как, в каких формах проявляется? Прежде всего в том, что естественное право служит и должно служить моральной основой и моральным ориентиром при формировании позитивного права. Можно соглашаться или не соглашаться с мнением Е. Н. Трубецкого, что позитивное, или положительное право, как его иногда называют, «не есть единственная форма права, что над ним есть иное, высшее право» и что «эта высшая форма права, отличная от права положительного, независимо от какого бы то ни было авторитета, и есть то, что называется естественным правом». Однако одно остается бесспорным: естественное право является первоначальной основой «любого иного права, а вместе с ним и правопорядка»[2].

Предписания естественного права по своему содержанию и отношению к позитивному праву, писал автор, будучи «внутренним законом нашего разума», являются по своей сути нравственными предписаниями. Естественное право — то же, что правда. Оно вбирает в себя всю совокупность тех нравственных требований, в силу которых мы подчиняемся или не подчиняемся тому или иному общественному и государственному институту («авторитету»). Оно заключает в себе всю совокупность тех нравственных норм, в которых всяческая человеческая власть и всякое вообще позитивное право находят себе оправдание или осуждение.

---

[1] Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко 2-е изд. М., 1996. С. 252—253.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 48.

И далее. Лежащая в основе всякого правопорядка обязанность личности подчинять свои цели целям общественным есть несомненно обязанность нравственная, и соответствующее этой обязанности право общества господствовать над личностью есть, без всякого сомнения, по существу своему право нравственное[1].

Таким образом, рассматривая естественное право под углом зрения его академической и практической — моральной и интеллектуальной значимости, следует констатировать, что оно может и должно *быть моральной основой не только процесса формирования позитивного (положительного) права, но и различных форм его реализации, включая правоприменение.*

С этих позиций, рассуждал Е. Н. Трубецкой, всякое позитивное право может требовать повиновения не иначе как во имя нравственного права, того или иного общественного авторитета, той или другой власти. В тех случаях, когда существующий правопорядок действительно является благом для данного общества, естественное право дает ему санкцию и служит ему опорой. Однако, если действующее позитивное право не соответствует требованиям добра и находится в полном с ним противоречии, «естественное право звучит как призыв к усовершенствованию». Оно играет роль движущего начала в истории, является необходимым условием всякого прогресса, развития в праве[2].

К сказанному следует добавить, что естественное право, понимаемое в данном случае как «право нравственное», выступает не только в качестве внутреннего движущего начала или, наоборот, сдерживающего то или иное поведение лица, но одновременно и как внешний регулятивный фактор[3].

Естественное право, писал в связи с этим Е. Н. Трубецкой, есть то же, что право нравственное. Это означает, что его требования обладают, с одной стороны, характером правовым, а с другой — нравственным. Следовательно, смысл существования естественного, как и всякого иного права, выражается, с одной стороны, в предоставлении лицу известной сферы внешней свободы, а с другой — в ограничении этой сферы.

Однако, будучи правом нравственным по самой природе, естественное право всегда требует, чтобы внешняя свобода была предоставлена лицу именно в тех границах, которые обусловливаются целями добра. Внешняя свобода, которая предоставляется лицу правом, включается в возможности преследовать и осуществлять те или иные цели во внешнем мире. Разумеется, что такая свобода — не абсолютное, а относительное благо. Внешняя свобода отдельного лица является благом лишь постольку, поскольку она подчинена общему благу, поскольку не влечет за собой несправедливых стеснений свободы других лиц[4].

---

[1] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 49.

[2] Там же. С 50.

[3] См.: *Рассказов Л. П., Упоров И. В.* Естественные права человечества. СПб., 2001. С. 24—26.

[4] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 51.

Если говорить о безграничной свободе отдельного лица или группы лиц, то такая свобода была бы не только полным отрицанием права, но и прямой его противоположностью, заключающейся в возможности убивать, насиловать и воровать. В силу этого естественное право предписывает, чтобы внешняя свобода каждого лица всегда была ограничена свободой других лиц. Причем в той мере, в какой этого требует добро. В этом, по мнению автора, и только в этом заключается непреходящее, неизменное требование естественного права[1].

Данное «неизменное» требование остается таковым по отношению не только к отдельному лицу или группе лиц, но *и ко всему обществу*. Все остальные требования — постулаты естественного права являются исторически преходящими, переменными.

В научной дореволюционной и более поздней юридической литературе вполне доказательно отмечалось, что в основе своей естественное право не заключает в себе и не может заключать никаких раз и навсегда данных, неизменных юридических норм. Оно не являет собой *совокупность различных* для каждой *нации и эпохи нравственных и* вместе с тем *правовых требований*. Как синоним нравственно должного в праве оно не выражается в виде каких-либо общих, для всех обязательных правил или законодательных шаблонов. Для каждого народа и в каждую данную эпоху оно олицетворяет собой особую специфическую задачу, особую совокупность конкретных обязанностей. В этом заключается *оправдание необходимости существования права позитивного*.

Что же касается естественного права, то, пользуясь терминологией Е. Н. Трубецкого и его последователей, можно сказать: будучи нравственной основой правотворческого и правоприменительного процессов, а также моральным регулятором поведения людей, естественное право выступает одновременно и моральным мерилом деятельности различных государственных органов.

Если та или иная общественная среда, рассуждали в связи с этим последовательные сторонники естественного права, руководствуется обычным правом, то, без всякого сомнения, это происходит потому, что она считает добром подчиняться авторитету отцов и дедов. Наступают, однако, времена, когда этот авторитет утрачивает силу и нормы, которые когда-то им освящались, заменяются нормами более совершенными, изданными законодателем.

Эта замена одного авторитета другим опять-таки обусловливается тем, что «общество почитает добром подчиняться авторитету законодателя. Этот авторитет, как и всякий другой, покоится *на нравственном праве*». *Этим правом держится всякая власть*. Власть же, которая перестала служить благу подданных, падает опять-таки во имя нравственного права[2].

---

[1] Моральные ценности и личность / Под ред. А. И. Титаренко, Б. О. Николаичева. М., 1994.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 49—50.

Данный весьма важный по своей социальной значимости нравственный постулат наряду с другими аналогичными ему постулатами естественного права является весьма важным основанием для оправдания необходимости его существования не только в прошлом, но и в настоящем. Он придает естественному праву и его теории, независимо от того, как они воспринимаются и как понимаются, трудно переоценимый социальный и моральный вес, огромную моральную и интеллектуальную значимость[1].

Разумеется, естественное право, как и его теория, в любом их варианте нередко страдают не только идеализмом, но и утопизмом, во многих случаях естественное право, именуемое нравственным, подменяет собой этику, мораль, а соотношение позитивного и нравственного права выступает как нечто иное, в современном их понимании, как соотношение права и морали.

Однако, несмотря на все это, естественное право и его теорию, имеющие своей основой нравственность и разум, нельзя сбрасывать со счетов. Рассматривая под критическим углом зрения их негативную сторону, нужно в то же время видеть и их позитивный, рациональный аспект.

§4. Договорная теория

Отдельные элементы данной теории разрабатывались еще философами Древней Греции и Древнего Рима. Однако в своем классическом виде договорная теория появилась лишь в XVII—XVIII вв.

Наиболее видными ее представителями были Г. Гроций, Дж. Локк, Д. Дидро, П. Гольбах, А. Радищев, Ж.-Ж. Руссо и другие ученые энциклопедического уровня, просветители.

В работах многих отечественных и зарубежных авторов договорная теория рассматривается как естественно-правовая теория или просто — естественная теория происхождения государства и права[2]. В таком понимании договорной теории, несомненно, есть свой резон. Дело в том, что она, как и естественная теория, развивалась, по общему правилу, одними и теми же авторами, содержала одни и те же или весьма сходные положения. Из теорий договорного и естественного права, например, делались, и вполне оправданно, одни и те же выводы.

Необходимость же их отдельного рассмотрения обусловливается прежде всего тем, что при всей своей общности договорная теория и теория естественного права имеют определенные различия. Первая акцентирует основное свое внимание на государстве, тогда как вторая — на праве. Отнюдь не случайно теорию естественного права на-

---

[1] *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 18—20.

[2] *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. С. 35—143; *Finnis J.* Natural Law and Natural Rights. N.Y., 1990. P. 3—28.

зывают, как правило, теорией происхождения права, тогда как договорную теорию — теорией происхождения государства.

Разумеется, в силу неразрывной связи государства и права четкое разделение теорий происхождения государства и происхождения права весьма проблематично, условно. Однако оно проводится и должно проводиться, поскольку для этого есть объективные причины (необходимость их более глубокого и разностороннего исследования не только во взаимосвязи и взаимодействии, но и самих по себе) и обстоятельства. Нельзя, в частности, не учитывать тот факт, что договорная теория происхождения права возникла и развилась на основе теории естественного права. Это следует из содержания научных исследований и трактатов как отечественных, так и зарубежных авторов, в особенности А. Радищева, Дж. Локка и Жан-Жака Руссо.

Каждый из них внес свою весьма заметную лепту в процесс становления и развития договорной теории, ввел помимо общих, подтвержденных всеми авторами положений, также элементы своеобразия. Оспаривая идеи божественного происхождения государства и права, *А. Радищев* (1749—1802) считал, например, что государство возникает не как результат некоего божественного провидения, а как следствие молчаливого договора членов общества в целях совместной защиты слабых и угнетенных. Государство, по его мнению, «есть великая махина, коея цель есть блаженство граждан».

Так же как и другие просветители, в частности Ж.-Ж. Руссо (1712—1778), А. Радищев связывал *образование государства с возникновением частной собственности.* Он писал: «Как скоро сказал человек: сия пядь земли моя — он пригвоздил себя к земле и отверз путь зверообразному самовластию, когда человек повелевает человеком».

В работе Руссо «Рассуждение о происхождении и основаниях неравенства между людьми» проводится эта же мысль, но излагается другими словами. Первый, писал мыслитель, кто, огородив участок земли, придумал заявить «это мое» и нашел людей достаточно простодушных, чтобы этому поверить, был подлинным основателем гражданского общества. От скольких преступлений, войн, убийств, несчастий и ужасов уберег бы род человеческий тот, кто, выдернув колья или, засыпав ров, крикнул бы себе подобным: «Остерегитесь слушать этого обманщика; вы погибли, если забудете, что плоды земли — для всех, а сама она — ничья!» Но очень похоже на то, продолжал автор, что дела пришли уже тогда в такое состояние, что не могли больше оставаться в том же положении. Ибо это понятие — «собственность», зависящее от многих понятий, ему предшествовавших, которые могли возникнуть лишь постепенно, не сразу сложилось в человеческом уме. Нужно было достигнуть немалых успехов, приобрести множество навыков и познаний, передавать и увеличивать их из поколения в поколение, прежде чем был достигнут этот последний предел естественного состояния[1].

[1] История политическая и правовых учений: Хрестоматия. С. 118.

Связывая возникновение государства с возникновением и развитием частной собственности, Руссо и Радищев, однако, расходятся в том, кто и для чего его создал. Согласно теории Радищева, государство с самого начала создается по договору между всеми людьми и для «блаженства всех». В соответствии же с теорией Руссо государство является результатом некоего весьма хитроумного плана богатых и первоначально создается лишь в целях оправдания и защиты их интересов и их самих.

Не имея веских доводов, чтобы оправдаться, и достаточных сил, чтобы защищаться от бедных и угнетенных, богатый, учил Руссо, составил под давлением необходимости один из наиболее важных и обдуманных планов, которые когда-нибудь рождались в человеческом уме, а именно — обратив себе на пользу все силы тех, кто на него нападал, превратив своих противников в своих защитников, внушив им иные принципы и дав им иные установления, которые были бы для него настолько же благоприятны, сколь противоречило его интересам естественное право. «Давайте объединимся,— сказал он им,— чтобы оградить от угнетения слабых, сдержать честолюбивых и обеспечить каждому обладание тем, что ему принадлежит». Давайте установим судебные уставы и мировые суды, с которыми все обязаны будут сообразовываться, которые будут нелицеприятны и будут отчасти исправлять превратности судьбы, подчиняя в равной степени могущественного и слабого взаимным обязательствам. Словом, вместо того, чтобы обращать наши силы против самих себя, давайте соединим их в одну высшую власть, которая будет править нами, согласно мудрым законам, власть, которая будет оказывать покровительство и защиту всем членам образуемой ассоциации, отражать натиск общих врагов и поддерживать среди них вечное согласие.

Таково было или должно быть, заключает Руссо, происхождение государства, общества и законов, которые еще более увеличили неравенство и силу богатых, безвозвратно уничтожили свободу, навсегда упрочили собственность, «превратили ловкую узурпацию в незыблемое право и обрекли к выгоде нескольких честолюбцев весь род человеческий на труд, нищету и рабство»[1].

Таким образом, будучи созданным в результате заключения договора между людьми, или общественного договора, как его чаще называют, государство вначале обслуживает в первую очередь богатых, а затем уже обращает внимание на защиту интересов и охрану свободы всех.

Что собой представляет общественный договор, каковым должны быть его содержание и назначение? Эти, как и многие другие аналогичные им, вопросы получили наиболее яркое и основательное освещение в ряде трактатов Ж.-Ж. Руссо, и особенно в его знаменитом труде «Об общественном договоре, или принципы политического права».

Основная задача, которую призван решать общественный договор, состоит в том, по мнению Руссо, чтобы найти такую форму ассоциации, которая защищает и ограждает всею общею силою личность и имущество каждого из членов ассоциации и благодаря которой каждый, со-

[1] *Руссо Ж.-Ж.* О причинах неравенства. М., 1907. С. 87.

единяясь со всеми, подчиняется, однако, только самому себе и остается столь же свободным, как и прежде.

Основные положения и статьи договора должны быть настолько определенны и зависимы от его природы, чтобы их малейшее видоизменение сделало бы их пустыми и недействительными. Поэтому, согласно Руссо, не будучи никогда в формальном плане отдельно выражены, они везде одинаковы, везде молчаливо допускаются и признаются. Так продолжается вплоть до момента нарушения общественного договора. Если таковое совершается, то каждый человек «вновь вступает в свои первоначальные права и возвращает себе вновь свою естественную свободу, утратив свободу условную, для которой он отказался от первой».

Каковыми же должны быть основные условия общественного договора? Отвечая на данный вопрос, Руссо обращал внимание прежде всего на то, что все эти условия, правильно понятые, должны сводиться и сводятся, в сущности, к одному: к полному отчуждению каждого члена со всеми своими правами в пользу всей общины. Целесообразность этого обусловливается тем, что если каждый отдает всего себя целиком, то это условие оказывается одинаковым для всех, а если оно одинаково для всех, то ни у кого нет интереса делать его тягостным для других.

Кроме того, рассуждал Руссо, поскольку отчуждение происходит без оговорок, то союз людей становится настолько совершенным, насколько он вообще может быть таковым. Ни у одного из членов данного союза при этом не возникает каких-либо особых требований или претензий. Ибо, если бы у отдельных личностей остались хотя бы некоторые права, то за отсутствием высшей власти, которая могла бы решать споры между ними и обществом, каждый «был бы своим собственным судьей во всех других вопросах».

Наконец, заключал мыслитель, каждый, отдавая себя всем, не отдает себя никому. Поскольку среди членов союза нет ни одного участника, по отношению к которому остальные участники не приобретали бы такого права, какое они уступают ему по отношению к себе, то каждый снова приобретает все, что он теряет. При этом он приобретает больше силы для сохранения того, что он имеет.

Важным условием заключения и соблюдения общественного договора, помимо полного отчуждения каждого его участника со всеми его правами в пользу создаваемого сообщества, общины, является также принятие на себя обязательства выполнять все ее требования, установления, обязанность повиноваться.

Для того чтобы общественное соглашение не оказалось пустой формальностью, предупреждал Руссо, оно должно с неизбежностью заключать в себе следующее очень важное обязательство, которое «одно только может придать силу другим обязательствам». А именно — обязательство, согласно которому, если кто-то откажется повиноваться общей воле, он будет принужден к повиновению всем политическим организмом. Это означает, что его силой заставят выполнять обязательства, что, «предоставляя каждого гражданина в распоряжение отечества, оно гарантирует его от всякой личной зависимости». Это условие, резюми-

рует Руссо, составляет секрет и двигательную силу политической машины, и только оно одно делает законными гражданские обязательства, которые без этого были бы нелепыми, тираническими и давали бы лишь повод к огромным злоупотреблениям[1].

Рассматривая государство как продукт общественного договора, разумной воли народа, а точнее — человеческим учреждением или даже изобретением, Руссо исходил из того, что каждый человек передает в общее достояние и ставит под высшее руководство общей воли свою личность и все свои силы. В результате «для нас всех вместе каждый член превращается в нераздельную часть целого». Это коллективное целое, по мнению Руссо, есть не что иное, как юридическое лицо. Раньше оно именовалось «гражданскою общиною», позднее — «Республикою или Политическим организмом». Члены этого политического организма называют его «Государством, когда он пассивен, Сувереном, когда он активен, Державою — при сопоставлении его с ему подобными».

Государство рассматривается Руссо как «условная личность», жизнь которой заключается в союзе ее членов. Главной его заботой, наряду с самосохранением, должна быть забота об общем благе, о благе всего общества, народа. Огромную роль при этом играют издаваемые законы, право.

Руссо выдвигает и развивает идею *прямого народного правления*. Ибо, согласно общественному договору, «только общая воля может управлять силами государства в соответствии с целью его установления, каковая есть общее благо».

Народ, рассуждает мыслитель, не может лишить самого себя неотчуждаемого права издавать законы, даже если бы он этого и захотел. Законы всегда являются актами общей воли. И никто, даже государь, не может быть выше их. Законами являются лишь такие акты, которые непосредственно принимаются или утверждаются путем проведения референдума, самим народом.

Закон всегда всеобщ. Под этим, писал Руссо, он рассматривает всех участников общественного договора как одно целое, а их действия — «как отвлеченные». Это означает, что закон никогда «не касается ни человека как индивида, ни частного поступка». Разумеется, пояснял свою позицию автор, закон, например, может дать привилегии поименно тому-то или тому-то или может разделить граждан на несколько классов, может даже обозначить признаки, согласно которым определяется принадлежность к этим классам. Однако он не может зачислить тех или иных граждан в тот или иной класс.

Наконец, закон может учредить «королевское правительство и наследственную преемственность», но он не может ни избрать короля, ни назначить династии.

Из всего этого следует, что «всякая функция, которая относится к индивидуальному объекту, не есть дело законодательной власти»[2]. Это пер-

---

[1] *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре, или принципы политического права // История политических и правовых учений: Хрестоматия. С. 123—125.

[2] *Руссо Ж.-Ж.* Указ. соч. С. 128.

вое. И второе, весьма важное в практическом плане, — повеления, исходящие от одного лица, кто бы это ни был (государь, правитель, монарх и т. п.), только от его имени, не суть законы, поскольку «закон соединяет всеобщность воли с всеобщностью объекта». Даже то, что постановляет верховная власть относительно частного предмета, не является законом, а лишь декретом — актом администрации, а не суверена[1]. В качестве суверена — обладателя верховной власти, выразителя и носителя общей воли может выступать, согласно общественному договору, только такое единое целое, как народ. Только «общая воля может управлять силами государства», доказывал Руссо, причем не произвольно, а «сообразно с целью, для которой последнее учреждено и которая есть общее благо».

Следует особо отметить, что эту общую волю, как и суверенитет — выразитель и носитель общей воли, никто не может ни отчуждать, ни искусственно делить. Она неотчуждаема и неделима. Руссо в связи с этим утверждал, что суверенитет, будучи только осуществлением общей воли, не может никогда отчуждаться и что суверен, будучи не чем иным, как коллективным существом, может быть представлен только самим собой.

По тем же самым основаниям, по каким суверенитет неотчуждаем, он и неделим. Ибо одно из двух: или воля является всеобщей, или ее как таковой вообще нет; или это воля всего народа, или же это воля только части его. В первом случае эта объявленная всеобщая воля «есть акт суверенитета и составляет закон; во втором — это только частная воля или акт магистратуры (должностных лиц), самое большое — это декрет»[2].

Согласно общественному договору суверен, будучи наделен законодательной властью или, иными словами, правом на издание законов, сам действует не иначе как на основе и в рамках законов. Больше того, поскольку законы есть акты только общей воли и к тому же являются исключительным проявлением общей воли — воли суверена, то последний может действовать только тогда, когда весь народ собран.

Разумеется, во всем этом есть элемент утопизма и идеализма. Причем не только применительно к нашему времени, но и ко времени написания «общественного договора». Руссо понимал это, предвидел возможные упреки и поэтому, упреждая их, соответственно парировал. Скажут, писал он, что собранный вместе народ — химера. Да, это химера теперь, но это не было химерой две тысячи лет назад. «Разве люди изменились по своей природе?»[3]

Следует иметь в виду, что в «Общественном договоре» речь идет о времени первоначального возникновения государства на договорной основе, а не последующего его развития.

На ранних стадиях эволюции общества и государства ввиду немногочисленности и компактности проживания на сравнительно небольших территориях населения Руссо и другими сторонниками договорной тео-

---

[1] *Руссо Ж.-Ж.* Указ. соч. С. 129.

[2] Там же. С. 126.

[3] Там же. С. 131.

рии по вполне понятным причинам допускалась возможность их совместного, непосредственного решения вопросов и принятия законодательных актов. Что же касается более поздних периодов, то здесь вместо непосредственной демократии на первый план выступают различные формы представительной демократии.

Идея представительства, отмечал Руссо,— идея современная. Она сама по себе не отвечает природе человека. Более того, она противоречит ей. Представительство идет, по мнению автора, от феодального правления, этого несправедливого и абсурдного правления, в котором род человеческий унижен и в котором самое имя человека обесчещено. «В древних республиках и даже монархиях народ никогда не имел представителей, и даже это слово не было известно»[1].

Какие же причины, помимо роста численности населения и других лежащих на поверхности причин, вызвали необходимость обращения людей к столь нелестно характеризуемой автором идее представительства? Это прежде всего «охлаждение любви к отечеству, более яркое проявление частных интересов, огромные размеры государств, завоевания и злоупотребления правительства». Именно эти причины в первую очередь, по мнению Руссо и других сторонников договорной теории, вызвали к жизни институт представительства, а вместе с ним и привели к «учреждению депутатов или представителей народа»[2].

Строго говоря, согласно развиваемой Руссо теории, институт представительства, как и сопутствующий ему институт депутатства, являются «противоестественными, вынужденно учрежденными людьми» институтами. Несколько противореча себе, автор утверждает, в частности, что «народные депутаты... не могут быть представителями народа, они только его комиссары». Они ничего не могут постановлять окончательно. Любой закон, который непосредственно не ратифицирован народом, является недействительным. «Это даже не закон».

Английский народ, поясняет свою мысль Руссо на примере представительной системы Великобритании, считает себя свободным. Однако «он горько ошибается; он свободен только во время выборов членов парламента; как только они выбраны, он становится рабом, он — ничто. То применение, которое он делает из своей свободы в краткие моменты пользования ею, заслуживает того, чтобы он ее терял»[3].

Таков вердикт Руссо и других сторонников договорной теории в отношении не только английской, но и всей представительной системы в целом. В центр внимания и всего конструируемого ими политического мироздания ставится при этом опять-таки суверен, собранный воедино и действующий согласно общей воле народа.

Именно народу принадлежит ряд неотъемлемых естественных прав и свобод, на первом месте среди которых находятся исключительное право на принятие законов и неотчуждаемое право на сопротивление тиранам.

---

[1] *Руссо Ж.-Ж.* Указ. соч. С. 131.

[2] Там же.

[3] Там же.

Короли, писал по этому поводу Руссо, всегда «хотят быть неограниченными». Хотя им издавна твердили, что «самое лучшее средство стать таковыми — это снискать любовь своих подданных», однако это правило при дворах всегда вызывало и «будет вызывать только насмешки». Власть, возникающая из любви подданных, несомненно, наибольшая. Но она непрочна и условна. Поэтому «никогда не удовлетворяются ею государи». Личный интерес любых повелителей состоит прежде всего в том, «чтобы народ был слаб, бедствовал и никогда не мог им сопротивляться». Конечно, замечает мыслитель, если предположить, что подданные всегда будут оставаться совершенно покорными, то государь был бы тогда заинтересован в том, чтобы народ был могуществен, «дабы это могущество, будучи его собственным, сделало государя грозным для соседей». Но так как интерес народа имеет «лишь второстепенное и подчиненное значение» и так как оба предположения несовместимы, то естественно, что «государи всегда предпочитают следовать тому правилу, которое для них непосредственно выгодно».

Таким образом, у любого правителя всегда сохраняются свой собственный, отличающийся от народного интерес и соблазн сосредоточить в своих руках как можно больше государственной власти. Последнее же приводит не только к тому, что «расстояние между государем и народом становится слишком велико и государству начинает недоставать внутренней связи», но и к тому, что в политическом режиме устанавливаются признаки открытого игнорирования прав и свобод народных масс, признаки деспотизма.

В этих условиях, как следует из общественного договора по Руссо, народ может реализовать свое естественное право на сопротивление. При этом, заключает он, восстание, которое «приводит к убийству или свержению с престола какого-нибудь султана, это акт столь же закономерный», как и те акты, посредством которых он только что распоряжался жизнью и имуществом своих подданных. «Одной только силой он держался, одна только сила его и низвергает».

Таковы вкратце основные положения общественного договора, легшего в основу договорной теории происхождения государства в интерпретации Руссо. Следует заметить, что теория, развиваемая Руссо, была своеобразной вершиной, пиком в развитии договорной теории. Это не означает, однако, что на данном, так же как и на всех других, этапе развития договорной теории сложилась четкая, строго последовательная, логичная и внутренне непротиворечивая концепция.

В отношении ряда положений договорной теории все обстоит как раз наоборот. Даже по вопросу о понятии и характере естественного состояния общества, предшествующего договорному государственному образованию, над единством взглядов авторов преобладает разнобой.

Для одних сторонников договорной теории естественное состояние — это фактически мир неограниченной личной свободы, переходящей в анархию, когда каждый «имеет право на все» (Т. Гоббс). Но когда это право в силу глубокого эгоизма человека, его природной алчности, страха, честолюбия и жадности реализуется не иначе как путем

реализации принципа, согласно которому в обществе с фатальной неизбежностью идет «война всех против всех», «человек человеку — волк».

Для других же сторонников договорной теории естественное состояние отдельного человека и всего общества ассоциируется с мирной первобытной идиллией, с царством полной свободы, равенства и независимости людей друг от друга. Естественное состояние, писал в связи с этим *Дж. Локк* (1632—1704), имеет закон природы, которым оно управляется и который обязателен для каждого. Этим законом является разум, который учит всех людей, «которые пожелают с ним считаться, что, постольку ни один из них не должен наносить ущерб жизни, здоровью, свободе или собственности другого»[1]. И далее: «Состояние свободы — это состояние своеволия. Хотя каждый человек в этом состоянии обладает неограниченной свободой распоряжаться своей личностью и собственностью, у него нет свободы уничтожать себя или хотя бы какое-либо существо, находящееся в его владении, «за исключением тех случаев, когда это необходимо для более благородного использования, чем простое его сохранение»[2].

Расхождение взглядов авторов — сторонников договорной теории имеет место и в других случаях. Например, в отношении института абсолютной монархии, его места и роли в обществе, а также в защите позитивных и естественных прав граждан или подданных — участников договорных отношений. Т. Гоббс, например, рассматривал этот институт как «абсолютную власть государства», в качестве важного гаранта мира и средства реализации естественных прав. Абсолютная власть государства, по его мнению, необходима для защиты прав и свобод личности, избавления людей от страха быть постоянно не защищенными от постоянной угрозы насильственной смерти, наконец, от ужасов «войны всех против всех».

Совсем иную позицию по отношению к абсолютной монархии занимал Дж. Локк. Развивая договорную теорию вслед за Гоббсом и затрагивая вопросы места и роли абсолютной монархии в обществе, он вполне определенно и осознанно выступал против данного института. Совершенно очевидно, писал Локк, что «абсолютная монархия, которую некоторые считают единственной формой правления в мире», на самом деле несовместима с гражданским обществом и, следовательно, не может быть вообще формой гражданского правления[3].

Чтобы обеспечить права и свободы людей, гарантировать их безопасное существование, государство должно быть не чем иным, как только добровольным объединением людей в единое «политическое общество», объединением, которое должно создаваться и функционировать не иначе как только на основе и посредством «одного лишь согласия». Именно это и есть «весь тот договор, который существует или

---

[1] *Локк Дж.* Два трактата о правлении // История политических и правовых учений: Хрестоматия. С. 92.

[2] Там же.

[3] Там же. С. 96.

должен существовать между личностями, вступающими в государство или его создающими».

Локк писал, что «абсолютные монархи всего лишь люди», и если государственное правление должно быть средством, избавляющим от тех зол, которые неизбежно возникают, тогда люди оказываются судьями в своих собственных делах, и естественное состояние поэтому нетерпимо. Но что же это за правление и насколько оно лучше естественного состояния, когда «один человек, повелевая множеством людей, волен быть судьей в своем собственном деле и может поступать в отношении всех своих подданных как ему заблагорассудится». Причем никто не имеет ни малейшего права при этом ставить под сомнение его правоту или проверять тех, кто осуществляет его прихоть[1].

Наряду с названными противоречиями во взглядах и разночтениями в понимании авторами — сторонниками договорной теории различных ее постулатов и положений существует немало и других расхождений. Они касаются не только природы и порядка возникновения государства, а вместе с ним и права, но и их сущности, содержания, форм организации, назначения.

Из этого следует, что договорную теорию, так же как теорию естественного права и некоторые другие теории происхождения государства и права, следует рассматривать не как нечто органически целое и неделимое, а как совокупность в основе своей сходных между собой, но вместе с тем отличающихся друг от друга по ряду параметров концепций.

Касаясь самого существа и оценки характера и роли договорной теории происхождения государства, следует отметить прежде всего, что она является весьма идеалистической теорией, берущей за исходный постулат чаще всего некую первобытную идиллию, царство неограниченной свободы, первозданную по своей чистоте и невинности естественную жизнь.

Договорная теория по своей сути и характеру антиисторична и механистична. *Антиисторизм* ее проявляется в том, что многие постулаты свои, касающиеся государства и права, она представляет вне времени и пространства. К таковым можно отнести, в частности, положения о государстве как выразителе интересов и защитнике всех членов общества — и богатых, и бедных, и стоящих у власти, и униженных, и обиженных.

Механистический характер рассматриваемой теории выражается в том, что процесс возникновения государства и права она представляет не как эволюционный, постепенно складывающийся и не зависящий от воли отдельного человека процесс, каковым он является на самом деле, а как некий разовый, субъективный акт (заключение общественного договора), результатом которого является государство.

В период своего расцвета договорная *теория выполняла многоцелевую функцию.* Она была не только академически, политически и идеологически, но и практически важной доктриной. В частности, договорная теория широко использовалась восходящим классом буржуазии

[1] *Локк Дж.* Указ. соч. С. 93.

в борьбе с абсолютизмом и деспотизмом. Она служила политическим и идеологическим оправданием революционных выступлений и требований установления и соблюдения принципов демократии, законности, равноправия всех граждан или подданных, конституционности[1].

В настоящее время роль договорной теории, по сравнению с периодом ее наибольшего развития, во много крат уменьшилась. Соответственно значительно сократилась и сфера ее распространения. Из некогда весьма популярной, теоретически и практически важной, широко распространенной концепции она превратилась по существу лишь в исторически и академически значимую теорию.

Это, однако, не означает, что отдельные ее положения не могут выполнять и поныне определенную идеологическую и политико-практическую роль. Речь идет, в частности, о положениях, касающихся мер, принимаемых в обществе и государстве против узурпации власти одним лицом или группой лиц; права граждан не только на сопротивление, но и на свержение насильственным путем власти политического закона; равенства прав и свобод граждан, их реальности и гарантированности и др.

§ 5. Теория насилия

Одной из распространенных на Западе теорий происхождения государства и права является теория насилия. Наиболее видными ее сторонниками являются немецкий философ и экономист Е. Дюринг (1833—1821), австрийский социолог и государствовед Л. Гумплович (1838—1909), известный «ревизионист марксизма» К. Каутский (1854—1939) и др.

Краеугольным камнем теории насилия является утверждение о том, что главная причина возникновения государства и права лежит не в социально-экономическом развитии общества и возникновении классов, а в завоевании, насилии, порабощении одних племен другими[2].

Теория насилия, как и некоторые другие теории происхождения государства и права, имеет свою довольно длительную историю. Зачатки ее появились еще в древности, в частности, они просматриваются в сочинениях первого и второго поколений софистов. В их учениях государство рассматривается как учреждение, существующее исключительно для блага сильного, а право — как средство обуздания одних слоев общества в интересах других. Первоначально право предназначалось, по мнению софистов, для «обуздания сильного в интересах слабого». Однако сильный, вскоре распознав это, сделал все, чтобы разорвать эти «противоестественные оковы» и «восстановить господство естественного закона», согласно которому слабый по законам самой природы должен подчиняться сильному.

---

[1] *George R.* (ed.). Natural Law Theory. N.Y., 1993.

[2] Подробнее об этом см.: *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. М., 1909. С. 58—62.

В сочинениях одного из наиболее одаренных и ярких мудрецов-софистов, Фрасимаха из Халкедона, постоянно проводится мысль, что в природе государства и права, в государственной политике и законодательстве, так же как и в области идеологии, нравственности, господствуют воля и представления тех, в чьих руках находится сила и государственная власть. «Справедливость,— утверждал Фрасимах,— это то, что пригодно сильнейшему». «Справедливость и справедливое — в сущности, это чужое благо, это нечто, устраивающее сильнейшего, правителя, а для подневольного исполнителя это чистый вред, тогда как несправедливость — наоборот: она правит, честно говоря, простоватыми, а потому и справедливыми людьми».

Дальнейшее развитие теория насилия получила в последующие столетия и особенно в период Средневековья. Она широко использовалась, в частности, в борьбе с теологическими теориями и взглядами на государство и право.

Анализируя роль теории насилия на данном этапе, известный немецкий государствовед и правовед Г. Еллинек (1851—1911) не без оснований утверждал, что «в новейшее время теория силы впервые возрождается в связи с борьбою против теологического миросозерцания». «Уже Гоббс,— писал автор,— не знает для права индивида в естественном состоянии другой границы, кроме его силы, и признает государство, основанное на силе, наряду с договорным государством как «равноправные формы государства», одинаково осуществляющие принуждение по отношению к своим членам. Спиноза вообще отождествляет право и силу. Помимо всего прочего это означает, что мы не имеем никакого объективного критерия «для измерения права и неправа естественных процессов» и что правопорядок, лишенный силы, «не может отстоять своего существования»[1].

Особую роль в дальнейшем развитии и окончательном формировании основных положений теории насилия на рубеже XIX—XX вв. сыграл Л. Гумплович.

«История не предъявляет нам ни одного примера,— рассуждал он в своей фундаментальной работе «Общее учение о государстве»,— где бы государство возникало не при помощи акта насилия, а как-нибудь иначе. Кроме того, это всегда являлось насилием одного племени над другим, оно выражалось в завоевании и порабощении более сильным чужим племенем более слабого, уже оседлого населения».

Ссылаясь на пример образования ряда стран Европы и Азии, которые возникли, по мнению ученого, не иначе как путем насилия, Л. Гумплович делал окончательный вывод, согласно которому «вследствие подчинения одного класса людей другому образуется государство», а из потребности победителей обладать «живыми орудиями» возникла экономическая основа античной семьи, отношения властвования, существовавшие между господином и его слугою.

По мнению автора, «не из отдельных людей, как атомов, не из семейств, как ячеек, создается государство. Не отдельные личности и не семейства являются его основными частями». Только из различных «че-

[1] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. С. 140.

ловеческих групп, из различных племен возникает государство и из них лишь состоит». Победители образуют правящий класс, а побежденные и порабощенные — «класс рабочих и служащих».

Во внутренней и внешней вражде племен заключается все дело, а не в чем-то ином. Именно в племенах, в их взаимной борьбе, утверждают Л. Гумплович и его сподвижники, мы можем признать «главные, основные части, действительные краеугольные камни государства,— в племенах, которые мало-помалу превращаются в классы и сословия. Из этих племен создается государство. Они, и только они предшествуют государству»[1].

Таким образом, ни общественный договор, ни божественное провидение, ни «высшие» идеи, ни «известные потребности» или «рационалистические и нравственные мотивы», как это следует из других учений о происхождении государства и права, а лишь грубая сила, борьба, покорение одних племен другими, одним словом, прямое насилие — «вот родители и повивальная бабка государства». Именно они являются, согласно теории насилия, основной причиной возникновения данных институтов.

Выявляя главную черту данной теории, Г. Еллинек писал: суть этого учения состоит в том, что оно конструирует государство как господство сильного над слабым и признает такое отношение властвования данным самою природою. Таким государство по этой причине и должно признаваться индивидуумом. Последний должен подчиняться ему в силу того соображения, что оно есть неотвратимая сила природы, подобно солнечному теплу, землетрясению, приливу и отливу. Теория силы, делал вывод автор,— это материалистическая противоположность теологического учения. Если последнее требует подчинения воле божьей, то теория насилия требует подчинения слепым силам социальной эволюции[2].

При этом «слепые силы социальной эволюции», насилие рассматриваются не как некое ограниченное, локальное, а как глобальное, к тому же «естественное» явление, порождающее не только единство противостоящих друг другу «элементов» государства — победителей и побежденных, правящих и управляемых, но и имеющее далеко идущие социально-экономические последствия.

Какие последствия имеются в виду? Прежде всего те, которые ассоциируются с *появлением рабства*. Последнее возникает, по мнению Л. Гумпловича, исключительно в результате воздействия на общество (племя, народ, нацию) извне, со стороны других сообществ, племен, народов, в результате войн, порабощения и закабаления одних племен или народов другими, а уж потом, в силу внутренних причин, во всех подобных случаях, подчеркивают сторонники теории насилия, появляется военное превосходство того или иного народа (племени) над другим — «над жителями завоеванной страны». При этом, с одной стороны, ведущиеся войны производят «разрушительное действие», а с дру-

---

[1] *Гумплович Л.* Общее учение о государстве. С. 47, 120—121.

[2] *Еллинек Г.* Указ. соч. С. 139.

гой — в них обнаруживается и «некоторая положительная, известным образом созидающая государства сила».

Со временем войны превращаются для некоторых племен и народов в средство не только закабаления других племен и народов, но и приобретения земельных угодий, материальных благ. Там, где дикое племя жило по соседству с цивилизованным, повествует К. Каутский, там к войне за спорную область присоединялся еще и хищнический набег — предприятие, приносившее воинственным варварам богатую добычу. Были такие варварские племена, у которых грабеж цивилизованных соседей составлял главный способ приобретения. Быть воином при подобных обстоятельствах, продолжает автор, было очень выгодно — это стоило очень мало. Оружие, необходимое для войны, было большею частью то же самое, какое употреблялось на охоте, бывшей в то время самой важной отраслью приобретения[1].

На определенном этапе развития общества создается экономическая основа, а вместе с тем и *экономическая необходимость* для *некоторых племен и народов в ведении войн*. «Воинское право свободного человека», которым он так гордился, пишет в связи с этим Каутский, постепенно превращается в воинскую повинность, которая ложится тяжелым бременем как на самих воинов, так и на ту часть общества (земледельцы, ремесленники и др.), которая обеспечивает их проживание[2].

Вести войны или нет — это вовсе не было предметом выбора и делом, зависящим от воли земледельцев и других оседлых племен. То огромное по тем временам благосостояние, которое благодаря упорному повседневному труду сосредоточивается в руках оседлых народов и племен, «постоянно подстрекает варварские подвижные племена к хищническим набегам». Первым из них ничего не остается делать, как на время бросать свой труд и защищать свое благосостояние и самих себя от набегов. Последним же приходится вести войну прежде всего в силу экономических причин — ради захвата чужого добра и приобретения дешевой рабской силы.

Все это, а именно — систематическое ведение войн и связанные с ним возникновение и развитие института рабства, по мнению сторонников теории насилия, создает реальные условия и предпосылки для образования государства.

Пока не было института рабства, пишет по этому поводу Л. Гумплович, пока не хватало этого первого условия для продолжительной жизни, до тех пор развитие государства было невозможно. О государственной жизни, о ее хозяйственных основах племя могло думать тогда лишь, когда оно приобретало необходимые для этого «живые орудия», т. е. когда оно «покоряло себе другое племя, порабощало его и эту порабощенную массу разделяло между отдельными своими членами, когда оно таким образом создало первую государственную организацию».

Сторонники теории насилия полагают, что до тех пор, пока племя состоит лишь из «сходных между собою единоплеменников», т. е. «лич-

---

[1] *Каутский К.* Развитие государственного строя на Западе. СПб., 1905. С. 11.

[2] Там же. С. 12—13.

ностей, родившихся и воспитавшихся в одном и том же социальном обществе», между ними нет вражды, войн, а следовательно, и рабства. Когда же одно племя покоряет другое, то тут же как неизбежный спутник всех завоеваний появляются рабы, возникает и развивается институт рабства, а вслед за ним — и государство.

Таким образом, согласно теории насилия, войны, насилие, закабаление одних племен другими рассматриваются и в качестве основных причин рабства. Что же касается естественно-исторического процесса зарождения и развития данного института, то он или вообще игнорируется, или же отодвигается на второй план.

Остается открытым также вопрос о причинах и природе закабаления. Что предшествовало чему: захватнические войны, влекущие за собой порабощение одних племен другими, или, наоборот, сложившийся в силу разделения труда и социального расслоения общества институт рабства порождал захватнические войны? Ведь не следует забывать о том, что сам характер захватнических войн, порабощение одних племен и народов другими практически стали возможными лишь тогда, когда процесс развития орудий труда и производства в обществе достиг такого уровня, когда экономически стало возможным и выгодным закабалять побежденные племена и народы, эксплуатировать их, превращая в рабов.

На ранних стадиях общества, при низком уровне развития орудий труда и производства, когда первобытный человек не в состоянии был производить больше, чем это нужно было для поддержания его жизни, экономически невыгодным, а практически немыслимым было закабаление, превращение пленников в рабов. Их или убивали, или принимали в новое племя, усыновляли. В силу этих же причин не могли вестись тогда и захватнические по своему характеру войны.

Другим далеко идущим социальным последствием, которое ассоциируется, по мнению сторонников теории насилия, с завоеванием и порабощением, является *возникновение частной собственности.* Насилие порождает рабство, а рабство ведет к появлению частной собственности. С последней же связан, согласно теории насилия, переход племен от кочевого образа жизни и быта к оседлому, земледельческому. Зарождающаяся при этом государственная власть опирается исключительно на физическую силу. Это государство племени. Его основа — физическое преобладание одного племени над другим.

По мере развития общества государство племени перерастает в государство класса. Основой последнего является экономическое господство власть имущих. Л. Гумплович отмечает, что одновременно с процессом превращения племен в классы и сословия, а также в процессе эволюции государства протекает процесс развития сознания. «Племенное сознание в современном государстве отчасти исчезло, отчасти же, одновременно с превращением племен в сословия и классы, сменилось сословным и классовым сознанием».

Согласно теории насилия наряду с данными процессами развития общества и государства происходит также процесс дальнейшей эволюции частной собственности. Она рассматривается Л. Гумпловичем и его

последователями не иначе как некое орудие или средство в руках государственной власти.

Не отрицая процесса эволюции общества, государства и собственности, следует обратить внимание на спорность решения вопроса о соотношении собственности и власти. Исторический опыт не подтверждает тезиса, выдвигаемого сторонниками теории насилия, согласно которому государственная власть порождает частную собственность, а не наоборот. Не подтверждается тезис и о том, что собственность является орудием государственной власти. Все обстоит как раз наоборот. Собственность, в конечном счете, обусловливают как само появление государственной власти, так и ее характер. Собственность в основном определяет и ее служебную роль.

Можно по-разному относиться к научным исследованиям Маркса и Энгельса. Но не подлежит никакому сомнению многократно подтвержденный самой жизнью их вывод, сделанный на примере Англии, о том, что собственность «правит аристократией». Именно она «дает возможность купцам и фабрикантам намечать депутатов для больших, а частью и для мелких городов; собственность дает им возможность усиливать свое влияние с помощью подкупа». Почему это происходит? Потому что «народ еще не осознал ясно существо собственности, потому что он вообще еще, по крайней мере в деревне,— духовно мертв и потому мирится с тиранией собственности»[1].

Частично данные выводы справедливы и для современной России.

Говоря о теории насилия вообще и об учении Л. Гумпловича в частности, следует заметить, что *сторонники по-разному характеризуют исторически первые и современные государство и право.*

По-разному они относятся и к насильственным формам образования современных государств и правовых систем и к их природе. Если одни из них высказывают одобрение и оправдывают насильственные формы образования современных государств путем осуществления революций или ведения освободительных или, наоборот, захватнических войн (считают, что они всегда приводят к прогрессивному обновлению общества и государства), то другие, наоборот, выступают против каких бы то ни было силовых форм и способов формирования современных государств, считая, что эти формы и способы возникновения государств и правовых систем являются данью прошлому. Соответствующим будет характер государства и общества, возникающий на этой основе.

Известный французский писатель-романтик Ф. Шатобриан (1768—1848) упрекал, например, Наполеона Бонапарта не только в том, что своей бурной завоевательской деятельностью он «насоздавал» целый ряд недолговечных марионеточных государств с деспотическими или полудеспотическими режимами, но и в том, что в результате его «мудрого» правления «обновленное» государство Франция «в своей территории и могуществе уменьшилось», а французское общество в значительной степени «развратилось».

Говорят, полемизировал автор по поводу возникновения «нового» французского государства, что, хотя силы нашего государства старания-

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 2. С. 375.

ми Наполеона ослабли, зато слава его окрепла; что «на всех широтах французов знают и боятся, на них равняются, перед ними заискивают». Но разве обязаны мы были непременно выбирать что-то одно: бессмертие либо могущество? Александр Македонский тоже прославил свою нацию. Но это не помешало ему основать в Азии четыре мощные империи; язык и цивилизация эллинов распространились от Нила до Вавилона и от Вавилона до Инда. После смерти Александра «царство его не только ослабло, но, напротив, укрепилось»[1].

А что осталось от Наполеона-завоевателя? — вопрошал Шатобриан. И тут же отвечал, что «триумф нашего сюзерена стоил нам каких-нибудь две или три сотни тысяч человеческих жизней в год». Мы заплатили за него тремя миллионами наших солдат. Сограждане наши отдали ему «всего-навсего пятнадцать лет, прожитых в страданиях и неволе». Говорят, что бедствия, «пережитые при республике, послужили спасению Франции, несчастья, пережитые нами при Империи, принесли пользу несравненно большую — благодаря им Бонапарт стал богом, и этого довольно».

Но мне этого «не довольно,— заявлял писатель,— не паду так низко, чтобы забыть ради Бонапарта всех моих соотечественников; не он *породил Францию, а Франция — его*». *Властитель может быть сколько* угодно талантлив и могущественен, но «я никогда не соглашусь повиноваться ему, если одним словом он может лишить меня независимости, домашнего очага, друзей»[2].

Аналогичную позицию занимал Шатобриан — противник насильственных методов социальных преобразований не только по отношению к «обновленному» в результате краха империи французскому государству, но и в отношении современного ему французского общества.

Вот чего истинный философ никогда не простит Бонапарту, рассуждал он, так это того, что он «приучил общество к безвольному подчинению и развратил его нравственность». По его вине люди так исподличались, что невозможно сказать, когда в сердцах вновь проснутся великодушные порывы. «Наше бессилие в отечестве и за его пределами, наш нынешний упадок — следствие наполеоновского ига: у нас отняли все, кроме привычки к ярму. Бонапарт погубил даже наше будущее...»[3]

Подобные взгляды на силовые методы образования и «обновления» государственных и общественных структур, а также на их характер и природу многократно выражались раньше и выражаются поныне. Имеющиеся при этом нюансы касаются в основном последовательности или, наоборот, непоследовательности позиций авторов в этих вопросах. Одни из них, например, считают, что государство, на каком бы этапе развития общества — догосударственном или государственном, оно ни возникало, всегда зарождается или обновляется не иначе как только силовым способом, в результате борьбы; таковым же силовым по сво-

---

[1] *Шатобриан Ф.* Замогильные записки. М., 1995. С. 322.

[2] Там же. С. 322—323.

[3] Там же.

ему характеру и природе (орудием насилия, подавления) оно и остается в дальнейшем.

Другие же авторы, среди которых и Л. Гумплович, придерживаются иного мнения. Они считают, что если ранние государства, возникающие в результате войн и насилия, до конца остаются инструментами насилия, господства одних над другими, закабаления и угнетения, то более поздние и современные, в частности капиталистические, государства не являются таковыми.

Общественное развитие, согласно, например, взглядам Гумпловича, идет по направлению все более возрастающего равноправия низших слоев с высшими, подвластных с властвующими. Все больше смягчаются формы и методы властвования. Постепенно образуется современное культурное государство. Складываются такие его черты и особенности, как режим парламентаризма и законности, равноправие граждан, доступ их к управлению делами общества и государства и др. *Исходными причинами и условиями* становления такого либерального государства *считается*, однако, *насилие*.

Аналогичных взглядов на трансформацию силовых элементов в государстве придерживаются и другие авторы. Один из них, дореволюционный российский ученый-юрист И. В. Михайловский, не будучи сторонником теории насилия, тем не менее считал, что даже если бы государство и возникло с помощью насилия, то в дальнейшем своем развитии оно все равно бы трансформировалось в несиловую организацию.

При рассмотрении теории насилия, по мнению И. В. Михайловского, не следует смешивать два различных вопроса: 1) вопрос о генезисе, происхождении известного факта и 2) вопрос о его сущности. «Из того, что многие государства исторически возникли путем насилия, вовсе не следует, что идея государства есть насилие». Из того, что многие современные юридические отношения «имеют своими отдаленными предками насильственные отношения», вовсе не следует, что нынешние законные обладатели соответствующих прав лишь фактически пользуются этими правами[1].

Вообще порядок «чисто фактический», доказывал автор, имеет тенденцию превратиться в «порядок нормальный». Дело в том, что люди сживаются с известными фактами, привыкают к ним. Вокруг этих фактов и на основании их постепенно образуются постоянные, прочные отношения. С течением времени то, что было первоначально актом насилия, незаметно превращается в право. Это означает, что постепенно под влиянием ряда условий «фактическое», порожденное силовыми факторами, превращается «в нормальное», отражается в психике людей уже как явление, *изменившее свою первоначальную природу,* как явление правомерное[2].

Таким образом, допуская (и в принципе положительно воспринимая) возможность первоначального образования государства и права путем силовых способов или форм, И. В. Михайловский весьма *критически*

---

[1] *Михайловский И. В.* Очерки философии права. Т. 1. С. 84.

[2] Там же.

воспринимает теорию насилия в последующем. В качестве основного довода при этом выступает все тот же тезис о постепенной трансформации государства и права как силовых явлений в несиловые, все та же идея о «мирной» эволюции и перерождения государства и права.

Изучение государства и права в связи с историей культуры, пишет, в частности, автор, дает весьма важные факты для критики теории силы. Эти факты свидетельствуют о постепенно нарастающем очищении и облагорожении отношений между правом и силой, «о постепенном превращении силы в служанку права». Конечно, далеко не везде и не всегда это превращение удается подметить, «но общая тенденция несомненна»[1].

Наряду с названным аргументом о трансформации, тенденции превращения силы в несилу, И. В. Михайловским против теории насилия использовался и другой, «филологический» аргумент. Есть еще один источник, рассуждал автор, из которого мы можем почерпнуть материал для критики теории силы и построения теории, приближающейся к истине. Это язык. Философия, сравнительное языкознание учат нас, что первоначальное, основное значение слова выражает собой обыкновенно сущность соответствующего понятия.

И вот, первоначальное значение слова «право» на всех языках звучит как «прямо» и «правда». Таким образом, это слово выражает понятие о чем-то неуклонном, согласном с истиной, о чем-то справедливом. Из этого следует, делал окончательный вывод автор, что вековая мудрость человечества, скрытая в языке, учит нас тому, что право как таковое вообще и отдельные юридические нормы в частности являются не чем иным, как составными частями «одного общего этического порядка, где царствует не сила, а высшие идеальные начала»[2].

В основе современного государства и права лежат, таким образом, не голая физическая или иная сила, а человеческий разум, справедливость, «общий этический порядок», человеческий идеал. Не сила есть сущность права, особо и довольно аргументированно заявлял Михайловский, а «нечто принципиально другое». Не сила есть главное основание действия права, а признание его населением, обусловленное по меньшей мере непротиворечием юридических норм субъективному правосознанию большинства населения.

Что же касается силовых элементов, свойственных любому современному праву, то они составляют лишь внешнюю сторону юридических норм, ассоциирующихся с их государственной обеспеченностью, и гарантированностью, но отнюдь не с их содержанием и внутренними мотивами их соблюдения[3].

Данная позиция автора об органическом сочетании в государстве и праве силовых и несиловых элементов, а следовательно, о разумном сочетании и применении в деятельности государства и реализации права методов принуждения и убеждения, несомненно, заслуживает особого

---

[1] *Михайловский И. В.* Указ. соч. С. 80.

[2] Там же. С. 82.

[3] Там же.

внимания. В последующих исследованиях отечественных и некоторых зарубежных авторов она была не только поддержана, но и получила свое дальнейшее развитие и обоснование. Критически воспринимая теорию насилия и ее отдельные положения, сторонники данного подхода дают, на наш взгляд, более взвешенное и аргументированное решение рассматриваемой проблемы.

Теория насильственного формирования государства и права в том виде, как она сформулирована и как она представлялась в научных, учебных и иных печатных изданиях в конце XIX — начале XX в., систематически подвергалась довольно напористой и небезосновательной критике не только с точки зрения ее сущности и содержания, но и под углом зрения ее социальной роли и назначения.

Особенно в этом плане следует выделить весьма критическую позицию Г. Еллинека. Отмечая, что «теория силы с первого взгляда в значительной мере подтверждается историческими фактами», а именно тем, что исторически процесс образования государств только в исключительных случаях не сопровождался победою превосходящей силы и «война была творцом большинства государств», и той равно неоспоримой истиной, что «каждое государство по существу своему представляет организацию силы и властвования», ученый, однако, особо подчеркивает, что теория насилия имеет своей целью не объяснение причин и условий возникновения государства и права в прошлом, а их обоснование в настоящем. А это, по мнению автора, не только неблагоприятная, но и невыполнимая задача. Теория силы убедительна только для тех, кто «фаталически относится к существующему, как к чему-то неустранимому», и неубедительна для тех, кто решается выяснить на опыте, «не может ли существующее сложиться и как-нибудь иначе»[1].

Говоря о фактической роли и назначении теории насилия, Г. Еллинек считал, что практические последствия ее сводятся даже не столько к обоснованию, сколько к «разрушению государства». Если государство, размышлял он, есть не что иное, как грубая, неразумная сила, то почему бы угнетенному этой силой слою или классу не сделать попытки сбросить ее с себя, низвергнуть тех, кем осуществляется эта сила. Или даже разрушить всю нашу «столь прославленную цивилизацию», тем более что такие деяния, как все, что происходит, не стоят вне обусловленной естественными законами необходимости.

И далее. Поскольку между господствующими и подвластными, согласно теории насилия, нет никакой этической связи, то при такой конструкции государства отпадают все этические мотивы, которые могли бы воспрепятствовать возникновению и осуществлению учений, разрушающих государство.

Теория силы, делал вывод автор, является неконструктивной теорией. Она не только обосновывает, а тем более «не основывает государство, а разрушает его, пролагая путь непрерывной революции».

Наряду с отмеченными направлениями теория насилия подвергалась и подвергается критике и с других сторон. Это свидетельствует прежде

[1] *Еллинек Г.* Указ. соч. С. 141.

всего о несовершенстве ее как концепции, о неудовлетворенности ею. Вместе с тем это говорит об известной жизнеспособности данной теории, о ее живучести, о том, что теория насилия является не только данью прошлому, но и составной частью академического потенциала настоящего.

§ 6. Другие теории происхождения государства и права

Наряду с названными в мире всегда существовали и существуют другие довольно известные теории. Среди них можно назвать, в частности, *патриархальную теорию*, основателем которой по праву считается древнегреческий философ Аристотель. Согласно учению Аристотеля государство является продуктом естественного развития, возникает в результате появления и разрастания семьи. В основе образования государства лежит естественное стремление людей к взаимному общению. Такое общение приводит к тому, что из нескольких семей складывается селение или род, а из всех селений или родов образуется государство. Государство, по Аристотелю, является высшей формой общения, вбирающей в себя все другие образования и формы общения. Оно «появляется лишь тогда, когда образуется общение между семьями и родами ради благой жизни».

Другой широко известной в юридическом мире теорией происхождения государства, а вместе с ним и права является *психологическая теория*. Суть ее заключается в том, что основные причины возникновения государства и права она усматривает не в окружающей их экономической, социальной и иной среде, а в особенностях психики человека, в «импульсах» и эмоциях, которые, согласно воззрениям известного русского ученого Л. И. Петражицкого (1867—1931) — основателя этой теории, играют главную роль не только в приспособлении человека к условиям жизни общества, но и в образовании государства и права[1].

Необходимо назвать также *органическую теорию* происхождения государства, приравнивающую государство к человеческому организму и приписывающую ему самостоятельные волю и сознание, отличные от воли и сознания входящих в него отдельных людей. Согласно органической теории государство является результатом действия сил природы, создающей его наряду с обществом и человеком.

Идеи сопоставимости государства с человеческим организмом развивались еще в трудах древнегреческого философа Платона. Наибольшее развитие они, а вместе с ними и органическая теория в целом, получили в конце XIX — начале XX в. Одним из наиболее видных сторонников органической теории происхождения государства был английский ученый-философ Г. Спенсер (1820—1903). В настоящее время органическая теория, хотя и не пользуется прежней популярностью, имеет хождение на Западе.

---

[1] *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1. С. 8—45.

Аналогично обстоит дело и с *разовой теорией*, которая рассматривает в качестве основных предпосылок возникновения и развития государства деление общества по расовому признаку. Согласно этой теории в мире существуют «высшие» расы, которые призваны господствовать, и «низшие», которым самой природой предназначено находиться в подчинении у «высших» рас. Появление государства, по логике сторонников этой теории, необходимо для обеспечения постоянного господства одних рас над другими.

Расовая теория имеет долгую историю, но наибольшего своего развития и даже практического применения она достигла в Средние века — в период расцвета колониализма, и в первой половине XX в.— во время появления в Европе фашизма. Сначала «цивилизованные» страны широко использовали ее для оправдания жесткого обращения с туземцами и захвата их земель, а затем одни «цивилизованные» страны (фашистские Германия и Италия, милитаристская Япония) оправдывали с ее помощью развязанную ими войну против других «цивилизованных» и «нецивилизованных» стран.

Идеи, лежавшие в основе расовой теории, широко применялись в послевоенный период в ходе ведения «холодной» войны между капиталистическими странами во главе с США и социалистическими во главе с СССР. На печально известную речь У. Черчилля в марте 1946 г. в городе Фултоде (США), положившую начало «холодной» войне, в советской прессе тут же последовала весьма примечательная реакция, подчеркивавшая богатый британский опыт использования расовой теории для оправдания колониальных войн. «Гитлер,— отмечалось в прессе,— начал дело развязывания войны с того, что провозгласил расовую теорию, объявив, что только люди, говорящие на немецком языке, представляют полноценную нацию. Г-н Черчилль начинает дело развязывания войны тоже с расовой теории, утверждая, что только нации, говорящие на английском языке, являются полноценными нациями, призванными вершить судьбы всего мира. Немецкая расовая теория привела Гитлера и его друзей к такому выводу, что немцы как единственно полноценная нация должны господствовать над другими нациями. Английская расовая теория приводит г. Черчилля и его друзей к тому выводу, что нации, говорящие на английском языке, как единственно полноценные должны господствовать над остальными нациями мира»[1].

Исторически расовая теория изжила себя и была полностью дискредитирована несколько десятилетий назад. Она не используется больше как официальная или даже полуофициальная идеология. Но как «научная», академическая доктрина она имеет хождение в западных странах и в настоящее время.

---

[1] Правда. 1946. 14 марта.

Глава VI

ТИПОЛОГИЯ ГОСУДАРСТВ И ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

§ 1. Типология и ее необходимость

Типология или классификация государств и правовых систем по типам представляют собой объективно необходимые, закономерные методы познания государственно-исторического процесса развития государства и права. Они выступают как отражение исторически неизбежной смены одних типов государства и права другими. Типология является одним из важнейших приемов или средств познания исторического процесса развития государства и права.

Что такое исторический процесс, история? — спрашивал в связи с этим известный русский историк В. О. Ключевский, живший на рубеже XIX—XX вв., и отвечал: «На научном языке слово *история* употребляется в двояком смысле: 1) Как движение во времени, процесс, и 2) Как познание процесса». Человеческое общежитие, продолжал ученый, — «такой же факт мирового бытия, как и жизнь окружающей нас природы, и научное познание этого факта — такая же неустранимая потребность человеческого ума, как изучение жизни этой природы. Человеческое общежитие выражается в разнообразных людских союзах, которые могут быть названы историческими телами и которые возникают, растут и размножаются, переходя один в другой и, наконец, разрушаются,— словом, рождаются, живут и умирают подобно органическим телам природы. Возникновение, рост и смена этих союзов со всеми условиями и последствиями их жизни и есть то, что мы называем историческим процессом»[1].

Развитие государства и права — важнейшая составная часть всего процесса развития человеческого общежития. Познание этого процесса, в том числе и через государственно-правовые системы, является в силу этого составной частью познания всего исторического процесса.

Исходными посылками типологии государств и правовых систем являются следующие положения. Во-первых, положение о том, что развитие человеческого общества, а вместе с ним государства и права — это непрерывно протекающий, длительный и по своей природе естественно-исторический процесс.

Во-вторых, этот процесс неразрывно связан с постоянным развитием социальной природы, содержания и назначения государства и права, а также с коренными изменениями основных принципов их организации

[1] *Ключевский В. О.* Сочинения: В 9 т. Т. 1, 2 (часть 1). Курс русской истории. М., 1987. С. 33—34.

и функционирования. Например, если в качестве одного из важнейших принципов рабовладельческого типа государства и права выступал принцип частной собственности на основные средства производства и на людей — рабов, то в качестве одного из основных принципов капиталистического типа государства и права выступает уже принцип формально-юридического равенства всех граждан перед законом. Одним из важнейших принципов феодального типа государства и права был принцип вассального подчинения, соответствия объема и характера политической власти размерам земли.

И в-третьих, что процесс перехода государства и права от одной ступени к другой, от одного типа государства и права к другому органически сочетает в себе элементы непрерывности, эволюции государственно-правовых явлений с элементами их дискретности, качественной скачкообразности и в этом смысле революционности. *Эволюционность* развития государства и права, выступающая в виде постоянного накопления в них количественных и качественных изменений, и *революционность* развития, представляющая собой быстрое, скачкообразное качественное изменение государственно-правовых явлений, проявляются вовне как две взаимосвязанные, органически сочетающиеся друг с другом, взаимно дополняющие друг друга стороны процесса их естественно-исторического развития.

Эволюционное развитие государства и права совершается в основном в рамках одного и того же типа данных явлений, в пределах одной и той же общественно-экономической формации. Революционное же развитие государства и права, приводящее к быстрому и вместе с тем качественно иному, коренному изменению их классовой сущности, социального содержания и назначения, совершается при переходе от одного предшествующего типа государства и права к другому, последующему типу, от одной общественно-экономической формации к другой.

Следует заметить, что ни в науке, ни в общественно-политической практике нет одинакового толкования понятий «эволюция» и «революция». Например, в западной юридической и социологической литературе революция традиционно ассоциируется лишь с «быстрыми, неожиданными изменениями в социальной структуре или же в наиболее важных ее частях». Подчеркивается при этом, что формы ее зависят от «масштабов и скорости происходящих изменений» и что революции «могут сопровождаться или не сопровождаться беспорядками и временной дезорганизацией» общественной жизни[1].

В то же время в отечественной литературе революция ассоциируется не только с быстрыми, но и прежде всего с качественными изменениями в развитии явлений природы, общества или процесса познания. Особое внимание акцентируется на том, что революция выступает «как перерыв постепенности, качественный скачок», и этим она отличается от эволюции и реформы[2].

---

[1] Dictionary of Sociology and Related Sciences. New Jersty, 1988. P. 259.

[2] Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 1121.

Эволюция в противоположность революции неизменно рассматривается как процесс медленных, длительных по времени качественных изменений, происходящих в обществе, государстве, праве, окружающей среде. Это процесс изменений, «при котором каждая последующая стадия развития органически связана с каждой предшествующей», при котором «рост или развитие сочетается с непрерывностью и глубокой преемственностью»[1].

В государственно-правовой теории и политической практике далеко не всегда проводится четкое различие между революционной и эволюционной формами различия государства и права. Более того, нередко одна форма (чаще всего реформистская, эволюционная) в политических и идеологических целях представляется в качестве другой — революционной. Это случается, как правило, тогда, когда стремятся подчеркнуть особую важность, придать бóльшую, чем это есть на самом деле, значимость тем или иным политическим, правовым, социально-экономическим и иным реформистским преобразованиям, которые проводятся в той или иной стране. Кроме того, нередко «революция», олицетворяющая собой смену типов государства, переход власти от одного правящего класса к другому, подменяется другим явлением и понятием под названием «переворот». Последний означает антиконституционный, чаще всего насильственный переход (захват) власти от одной части правящего класса к другой, от одной группы или фракции господствующей политической элиты к другой.

Переворот, независимо от его названия (военный, государственный, дворцовый и т. д.), не влечет за собой непосредственно смену типа или типов государства. Он не затрагивает глубинные, сущностные пласты всего государственного организма. Переворот влечет за собой лишь частичные, нередко поверхностные изменения в государственном механизме и его деятельности. Имеются в виду, например, изменения, касающиеся формы правления государств, политического или государственного режима, ряда направлений внутренней и внешней политики.

В юридической и отчасти политологической литературе издавна сложилось мнение, что независимо от особенности своего существования и функционирования государство, а вместе с ним и право проходят исторически обусловленный путь развития от рабовладельческого типа к социалистическому. Между данными типами государства и права соответственно находятся феодальный и капиталистический типы. Такова схема.

Утверждается также, что процесс развития государства совершается по восходящей *линии* и что по характеру своему это необратимый процесс. Государственно-правовая практика не в полной мере подтверждает данный тезис, а лишь в его первой части, где речь идет о развитии государства по восходящей линии. Однако только частично это делается во второй.

Прогрессивное развитие государства или его *развитие по восходящей линии* проявляется в том, что по мере перехода государства

[1] Советский энциклопедический словарь. С. 1544.

от одного типа к другому, от одной его сущностной характеристики к другой, укрепляются демократические принципы его организации и деятельности, расширяются его социальные основы, увеличивается круг прав и свобод, которыми наделяются подданные и граждане государства. О развитии государства по восходящей линии свидетельствуют также другие обстоятельства, а именно — совершенствование самого государственного механизма, расширение конституционно-правовых основ его деятельности, совершенствование механизма взаимосвязи и взаимодействия государства с обществом и различными социально-политическими институтами.

Что же касается *необратимости процесса развития государства и права,* последовательности смены их типов, то здесь нужно сказать следующее. Безусловно, правы те ученые, которые утверждают, что, как нельзя остановить естественно-историческое развитие общества, а вместе с ним государства и права, так нельзя предотвратить их переход от одной более низкой ступени к другой, более высокой, от одного типа к другому, поскольку это объективно обусловленный, детерминированный процесс. Нельзя повернуть вспять историю и перейти назад от любого из последующих этапов развития государства и права к их предшествующим этапам.

«Центр,— писали в связи с этим Маркс и Энгельс,— если даже они напали на след естественного закона своего развития, не может ни перескочить через естественные фазы развития, ни отменить последние декретами»[1].

Данное теоретическое положение, касающееся необратимости процесса развития общества, государства и права, не подлежит никакому сомнению. Правильность его многократно была подтверждена самой жизнью, общественной и государственно-правовой практикой.

Однако *данное положение нельзя абсолютизировать,* ибо объективный, детерминированный характер развития общества, государства и права не равнозначен фатальному, заранее во всем предопределенному характеру. В процессе развития человеческого общества, а вместе с ним государства и права имеет место, как известно, не только необратимость, но и историческая случайность, которая может привести в отдельных конкретных случаях к обратному движению, к торможению прогрессивного развития государства и права, к регрессу. Ряд примеров тому дает, в частности, фашизм, установление и существование которого в любой стране неизбежно связано с торможением поступательного развития государства и права в данном государстве, к застою в государственно-правовой жизни, к относительному движению вспять.

Недопустимость абсолютизации процесса необратимости в развитии государства и права подтверждается также тем, что в последние годы в России, Польше и ряде других, называвших себя ранее социалистическими государств после разрушения «коммунизма» наблюдалось не поступательное развитие государственно-правового механизма от «социалистического» к «посткоммунистическому», как это должно было бы

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 23. С. 10.

вытекать из тезиса о необратимости процесса, а совсем иное, скорее противоположное развитие.

Это подтверждается не только теоретическими установками и заявлениями пришедших к власти на волне «перестроечного» движения лидеров о необходимости пройти «обратный путь от социализма к капитализму», но и самой практикой государственно-правового и экономического строительства в этих странах. Она была и есть такова, что вместо устремления в будущее, к поиску новых, отвечающих духу времени государственно-правовых и экономических систем она опрометчиво обращается к невозвратно ушедшему прошлому, к переходу от мифического «развитого социализма» к давно сошедшему с исторической сцены дикому раннему капитализму.

Молодой капитализм, который мы строим, — рисовал картину «будущего-прошлого» строя России один из новых государственных функционеров, «никогда не будет прекрасным, упорядоченным и благостным строем. К нему надо идти постепенно. И новая буржуазия, она сначала будет такой, какая она есть. Как правило, в первую очередь спекулятивной. Потому что никакие крупномасштабные вложения в производство эта буржуазия не станет делать, пока мы не создадим минимальный уровень финансовой стабильности. При темпах роста цен, составляющих десятки процентов в месяц, самое разумное поведение — это, конечно, поведение спекулятивное»[1].

Следует заметить, что подобные воззрения на «будущее-прошлое» экономического, социально-политического и государственно-правового строя России, равно как и других восточноевропейских стран, разделяются далеко не всеми учеными — теоретиками и практиками. Преобладает иной, более взвешенный подход. Он же доминирует и во взглядах на правовую систему и на реальную конституцию будущего строя.

Критически отмечая, что в процессе государственных и конституционных изменений в России и в странах Восточной Европы государственные деятели устремляют свои взоры не в «постсоциалистический, а в досоциалистический период», многие западные авторы выражают в связи с этим сомнения в том, что создаваемые таким образом государственные структуры и конституции «смогут успешно справляться с современными проблемами». Дело заключается в том, пишут они, что ни эти конституции и структуры, ни возглавляющие их лидеры, «многие из которых являются выходцами из старого управляющего класса», не способны вобрать в себя и реализовать на практике новые, отвечающие духу времени государственно-правовые идеи[2].

Обращаясь к характеристике содержания и назначения типологии (классификации) государства и права, необходимо отметить, что это не умозрительная, оторванная от жизни и реальной действительности мыслительная операция. В процессе ее проведения ученые используют юридические и неюридические науки, и в первую очередь историю государства и права, политическую науку, социологию, конституционное право и др.

---

[1] Правда. 1993. 12 марта.

[2] East European Constitutional Review. 1992. Vol. 1. P. 28—29.

На основе изучения и обобщения данного материала устанавливаются и раскрываются объективные связи, существующие между государством и правом, с одной стороны, а также экономической и социальной структурой общества — с другой. Выявляются движущие силы процесса естественно-исторического развития государства и права, решающей из которых выступают материальные, производственные отношения (экономический базис). Раскрываются закономерности развития и смены исторических типов государства и права. Тщательному анализу подвергается широко распространенное положение о том, что «античное общество, феодальное общество, буржуазное общество представляют собой такие совокупности производственных отношений, из которых каждая вместе с тем знаменует собой особую ступень в историческом развитии человечества»[1].

В соответствии с различными ступенями развития экономики и общества, с учетом закономерностей их поэтапного развития и функционирования определяются соответственно ступени развития или типы государства и права, а также закономерности их существования и функционирования. Существуют тесная связь и взаимозависимость между типами и закономерностями развития экономики и общества, с одной стороны, и государства и права — с другой. Однако жесткой, прямолинейной связи и взаимосвязи между ними нет. Закономерности развития и смены одних типов государства и права другими, в общем и целом соответствуя закономерностям развития и смены различных типов экономического базиса и общества, вместе с тем имеют свои специфические особенности, свою относительную самостоятельность.

Типология государства и права производится на строго определенной основе, согласно выработанным самой жизнью социально-политической практикой объективным критериям. Среди них следует назвать социально-классовую сущность, содержание и направленность государственной власти, характер и уровень развития производительных сил и соответствующих им производственных отношений, основные принципы организации и функционирования государства и права и др.

Наиболее общим критерием типологии государств и правовых систем, широко использовавшимся в рамках теории государства и права и других наук, до недавнего времени считалась *общественно-экономическая формация*[2]. Она представляет собой исторический тип общества, основывающийся на определенном способе производства и выступающий как важнейшая ступень поступательного развития человечества.

Каждая общественно-экономическая формация характеризуется определенным типом производственных отношений. Каждая из них имеет, наряду с общими, свойственными всем формациям и связывающими их в единый процесс мировой истории, свои особые, неповторимые законы

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 6. С. 442.

[2] С началом перестройки и изменением идеологических и политических ориентаций в России некоторыми теоретиками данный критерий стал подвергаться сомнению. Однако поскольку при этом не было выдвинуто других, более убедительных критериев, в научной литературе продолжают пользоваться по-прежнему данным критерием.

возникновения и развития. Над экономическим базисом каждой общественно-экономической формации возвышается соответствующая надстройка в виде совокупности идей, теорий, взглядов, представлений, различных организаций и учреждений, а также системы возникающих между ними отношений. Каждой социально-классовой формации соответствует определенный исторический тип государства и права. Смена одной общественно-экономической формации другой знаменует собой смену системы производственных отношений — экономического базиса, возникающей на его основе надстройки, а вместе с тем соответствующего типа государства и права.

Руководствуясь данным критерием, его не следует, однако, абсолютизировать и считать единственно правильным, неким «всеобщим» критерием типизации государств и правовых систем, ибо, во-первых, кроме него, как известно, существуют и другие, хотя и менее общие критерии типизации государства и права, комплексное использование которых помогает провести более четкую, строго обоснованную классификацию рассматриваемых явлений. А во-вторых, критерий, в соответствии с которым тип государства и права определяется только принадлежностью последних к той или иной общественно-экономической формации, нуждается в серьезных уточнениях, ибо в мире всегда существовало и существует множество других, так называемых переходных государств и правовых систем, которые «не вмещаются» в рамки той или иной формации.

Из сказанного следует сделать вывод о том, что общий по своему характеру критерий — общественно-экономическая формация должен использоваться не только сам по себе, но и дополняться другими, менее общими, а точнее — частными критериями. Последние соотносятся с такими важнейшими сторонами и аспектами государства и права, как их сущность, содержание, политический режим и назначение.

Кроме того, данный критерий может использоваться наряду с другими аналогичными ему по объему, общими критериями, поиск которых ведется в настоящее время в отечественной и зарубежной литературе. В качестве одного из таких критериев предлагается использовать так называемый *цивилизационный критерий*.

Суть цивилизационного критерия заключается в том, что за основу классификации государств и правовых систем берутся не вышеназванные критерии и, в частности, принадлежность государств и правовых систем к той или иной общественно-экономической формации, а *их причастность к той или иной цивилизации*. При этом в основе понятия цивилизации лежат не материальные, социальные или иные им подобные элементы, а исключительно духовные, культурные факторы.

Понятие цивилизации в наиболее развернутом виде было сформулировано английским историком А. Тойнби. Цивилизация определялась им как относительно устойчивое состояние общества, которое отмечалось общностью религиозных, культурных, психологических и иных признаков[1]. В отличие от примитивных обществ характерными особенностями

[1] *Тойнби А.* Постижение истории. М., 1996. С. 35—37.

состоявшихся цивилизаций являются также продолжительность их существования, охват обширных территорий и распространение на огромное число людей.

Сравнивая цивилизационный подход к типологии государств и правовых систем с формационным, следует обратить внимание по крайней мере на два таких существенных изъяна первого, которые ставят под сомнение саму возможность, а главное, эффективность его использования. Это, во-первых, весьма существенная неопределенность и аморфность понятия «цивилизация», используемого в качестве критерия классификации государств и правовых систем. А во-вторых, изначальная направленность «цивилизации» на характеристику высокоразвитых обществ и их объединений, а не на типологию государств и правовых систем.

При рассмотрении проблем типизации государств и правовых систем необходимо обратить внимание также на *социальный* смысл и *назначение* данного процесса. В общетеоретическом и политико-практическом плане *значение процесса типологии* заключается в следующем.

Во-первых, в том, что вырабатываемые при этом идеи о типах государства и права дают ключ для правильного понимания процесса естественно-исторического развития рассматриваемых явлений и последовательного перехода их от одной качественной ступени к другой, от одного типа к другому. Смена исторических типов государства и права является одним из узловых, наиболее важных исторических моментов, без учета которых невозможно правильно понять ни их сущности, ни социально-политического содержания и назначения, ни изменения их форм, функций, места и роли в структуре политической системы общества.

Во-вторых, в том, что типология вооружает исследователя пониманием внутренней логики и закономерностей процесса исторического развития государства и права, выступает как основа научного предвидения будущности государства и права России, равно как и многих других стран.

В-третьих, в том, что процесс типизации государства и правовых систем позволяет органически сочетать исследование общих закономерностей развития государственно-правовых явлений, свойственных всем без исключения типам государств и права, с их особенностями, присущими лишь отдельным типам государства и права, изучение всего процесса естественно-исторического развития государства и права с процессом развития его отдельных составных частей, конкретных исторических ступеней.

В-четвертых, в том, что в процессе типизации государств и правовых систем создаются все необходимые предпосылки и возможности для широкого обобщения, систематизации и анализа всего фактического и научного материала, который касается практически всех сторон процесса возникновения и развития общества. государства и права, их последовательного перехода от одной ступени к другой.

И наконец, *в-пятых,* в том, что процесс типологии государства и права создает объективную основу для научного проникновения в глубинные слои процесса естественно-исторического развития государства и права, позволяет проводить четкое различие между научными и псевдонаучными государственно-правовыми теориями, дает возможность осуще-

ствлять государственно-правовое строительство в разных странах на строго научной, подтвержденной жизнью основе.

Определившись с критериями типологии (классификации) государства и правовых систем, следует ответить на вопрос, что же главное в каждом (рабовладельческом, феодальном, капиталистическом и социалистическом) типе государства и правовой системы? Что их отличает друг от друга и что их выделяет среди других государств и правовых систем?

Обратимся к рассмотрению первых из названных типов государств и правовых систем — рабовладельческих, феодальных и капиталистических. Это исторически вполне определившиеся, четко отличающиеся друг от друга, проявившиеся в реальной жизни типы.

Что же касается социалистического типа государства и права, то уникальность его заключается в том, что, будучи глубоко и обстоятельно разработанным теоретически, он никогда и нигде не был осуществлен практически. Предпринимавшиеся в нашей стране, а также в ряде других стран попытки построения социалистического общества, государства и права оказались неудачными. Соответственно провозглашавшиеся принципы не только формального, но и реального равноправия всех граждан, свободы их от эксплуатации и угнетения, всесторонней гарантии их прав и обеспеченности, подлинного демократизма, конституционности и законности остались нереализованными. Впрочем, таковыми они остаются и по сей день. Тот социализм, который провозглашался в СССР и других странах, оказался на деле псевдосоциализмом.

§ 2. Рабовладельческое государство и право. Социально-экономическая основа и сущность рабовладельческого государства

Рабовладельческое государство является исторически первым типом государственной организации, возникшей на развалинах первобытно-общинного строя в силу разложения общества на классы и возникновения первых противостоящих друг другу социальных сил в виде рабовладельцев и рабов. Наиболее древними рабовладельческими государствами были государства, образовавшиеся в конце IV — начале III тысячелетия до нашей эры в Древнем Египте,— Египетское царство, в долинах азиатских рек Тигра и Евфрата — Шумерские государства, а также Ассирийское государство (III тыс. до н. э.), государства Индии и Китая (II тыс. до н. э.) и Хеттское государство (конец II тыс. до н. э.). Более поздними рабовладельческими государствами были государства Древней Греции и Древнего Рима, возникшие в бассейне Средиземного моря.

В своем развитии рабовладельческий строй, а вместе с ним государство и право проходят *две основные стадии*. Первая ассоциируется с *древневосточным рабовладением*. Среди ее наиболее характерных черт и особенностей отечественными и зарубежными учеными выделяются следующие[1]: наличие значительных остатков первобытно-общинного строя; су-

[1] См.: *Денисов С. А., Смирнов П. П.* Теория государства и права. Конспект авторских лекций. Тюмень, 2000. С. 79—81.

ществование примитивных форм патриархального рабства и ведения хозяйства, при которых рабу разрешается иметь свое имущество и даже семью; сохранение в течение длительного времени, наряду с частной собственностью на рабов, коллективного рабовладения (рабы, принадлежавшие отдельным храмам, государству); существование сельскохозяйственных общин, обусловленное суровыми климатическими условиями Востока и как следствие этого необходимостью применения коллективного труда на строительстве ирригационных сооружений, при эксплуатации оросительных систем, развитии животноводства, возделывании сельскохозяйственных культур, обработки земли; сельская община осуществляла куплю-продажу земельных участков. В соответствии с установленными правилами она распределяла и перераспределяла землю между своими членами, решала основные вопросы более рационального использования земли.

Наряду с сельской общиной в странах Древнего Востока коллективными собственниками земли были государство и отдельные храмы. Частная собственность на землю, так же как и на другие средства производства, в этих странах не получила такого широкого развития, как в других рабовладельческих государствах. По мере развития рабовладельческого строя в странах Древнего Востока право коллективной собственности общины на землю постепенно вытесняется правом коллективного пользования землей.

Вторая стадия развития рабовладельческого строя — период *греко-римского рабовладения*. Эта стадия отличается более высоким уровнем развития рабовладельческого способа производства, полным отсутствием каких бы то ни было остатков первобытно-общинного строя, наиболее высокой степенью развития рабовладельческой государственной машины и права, более развитыми формами эксплуатации рабов и неимущих граждан, «образцами» беспощадного насилия подавления масс.

Экономическую основу рабовладельческого государства составляла частная собственность рабовладельцев на средства производства и рабов. В условиях рабовладельческого строя впервые в истории развития человечества в наиболее резкой и обнаженной форме проявляется экономическое, политическое и социальное неравенство классов, слоев общества, полное, практически ничем не ограниченное господство одного класса — рабовладельцев и полное бесправие другого класса — рабов.

На всех стадиях развития рабовладельческого государства рабы постоянно оставались на положении вещей, «говорящих орудий» и рассматривались не иначе *как производители материальных или иных благ*. Характеризуя положение рабов *как* орудие производства, Маркс писал, что «раб не продает свой труд рабовладельцу, так же вол не продает своей работы крестьянину. Раб вместе со своим трудом раз и навсегда продан своему господину»[1].

Основными способами установления рабства являются такие, как захват мирных жителей чужих территорий и военнопленных с целью пре-

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 6. С. 433.

вращения их в рабов, продажа свободных людей или граждан в рабство за долги (в Древней Индии, Риме — долговое рабство), обращение в рабов за совершение государственных или иных тяжких преступлений и др.

Рабовладельцы и рабы составляли основу рабовладельческого общества, являлись основными, но отнюдь не исчерпывающими всей социальной структуры данного общества классами. Наряду с ними на протяжении всей истории существования рабовладельческого строя встречались различные, так называемые неосновные классы и социальные группы (слои свободных и полусвободных людей). В их числе можно назвать, например, крестьян-общинников и ремесленников в странах Древнего Востока (Вавилон, Индия, Китай), торговых людей, вольноотпущенников и метеков — чужеземцев в Риме и Афинах, перегринов и колонов в Римской империи и др.

Свободные и полусвободные слои рабовладельческого общества, в частности ремесленники и мелкие землевладельцы, постоянно разорялись и закабалялись крупными землевладельцами и ростовщиками. Их относительно дорогостоящий труд зачастую вытеснялся гораздо более дешевым и более распространенным трудом рабов. Будучи оторванными от земли и своих традиционных средств производства, они, как правило, пополняли фактически бесправные и весьма многочисленные, особенно в рабовладельческом Риме и Афинах, ряды люмпен-пролетариата. Несмотря на то что положение свободных и полусвободных слоев рабовладельческого общества в значительной мере отличалось от положения рабов, они наряду с рабами подвергались жестокой эксплуатации со стороны совладельцев и подавлялись рабовладельческим государством. Наиболее ярко это проявлялось, например, по отношению к такой категории свободных людей Римской империи, как перегрины, в состав которых входили жители провинций Рима, не получившие римского гражданства, и римские граждане, подвергавшиеся высылке за совершение преступлений, а также по отношению к колонам, состоявшим в большинстве своем из формально полусвободных, но фактически накрепко привязанных к арендуемым ими земельным участкам (парцеллам) закабаленных крестьян. Ни на первую, ни на вторую социальные группы в полной мере не распространилось исконное римское право. Они постоянно находились в зависимом положении и подавлялись. Особенно тяжелым было положение колонов, которые были прикреплены к земле и могли быть проданы вместе со своей парцеллой. Они не были рабами, но и не считались свободными.

Рабовладельческое государство при этом, будучи по своей социально-классовой сущности организацией класса рабовладельцев, одним из важнейших звеньев механизма власти данного класса, использовало находящиеся в его распоряжении средства для оформления и укрепления экономического базиса рабовладельческого общества, для обеспечения устойчивости и защиты рабовладельческого общественно-политического строя, для удержания господства рабовладельцев над рабами, для обуздания свободной бедноты и рабов.

Каковы же были *основные функции и механизм* рабовладельческого государства?

Рабовладельческое государство и осуществляло ряд свойственных ему внутренних и внешних функций. Каждая функция представляла одно из основных направлений деятельности данной организации, обусловленное ее сущностью, социальным содержанием и назначением, а также стоящим перед ней ближайшими и конечными целями и задачами.

В числе внутренних функций следует назвать прежде всего создание и поддержание наиболее оптимальных условий для эксплуатации разоренных свободных масс и рабов. В данной функции наиболее отчетливо проявляются эксплуататорский характер рабовладельческого государства и его отношение к экономическим интересам господствующего класса. Государство при этом, будучи собственником земельных угодий, копий, рудников и огромного количества рабов, не только создавало условия для эксплуатации масс со стороны господствующего класса, но и само выступало как эксплуататор. Наиболее ярко это проявлялось в Древнем Египте, где рабовладельческое государство на протяжении всей истории своего существования было неизменно, с одной стороны, *верховным собственником* всей земли, обладающим правом в лице царя или фараона сбора налогов и привлечения к выполнению публичных работ, а с другой — *прямым собственником* значительного количества земли, недр, воды, оросительных каналов, рабов.

Рабовладельческое государство Древнего Египта, наряду с другими древневосточными государствами, в целях поддержания экономики страны в условиях сурового, неблагоприятного для ведения сельского хозяйства климата вынуждено было уделять значительное внимание организации общественных работ (организации эксплуатации) по строительству и постоянному использованию заградительных плотин, оросительных каналов, крупных ирригационных систем.

Важными внутренними функциями рабовладельческого государства были также охрана рабовладельческой частной собственности, подавление сопротивления рабов и других угнетений масс. Необходимость осуществления данных функций вызывалась массовыми выступлениями рабов, многочисленными восстаниями свободных, но разоренных социальных групп и слоев, теми непримиримыми противоречиями и борьбой, которая непрерывно велась на протяжении всей истории существования рабовладельческого строя между рабами и рабовладельцами, бедными и богатыми, угнетенными и угнетателями. Наглядными примерами такой борьбы могут служить крупные восстания рабов и неимущих общинников в Египте (середина XVII в. до н.э.), восстание рабов и вольноотпущенников в Малой Азии (II в. до н.э.), крупнейшее восстание рабов под руководством Спартака в Риме (74—71 гг. до н.э.) и др.

Осуществляя функции охраны рабовладельческой собственности, подавления сопротивления рабов и неимущих слоев, рабовладельческое государство широко использовало свойственные ему принудительные органы (армию, суды, полицию, тюрьмы), систему репрессивных по своему характеру правовых актов, а также различные, узаконенные формы устрашения и террора по отношению к рабам. В Спарте, например, с целью устрашения и удержания в подчинении угнетенных представителями господствующего класса время от времени устраивались массо-

вые убийства (криптии) наиболее сильных и непокорных илотов — государственных рабов. В Риме, согласно многократно применявшемуся закону, в случае убийства рабом господина подвергались казни все жившие или находившиеся в момент убийства под одной крышей с убийцей рабы. Исключение составляли лишь те рабы, которые приводили убедительные доказательства, что они оказывали всяческую помощь и защищали своего господина с риском для собственной жизни. Жестоко и беспощадно расправлялись рабовладельцы с массами, оказывавшими неповиновение, с побежденными участниками восстаний — крестьянами-общинниками и рабами.

Широко и методически применялись господствующим классом в процессе повседневного угнетения и подавления масс наряду с методами устрашения, террора и физического уничтожения непокорных также разнообразные средства *их духовного закабаления*. Особую роль при этом играла религия, освящавшая взгляды, согласно которым физический труд является уделом лишь вольноотпущенников и рабов.

История развития рабовладельческого строя знала немало весьма разнообразных и значительно отличавшихся друг от друга *религий*. Однако все они, несмотря на свои особенности, неизменно проводили одну и ту же ярко выраженную в социальном плане линию, идеологически обосновывали и защищали эксплуатацию, отстаивали рабовладельческий экономический и социально-политический строй, призывали свободных граждан, вольноотпущенников и рабов к смирению перед рабовладельцами.

К внешним функциям рабовладельческого государства относятся такие направления его деятельности, которые связаны с завоеванием, порабощением и ограблением других народов; обороной страны от внешних противников; управлением захваченными во время войны территориями; с установлением и поддержанием с другими государствами дипломатических, торговых и иного рода мирных связей. Внешние функции рабовладельческого государства находились в неразрывной связи с внутренними функциями, ими дополнялись и подкреплялись. В зависимости от конкретно-исторических условий развития рабовладельческого общества, а также общественно-политической значимости событий (восстания рабов, войны и т. п.), имевших место в той или иной стране, внутренние и внешние функции рабовладельческого государства попеременно выдвигались на первый или второй план. Во время внутренних социальных потрясений более значимую роль, естественно, приобретали внутренние функции рабовладельческого государства, в то время как при ведении захватнических или оборонительных войн на первый план выступали его внешние функции.

Внутренние и внешние функции, свойственные рабовладельческому государству, осуществлялись с помощью специально созданных для этого органов, составляющих государственный аппарат или *механизм* рабовладельческого государства. Составными частями этого механизма являлись: армия, полиция, судебные органы, органы государственной власти, административный и управленческий аппарат. Вся рабовладельческая государственная машина призвана была обеспечить безраздельное господство

и эксплуатацию одной частью общества — классом рабовладельцев другой — свободных неимущих, рабов, закрепить и обеспечить охрану существующего общественно-политического и экономического строя, частной собственности, наиважнейших средств производства и рабов, служить средством вытеснения и отстранения свободных и полусвободных слоев населения от участия в политической жизни рабовладельческого общества, в решении государственных и общественных дел.

Главную роль в процессе решения наиболее важных задач, стоящих перед рабовладельческим государством, играли такие орудия государственной власти, как армия, полиция, флот и другие вооруженные формирования господствующего класса. Они составляли основу рабовладельческого государственного механизма и выступали в качестве важнейших средств захвата и покорения других народов, защиты своей территории от нападения извне, в качестве орудий подавления и угнетения свободных неимущих и рабов.

На ранних стадиях развития рабовладельческого строя государственный аппарат отличался относительной простотой, неразвитостью, слабостью. На более поздних этапах развития государственный аппарат неуклонно разрастался и укреплялся. Это было связано прежде всего с возникновением новых отраслей экономики и всего хозяйства, усложнением социальной структуры рабовладельческого общества, обострением антагонистических и неантагонистических противоречий, с усилением сопротивления угнетенных масс.

По мере развития рабовладельческого общества значительно разрастались и усиливались вооруженные формирования господствующего класса, расширялась и укреплялась судебная система, четче выделялся круг должностных лиц, складывалась система органов власти и управления, а также система иных институтов и учреждений, входящих в механизм рабовладельческого государства. В Древних Афинах, например, в V—IV вв. до н. э. государственный механизм формировался из таких органов власти, суда и управления, как Совет пятисот (булэ), народное образование, выборные должностные лица, занимавшиеся военными делами (стратеги, гиппархи, филиарх и др.), государственным управлением (архопты — до реформы Клисфена в 509 г. до н. э.), судебными делами (члены присяжных — гелиэи), делами религиозных культов и др.

Рабовладельческий государственный аппарат формировался по строго классовому принципу. Высшие посты в военно-бюрократическом механизме рабовладельческого государства занимали представители господствующего класса, знать. На низшие ступени государственного механизма допускались также представители других классов и социальных слоев общества. Например, полицейские наряды в Древних Афинах формировались исключительно из рабов.

Огромную роль в деятельности государственного механизма многих рабовладельческих государств (Вавилон, Египет, Рим и др.) играли жрецы. Обладая несравнимой по тому времени силой воздействия на умы и поведение людей, они нередко обожествляли царей, императоров и фараонов, создавали религиозный культ главы государства и тем самым значительно укрепляли рабовладельческий государственный строй.

Наряду с военачальниками, государственными чиновниками и другими представителями господствующего класса жрецы занимали привилегированное положение в обществе и считались весьма почитаемыми людьми. Неприкосновенность их личности и имущества, святость сохраняемых ими религиозных обычаев и ритуалов зачастую закреплялись в законах и строго охранялись государством.

§ 3. Что представляло собой рабовладельческое право?

В неразрывной связи и взаимодействии с рабовладельческим государством находилось право. Оно представляло собой совокупность обязательных норм или правил поведения, направленных на регулирование системы общественных отношений в интересах господствующего класса. *Основными задачами рабовладельческого права* являлись: закрепление частной собственности рабовладельцев на средства производства и рабов, закрепление рабовладельческого общественного государственного строя, различных форм господства класса рабовладельцев, узаконение существовавшего социального неравенства между различными группами и слоями свободных людей.

Социально-классовый характер рабовладельческого права наиболее ярко проявлялся в таких важнейших для того времени нормативно-правовых актах, как законы Солона в Афинах и Сервия Тулия в Риме, закреплявшие имущественное неравенство и делившие все население страны в зависимости от их положения в социальной структуре общества на касты (варны) и др.

Полное бесправие рабов и открытое социальное неравенство среди свободных закреплялись также в ряде таких правовых памятников эпохи рабовладения, какими были законы Хаммурапи — в Древнем Вавилоне, законы XII таблиц — в Древнем Риме, так называемая «Книга законов» (Фацзин) — в Древнем Китае, законы Драконта — в Афинах и др.

В соответствии с законами Ману в Индии, например, существовало «семь разрядов рабов» — раб, «захваченный под знаменем, раб за держание, рожденный в доме, купленный, подаренный, доставшийся по наследству и раб в силу наказания». Однако все они являлись собственностью рабовладельцев и были в равной мере бесправными. В имущественном отношении бесправными в Древней Индии были также члены семьи собственника. «Жена, сын и раб,— говорится в законах Ману,— трое считаются не имеющими собственности; чьи они, того и имущество, которое они приобретают».

О полном бесправии и зависимости рабов от рабовладельцев свидетельствуют также законы Хаммурапи, царя Вавилона, правившего страной в XVIII в. до н.э. «Если раб скажет своему господину: «Ты не мой господин»,— указывается в них,— то тот должен изобличить его как своего раба и затем его господин может отрезать ему ухо». «Если человек,— говорится в законах Хаммурапи,— выведет за городские ворота раба дворца, или рабыню дворца, или раба мушкенума (т. е. неполноправного свободного человека), или рабыню мушкенума, то его должно убить». Такая же кара, имевшая своей основной целью полное

закрепление рабов как составной части собственности за рабовладельцами, ожидала всякого, кто присвоит себе чужого раба, кто «укроет в своем доме беглого раба или рабыню, принадлежащих дворцу или мушкенуму, и не выведет их на клич глашатая», и в других случаях.

Наибольшее развитие рабовладельческое право вообще и отдельные его институты, такие, например, как институт частной собственности, наследования, займа, залога, купли-продажи, хранения, обмена и др., получили в Древнем Риме. Основными формами или источниками римского права были *обычаи,* зародившиеся еще в недрах первобытно-общинного строя и ставшие общеобязательными в условиях рабовладельческого общества. На первоначальных стадиях развития римского государства и права (вплоть до V в. до н.э.) обычаи выступали как единственные источники права и практически мало чем отличались от многих религиозных и нравственных предписаний.

На более поздних стадиях развития государства и права в Древнем Риме широкое распространение получили законы, которые представляли собой, согласно толкованию римских юристов, «то, что римский народ одобрил и постановил». Законы коренным образом отличались от «плебейских решений», принимаемых и одобряемых плебсом. Плебс не входил в понятие «римский народ» и в силу этого не участвовал в принятии законов[1].

Среди других правовых актов Древнего Рима выделялись эдикты магистратов, т. е. публичные объявления правил, которые подготавливались и обнародовались магистратами при вступлении в должность. Согласно институциям римского юриста II в. Гая эдикты представляли собой постановления и предписания тех лиц, которые имели право их издавать. Право же издавать эдикты предоставлялось магистратам римского народа. Самое важное значение, однако, в этом отношении имеют эдикты двух преторов — городского и перегринского, юрисдикция которых в провинциях принадлежит их наместникам.

Важное значение в системе источников римского права имели «ответы правоведов», т. е. «мнения и суждения юристов, которым позволено было устанавливать и творить право»; императорские конституции в виде декретов — решений императора по судебным делам, поступившим к нему на рассмотрение; мандатов — инструкций императора должностным лицам; эдиктов, издаваемых и широко обнародуемых наподобие эдиктов магистратов; решений императора, рескриптов — ответов императора на юридические вопросы частных должностных лиц — магистратов. Эдикты и мандаты действовали лишь в период пребывания у власти императора, издавшего их. Декреты и рескрипты сохраняли свою юридическую силу независимо от смены того или иного императора.

Римское право, достигшее своего наибольшего развития в период процветания рабовладельческой частной собственности, торговли и ростовщичества, оказало в последующем значительное влияние на процесс формирования и развития буржуазного гражданского права.

---

[1] *Пухан И., Поленак-Акимовская.* Римское право / Под ред. В. А. Томсинова. М., 1999. С. 12—19.

§ 4. Феодальное государство и право

Социально-экономическая основа и сущность феодального государства. Феодальный тип государства и права исторически приходит на смену рабовладельческому типу. Он возникает двумя основными путями. Первый — путь постепенного разложения рабовладельческого экономического и социального строя и зарождения в его недрах зачатков феодального строя. Этот процесс происходил во всех рабовладельческих государствах и общественно-политических системах. Второй — путь постепенного развития, а затем разложения первобытно-общинного строя и возникновения на его основе феодального строя. По этому пути, в частности, шло развитие государства и права у восточных и западных славян. Оно было связано с превращением старейшин рода, военных вождей, всей родовой знати в крупных собственников земли и скота. В результате захвата общинных земель и скота, а также разорения и закабаления своих сородичей родовая знать постепенно превращалась в земельную аристократию, а эксплуатируемые соплеменники — в полностью зависимых от них крестьян.

Одновременно с процессом разложения первобытного общества идет процесс превращения органов родового строя в органы феодального государства: родового военачальника или вождя — в короля, совета старейшин (там, где он сохранялся) — в совет приближенных монарха, ополчения, состоявшего из соплеменников,— в постоянно действующую дружину или армию.

Несмотря на разнообразие путей возникновения феодального строя у разных народов, в целом этот процесс заключался в одном и том же. А именно, с одной стороны, он состоял в образовании крупного землевладения и превращении светской и духовной знати в класс феодалов. А с другой — в разложении сельской общины и превращении свободных крестьян-общинников и несвободных землевладельцев, оставшихся от прежней формации, в феодально зависимых от крупных землевладельцев либо от государства крепостных крестьян. Последние, в отличие от рабов, полностью отделявшихся, согласно действовавшему рабовладельческому праву, от всех средств производства, хотя и лишались права собственности на землю, однако имели свое небольшое хозяйство, обладали правом личной собственности на некоторые сельскохозяйственные орудия труда.

Не будучи собственником земли, крепостной крестьянин владел сельскохозяйственными постройками, инвентарем, выступал как непосредственный производитель материальных благ и как зависимый от помещика землепользователь. Остатки вырабатываемой им продукции, за исключением той, которая присваивалась феодалом, поступали в его собственность. Это создавало определенную заинтересованность крепостного крестьянства в результатах своего труда, вело по сравнению с трудом рабов к росту его производительности. Все это указывало на то, что феодальный способ производства, а вместе с ним весь феодальный строй является более эффективным, исторически прогрессивным по

сравнению с рабовладельческим способом производства и рабовладельческим строем.

Феодальная собственность на землю составляла материальную основу взаимоотношений помещиков и крепостных крестьян, основу экономической зависимости последних от первых. Эксплуатация крестьян помещиками осуществляется путем взимания с них феодальной ренты.

Существовали три *основные* формы или разновидности ренты: отработочная рента (барщина), при которой крепостной крестьянин должен был отработать на феодала определенное количество дней в неделю; натуральная (натуральный оброк), при которой крестьянин должен был отдавать феодалу определенное количество производимой им сельскохозяйственной продукции, а ремесленник — продукции своего ремесла; денежная рента (денежный оброк), крестьянин или ремесленник должны были уплачивать феодалу определенную сумму денег.

Нередко отработочная рента сочеталась с денежной или натуральной. Так, в соответствии с Законником сербского короля Стефана Душана (1349—1354) феодально зависимые крестьяне (меропхи) наряду с платой по числу душ («как плату платят и работу работают, так и землю да держат») обязаны были нести и другие повинности. «Меропхам закон по всей земле,— говорится в Законнике.— В неделю да работают два дня помещику и да дают ему в год царский перпер и безвозмездно да косят ему сено один день и (обрабатывают) виноградник один день, а кто не имеет виноградника, выполняют они ему другие работы один день».

Наряду с экономическими формами эксплуатации и принуждения крепостных крестьян и ремесленников большое значение имело также их внеэкономическое принуждение, зачастую выражавшееся в различных формах прямого насилия. Некоторые из этих форм были закреплены в законодательстве. Согласно, например, Законам Кнута (англосаксонская «Правда» первой половины XI в.) с целью удержания подчиненных в повиновении король «передо всеми людьми в Уэссексе» наделялся такими прерогативами, как «объявление» человека вне закона, вторжение в жилище, установление застав на дорогах и др.

В соответствии с Кутюмами Бовези (Франция, XIII в.) сеньор имел право «обращать навеки в крепостных вместе с их семейством» крестьян, уклонявшихся «без уважительных причин» от военных походов, насильно заставлять платить «брачный выкуп» и др. «Личная крепостная зависимость создавалась многими путями»,— подчеркивалось в Кутюмах Бовези.

Помимо насильственного закрепощения «многие отдавали себя и потомков своих и имущество свое святым, облагая себя повинностями по своей доброй воле», «побуждаемые великим благочестием»; продавали себя и свою семью, «впавши в бедность»; отдавали себя в крепостную зависимость для того, чтобы оградить себя от других сеньоров или от вражды, некоторыми людьми к ним питаемой». Кроме того, «есть и другие способы приобретения (крепостных), ибо существуют земли, которые имеют свойство делать людей не дворянского рода, мужчин или женщин, в случае, если они проживут на них один год

и один день, крепостными тех сеньоров, под властью которых они проживают».

Таким образом, в условиях феодального строя экономическое принуждение органически сочеталось с внеэкономическим, прямым принуждением крепостных. Без этого невозможна была бы прочная власть феодалов.

Для удержания своего господства, «для сохранения своей власти — отмечал в связи с этим В. И. Ленин,— помещик должен был иметь аппарат, который бы объединил в подчинение ему громадное количество людей, подчинил их известным законам, правилам — и все эти законы сводились в основном к одному — удержать власть помещика над крепостным крестьянином. Это и было крепостническое государство»[1].

В качестве политической организации господствующего класса феодалов-крепостников это государство было призвано осуществлять роль орудия подавления и угнетения масс — крепостных крестьян и ремесленников, охранять частную собственность феодалов на землю, служить в качестве одного из важнейших средств сохранения и укрепления их экономического и социально-политического господства. Социальную сущность феодального государства составляла, таким образом, ничем не ограниченная власть класса феодалов.

Каковыми были *основные функции и механизм феодального государства?* Выполняя волю и интересы господствующего класса феодалов, крепостническое государство осуществляло *ряд внутренних функций*. Они состояли в удержании крепостных крестьян в полной зависимости и подчинении классу феодалов; в закреплении и охране феодальной собственности на землю и другие средства производства; в идеологической обработке и духовном подавлении трудящихся масс; в организации и консолидации сил класса феодалов и регулировании отношений внутри господствующего класса; в создании наиболее благоприятных условий для осуществления господства и эксплуатации крепостных крестьян, ремесленников и других слоев населения.

Строгая иерархическая структура земельной собственности и производная от нее иерархическая система общественно-политической надстройки, вассальной зависимости одних, менее могущественных феодалов от более могущественных позволяли феодальному государству даже при отсутствии строгой централизации обеспечивать охрану существующего экономического и социально-политического строя, сохранять социально-классовую солидарность нередко противоборствующих друг с другом феодалов, держать в повиновении огромные массы крепостных крестьян, подавлять их сопротивление. Этому же в значительной степени способствовало почти безраздельное господство в духовной сфере феодального общества церкви, осуществлявшей на протяжении многих веков управление делами образования и культуры.

Внешние функции феодального государства соответствовали внешнеполитическому курсу господствующего класса, отражали характер его активности на международной арене, выступали как основные направления

[1] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 39. С. 77.

деятельности феодального государства в отношениях с другими государствами. Эти функции состояли в захвате и ограблении феодальным государством чужих территорий, в установлении и поддержании торгово-экономических связей с другими государствами, а также в защите своей территории от нападения извне.

Действовавшее право, особенно в раннефеодальный период, практически не ограничивало феодалов в вопросах ведения захватнических войн и присвоения чужих территорий. При их подготовке и ведении каждый феодал опирался на помощь, получаемую от своих вассалов в виде живой силы, денег или оружия. В целях предотвращения распрей в войске во время походов или при дележе захваченной добычи Законник Стефана Душана особо предусматривал, например, что «в войске (на походе) да не бывает ссоры. Если поссорятся, да бьются они, а иной никто из воинов да не помогает им» и что «всяк да волен купить из военной добычи, приобретена ли она на царской (сербской) или в чужой земле».

Становление и развитие феодального строя, переход его от одной стадии к другой соответственно отражались на функциях феодального государства и на характере его деятельности. В раннефеодальный период — на стадии зарождения и формирования феодализма государство функционировало как средство формирования и утверждения феодального типа собственности, захвата чужих территорий и подавления сопротивления крепостных крестьян. В более поздний период — на стадии развитого феодализма государство направляло основные свои усилия на закрепление сложившегося производства, на охрану феодальной частной собственности, на ее приумножение путем ограбления других народов, на создание благоприятных условий для эксплуатации ремесленников и крепостных крестьян[1].

И наконец, в позднефеодальный период — на стадии разложения феодализма и появления зачатков капитализма феодальное государство использовало все находящиеся в его распоряжении средства задержания объективного процесса распада существующего экономического и социально-политического строя, для сохранения феодального способа производства и поддержания сложившейся эксплуатации трудящихся масс.

Внутренние и внешние функции феодального государства осуществлялись с помощью органов, составляющих *государственный механизм*. Важнейшими составными частями его являлись армия, феодальные дружины, полиция, жандармерия, военно-административный и судебный аппарат. Характерной чертой феодального государства было соединение в одних руках земельной собственности и политической власти, аппарата управления хозяйством и отправления административных, фискальных, полицейских и судебных функций.

Сложный, непрерывно разраставшийся по мере развития феодального общества государственный механизм содержался за счет огромных налогов, всякого рода штрафов, податей и пошлин, налагаемых на ре-

---

[1] См.: История государства и права зарубежных стран / Под общей ред. А. А. Жидкова и Н. А. Крашенинниковой. Часть 1. М., 1996. С. 187—273.

месленников, городских жителей за счет нещадной эксплуатации крепостных крестьян. Именно на них, по словам Энгельса, «ложилась своей тяжестью вся общественная пирамида: князья, чиновники, дворянство, попы, патриции и бюргеры».

Исключительно важную роль в период существования феодального государства играла *церковь*. Ее власть нередко приравнивалась к власти императора или короля. «Два меча предоставил Бог земному царству для защиты христианства,— говорится, например, в памятнике феодального права Германии первой половины XIII в. «Саксонское зерцало».— Папе — духовный, императору — светский... Это значит: кто противится папе и не может быть принужден церковным судом, того император обязан принудить при помощи светского суда, чтобы был послушен папе. Точно так же и духовная власть должна помогать светскому суду, если он в этом нуждается».

Церковь обладала огромными экономическими, политическими и идеологическими средствами воздействия на образ мыслей и поведение. Она всячески насаждала и защищала религиозное мировоззрение, освящала феодальный строй, вела беспощадную борьбу со всякого рода отступлениями от церковных канонов и догматов — ересями. Борьба с ересями находила широкое отражение в феодальном праве. «И кто окажется еретиком, живя между христианами,— указывалось, в частности, в Законнике Стефана Душана,— да пожжется по лицу (заклеймится) и да изгонится. Кто же будет таить, и тот да заклеймится». «Если кто-либо приписывает Богу то, что ему не подобает,— говорилось в «Каролине»,— или в своих речах отрицает то, что ему присуще, либо оскорбляет всемогущество Божье или Святой его матери Девы Марии, то он должен быть взят властями или судьей по долгу службы посажен в тюрьму и подвергнут затем смертной казни, телесным или увечащим наказаниям соответственно обстоятельствам и характеру богохульства и положению совершившего его лица».

Церковь подчиняла себе и держала под неусыпным контролем духовную жизнь миллионов людей, оказывала политическое и иное давление на глав государств, княжеств и правителей крупных областей путем угрозы отлучения их от церкви или запрета богослужения на управляемых ими территориях. В условиях раздробленности феодальных государств Европы церковь, обладая мощной, широко разветвленной организацией, выступала как сила, соединяющая воедино феодальное общество.

Что собой представляло *феодальное право*? Оно выражало волю и интересы феодалов, обусловленные в конечном счете материальными условиями жизнедеятельности этого класса. Его основные задачи заключались в юридическом оформлении и закреплении феодальной собственности на землю и другие средства производства, в закреплении сложившейся системы эксплуатации и поддержании порядка, выгодного господствующему классу, в регулировании системы иерархических отношений, существовавших внутри господствующего класса, в обеспечении экономического, политического и духовного господства феодалов, в охране феодальной собственности и власти.

Опираясь на действующее право, господствующий класс жестоко подавлял всякие попытки сопротивления своему господству, восстания, бунты, стихийные или организованные выступления против угнетения и насилия со стороны феодалов.

«Если кто-либо в стране, городе, владении или области,— говорилось в связи с этим в «Каролине»— общеимперском законе Германии, принятом в 1532 г.,— умышленно учинит опасный бунт против простого народа, против власти и это будет обнаружено, то соответственно тяжести и обстоятельствам его преступления он будет подлежать казни путем отсечения головы или сечению розгами и изгнанию из страны, края, судебной области, города или места, где он возбудил бунт».

Характерные черты и особенности феодального права заключались прежде всего в том, что оно носило *ярко выраженный сословный характер,* открыто закрепляло экономическое и социально-политическое неравенство в обществе, выступало как привилегия класса феодалов. Члены общества наделялись правами и свободами в зависимости от того, какое место в феодальной иерархии они занимали.

Привилегированным сословием являлись духовенство и дворяне. Сильно ограничивались в правах горожане. Лишены были самых элементарных прав, за исключением права иметь в своем владении домашний скот и инвентарь, необходимый для работы на феодалов, крестьяне. Они полностью выпадали из феодальной иерархии и фактически являлись бесправным сословием. «Следует знать,— провозглашалось, например, в Кутюмах Бовези,— что людям нашего века известны три состояния. Первое — это знатное. Второе — состояние свободных по происхождению людей, рожденных свободной матерью, третье состояние людей — крепостное».

«Между правами дворян и других свободных людей существует большая разница, так как дворянами называют тех, которые по прямой линии происходят от королей, герцогов, графов и рыцарей». Крепостные, будучи в целом зависимы от своих сеньоров (феодалов), тоже находились, согласно Кутюмам Бовези, в неодинаковом положении. «Ибо одни из крепостных так подчинены своим сеньорам, что эти сеньоры могут распоряжаться всем их имуществом, имеют (над ними) право жизни и смерти, могут держать их в заключении, как им будет угодно — за вину или без вины — и ни перед кем не несут за них ответственности, кроме как перед Богом. С другими обращаются более мягко, ибо при их жизни сеньоры не могут ничего от них требовать, если только они не провинятся, кроме их чиншей, рент и повинностей, обычно платимых ими за их крепостное состояние».

Феодальное право неизменно выступало как *право более сильного над менее сильным,* как «кулачное право». Оно оставляло широкий простор для произвола со стороны класса феодалов над крепостными крестьянами, практически не предусматривало никаких преград на пути угнетения и эксплуатации трудящихся масс. Феодальное право в открытой форме признавало прямое насилие, поощряло захват чужих территорий, закрепляло и оправдывало внеэкономическое принуждение крепостного крестьянства.

Существование «кулачного права» не ограничивается историческими рамками феодализма. Оно в значительной мере сохраняет свою силу и в условиях капитализма.

Характерной особенностью феодального права был *партикуляризм*, отсутствие единой системы права в масштабе всей страны и преобладание в нем местных обычаев и актов отдельных феодалов, раздробленный характер права. Феодальное право не знало деления на отрасли и институты. Составными его частями были крепостное право, обеспечивавшее полное подчинение крепостных крестьян феодалам; городское право, закреплявшее правовой статус купечества, ремесленников и других слоев городского населения; каноническое, церковное право, занимавшее значительное место в системе феодального права и регулировавшее отношения не только между служителями церкви, но и между остальными членами феодального общества; и др.

Роль *канонического права* была велика особенно в тех странах, где господствующая религия возводилась в ранг государственной. Творцами канонического права были служители религиозных культур. Римско-католическая церковь, например, наделяла полномочиями творить право «на земле» римского папу. Большую роль в процессе создания и применения канонического права играли также высшие церковные сановники — кардиналы, церковные соборы, формируемыми папами, как правило, из высших представителей духовенства для решения наиболее важных и зачастую спорных религиозных вопросов, и церковные трибуналы.

Основными источниками канонического права были постановления церковных соборов, касавшиеся как самой веры, так и обычных религиозных дел, Ветхий и Новый Заветы, отдельные институты римского права, религиозные догмы и учения (учения двенадцати апостолов и др.). Широко используя каноническое право, церковь стремилась решать не только «небесные», но и мирские дела. Наиболее распространенными рычагами ее воздействия были индульгенции — отпущение мирских грехов, интердикты — запреты на проведение богослужений в непокорных областях, а иногда и государствах, отлучения от церкви, ставившие преступивших религиозные каноны лиц вне церковного лона и обрекавшие их души «на вечные мучения», и др.

Наряду с каноническим правом большую роль в жизни различных слоев феодального общества играло также *городское и крепостное право.*

По мере развития феодального общества, сопровождавшегося ростом товарно-денежных отношений, феодальное право все больше принимало основные положения римского права (рецепция). Римское право содержало в себе ряд готовых, проверенных практикой институтов и норм, регулировавших товарно-денежные отношения.

Наибольшее распространение рецепция римского права получила в правовых системах Германии, Франции, Италии и других стран.

Феодальное право отличалось большим разнообразием *форм.* В силу застойного характера общества преобладающей формой феодального права вплоть до периода абсолютизма был *обычай.* В услови-

ях раздробленности стран на отдельные княжества, герцогства и т. п. феодальное право состояло большей частью из местных обычаев и велений отдельных феодалов. В феодальном праве, например, Франции насчитывалось более 300 систем местного обычного права (кутюмов). Широкую известность приобрели, в частности, Великие кутюмы Нормандии (1275), Кутюмы Бовези, представлявшие собой собрание сложившихся обычаев в графстве Бове (северо-восточная часть Франции) и другие правовые обычаи. С их помощью регулировались самые разнообразные общественные отношения, касающиеся власти суверена (короля), сеньора, барона, положения крепостных крестьян, городских коммун, различных судебных инстанций, порядка наследования имущества различными сословиями, применения доказательств в уголовном и исковом процессах и др.

Примечательным является то, что в некоторых кутюмах с целью поднятия их авторитета и повышения действенности содержится сравнительная оценка собранных в них обычаев. «Наш обычай,— говорится, например, в Кутюмах Бовези,— более мягок в отношении к крепостным, нежели во многих других странах, ибо во многих странах сеньоры могут распоряжаться жизнью и смертью своих крепостных, когда и как им угодно, а также принуждать их вечно жить на своих землях. В Бовези же с ними обращаются более человечно, ибо при условии уплаты своим сеньорам положенных обычаем ренты и специального налога, собираемого с каждой семьи, они могут идти служить и жить вне юрисдикции своих сеньоров».

Большое значение для развития феодального права имели частные *сборники обычаев* и описания судебной практики (например, сборник обычаев Бовези во Франции, Саксонское и Швабское зерцало в Германии), *договоры* между отдельными феодалами, королями и феодалами, между городами и феодалами и т. п.

В качестве одного из наиболее ярких примеров установления и поддержания договорных отношений внутри господствующего класса феодалов может служить Великая хартия вольностей (Magna Charta). Она была принята в 1215 г. и отражала борьбу основных социальных группировок, борьбу английских феодалов в начале XIII в. против королевской власти за расширение своих прав и привилегий. Хартия содержала ряд статей, определявших характер новых вассальных отношений, устанавливавшихся между королем и английскими баронами: «Никто не должен быть принуждаем к несению большей службы за свой рыцарский лен или за другое свободное содержание, чем та, какая следует с него»; ограничивавших судебную власть, финансовые и некоторые другие права короля: «Ни мы, ни наши чиновники не будем захватывать ни земли, ни дохода с нее за долг, пока движимости достаточно для уплаты долга».

«Ни щитовые деньги, ни пособие не должны взиматься в королевстве нашем иначе, как по общему совету королевства нашего, если это не для выкупа нашего из плена и не для возведения в рыцари первородного сына нашего и не для выдачи первым браком замуж дочери нашей первородной, и для этого должно выдать лишь умеренное пособие».

Важной особенностью Великой хартии вольностей было то, что она не только ограничивала власть короля, но и устанавливала контроль (в лице комитета из 25 баронов) за соблюдением содержавшихся в Хартии положений. Для того чтобы всеми «пожалованными» со стороны короля правами и привилегиями бароны «пользовались прочно и нерушимо на вечные времена,— говорится в связи с этим в ст. 61 Хартии,— создаем и жалуем им нижеписаную гарантию, именно: чтобы бароны избрали двадцать пять баронов из королевства, кого пожелают, которые должны всеми силами блюсти и охранять и заставлять блюсти мир и вольности, какие мы им пожаловали и этой настоящей Хартией нашей подтвердили».

На более поздних стадиях развития феодального общества и в особенности в период абсолютизма широкое распространение получили *писаные законы* (царские указы, королевские ордонансы и т. п.), сборники уголовного и уголовно-процессуального законодательства (например, Соборное уложение 1649 г. в России), кодексы законов (например, кодекс законов в Германии, названный именем императора Карла V «Каролиной»), и другие виды нормативно-правовых актов.

Несмотря на разнообразие форм выражения и проявления, феодальное право неизменно оставалось на всех этапах своего развития одним из важнейших средств проведения в жизнь воли и интересов господствующего класса феодалов. В этом заключаются его социально-классовая сущность и назначение.

§ 5. Капиталистическое государство и право

Социально-экономическая основа и сущность буржуазного государства. На исторической арене буржуазное государство и право появились в результате буржуазных революций, покончивших с феодальным экономическим и социально-политическим строем. Объективные и субъективные предпосылки буржуазных революций создавались в недрах феодального общества. На стадии зрелости и заката феодальной общественно-экономической формации весьма быстро складывались буржуазные производственные отношения и вместе с тем усиливались социально-экономические и политические противоречия между исторически восходящим классом буржуазии и продолжавшим удерживать политическую власть классом феодалов.

После победы буржуазной революции, завершившейся коренной ломкой феодальных производственных отношений, захватом политической власти буржуазией и широким использованием ею модернизированного, применительно к новым условиям, феодального государственного механизма установилось соответствие политической структуры нарождающегося буржуазного общества его экономической структуре. Это убедительно было доказано буржуазно-демократическими революциями в Англии, Франции и других странах, в результате которых буржуазия стала не только экономически, но и политически господствующим классом.

Экономической основой буржуазного государства с момента его появления стали новая система хозяйствования и частная собственность на наиболее важные орудия труда и средства производства. Частная собственность объявлялась священной и неприкосновенной. На ее охрану и защиту было направлено в конечном счете все конституционное и текущее законодательство.

Такое же положение сохраняется и при современном капитализме. «Собственность и право наследования,— говорится в связи с этим, например, в Основном законе (Конституции) ФРГ от 23 мая 1949 г.,— гарантируются. Содержание и пределы их устанавливаются законами... Отчуждение может производиться только согласно закону и на основании закона, регулирующего порядок и размеры возмещения».

Кроме права собственности, важнейшими «материальными» признаками капитализма, составляющими экономическую основу этого строя, в западной политической и социологической литературе называются такие, как наличие конкуренции, «осуществляемой прежде всего ради получения прибылей собственниками»; содействие техническому и технологическому процессам; развитие узкой специализации, особенно в сфере финансовых операций; рост мощных национальных и транснациональных корпораций; периодическое возникновение экономических спадов (депрессий); осуществление правительством лишь частичного контроля над частным сектором; возникновение и развитие сильных рабочих организаций, «обеспечивающих повышение статуса и влияния рабочего класса», и др.[1]

Частная собственность, обладание ею являются основой, мерилом экономической свободы при капитализме. В свою очередь, экономическая свобода служит фундаментом политической, социальной и личной свободы человека. Чем больше собственности в руках того или иного лица или группы лиц, тем больше гарантируется осуществление провозглашаемых в конституциях и обычных законах их прав, и наоборот.

Примечательны в этом отношении выводы известного западногерманского ученого, знатока буржуазного конституционного права Конрада Хессе. В книге «Основы конституционного права ФРГ», выдержавшей более десяти изданий, он писал: «Для безработного постановка вопроса о профессиональной свободе является бесполезной. Свобода получения образования и свободный выбор учебного заведения значимы лишь для тех, кто обладает достаточными средствами для того, чтобы получить желаемое образование, и кто имеет возможность поступления в эти учебные заведения. Гарантии права собственности имеют реальное значение лишь для собственников, неприкосновенность жилища — лишь для тех, кто им обладает»[2].

Основным источником появления и последующего накопления собственности являются трудовая деятельность, а также жестокая эксплуатация человека человеком, угнетение широких слоев трудящихся масс со стороны господствующих кругов, хищническое присвоение ими результатов чужого труда.

---

[1] Dictionary of Sociology and Related Sciences. P. 32.

[2] *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ. М., 1981. С. 112.

Важным источником частной и государственной капиталистической собственности является национализация, а затем денационализация нерентабельных предприятий и даже отдельных отраслей промышленности, требующих для своего развития весьма значительных и долгосрочных капиталовложений. По мере того как национализированные предприятия и отрасли набирают силу за счет государственных средств и начинают приносить доход, власть имущими нередко ставится вопрос о возвращении их в частные руки, о денационализации.

Наметившаяся после Второй мировой войны тенденция роста масштабов огосударствления производства в развитых капиталистических странах ведет, как правило, к усилению процесса концентрации собственности и власти в руках финансово-промышленного капитала, к поляризации отношений собственности, к обострению противоречий между широкими слоями трудящихся масс и обладателями огромных капиталов.

Социальная структура буржуазного общества, на основе которой строится и функционирует капиталистическое государство независимо от этапов его развития, в укрупненном плане представляется обычно как совокупность двух основных по природе несовместимых друг с другом классов — буржуазии и пролетариата.

Однако в более детализированном виде она выступает одновременно и как система входящих в него промежуточных слоев населения, обладающих своими особенностями. К таковым относятся «социальная прослойка» — интеллигенция, а также множество различных внутриклассовых групп. Довольно значительную часть населения составляют так называемые полупролетарии, т. е. лица, являющиеся, с одной стороны, объектом эксплуатации наемного труда, а с другой — сами использующие чужой труд на принадлежащим им на праве частной собственности мелких предприятиях.

В западной социологической и политологической литературе социальная структура общества традиционно рассматривается как некое целое, состоящее из следующих трех составных частей — классов: высший, средний и низший (рабочий). Каждый класс включает в себя всех тех лиц, которые обладают относительно равным уровнем дохода, имеют одинаковый социальный статус, пользуются в обществе сходным социальным престижем.

Высший класс, или «класс досуга» (leisure class), как его нередко называют, состоит из тех представителей общества, которые сосредоточивают в своих руках огромные богатства страны, имеют самый высокий доход, не занимаясь при этом непосредственно каким бы то ни было производительным трудом. Материальной основой такого «привилегированного положения могут быть полученное наследство, дивиденды от земельной или иной собственности, специальные привилегии»[1].

Средний класс включает в себя лиц со средним доходом. В их числе мелкие и средние собственники (буржуа), мелкие бизнесмены, ученые «с достойным доходом», высокооплачиваемые чиновники, преуспевающие фермеры и др.[2]

---

[1] Dictionary of Sociology and Related Sciences. P. 175.

[2] Ibid. P. 193.

Наконец, *низший или «рабочий класс»* состоит из таких групп населения, которые обладают весьма низким социальным статусом, низкими доходами, соответствующими их жизненным условиям[1].

В социальной структуре общества, так же как и в государственном механизме, доминирующее положение неизменно занимает высший класс. Именно он определяет характер и природу своего государства, его внутреннюю и внешнюю политику, основные направления его деятельности.

Для осуществления своей власти высший класс создает целую систему различных социально-политических институтов в виде политических партий, государства, общественных организаций. Главное место среди них занимает, естественно, государство.

Среди всех других институтов капиталистическое государство выделяется, во-первых, наличием у него таких важнейших средств властвования, как огромная вооруженная армия, полиция, тюрьмы, жандармерия, разведка и контрразведка. Они придают реальную силу господствующей элите. Без них практически было бы невозможным осуществление экономической и политической власти этого класса, составляющего меньшинство общества.

Во-вторых, к числу специфических черт и особенностей, свойственных капиталистическому государству, следует отнести обладание им такими мощными экономическими, политическими, идеологическими и правовыми рычагами воздействия на систему общественных отношений и институтов, которые позволяют ему занимать в структуре политической системы буржуазного общества одно из главнейших, ведущих мест.

По мере того как возрастают экономические, политические, идеологические и иные потенции этого государства во всех сферах жизни общества, в частности в сфере производства, распределения и потребления материальных и духовных благ, оно все больше превращается в важнейший экономический фактор, выступает в роли крупной экономической и социально-политической силы. Сосредоточивая в своих руках, помимо государственного бюджета, огромное количество промышленных, транспортных и других производственных предприятий, а также широкую сеть торговых, кредитных, научно-исследовательских и иных учреждений, капиталистическое государство в настоящее время выступает в политической и экономической системе общества одновременно в качестве крупного производителя, покупателя и потребителя, в качестве собственника материальных и духовных средств, крупного банкира и кредитора, в качестве монополиста производимых им товаров и оказываемых его соответствующими органами различных социальных услуг.

В-третьих, специфической чертой и особенностью капиталистического государства является его способность выступать по отношению к различным фракциям господствующего класса и их организациям в качестве так называемого «совокупного капиталиста», исходящего в своей повседневной деятельности не из интересов и непосредственных

[1] Dictionary of Sociology and Related Sciences. P. 340.

целей отдельных капиталистов или монополий, а руководствующегося их «суммарными» целями и интересами.

На государство как на «идеального совокупного капиталиста» возлагаются такие разнообразные по своему характеру, но одинаковые по своей социально-классовой сути и содержанию задачи, как: а) «нивелировка», сглаживание внутриклассовых противоречий и различий, существующих между различными частями господствующего класса — буржуазии; б) приведение разрозненных, а зачастую противоречащих друг другу интересов различных фракций буржуазии к некоему общему знаменателю; в) определение общих, стратегических целей и перспектив дальнейшего развития господствующего класса и его ближайших союзников; г) обеспечение с помощью всех находящихся в распоряжении государства средств непрерывного развития капиталистической экономики, укрепления и дальнейшего совершенствования политической системы общества, повышения эффективности официальной идеологии и др.

Что собой представляет буржуазное право? Оно находится в неразрывной связи с капиталистическим государством. Это система норм или правил поведения, выражающих прежде всего волю и интересы господствующих кругов.

Выступая в качестве важнейшего рычага или средства воздействия государства на общественные отношения и институты, право служит укреплению базиса капиталистического общества, закреплению системы использования наемного труда, освящению и утверждению капиталистического общественного и государственного строя. С помощью права господствующий класс закрепляет частнокапиталистическую систему хозяйства, защищает свою власть от посягательств со стороны других классов, обеспечивает свое экономическое и социально-политическое господство.

Буржуазное право ставит превыше всего и охраняет капиталистическую собственность на землю, недра, водные ресурсы, основные орудия труда и средства производства. Об этом свидетельствуют многочисленные нормативно-правовые акты, принятые в разных странах на разных этапах развития капитализма.

Буржуазное право, в отличие от феодального, отвергает деление на сословия и все связанные с ним привилегии. Место ленного, церковного и иного подразделения феодального права в условиях капитализма занимает частное и публичное право. *Частное право,* вбирающее в себя такие отрасли права, как гражданское, семейное, торговое и другие, направлено на регулирование общественных отношений, отражающих и обеспечивающих частные интересы индивидуальных собственников или отдельных объединений. *Публичное право,* складывающееся из конституционного, административного, уголовного, бюджетно-налогового и других отраслей права, регулирует отношения, обеспечивающие общеклассовые (публичные) интересы буржуазии, трактуемые нередко как общегосударственные, общенациональные и им подобные интересы.

Основными *формами* или *источниками буржуазного права* являются законы, нормативные акты (правительственные декреты, ведомст-

венные приказы, решения, постановления, инструкции и т. п.), издаваемые исполнительными государственными органами, правовые договоры, правовые обычаи и прецеденты.

Законы представляют собой нормативно-правовые акты, принятые высшими органами государственной власти (Конгрессом — в США, Парламентом — в Великобритании, Национальным собранием — во Франции, Бундестагом — в Германии и т. п.) или путем проведения референдумов и направленные на регулирование наиболее важных общественных отношений. Среди законов, подразделяющихся на конституционные и обыкновенные, особо выделяются первые. Основные причины такого выделения заключаются в следующем.

Во-первых, конституционные акты выступают не только как сугубо юридические, но и как политические и идеологические документы. Конституции капиталистических государств отражают и закрепляют сложившееся в обществе соотношение социальных сил, а также характер взаимоотношений выражающих их интересы общественно-политических институтов.

Во-вторых, конституции закрепляют, создают политико-правовые гарантии и охраняют экономическую, социально-политическую и духовную власть господствующих кругов, привилегированное положение общественно-политических институтов капитала.

В-третьих, буржуазные конституции и развивающее основные конституционные положения текущее законодательство фиксируют структуру политической системы капиталистического общества, ее экономические, социально-политические и идеологические основы, наиболее важные принципы организации и деятельности политической системы.

В-четвертых, конституции капиталистических государств призваны способствовать последовательному упорядочению и развитию системы организаций буржуазии, повышению их роли и эффективности. Закрепляя систему сложившихся в обществе экономических, социально-политических и иных отношений, государственный и общественный строй, конституции буржуазных государств тем самым должны создавать определенные предпосылки не только для стабилизации внутриклассовых (между различными фракциями господствующего класса), но и в известной мере межклассовых взаимосвязей, для последующего развития опосредствуемых ими общественно-политических институтов.

Значительное место в системе источников буржуазного права занимают в настоящее время *нормативные акты,* издаваемые или санкционируемые разными органами *исполнительной власти.* Данное явление, наблюдающееся во всех без исключения высокоразвитых капиталистических странах, отражает процесс значительного усиления в последние десятилетия исполнительной власти и относительного ослабления, утраты своего первоначального конституционного назначения законодательной власти. Высшие органы государственной власти, обладающие исключительным правом на издание законов, нередко передают в порядке уступки часть своих законодательных полномочий правительству, благословляя тем самым его на принятие актов, фактически имеющих силу закона. Передача законодательных

полномочий центральному органу в лице правительства или другим исполнительным органам получила название *делегирования*, а совокупность актов, издаваемых в порядке реализации исполнительными органами новых, законодательных функций получила название *делегированного законодательства*.

Делегирование законодательства может осуществляться формально-юридическим или фактическим путем. В первом случае издается специальный закон о передаче определенных законодательных полномочий от парламента к правительству, а во втором — законодательные полномочия к исполнительным органам переходят без принятия каких бы то ни было уполномочивающих актов. В конституциях некоторых капиталистических государств, принятых в послевоенный период, содержатся специальные статьи, предусматривающие возможность делегирования законодательства. В качестве примера может служить конституция Испании 1978 г., прямо предусматривающая в ст. 82, что «Генеральные Кортесы могут передавать правительству полномочия принимать акты, имеющие силу закона» и что «законодательная делегация должна быть представлена специальным уполномочивающим законом, когда речь идет о выработке детализированных актов, и простым законом, когда речь идет о переработке нескольких текстов в один».

Практика делегирования законодательства умаляет роль представительных органов в области правотворчества. Она находится в явном противоречии с провозглашенными буржуазией на ранних стадиях развития капитализма демократическими принципами парламентаризма и конституционализма.

Наряду с названными формами или источниками буржуазного права важное значение имеет *прецедент*. Будучи известен еще рабовладельческому праву, прецедент представляет собой определенное действие или решение вопроса, которое в последующем, при аналогичных обстоятельствах рассматривается как некий эталон, образец.

Прецеденты подразделяются на административные и судебные. Последние выступают в виде судебных решений, рассматриваемых как обязательные «образцы» при вынесении решений последующими инстанциями. Наибольшее распространение судебный прецедент как источник права нашел в правовых системах Англии, Австралии, Канады, США и ряда других стран.

§ 6. Социалистическое государство и право

Теоретические основы социалистического государства и права были заложены в трудах основоположников научного коммунизма К. Маркса и Ф. Энгельса и развиты в произведениях В. И. Ленина, а также в документах коммунистических партий и научных исследованиях авторов, стоящих на марксистско-ленинских позициях.

С момента своего зарождения марксистское учение о государстве и праве вообще и о социалистическом государстве и праве в особенности подвергалось резким нападкам и критике со стороны представителей самых различных политических течений и идеологий. Подвергается

оно критике и в настоящее время. Это вполне естественно, если исходить из многократно подтвержденного тезиса о том, что любое учение о государстве и праве всегда отражает определенные, нередко весьма противоречивые политические взгляды и интересы, а также несовместимые друг с другом политические ценности и амбиции.

Марксистское учение о социалистическом государстве и праве в отличие от других учений и доктрин практически не было полностью реализовано ни в одном из ранее существовавших или ныне существующих государств и правовых систем. В СССР и во многих других странах, называвших себя социалистическими, предпринимались попытки реализации идеи социалистического государства и права. Однако в силу многих объективных и субъективных причин они оказались безуспешными. Вместо социалистического государства и права, какими они представлялись в марксистской доктрине, были созданы их суррогаты, псевдомарксистские институты государства и права.

Марксисты всех оттенков и направлений говорят о научности и прогрессивности развиваемых ими идей о социалистическом государстве и праве. Их политические и идеологические оппоненты, естественно, утверждают обратное.

Однако, независимо от оценок и подходов к изучению марксистского учения о социалистическом государстве и праве, основные его постулаты и исходные положения остаются следующими.

Первое. Социалистическое государство и право, согласно марксистской теории, возникают *не эволюционным* путем, путем постепенного перерастания буржуазного государства в социалистическое, а в результате социалистической *революции*. Ближайшей целью коммунистов, говорилось в «Манифесте Коммунистической партии», являются «ниспровержение господства буржуазии, завоевание пролетариатом политической власти». А «первым шагом в рабочей революции» является «превращение пролетариата в господствующий класс, завоевание демократии»[1].

В работах классиков марксизма-ленинизма обстоятельно разработана теория социалистической революции — ее цель, формы осуществления, основные направления, методы. Еще в ранних произведениях Маркса и Энгельса развивались, например, идеи о необходимости соблюдения последовательности и непрерывности социалистической революции. Наши интересы и наши задачи, писали они, заключаются в том, «чтобы сделать революцию непрерывной до тех пор, пока все более или менее имущие классы не будут устранены от господства, пока пролетариат не завоюет государственной власти»[2].

В более поздних их работах проводилась мысль о необходимости использования в процессе осуществления социалистической революции различных — мирной и немирной — форм. Восстание было бы безумием там, доказывал, в частности, Энгельс, «где мирная агитация привела бы к цели более быстрым и верным путем». И далее: мы, «ниспровер-

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 4. С. 437, 438, 444.

[2] Там же. Т. 7. С. 261.

гатели», гораздо больше «преуспеваем с помощью легальных средств, чем с помощью нелегальных или с помощью переворота»[1].

Используя марксистский тезис о непрерывности революции, В. Ленин разработал доктрину о перерастании буржуазно-демократической революции в социалистическую. «От революции демократической,— писал он,— мы сейчас же начнем переходить и как раз в меру нашей силы, силы сознательного и организованного пролетариата, начнем переходить к социалистической революции. Мы стоим за непрерывную революцию»[2].

Второе. Важной закономерностью и одновременно предпосылкой становления и развития социалистического государства и права, согласно марксистской доктрине, *является слом старой государственной машины, уничтожение буржуазного государственного аппарата.*

Все перевороты, писал в связи с этим Маркс, лишь усовершенствовали старую государственную машину, «вместо того чтобы сломать ее. Партии, которые, сменяя друг друга, боролись за господство, рассматривали захват этого огромного государственного здания, как главную добычу при своей победе»[3].

Развивая эту мысль, Ленин убеждал, что «революция должна состоять не в том, чтобы новый класс командовал, управлял при помощи старой государственной машины, а в том, чтобы он разбил эту машину и командовал, управлял при помощи *новой* машины»[4].

На вопрос, как это сделать и все ли в старом государственном аппарате нужно разбивать, Ленин отвечал, что к слому старого, буржуазного аппарата нужно подходить строго дифференцированно, разноплановo. Дело в том, что в каждом буржуазном государстве, наряду с преимущественно угнетательскими органами и институтами в виде армии, полиции, жандармерии и пр., которые подлежат немедленному слому, есть также такие органы, которые связаны с банками и синдикатами, выполняют учетно-регистрационные функции. «Этого аппарата разбивать нельзя и не надо»[5].

Третье. Сущностью нового государства, функционирующего *в переходный* от капитализма к социализму *период, является диктатура пролетариата.* Данному положению в марксистской теории придается настолько важное, принципиальное значение, что с ним напрямую связывают принадлежность к марксизму или оппортунизму.

Марксист лишь тот, писал Ленин, «кто распространяет признание борьбы классов до признания диктатуры пролетариата. В этом самое глубокое отличие марксиста от дюжинного мелкого (да и крупного) буржуа. На этом оселке надо испытывать действительное понимание и признание марксизма»[6].

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 17. С. 536; Т. 22. С. 546.

[2] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 11. С. 222.

[3] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 8. С. 206.

[4] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 33. С. 114—115.

[5] Там же. Т. 34. С. 307.

[6] Там же. Т. 33. С. 34.

Что представляет собой диктатура пролетариата и что она означает? Если перевести это «историко-философское понятие» на более простой язык, разъяснял Ленин, то она означает то, что «только определенный класс, именно городские и вообще фабрично-заводские, промышленные рабочие, в состоянии руководить всей массой трудящихся и эксплуатируемых в борьбе за свержение ига капитала, в ходе самого свержения, в борьбе за удержание и укрепление победы, в деле созидания нового, социалистического общественного строя, во всей борьбе за полное уничтожение классов»[1]. Диктатура пролетариата «есть особая форма классового союза между пролетариатом, авангардом трудящихся, и многочисленными непролетарскими слоями трудящихся»[2].

Четвертое. В своем становлении и развитии социалистическое государство, а вместе с ним и право, согласно марксистской теории, проходит *несколько этапов* или ступеней эволюционного изменения.

В советской и зарубежной марксистской литературе длительное время велись споры о количестве проходимых им этапов, их последовательности, сущности и содержании каждого из них — их качестве, наконец, о соотношении каждого этапа в развитии государства с соответствующими этапами в развитии общества.

Возобладала и получила достаточно широкое распространение, а затем и официальное закрепление в СССР точка зрения, согласно которой вновь создаваемое после совершения социалистической революции государство проходит следующие этапы в своем развитии: этап существования государства диктатуры пролетариата, этап функционирования собственно социалистического государства и, наконец, этап развития общенародного государства.

Каждый из этих этапов в развитии государства и права соотносился с соответствующим этапом в развитии общества. А именно — этап существования государства диктатуры пролетариата соотносился *с переходным от капитализма к социализму этапом в развитии общества.* Этап функционирования собственно социалистического государства и права отражал особенности этапа развития собственно *социалистического общества.* И наконец, этап развития общенародного государства соотносился с этапом существования и функционирования *развитого социалистического общества.*

Данная концепция развития социалистического государства и права, находящаяся в неразрывной связи с теорией становления и развития социалистического общества, получила свое прямое отражение в конституционных актах соцстран и в их текущем законодательстве. Так, в Конституции СССР 1977 г. утверждалось то, что, «выполнив задачи диктатуры пролетариата, Советское государство стало общенародным». Одновременно указывалось на то, что в обществе произошли огромные изменения и оно превратилось в «развитое социалистическое общество», в «общество зрелых социалистических общественных отношений».

---

[1] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 39. С. 14.

[2] Там же. Т. 38. С. 377.

Характерными особенностями общенародного государства являются: выражение интересов не только рабочих, крестьян и интеллигенции, но и «трудящихся всех наций и народностей страны»; сохранение их классовой сущности; развитие «подлинной» демократии в условиях нового общества и государства; усиление роли компартии и др.

Пятое. Формой правления социалистического государства, согласно марксистскому мировоззрению, является *республика*. Касаясь данного вопроса, Энгельс писал: «Маркс и я в течение сорока лет без конца твердили, что для нас демократическая республика является единственной политической формой», однако она, «как всякая другая форма правления, определяется своим содержанием»[1].

В переводе на язык политической практики это означает, что для социалистического государства приемлемой формой правления является лишь та республика, которая служит интересам трудящихся масс и которая, следовательно, наполняется социалистическим содержанием. Что же касается всех иных, несоциалистических форм, в частности республиканской формы буржуазного государства, то она, по словам Энгельса, «так же враждебна нам, как любая монархия (если отвлечься от форм проявления этой враждебности)». В силу этого, делался вывод, «принимать ее за форму по существу социалистическую или доверять ей, пока она во власти буржуазии, социалистические задачи — это ничем не обоснованная иллюзия».[2]

Развивая идеи о республиканской форме правления социалистического государства применительно к России, Ленин признавал в качестве таковой лишь Советы. На первых этапах развития государства это были «Советы рабочих, батрацких и крестьянских депутатов по всей стране, снизу доверху»[3], а на последующих — Советы народных депутатов и Советы депутатов трудящихся.

Что же касается *формы государственного устройства*, то, согласно марксистской политической концепции, *предпочтение* отдавалось *унитарному государству*, построенному на основе принципа демократического централизма. При этом, как утверждал, в частности, Ленин, демократический централизм «не только не исключает местного самоуправления с автономией областей, отличающихся особыми хозяйственными и бытовыми условиями, особым национальным составом населения и т. п., а, напротив, необходимо требует и того и другого»[4].

Выдвигая на первый план унитарное государство, теоретики марксизма-ленинизма в то же время не отрицали возможности существования при определенных условиях и *федеративной формы социалистического государства*. В практическом плане попытки реализации этой формы предпринимались в СССР, Югославии и России.

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 22. С. 287.

[2] Там же. Т. 39. С. 184.

[3] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. И. 31. С. 117.

[4] Там же. Т. 24. С. 144.

Шестое. В неразрывной связи и взаимодействии с социалистическим государством находится право. Оно является средством решения стоящих перед государством ближайших и стратегических задач.

Согласно марксистской концепции сущность права заключается в том, что оно выражает волю и интересы господствующего класса. Если государство, по мнению основоположников научного коммунизма, «есть та форма, в которой индивиды, принадлежащие к господствующему классу, осуществляют свои общие интересы», та «форма организации, которую неизбежно должны принять буржуа, чтобы — как вовне, так и внутри страны — взаимно гарантировать свою собственность и свои интересы», то право есть то средство, с помощью которого эти интересы, трансформируясь в государственную волю, проводятся в жизнь.

На первых этапах становления и развития социалистического общества государство и право, в соответствии с марксистской доктриной, выражают интересы рабочих, крестьян и трудовой интеллигенции. На этапе развитого социалистического общества — интересы всего народа.

Седьмое. Государство и право, согласно марксистскому пониманию, *не есть вечные и неизменные явления.* По мере развития классового общества и постепенного отмирания классов государство и право как классовые институты также отмирают.

Особенность марксистского представления о государстве и праве, в отличие от других представлений, заключается в том, что оно связывает напрямую с классами процесс не только возникновения и развития государственно-правовых институтов, но и процесс их отмирания. Последнее не следует понимать вульгарно, как искусственно формируемый или насильственный процесс. Это, с марксистской точки зрения, естественный процесс, обусловленный такими же процессами развития экономики, общества, а вместе с ними — государства и права. Нам не следует подхлестывать, искусственно форсировать данный процесс, подчеркивал Ленин. Мы вправе говорить «лишь о неизбежном отмирании государства, подчеркивая длительность этого процесса, его зависимость от быстроты развития высшей фазы коммунизма и оставляя совершенно открытым вопрос о сроках или о конкретных формах отмирания»[1].

Что требуется для отмирания государства и права? Какие условия для этого необходимы? Отвечая на эти вопросы, сторонники марксизма указывают прежде всего на необходимость создания соответствующих материальных, социальных и иных условий, ведущих к стиранию классовых различий, а также к формированию высокого уровня общественного сознания. Весьма важно, в частности, научить людей работать на общество «без всяких норм права», без всяких принуждений; создавать все необходимые условия для того, чтобы «основные правила человеческого общежития» со временем стали для всех людей привычкой[2].

Эта благородная по своей природе, но и утопическая цель — освободить будущее человечество от государства и права, от любых форм

---

[1] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 33. С. 96.

[2] Там же. С. 95, 102.

государственно-правового давления и принуждения, сделать всех в высшей мере сознательными и свободными — не только объявлялась в теории, но и ставилась на практике. В Конституции СССР 1977 г. (в преамбуле) провозглашалось, например, что «высшая цель Советского государства — построение бесклассового коммунистического общества, в котором получит развитие общественное коммунистическое самоуправление».

Развитое социалистическое общество объявлялось «закономерным этапом» на пути построения бесклассового общества, а общенародное государство и общенародное право считались важными вехами на пути отмирания государства и права.

Это была теория, развивавшаяся в нашей и других странах, называвших себя социалистическими, в течение ряда десятилетий. Однако иной была практика. Закрепляя, например, в Конституции СССР 1936 г. за советскими гражданами широкий круг прав и свобод, предоставляя их теоретически, государственная власть во многих случаях действовала совершенно по-иному практически. Политические репрессии конца 30-х годов, ссылки, незаконные осуждения тысяч невиновных свидетельствуют о глубоком противоречии в тот период социалистической государственно-правовой теории и практики.

Столь же далекой от марксистской теории была проводившаяся в нашей и других странах в последующие годы практика государственно-правового строительства по ряду весьма важных направлений. Она касалась, например, природы и характера общенародного государства и общенародного права, которые теоретически объявлялись институтами всех слоев и классов общества, а практически находились в руках правящих кругов; государственного устройства Советского государства, которое теоретически считалось федеративным, а на деле всегда оставалось унитарным.

Глава VII

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО ПЕРЕХОДНОГО ТИПА

§1. Некоторые особенности государства и права переходного типа

В отечественной и зарубежной юридической литературе наряду с рассмотрением проблем, касающихся традиционных типов государств и правовых систем, определенное внимание уделяется также проблемам государства и права переходного типа. Терминологически эти государства и правовые системы обозначаются по-разному, а именно — как «переходные государства и правовые системы», «переходные состояния государств и правовых систем» и т. п., но суть вопроса от этого не меняется. Они были и остаются государственно-правовыми системами, находящимися «на переходе» от одного государства и права к другому: *от рабовладельческого к феодальному, от феодального к капиталистическому*, от капиталистического к социалистическому и, наоборот, от социалистического (или псевдосоциалистического) к буржуазному, капиталистическому.

Переходные состояния государства и права не являются чем-то необычным, а тем более исключительным, свойственным какому-то региону или же отдельно взятой стране. Это явление общее для всех государств и правовых систем, объективно существующее во всех странах и регионах мира. Оно имеет место на протяжении всей истории развития государства и права. Конкретное же выражение переходное состояние государственно-правовой системы находит в период развития государства и права между двумя различными типами государственно-правовой материи.

При этом не имеет принципиального значения то обстоятельство, что типология государств и правовых систем может проводиться или проводится не только на формационной основе (на основе критериев, «привязанных» к общественно-экономической формации), но и на цивилизационной основе (на основе критериев, неразрывно связанных с цивилизацией). Разница при этом заключается лишь в том, что в последнем случае вместо «традиционных», ставших своего рода классическими в мировой литературе,— рабовладельческих, феодальных и других типов государства и права будут фигурировать иные их типы[1]. Межтиповое, переходное состояние государства и права как объективно существующее явление сохраняется в любом случае, независимо от того, как типы государства

[1] *Бродель Ф.* Материальная цивилизация, экономика и капитализм XV — XVIII вв. М., 1992; *Шемякин Я. Г.* Проблема цивилизации в советской научной литературе 60—80-х годов / История СССР. 1991. № 5. С. 84—101.

и права и само их переходное состояние понимаются или как они называются.

Разумеется, не будет большого прегрешения, а тем более ошибкой сказать, что государство и право, а вместе с ними общество, политическая система и отдельные социально-политические институты находятся в переходном состоянии всегда, с учетом их постоянного функционирования и развития, сопровождающегося непрерывным их «переливанием» из одного качества в другое, постоянного перехода их из одного качественного состояния в другое. Однако, согласно сложившемуся в научной литературе представлению, под переходным типом (видом, состоянием) государства и права имеется в виду все же не процесс их развития вообще или их постоянное «переходное» состояние как таковое, а лишь их определенное, *межтиповое состояние государства и права*, возникающее при переходе их от одного типа к другому.

Каждое государство и право, равно как и любая политическая система, отмечалось в связи с этим в отечественной литературе, будучи историческими категориями и определенными типами социально-политических явлений, институтов и учреждений, существует и функционирует в рамках определенных общественно-экономических формаций.

Вместе с тем в их развитии, так же как и в развитии всего человеческого общества, «как в прошлом, так и в настоящем встречаются переходные состояния, т. е. периоды перехода от одной общественно-экономической формации к другой»[1]. Именно такие переходные состояния привлекают к себе внимание исследователей, занимающихся проблемами государства и права не только в обычных, относительно стабильных условиях их развития и функционирования, но и в экстремальных, кризисных ситуациях.

Ведь у государства и права, так же как и у любого иного социального организма, бывают периоды не только взлетов, бурного роста и развития, но и затяжных кризисов, болезней, наконец, периоды их постепенного угасания и падения.

Отмечая это обстоятельство, французский юрист М. Ориу писал в начале XX в., что каждое государство, в любые эпохи подвержено болезням и кризисам. Болезнями государства, писал он, мы называем те причины, которые возникают внутри самого государства и которые в общем являются результатом «или особого властолюбия, вызывающего заговоры, или чрезмерного развития какого-либо из идеальных принципов, гармоническое равновесие которых образует нормальный режим государства»[2].

Что же касается кризисов, зачастую провоцирующих переходное состояние государства и права, то они подразделяются автором «с исторической точки зрения» на две категории. А именно — кризисы, возникающие в период роста и централизации государств и правовых систем, когда еще молодое государство «самоутверждается, укрепляет свою

---

[1] *Юдин Ю. А.* Политические системы независимых стран Тропической Африки. (Государство и политические партии). М., 1975. С. 4.

[2] *Ориу М.* Основы публичного права. С. 723.

власть и само является ареной жестокой борьбы за завоевание власти», и кризисы, «происходящие в период децентрализации» зрелых, давно сложившихся государств[1].

Изучение причин и истории болезней государства и права, равно как и поражающих их кризисов, имеет весьма важное значение не только в теоретическом, но и в практическом плане. Оно помогает не только глубже и разностороннее понять сущность и содержание переходного состояния того или иного государства и права, но и установить правильный диагноз их кризисных заболеваний, а вместе с тем определить наиболее оптимальные пути и средства выхода из создавшегося положения.

Особо важное значение это имеет в настоящее время для России, находящейся на переходном этапе своего развития от псевдосоциализма к капитализму, а также для бывших социалистических стран Восточной Европы, республик Прибалтики и стран СНГ, проходящих такой же путь.

Переходное состояние государства и права — это всегда весьма сложное, внутренне противоречивое, нередко весьма болезненное состояние государства, права и самого общества, связанное с критической переоценкой своего прошлого и с мучительным выбором своего (в очередной раз в истории «единственно правильного пути» развития) ближайшего и отдаленного будущего. Знание настоящих причин и условий, вызвавших кризисное состояние государства, правовой системы и общества, имеет при данных обстоятельствах принципиальное значение.

Мое внимание, писал по этому поводу еще в середине XIX в. известный русский историк Т. Н. Грановский, всегда приковывали к себе так называемые переходные состояния общества, переходные эпохи в истории человечества. Меня влекла к ним не только «трагическая красота», в какую они были облачены, но и желание «услышать последнее слово всякого отходящего, начальную мысль зарождающегося порядка вещей». Мне казалось, подчеркивал автор, что только здесь «опытному уху можно подслушать таинственный рост истории, поймать ее на творческом деле»[2].

Переходное состояние современного общества, а вместе с ним государства и права, несомненно, в значительной мере отличается от их переходного состояния в более ранние века. В отечественной литературе в связи с этим совершенно справедливо отмечалось, что «современные переходные процессы имеют целый ряд характеристик, существенно отличающих их от аналогичных социальных сдвигов в прошлые века истории человечества»[3].

Среди этих особых характеристик указывается, в частности, на то, что: а) переходные явления и процессы в настоящее время имеют не локальный, как это было раньше, а глобальный характер; б) для перехода на новую ступень эволюции в силу особенностей развития современного

---

[1] *Орцу М.* Указ. Соч. С. 723—724.

[2] *Грановский Т. Н.* Лекции по истории средневековья. М., 1986. С. 315.

[3] *Мощелков Е. Н.* Переходные процессы в России. М., 1996. С. 4.

общества уже недостаточно только политических и социально-экономических изменений, а необходимо учитывать «новую модель взаимодействия человека и природы», принимать во внимание «не только социальные, но и ноосферные измерения»; в) угрозы, подстерегающие современное общество в переломную эпоху, «создают объективные предпосылки как для объединительного процесса в политической, экономической, экологической и других общественных сферах, так и для выработки новых нравственных норм». В настоящее время нужны «универсальные нравственные императивы», способные облегчить существование человека в эпоху болезненной ломки ценностей, ориентиров, мироощущений; г) в переходный период на современном этапе развития общества неизмеримо возрастают, по сравнению с прошлым, возможности «активного вмешательства человека в ход преобразовательных процессов»[1].

Наряду с названными особенностями переходного состояния современного общества, а вместе с ним государства и права, в отечественной и зарубежной литературе указывается также и на другие особенности. О некоторых из них мы будем говорить позднее, при рассмотрении переходного состояния современного Российского государства, а также стран СНГ. А сейчас акцентируем внимание на *общих чертах и признаках,* а также на условиях возникновения и развития *государства и права переходного типа, независимо от временных или любых иных факторов их существования и функционирования.*

Что объединяет государства и правовые системы переходного типа XX в. с аналогичными по своему характеру государствами и правовыми системами средневековья? Что между ними общего, позволяющего говорить о них, как о переходных типах государства и права, и что у них особенного? И вообще, можно ли говорить об общности государств и правовых систем, существующих в разных временных измерениях, когда одни из них в XVII — XIX вв. представляли собой государства и правовые системы, переходящие от феодализма к капитализму, а другие — в XX в., официально провозгласили в качестве своей основной цели переход от социализма к капитализму?

Отвечая на данные и им подобные вопросы, следует *обратить внимание прежде всего не на их конкретную, материализующуюся в их повседневной жизни социально-классовую сущность,* их специфические, обусловленные строго определенными историческими рамками и условиями жизни содержание и назначение, *а на их общие, присущие им как однородным, однопорядковым явлениям и понятиям признаки и черты.*

Несомненно, государство и право переходного типа *обладают всеми теми же признаками и чертами, которые свойственны любому государству и праву.* Однако, в отличие от государств и правовых систем «классических» типов (рабовладельческий, феодальный и т. п.), они обладают и своими особенностями. Среди них можно назвать следующие.

---

[1] *Мощелков Е. Н.* Указ. соч. С. 4—5.

Первое. Все государства и правовые системы переходных типов возникают, по общему правилу, не иначе как в результате различных социальных потрясений в виде революций, войн, неудавшихся радикальных реформ.

В качестве конкретных примеров, подтверждающих данный тезис, можно сослаться на революцию XVII в. в Англии (1640—1659), положившую начало становления первого буржуазного государства и права в Европе и в этой стране; на буржуазную революцию XVIII в. во Франции (1789—1794), по праву названную Великой французской революцией, которая послужила мощным социальным импульсом для перехода государства и права Франции и многих других стран от феодализма к капитализму; на Октябрьскую революцию 1917 г. в России, положившую начало, согласно официальной и академической версии, переходу государства и права России, а затем и многих других стран от капитализма к социализму.

В зависимости от конкретно-исторических условий той или иной страны формы, темпы, средства воздействия революций или иных им подобных социальных явлений на государственную и общественно-политическую жизнь, равно как и обусловленные этим воздействием темпы становления нового государства и права, далеко не одинаковы.

В юридической литературе совершенно обоснованно в связи с этим указывается, в частности, на то, что в борьбе с феодальными порядками буржуазия добивалась наибольших успехов в тех случаях, когда она «действовала в союзе с народом, опираясь на революционные выступления трудящихся масс»[1]. В этих странах, где антифеодальные настроения крестьянства и плебейских низов городского населения оказали непосредственное воздействие на политическую позицию буржуазии, принципы буржуазной государственности и права реализовывались быстро и наиболее полным образом. Типичным примером в данном случае может служить Франция.

В тех же странах, где революции были недостаточно глубокими[2], а их лидеры, склонные к компромиссу с феодальными силами, не стремились к радикальному сокрушению средневековых государственных и правовых учреждений, становление новых, буржуазно-демократических порядков, а вместе с ними и переходное состояние государства и права охватывали длительный период времени. Одним из подтверждений этому может служить Англия.

---

[1] История государства и права зарубежных стран. Часть II / Отв. ред. О. А. Жидков, Н. А. Крашенинникова. М., 1991. С. 3—4.

[2] Справедливости ради следует сказать, что понятие «глубинность» революций не всеми авторами разделяется. Так, известный русский философ и публицист В. Розанов, живший на рубеже XIX—XX вв., писал, что революция имеет только два измерения — «длину и ширину, но не имеет третьего измерения — глубины». И вот по этому качеству, заключал автор, «она никогда не будет иметь спелого, вкусного плода; никогда не завершится» (*Розанов В. В.* Границы закона // Сумерки просвещения: Сб. М., 1990. С. 106).

В отличие от Великой французской революции, *вызревавшей и проистекавшей в условиях жесткой конфронтации* экономически сильной, но политически бесправной буржуазии с феодальной монархией, дворянством и поддерживающей их церковью, английская буржуазная революция протекала совсем в иных условиях. А именно — *в условиях компромисса буржуазии с обуржуазившейся частью класса феодалов,* называвшейся в истории «новым дворянством». В результате этого в стране длительное время сказывалась незавершенность революции, выразившаяся в сохранении крупного, феодального по своему характеру землевладения, удержании новой земельной аристократией значительной политической власти, в сохранении ряда феодальных институтов, включая довольно сильную королевскую власть.

Последовавшие за этой революцией в XVIII и XIX вв. аграрная и промышленная революции в Англии в конечном счете, как отмечалось в литературе[1], обеспечили господствующее положение капиталистическим производственным отношениям и лидерство промышленной буржуазии в осуществлении политической власти. *Но для этого потребовалось около двух веков,* на протяжении которых полуфеодальная, аристократическая политическая система Британии медленно и постепенно превращалась в буржуазно-демократическую систему и соответственно полуфеодальные государство и право полностью трансформировались в буржуазные государственно-правовые институты.

Второе. Переходное состояние государства, права и самого общества содержит в себе несколько возможных вариантов дальнейшей эволюции социальной и государственно-правовой материи, альтернативу развития государства, права и общества по тому или иному пути.

Например, современное переходное состояние России и других бывших социалистических или псевдосоциалистических стран содержит в себе альтернативу их развития в направлении созидания общества, государства и права по образцу или раннего (дикого) капитализма, или позднего («монополистического») капитализма, или социал-демократизма, или же любого иного «изма». Вместе с тем оно предоставляет власть имущим, определяющим судьбы этих стран и народов на данном историческом отрезке времени, возможность выработки своего собственного видения пути развития государства, права и общества с учетом исторических и иных традиций своей страны, уровня развития экономики и культуры общества, особенностей быта народа, нации или доминирующих этнических групп.

Наличие реальной альтернативы в переходный период, возможность настоящего выбора пути развития государства и права определяются многими объективными и субъективными факторами. Среди них: экономические возможности государства и общества, соотношение противоборствующих сил, интеллектуальные возможности новоявленных вождей и политических лидеров, степень их политической ангажированности и зависимости извне, характер идеологических установок власть имущих

[1] История государства и права зарубежных стран. Часть II. С. 14—15.

и оппозиции, способность их к компромиссам, а также к совместной выработке концепции развития переходного государства и права, к проведению основных ее положений в жизнь, уровень их политической гибкости и степень их идеологической зашоренности и др.

Эти и иные им подобные факторы действуют в основном *на обыденном политическом, а точнее — политико-прагматическом уровне.* Однако наряду с ними есть и другого рода факторы, проявляющиеся *на более высоком, философско-историческом, интеллектуальном уровне.*

Суть их заключается в том, что при определении пути развития государства и права в переходный период, при выработке его концепции за основу берутся не только действующие на исторически ограниченном отрезке времени и пространства факторы, краткосрочные выгоды и интересы, но и философские воззрения, касающиеся всего исторического процесса развития государства и общества, а также представления интеллектуальной элиты данной страны о том, какой путь развития государства и общества следует считать прогрессивным, а какой — регрессивным.

Так, руководствуясь в процессе выбора пути развития советской «перестроечной» и постсоветской России *марксистским мировоззрением,* власть имущие должны были бы прийти к выводу, что единственным, «исторически верным» и прогрессивным путем развития страны является ее развитие по пути от капитализма к социализму, а затем — в направлении дальнейшего совершенствования социализма.

Собственно этой концепции вплоть до 90-х годов и придерживались, по крайней мере официально, все государственные деятели России и стран СНГ, занимавшие высшие посты, бывшие партийные функционеры и поддерживающие их ныне отставные легионеры.

Наиболее ярко и убедительно это звучало в многочисленных выступлениях бывшего генерального секретаря ЦК КПСС М. С. Горбачева, ратовавшего за проведение «перестройки» в нашей стране и за «дальнейшее совершенствование развитого социализма».

«Сегодня,— говорил оратор на очередном пленуме ЦК КПСС 23 апреля 1985 г.,— мы вновь подтверждаем преемственность стратегического курса, разработанного XXVI съездом партии и последующими Пленумами ЦК. В ленинском понимании преемственность означает непременное движение вперед, выявление и разрешение новых проблем, устранение всего, что мешает развитию. Этой ленинской традиции мы должны следовать неукоснительно, обогащая и развивая нашу партийную политику, нашу генеральную линию на совершенствование общества развитого социализма»[1].

Аналогичные уверения генерального секретаря и других высших партийных функционеров в «преданности линии партии» и делу совершенствования социализма следовали во множестве других их выступлений, вплоть до «полного и окончательного» развала СССР и последовавшего затем превращения их самих, с изменением ситуации в стране

[1] *Горбачев М. С.* Избранные речи и статьи. М., 1985. С. 8.

и угрозой потери власти, из «преданных делу партии и народа» коммунистов в ярых антикоммунистов, из привилегированных социалистов в «процветающих капиталистов». Налицо пример элементарного политического цинизма и не менее заурядной конъюнктуры. Это — предмет изучения психологии, этики, социологии, отчасти — криминологии и других наук.

Нас же сейчас, в рамках рассматриваемой темы, интересует другое. А именно — констатация того, что последовательно придерживающаяся марксистского мировоззрения «элита» должна была бы в процессе выбора пути развития государства в переходный период следовать концепции отрицания капитализма как регрессивной, «отживающей стадии развития общества» и совершенствования социализма как «прогрессивной стадии» развития государства и общества. Субъективные особенности этой «элиты» помешали ей выполнить в России ее «историческое предназначение».

Руководствуясь же в переходный период в процессе выбора пути развития государства и общества *немарксистским мировоззрением,* нынешние власть имущие в России и в других бывших социалистических странах идут по иному пути. А именно — по пути созидания рыночной экономики и «построения подлинно демократического» правового государства и общества.

Разновидность созидаемого при этом капитализма — «народный», «олигархический», «с национальной спецификой» и т. п.— не имеет принципиального значения. Главное в том, что это — не социализм, а капитализм и что выбор пал не на первый, а на второй.

При данном мировоззренческом подходе «плюс» поменялся на «минус», и наоборот. То, что прокламировалось как прогрессивное, стало представляться в качестве регрессивного, а то, что официально представлялось регрессивным, стало настойчиво выдаваться за прогрессивное.

Разумеется, и в этом случае элемент политического цинизма и конъюнктуры, несомненно, имел место. Однако применительно к интеллектуальной элите, обладающей влиянием на процесс выбора пути развития общества и государства, а также средствами воздействия на саму власть, огромное значение имеют и сугубо мировоззренческие, философские факторы. *Непреходящая значимость при этом отводится различному пониманию исторического процесса и социально-политического прогресса.*

Прямолинейное, «хронологическое» понимание исторического процесса и социально-политического прогресса, согласно которому мир, непрерывно развиваясь по восходящему пути — «исторической» спирали[1], последовательно движется от одной, менее совершенной и прогрессивной стадии своего развития, к другой, более совершенной и прогрессивной, от рабовладельческой общественно-экономической формации, в рамках которой возникают и развиваются рабовладельческое государство и право, к коммунистической общественно-экономической формации, в пределах которой функционирует высшее по своему

[1] *Гегель.* Лекции по философии истории. М., 1993. С. 118—126.

типу социалистическое государство и право,— такое понимание исторического процесса и прогресса с неизбежностью приводит к выводу о том, что социалистический путь развития России и других стран является более совершенным и прогрессивным, нежели капиталистический.

Любое иное представление об историческом и социально-политическом прогрессе логически приводит к совершенно иному выводу.

Так, взяв за основу своих рассуждений в процессе выбора пути развития государства и общества переходного типа «хронометрическое» представление об историческом процессе и социально-политическом прогрессе, согласно которому *вся мировая история, а вместе с ней и мировой прогресс развиваются не по прямой, точнее — спиралеобразной восходящей линии, а циклически,* неизбежно придем к выводу о том, что во всем мире, равно как и в отдельно взятой стране, нет заранее предопределенных прогрессивных или регрессивных стадий развития государства и общества. *Все относительно и условно, ибо история повторяется по истечении определенного времени, цикла.*

Представление о циклическом характере развития истории не оставляет никаких шансов ни для марксистов Востока (включая бывший СССР и другие социалистические страны), еще совсем недавно говоривших с государственных и партийных трибун об исключительности, подлинной ценности и прогрессивности социалистического строя, ни для их противников на Западе, постоянно твердящих то же самое в отношении капиталистического строя.

И восточный, социалистический, и западный, капиталистический, пути развития с точки зрения циклического характера всемирной истории отнюдь не являются эталонами общественного и государственного развития. Каждый из них заключает в себе и весьма прогрессивные, оптимистические начала, и не менее регрессивный, печальный конец[1].

В отношении социализма, а точнее — псевдосоциализма, который на протяжении десятков лет усиленно практиковался в СССР и других странах Восточной и Центральной Европы, история довольно наглядно показала несостоятельность данной, искусственно созданной псевдомарксистской модели. В отношении же противостоящей ей западной социально-политической конструкции Истории, по утверждению многих, весьма маститых ученых, еще предстоит сказать свое веское слово.

Западный мир, писал вскоре после Второй мировой войны широко известный английский историк А. Тойнби, «стал очень обеспокоен собственным будущим, и наше беспокойство есть естественная реакция на угрожающую ситуацию, в которой мы оказались. А ситуация действительно угрожающая». Обзор исторического пейзажа в свете известных нам данных, продолжал автор, показывает, что «к настоящему моменту история повторилась около двадцати раз, воспроизводя общества такого вида, к которому принадлежит наш Западный мир», и что, за вероятным исключением нашего собственного общества, «все представители

[1] См.: *Березовская Л. В., Ковалев А. М.* Россия на пороге XXI века. Философско-социологическое исследование. Л., 1998; *Ильин В. В.* Новый минимум для России: путь в будущее. М., 2001, и др.

этого вида обществ, называемых цивилизациями, уже мертвы или находятся в стадии умирания». Более того, когда мы детально рассматриваем эти мертвые или умирающие цивилизации, сравнивая их между собой, «мы находим указания на повторяющуюся схему процесса их надлома, упадка и распада»[1].

Ничто «не может помешать» западному миру, заключает ученый, последовать данному историческому прецеденту, «совершив социальное самоубийство»[2].

Единственным путем спасения современной западной (капиталистической) цивилизации является, по мнению А. Тойнби, соединение ее лучших, прогрессивных черт с аналогичными чертами восточной (социалистической) цивилизации, создание на этой основе единого, способного отвечать на вызов истории мирового правительства и государства.

Что нам нужно делать, чтобы спастись? — вопрошал автор и отвечал. В сфере политики — «установить конституционную кооперативную систему мирового правительства». В области экономики — найти работающие компромиссы «между свободным предпринимательством и социализмом». В области духовной — «вернуть светские суперструктуры на религиозное основание»[3].

Сегодня у нас, в западном мире, констатировал А. Тойнби, предпринимаются все усилия, чтобы найти пути к достижению всех трех целей. Но это — весьма амбициозное предприятие, которое потребует «тяжелейшего труда и огромного мужества, прежде чем нам удастся заметить хоть какое-то продвижение к цели»[4].

Третье. Переходное состояние государства, права и самого общества, на базе которого они возникают и развиваются, *неизбежно связано с резким изменением характера и масштабов традиционных экономических связей, временным расстройством экономики, ослаблением материальной основы государства и правовой системы, резким падением уровня жизни значительной части населения.*

Это своего рода печальная закономерность, свойственная всем переходным этапам, которая особенно ярко проявилась в последнюю декаду, в период «развернутого строительства» рыночных отношений в современной России и других бывших социалистических странах, на пути их «обратного перехода» от социализма к «народному» или «олигархическому» капитализму.

Отмечая это обстоятельство, некоторые авторы вполне справедливо указывают на то, что такого рода эксперименты нередко приводят к гражданским войнам и другим негативным социальным последствиям. В таких условиях правительства ряда стран зачастую «оказываются неспособными остановить галопирующую инфляцию и нейтрализовать не-

---

[1] *Тойнби А.* Цивилизация перед судом истории: Сборник. М., 1995. С. 39.

[2] Там же. С. 40.

[3] Там же.

[4] Там же.

гативные последствия, порожденные длительной экономической неопределенностью»[1].

Четвертое. Для переходного типа государства и права свойственно временное ослабление их социальных и политических основ в силу происходящей в стране переоценки социально-политических ценностей среди значительной части населения, неизбежных при этом ее колебаний между старой и новой государственной властью и политической элитой, в силу возникающего нередко при этом социального напряжения, общественного смятения и хаоса.

Изучая состояние общества и умонастроение широких слоев населения Франции в переходный период, великий французский писатель-романтик Ф. Шатобриан не без горечи отмечал также заметное падение в таких весьма неопределенных условиях общественных нравов, веры в человеческую доброту, гуманность и справедливость.

Революции, констатировал он, сметают со своего пути не только старый мир, но и *сокрушают нравственность*[2]. Что стало бы с родом человеческим, рассуждал автор, если бы люди всегда «изощрялись в оправдании нравов, достойных осуждения, если бы они силились воодушевить нас отвратительными примерами, пытались выдать за успехи века, за воцарение свободы, за глубину гения деяния натур низких и жестоких? Не смея ратовать за зло под собственным именем, люди прибегают к увертками».

Остерегайтесь, предупреждал Шатобриан, «принять эту тварь за духа тьмы, это ангел света!». Всякое уродство при этом считается красивым, всякий позор — почетным, всякая гнусность — возвышенной, всякий порок — достойным восхищения. В результате «мы вернулись к тому материальному языческому обществу, где всякое извращение имело свой алтарь»[3].

Подобное состояние общества оказывало в переходный период негативное воздействие не только на многочисленную рать властей предержащих, но и на само французское государство.

В настоящее время мы имеем, с сожалением констатировал Шатобриан, «самое зрелое и передовое государство», обнаруживающее, однако, все признаки переходной стагнации и упадка, «как смертельно больной человек озабочен тем, что ждет его в могиле, так вымирающий народ беспокоится о своей грядущей судьбе. Отсюда сменяющие друг друга политические ереси»[4].

Старый порядок в Европе, продолжал автор, «близок к смерти». От него уже не осталось почти ничего. «Авторитет опыта и возраста, рождения и гения, таланта и добродетели — все отринуто; смельчаки, кото-

---

[1] Status of Economic reforms in Cooperation Partner Countries in mid — 1990 s; Oportunities, Constrains, Security Implications. Colloque. 28—30. June, 1995. Bruxelles, 1995. P. 275.

[2] *Шатобриан Ф.* Замогильные записки. М., 1995. С. 579.

[3] Там же.

[4] *Шатобриан Ф.* Указ. соч. С. 582.

рые, взобравшись на вершину развалин, объявляют себя исполинами; скатываются вниз пигмеями». За исключением двух десятков людей, которым назначено «держать факел над мрачными ступенями, куда мы вступаем,— за исключением этих немногочисленных людей, поколение, щедро наделенное умом, впитавшее знания, готовое к многообразным победам, потопило все свои задатки в суете, столь же неплодотворной, сколь бесплодна его гордыня». Безымянные толпы волнуются, сами не ведая отчего, как «волновались народы в средние века: изголодавшиеся стада, не знающие пастыря, мечутся с равнины на гору и с горы на равнину, пренебрегают опытом наставников, закаленных ветром и солнцем»[1].

На основе своих наблюдений Шатобриан отмечает, что *в переходный период* «всё *преходяще, вера и нравственность отринуты или понимаются всяким по-своему*». В вещах менее возвышенных наблюдается «неспособность убедить и выжить: сердце славы бьется от силы один час, книга стареет через день, писатели убивают себя в надежде привлечь внимание, но тщетно — никто не услышит даже их последнего вздоха»[2].

При таком «расположении умов», приходит к выводу автор, естественно, что люди «не видят иного средства растрогать, кроме как живописать сцены казни и торжество порока». Они забывают, что «подлинные слезы — те, что исторгает прекрасная поэзия, те, где восхищение смешано с болью»[3].

Находясь в смятении в переходный период, многие из прежних, весьма сознательных членов общества ищут себе душевное утешение и успокоение в вере в загробную жизнь, предаются во множестве своем несбыточным иллюзиям, впадают в попытках выхода из жизненного тупика во всевозможные пороки.

При этом они зачастую вовсе не замечают, как образно живописал еще Шатобриан, что «мы окружены монархами», которые лишь воображают себя монархами, министрами, которые мнят себя министрами, депутатами, которые принимают свои речи всерьез, хозяевами, которые, владея состоянием утром, полагают, что будут владеть им и вечером. «Частные интересы, честолюбивые помыслы скрывают от черни серьезность момента. Как бы ни казались важны насущные хлопоты, они не более чем рябь над пучиной — суете на поверхности вод не уменьшить их глубины. Не отказываясь от мелких, ничтожных лотерей, род человеческий играет по-крупному: короли еще не выпустили карты из рук, но игру они ведут от имени народов»[4].

Пятое. Переходный тип государства и права, помимо названных особенностей, отличается, как правило, доминированием в системе разделения государственных властей исполнительно-распорядительной власти.

---

[1] *Шатобриан Ф.* Указ. соч. С. 582.

[2] Там же.

[3] Там же.

[4] Там же.

Обусловливается это как объективными факторами, так и субъективными. *Среди объективных факторов* выделяются прежде всего природа и характер исполнительно-распорядительной (или просто исполнительной) власти. А именно — ее мобильность, оперативность, действенность, способность к быстрой концентрации и эффективному использованию материальных, духовных, финансовых и иных средств.

В числе субъективных факторов важное значение имеют экономические, политические и иные интересы отдельных групп людей или конкретных лиц, оказывающих решающее влияние на исполнительную власть, а также профессиональные и личные качества людей — непосредственных носителей исполнительной власти.

В подтверждение тезиса о доминировании исполнительно-распорядительной власти в переходный период над всеми другими ветвями государственной власти можно сослаться, в частности, на исторический опыт Франции конца XVIII — начала XIX в., когда исполнительная власть (по Конституции 1799 г.) фактически сосредоточивалась в руках первого консула Наполеона, а после реставрации Бурбонов, согласно Хартии 1814 г.— в руках короля.

Согласно Конституции 1799 г. первый консул назначал и отзывал по «собственной воле» членов Государственного Совета, обнародовал законы, назначал и отзывал министров, посланников и «других ответственных внешних представителей», а также офицеров армии и флота, членов местной администрации, правительственных комиссаров при судах. Кроме того, он назначал «уголовных и гражданских судей, равно как и судей мировых и кассационных, без права их отстранения от должности»[1].

В соответствии с Хартией 1814 г. король Франции как исключительный носитель исполнительной власти, а также как глава государства и «начальник всех вооруженных сил» имел право объявлять войну, заключать международные договоры, утверждать и обнародовать законы, издавать распоряжения и указы, «необходимые для исполнения законов и для безопасности государства», формировать правительство — Совет министров, назначать на любые должности в сфере государственного управления.

Следует отметить, что Хартия не предусматривала никакой ответственности короля и правительства перед представительным органом. Вместе с тем, выдвигая на первый план исполнительную власть, она акцентировала особое внимание на том, что король, будучи главой государства и исполнительной власти, принимает активное участие, во взаимодействии с палатой пэров и палатой депутатов, в осуществлении законодательной власти[2].

Доминирование исполнительной власти в переходный период над всеми остальными властями постоянно прослеживалось в последующие годы и в других странах.

---

[1] Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / Под ред. З. М. Черниловского. М., 1984. С. 247.

[2] История государства и права зарубежных стран. Ч. II /Отв. ред. О. А. Жидков, Н. А. Крашенинникова М., 1991. С. 65—66.

Шестое. Наряду с отмеченными признаками и чертами государство и право переходного типа отличаются и другими особенностями. Среди них: повышение роли субъективного фактора в развитии государства и права; органическое сочетание в государственно-правовом механизме элементов старого и нового; периодическая смена в процессе развития общества государственных форм и режимов и др.

§ 2. Основные задачи и направления деятельности государства переходного типа

Переходный период в развитии любой страны, в том числе и России,— это особый этап эволюции не только государства и права, но и самого общества, на базе которого они возникают и развиваются, экономики, политической и социальной жизни, идеологии. Процесс перехода от одного типа государства и права к другому уже в силу этого является весьма сложным, многогранным и довольно противоречивым процессом, происходящим в сфере как государственно-правовой, так и общественно-политической жизни.

Находясь в центре данного процесса и оказывая на него, как правило, огромное влияние, государство в данный период решает *две взаимосвязанные между собой и дополняющие друг друга комплексные задачи или, точнее, группы задач. Одна из них связана с реорганизацией самого государственного механизма* — изменением его сущности, содержания, форм организации, методов деятельности, структуры. *Другая же группа задач касается изменения общества, реформирования экономики, установления новых ориентиров во внутренней и внешней политике, формирования новой официальной идеологии.*

В прямой зависимости от характера и видов стоящих в переходный период перед государством задач находятся и основные направления его деятельности. Естественно, что экономическое и социально-политическое содержание задач и основных направлений деятельности каждого отдельного государства обусловливается целым рядом объективных и субъективных факторов.

Огромное значение среди них имеет *временной,* точнее — *исторический фактор.* Суть его заключается в том, что, несмотря на общее название «переходное состояние» и многие общие черты, свойственные любому переходному типу государства и права, все же конкретное их содержание, а следовательно, содержание основных направлений деятельности государства и решаемых им задач обусловливается в каждом случае историческим опытом развития конкретного общества, уровнем развития экономики конкретной страны, характером и типом сложившихся в обществе отношений.

Вполне понятно в связи с этим, что на современном этапе развития международного сообщества основные направления деятельности и задачи, решаемые, например, государством переходного типа в странах Африки, Азии или Латинской Америки будут значительно отличаться от

основных направлений деятельности и задач, решаемых такого же типа государствами в странах Восточной и Центральной Европы.

Аналогично обстоит дело и с государствами, существовавшими в разные исторические эпохи. «Технология» и формы их перехода из одного «типового» состояния в другое, несомненно, проявляются как внешне сходные, однопорядковые феномены, а конкретное содержание основных направлений их деятельности и решаемых ими задач будут далеко не одинаковыми.

Исходя из всего сказанного, можно сделать вывод о том, что при изучении государства переходного типа, а также основных направлений его деятельности и решаемых им задач весьма важным представляется исходить не только и даже не столько из их общеродовых признаков и черт, свойственных любому государству, находящемуся в переходном состоянии, сколько из присущих каждому государству экономических, социально-политических и иных особенностей.

Общая концепция государства переходного типа, его общеродовые признаки определяют лишь общие ориентиры и направления исследования данной тематики, позволяют выявить общие закономерности возникновения и развития «переходных» государств, увидеть каждое переходное состояние государства в свете других аналогичных ему государств. Что же касается сущности и содержания каждого конкретного «переходного» государства, основных направлений его деятельности и решаемых им задач, то они определяются только в каждом отдельном случае, применительно к каждому конкретному обществу, экономическому и технологическому уровню его развития, к каждой отдельной стране.

В дальнейшем, при рассмотрении основных направлений деятельности государства переходного типа и решаемых им задач, будем опираться лишь на материал, касающийся современной России и других бывших социалистических государств.

На вопрос об основных направлениях деятельности и характере задач, решаемых данными государствами на современном этапе, ни в юридической, ни в иной научной литературе нет однозначного ответа. Последний обусловливается *различными подходами к определению места и роли государства в переходный период, различными политическими и идеологическими воззрениями.*

Западные авторы выделяют четыре таких подхода. *Первый из таких подходов* к установлению места и роли государства в переходный период *сводится к тому, что государство рассматривается как «всеохватывающий» и «всюду проникающий» феномен.* Такая трактовка государства переходного типа ассоциируется с тоталитарным государством и, естественно, не имеет никакой перспективы.

Второй подход сводится к тому, что государство, будучи «тотально коррумпированным», призвано выражать волю и защищать интересы правящей коррумпированной элиты. Многочисленные примеры существования такого государства демонстрируют страны «третьего мира» и частично новые, переходящие от социализма к капитализму государства.

Третий подход ассоциируется с формированием и функционированием в переходный период *либерального государства,* основные направления деятельности которого и задачи сводятся исключительно к «обеспечению общества лишь всем самым необходимым»[1]. Этот подход наиболее распространен на Западе и в политико-идеологическом плане считается одним из самых перспективных при переходе от плановой, централизованной экономики к рыночной, децентрализованной, от социализма к капитализму.

Политической и идеологической базой такого подхода служат *идеи либерализма,* сформированные еще в конце XVIII — начале XIX в. такими известными идеологами буржуазии, как англичанин И. Бентам (1748—1832), и адаптированные к новым условиям по мере развития общества их последователями.

Имея своим первоначальным объектом воздействия общественные отношения, складывающиеся при переходе от феодализма к капитализму и на ранних стадиях развития капитализма, идеи либерализма стали впоследствии активно переноситься и на другие отношения, вплоть до тех, которые возникают и развиваются в переходный период от капитализма к социализму.

С помощью идей либерализма в настоящее время стали активно оправдываться в России и других бывших социалистических государствах существующие, порой разрушительно сказывающиеся на экономической, социальной и государственной структурах отношения. Кроме того, посредством этих идей стимулируется возникновение новых, аналогичных по своему характеру общественных отношений.

Согласно основным постулатам либерализма государству и праву в переходный период отводится, по сравнению со стихийными процессами саморегулирования, происходящими в различных сферах жизни общества и экономики, довольно заурядная роль. *В области экономических отношений* государство должно выполнять лишь функции «ночного сторожа», охраняя эту сферу извне и не вмешиваясь в возникающие в ее пределах общественные отношения. Согласно разработанной И. Бентамом на базе либеральных идей теории утилитаризма, исходящей из того, что «природа подчинила человека власти удовольствия и страдания» и что «принцип пользы» подчиняет все наши действия и помыслы «этим двум двигателям», государство не должно вмешиваться ни в процесс производства, ни в процесс обмена, ни в процесс распределения произведенных продуктов и товаров, а также в отношения между работодателем и работополучателем, ибо они сами, руководствуясь «моральной арифметикой», определяют характер своих отношений и условия договора, исходя из «собственной пользы».

Позднее, как известно, этот постулат был существенно изменен. Принцип полного невмешательства государства в производственные отношения вначале был вытеснен принципом их частичного правового регулирования, а затем принципом достижения и заключения тройственно-

[1] *Aslund A.* The Role of the State in the Transition to Capitalist // *Moore Y.* (ed.) Legacies of the Collapse of Marxism. L., 1994. P. 181.

го соглашения между представителями работодателя, работополучателя и государства.

В области социальных отношений государство, согласно идеям И. Бентама, заложенных в основу либерализма, должно решать лишь одну главную, хотя и весьма общую по своему характеру, задачу. А именно задачу достижения «наибольшего счастья для наивозможно большего числа членов общества».

Основным целевым назначением государства и «предметом законодательства,— просвещал И. Бентам,— *должно быть общественное благо». «Общая польза* должна быть основой всякого рассуждения в области законодательства». Вся проблема, однако, состоит в том, пояснял автор, чтобы определить, «в чем заключается благо данного общества», и целое искусство состоит в том, чтобы «найти средства для осуществления этого блага»[1].

Будучи выражен «в общей и неопределенной форме», продолжал И. Бентам, принцип пользы или общего блага всего общества весьма редко оспаривается, ибо на него смотрят, как «на некоторого рода общее место морали и политики». Но это единодушное согласие — только кажущееся. С этим принципом не всегда связывают одинаковые идеи. Ему не всегда придают одно и то же значение. Он не служит источником «определенной системы рассуждения — последовательной и единообразной»[2].

Для того чтобы принцип пользы и общественного блага, делал вывод мыслитель, приобрел «ту силу, которую он должен иметь», другими словами, чтобы сделать из него основу общей теории, надо выполнить три условия.

Это, прежде всего, связать со словом «польза» понятия ясные и точные, которые могли бы оставаться «совершенно одинаковыми у всех, кто им пользуется». Затем «установить единство и независимость этого принципа, строго выделив все, что ему чуждо». И наконец, «найти метод моральной арифметики, при помощи которой можно было бы прийти к однообразным результатам»[3].

Эти же условия наряду со многими другими нужно выполнить, чтобы общая задача защиты принципа пользы и общего блага, стоящая перед государством, рассматриваемым во всей его многогранной деятельности под углом зрения либерально-утилитарных идей, стала более предметной и осязаемой.

Наконец, *четвертый подход к определению места и роли государства в переходный период от социализма к капитализму ассоциируется с созданием и функционированием социал-демократического государства.*

Важнейшей особенностью последнего, по мнению западных экспертов, является прежде всего то, что оно, по сравнению с либеральным

---

[1] *Бентам И.* Принципы законодательства // Зарубежная политическая мысль: истоки и эволюция. М., 1997. Т. I. С. 556.

[2] Там же.

[3] Там же.

или любым иным проектируемым для создания в переходный период государством, обладает максимально высоким уровнем социальной ответственности перед населением[1].

Теория социал-демократического государства неразрывно связана с такими родственными ей теориями, как доктрины «государства всеобщего благоденствия», «социального государства», концепция «народного капитализма» и ряд других ей подобных «измов».

На практике они оказались в основе своей, как показывает опыт некоторых высокоразвитых в промышленном отношении стран, где эти теории, по утверждению их сторонников и последователей, успешно прошли апробацию, не чем иным, как чисто пропагандистскими, политическими доктринами. Основное их содержание сводилось к обоснованию преимущества и правомерности существования капиталистического государства по сравнению со всеми другими государствами. В этом смысле все эти доктрины ничем не отличаются от прежней советской доктрины «общенародного государства».

Что же касается теории социал-демократического государства и возможности ее внедрения в современной России и других странах, находящихся в переходном состоянии, то этот процесс если и имеет место, но находится лишь в зачаточном состоянии и никак не обнаруживает себя. В практическом же плане *в сфере государственно-правовой жизни господствует либерализм.*

Он, несомненно (по крайней мере теоретически), имеет определенные положительные стороны. Ибо еще *Бентам с либеральных позиций ратовал за то, чтобы любое государство имело своей «единственной и безусловной целью» обеспечение счастья людей.*

Добрые нравы, писал он, так же как и равенство, свобода, справедливость, могущество, обходительность и даже религия,— все это «вещи почтенные, которые законодатель должен иметь в виду», но которые слишком часто вводят его в заблуждение, так как он «рассматривает их не как средства, а как цель. Он заменяет ими искание счастья вместо того, чтобы подчинить их ему»[2].

Так, «в области политической экономии», пояснял автор, правительство, будучи всецело занято заботами о торговле и богатствах, «смотрит на общество только как на мастерскую, на людей — как на орудия производства и, довольствуясь тем, что обогащает их, мало заботится о том, что причиняет им страдания». Таможни, банки, государственные бумаги поглощают все его внимание. Правительство остается равнодушным к массе бедствий, которые могло бы исцелить. Оно добивается только того, чтобы производилось как можно больше средств и орудий наслаждения, и в то же время беспрестанно ставит все новые затруднения самой возможности наслаждаться[3].

Эти и иные им подобные рассуждения Бентама и других зачинателей и продолжателей либеральных идей несомненно свидетельствуют

---

[1] *Aslund A.* Op. cit. P. 181.

[2] *Бентам И.* Указ. соч. С. 557.

[3] Там же.

о наличии позитивных моментов в содержании последних. Однако применительно к государственно-правовому и общественному развитию России и других бывших соцстран эти позитивные моменты господствующего либерализма никак не проявляются вовне, а угадываются лишь теоретически.

В то же время многие отрицательные его моменты проявляются в этих странах — в виде непрекращающейся за последние годы деградации экономики, общества и самого государства, практически[1]. Не случайно поэтому в современном научном мире России, в частности, на Московской международной научно-практической конференции «Век отечественной социал-демократии (к 100-летию I съезда РСДРП)», проходившей 14 марта 1998 г., довольно актуально звучали слова о том, что «сегодня традиции отечественной и международной социал-демократии вновь оказываются востребованными после нескольких лет либеральной шоковой терапии. Потребности социальной сбалансированности общества выдвигают социал-демократическую идеологию на первый план в качестве стратегической модели социально-экономического развития России».

Следует отметить, что если либеральный путь развития страны в переходный период ставит перед государством одни задачи и соответственно обнаруживает при этом одни направления его деятельности, связанные в основном с созданием благоприятных условий для реальных и потенциальных конкурентов в области экономики, а также с минимальным государственным вмешательством в жизненно важные сферы общества, то социал-демократическая модель ориентирует переходное государство на несколько иные задачи.

В рамках этой модели государство прежде всего осуществляет всю ту деятельность, которая связана с переходом от централизованной плановой экономики к децентрализованной, рыночной экономике, с созданием различных форм собственности и условий для «добросовестной» конкуренции. Но вместе с тем оно не остается безучастным к разнообразным процессам, которые происходят не только в экономической, но и во всех других сферах жизни общества.

Важными задачами и соответствующими им основными направлениями деятельности государства социал-демократической ориентации в переходный период являются:

а) перестройка системы социального страхования и социального обеспечения на новый социал-демократический лад;

б) введение в систему образования и медицинского обеспечения, которые до этого были и в значительной мере остаются прерогативой государства, наряду с публичными элементами частных элементов;

в) совершенствование системы физического и духовного воспитания граждан с целью привития им новых социальных, политических, отчасти этических и иных ценностей;

г) перестройка трудовых отношений в изменившихся условиях на новый, партнерский лад;

---

[1] См.: *Фроляков И.* Погружение в бездну. М., 2001.

д) сосредоточение внимания и усилий соответствующих государственных органов в сфере экономики не только и даже не столько на макроэкономических, сколько на микроэкономических проблемах, и др.

Всей этой и иной ей подобной, *социально ориентированной деятельностью* государство, с точки зрения сторонников его социал-демократической модели, должно заниматься не само по себе, а во взаимодействии с другими, негосударственными организациями. Кроме того, разрешая «переходные», довольно специфические проблемы, государство социал-демократического толка не должно упускать из виду и других его повседневных для любого государства проблем. Имеется в виду его деятельность по сохранению и поддержанию экономического, политического, социального, военного и иного потенциала страны, по защите национальных и государственных интересов, по усилению гарантий, обеспечению и защите прав и свобод граждан и др.

Органическое сочетание временных, реформаторских задач и соответствующих направлений деятельности государства с традиционными для любого государства задачами и направлениями деятельности имеет принципиальное значение. Ибо перекос в сторону традиционной для государства повседневности, рутинности чреват консерватизмом и застоем. Перекос же в сторону радикального реформизма, граничащего с официальным социально-политическим и экономическим экстремизмом, независимо от того, в какие формы он облекается и как выражается, опасен подрывом национальной экономики, социальной структуры, системы образования и культуры, разрушением национальных обычаев и традиций, падением уровня жизни основных слоев населения, разрушением конституционно-правовой системы и государственной структуры.

Ключевым критерием оценки полезности и прогрессивности всякого рода реформистских (эволюционных) и революционных преобразований, осуществляемых государством в переходный период, является степень благотворного влияния их на дальнейшее развитие экономики, науки, культуры, создание и совершенствование новых технологий, усиление гарантий прав и свобод граждан, повышение их материального и духовного благосостояния.

Если же этого не происходит в процессе проводимых революционных преобразований и реформ, то для общества они, независимо от того, с какими благими намерениями проводятся, теряют всякий смысл. Более того, если они ухудшают положение в стране, ведут к падению промышленного и сельскохозяйственного производства, снижают жизненный уровень населения, разрушают вековые обычаи и традиции, дезорганизуют общество и само государство, ставят их в экономическую, финансовую и иную зависимость от других держав, то такого рода преобразования нельзя считать полезными для данного общества и государства даже в том случае, если они проводятся под лозунгами демократического, прогрессивного преобразования или создания идеального государственного и общественного строя в будущем. Независимо от субъективных намерений и пожеланий властей предержащих при этом такого рода реформы и революционные преобразования отбрасывают

экономику страны, а вместе с ней государство и общество на задний план и носят по отношению к ним откровенно реакционный характер.

Оценивая роль государства, а также характер и последствия экономических и социально-политических преобразований в России в переходный период, западные исследователи констатировали в середине 90-х годов, что первые попытки либеральной трансформации здесь провалились и что в стране возникла такая ситуация, при которой «невозможны ни движение вперед, по пути к демократии, ни возврат назад — по пути к автократии»[1].

В академических и отчасти в политических кругах России и других бывших соцстран, находящихся в переходном состоянии, применительно к роли государства и права в этих условиях стала разрабатываться концепция некой идеальной модели или «идеального типа перехода к демократии»[2]. По замыслу ее авторов, она должна сочетать в себе на разных стадиях ее реализации одновременно и черты либерализма, и социал-демократизма, и иных им подобных «измов».

Всего выделяется четыре стадии реализации данной модели:

1) либерализация политической жизни, предполагающая институционализацию гражданских свобод, контролируемое «приоткрытие» режима; 2) демонтаж устаревших институтов — составных частей прежней политической системы; 3) демократизация общественно-политической жизни страны; 4) принятие мер к «ресоциализации» граждан, т. е. к позитивному восприятию новых ценностей и вновь создаваемой политической системы[3].

Данная модель ориентирована в основном на политическую сферу жизни общества, на переход ее из одного, автократического, состояния в другое, демократическое. Однако она может применяться и в иных сферах.

Естественно, как и всякая модель, она является не более чем моделью. Реальная жизнь гораздо богаче и разнообразнее, тем более в переходный период, нежели ее концептуально изображают или же с помощью различных схем и моделей отражают.

Намного сложнее и разнообразнее задачи, решаемые государством в данный период, и его деятельность, осуществляемая на данном этапе. Они не вмещаются ни в рамки либерализма, ни в сложившиеся постулаты социал-демократов, ни в каноны любой иной, даже самой идеальной «переходной» модели.

Независимо, например, от того, какая из этих концепций взята власть имущими в переходный период в отношении вооружения, *государство на этом этапе вынуждено заниматься не только преобразовательной деятельностью и решать соответствующие задачи, но и уделять повышенное внимание охранительным функциям,*

---

[1] *Gligorov V.* The Great Transformation Revisited // Balkan Forum. Yol. M., 1996, № 4. P. 25, 29.

[2] *Харитонова О. Г.* Генезис демократии. Попытка реконструкции логики транзитологических моделей // Космополис. Альманах. М., 1997. С. 36—69.

[3] Там же. С. 40.

предохраняя самое себя, экономику и общество от распада. В особенности это касается, как показал печальный опыт бывших СССР и Югославии, государств с федеративным устройством.

Как верно подмечается в научной литературе, *государство даже в обычных условиях «постоянно находится* в некотором логическом поле *между двумя опасностями».* Одна — возможность превратиться в «жесткую абстракцию абсолютного, проводящую унификацию, игнорирующую разнообразие». Такое государство имеет шансы погибнуть в результате подавления сил общества, лишения его жизненно важных творческих ресурсов, разрушения механизмов диалога как источника эффективных решений. Другая опасность заключается в том, что «бесконечное разнообразие элементов, частей общества будет утверждать себя, противостоя государству, и тем самым дезорганизуя и в конечном счете разрушая его»[1]. Подобная опасность разрушения государства и распада общества в переходный период многократно возрастает. Ибо именно в этот период «разброда и шатаний» в обществе и государстве, как никогда раньше, усиливаются центробежные силы, растет национализм и экстремизм, бурно развиваются дезинтеграционные процессы.

Такого рода явления имеют место во всех странах. Но особенно актуальными после развала СССР они стали в России. Заслуживают особого внимания предостережения западных экспертов относительно того, что одни и те же «центробежные силы», которые раньше погубили горбачевские реформы и разрушили Советский Союз, в настоящее время «угрожают дезинтеграции реформируемой России»[2].

Особые задачи стоят в переходный период перед государством и в связи с необходимостью создания новой монетарной и финансовой системы, обеспечением безопасности страны, коренным изменением правовой системы, установлением и *поддержанием в новых условиях торговых, кредитных и иных отношений с окружающим (внешним) миром.*

Внутренние изменения, происходящие в России и других странах, находящихся на пути перехода от социализма к капитализму, отмечается в научной литературе, неизбежно ведут к изменениям в отношениях и с внешним миром. Характер этих изменений в силу ослабления позиций «переходных» государств в значительной мере предопределяется полностью сохранившими и даже умножившими за этот период свой потенциал западными странами. Это касается не только малых по своим территориальным и иным возможностям государств, но и самой России.

Несколько категоричными представляются слова известного русского философа И. А. Ильина, сказанные задолго до реформирования России, о том, что «европейцам нужна дурная Россия: варварская, чтобы «цивилизовать» ее по-своему; угрожающая своими размерами, чтобы ее можно было расчленить; завоевательная, чтобы организовать коалицию про-

---

[1] *Ильин В. В., Ахнезер А. С.* Российская государственность: истоки, традиции, перспективы. М., 1997. С. 282.

[2] The New Russia. Troubled Transformation. Ed. by *Zarides G.* Oxford, 1995. P. 79.

тив нее; реакционная, религиозно-разлагающаяся, чтобы вломиться в нее с пропагандой реформации или католицизма; хозяйственно-несостоятельная, чтобы претендовать на ее «неиспользованные» пространства, на ее сырье или, по крайней мере, на выгодные торговые договоры и концессии». Однако в этих словах есть огромная доля правды. Жизнь во многом подтверждает высказанные автором суждения. В силу этого *перед государством в переходный период,* наряду с обычными, периодически возникающими в сфере внутренней и внешней политики проблемами, *стоят также проблемы специфические.* На него возлагается задача не только обеспечения динамизма в проведении экономических и социально-политических реформ и поддержания стабильности внутри общества и государства, но и сохранения их полной самостоятельности во всех сферах жизни и обеспечения их внешней независимости.

§ 3. Особенности конституционного законодательства в переходный период

Конституционное законодательство переходного периода представляет собой систему конституционных актов — законов, действующих на данном этапе в той или иной стране. Наряду с конституцией государства эта система включает в себя все законы, с помощью которых вносятся в нее изменения, дополнения или же проводятся изъятия из нее отдельных положений. К системе конституционных актов относятся также законы, издание которых предусмотрено самой конституцией.

Согласно, например, Конституции России 1993 г. в число таких законов входят: Федеральный конституционный закон, определяющий порядок деятельности Правительства РФ (п. 2 ст. 114); федеральные конституционные законы, устанавливающие полномочия, порядок образования и деятельности Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и иных федеральных судов (п. 3 ст. 128); Федеральный конституционный закон, устанавливающий порядок принятия в Российскую Федерацию и образование в ее составе новых субъектов Федерации (п. 2 ст. 65); Федеральный конституционный закон, определяющий порядок и условия изменения статуса отдельного субъекта или нескольких субъектов Федерации (п. 5 ст. 66), и др.

Характер, сущность и содержание конституционного законодательства, так же как и другие его отличительные параметры, никогда не оставались неизменными, застывшими. Они постоянно развиваются. Каждому этапу развития общества — его экономическому, социально-политическому, культурному и иному уровню — всегда соответствует определенный уровень развития конституционного законодательства.

Разумеется, абсолютного соответствия при этом нет и не может быть. Но стремление законодателя к наиболее полному соответствию конституционного законодательства, условиям жизни и уровню развития общества, к адекватному отражению в нем происходящих в обществе процессов всегда существует. В особенности это касается отражения

в конституции соотношения противодействующих друг другу и одновременно взаимодействующих друг с другом социально-классовых и иных общественных сил.

Любая конституция, доказывал еще в прошлом веке один из ранних немецких социалистов, Ф. Лассаль (1825—1864), есть не что иное, как «действительное отношение сил страны»[1].

Существует ли в стране, задавался вопросом автор, какая-нибудь регулирующая, постоянно действующая сила, которая оказывала бы влияние на все издаваемые в стране законы, «влияла бы так, чтобы законы эти в известных границах всегда были таковы, как они есть, и не могли бы быть иными?» И тут же: «На этот вопрос мы должны ответить утвердительно». Такая сила существует. И сила эта есть «то фактическое соотношение сил, которое существует в данном обществе. Эти действующие соотношения сил присущи всякому обществу. Они составляют постоянно действующую силу, определяющую все законы и все правовые учреждения данного общества и делающую их такими, как они есть, и никакими другими»[2].

Понятно, что речь при этом шла не о формальных конституционных законах, а о реальных конституционных актах. Ф. Лассаль, а вслед за ним и многие другие исследователи вполне оправданно различали два вида конституций: а) *конституции действительные,* отражающие «реально существующее соотношение общественных сил страны» и б) *конституции писаные,* которые в отличие от первых нередко представляли собой «лист бумаги»[3].

Конституции действительные, реальные являлись, по мнению автора, *не чем иным, как действительным общественным укладом. Они существовали во все времена и во всех странах.*

Каждая страна, убеждал Ф. Лассаль, «не может не иметь какую-нибудь реальную конституцию, какой-нибудь общественный уклад, хороший или дурной, все равно. И это так же верно, как верно то, что всякий организм, всякое дело имеет свое строение, свою, говоря иначе, конституцию. Это так понятно: ведь должны же в каждой стране существовать какие-либо реальные отношения между общественными силами»[4].

Что же касается новейшего времени, продолжал автор, *то для него характерной является не эта действительная, а только писаная конституция.* Или, иначе говоря, «лист или листы бумаги». В новейшее время «повсеместно наблюдается стремление установить писаную конституцию, собрать на одном листе бумаги, в одном акте основания учреждений и правительственной власти всей данной страны»[5].

---

[1] *Лассаль Ф. О* сущности конституций // Конституционное право. Общая часть: Хрестоматия / Автор вступ. ст. и сост. Н. А. Богданова. М., 1996. С. 44.

[2] Там же. С. 41.

[3] Там же. С. 45.

[4] Там же.

[5] Там же. С. 45.

По мере развития общества и изменения в нем соотношения сил меняется и соотношение между этими видами конституций.

Писаная конституция, справедливо отмечал Ф. Лассаль, только тогда будет «хорошей и долговечной», когда она будет находиться в «полном соответствии с конституцией действительной», иными словами, если она будет адекватно отражать «фактически существующее в стране соотношение общественных сил»[1]. Если же она не будет соответствовать конституции фактической, действительной, то между ними «неизбежно, рано или поздно, произойдет столкновение», и предупредить его «нет возможности». В результате писаная конституция, «этот лист бумаги, этот акт, неизбежно побеждается конституцией естественной, действительными соотношениями между общественными силами страны»[2].

Рассуждения Ф. Лассаля о видах конституции и об их соотношении друг с другом несомненно распространяются на все конституционное законодательство и имеют рациональное начало, но с определенными оговорками, например, о понятии и содержании действительной конституции, о ее вечности и принадлежности всем странам, об обусловленности ее только соотношением общественных сил, о сведении любой писаной конституции a priori к «клочку бумаги» и др. Эти суждения можно применить не только к анализу конституционного законодательства «традиционного» типа, но и переходного периода.

В переходный период, в силу его динамичности и относительной быстротечности, *особенно ярко проявляется как реальный, так и формальный характер конституции и других конституционных актов;* обнаруживается совпадение или, наоборот, несовпадение формальной, писаной конституции с реальной, жизненной «конституцией» — самой жизнью со всеми ее сложностями и противоречиями; выявляется адекватность или же неадекватность отражения в конституции реальных экономических и социально-политических процессов, происходящих в обществе, а следовательно, ее жизненность или же искусственность.

В том случае, если конституция адекватно отражает и, соответственно, закрепляет сложившиеся и складывающиеся в обществе и государстве переходного типа отношения, она, несомненно, способствует развитию этих отношений, а вместе с ними развитию общества, государственного права и даже ускоряет его. В противном же случае она искусственно тормозит их эволюцию.

В связи с особенностями переходного периода, и в первую очередь с его быстротечностью и динамизмом, в отечественной и зарубежной литературе неоднократно вставал даже вопрос о реальной возможности и целесообразности принятия на этом этапе самих конституций.

Вполне логично и закономерно при этом ставился вопрос: можно ли вообще в условиях резко и весьма радикально изменяющейся экономической, социально-политической и иной среды создать фундаменталь-

---

[1] *Лассаль Ф.* Указ соч. С. 45.

[2] Там же.

ный, долго работающий, а не сиюминутный нормативно-правовой акт в виде конституции, который адекватно отражал бы и эффективно закреплял подобного рода быстротекущие общественные отношения?

Ответ на этот вопрос применительно к переходному состоянию общества и государства дается далеко не однозначный.

Противники безоговорочного принятия конституции переходного этапа исходят из того, что в таком акте есть теоретический и практический смысл лишь тогда, когда в стране профессионально отлажен механизм принятия поправок, внесения изменений и дополнений в Конституцию, а также механизм толкования различных положений Конституции. Такая ситуация складывалась, например, в США, где Верховный Суд имеет поистине непревзойденный опыт смысловой интерпретации Конституции страны, а также в других странах, где толкованием конституции традиционно, на высокопрофессиональной основе занимаются конституционные судьи.

В противном случае, утверждают противники принятия конституции в переходный период, быстрое и вместе с тем весьма радикальное изменение закрепленных в конституции «переходных» отношений вызовет ее немедленное старение, отставание от реальной жизни и вновь возникающих в обществе отношений, и как результат этого,— ускоренное выхолащивание и превращение ее из реальной конституции в формальную.

Вместо принятия конституции переходного периода предлагается создать иной, более гибкий и динамичный, но временный конституционный акт. По мере завершения переходной стадии от социалистической, плановой, экономики к капиталистической, рыночной, и установления в обществе на этой основе новых экономических и социально-политических отношений предполагалась замена временного конституционного акта постоянно действующим, фундаментальным, рассчитанным на многие десятилетия.

В отличие от противников принятия конституции в переходный период его сторонники не без оснований уповают на то, что конституция как фундаментальный юридический, экономический и социально-политический акт — это документ не только настоящего, но и будущего. В силу этого она не может ограничиваться лишь закреплением сложившихся отношений на переходном этапе. Не менее важное ее предназначение — создавать условия для возникновения и развития новых общественных отношений, отношений будущего. Уже только этим, по мнению ряда ученых, оправдывается необходимость принятия конституции в переходный период. Уже только поэтому, согласно их логике, можно не придавать принципиального значения тем ее изъянам, которые являются следствием расхождения данной, формально-юридической по своему характеру конституции как «переходного» документа, реалиям жизни в переходный период, конституции фактической.

Представляется, что это глубокое заблуждение, чреватое не только негативными академическими, но и аналогичными им практическими последствиями. А именно — полным отрывом конституции от реальной действительности, утратой доверия к ней со стороны основных слоев населения и, как следствие этого, падением ее эффективности.

Яркие примеры такого рода последствий дают конституции России и ряда других бывших социалистических государств, принятые ими за последние «перестроечные» или постперестроечные, переходные годы. Поспешив объявить себя социальными, демократическими, правовыми государствами без достаточных для того условий и оснований, они тем самым не только выхолостили данные теоретически и практически важные по своим последствиям положения, превратили их в ничего не значащий пропагандистский лозунг, но и в значительной степени подорвали к самим конституциям как фундаментальным актам, адекватно отражающим происходящие в реальной жизни процессы, доверие[1].

В особенности это касается конституций бывших Прибалтийских социалистических республик: Эстонии, Литвы, Латвии — ныне независимых государств, объявивших себя демократическими республиками, но вместе с тем грубо нарушающих права некоренных жителей («неграждан»), огромной части населения этих стран — неэстонцев, нелитовцев и нелатышей.

Что характеризует в целом процесс развития конституционного законодательства в переходный период? Чем он отличается от аналогичных процессов, происходящих в другие периоды? Что общего и особенного в «переходных» конституциях по сравнению с «непереходными»? Каковы основные цели принятия этих конституций и на решение каких задач они направлены?

Отвечая на эти и другие им подобные вопросы, обратимся к конституционному законодательству и к самим конституциям России и ряда других государств — членов СНГ. Однако прежде отметим, что большинство из них, так же как и большинство конституций бывших социалистических государств — стран Восточной и Центральной Европы создавалось при материальном и ином содействии со стороны западных государств и, естественно, несет на себе отпечаток их влияния. Следы такого влияния сказались на всех сторонах конституционных актов, и прежде всего на их сущности и содержании.

В попытках сочетания национальных моментов, сложившегося уклада жизни внутри страны, обычаев и традиций с западным видением путей развития бывших социалистических стран, с его влиянием на весь переходный процесс, включая процесс правотворчества, заключается, помимо всего ранее сказанного, *одна из особенностей формирования и развития конституционного законодательства в переходный период.*

Эта особенность имеет общий, глобальный характер по сравнению с другими особенностями процесса развития всего конституционного законодательства и самих конституций. Она заметно отражается и на всех их остальных, более частных особенностях. Например, на таких, которые связаны с созданием и функционированием в России, на Украине, в Грузии, Туркменистане и ряде других республик весьма сильной президентской власти. В значительной мере эта власть формировалась, так

[1] См.: *Шаблинский И. Г.* Пределы власти. Борьба за российскую конституционную реформу (1989—1995). М., 1997.

же как и сам институт президентства, по образу и подобию президентской власти в США и Франции. В качестве примера можно сослаться на такие особенности конституций, принятых в переходный период, как определение статуса и создание конституционного суда. Этот важный и нужный институт был образован под непосредственным влиянием теории и практики функционирования конституционных судов Австрии, Германии, Италии, других западных стран.

Определенный отпечаток на процесс развития конституционного законодательства и на содержание самих конституций в переходный период в России и других бывших соцстранах наложило то обстоятельство, что вместе с проводимыми в них реформами *это развитие было инициировано «сверху», со стороны правящих кругов, а не «снизу», со стороны широких слоев общества.*

Рассуждая по этому поводу, некоторые авторы вполне резонно замечают, что во многих странах мира радикальные реформы также нередко инициировались «сверху». Однако «важное и принципиальное,— справедливо отмечает А. Ю. Мельвиль,— заключается в том, что в этих случаях понуждение сверху выступает лишь в качестве первичного катализатора глубинных процессов, впоследствии развивающихся в самой толще общества. Затем функции самой власти в основном сводятся к обеспечению институциональной поддержки этих процессов в соответствии с общепринятыми демократическими процедурами»[1].

Другое дело, резюмирует автор,— Россия. Здесь «подход новой власти к реформам (прежде всего в силу ее генетической связи со старой номенклатурой) остается традиционным аппаратным администрированием на всем протяжении посткоммунистического периода, вызывает пагубное для демократической ориентации растущее отчуждение общества от власти. Многочисленные социологические данные фиксируют в российском общественном мнении рост политического разочарования и безразличия, падение доверия к властным институтам и политическим лидерам, уход от общественных в частные интересы»[2].

Аналогичные явления наблюдаются в переходных условиях и в постсоциалистических странах. Первоначально, во время подготовки и принятия новых конституций, они заметно сказались на их содержании. Например, при разработке проекта Конституции 1993 г. административистский взгляд (подход) на проводимые реформы, а также на методы удержания и осуществления государственной власти логически привел авторов этого проекта к необходимости придания институту президентства сверхмощной, «суперпрезидентской» власти, наделения президента правом роспуска нижней палаты парламента — Думы, представляющей через ее депутатов интересы всех слоев общества, предоставления президенту права при определенных обстоятельствах на всей территории страны или в отдельных ее местностях объявлять чрезвычайное положение и др.

---

[1] *Мельвиль А. Ю.* Демократический транзит в России — сущностная неопределенность процесса и его результата // Космополис. Альманах. М., 1997. С. 66.

[2] Там же.

В последующем отсутствие широкой поддержки начатых по инициативе «сверху» проводимых административными методами в различных сферах жизни общества реформ стало негативно сказываться на эффективности реализации конституционных актов, на их применении.

Не подлежит никакому сомнению тот факт, что в случае нарастания положительного потенциала проводимых в бывших соцстранах радикальных реформ и усиления их поддержки со стороны широких слоев населения эффективность конституционного законодательства, юридически опосредующего эти реформы, значительно возрастет.

Выявляя особенности конституционного законодательства переходного периода по сравнению с непереходным, обычным периодом его развития, нельзя не обратить внимание также на следующие обусловливающие их факторы и обстоятельства.

Первое. С помощью конституционного законодательства, и в первую очередь самих конституций, создаются условия для формирования нового государственного и общественного строя.

В конституциях всех постсоветских государств в косвенной форме содержится отказ от прежней концепции государства, государственной власти и общественного строя и одновременно в прямой форме декларируется и закрепляется новая концепция. Прежняя концепция единой системы Советов народных депутатов как основы всей государственности заменяется концепцией разделения властей.

Объявляя одним и тем же, причем единственным источником власти народ, прежние, советские конституции, например *Конституция СССР 1977 г.,* декларировали, что «народ осуществляет государственную власть через Советы народных депутатов, составляющие политическую основу СССР», и что «все другие государственные органы подконтрольны и подотчетны Советам народных депутатов» (ст. 2). Тогда как постсоветские конституции «распределяют» ее на основе провозглашенного принципа разделения властей между различными государственными органами.

Так, согласно *Конституции России* «народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления» (ст. 3). В соответствии с *Конституцией Грузии* «народ осуществляет свою власть посредством референдума, других форм непосредственной демократии и через своих представителей» (ст. 5). Согласно *Конституции Таджикистана* народ, являясь «носителем суверенитета и единственным источником власти», осуществляет ее «непосредственно, а также через своих представителей» (ст. 6).

В целях создания условий для формирования нового государственного и общественного строя конституции постсоветского периода закрепляют форму государственной власти — форму правления и форму государственного устройства; методы ее осуществления — государственный режим; определяют круг органов, осуществляющих государственную власть; устанавливают правовой статус граждан; закрепляют характер отношений государства с гражданами и негосударственными организациями[1].

[1] Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 1994. С. 6—9.

Второе. С помощью конституционного законодательства переходного периода создаются условия для формирования новой системы экономических отношений в обществе, для становления и развития экономической основы нового государственного и общественного строя. Достигается это разными путями. Например, путем провозглашения и конституционного закрепления *концепции перехода* к рыночным отношениям. «Рынок, свободная экономическая инициатива, добросовестная конкуренция,— говорится в связи с этим в *Конституции Республики Молдова* (п. 3 ст. 9),— являются основополагающими факторами экономики». «Государство обязано содействовать развитию свободного предпринимательства и конкуренции,— закрепляется в *Конституции Грузии* (п. 2 ст. 30).— Запрещается монопольная деятельность, кроме допускаемых законом случаев. Права потребителей защищаются законом».

Создание условий для формирования экономических основ нового государственного и общественного строя достигается также путем конституционного закрепления *основных принципов* (например, в п. 1, 2 ст. 9 Конституции Республики Молдова) и *различных форм* собственности.

Закреплению последних уделяется особое внимание. Положение о признании и одинаковой защите различных форм собственности содержится практически во всех конституциях, принятых в переходный период.

Так, в *Конституции России* говорится о том, что в стране «признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности» (п. 2 ст. 8). В *Конституции Украины* закрепляется положение о том, что государство обеспечивает защиту прав всех субъектов права собственности и хозяйствования, социальную направленность экономики. Все субъекты права собственности равны перед законом» (ст. 13). Согласно *Конституции Республики Казахстан* «признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность» (п. 1 ст. 6).

Помимо названных способов создания с помощью конституционного законодательства условий для формирования экономических основ нового государственного и общественного строя, существует целый ряд других путей. Среди них: расширение круга субъектов хозяйствования; упразднение государственной монополии в сфере внешнеторговых операций; возведение в ранг принципиальной, стратегически важной государственной политики кампаний по приватизации государственной (в России — «общенародной») собственности, денационализации бывших общегосударственных объектов и по деколлективизации народного хозяйства; совершенствование финансово-кредитной системы страны и др.[1]

Последней на конституционном уровне особо важное значение придается в *Основном законе Республики Беларусь.* В отличие от других посткоммунистических конституций, в Конституции этой страны вопросам финансово-кредитной системы — ее понятию, содержанию, принци-

[1] См.: *Агафонов Ю. А., Рассказов Л. П., Упоров И. В.* Становление и особенности развития современного российского права. Краснодар, 2000.

пам ее формирования и деятельности посвящается целый раздел. Финансово-кредитная система Республики Беларусь при этом определяется как общая система, включающая «бюджетную систему, банковскую систему, а также финансовые средства внебюджетных фондов, предприятий, учреждений, организаций и граждан» (ст. 132).

Третье. В конституционном порядке закрепляются новые принципы организации и функционирования государственной и общественно-политической жизни.

Так, в каждой постсоветской конституции провозглашается *принцип разделения властей.* Формулировки данного положения не всегда одинаковы, но суть их всегда одна — власть не должна сосредоточиваться в одних руках или в системе каких-либо однородных — законодательных, исполнительных или судебных органов, а должна быть сбалансированно распределена между ними.

Почти во всех конституциях, принятых в переходный период, закрепляется *принцип политического и идеологического плюрализма.*

В Российской Федерации, говорится в *Конституции России,* «признается идеологическое многообразие». Никакая идеология «не может устанавливаться в качестве государственной и обязательной». В Российской Федерации «признаются политическое многообразие, многопартийность» (п. 1—3 ст. 13).

Конституция Таджикистана гласит, что в стране «общественная жизнь развивается на основе политического и идеологического плюрализма» (ст. 8).

В соответствии с *Конституцией Республики Беларусь* демократия в этом государстве «осуществляется на основе многообразия политических институтов, идеологий и мнений» и «идеология политических партий, религиозных или иных общественных объединений, социальных групп не может устанавливаться в качестве обязательной» (ст. 4).

Кроме названных в конституциях постсоветских государств закрепляются также *принципы верховенства закона, департизации государственной жизни, самоуправления, принципы участия* граждан *в управлении делами общества и государства, независимости церкви от государства* и др.

Российская Федерация, декларируется, например, в *Конституции России* в связи с провозглашением принципа независимости церкви от государства, является светским государством. «Никакая религия не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной». Религиозные объединения «отделены от государства и равны перед законом» (ст. 14).

Ни одна идеология, «в том числе и религиозная», утверждается в *Конституции Таджикистана,* «не может устанавливаться в качестве государственной». Религиозные организации «отделены от государства и не могут вмешиваться в государственные дела» (ст. 8).

Государство, провозглашается в *Конституции Грузии,* «признает исключительную роль грузинской православной церкви в истории Грузии и вместе с тем провозглашает полную свободу религиозных убеждений и вероисповеданий, независимость церкви от государства» (ст. 9).

Четвертое. В конституционном законодательстве переходного периода более значительное внимание по сравнению с прежним законодательством уделяется основным правам и свободам граждан.

Явление это вполне естественное и легко объяснимое, если иметь в виду следующие два обстоятельства. Во-первых, то, что переход от любой тоталитарной, авторитарной или иной им подобной системы к демократической (не на словах, а на деле) или к псевдодемократической системе с необходимостью должен сопровождаться реальным или же (что нередко случается) формальным декларированием основных прав и свобод. Переход от социализма, или точнее — псевдосоциализма, ассоциируемого с тоталитаризмом, к капитализму, в политических и идеологических целях зачастую отождествляемого с системой отношений, основанных на принципах демократизма, в этом плане не является исключением.

А во-вторых, расширение прав и свобод граждан для мировой цивилизации вполне естественно и исторически обусловлено.

В научной литературе указывалось на то, что «процесс исторического творчества человека в значительной мере зависит от объема его прав и свобод, определяющего его социальные возможности и блага, обеспечивающие характер жизнедеятельности, систему связей, взаимодействий, отношений между людьми в обществе»[1]. Совершенно справедливо утверждалось также, что «культурный прогресс общества невозможен, если он не вносит принципиально нового в положение личности, если человек не получает с каждой новой ступенью развития минимум свободы, хотя бы классово-исторически ограниченной, но все же расширяющейся от одной общественно-экономической формации к другой»[2].

Среди основных прав и свобод, провозглашаемых в новых конституциях переходного периода, по сравнению с прежними особо выделяются политические права и свободы, право на жизнь, на определение и указание своей национальной принадлежности, право частной собственности, право на «свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной экономической деятельности», право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, право на забастовку, на подачу петиций и др.

Фактически каждая конституция, принятая в переходный период, содержит в себе отдельную главу или даже раздел, посвященный основным правам, свободам и обязанностям граждан. Принципиально важная проблема, связанная с правами и свободами в переходный период, равно как и в иное время, заключается в том, что они весьма широко декларируются, но далеко не всегда гарантируются и реализуются.

Пятое. В конституционных законах переходного периода, по сравнению с конституционными актами прежних периодов разви-

---

[1] Общая теория прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 1996. С. 3.

[2] Указ. соч. С. 3.

тия общества и государства не только провозглашается более широкий круг прав и свобод граждан, но и более открыто и развернуто определяются их ограничения.

Так, в *Конституции России,* объявляющей, что «человек, его права и свободы являются высшей ценностью» (ст. 2), вместе с тем говорится, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом». Эти ограничения допускаются 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» (*п.* 3 ст. 55).

Ограничения прав и свобод граждан России «с указанием пределов и срока их действия» могут устанавливаться также в связи с введением чрезвычайного положения на всей территории страны или же в ее отдельных местностях (ст. 56). В соответствии с законом допускаются и иные ограничения прав и свобод граждан России.

По *Конституции Грузии* «в соответствии с законом, в целях обеспечения необходимой для существования демократического общества государственной и общественной безопасности, охраны здоровья, предотвращения преступности или осуществления правосудия» допускаются ограничения прав граждан на свободное передвижение по территории страны, свободный выбор места жительства, свободный въезд и выезд из Грузии (ст. 22).

В тех же целях, а также для обеспечения территориальной целостности страны, защиты прав и достоинства граждан, «предотвращения распространения информации, признанной конфиденциальной, для обеспечения независимости и беспристрастности правосудия» в стране допускаются ограничения прав граждан на свободное получение и распространение информации, на «высказывание и распространение своего мнения в устной, письменной или иной форме». Допускаются также ограничения на свободную деятельность средств массовой информации (ст. 24). Отдельной статьей Конституция Грузии государству предоставляет «правомочие» на установление «ограничения политической деятельности иностранцев и лиц без гражданства» (ст. 27). Законом устанавливаются и другие ограничения прав и свобод грузинских граждан.

Целый ряд ограничений прав и свобод граждан содержится также в *Конституции Украины.* Так, согласно ст. 34 «в интересах национальной безопасности, территориальной целостности либо общественного порядка с целью предупреждения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья населения, для защиты репутации или прав других людей, для предупреждения разглашения информации, полученной конфиденциально, либо для поддержания авторитета и предвзятости правосудия» законом может быть ограничено осуществление таких прав, как «право на свободу мысли и слова, на свободное выражение своих взглядов и убеждений». Может быть ограничено также право свободно собирать, хранить, использовать и распространять информацию устно, письменно или иным способом (ст. 34).

В Конституции Украины также содержатся «ограничения относительно членства в политических партиях», «относительно членства в профессиональных союзах» (ст. 36) и др.

Шестое. Отличительной особенностью конституционного законодательства переходного периода является, помимо названных, также то, что многие из постсоветских конституций провозглашаются основными законами прямого действия. Так, в *Конституции Российской Федерации* отмечается (ст. 15), что она «имеет высшую юридическую силу, прямое действие» и применяется на всей территории страны. Актом прямого действия считается *Конституция Украины* (ст. 8). Аналогичные положения содержатся в *Конституции Казахстана* (п. 2 ст. 5)[1], других постсоветских и постсоциалистических государств.

Седьмое. Важной особенностью конституционного законодательства переходного периода, по сравнению с прежним периодом, является признание приоритета международного права перед внутригосударственным (национальным).

Исторически вопрос о соотношении международного и национального права решался не всегда одинаково. В конце XIX — начале XX в. в юридической науке и практике доминировала точка зрения о безусловном приоритете внутригосударственного права над международным. В более поздний период и вплоть до настоящего времени преобладает мнение о примате международного права.

Разные подходы к решению проблемы соотношения международного и внутригосударственного права, как справедливо отмечается в данной области, не являются случайными. Они отражают «не только личные позиции тех или иных авторов, но и вполне реальные интересы тех или иных государств». Можно «даже проследить общую тенденцию: сторонники примата международного права чаще всего представляли интересы сильных держав, которые в течение длительного периода оказывали значительное влияние на развитие международного права и, в силу этого, в определенном смысле являлись международными законодателями. Таковыми выступали в первую очередь юристы США и в значительной мере Великобритании и Франции»[2].

В настоящее время, в связи с уходом СССР как сдерживающего фактора с международной арены и превращением двухполюсного, сбалансированного мира в однополюсный мир, на верхушке которого находятся США и их союзники по НАТО, все «вернулось на круги своя».

Под лозунгами «коренным образом изменившегося мира» и изменения сущности международного права, якобы превратившегося из выразителя согласованной воли и интересов отдельных государств и групп государств, каким оно есть на самом деле, в некоего выразителя общечеловеческих ценностей и интересов сильными мира сего в лице «великих» держав и не менее великих их союзников методически проводится

---

[1] Новые конституции стран Восточной Европы и Азии (1989—1992). Сборник конституций / Под ред. Д. Л. Златопольского. М., 1992. С. 34.

[2] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. М., 1994. С. 128—129.

мысль о необходимости установления и поддержания безусловного приоритета международного права над национальным.

Многие современные государства в силу разных причин избегают закрепления приоритетности или же неприоритетности международного права над национальным правом на конституционном уровне. Однако это не относится к конституциям постсоветских и постсоциалистических государств.

Подавляющее большинство из них в разной формулировке содержат в себе соответствующие нормы или статьи.

В *Конституции России,* например, общепризнанные принципы и нормы международного права, так же как и международные договоры Российской Федерации, признаются составной частью ее правовой системы. При этом оговаривается, что «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора» (п. 4 ст. 15).

Аналогичные положения содержатся в конституциях других бывших республик, входивших в состав СССР, и постсоветских государств.

Глава VIII

ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО МИРА

§ 1. Классификация национальных (внутригосударственных) правовых систем и ее значимость

Разрешением многочисленных и разнообразных проблем, связанных с классификацией национальных правовых систем, в западной юридической литературе многие авторы занимаются традиционно, с момента появления в XIX в. в различных университетах Европы первых кафедр, курсов сравнительного правоведения.

В России этой проблематикой стали занимать сравнительно недавно, лишь в 60—80-е годы XX в.

В настоящее время, к началу XXI в., интерес к сравнительному правоведению вообще и к вопросам классификации национальных правовых систем в частности в нашей стране в силу объективных причин (необходимости самоидентификации правовой системы России, унификации торгового, финансового и иного законодательства и т. п.) и субъективных факторов (стремление ученых разных стран к сотрудничеству, расширению научного кругозора за счет познания правовых систем других стран, избежанию национальной ограниченности и «отечественного провинциализма» и т. п.) значительно возрос. Об этом свидетельствуют многочисленные статьи, монографии, учебники и учебные пособия по сравнительному правоведению, а также переводы ряда опубликованных на Западе книг[1].

Прежде чем говорить о классификации национальных правовых систем и ее теоретической и практической значимости, необходимо четко уяснить, какой смысл вкладывается в термин «классификация».

Согласно сложившемуся в отечественной научной литературе представлению «классификация» (от лат. classic — разряд и facere — делать) рассматривается как «система распределения каких-либо однородных предметов или понятий по классам, отделам и т. п. на основе определенных общих признаков»[2]. С логико-философских позиций она определяется как «особый случай применения логической операции деления объема понятия,

---

[1] См.: *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1996; *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение. М., 2001; *Саидов А. Л.* Введение в сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В. А. Туманова. М., 2000; *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. М., 1996; *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I—II. М., 1998, и др.

[2] Словарь русского языка. Т. II. С. 54.

представляющий собой некоторую совокупность делений (деление некоторого класса на виды, деление этих видов и т. д.)»[1].

При этом особое внимание обращается на то, что классификация всегда проводится лишь в определенных целях. Она фиксирует «закономерные связи между классами объектов»; способствует определению места и роли объекта в общей системе объектов; помогает установить наиболее важные, общие для всех объектов качества и свойства. Она подытоживает «результаты предшествующего развития» накопившихся знаний о классифицируемых объектах и их общей системе; более глубокому познанию объектов и их системы; позволяет делать обоснованные прогнозы относительно путей дальнейшего развития и совершенствования как отдельно рассматриваемых объектов, так и всей их совокупности в целом[2].

В зависимости от характера и «степени существенности оснований деления (подразделения)» объектов на виды (подвиды) или классы различают естественную и искусственную классификацию[3]. В основе естественной классификации лежат наиболее важные для классифицируемых объектов признаки. Соответственно в основу искусственной классификации положены вспомогательные признаки.

Аналогичные представления о «классификации» существуют и в зарубежной литературе. С той, однако, разницей, что значительное внимание в процессе классификации уделяется не только общности классифицируемых объектов, но и их особенностям[4].

Применительно к правовой материи классификация как процесс «распределения» однородных объектов по классам, относительно самостоятельным группам, отделам и т. п. практически ничем не отличается от аналогичных действий, совершаемых применительно к любой иной — политической, социальной, физической, биологической и другой материи.

Различие при этом заключается лишь в том, что в качестве объектов классификации выступают не политические, социальные или любые иные институты, факторы, элементы, а правовые. В рассматриваемом случае в качестве таковых берутся национальные (внутригосударственные) правовые системы.

Правовая картина мира, как известно, складывается из множества существующих и функционирующих на современном этапе развития общества национальных правовых систем. Все они в той или иной мере взаимосвязаны, взаимозависимы, оказывают воздействие друг на друга.

Разная степень их взаимосвязи и взаимодействия обусловлена тем, что одни национальные правовые системы имеют больше общих признаков, чем остальные. Другие же, наоборот, отличаются доминирующим ха-

---

[1] Философский словарь. С. 157.

[2] Философский энциклопедический словарь. С. 256—257.

[3] Там же. С. 257.

[4] См.: Webster's New Universal Unabridged Dictionary. P. 334; Dictionary of Sociology. P. 43.

рактером специфических черт и особенностей по отношению друг к другу; имеют между собой гораздо меньше общего, чем особенного.

Среди сотен существующих в современном мире правовых систем многие из них обладают доминирующими сходными чертами. Эти сходства, как правило, обусловливаются одними и теми же или «очень близкими между собой типами общества», общими или «очень сходными историческими условиями развития общества», общей или «очень сходной религией», а также другими аналогичными им обстоятельствами[1].

Наличие общих признаков и черт у разных правовых систем позволяет классифицировать их между собой или подразделять их в зависимости от тех или иных общих признаков и черт-критериев на отдельные группы, или *правовые семьи*. В научной и учебной юридической литературе *правовые семьи понимаются в общем плане, как правило, в качестве совокупности национальных правовых систем, выделенных на основе общности их различных признаков и черт. Разумеется, это не исключает других представлений о правовых семьях и группах правовых систем.*

Необходимость классификации правовых систем вызывается следующими причинами. Во-первых, сугубо научными, *познавательными и «образовательными»*, ибо глубокое и разностороннее познание правовой картины мира требует не только ее общего (и с неизбежностью в значительной мере поверхностного) рассмотрения, но и изучения ее по отдельным частям, вбирающим в себя сходные правовые системы. Только глубокое и всестороннее изучение последних, взятых сначала сами по себе, а затем — в их взаимосвязи и взаимодействии друг с другом, позволяет дать четкую, адекватно отражающую реальную действительность, правовую картину мира.

А во-вторых, это обусловливается сугубо практическими целями *унификации действующего законодательства и совершенствования национальных правовых систем*. П. Круз вполне оправданно указывает на то, что одной из важнейших причин (если не самой главной) такой классификации явилось стремление юристов — теоретиков и практиков «обеспечить если не полную, то, по крайней мере, хотя бы частичную, но основную, наиболее существенную часть процесса унификации всех цивилизованных правовых систем»[2].

Данное мнение разделяется и другими авторами. Ибо вполне очевидно, что любая — полная или частичная унификация будет проводиться тем успешнее, чем теснее она будет связана с классификацией.

Последняя, объединяя правовые системы между собой по цивилизационному (системы, находящиеся на одном уровне развития), географическому (системы, существующие на одном континенте), региональному (системы, функционирующие в одном регионе) и иным общим для классифицируемых правовых систем внешним и внутренним признакам, несомненно, создает для процесса унификации права самые благоприятные предпосылки, делает данный процесс более динамичным и целенаправленным.

---

[1] *Bogdan M.* Comparative Law. Kluwer, 1994. P. 82.

[2] *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993. P. 28.

Классификация, а точнее, ее результаты — объединенные между собой на основе общих признаков и черт правовые системы, избавляет законодателей и исследователей, занимающихся проблемами унификации, от необходимости предварительного анализа и выявления правовых систем, более или менее «склонных» к взаимному сближению друг с другом, к глубокой унификации или лишь к внешней гармонизации своих отдельных сторон или аспектов.

Практика многих стран подтверждает, что между сходными правовыми системами, относящимися к одному и тому же типу, гораздо больше предпосылок к унификации, нежели между правовыми системами, относящимися к разным группам, видам или семьям.

Например, между правовыми системами мусульманских стран (Ливия, Иран, Ирак, Афганистан и др.) в силу самой их религиозной природы и характера гораздо больше сходства, а следовательно, и объективных предпосылок для унификации, чем, скажем, между ними, с одной стороны, и правовыми системами англосаксонских стран (Великобритания, Канада, Австрия, США, Новая Зеландия и др.) — с другой.

Однако классификация в практическом плане отнюдь не сводится лишь к установлению общих признаков и черт группируемых правовых систем и тем самым — к созданию или выявлению предпосылок, необходимых для унификации. В научной литературе в связи с этим совершенно справедливо отмечалось, что это дело самого исследователя-компаративиста решать в процессе классификации правовых систем, равно как и при проведении других сравнительно-правовых «операций», на какие стороны исследуемых объектов обращать внимание — только ли на их сходные черты, только на особенности или же одновременно анализировать те и другие[1].

Выбор того или иного подхода зависит от многих факторов, и в первую очередь от разделяемых автором правовых ценностей, сходства или различия правовой идеологии, степени близости правовых систем друг к другу, наконец, от непосредственных целей сравнительного исследования правовых систем.

М. Богдан в связи с этим замечает, что иногда, особенно когда речь идет о тесно связанных друг с другом правовых системах, таких, например, как правовые системы соседних штатов США Нью-Йорк и Нью-Джерси, больше внимания исследователями уделяется их различию, нежели сходству. В других же случаях, особенно когда сравниваются различные правовые системы, больший интерес могут представлять их общие или сходные черты, чем особенности. Например, при сравнении таких сходных между собой институтов, как свобода заключения контрактов, свойственная большинству правовых систем, нет необходимости говорить об очевидном — их идентичности. Гораздо больший интерес представляют их особенности — содержание, механизм заключения и осуществления договоров, гарантии и т. д.[2]

---

[1] *Bogdan M.* Op. cit. P. 68.

[2] Ibid. P. 69.

Однако не следует упускать из виду то вполне понятное и очевидное обстоятельство, что в целях классификации правовых систем как одной из предпосылок их унификации основное внимание уделяется все же выявлению их сходства, на основе которого группируются правовые системы, нежели рассмотрению их особенностей. Анализ последних, несомненно, имеет немаловажное значение как для классификации права, так и для его унификации. Тем не менее по сравнению с анализом сходных черт и особенностей правовых систем применительно к данному случаю он неизменно уходит на второй план.

Помимо формирования необходимых предпосылок для унификации права классификация правовых систем имеет важное практическое значение и в других отношениях. Выступая как одно из проявлений функций сравнительного правоведения, она позволяет на фоне всей совокупности правовых систем глубже и разностороннее исследовать отдельные правовые системы, увидеть их достоинства и недостатки, выработать практические рекомендации и предположения по их частичному совершенствованию или же полному реформированию, способствует своеобразному «обмену опытом» между различными правовыми системами в плане их наиболее оптимального построения и функционирования, создает предпосылки для заимствования наиболее оправдавших себя норм, принципов и институтов одних правовых систем другими.

Разумеется, при всех проявлениях практической значимости процесса классификации национальных правовых систем и в особенности процесса *заимствования* их друг у друга речь идет не о некой механической «операции», а о творческом подходе и учете при этом исторических, национальных, экономических, политических и других условий и особенностей той или иной страны. Только при таком подходе можно рассчитывать на то, что вновь вводимые или переносимые из других правовых систем институты, нормы или принципы будут не только формально значиться в структуре новой правовой системы, но и эффективно осуществляться.

Многовековой опыт разностороннего заимствования одних правовых систем у других показывает, что в данном вполне естественном для всех без исключения стран процессе наряду с подавляющим большинством положительных примеров есть немало и отрицательных или по крайней мере спорных моментов.

В качестве последних в отечественной литературе указывается, в частности, на неоправданность введения в современной России *института президентства,* заимствованного, как известно, сначала СССР, а затем и Россией из государственно-правовой теории и практики ряда зарубежных стран, и прежде всего Франции и США. Оспаривая «правомерность» и обоснованность введения данного института в нашей стране, его открытые противники или скрытые оппоненты (в основном из правящих кругов) апеллируют к позитивному опыту работы Верховных Советов СССР и союзных республик — высших представительных органов в стране, к отсутствию каких бы то ни было «президентских» традиций и обычаев в России, прямо или косвенно противопоставляют «президен-

тализм» парламентаризму. Далеко не всегда это звучит убедительно, поскольку в России до установления режима «президентализма», ассоциируемого в сознании масс нередко с авторитаризмом, многие столетия существовал авторитарный по своей природе и характеру царизм.

Институту парламентаризма в противоположность «президентализму» отдается предпочтение, как известно, и многими зарубежными авторами[1]. Хотя справедливости ради следует сказать, что и у последнего немало сторонников[2].

В качестве других примеров весьма спорного заимствования зарубежных государственно-правовых или сугубо правовых норм, принципов и институтов Россией может служить *институт присяжных заседателей, отмененный у нас в 1917 г. и вновь введенный в уголовно-процессуальное законодательство РФ в 1991 г.; институт траста*, или доверительного управления имуществом, введенный в гражданское законодательство России в 1995 г., и др. Дело в том, что эти и другие институты механически переносятся из одних правовых систем в другую.

Институт присяжных заседателей, существовавший в российском законодательстве с 1864 до 1917 г., в «чистом виде», конечно, нельзя считать сугубо зарубежным феноменом. Однако на момент его введения в 1991 г. (под влиянием прежде всего современного американского законодательства) правовая система России, а также экономические и все другие условия коренным образом изменились по сравнению с прежними, дореволюционными. Страна, общество и государство стали иными. Они радикально отличаются как от своих предшественников до 1917 г., так и от современных зарубежных феноменов. Игнорирование данных обстоятельств при введении этого института, подвергающегося довольно резкой критике со стороны западных юристов-процессуалистов, чревато его искусственностью и неэффективностью. Трудно поверить, например, что институт присяжных заседателей будет эффективно «работать» на всей территории Российской Федерации, включая Чечню или другие ее субъекты, где открыто проявляются сепаратистские, националистические или экстремистские тенденции.

Как представляется, аналогично обстоит дело и с *гражданско-правовым институтом траста*. Его содержание раскрывается в п. 4 ст. 209 ГК РФ, где установлено, что «собственник может передать свое имущество в доверительное управление другому лицу (доверительному управляющему). Передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности к доверительному управляющему, который обязан осуществлять управление имуществом в интересах собственника или указанного им третьего лица».

Изначально этот институт появился в системе англосаксонского права. В этой же специфической по своей природе и характеру системе

---

[1] См.: *Pizzorusso A.* Developing Trends of Parliamentarism // XIV International congress of Comparative Law. Athens, 1994; Athens, 1996. P. 633—651.

[2] *Easter G.* Preference for Presidennitalism // World Politics. 1977. № 2. P. 184—211.

он получил свое дальнейшее развитие и весьма широкое распространение. В других правовых системах, принадлежащих к романо-германскому праву, несмотря на попытки некоторых авторов-компаративистов своими теоретическими исследованиями стимулировать процесс «рецепции» американского права в Европе[1], там институт траста столь широкого распространения не получил.

Перенесение его на российскую правовую и социально-экономическую почву, еще более отдаленную от англосаксонской, чем романо-германская[2], тем более проблематично. По этому поводу в отечественной юридической литературе уже высказывалось мнение о том, что: а) это введение явилось выражением «недостатка осведомленности в сравнительном правоведении»; б) этот институт «некстати появился в российском гражданском законодательстве» и в) это новшество не следует рассматривать «как беду для нашего гражданского права», ибо «особых неудобств траст не причинит, но его смысл и жизнеспособность весьма сомнительны»[3].

С данными выводами и оценкой траста применительно к нашей стране весьма трудно не согласиться, как и с констатацией того очевидного факта, что траст — это «не просто иностранное, а инородное для нас явление»[4]. Не случайно «доверительная собственность или управление, даже будучи новинками, не встречают энтузиазма и понимания ни у граждан, ни в среде юристов». Траст не имеет той почвы в виде судебной практики, какая сформировалась на его родине — в странах англосаксонского «общего» права.

Известно, что романо-германское право предлагает юристам целый комплекс аналогов траста в виде таких институтов, как комиссия, поручение, представительство и доверенность, опекунство, перемена лиц в обязательстве, которые давно составляют неотъемлемую часть российского и западноевропейского законодательства, прошли проверку временем и довольно обстоятельно защищены судом. В системе подобных традиционных институтов траст, по всей вероятности, окажется малоперспективным[5].

То же самое можно сказать и о ряде других правовых институтов, искусственно вводимых за последние годы в российское законодательство извне. Однако это не означает, что российская правовая система является неким уникальным феноменом, полностью несовместимым с зарубежными правовыми системами.

---

[1] См.: *Wiegang W.* The Reception of American Law in Europe // The American Journal of Comparative Law. 1991. № 2. P. 229—148; *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 335—337.

[2] Подробнее об этом см.: *Damow J.* The Civil Law and the Common Law: Some points of Comparison // The American Journal of Comparative Law, 1966—1967. Vol. 15. P. 419—435.

[3] *Арановский К. В.* В преддверии сравнительного правоведения // Правоведение. 1998. № 2 (221). С. 59.

[4] Там же.

[5] Там же.

С точки зрения способности ее к восприятию адекватно отражающих российскую действительность новых идей, принципов, норм и институтов, изначально заложенных и положительно себя проявивших в других правовых системах, она мало чем отличается от своих зарубежных аналогов. Можно с полной уверенностью сказать, что все то положительное в плане унификации, гармонизации и т. п., что получают или могут получить от классификации зарубежные правовые системы, целиком и полностью относится и к российской правовой системе.

Более того, поскольку современная российская правовая система рассматривается как система *переходного состояния* экономики, общества и государства, ориентированных, согласно Конституции РФ, на рыночные отношения, а также на построение гражданского общества и правового, социального государства, она уже в силу самой своей «переходной» стадии должна быть более восприимчива к соответствующим правовым институтам, особенно четко выделяющимся в процессе классификации, чем другие правовые системы.

Речь при этом идет, в частности, о таких правовых институтах, как *юридические, материальные и иные гарантии прав и свобод граждан,* ставшие особо актуальными в XX в., в век бурного развития промышленной индустрии и демократии[1].

Имеется в виду также правовой и политический *институт конституционно признанной оппозиции* правящей партии, классу, режиму[2]. Официальное признание прав оппозиции, выступление ее в качестве реальной альтернативы существующему режиму и правительству, закрепление за лидером оппозиции — потенциальным главой государства или правительства или членами теневого кабинета конституционных прав и свобод, наконец, создание конституционно закрепленного и гарантированного механизма преемственности власти, несомненно, способствовали бы становлению демократии в России и укреплению стабильности общества и государства.

Помимо названных институтов для современной правовой и политической системы России несомненный интерес представляли бы развиваемые западными теоретиками и практиками конституционно-правовые основы обеспечения стабильности и эффективности существующих в различных странах государственно-правовых режимов; институт реального разделения и взаимного сдерживания, сбалансирования властей; институты, обеспечивающие эффективную борьбу с так называемой корпоративной преступностью (corporate crime) и политической коррупцией, и др.[3]

---

[1] См.: *Wise Ed.* Comparative law and the Protection of Human Rights // The American Journal of Comparative Law. 1982. Vol. XXX (Supplement). P. 365—375.

[2] *Brazier R.* Constitutional Practice. Oxford, 1994. P. 156—178.

[3] См.: *Underdal A.* The Concept of Regime «Effectiveness» // Cooperation and Conflict. 1992. № 3. P. 227—239; *Fischel D., Sykes A.* Corporate Crime // The Journal of Legal Studies. 1996. Vol. XV. P. 319—349; *Heywood P.* Political Corruption: Problems and Perspectives // Political Studies. 1997. Vol. XLV. P. 417—435.

Дальнейшей разработке и адаптации данных и подобных институтов к российской действительности в немалой степени могут способствовать классификация национальных правовых систем и выделение среди них с целью последующей трансформации общих для всех наиболее устоявшихся и оправдавших себя правовых феноменов.

§ 2. Основания классификации современных правовых систем

Вопрос о выборе критериев классификации национальных правовых систем важен теоретически и практически.

Каков должен быть характер этих общих признаков-критериев? Каковы их особенности и виды? Наконец, каково должно быть их содержание? Должны ли они быть временными или же постоянными, присущими сравниваемым системам на всех этапах развития?

Обсуждение подобных вопросов занимает довольно значительное место в научной и учебной сравнительно-правовой литературе. В силу их сложности и многогранности у авторов нет и, по-видимому, не может быть однозначных ответов на них. По одному и тому же вопросу порой высказываются самые различные, нередко противоположные точки зрения.

Например, по вопросу о том, *должен ли быть в процессе классификации правовых систем один основной, или нужно несколько общих признаков-критериев,* некоторые авторы склоняются к мнению, что это непременно должен быть *«один-единственный критерий».* В качестве такового, по их мнению, может выступать, в частности, «общность экономических систем», на базе которых возникают и развиваются соответствующие им и обусловленные ими правовые системы. Роль «одного-единственного критерия» могут сыграть, с их точки зрения, также общие «исторические традиции», «общая историческая природа» сравниваемых правовых систем[1].

Другие же авторы считают, что классификация правовых систем должна проводиться *на основе нескольких критериев.* В противном случае она теряет всякий смысл. Настаивая на данном мнении, некоторые ученые, однако, не исключают и того, что «в общем конгломерате факторов-критериев» один из них будет иметь все-таки «особый, определяющий смысл»[2].

Аналогичная картина складывается и при решении других вопросов, касающихся критериев классификации правовых систем, например *вопроса о том, каков должен быть характер критериев (критерия) классификации.* Должны ли они (он) быть простыми, однозначными, не допускающими многозначности толкования и двусмысленности в понимании, или же это могут быть сложные, общие критерии?

В качестве *простого критерия* предлагается рассматривать, в частности, правовую традицию или традиции, общие для всех группируемых в одну семью правовых систем. При этом под правовыми традициями

---

[1] *Schnitzer A.* Vergleichende Rechtslehre. 1996. Vol. 1. P. 132—145.

[2] *Zando R.* Juristen. Bonn, 1965. S. 48—50.

в западной литературе понимается «совокупность глубоко укоренившихся в сознании людей и исторически обусловленных их отношений к роли права в обществе, природе права и политической идеологии, а также к организации и функционированию правовой системы»[1]. В отечественной же литературе под правовыми традициями понимаются «элементы социального и культурного наследия, передающиеся из поколения в поколение и сохраняющиеся в определенных обществах, классах и социальных группах в течение длительного времени». В качестве традиций могут выступать определенные общественные установления, нормы поведения, ценности, обычаи, обряды и т. д.[2]

К *сложным критериям* классификации правовых систем относят такие, например, как «стиль» этих систем. При этом в понятие стиля правовой системы, выступающего в виде сложного и многогранного явления, включаются такие его «составляющие», как «историческая природа правовых систем», особенности путей его развития, «преобладающая манера правового мышления», «основные характеристики правовых институтов», иерархия источников права и способы их интерпретации, доминирующая «идеология правовых систем»[3]. Продолжительные споры ведутся и по другим вопросам, затрагивающим проблемы выбора критериев и определения их содержания. *В частности, довольно интенсивные дискуссии в западной компаративистике идут по поводу особенностей факторов, оказывающих прямое воздействие на формирование общих черт различных правовых систем, а следовательно, и на выбор критериев их классификации.* При этом вопрос нередко ставится так — должны ли при отборе этих факторов браться во внимание только объективные, основополагающие факторы или же вместе с ними и субъективные факторы?

Ответ на него дается неоднозначный. Одни авторы полагают, что при анализе факторов, оказывающих прямое воздействие на формирование общих черт различных правовых систем, должны учитываться лишь объективные факторы. Они устойчивы и долговременны по сравнению с любыми субъективными факторами. Другие же исследователи вполне обоснованно, как представляется, исходят из того, что в расчет должны браться все без исключения объективные и субъективные факторы.

Среди них многими авторами особо выделяются экономические факторы. Они рассматриваются, и вполне справедливо, как доминирующие. «Не нужно быть марксистом,— замечает по этому поводу М. Богдан,— чтобы понять, что любая правовая система представляет собой весьма высокий уровень надстройки («суперкультуры»), которая базируется на соответствующей экономической системе общества, и что любая правовая система призвана обслуживать среди самых различных сфер общества и нужды экономики»[4]. Страны с одним и тем же типом экономики (плановая, ры-

[1] *Merryman A.* The Civil Law Tradition. N.Y., 1977. P. 18.

[2] Советский энциклопедический словарь. М., 1984. С. 1356.

[3] *Bogdan M.* Comparative law. P. 83.

[4] Ibid. P. 70.

ночная экономика) имеют, естественно, гораздо больше общих черт в своих политических и правовых системах, чем страны с разным типом экономики. Однако надо учитывать и то, что в рамках одного и того же типа экономики в зависимости от уровня ее развития, а также уровня развития политических и правовых систем между одними правовыми системами может быть больше общностей, чем между другими[1].

В числе иных факторов, оказывающих прямое воздействие на формирование общих черт правовых систем, а вместе с тем и на выбор критериев их классификации, М. Богдан называет политические, идеологические, религиозные, исторические, географические и демографические факторы[2].

П. Круз указывает применительно к Европе и на военно-политические факторы. «Конфигурация всего правового мира Европы, как и отдельных правовых систем,— пишет он,— в конце XX в. в значительной мере зависит от числа факторов, но не в последнюю очередь от таких, зачастую не поддающихся учету обстоятельств, как развитие новой военно-политической ситуации на европейском континенте». Они складываются по-разному, в зависимости от того, будет ли новый военный альянс, возникающий на базе расширения НАТО, существовать при доминирующей роли США как одного из партнеров западноевропейских стран, или же он будет функционировать на основе баланса таких государств, как вновь объединенная Германия, с одной стороны, и Россия и Франция — с другой[3].

Суммируя все ранее высказанные мнения о факторах, оказывающих влияние на формирование общих черт различных правовых систем, а также о требованиях, предъявляемых к критериям их классификации, в отношении последних можно сделать следующий вывод. Для того чтобы критерии классификации правовых систем оказались состоятельными, в максимальной степени пригодными для выполнения соответствующих функций, они должны отвечать, по нашему мнению, следующим требованиям: а) в основе своей иметь постоянные, фундаментальные, а не временные и случайные факторы; б) по возможности быть более определенными признаками-критериями; в) иметь устоявшийся объективный характер; г) в случаях, когда за основу классификации правовых систем берется не один, а несколько признаков-критериев, то один из них непременно должен быть основным, доминирующим; д) при исследовании общих черт правовых систем-критериев при их классификации должны учитываться не только объективные, но и субъективные факторы, оказывающие прямое воздействие на процесс их формирования.

В отечественной и зарубежной сравнительно-правовой литературе данные требования, однако, далеко не всегда учитываются. В результате *при определении конкретных видов критериев нет общности мнений.*

---

[1] *Bogdan M.* Op. cit. P. 71.

[2] Ibid. P. 70—76.

[3] *Crus P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 342.

Констатируя данный факт, Р. Давид справедливо отмечает, что при определении их зачастую берутся во внимание лишь общность и различие *в теории источников права и методах работы юристов.* Иногда предлагают принять материально-правовой критерий, исходящий из основных принципов права и выраженных в нем основных интересов. Есть также предложения исходить из структуры права, его деления и концепций, применяемых юристами. Эти предложения часто дополняются соображениями политического характера[1].

Сам же автор, отвергая попытки пользоваться единственным критерием для классификации правовых систем, в качестве критериев выдвигает два положения, которые, с его точки зрения, могут быть на равных основаниях «решающими для проведения классификации». Это *юридическая техника,* которой пользуются юристы той или иной страны, «изучая и практикуя право». В том случае, если *методы работы юристов разных стран, источники права и юридический словарь различных правовых систем идентичны друг другу,* в целом или в основной своей части совпадают, *то эти правовые системы относятся к* одной и той же группе близких друг другу правовых систем, *к одной и той же правовой семье.* В противном случае эти правовые системы принадлежат к разным правовым семьям.

Однако названный критерий, поясняет Р. Давид, при всей его важности сам по себе еще недостаточен для идентификации правовых систем и отнесения их к тем или иным правовым семьям. Для этого требуется еще один, дополнительный критерий, заключающийся в опоре правовых систем, принадлежащих к одной и той же правовой семье, на *одинаковые философские, политические и экономические принципы* и стремящийся к созданию сходных между собой типов общества[2].

Руководствуясь данными критериями, один из которых по существу является техническим, а другой — идеологическим, автор разделяет все существующие в мире национальные правовые системы на следующие группы — правовые семьи: романо-германскую, именуемую иногда «континентальной» или «цивильной» (Civil law); англосаксонскую, или семью «общего» права; социалистическую; исламскую; рассматриваемые в качестве отдельных правовых семей индусское, иудейское право, а также правовые семьи стран Дальнего Востока и Африки.

Несколько иного мнения по вопросу о конкретных видах критериев классификации правовых систем и группирования их в отдельные правовые семьи придерживаются компаративисты Дж. Мэрримэн и Д. Кларк. Используя в качестве критерия классификации *правовые традиции,* авторы приходят к выводу, что в современном мире существуют три *основные правовые семьи* — цивильное, общее и социалистическое право, а также *«все остальные» правовые семьи.* Последние географически располагаются в Азии, Африке и на Ближнем Востоке. В их состав входят соответственно исламское, индусское, еврейское (иудейское), китайское, корейское, японское право, а также возникающее и развивающееся

[1] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 37.

[2] Там же. С. 38.

на основе «различных туземных правовых обычаев народов Африки» африканское обычное, или родовое, право[1].

Исследователь сравнительного правоведения Г. Либесны оперирует в качестве конкретных критериев классификации правовых систем такими явлениями и категориями, как *правовое сознание, традиции и обычаи* народов той или иной страны. Автор вполне оправданно исходит из того, что любая правовая система — это прежде всего «неотъемлемая составная часть культуры любой страны» и что глубокое понимание последней помогает выявить важнейшие специфические черты и особенности первой, и наоборот[2].

Используя данные критерии, автор выделяет только «две группы основных правовых систем», каждая из которых является «по своей природе европейской правовой семьей и каждая из которых оказывает огромное влияние на формирование и развитие правового ландшафта во всем мире». Это континентальное (цивильное) право и общее право. Ни одна из этих правовых семей не является однородной по своему составу. Каждая складывается из правовых систем, в разной степени отличающихся друг от друга.

Наряду с двумя основными правовыми семьями автором выделяются и другие правовые семьи, «находящиеся за пределами их сферы приложения». Это исламское, индусское, китайское право и другие правовые семьи, а также особые по своей природе и характеру правовые системы[3].

Кроме названных видов, критериев классификации правовых систем и вариантов группирования их в правовые семьи в западной и отчасти в отечественной сравнительно-правовой литературе предлагаются и другие критерии и варианты группирования.

Например, еще в начале XX в. были сторонники *классификации правовых систем на основе расового и языкового критериев* и соответственно группирования их в правовые семьи. На базе этого критерия выделялись такие группы правовых систем, как индоевропейская, семитская и монголоидная правовые семьи. Первая из них, в свою очередь, подразделялась на такие подгруппы правовых систем, как греко-римская, германская, англосаксонская, славянская, иранская и др.

В более поздний период предпринимались попытки использования таких критериев классификации, как *особенности правовой культуры, сущность и содержание права, правовая идеология, особенности источников права и др.*[4]

Особое внимание в послевоенный период вплоть до настоящего времени уделялось таким критериям классификации правовых систем, которые основываются на *общности их исторических корней, сход-*

---

[1] *Merryman J., Clark D.* Comparative Law: Western European and Latin American Systems. N.Y., 1978. P. 26.

[2] *Liebesny H.* Foreign Legal Systems: A Nomparative Analysis. Washington, 1981. P. 1.

[3] Ibid. P. 2.

[4] *Sauser-Hall N.* Function et methode du droit compare. Paris, 1913. P. 101—115.

стве стиля или модели правового мышления, близости основных правовых институтов и др.

Подразделяя существующие национальные правовые системы на основе данных критериев, взятых вместе и каждый в отдельности, на четыре основные правовые семьи, а именно на англосаксонскую правовую семью (семью общего права), романо-германскую (цивильную), социалистическую и правовую семью «гибридной или смешанной юрисдикции», П. Круз, в частности, показывает на примере первых двух[1], что у них общего и что особенного, что сближает их друг с другом и что отличает их друг от друга[2].

Рассматривая англосаксонскую правовую семью и романо-германское право с исторической точки зрения в сравнительно-правовом плане, автор справедливо указывает, в частности, на то, что национальным правовым системам, входящим в англосаксонскую правовую семью, присуще прежде всего наличие огромного количества норм, возникших в течение ряда веков на основе неписаных обычаев. Для правовой системы Великобритании характерно существование на протяжении длительного времени наряду с ярко выраженными чертами «сильного монархизма» и прагматизма также «высокоцентрализованной системы судов», неписаной конституции и конституционализма. Правовые системы, входящие в семью общего права, в значительно меньшей степени подвержены влиянию со стороны римского права и в гораздо большей мере, чем правовые системы романо-германской группы,— воздействию со стороны судебной практики.

Английское право, отмечал в связи с этим Р. Давид, не знало обновления «ни на базе римского права, ни в силу кодификации, что характерно для французского права и для других правовых систем романо-германской правовой семьи. Оно развивалось автономным путем, контакты с европейским континентом оказали лишь незначительное на него влияние»[3].

Однако не следует преувеличивать этот исторический характер английского, а вместе с ним и всего общего права, предупреждает автор. «Англичане любят подчеркивать его, подобно тому, как французы склонны говорить о рациональности и логичности своего права. На самом деле роль традиций и рационализма в становлении и развитии того и другого права не столь уж различна, так как французское право, как и английское, должно было приспосабливаться к изменениям и учитывать нужды общества, которые всегда были и остаются в общем очень сходными»[4].

Прислушиваясь к словам Р. Давида о том, что роль традиций в становлении и развитии английского и французского права, а вместе с ними и соответствующих семей права «не столь уж различна», не

---

[1] *Cruz P. A.* Op. cit. P. 28—34.

[2] Ibid. P. 30.

[3] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 252, 253.

[4] Там же. С. 253.

следует в то же время забывать, что наряду с отмеченными особенностями общего права существуют свои особенности и у цивильного (романо-германского) права.

Они проявляются, в частности, в том, что эта правовая семья в отличие от семьи общего права в гораздо большей степени складывалась под влиянием Французского гражданского кодекса (Кодекса Наполеона), а позднее и Немецкого гражданского кодекса. Одна из важнейших особенностей семьи цивильного права заключается также в том, что центральное место в нем традиционно отводилось не «судейскому праву» как результату деятельности судов, а нормативно-правовым актам, исходящим от законодательных и исполнительно-распорядительных государственных органов[1].

Говоря о критериях, на основе которых проводится группирование национальных правовых систем в основополагающие по своей природе и характеру правовые семьи, а также об общих чертах и различиях англосаксонской и романо-германской правовых семей, нельзя упускать из виду политические, идеологические, а главное — *культурные факторы*. Важно помнить многократно прокламировавшийся в научной литературе и постоянно подтверждавшийся в повседневной жизни факт, что каждая правовая система, а вместе с ней и правовая семья являются «уникальным продуктом» целого комплекса особых и не в последнюю очередь культурных факторов[2], что в «каждой культуре есть своя особая правовая жизнь, а в каждой правовой жизни есть своя особая культура»[3].

Каждая правовая система, справедливо подмечал американский ученый Д. Блэк, представляет собой «уникальную индивидуальность, в значительной мере обусловленную соответствующим уровнем развития культуры, и варьируется в зависимости от особенностей культуры. Право есть культура, а культура есть право — вот тот тезис, который вместе с идеей прямой обусловленности права культурными факторами возник вместе с правом и, следовательно, в той же степени стар, как и само право»[4].

Сравнивая правовую культуру, лежащую в основе двух основных правовых семей — англосаксонской и романо-германской, западные исследователи на примере США и Франции указывают на то, что если американцы как представители англосаксонской правовой семьи, будучи «прямыми наследниками древнего англосаксонского легализма и религиозного пуританизма», в большинстве своем с особым трепетом и уважением относятся к правовым догмам, непосредственно затрагивающим их интересы, отдельным правовым институтам и нормам так же, как в целом и к самому праву, то во Франции дело обстоит иначе.

Французы по сравнению с американцами, отмечается в связи с этим в научной литературе, «намного спокойнее (амбивалентнее — ambivalent)

---

[1] *Cruz P. A.* Op. cit. P. 30, 31.

[2] *Grossfeld B.* The Strenght and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990. P. 41.

[3] *Kohler N.* Das Recht als Kulturerscheinung. Wirtzdurg, 1885. S. 5.

[4] *Blak D.* The Behavior of Law. N.Y., 1976. P. 63.

относятся к праву». Хотя они и «взывают к праву», особенно когда дело касается защиты прав частной собственности и личных интересов, хотя они и «побаиваются права и юридической системы», однако они не надеются на них, когда речь идет о защите их конституционного статуса и «предоставленных им прав». Французское общество не слишком доверяет принципу «господства права» и вовсе не верит в то, что серьезные политические, экономические и социальные конфликты, возникающие между его членами, могут быть решены правовым путем. Отношение французов к праву зачастую «сочетает в себе элементы безразличия и цинизма»[1].

Элементы общей и правовой культуры, несомненно, лежат в основе не только романо-германской и англосаксонской, но и других правовых семей, и как таковые, взятые сами по себе или вместе с другими факторами, они могут выступать в качестве критериев классификации правовых систем.

На основе этих критериев в сравнительно-правовой литературе наряду с ранее названными правовыми семьями или в рамках этих правовых семей в ряде случаев выделяются также следующие семьи: латинская правовая, германская правовая, нордическая правовая[2], африканская правовая[3] и славянская правовая[4].

Существуют и другие многочисленные точки зрения и подходы к определению критериев классификации правовых систем и выделению различных видов правовых семей. Это вполне естественно и закономерно, с учетом сложности, многогранности и известной противоречивости рассматриваемой материи.

Свести различные точки зрения на данный вопрос к общему знаменателю в силу этих и других причин не представляется возможным, к тому же в этом нет никакой необходимости. В данном случае сложившееся многообразие точек зрения и подходов к разрешению рассматриваемых проблем с *безусловным выделением среди прочих двух основных, наиболее распространенных и влиятельных правовых семей — англосаксонской и романо-германской* — является более полезным и конструктивным, чем некое мнимое их единообразие.

Важно при этом учитывать, что в реальной жизни *нет и не может быть законченной правовой или любой иной классификации и что любая выделяющаяся при этом правовая семья с неизбежностью будет иметь относительный характер.*

Это касается не только таких правовых семей, вызывающих до сих пор острые споры и противоречивые суждения, как, например, социалистическая (именуемая иногда славянской) правовая семья или нордиче-

---

[1] Cohen — Tanugi. Legal Cultures Compared: The American and the French and (the German // Gessner V., Holland A., Varga C. Europen Legal Cultures. Sydney, 1996. P. 269.

[2] *Liebesny H.* Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis. P. 2, 3.

[3] *Merryman J., Dark D.* Comparative Law: Western European and Latin American Systems. P. 9.

[4] *Синюков В.Н.* Российская правовая система. Введение в общую теорию. Саратов, 1994. С. 171—177.

ская (нередко именуемая скандинавской), но и таких вполне устоявшихся и, казалось бы, не вызывающих никаких споров и сомнений правовых семей, как англосаксонская и романо-германская.

Относительный характер их проявляется в различных формах и отношениях. Но наиболее четко и последовательно он выражается в следующем.

Во-первых, в наличии в правовых массивах одних семей целых институтов права, отраслей и даже правовых систем, относящихся по своей природе и характеру к другим правовым семьям. В качестве примера можно сослаться на правовую систему штата Луизиана (США), в пределах которой существует и функционирует правовая система этого штата, которая является важнейшей составной частью общего права.

Аналогичным примером может служить также правовая система провинции Квебек (Канада), которая, будучи по существу генетически связанной в силу тех же исторических причин, как и в случае со штатом Луизиана, с континентальной правовой семьей, формально и фактически входит как неотъемлемая составная часть в систему общего права[1].

Приведенные примеры могут быть дополнены ссылками на правовую систему Южной Африки, сформировавшуюся и функционирующую под одновременным воздействием правовой системы Дании, а также другими примерами.

Во-вторых, относительный характер процесса деления правовых систем на правовые семьи, так же как и самих правовых семей, проявляется во взаимном переплетении норм, институтов, правовых традиций и культур, лежащих в основе образования и деятельности одной правовой семьи с соответствующими нормами, институтами, правовыми и культурными традициями других правовых семей. Такое переплетение вполне естественно и объективно, особенно тогда, когда различные правовые семьи относятся непосредственно или же тяготеют к одной и той же цивилизации. Например, это касается правовых традиций общего цивильного и социалистического права, которые, по мнению ряда исследователей, «весьма близки между собой», поскольку довольно «тесно связаны с процессом развития европейской цивилизации». Все они отражают идеи и соответствующие им институты, «сформированные в историческом и культурном контексте Запада»[2].

И, *в-третьих,* на относительном характере процесса классификации правовых систем и соответственно на относительном характере правовых семей не может не сказаться объективный процесс конвергенции, или сближения двух основных правовых семей[3], а также так называемой рецепции американского права в Европе.

---

[1] *Bogdan N.* Comparative Law. P. 90.

[2] *Merryman J., Clark D.* Comparative Law: Western European and Latin American Systems. P. 6.

[3] *Bell J.* English Law and French Law — not so Different? // Current Legal Problems. Vol. 48. Part 2. P. 63—89.

Говоря о тенденции взаимного сближения, или конвергенции, англосаксонской и романо-германской правовых семей, исследователи оперируют такими аргументами, как общность их исторической базы, заключающейся в том, что в период до возникновения национального государства (nation-state) весь цивилизованный мир, включая страны, на территории которых позднее появились эти две основные правовые семьи, «управлялся с помощью одной и той же правовой системы, а именно — романо-канонического права jus commune»[1].

Процесс сближения системы общего права с системой континентального права обусловливается и стимулируется также тем, что между странами, в пределах которых возникали и развивались данные правовые семьи, по мере эволюции общества устанавливались и усугублялись разносторонние связи, приведшие, в частности, к созданию в Западной Европе Европейского сообщества и к значительной унификации расположенных на ее территории национальных правовых систем.

Что же касается так называемой рецепции американского права в Западной Европе, подтверждающей тезис об относительном характере деления национальных правовых систем на правовые семьи и об относительном характере самих правовых семей, то речь в данном случае идет, по свидетельству западноевропейских авторов, об элементарной американизации некоторых отраслей и институтов европейского права, о методологическом переносе элементов американского права как одной из важнейших составных частей общего права на почву романо-германского, континентального права.

Рецепция американского права в странах Западной Европы, а отчасти и в других странах обусловливается американской индустриальной, торговой, финансовой и иной экспансией. Это, разумеется, не интеллектуальная экспансия, которая ассоциируется с рецепцией римского права как jus commune на территории всей Европы в XII—XVI вв. Это скорее материальная экспансия. Однако между ней и рецепцией римского права можно с полным основанием провести четкую параллель[2].

Об относительном характере классификации правовых систем и самих правовых семей свидетельствует также существование в современном мире смешанных, или «гибридных», правовых систем, сочетающих в себе элементы общего и цивильного права. К таковым относятся правовые системы Филиппин, Японии, Шотландии, Шри-Ланки, Маврикия, Камеруна и др.[3]

Не пытаясь охватить все правовые семьи и уникальные правовые системы, существующие в современном мире, остановимся на рассмотрении лишь некоторых, наиболее распространенных и наиболее значимых из них.

---

[1] *Cruz P. A.* Op. cit. P. 335—336.

[2] *Wiegang W.* The Reception of American Law in Europe // American Journal of Comparative Law. 1991. № 2. P. 220—248.

[3] *Cruz P.* Comparative Law in a Changing World. L., 1995. P. 200.

§ 3. Характерные черты и особенности романо-германского права

При изучении романо-германского права, равно как и любой иной правовой семьи, с неизбежностью встает вопрос не только об истории его становления и развития, его сущности, содержании и других сторонах его внутренней жизни или внешних форм его проявления, но и о специфических чертах и особенностях, свойственных данной правовой семье.

Не претендуя на полный охват всех отличительных черт романо-германского права, остановимся на рассмотрении лишь некоторых, наиболее важных из них, по существу фактически определяющих его характер и содержание.

Среди них следует выделить, *во-первых, органическую связь романо-германского права с римским правом, его становление и развитие на основе римского права.*

Многократно подчеркивая данную отличительную черту романо-германского права, отечественные и зарубежные исследователи особо фокусируют внимание на том, что романо-германская правовая семья сложилась «на основе изучения римского права в итальянских, французских и германских университетах, создавших в XII—XVI вв. на базе Свода законов Юстиниана общую для многих европейских стран юридическую науку»[1], и что сердцевиной этой правовой семьи явилось «римское jus civile — частное право, которое применялось лишь к римским гражданам и в отношениях между римскими гражданами на территории и в пределах Римского государства»[2].

Следует заметить, что некоторые авторы-компаративисты придают настолько большое значение прямому воздействию римского права на процесс формирования и развития романо-германского права, что даже пытаются определять последнее путем указания на его неотъемлемую связь с первым.

Одним из примеров такого определения может служить «рабочая дефиниция» А. Ватсона, в соответствии с которой романо-германское (цивильное) право рассматривается как система права или правовая семья, «в которой Свод законов Юстиниана (Justinians Corpus juris civilis) всегда был и остается если не важнейшей составной частью этого права, то, по крайней мере, той силой, которая оказывает на него прямое и весьма эффективное воздействие»[3].

Соглашаясь в принципе с подобного рода определениями и с положением о том, что на природу и характер романо-германского права, в отличие от других правовых семей, решающее воздействие оказало римское право, нельзя в то же время избежать вопроса, рассматривалось ли такое воздействие в одинаковой мере на всю романо-герман-

---

[1] *Саидов А. Л.* Введение в основные правовые системы современности. Ташкент, 1988. С. 73.

[2] *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 41.

[3] *Watson A.* The Making of the Civil Law. N.Y., 1975. P. 4.

скую правовую семью, или же оно затрагивало лишь ее отдельные составные части.

Ведь если римское право оказывало сильное воздействие на все без исключения национальные правовые системы — составные части романо-германской правовой семьи, то и в этом случае мы будем иметь одну историческую картину и *сможем без оговорок заявлять, что римское право действительно стало методологической и юридической основой всего романо-германского права.* Ибо речь при этом идет не столько о рецепции, своеобразном «внедрении» норм римского права в систему романо-германского права, сколько о приспособлении и использовании в новых исторических условиях его основных идей, институтов, образа юридического мышления, подходов, правовых доктрин[1].

В противном случае, когда выясняется, что римское право оказывало далеко не одинаковое влияние на процесс формирования и развития различных национальных правовых систем — составных частей романо-германского права, *мы сможем говорить лишь с определенной долей условности о формировании и развитии всего романо-германского права на базе «рецепцированного» римского права.*

Именно об этом, в определенной мере условном тезисе о решающем воздействии римского права на всю систему романо-германского права и идет речь, поскольку в результате исследований в области терии государства и права и других наук выявляется историческая картина, свидетельствующая о том, что римское право оказывало далеко не одинаковое воздействие на процесс формирования и развития различных правовых систем — составных частей романо-германского права[2].

Разумеется, все западноевропейские народы в период средневековья испытали влияние античной культуры и «римского права как неотъемлемой его части», хотя это происходило в разное время и по-разному.

В Германию, например, римское право пришло сравнительно поздно, в основном в середине XV в., *но его воздействие на местное право было значительно сильнее, чем, скажем, во Франции, не говоря уже об Англии.* Это проявлялось, в частности, в том, что ни в одной западноевропейской стране «процесс рецепции не только институтов и понятий римского права, но и древнеримской юридической мысли не получил столь широкого распространения, как в Германии»[3].

Основные причины такого явления лежат более всего в политической сфере, нежели в правовой или иных сферах. А именно — в существенном ослаблении центральной имперской власти в данный период и в одновременном усилении власти отдельных феодалов и больших городов[4].

В научной литературе при этом указывается на разные обстоятельства и даются различные объяснения ослабления центральной власти в Германии в рассматриваемый период. Говорится, например, о том, что

---

[1] *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 73—82.

[2] *Koschaker N.* Europa und das Rumische Recht. Bonn, 1953. S. 3—75.

[3] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. С. 205.

[4] *Kobler G.* Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte. Mьnich, 1988.

германские императоры «чрезмерно увлеклись итальянскими делами в ущерб интересам внутренней политики». Указывается на то, что императорская власть оказалась неспособной, в силу разных причин, окончательно решить проблемы ленных владений и тем самым сплотить вокруг себя феодальных баронов «в той мере, как это имело место во Франции или в Англии»[1].

Однако как бы там ни было, ясно одно, что ослабление императорской власти в стране и усиление самостоятельности немецких княжеств способствовали рецепции римского права. Исследователями справедливо указывалось на то, что раздробленность политической власти помешала становлению и консолидации прежде всего общегерманского частного права, появлению «общегерманской судебной системы и общегерманского юридического сословия». А это, в свою очередь, могло бы, как показывает пример Франции и Англии, стать противовесом римскому праву и в значительной мере ослабить его влияние[2].

В Германии, между тем, этого не случилось. Отсутствие в стране в средневековый период сильной централизованной политической и судебной властей, с помощью которых можно было бы консолидировать как социальную систему, преодолев раздробленность многочисленных народов, населявших Германию, немецких племен и свободных городов, так и правовую систему, способствовало созданию там важнейших предпосылок для укоренения в правовой системе римского права.

Раздробленность германского общества и слабость централизованной политической власти, сочетаемые с отсутствием юридического сословия в стране и слабостью имперского суда, в значительной мере зависимого от центральной политической власти и уже в силу этого не имевшего сколько-нибудь значительного влияния в обществе,— все это и многое другое создало условия для сохранения в Германии в течение длительного времени весьма архаичной и раздробленной национальной правовой системы, с одной стороны, и широкого проникновения в нее норм, канонов и доктрин римского права — с другой.

Этому же в значительной мере содействовали церковь и университеты. Традиция изучать право в германских университетах того времени, писал по этому поводу один из зарубежных компаративистов, Н. Фостер, пришла в страну как наследие от итальянских университетов, где изучение римского права стояло превыше всего. Первоначально оно изучалось «для разрешения религиозных вопросов (каноническое право)», а позднее — в силу того, что высокоразвитое римское право было преобладающим правом в Италии[3].

Известно, что в рассматриваемый период германские студенты сначала учили римское право в итальянских университетах, а затем, начиная с XVI столетия, по мере становления и развития университетского образования в Германии, изучение его было перенесено «естественным путем» на территорию собственно самой Германии. Более того, многие германские уни-

---

[1] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. С. 205.

[2] *Zweigert K., Kutz H.* Introduction to Comparative Law. Oxford, 1992. P. 138—147.

[3] *Foster N.* German Law and Legal System. Mayfield, 1993. P. 14.

верситеты были вначале созданы как теологические колледжи, где преподавалось каноническое право, «основанное на римском праве»[1].

Названные политические, академические и иные причины, способствовавшие укоренению и развитию в Германии римского права, в научной литературе нередко называют теоретическими причинами. Однако были и другие, так называемые *практические причины*, касающиеся характера, содержания и практического значения как самого местного права, так и римского[2].

Теоретические причины объясняют многое в соотношении римского и местного права Германии в данный период, но далеко не все, например, то, почему римское право было воспринято в столь широком объеме именно в этой стране и почему местное право, пусть даже раздробленное, оказалось неудовлетворительным[3].

Это связывают с тем, что формы отправления правосудия в Германии уже более не отвечали потребностям времени. В частности, в соответствии с традицией судьи принимали решение на основе уже состоявшихся правовых понятий, практической сметки, житейского опыта и знания дела, интуитивного понимания того, что наиболее соответствовало конкретной жизненной ситуации, которая была у них перед глазами[4].

Такой основанный не на умозаключениях, а на чувственном восприятии «органолептический» метод отправления правосудия, уходящий корнями в далекое прошлое, в основном перестал соответствовать экономическим и социальным условиям позднего средневековья, которые становились все более сложными, многообразными и запутанными. В этот вакуум и устремилось римское право. «И не потому, что его нормы были по содержанию лучше или правильнее, чем нормы обычного германского права, а благодаря многообразию выработанных им понятий и формализации правового мышления, с помощью которых даже трудные проблемы можно было опосредовать юридически, подвергнуть логическому анализу и раскрыть их суть, сделав предметом доступной для понимания аргументации»[5].

Разумеется, если бы в Германии в данный период существовало свое «национальное» сословие юристов — высококвалифицированных судей, адвокатов и профессоров права, способных, с одной стороны, обобщить и систематизировать нормы местного права, а с другой — дополнить и обогатить местное право с помощью норм, институтов и понятий римского права, как, например, во Франции, то в таком виде нормы и институты местного права, с точки зрения специалистов в области истории и теории германского права, могли бы полностью отвечать потребностям своего времени[6].

---

[1] *Foster N.* German Law and Legal System. Mayfield, 1993. P. 14.

[2] *Foster N.* Op. cit. P. 14, 15.

[3] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. С. 207.

[4] Там же.

[5] Там же.

[6] *Foster N.* Op. cit. P. 15—18.

Однако ничего этого не случилось. Для подобной эволюции местного права Германии в это время не созрели еще ни социальные, ни политические предпосылки. Поэтому местное право как бы застыло в «преднаучном», неупорядоченном, раздробленном состоянии. В силу этого понятия и институты римского права были восприняты в большинстве государственно-территориальных образований Германии и в большинстве отраслей права как таковые, «в чистом виде», без учета национальных особенностей единой правовой культуры, «которой попросту не существовало, как не существовало и сплоченного сословия судей и адвокатов, которые могли бы ее создать»[1].

К этому следует добавить, что в то время римское право не было каким-либо действующим иностранным правом[2]. Оно рассматривалось как право Римской империи, и его притязания на применение в Германии «могли основываться на том, что Священная римская империя германской нации, как свидетельствует уже одно ее название, считала себя преемницей Римской империи», а германский император претендовал на роль наследника римских цезарей[3].

Не затрагивая другие стороны процесса рецепции римского права в средневековой Германии, отметим лишь два связанных с этим обстоятельства и вытекающих из них вывода: а) данный процесс в Германии приобрел гипертрофированный характер по сравнению с другими странами, правовые системы которых относятся к романо-германскому праву; и б) в связи с неравномерностью воздействия римского права на национальные правовые системы — составные части романо-германского права его можно лишь весьма условно считать юридической, интеллектуальной и методологической базой этой правовой семьи.

Таковой она представляется лишь в сравнении с другими правовыми семьями, и прежде всего с англосаксонским правом. Однако некоторые авторы считают, что последнее, и в особенности английское право, «в некоторых отношениях» (казуистический характер норм права, пренебрежение общими формулами и т. п.) находится даже ближе к римскому праву, чем романо-германское право[4]. Однако данная точка зрения разделяется лишь отдельными исследователями-компаративистами.

Следует указать на такую отличительную черту романо-германского права, как ярко выраженные по сравнению с другими правовыми семьями доктринальность и концептуальность.

В западной научно-исследовательской литературе в связи с этим традиционно указывается на то, что «работы ученых-юристов (La doctrine, die Rechtslehre), подобно решениям суда, пользуются значительным влиянием в системе цивильного права»[5]. Их значение усиливается осо-

---

[1] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. С. 207.

[2] *Wolff H.* Roman Law: A Historical Introduction. N.Y., 1951.

[3] *Koschaker R.* Europa und das Rumische Recht. Mьnchen, 1953. S. 70—75.

[4] *Buckland N., NcNair J.* Roman Law and Common Law. L., 1952. P. 3—18.

[5] *Clandon M., Gordon M., Osakwe Ch.* Comparative Legal Traditions. In a Nutshell, St. Paul. Minn. P. 137.

бенно тогда, когда право, призванное регулировать те или иные общественные отношения, находится в процессе становления и весьма неопределенно или же когда вообще отсутствуют те или иные востребованные самой жизнью нормы права и институты. В этих условиях правовая доктрина может играть весьма заметную роль.

Сравнивая «уровень доктринальности» романо-германского и англосаксонского права и подчеркивая, что во Франции право, будучи относительно автономным социальным явлением, «полностью отделено от политики и религии», многие авторы-компаративисты рассматривают французское право, а вместе с ним и всю романо-германскую правовую семью скорее «в терминах фундаментальных принципов», с точки зрения различных концепций и абстрактных подходов, нежели с позиций его как важнейшего средства разрешения возникающих в обществе, между его членами и их организациями споров или же средства «установления социального мира»[1].

Романо-германская правовая семья более доктринальна в смысле восприятия и абсорбирования правовых теорий и доктрин, нежели англосаксонская. В силу этого, как не без оснований замечают исследователи романо-германского и, в частности, французского права Х. Дономо и С. Фарран, «французское восприятие (концепция) права гораздо шире, чем английское», поскольку при всей относительной автономии французского права его восприятие ассоциируется не только с юридическими нормами, но и с политической наукой, социальной сферой, моралью[2].

Согласно сложившейся в рамках романо-германского права концепции (во Франции, Германии, Италии и других странах) право не должно быть лишь профессиональным достоянием юристов, «существовать только ради их сохранения как некой касты или сословия и обслуживаемых ими судов». Восприятие права при этом традиционно выходит за пределы того, что в англосаксонском понимании считается «чистым» правом — системой юридических правил, «судейских» и иных вырабатываемых в процессе правоприменения принципов, отдельных судебных решений, статутов и норм. Оно не только не изолируется от окружающей, «не юридической» среды и «других интеллектуальных дисциплин», а, наоборот, органически сочетается с ними, фокусируя при этом внимание прежде всего на «правах и обязанностях, признанных в обществе в соответствии с идеалами справедливости»[3].

Сущность права при этом усматривается не столько в существовании системы неких «механически» установленных, «технических норм, с помощью которых решаются те или иные задачи», сколько в наличии социально-правовых принципов и общих идей, на основе которых оно формируется и развивается, которые оно само, в свою очередь, порождает[4].

---

[1] *Harris D., Tallon D.* Contract Law Today: Anglo-French comparisons. Oxford, 1989. P. 6—9.

[2] *Danomo Ch., Farran S.* The French Legal System. L., 1993. P. 12.

[3] Ibidem.

[4] Ibid. P. 13.

В отличие от англосаксонского права, где «юридические нормы вырабатываются судами при решении спорных вопросов применительно к каждому конкретному, специфическому случаю», в системе романо-германского права все обстоит несколько иначе. А именно — в процессе его формирования и развития исходят не из конкретных спорных дел или случаев, а из определения «общих принципов» и правовых доктрин, на основе которых не только создаются те или иные нормы права, но и решаются конкретные дела[1].

Среди отличительных черт романо-германского права следует указать на особую значимость закона в системе источников права.

Отмечая данную особенность, исследователи романо-германского права справедливо акцентируют внимание на том, что в современных условиях в странах, правовые системы которых относятся к рассматриваемой правовой семье, как правило, считается, что для юриста «лучшим способом установления справедливого, соответствующего праву решения» является *обращение именно к закону.*

Эта тенденция восторжествовала в XIX в., когда в подавляющем большинстве государств романо-германской правовой семьи были приняты кодексы и писаные конституции. Она еще более укрепилась в современную эпоху в силу ряда причин, и прежде всего благодаря значительному расширению роли государства практически во всех областях жизни общества.

Такого рода тенденция опираться на закон как основной источник права, с одной стороны, соответствовала, по мнению авторов, установленным в обществе принципам демократии[2], а с другой — оправдывалась тем, что государственные органы обладают гораздо большими возможностями по сравнению с любыми иными организациями «для координации деятельности различных секторов общественной жизни и для определения общего интереса»[3].

Кроме того, закон уже «в силу самой строгости его изложения» рассматривался как лучший «технический способ» установления «четких норм в эпоху, когда сложность общественных отношений выдвигает на первый план среди всех аспектов правильного решения его точность и ясность»[4].

Последнее имеет немаловажное значение как для эффективности правоприменения, так и для сохранения и поддержания единства романо-германской правовой семьи, где, несмотря на сложность и огромную географическую протяженность последней, нормы права понимаются и оцениваются одинаково.

В романо-германской правовой семье, где наука традиционно занимается упорядочением и систематизацией решений, выносимых по конкретным делам, «правовая норма перестала выступать лишь как средст-

---

[1] *David R.* English Law and French Law. L., 1980. P. 56—84.

[2] Ibidem.

[3] Ibidem.

[4] Ibidem.

во решения конкретного случая». Благодаря усилиям науки «норма права поднята на высший уровень». Ее понимают и оценивают не иначе как «правило поведения, обладающее всеобщностью и имеющее более серьезное значение, чем только лишь ее применение судьями в конкретном деле»[1].

Следует особо подчеркнуть, что в странах романо-германской правовой семьи, в отличие от стран общего права, норма права не создается судьями[2]. «У них для этого нет времени». Кроме того, заботы о справедливости решения именно по тому или иному конкретному делу «отстраняют все иные соображения». К тому же судьи согласно, например, законодательству Франции (ст. 5 Гражданского кодекса Франции) не могут выносить решения в виде «общих распоряжений». Правовая норма, которая не может и не должна быть творением судей, появляется позднее. Она создается как «продукт размышления, основанного частично на изучении практики, а частично на соображениях справедливости, морали, политики и гармонии системы, которые могут ускользнуть от судей»[3].

По своей природе и характеру норма права в романо-германской правовой семье, выступающая как основа кодификации права, является «чем-то средним между решением спора — конкретным применением нормы — и общим принципом права». При этом вполне справедливо подмечается, что сам термин «норма», так же как и термин «закон», ассоциируется в нашем сознании с определенной степенью обобщенности[4], ибо без этого невозможно было бы вообще говорить о применении содержащегося в них правила для решения каких бы то ни было конкретных дел[5].

Однако вопрос применительно к романо-германскому праву заключается в том, *какова же должна быть степень этой обобщенности нормы права, каков должен быть ее наиболее оптимальный вариант?* В теоретическом и практическом плане вопрос этот далеко не простой, а тем более — не тривиальный. От его успешного решения в значительной мере зависят как степень *востребованности закона, содержащего в себе те или иные правовые нормы, так и степень его эффективности.*

Искусство юриста в странах романо-германской правовой системы состоит в умении найти нормы и сформулировать их с учетом необходимости поддержания некоего равновесия между конкретным применением нормы права, с одной стороны, и общими принципами права — с другой.

Нормы права не должны быть слишком общими, поскольку в этом случае они перестают быть «достаточно надежным руководством для практики». Но в то же время они должны быть «настолько обобщен-

---

[1] *David R.* English Law and French Law. P. 69.

[2] *Dickson B.* Introduction to French Law. P. 13—18.

[3] *Давид Р.* Основные правовые институты современности (Сравнительное право). М., 1967. С. 112.

[4] *Давид Р., Жоффре-Спиноси К.* Указ. соч. С. 70.

[5] *Merryman J.* The Civil Law Tradition. Stanford, 1992. P. 21—25.

ными, чтобы регулировать определенный тип отношений, а не применяться, подобно судебному решению, лишь к конкретной ситуации»[1].

Разумеется, что применительно к различным отраслям права требование сохранения подобного равновесия не может быть одинаковым. В отношении таких отраслей права, как уголовное или налоговое, степень конкретизации норм права по возможности должна быть максимальной. Это необходимо прежде всего для того, чтобы свести к минимуму возможный «произвол администрации».

Что же касается других отраслей права, где «нет нужды так строго навязывать жесткие юридические решения», степень конкретизации норм права, содержащихся в законах, может быть минимальной. Здесь допускается высокая степень обобщения[2].

Однако независимо от степени «обобщенности» норм права, формирующих в пределах романо-германской правовой семьи те или иные институты и отрасли права, неизменным при этом традиционно остается то, что в отличие от правовой системы общего права приоритет здесь всегда отдавался не «судейским» нормам, а нормам статутного права. Разумеется, что на первом плане при этом всегда стояли нормы, содержащиеся в конституционных актах и обычных законах[3].

Одной из отличительных черт романо-германского права является ярко выраженный характер деления его на публичное и частное право.

Основным критерием классификации правовых систем на публичное и частное право является, как известно, интерес. *Для публичного права преимущественное значение имеет общественно значимый (публичный) интерес,* который понимается как «признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития»[4]. Он касается в основном вопросов правового регулирования деятельности государственных органов и общественных организаций, закрепления правового статуса должностных лиц, взаимоотношений граждан с государством и т. п.

Критерием определения частного права является соответственно частный *интерес,* материализующийся в интересах отдельных лиц — в их правовом и имущественном положении, а также в их отношениях друг с другом и отчасти с государственными органами и общественными организациями[5].

Деление права на публичное и частное в настоящее время стало вполне обычным явлением для многих правовых систем и ряда право-

---

[1] *Давид Р., Жоффре-Спиноси К.* Указ. соч. С. 70, 71.

[2] Там же.

[3] *MacCormik D., Summers R.* (eds.). Interpreting Statutes: a comparative study. Aldershot, 1991.

[4] *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. С. 55.

[5] См.: *Гойбарх А. Г.* Основы частного имущественного права. М., 1924. С. 35—48.

вых семей. Однако изначально, вплоть до позднего средневековья, такое деление было свойственно лишь романо-германскому праву.

Для подавляющего большинства национальных правовых систем, относящихся к романо-германскому праву, никогда не было чуждым также деление их на отрасли и институты права. Оно имело огромное не только теоретическое, учебно-академическое, но и практическое значение.

Вместе с тем наиболее важной классификацией норм в системе романо-германского права, выделяющих его среди других правовых семей, было подразделение их на нормы публичного и частного права[1]. Такое подразделение было обусловлено в решающей степени влиянием римского права на процесс формирования и развития романо-германского права, которое унаследовало от него не только основополагающие принципы, институты и доктрины[2].

Констатируя данный факт, исследователи подчеркивают, что в самом римском праве деление на публичное и частное право появилось лишь на одной из самых поздних стадий его развития. А именно — в классический период, когда римские юристы стали проводить более или менее четкое различие между «правом государства и сообщества», с одной стороны, и правом индивидуумов — с другой. Причем для римских юристов и их последователей деление права на публичное и частное имело не только «чисто техническое преимущество», но и обладало огромной практической значимостью[3].

По мере развития романо-германского права совершенствовалась «техника» разделения правовых норм на нормы публичного и частного права, создавались новые и модернизировались старые публично-правовые и частноправовые доктрины. В настоящее время, по данным западных исследователей, насчитывается около двух десятков разного рода доктрин, касающихся подразделения норм на нормы публичного и частного права[4]. В центре внимания данных доктрин находятся вопросы определения и уточнения критериев классификации, характера соотношения системы норм публичного и частного права, установления типичных для публичного и частного права субъектов и объектов права, вопросы интерпретации содержания и толкования норм публичного и частного права и др.[5]

Однако несмотря на огромные усилия, прилагавшиеся многими учеными к более четкому разграничению публичного и частного права и их самоопределению, многие проблемы классификации норм на публичные и частные в рамках романо-германского права остаются до конца не решенными. На это в юридической литературе периодически обращается внимание.

---

[1] International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Chapter 2. Paris, 1971. P. 15.

[2] *Schuiz E.* Principles of Roman Law. Oxford, 1936. P. 34—55.

[3] International Encyclopedia of Comparative Law. P. 22—24.

[4] Ibidem.

[5] *Burckhardt T.* Methode und System des Rechts. Zurich, 1936. S. 146—180.

Всячески выделяя, например, тот факт, что публичное и частное право — это «не две разные правовые системы», а одна, в рамках которой проводится классификация норм, некоторые авторы обращают особое внимание на то, что между публичным и частным правом никогда не было и в принципе не может быть раз и навсегда установленной грани. Последняя в известной мере условна и довольно подвижна, поскольку публичное право нередко проникает в сферу частного права и наоборот[1].

Разумеется, что на процесс деления норм права на публичные и частные значительное влияние оказывают сложившиеся в той или иной стране политические и правовые традиции, обычаи, уровень развития правовой культуры и многие другие факторы. Этим, помимо доктринальных и прагматических причин, объясняется, в частности, то, что в рамках одной и той же романо-германской правовой семьи перечень отраслей и институтов права, причисляемых в разных странах к категории публично-правовых и частноправовых, далеко не одинаков.

Например, в *правовой системе Франции* к публично-правовым дисциплинам обычно относятся конституционное, административное, финансовое и международное публичное право. К частноправовым относят собственно частное право (droit civil), коммерческое право, включающее в себя также морское право (droit maritime), гражданское процессуальное право, уголовное, трудовое, сельскохозяйственное право, право индустриальной собственности (droit de propriete industrielle), интеллектуальной собственности, лесное право, право социального обеспечения, транспортное, воздушное право, право, регулирующее отношения в угольной промышленности (droit minier), и международное статутное право[2].

Классифицируя таким образом различные отрасли права и институты, специалисты в области французского права обычно делают при этом оговорки. В частности, поясняется, что, несмотря на то, что уголовное право «по своей природе и характеру является публичным правом», тем не менее по французской классификации оно относится к разряду частного права, поскольку содержит в себе множество положений, «направленных на защиту частноправовых интересов и отношений»[3].

В отличие от правовой системы Франции в *правовой системе Германии* вырисовывается несколько иная публично-правовая и частноправовая картина[4]. Так, к категории публично-правовых дисциплин, согласно сложившейся здесь теории и практике, относится не только конституционное, административное, финансовое (налоговое) и международное публичное право, но и уголовное, уголовно-процессуальное, гражданско-процессуальное право, система правовых норм и институтов, опосредующих отношения сторон, возникающие в результате банкротства

[1] International Encyclopedia of Comparative Law. P. 42.

[2] Nouveau Repertoire de droit II // Droit. 1963. № 15—20. S. 252—254.

[3] International Encyclopedia of Comparative Law. P. 21.

[4] *Rehfeldt K.* Einfuhrung in die Rechtswissenschaft. Berlin, 1982. S. 175—179.

(Konkursrecht), церковное право (Kirchenrecht) и так называемое «согласительное право» (Freiwillige Gerichtsbarkeit)[1].

Соответственно к частноправовым дисциплинам в Германии относятся такие, как гражданское, коммерческое право, право компаний (Gesellschaftsrecht), право «переговорного инструментария» (Wertpapierrecht), право интеллектуальной собственности, патентное, торговое и международное частное право[2].

Что же касается таких дисциплин, как трудовое право, которые могут рассматриваться в одних отношениях как частноправовые дисциплины, а в других — как публично-правовые, то их обычно не относят ни к тем, ни к другим[3].

Следует заметить, что в рамках романо-германского права французский и немецкий варианты классификации норм, институтов и отраслей права на публично-правовые и частноправовые являются типичными. По их образцу проводится аналогичная классификация и в других странах.

Так, согласно проведенным исследованиям «немецкая схема классификации» воспринимается в качестве своеобразного образца в таких, например, странах, как Австрия, Италия, Испания, Швейцария и большинство других европейских стран[4]. Французский вариант подразделения права на публично-правовые и частноправовые дисциплины широко используется, в частности, в правовых системах Бельгии и Голландии.

Указывая на особенности классификации правовых норм, институтов и отраслей на публично-правовые и частноправовые в различных правовых системах, формирующих романо-германскую правовую семью, необходимо обратить внимание на следующие два обстоятельства: а) при всей неодинаковости вариантов классификации в различных правовых системах романо-германского права наблюдается *рост общей тенденции усиления роли публичного права* за счет ослабления частного права, тенденции «публицизации» частного права, нарастающей «трансформации» различных норм, институтов и отраслей права в соответствующие феномены публичного права (tout devient droit public)[5] и б) хотя процесс деления норм, институтов и отраслей права на публичные и частные в настоящее время свойствен не только романо-германскому праву, но и другим правовым семьям, *в условиях романо-германского права он значительно отличается по своему характеру и последствиям от процессов классификации, происходящих в этих правовых семьях, и прежде всего в системе общего права.*

Принципиальное различие при этом заключается прежде всего в том, что в романо-германской правовой семье по сравнению с англо-

---

[1] International Encyclopedia of Comparative Law. P. 21.

[2] *Esser G.* Einfuhrung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates. Vienna, 1949. S. 233—235.

[3] International Encyclopedia of Comparative Law. P. 21.

[4] Ibid. P. 22.

[5] *Ripret K.* Le declin du droit. Paris, 1949. S. 3—21.

саксонским правом процесс классификации права на публичное и частное носит «более глубокий и более четкий характер»[1].

В системе общего права, и особенно английского, подразделение права на публичное и частное имеет главным образом академический характер. Основным следствием его является лишь то, что «в случае возникновения спора (дела) в сфере отношений, регулируемых с помощью норм публичного права, у индивида появляется возможность одновременного использования для защиты своих интересов средств из арсенала частного права»[2].

В системе романо-германского права, напротив, классификация норм, институтов и отраслей на публичные и частные имеет не только академический, но и практический характер. Чтобы убедиться в этом, достаточно сказать, что в странах романо-германского права существуют даже «две различные иерархии судебных органов, каждая из которых действует, соответственно, в системе публичного и частного права»[3]. При этом имеется в виду прежде всего система арбитражных судов и судов общей компетенции, рассматривающих наряду с гражданскими исками уголовные и административные дела.

Важной отличительной особенностью романо-германского права является его ярко выраженный кодифицированный характер.

В отличие от других правовых семей, где кодификации также подверглись значительные правовые массивы, кодификация романо-германского права выделяется тем, что она: а) имеет более глубокие и прочные исторические корни; б) проявляется как своеобразная юридическая техника, которая позволила осуществить на европейском континенте «замыслы школы естественного права, завершить многовековую эволюцию правовой науки, четко изложив, в отличие от хаоса компиляций Юстиниана, право, соответствующее интересам общества»[4]; в) имеет не локальный, а глобальный характер, охватывает собой практически все отрасли и институты права; г) имеет свою собственную идеологию.

Суть последней исторически заключалась в том, как это особенно ярко было видно на примере Кодекса Наполеона, чтобы, в корне преобразуя, а зачастую и «аннулируя все ныне существующее и ранее существовавшее право», создать новую правовую реальность, «установить новый правовой порядок, который воплощал бы в себе идеи построения единого национального государства и отвечал бы требованиям, предъявляемым новым, постоянно изменяющимся обществом и новой системой управления страной»[5].

Эта идеология в теоретическом плане отражала господствовавшую в тот период в Западной Европе «философскую веру в благоразумие права», хотя в реальности все выглядело зачастую наоборот. Кодексы,

---

[1] *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 42.

[2] Ibidem.

[3] Ibidem.

[4] *Давид Р., Жоффе-Спиноза К.* Указ. соч. С. 49.

[5] *Dadomo Ch., Farran S.* The French Legal System.

призванные символизировать собой эту веру в «благоразумие права», равно как и олицетворять «новый правовой порядок», нередко «вбирали в себя значительные массивы существующего в изначальном виде законодательства» и далеко не всегда, как это официально декларировалось, строились на радикальных идеях и доктринах[1].

Тем не менее кодификация права, начавшаяся в странах Западной Европы в раннее средневековье и продолжающаяся по сей день, оказала огромное влияние на характер и процесс развития романо-германского права, во многом предопределила важнейшие тенденции его эволюции.

При этом речь не идет только о масштабных кодифицированных актах, «сопутствовавших» Кодексу Наполеона и оказавших значительное воздействие на процесс развития романо-германского права в данный период, таких как Гражданский процессуальный кодекс (1806), Кодекс коммерческого права (1807), Уголовный и уголовно-процессуальный кодекс (1810)[2]. Имеются в виду также многочисленные кодифицированные акты в области трудового, транспортного, природоохранительного и других сфер права, принятые в гораздо более поздний период в странах романо-германского права, и в особенности во Франции[3]. Значительная роль каждого из них, как и кодификации в целом, заключалась в том, что они положили конец «достаточно многочисленным юридическим архаизмам, правовому партикуляризму, множественности обычаев, мешавшей практике»[4].

Разумеется, кодификация имела не только позитивную сторону, но и определенные недостатки. Суть их усматривается различными авторами в основном в том, что она: а) с самого начала упустила из виду сложившуюся на Западе в течение ряда веков университетскую традицию, которая заключалась «в стремлении обучить поискам справедливого права, предложить право-образец, а не систематизацию или комментарии права той или иной страны или области»[5]; б) способствовала вопреки идее, которая вдохновляла создание кодексов, «юридическому позитивизму, усиленному национализмом». С принятием многочисленных кодексов юристы стран романо-германского права «стали считать правом их национальное право». Они «занялись своими кодексами» и перестали видеть, что по своему существу настоящее право как «норма общественного поведения» является «наднациональным» правом[6].

Наряду с названными отличительными признаками романо-германское право имеет и другие особенности. В их числе можно назвать, например, такую черту, *как относительно самостоятельный характер существования гражданского и коммерческого права,* истори-

[1] *Dadomo Ch., Farran S.* Op. cit.

[2] Ibid. P. 26.

[3] Handbuch des franzusischen Rechts. Berlin, 1927. S. 83—136.

[4] *Давид Р., Жоффре-Спиноси К.* Указ. соч. С. 50.

[5] Там же. С. 50, 51.

[6] Там же. С. 51.

чески, с момента их возникновения и последующего развития, четко проводимое различие между тем и другим[1].

В системе романо-германского права изначально были весьма важные, порожденные главным образом сильным влиянием на него римского права причины «для проведения четкого различия между гражданским правом, с одной стороны, и коммерческим — с другой»[2]. Во Франции и некоторых других странах континентального права это привело к возникновению особых коммерческих судов и к созданию кодифицированных актов коммерческого права[3].

Помимо указанных отличительных черт и особенностей романо-германское право выделяется среди других правовых семей также тем, что в *его системе доминирует как особая отрасль права торговое право,* что в большинстве стран этой правовой семьи *наряду с гражданскими кодексами существуют также торговые кодексы.* Такие кодексы есть в Бельгии (1807), Австрии (1862), Франции (1807), Германии (1897), Испании (1829, переработан в 1885), Нидерландах (1838) и во многих других странах[4].

Названные отличительные черты не исчерпывают всех особенностей романо-германского права. Однако они дают общее представление об этой старейшей правовой семье.

§ 4. Основные черты и особенности англосаксонской правовой семьи

Англосаксонская правовая семья, или система (семья) общего права, как ее зачастую называют, является одной из самых распространенных, старейших и влиятельных правовых систем современного мира. По своим основным параметрам, включая географические (охват национальных правовых систем в разных регионах и частях мира), культурные (распространение на страны с различной политической и правовой культурой), исторические и иные факторы, наконец, по степени своего влияния на другие правовые системы данная правовая семья, по общему признанию исследователей, может сравниться лишь со старейшей правовой семьей — системой романо-германского права[5].

Под регулятивным и иным воздействием норм, доктрин, отраслей и институтов общего права в настоящее время находится почти третья часть населения земного шара[6]. Общее право уже в течение длительно-

---

[1] *Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch.* Coparative Legal Traditions. 2 nd ed. St. Paul; Minn, 1993. P. 49.

[2] *Cruz P.* Op. cit. P. 43.

[3] *Pearson Ed.* Law for European Business Studies. P. 19.

[4] *Саидов А. Х.* Введение в основные правовые системы современности. С. 82, 83.

[5] См.: *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 89.

[6] *Glendon M., Gordon U. Osakwe Ch.* Comparative Legal Traditions in a Nutshell St. P. 159.

го времени действует на территории Великобритании, США, Канады, Австралии, Новой Зеландии, Индии и целого ряда других государств. Причем по мере развития мирового сообщества и расширения между различными государствами экономических, политических и иных связей сфера «влияния» общего права в последние столетия не только не уменьшалась, а, наоборот, постоянно росла. Разумеется, этому в немалой степени способствовала мировая экспансия Британской империи, на территории которой первоначально возникло и развивалось общее право, сопровождавшаяся одновременно и правовой экспансией.

Термины «общее» и «англосаксонское» право употребляются, по общему правилу, в качестве синонимов. Идентичность этих терминов последовательно прослеживается в многочисленных трудах отечественных и зарубежных юристов, философов, социологов и представителей других общественных наук, затрагивающих проблемы сравнительного правоведения в своих исследованиях. Сложилась даже своеобразная традиция подобного употребления данных терминов[1].

Однако такой подход не разделяют специалисты в области истории государства и права зарубежных стран, и в первую очередь Англии. Имеющие дело с точной историко-правовой материей, на основе изучения документов и других материалов, касающихся ранней истории развития государства и права Англии и более поздних этапов ее эволюции, они делают вывод о том, что термин «англосаксонское право» в строгом его понимании относится только к самому раннему — англосаксонскому — периоду развития феодального государства и права в этой стране, в то время как термином «общее право» обозначается правовая система Англии (о чем подробнее будет сказано дальше), сформировавшаяся позднее[2].

Исходя из необходимости четкого терминологического разграничения в учебном процессе и в научных исследованиях термин «общее право» не следует отождествлять и с термином «английское», или «британское», право.

Строго говоря, резонно замечает по этому поводу Р. Давид, сфера применения английского права ограничивается только Англией и Уэльсом. Оно не является ни правом Объединенного Королевства, ни правом Великобритании, поскольку такие их составные части, как Северная Ирландия, Шотландия, острова Ла-Манша и остров Мэн, не подчиняются «английскому» праву[3]. Тем более оно не распространяется на

---

[1] См.: *Косарев А. И.* Англосаксонская и романо-германская формы буржуазного права. Калинин, 1977; *Давид Р., Жоффре-Спиноси К.* Основные правовые системы современности. М., 1996; *Загрядский Г. В.* Правовые системы современности. М., 1995., и др.

[2] См.: *Дженкс Э.* Английское право. М., 1947; *Аннерс Э.* История европейского права. М., 1996, и др.

[3] *Давид Р.* Основные правовые системы современности (Сравнительное право). С. 252.

другие государства, находящиеся за пределами Объединенного Королевства, но использующие систему общего права.

Однако следует иметь в виду, что английское право весьма важно для глубокого и разностороннего понимания общего права, и рассматривать его нужно не только в «узко концептуальном» плане, как систему вполне определенных юридических актов и норм, действующих собственно в Англии и Уэльсе. Не менее принципиально исследовать его и в другом плане, а именно — как исторически сложившуюся правовую модель, воспринимаемую в течение многих столетий далеко за пределами Великобритании[1].

Кроме того, нельзя упускать из поля зрения и тот факт, что английское право всегда было и остается доминирующей частью, ядром правовой системы общего права. Оно выступает в качестве ее основы, своеобразного фундамента, на котором стоит все здание общего права. Наконец, английское право всегда было и остается неким образцом, той самой моделью для правовых систем подавляющего большинства англоязычных стран (за исключением Шотландии и Южно-Африканской Республики), от которой, по словам Р. Давида, «конечно же можно отклоняться в ряде вопросов, но которая в целом принимается во внимание и почитается»[2].

Исходя из всего этого можно сделать один вполне определенный вывод: изучение общего права должно непременно начинаться с изучения английского права. Ибо общее право — это система, несущая на себе глубокий отпечаток истории английского права, а эта история вплоть до XVIII в. являлась не чем иным, как исключительно историей английского права.

Данное обстоятельство определяющее, даже если учесть, что правовые системы некоторых стран, таких, например, как Канада и США, в настоящее время глубоко отличаются от английского права и что в других странах, например в Индии и Судане, право лишь частично подверглось английскому влиянию, поскольку там рецепцировали только отдельные институты и категории английского права[3].

Говоря об общем праве в плане его соотношения с английским правом, весьма важным представляется, во-первых, проводить четкое различие между ним, с одной стороны, и международным правом (основными субъектами которого являются государства), а вместе с тем и каноническим правом (порождаемым церковью и применяемым ее же судами), с другой стороны[4]. А во-вторых, учитывать тот очевидный для многих компаративистов факт, что при всей своей долговечности, неоспоримой значимости и широкой распространенности термин «общее право» выступает как до конца не сложившийся, неоднозначный.

---

[1] См.: *Bridge J., Banadas Ef. Gardner J., Miller D.* (eds.). United Kingdom Law in the Mid-1990's. L., 1994.

[2] *Давид Р.* Указ. соч. С. 252.

[3] Там же. С. 251.

[4] *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 91.

Нередко он употребляется в широком и узком смыслах. *В широком смысле* «общее право» означает полный охват, «тотальность охвата всех национальных правовых систем, входящих в правовую семью англосаксонского права». При этом «общее право» рассматривается как правовая семья, не только не совпадающая, но и в известной мере противостоящая другой, не менее влиятельной в современном мире правовой семье — континентального или романо-германского права[1].

В узком смысле «общее право» рассматривается как составная часть правовой семьи англосаксонского права, исторически сложившаяся в Великобритании из решений королевских (вестминстерских) судов. В данном изначальном значении общее право противостоит исходящему от парламента страны так называемому статутному праву, а также праву в виде норм и судебной практики, порождаемому английскими «судами справедливости»[2].

Помимо указанных значений термина «общее право» он употребляется и в других смысловых значениях. В частности, общим правом иногда называется вся правовая система Великобритании и подчеркивается, что речь идет именно об общей системе всей страны, а не о каких бы то ни было отдельных нормативно-правовых актах или локальных нормах и обычаях[3].

Существуют и другие смысловые значения термина «общее право», которые иногда органически дополняют друг друга, а нередко противоречат друг другу, вносят сумятицу в исследование общего права и не способствуют эффективному использованию унифицированной терминологии.

В процессе дальнейшего анализа сравнительно-правовых проблем целесообразным представляется во избежание путаницы использовать термин «общее право» лишь в качестве синонима термина «англосаксонская правовая семья».

А сейчас обратим внимание на *основные особенности общего права*, выступающего в качестве правовой семьи, на то, что отличает его от других правовых семей.

Речь при этом не идет о каких бы то ни было частных особенностях общего права, касающихся, например, его источников или форм права, отдельных его принципов или традиций, его структуры или отдельных сторон его содержания. Имеются в виду лишь такие особенности, которые относятся к англосаксонской правовой семье в целом, подчеркивают специфический характер данной правовой семьи и в принципиальном плане отличают эту правовую семью от всех других правовых семей[4].

Разумеется, в первую очередь речь идет о тех отличительных чертах, которые дают возможность провести разграничительную линию ме-

---

[1] *Zweigert K., Kutz H.* Introduction to Comparative Law. P. 195.

[2] Ibidem.

[3] *Eddey K.* The English Legal System. L., 1987. P. 173.

[4] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности.

жду англосаксонской правовой семьей, с одной стороны, и наиболее близко к ней примыкающей, соотносящейся с ней по целому ряду параметров романо-германской правовой семьей — с другой.

Такое разграничение далеко не всегда возможно, если учесть сходство родовых и иных признаков и черт рассматриваемых правовых семей. Тем не менее принципиальное различие между правовыми семьями существует, и его не следует недооценивать, а тем более игнорировать.

Рассматривая многочисленные проявления признаков сходства и различия между двумя доминирующими в современном мире правовыми семьями, нельзя не заметить, в частности, такие их сходства, как: а) *общность культурного развития*, ибо в течение многих веков, вплоть до настоящего времени, система общего права и система романо-германского права «имели и имеют общие ингредиенты цивилизованной жизни»; б) *определенная общность религиозной основы*, каковой для Англии — прародины общего права — и континентальной Европы — центра развития романо-германского права было в течение длительного времени христианство. Известно, что в Средние века Англия находилась под духовной властью и сильным влиянием римской церкви. В более поздние века она официально признавала протестантизм, который разделялся также значительной частью населения Западной Европы. Наконец, в настоящее время в Англии установился «религиозный плюрализм», который широко распространен на всей территории Западной Европы; в) *сходный уровень развития в Англии и континентальной Европе науки, техники, искусства, ряда политических, социальных и правовых теорий, принципов, идей и т. д.*[1]

Все это и многое другое не могло не породить фундаментального сходства двух основных, доминирующих в мире правовых семей. Но вместе с тем оно, сопряженное с национальными, историческими, политическими, психологическими и иными особенностями стран и народов, воспринявших данные правовые семьи, не могло не обусловить и многочисленные различия между ними.

Каждая из этих правовых семей в силу своих природных и иных особенностей вырабатывает в себе наряду с общими чертами «настолько яркие и значимые особые черты», что это позволяет каждой из них обретать свою собственную индивидуальность[2].

Конечно, это всячески предполагает, что каждая из данных правовых систем может перенимать нормы, институты, идеи и иные традиционные черты, свойственные другой правовой системе, однако это не изменяет ни первоначальной природы, ни основных параметров и «фундаментальных черт» каждой из систем, остающихся тем, чем они всегда были[3].

---

[1] См.: Droit Anglo-Saxon Et Droit Continental. Confrontation on Harmonisation? Paris, 1995. P. 3.

[2] *Dainow J.* The Civil Law and the Common Law: Some points of Comparison // The American Journal of Comparative Law, 1966—1967. Vol. 15. P. 434.

[3] В настоящее время такая точка зрения разделяется далеко не всеми авторами.

Какие же фундаментальные черты и особенности общего права придают ему как правовой семье специфический характер? *В чем состоит коренное отличие общего, англосаксонского права от континентального, романо-германского?*

Отвечая на подобные вопросы, многие исследователи общего права выделяют следующие особенности общего права.

Во-первых, указывается на то, что *общее право* по своей природе и содержанию *является «судейским правом».* Это означает, что основой общего права изначально были и остаются решения королевских (вестминстерских) судов — в Англии, решения Верховного Суда по вопросам конституционности или неконституционности обычных («текущих») законов — в США, вердикты высших судебных инстанций по аналогичным вопросам — в Канаде, Австралии и других англоязычных странах. Судейский характер общего права признается фактически всеми исследователями-компаративистами и самими судьями — практическими работниками, имеющими дело с различными институтами общего права. Это право в Великобритании, США или любой другой стране, где оно функционирует, традиционно создавалось и создается судьями[1].

Разумеется, законы, принимаемые парламентами, играют в правовых системах этих стран, и прежде всего в Англии, немаловажную роль. Однако не следует забывать, что уже в процессе подготовки и принятия парламентских актов всегда учитываются существующие судебные решения и что в процессе применения права именно судьи, а не кто-либо иной, официально оценивают практическую значимость актов парламента. В силу этого «сам характер судейской деятельности и судейские воззрения и доктрины всегда были и остаются важнейшим фактором развития общего права»[2].

По мнению бывшего председателя Верховного Суда США Э. Уоррена, высказанного по поводу судейского характера общего права в этой стране, «ни у кого не будет оснований оставаться честным, утверждая, что суд не создает права». Правотворческая деятельность суда — это не основная его цель и функция. Суд творит право по ходу своей основной судебной деятельности. Он не подменяет Конгресс и не имеет никаких намерений узурпировать власть Конгресса. Но «мы (судьи) создаем право, и иначе быть не может»[3].

Следует заметить, что, по мнению ряда американских авторов, судейский характер общего права в США является практически даже более значимым, чем в Англии и некоторых других странах. Согласно их наблюдениям, «право, создаваемое американскими судьями, играет в регулятивном и управленческом процессах общества гораздо большую роль, чем право, создаваемое английскими судьями»[4].

---

[1] *Sim R., Pace P.* A Level of English Law. London, 1991. P. 13.

[2] Ibid. P. 14.

[3] *Sheldon Ch.* Supreme Court: Politicians in Robes. Beverly Hills, 1970. P. XXI.

[4] *Cox A.* The Role of the Supreme Court in American Government. Oxford, 1976. P. 1.

Судейский характер общего права и его огромная практическая значимость признаются наряду с американскими и английскими юристами, теоретиками права и практиками других стран. В частности, некоторые канадские исследователи считают даже, что судейское право в ряде его аспектов может быть охарактеризовано как «полностью независимое от статутного права или самой конституции», как «конституционное право».

В качестве примера при этом ссылаются на прерогативы Короны (практически — исполнительной власти), которые «берут свое легитимное начало» не в статутах парламента, а в соответствующих судебных решениях. В подтверждение данного тезиса указывается на то, что с помощью «судейского» права во многом определяется статус государственных служащих Канады, осуществляются конституционные права и свободы граждан, обеспечивается деятельность «правительственных чиновников» и «административных агентств» в рамках закона[1].

Следует отметить, что широко распространенное мнение о судейском характере общего права, а тем более о приоритете судейских норм перед статутными и конституционными нормами некоторыми авторами подвергается сомнению[2].

Во-вторых, обращается внимание на то, что общее право по сравнению с другими правовыми семьями *имеет ярко выраженный казуальный характер* (cast law), что это *система доминирования прецедентного права и полного или почти полного отсутствия кодифицированного права,* точнее — кодифицированного законодательства.

Данная особенность общего права исторически обусловлена преобладанием в нем в течение весьма длительного времени судейского права над статутным или парламентским правом. Установление жесткого принципа прецедента в деятельности судебной системы Великобритании и других стран, длительное доминирование в них прецедентного права над другими составными частями общего права отнюдь не способствовали, а, напротив, объективно препятствовали процессу его унификации и кодификации. Однако это не только не мешало, а, наоборот, всячески предполагало, исходя из сугубо практических целей, систематическое упорядочение и обнародование постоянно создаваемых и многократно применяемых судебными инстанциями прецедентов[3].

В силу данных причин в Англии начиная с конца XII в. и вплоть до первой половины XVI в. систематически собирались и издавались в специальных «Ежегодниках» судебные отчеты. В XVI в. они были заменены частными отчетами, которые, как правило, формировались и публиковались наиболее квалифицированными английскими юристами. Со второй половины XIX в. в Великобритании издаются так называемые «Судебные отчеты», где публикуются решения высших судебных инстанций, выступающие в качестве судебных прецедентов при рассмотрении аналогичных дел. Наряду с этим публикуются «Еженедельные су-

---

[1] *Hogg P.* Constitutional Law of Canada. Toronto, 1985. P. 9, 10.

[2] См.: *Филиппов С. В.* Судебная система США. М., 1980. С. 18—45; *Сидков О. А.* Верховный Суд США: право и политика. М., 1985. С. 89—122.

[3] См.: *Решетников Ф. М.* Правовые системы стран мира. М., 1883. С. 26—28.

дебные отчеты», «Всеанглийские судебные отчеты», «Судебные отчеты по Северной Ирландии» и другие подобные издания.

В связи с доминирующей ролью прецедентного права в системе общего права английское законодательство, по справедливому замечанию отечественных исследователей, вплоть до начала XIX в., находясь на вторых ролях, представляло собой «постоянно растущее собрание неупорядоченных, плохо согласованных между собой и даже прямо противоречащих одни другим статутов, принимавшихся начиная с XIII в. при самых различных обстоятельствах и нередко продолжавших действовать в совершенно изменившихся исторических условиях»[1].

Резкая активизация правотворческой деятельности английского парламента в начале XIX в., обусловленная экономическими (бурный рост промышленного производства и торговли), политическими (реформа избирательной системы 1832 г.) и иными причинами, несомненно, способствовала повышению роли статутного права, быстрому росту количества принимаемых парламентом актов и осознанию необходимости их систематизации и унификации.

Как следствие этого в Великобритании в начале XIX в. стали издаваться так называемые консолидированные акты, вбиравшие в себя в упорядоченном виде применительно к различным правовым институтам нормы, содержавшиеся в ранее изданных парламентских актах. Среди такого рода актов, изданных в XIX в.,— законы о семейных отношениях 1857 г., о партнерстве 1890 г., о продаже товаров 1893 г. и многие другие. Фактически это были консолидированные акты с некоторыми элементами кодификации.

В конце XIX в. и на всем протяжении XX в., когда потребность в систематизации многочисленных парламентских актов особенно увеличилась, основной формой упорядочения британского законодательства по-прежнему оставалась и остается консолидация.

Что же касается такой формы систематизации законодательства, как кодификация, то в Великобритании она практически не получила распространения. Неоднократные попытки кодификации различных отраслей английского права неизменно оказывались неудачными. Так было с попытками разработки и принятия уголовного кодекса во второй половине XIX в., кодификации других отраслей права[2].

Несколько иначе выглядит процесс кодификации законодательства в других странах общего права, в частности в США. Особые условия развития общего права в этой стране, активная деятельность законодательных органов на уровне федерации и отдельных штатов, приведшая к созданию огромного числа нормативно-правовых актов, несвязанность, в отличие от Англии, судебных и иных государственных органов глубокими традициями общего права, которые зачастую препятствуют его кодификации,— все это и многое другое обусловило то, что законодатель-

[1] *Решетников Ф. М.* Указ. соч. С. 27.

[2] В 1866 г. Парламентом Англии была даже создана специальная комиссия по кодификации права. Однако она не добилась никаких результатов.

ство США приобрело, в отличие от Великобритании, гораздо в большей мере кодифицированный, а не просто консолидированный характер.

Начиная с конца XVIII в. и вплоть до второй половины XX в. в США на уровне отдельных штатов были разработаны и приняты отраслевые кодексы[1]. Особая активность в области кодификации в течение XIX в. наблюдалась в штате Нью-Йорк, где были подготовлены, а частично и приняты проекты гражданского, уголовного, гражданского процессуального и уголовно-процессуального кодексов, послужившие своеобразным образцом для разработки и принятия соответствующих кодексов в других штатах.

Кодификационная работа в США проводилась на уровне не только отдельных штатов, субъектов федерации, но и самой федерации. В результате этой работы в 1909 г. был подготовлен и принят федеральный Уголовный кодекс. В 1926 г. разработан и одобрен федеральный Свод законов, состоящий из 50 отраслевых разделов (таких, как «Война и национальная оборона», «Патенты», «Сельское хозяйство» и пр.) и периодически обновляемый каждые шесть лет. В послевоенный период в целях сближения и унификации законодательства отдельных штатов в США был одобрен единый Торговый кодекс (1952), созданы так называемые типовые кодексы по уголовному, уголовно-процессуальному и некоторым другим отраслям права[2].

Однако, несмотря на проводившуюся в течение длительного времени в этой стране кодификационную работу, сама кодификация в сознании американского юридического сообщества всегда оставалась чужеродным явлением, некой фикцией, привнесенной извне, поскольку не законы или отдельные кодексы изначально определяют существо американской правовой системы, а принимаемые высшими судебными инстанциями страны решения[3].

Кроме того, как подмечает Р. Давид, говоря об американских кодексах, всегда следует иметь в виду, что они «идентичны» европейским кодексам. «Их и толкуют иначе». Кроме того, в этих кодексах — «просто плод консолидации, более или менее удачной, а не основа для выработки и развития нового права, как в странах романо-германской правовой семьи».

Презюмируется, что законодатель хотел воспроизвести в кодексе прежние нормы, созданные судебной практикой. Закон не имеет смысла, пока он не истолкован судами. Судебные решения, не ссылающиеся на судебные прецеденты, а просто применяющие законы, носят исключительный характер[4].

В-третьих, важная *особенность общего права* по сравнению с романо-германским и другими правовыми семьями заключается в том,

---

[1] *Решетников Ф. М.* Указ. соч. С. 169.

[2] См.: *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1995; *Бобоотов С. В., Сигачев С. В.* Введение в правовую систему США. М., 1997, и др.

[3] *Redlich N., Schwartz B., Attanasio J.* Constitutional Law. N.Y., 1989. P. 9—67.

[4] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 379.

что в процессе своего возникновения и развития оно было подвержено лишь незначительному влиянию со стороны римского права.

Если право наших европейских партнеров вместе с правовой системой Шотландии, пишут по этому поводу английские исследователи, испытало весьма заметное по своей глубине, масштабу и последствиям воздействие со стороны римского права, то этого не случилось с английским правом[1].

Причин слабого влияния римского права на общее, и в особенности на английское, право усматривается довольно много. Но наиболее важные из них сводятся к следующему: а) к преимущественно частному характеру римского права, которое не могло быть использовано королевскими (вестминстерскими) судами, решавшими в пределах своей юрисдикции не частные, а публично-правовые споры; б) к существовавшим на пути рецепции норм, институтов, доктрин и принципов римского права в Англии препятствиям в виде несовместимых с римским правом местных традиций и обычаев; в) к особенностям эволюционного развития Англии и ее правовой системы, не вызывавшим необходимости выхода за рамки общего права.

Конечно, причин незначительного влияния римского права на английское национальное право, а через него и на все общее право, по всей вероятности, существует несколько. Однако главные из них все же заключаются в «непрерывном (unbroden), исторически последовательном развитии политической и правовой системы Англии, при котором не возникало необходимости искать помощи и поддержки при решении постоянно возникающих проблем за пределами применения принципов общего права или права справедливости»[2].

Следовательно, у общего права, развивавшегося на своей собственной социально-экономической, политической, идеологической и концептуальной основе, вовсе не было необходимости «перенимать» и адаптировать применительно к новым историческим условиям издавна сложившиеся и многократно подтвержденные юридической практикой многих стран нормы, институты, доктрины и принципы римского права.

Таково мнение многих ученых-юристов, занимающихся проблемами соотношения различных правовых систем, а также вопросами рецепции римского права. Ими традиционно подчеркивается одна из особенностей общего права, заключающаяся в слабом влиянии на него, по сравнению с романо-германской правовой семьей, римского права.

Вместе с тем по поводу слабой связи и соответственно «слабого влияния» римского права на общее право есть и иные мнения, не совпадающие с традиционными. Суть их сводится к следующему: несмотря на то что общее право не вытекает из римского права и не подвергается его влиянию, это касается лишь позднего периода развития последнего. Ранний же («древний») период развития римского права «в отдельных его правовых аспектах и процедурной практике стоит ближе

---

[1] *Sim R., Pace P.* A Level of English Law. L., 1989. P. 14.

[2] *Eddey K.* Op. cit. P. 169.

к общему праву, чем даже к современному романо-германскому («цивильному») праву»[1].

В-четвертых, отличительной особенностью общего права является *придание повышенной значимости процессуальному праву по сравнению с материальным правом.*

Эта особенность общего права проявилась уже на самых ранних стадиях его становления и развития и в значительной мере сохранила свою роль вплоть до настоящего времени. Одной из причин ее появления и столь длительного сохранения является перманентное доминирование в системе общего права судейского права. Относительное развитие законодательства — статутного права в Англии и в некоторых других странах общего права давало возможность, а нередко и вынуждало суды формировать в процессе своей повседневной деятельности не только нормы материального, но и процессуального права[2], уделять повышенное внимание не столько самому судебному решению, сколько, в силу сложившихся традиций, порядку, процедуре принятия решения[3].

По мере развития общего права такое положение все больше сказывалось не только на судебном и административном процессах, но и на образе мышления самих юристов, имеющих дело с этим правом.

Сравнивая образ мышления юристов, работающих в сфере общего права, с традициями юристов континентального права, Р. Давид отмечает, что если «по традиции юристов европейского континента больше всего интересует материальное право», а на судебную процедуру они обращают меньше внимания, так же как и на все то, что касается доказательств или исполнения судебных решений, то у юристов общего права все обстоит как раз наоборот[4].

Они не признают традиций «ставить право выше процесса», установившихся еще в древности и получивших свое дальнейшее развитие во многих странах европейского континента «благодаря университетской подготовке юристов». Они не разделяют взглядов на право как на «нечто подобное моральной теологии».

Английское право по самой своей природе — «это не право, изученное в университете, не право принципов. Наоборот, это право процессуалистов и практиков». Крупный юрист в Англии — это не профессор университета, а судья, вышедший из практиков. Изучение материального права и принципов права в университетах «не дало бы этим юристам ничего нового»[5].

Как показывают научные исследования, главным для английского права вплоть до XIX в. было умение найти форму иска для обращения

---

[1] *Cruz P. A.* Modern Approach to Comparative Law. P. 91.

[2] См.: *Glendon M., Cordon N., Osakwe Ch.* Comparative Legal Traditions in a Nutshell. P. 211.

[3] См.: *Арчер П.* Английская судебная система. М., 1959; *Уолкер Р.* Английская судебная система. М., 1980; *Филиппов С. В.* Судебная система США. М., 1980.

[4] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 295.

[5] Там же. С. 296.

в Королевский суд и для избежания препятствий процедурного характера. Самая большая трудность при этом состояла в возбуждении судебного процесса, а также в выработке «строгих правил о доказательствах», с тем чтобы вердикт участвующих в процессе «невежественных и впечатлительных присяжных был разумным»[1].

Таким образом, для английских юристов, а позднее и для всех юристов общего права процессуальные вопросы самой логикой развития государственно-правовой жизни в Англии и других странах все больше выдвигались на первый план.

Помимо прочего это случилось еще и потому, что английские юристы, будучи весьма благоразумными людьми, хорошо понимали, что «быть правым — это еще мало для того, чтобы добиться удовлетворительного решения». А также потому, что английское материальное право, будучи вплоть до XIX в. «чрезвычайно бесформенным и нечетким» по всем параметрам, не могло не уступать процессуальному праву[2].

В настоящее время положение дел в сфере общего, и в особенности английского, права в определенной мере изменилось. Исследователи отмечают, в частности, что значительно упростилась судебная процедура[3]. «Обогатилось и стало столь же действенным, как и правовые системы континентальной Европы», английское материальное право. Английские юристы стали больше внимания уделять изучению не только конкретных судебных решений, ставших прецедентами, но и анализу конкретных норм, институтов, а также принципов английского права.

Однако, несмотря на все эти изменения, «стиль мышления, порожденный вековыми традициями, сохраняется до сих пор»[4]. С психологической точки зрения и в других отношениях он особенно ярко проявляется опять же в придании исключительной важности в системе общего права судебной процедуре, процессуальному праву, а тем самым — в определенной недооценке роли материального права.

Если юрист континентальной Европы видит в праве некие «принципы социального порядка», принципы политической свободы, говорит о конституционных правах и обязанностях, священности и неприкосновенности частной собственности и т. п., оставляя при этом практикам «заботу о проведении этих принципов, прав и свобод в жизнь», то юрист, имеющий дело с общим правом, и в особенности современный английский юрист — «своего рода наследник практиков, относится ко всему этому совсем иначе, а именно — с большим скепсисом и недоверием[5].

---

[1] *Давид Р.* Указ. соч. С. 296.

[2] См.: *Давид Р., Жоффре-Спиноза К.* Основные правовые системы современности. С. 186—230.

[3] См.: *Апарова Т. В.* Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. М., 1996.

[4] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 296.

[5] *Bell J.* English Law and French Law — not so Different? // Current Legal Problems. 1995. Vol. 48. Part 2. P. 80—101.

Будучи по своей профессиональной натуре весьма целеустремленным прагматиком, он с большим недоверием относится ко всякого рода общим правовым положениям, принципам и декларациям, резонно считая их пустыми словами[1].

Все внимание английских юристов, замечает Р. Давид, «веками было обращено на судебную процедуру и очень медленно переносится на само существо права». Если во Франции политические свободы — «объект торжества юридических деклараций», то в Англии эти свободы выступают «в гораздо более скромной форме», хотя они и «эффективнее гарантируются процедурой habeas corpus»[2].

В-пятых, важной особенностью общего права, подчеркивающей ее весьма своеобразный, а в целом ряде аспектов даже уникальный характер, *является довольно высокий уровень независимости судебной власти по отношению ко всем другим государственным властям, ее реальная, разносторонне гарантированная самостоятельность как в вопросах организации своей внутренней жизни, так и в отправлении правосудия, в решении относящихся к ее компетенции «внешних» проблем.*

Разумеется, каждое современное государство, именующее себя цивилизованным и тем самым стремящееся всячески отмежеваться от «нецивилизованных» государств, в конституционных актах или же в текущем законодательстве не только провозглашает, но в ряде случаев юридически гарантирует независимость судебной власти, а вместе с ней осуществляющих ее судей[3].

Однако из практики многих государств хорошо известно, что одно дело — провозглашать и даже формально-юридически гарантировать независимость судебной власти и совсем другое — ее реально осуществлять.

В странах общего права, и особенно в Англии, такого расхождения между словами и делами практически не существует[4]. Суды в Англии, уверенно заявляет Р. Давид,— это «настоящая власть. Именно им Англия обязана созданием общего права и права справедливости; именно они сформировали действующее ныне английское право, так как законодательная и исполнительная власти в этом отношении играли до XX в. второстепенную роль»[5].

Судебная власть в Англии и ряде других стран общего права, ее действенность и самостоятельность проявляются и в иных отношениях. В частности, в том, что эта власть обладает несомненной прерогативой

---

[1] *Chesterman M.* Contempt in the Common Law, but not the Civil Law // International and Comparative Law Quarterly, 1997. Vol. 46. Part 3. P. 547—560.

[2] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 298.

[3] См.: Судебные системы западных государств / Отв. ред. В. А. Туманов. М., 1991; *Боботов С. В.* Конституционная юстиция (сравнительный анализ). М., 1994, и др.

[4] *Sauveplanne J.* Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislation. N.Y., 1994; *Manchester A.* A Modern Legal History of England. L., 1990.

[5] *Давид Р.* Указ. соч. С. 311.

в процессе создания не только материального права, но и судебных процедур — важнейшей составной части процессуального права. Суды обладают неоспоримым правом (и одновременно конституционной обязанностью) отправления правосудия. Согласно сложившейся традиции и обычаям суды Англии наделяются прерогативой повседневного контроля за рассмотрением юридических споров, возникающих между различными субъектами правоотношений — юридическими и физическими лицами.

Наконец, на суды общего права возлагаются весьма широкие и действенные по своему характеру полномочия, позволяющие судебной власти оказывать огромное влияние не только на процесс развития правовой системы, но и на само общество и государство,— полномочия, связанные с толкованием законодательных актов и с решением вопроса об их конституционности[1].

Значительная роль судов общего права в обществе и их высокий уровень относительной самостоятельности проявляются и в других отношениях. Реальный характер выполняемых ими функций традиционно обеспечивается многими средствами или факторами — материальными, правовыми, моральными и иными[2].

Среди них в качестве иллюстрации можно указать на такие, в частности, как *широко признанная концепция независимой судебной власти в Великобритании и других странах общего права.*

«Судейская независимость» при этом обычно рассматривается и теоретиками права, и практиками не иначе как «проявление одного из аспектов» теории, а вместе с ней практики разделения властей. Такой подход к судебной власти позволяет теоретически обосновать и тем самым фактически оправдать правомерность и разумность с точки зрения интересов всего общества и государства построения таких отношений между различными государственными властями, при которых судебная власть в процессе своей деятельности была бы застрахована как от контроля со стороны законодательной власти, так и от вмешательства со стороны правительства»[3].

Подобный характер отношений вовсе не означает абсолютизацию судебной власти и непризнание укоренившейся в Англии и некоторых других странах доктрины «суверенитета парламента»[4].

Поддержанию реальной самостоятельности судебных органов в системе общего права *способствуют материальные факторы* (высокая техническая оснащенность, благоустроенные здания и отдельные помещения, относительно высокая оплата труда судей и т. п.) и *исторически сложившиеся традиции*[5].

---

[1] См.: *Cruz P.* Comparative Law in a Changing World. P. 261—287.

[2] *Glik H.* Courts, Politics and Justice. N.Y., 1998. P. 326—348; *Johnson Ch.* and *Canon B.* Judicial Policies: Implementation and Impact. Washington, 1984. P. 120—136.

[3] *Sim R., Pace P.* Op cit. P. 14.

[4] *Chestennan M.* Contempt in the Common Law, but not the Civil Law. P. 549.

[5] *Dainow J.* The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. P. 12.

Следствием этих факторов и традиций явилось то, что если в странах континентального права судьи, имея достаточно высокий престиж и гарантии безопасности, тем не менее получают за труд «более чем скромную заработную плату», то в странах общего права дело обстоит совсем наоборот. Далее. Если в странах континентального права в силу «коллегиального характера судебной системы и судебной процедуры» судья всегда остается как бы незаметной персоной, «анонимным», а сама судейская должность почти не дает «выдающихся юристов-профессионалов», то в странах общего права все выглядит иначе. А именно — здесь всегда имела место борьба различных точек зрения. У каждого судьи по любому вопросу есть свое собственное суждение, отражающееся в судебном решении. Судебная деятельность привлекает к себе наиболее выдающихся личностей, способных внести «существенный вклад в развитие общего права»[1].

Поддержанию высокого уровня самостоятельности судебных органов и их независимости от других государственных органов в странах общего права способствует также, с одной стороны, традиционная *корпоративная организованность и солидарность в действиях, а с другой — законодательно закрепленный «судейский иммунитет».*

Корпоративность и организованность английских юристов, объединение «класса юристов» в своеобразные профессиональные гильдии позволили им уже в ранней истории развития Англии оказывать огромное влияние на политическую и правовую сферы жизни общества, в большой степени предопределять основные тенденции развития права[2].

Правовая и социально-политическая значимость корпоративных объединений юристов Великобритании (корпорация барристеров, корпорация солиситоров и т. п.) и других стран общего права в определенной мере сохраняется и поныне[3]. Несомненно, она способствует укреплению самостоятельности судебной власти и ее функциональной независимости от других государственных властей.

Этому же в не меньшей мере содействует и существующий в Англии, а также в некоторых других странах общего права так называемый судейский суверенитет. В отношении судей Верховного Суда он является полным и распространяется на них в любой сфере их деятельности и в любой ситуации. Относительно же судей нижестоящих судов «судейский иммунитет» носит ограниченный характер и распространяется на них лишь в пределах их непосредственной компетенции (юрисдикции)[4].

Наконец, говоря о факторах, определяющих высокий уровень самостоятельности судебной власти и осуществляющих ее органов в странах общего права, нельзя не упомянуть и о моральной стороне дела, о *моральных факторах.*

Конечно, судебная власть в этих странах, так же как и в других, всегда безупречна. Об этом свидетельствуют факты предвзятого отно-

---

[1] *Dainow J.* Op. cit. P. 432.

[2] *Zweigert K.* and *Kelz H.* Introduction to Comparative Law. P. 198.

[3] См.: *Решетников Ф. М.* Правовые системы стран мира. С. 43.

[4] *Eddey K.* The English Legal System. P. 18.

шения судебных органов США, Канады, Австралии и ряда других стран в послевоенный период к так называемым «подрывным» элементам — лицам и организациям, противостоящим правящим режимам, и организованные на них с помощью судов гонения.

Однако подобного рода активность судебных органов, рассматривавшаяся в западных изданиях как некий весьма досадный эпизод в повседневной «праведной» деятельности, в целом отнюдь не подорвала доверия к ним со стороны населения. В особенности это касается высших судебных инстанций и судей в Англии, добрая репутация которых поддерживается не только правовыми средствами (любая форма проявления неуважения к суду преследуется по закону), но и неправовыми, в частности средствами морали, традициями и обычаями[1].

В качестве одного из примеров можно сослаться на подобного рода обычай, запрещающий членам Палаты общин — нижней палаты парламента подвергать персональной критике любого из членов Палаты лордов — верхней палаты парламента и одновременно высшей судебной инстанции, рассматривающей жалобы на решения Апелляционного суда, поскольку это может подорвать его доброе имя и престиж. При этом критикуется не судья — член Палаты лордов, рассматривавший то или иное дело, а «правовые принципы и взгляды, легшие в основу рассматриваемого дела»[2].

В-шестых, одной из особенностей общего права, прежде всего применительно к Великобритании, является *обвинительный характер судебного процесса.*

В отличие от других правовых систем, где на суд возлагается обязанность как сбора, так и оценки собранных доказательств (по западной терминологии — «инквизиторский» процесс), судебный процесс в странах общего права носит иной, обвинительный (accusatorial) характер. В соответствии с уголовно-процессуальными и гражданско-процессуальными нормами обязательства по сбору доказательств возлагаются на стороны — участницы процесса, а суд (судья) при этом «остается нейтральным, заслушивает и оценивает аргументы обеих сторон»[3].

Обвинительный характер процесса в Англии, прослеживающийся на протяжении многих веков, имел определенные последствия как для самой судебной, так и для правовой системы страны. В частности, «в силу обвинительного характера процесса в Англии не получил развития институт государственного обвинения, представленный особыми должностными лицами». Вместо него в стране начиная с XIII в. появились и действуют профессиональные правозащитники (правозаступники, которые подразделяются на две категории — барристеры и солиситоры (атторнеи)[4].

---

[1] *Dawson J.* A History of Law Judges. Cambridge, Mass., 1960; *Baker J.* An introduction to English Legal History. L., 1990.

[2] *Eddey K.* The English Legal History. P. 16.

[3] *Sim P., Pace P.* A Level English Law. P. 14.

[4] История государства и права зарубежных стран. Часть 1 / Отв. ред. О. А. Жидков и Н. А. Крашенинникова. М., 1996. С. 359.

Юристы каждой из этих категорий в Англии, в отличие от ряда стран романо-германского права, не являются государственными служащими и «не руководствуются в своей юридической деятельности какими бы то ни было политическими соображениями».

Помимо названных особенностей общего права в специальной отечественной и зарубежной литературе выделяются и другие. Указывается, в частности, на насильственный («экспансионистский») характер распространения в мире общего права вместе с расширением территории Британской империи[1]. Обращается внимание на то обстоятельство, что значительная часть печатной юридической продукции в виде актов парламента, решений судов, книг, юридических журналов и т. п. находится в частных руках[2]. Выделяется такая особенность общего права, как непрерывность его исторического развития и совершенствования[3].

§ 5. Мусульманское право как разновидность религиозного права

Мусульманское право представляет собой систему норм, выражающих в религиозной форме волю и интересы религиозной знати, которые изначально санкционировались и поддерживались теократическим мусульманским государством[4]. Сложившись в своей основе еще в VII—X вв., в период становления и развития феодальных отношений в арабском халифате, мусульманское право неизменно выступает лишь как одна из сторон ислама. Эта религия, отмечается в научных источниках, содержит в себе, во-первых, теологию, которая устанавливает и уточняет, во что мусульманин должен верить и во что не должен, а во-вторых, предписания верующим, указывающие на то, что они должны делать и что не должны. В исламской религии совокупность таких предписаний называется шариатом (в переводе с арабского — «путь следования») и составляет собственно то, что называют мусульманским правом[5].

Согласно догмам ислама мусульманское право открыл Аллах и довел его до всего общества и отдельно взятого человека через своего посланника и пророка Мухаммеда. Личность последнего занимает важное место в религиозной доктрине ислама в целом.

Этот человек был избран самим Богом в качестве посланника и пророка, говорится в самых ранних и более поздних богословских исследованиях. Признание пророческой миссии Мухаммеда — один из непременных символов мусульманской веры. А именно веры в то, что «нет никакого божества, кроме Аллаха» и что Мухаммед является пророком и посланником Аллаха[6].

---

[1] *Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch.* Comparative Legal Traditions in a Nutshell. 61.

[2] *Sim R., Pace P.* Op. cit. P. 14.

[3] Ibid. P. 13.

[4] *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение. Ташкент, 1999. С. 346—363.

[5] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 83, 84.

[6] Хрестоматия по исламу. М., 1994. С. 9.

Незыблемая основа мусульманского права — Коран. Это главная священная книга мусульман, в которой собраны различные проповеди, обрядовые и юридические установления, молитвы, заклинания, всякого рода назидательные рассказы и притчи, произнесенные Мухаммедом в Мекке и Медине. Содержание Корана составляют высказывания Аллаха своему пророку и посланцу Мухаммеду.

Коран является первым и основным источником мусульманского права. Однако никто из мусульманских юристов его не воспринимает ни в качестве книги права, ни как кодекс мусульманского права. Отдельные положения юридического характера, содержащиеся в Коране, недостаточны для того, чтобы вести речь о кодификации. Более того, многие правовые институты, имеющие огромное значение для формирования и развития мусульманского права, в этой священной книге даже не упоминаются.

Вот почему мусульманский судья, осуществляя правосудие, обращается непосредственно не к Корану, который он не может и не должен знать, а к книгам, написанным в разные годы авторитетными юристами, учеными-богословами и содержащим в себе определенное толкование.

Коран же как главная священная книга мусульман, как «руководство для богобоязненных» и предостережение для неверующих, которые «пытаются обмануть Аллаха, и тех, которые уверовали, но обманывают только самих себя», будучи основополагающим источником мусульманского права, выступает все же в первую очередь как фундаментальный богословский труд. Он является моральной и религиозно-философской основой мусульманского государства и права, исходным моментом в процессе их возникновения и развития. Однако он не может рассматриваться исключительно как правовой памятник, или даже как преимущественно юридический акт.

Чтобы убедиться в этом, достаточно обратить внимание на основные положения и основополагающие идеи, содержащиеся в Коране.

Среди них выделим прежде всего идеи о несравненном могуществе, абсолютной власти и авторитете Аллаха. Аллах сотворил «небеса и землю истиной», «сотворил человека из капли». «И скот Он создал; для вас в нем — согревание и польза, от них вы питаетесь». Аллах тот, который низводит с небес для вас питье, подчинил вам «ночь и день, солнце и луну. И звезды подчинены Его велениям». Он знает все и «про то, что в груди». «И говорит Он то, чего вы не знаете». Аллах — всепроникающий, сведущий. Он «тот, кто рассеял вас по земле, и к Нему вы вернетесь». Он «тот, кто растил вас и даровал вам слух, и зрение, и сердце». Аллах вам Господь. «Ему принадлежит власть, нет Божества, кроме Него!»[1]

В священной книге — Коране содержатся также положения о чистоте и непререкаемости мусульманской веры, о непримиримости ее самой и ее носителей к другим верам и их носителям — «неверным». «О сыны Исраила! — говорится в связи с этим от имени Аллаха в суре 2, 38 (40).— Вспомните милость Мою, которую Я оказывал вам, и верно

[1] Коран. М., 1991. С. 164, 287, 357, 358.

соблюдайте Мой завет. Тогда и Я буду соблюдать завет с вами. Меня страшитесь и веруйте в то, что Я ниспослал в подтверждение истинности того, что с вами. Не будьте первыми неверующими в это. И не покупайте за Мои знамения ничтожную цену и Меня бойтесь»[1].

Согласно Корану за истинную (мусульманскую) веру каждому правоверному воздадутся милости Аллаха, и он будет всегда счастлив. А те, кто переступают веру и «измышляют на Аллаха ложь, не будут счастливы»[2].

Поистине, отмечается в суре 47, «тем, которые не веровали и уклонялись от пути Аллаха, потом умерли, будучи неверными, никогда не простит Аллах». И далее: «Не слабейте и не призывайте к миру, раз выше. Аллах — с вами, не ослабит Он ваших деяний». Ведь «ближайшая жизнь — только игра и забава. А если вы уверуете и будете богобоязненны, то Он дарует вам ваши награды и не спросит о ваших имуществах»[3].

Что же касается тех, «которые не веровали или уклонились от пути Аллаха», то им грозят «заблуждение» в их делах, ниспосланное свыше, подверженность «дурным деяниям» и расстройство их состояния. «Во имя Аллаха милостивого, милосердного,— предписывается в Коране,— когда вы встретите тех, которые не уверовали, то — удар мечом по шее. А когда произведете великое избиение их, то укрепите узды»[4].

И далее в отношении «многобожников»: избивайте их, где найдете, «захватывайте их, осаждайте, устраивайте засаду против них во всяком скрытом месте! Если они обратились и выполняли молитву и очищение, то освободите им дорогу. Ведь Аллах — прощающий, милосердный»[5].

Наряду с чисто религиозными и философско-религиозными в Коране содержатся положения, рассматриваемые в сугубо юридическом плане. Например, предписания правоверным по праву ценить милосердие Аллаха и самим быть милосердными; предписание давать убежище «многобожникам», если «они у тебя этого попросили»: приюти такого человека, «пока он не услышит слова Аллаха»[6]. Это требования быть твердым в вере, ибо «счастливы верующие, которые в своих молитвах смиренны, которые уклоняются от пустословия, которые творят очищение», соблюдают «свои доверенности и договоры», «соблюдают свои молитвы» и т. д. А если кто «устремится за это», иными словами, нарушит данные императивные по своему характеру заповеди, то он будет рассматриваться как нарушитель («те уже нарушители»)[7].

Коран предписывает быть благодарным и справедливыми («И устанавливаете вес справедливо и не уменьшайте весов»), проявлять щед-

---

[1] Коран. С. 14.

[2] Там же. С. 132.

[3] Там же. С. 319.

[4] Там же. С. 317.

[5] Там же. С. 116.

[6] Там же.

[7] Там же. С. 211.

рость и давать подаяние бедным, сиротам и захваченным в плен («Мы ведь кормим вас ради лика божия и не желаем от вас ни воздаяния, ни благодарности»)[1], избавляться от скупости и избегать неправедного обогащения. На этот счет сура 92 гласит: «А кто скупился и обогащался, и считал ложью прекраснейшее, тому Мы облегчим к тягчайшему. И не спасет его достояние, когда он низвергнется»[2].

В Коране имеется множество и других аналогичных по характеру норм и предписаний. Большинство из них весьма обширно и неимперативно, оставляет огромные возможности для проявления в установленных ими религиозных рамках правовой инициативы. Это касается как содержания данных предписаний, так и неразрывно связанных с ними разного рода санкций и поощрений.

Универсальной санкцией за нарушение разных предписаний является грех, угроза быть проклятым, оказаться «в убытке», лишиться покровительства Аллаха. «Если ваши отцы, и ваши сыновья, и ваши братья, и ваши супруги, и ваша семья, и имущество, которое вы приобрели, и торговля, застоя в которой вы боитесь, и жилища, которые вы обрели,— говорится в связи с этим в суре 9,—милее вам, чем Аллах и его Посланник и борьба на его пути, то выжидайте, пока придет Аллах со Своим повелением. А Аллах не ведет народа распутного»[3].

Отдельная сура (83) в Коране посвящена такому неблагочестивому поступку, как обвешивание покупателей торговцами. Горе обвешивающим, говорится в ней, «которые, когда отмеривают себе у людей, берут полностью, а когда мерят им или вешают, сбавляют. Разве не думают эти, что они будут воскрешены для великого дня — того дня, когда люди встанут перед Господом миров». В Коране предрекается, что за такие и им подобные поступки эти нарушители, грешники, конечно же, будут все гореть в огне, в то время как все праведники будут находиться в благодати[4].

Говоря о Коране как об основе и первом источнике мусульманского права, в котором «людям приводятся всякие притчи» в надежде, что «может быть, они опомнятся» и исправятся[5], нельзя забывать и о таком ключевом источнике, как Сунна. В отличие от Корана, содержащего высказывания Аллаха Мухаммеду, Сунна является сборником адатов, традиций, касающихся действий и высказываний самого Мухаммеда, воспроизведенных и обработанных рядом известных в то время (VII—IX вв.) — время становления и развития мусульманского права — богословов и юристов. Содержание Сунны составляют признанные достоверными Хадисы, каждый из которых представляет собой предание о поступках и изречениях Мухаммеда.

---

[1] Коран. С. 371.

[2] Там же. С. 386—387.

[3] Там же. С. 118.

[4] Там же. С. 379.

[5] Там же. С. 388.

Сунна есть своеобразный итог толкования Корана самыми авторитетными в мусульманском мире в первые десятилетия после смерти Мухаммеда богословами и юристами. Сунна, так же как и Коран, не содержит каких бы то ни было ярко выраженных нормативных положений, четких указаний на права и обязанности сторон. В силу этого при рассмотрении конкретных дел судьи предпочитали обращаться к «книгам права», толкованиям широко известных правоведов, нежели к Корану или Сунне. Аналогичная ситуация сохраняется в мусульманском мире и поныне, помимо Корана и Сунны существуют другие источники права.

Среди них следует выделить так называемую Иджму — согласованное заключение древних правоведов, знатоков ислама, об обязанностях верных, получившее значение юридической истины, извлеченной из Корана или Сунны[1]. Иджма выступает в качестве своеобразного средства, способа восполнения пробелов в мусульманском праве в тех случаях, когда ни Коран, ни Сунна не могут дать убедительного ответа на возникающие вопросы.

При выработке Иджмы древние знатоки богословия и права неизменно исходили из двух непоколебимых постулатов-догм: а) единство и непогрешимость мусульманского общества, которое «не примет ошибочного решения», и б) чистота и непоколебимость мусульманской веры, исходящей от Аллаха. «Он — Аллах — един. Аллах вечный; не родил и не был рожден. И не был Ему равным ни один»[2]. Эти две догмы позволили признать религиозную и юридическую силу непосредственно не вытекающих из Корана или Сунны согласованных мнений, решений богословских и юридических авторитетов.

Источником мусульманского права издревле признается также рассуждение в области права по аналогии под названием «кияс». Суть кияса заключается в применении тех или иных установленных Кораном, Сунной или Иджмой предписаний в отношении новых, не предусмотренных этими источниками права случаев.

В научной литературе применительно к мусульманскому праву неоправданно указывалось на ограниченный характер аналогии. При помощи суждения по аналогии, резонно замечал Р. Давид, чаще всего можно найти решение, исходя из существующих норм права, лишь применительно к данному частному случаю. Однако нельзя надеяться приспособить при помощи этого метода всю систему мусульманского права к современности.

К тому же следует отметить, что подобная задача никогда не ставилась и не могла ставиться богословами и юристами исходя из религиозно-догматической основы данной правовой системы. Мусульманское право «не хочет быть отражением действительности. Это скорее свет, который должен вести верующих к религиозному идеалу, так как они не видят нужного направления. Идея приспособления права к эволюции фактов совершенно чужда этой системе»[3].

---

[1] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 379.

[2] Коран. С. 371.

[3] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. С. 393.

Согласно теории мусульманского права — государство в лице суверена-монарха или же в более позднее время парламента не может творить право, законодательствовать. Суверен в исламистском понимании не господин, а слуга права. Мусульманское право создается самим Аллахом и его посланником и пророком Мухаммедом. Что же касается суверена, то он, следуя праву, издает лишь административные акты и следит за правильным осуществлением правосудия.

Сказанное относилось особенно к ранним этапам становления и развития мусульманского права. Сохранилось множество документальных материалов, свидетельствующих о полной обусловленности и подчиненности нормотворческой и судебной деятельности требованиям шариата, т. е. свода мусульманских правовых и теологических нормативов, провозглашенных исламом «вечным и неизменным» плодом божественных установлений.

Суверен, или властитель, в мусульманском мире всегда обладал огромной властью. Издаваемые им акты всегда имели огромное для жизни страны значение. Но все его акты и действия никогда не должны были противоречить традициям и требованиям ислама и нарушать их.

Суд тоже мог осуществляться в рамках требований и на основе общепризнанных канонов ислама. Теоретически он вершился именем или от имени Аллаха. Практически же — специально избранным лицом (кади), которому властитель поручал выполнение судебных функций.

Несмотря на то что институт судейства считался весьма важным в обществе и играл в мусульманском мире огромную роль, отношение населения к нему и к самой судейской должности не всегда было однозначным.

В «Книге о судьях», дошедшей до нас с X в., говорится, например, с одной стороны, о том, что судейская должность — дело Божье, возвышает человека, сулит ему почет и уважение; быть судьей — значит исполнять религиозный долг по отношению к общине верующих. А с другой стороны, судейская должность вызывает у людей смятение и страх. Исполнение ее воспринимается ими как подлинное испытание, бедствие[1].

Считалось, что, приняв должность, человек ступает на весьма опасный путь, ибо он может допустить просчет в своих действиях, совершить неправильный поступок (поскольку знание истины принадлежит Аллаху), проявить высокомерие и тщеславие или же оказаться замешанным во мздоимстве, взяточничестве. За все это, согласно исламским канонам, его ожидает в «будущей жизни» суровое наказание.

Характерными уже для раннего ислама были предостерегающие рассуждения типа «Тот, кто станет судьей, будет зарезан без ножа». Или: «Из трех судей двое попадут в ад, а один в рай. Если человек обладает знаниями и судит на основе того, что знает, то он попадет в рай. Если же человек невежествен и судит на основе невежества, то он попадет в ад». Были и такие предостережения: «Судейство — это испытание и бедствие. Тот, кто становится судьей, предает себя гибели. Освобо-

[1] *Мухаммед Ал-Хушани.* Книга о судьях. М., 1992. С. 14.

диться от судейства трудно, но следует от него бежать тотчас же. Стремиться к нему глупо, хотя бы оно и оплачивалось»[1].

Особо суровые предостережения, согласно установившимся традициям, звучали в адрес тех людей, которые сами добивались для себя должности судьи и стремились занять ее. Преданне гласило, что такому человеку придется особенно туго, ибо помощи и поддержки Аллаха он не добьется и во всем должен рассчитывать только на себя. Для того чтобы этого не случилось и Аллах постоянно направлял судью на праведный путь, кандидат в судьи должен был всячески проявлять отвращение к занимаемой должности и демонстрировать по этому поводу свое неудовольствие.

Источники свидетельствуют, что, следуя традиции видимого уклонения от занятия судейской должности, намеченные для судейства благочестивые мусульмане вначале отказывались от нее, демонстрируя отвращение, затем колебались и, наконец, изъявляли свое согласие. На ранних и на более поздних стадиях развития общества мусульманские судьи руководствовались преимущественно религиозными канонами, толкованиями ученых-богословов, но отнюдь не иными источниками права, включая законы. Последние в современном их понимании как акты, изданные высшими органами государственной власти, долгое время вообще не признавались в мусульманском праве. Однако теория и практика применения мусульманского права не отвергали всякого рода регламенты, соглашения и обычаи. Строго говоря, они не входили и не входят в содержание мусульманского права, находятся как бы ниже этого права. Но даже при таком положении дел они не осуждаются и не отвергаются правом.

Мусульманское право, констатирует в связи с этим Р. Давид, занимает по отношению к обычаю позицию, «схожую с отношением нашего западного права к оговорке о полюбовной или мировой сделках, которые в некоторых случаях признаются судьей»[2]. Заинтересованным лицам разрешено в таких случаях организовать отношения между собой и урегулировать свои разногласия без вмешательства права.

Само собой разумеется, что не все обычаи одинаково воспринимаются и освящаются мусульманским правом. Некоторые из них категорически отвергаются им. Однако те, которые согласуются с ним, фактически расширяют сферу его приложения и дополняют его. В числе такого рода обычаев можно назвать обычаи, касающиеся размеров и способов выплаты приданого; осуждающие наряду с мусульманским правом необоснованное обогащение или получение «финансовых преимуществ без взаимного вознаграждения»; регулирующие совместное использование различными землевладельцами одних и тех же водных источников, и др.[3]

Наряду с признаваемыми обычаями важное практическое значение для функционирования мусульманского права и его фактического приспособления к изменяющейся действительности имеют соглашения.

---

[1] *Мухаммед Ал-Хушани.* Указ. соч. С. 14, 15.

[2] *Давид Р.* Указ. соч. Р. 393.

[3] *Schacht V.* An introduction to Islamic law. N.Y., 1964. P. 145.

Так же как и обычаи, они не являются источниками права, однако играют важную роль в его эволюции.

Огромная возможность использования соглашений и обычаев в мусульманском праве предопределяется прежде всего тем, что оно при всей своей религиозной строгости и ортодоксальности оставляет широкое поле для самостоятельной деятельности субъектам правоотношений, для проявления ими инициативы. «Нет никакого преступления в заключении соглашений с учетом того, что предписывает закон»,— говорится в одном из актов-обычаев, из которых у ряда мусульманских народов формировалось обычное право.

Благодаря соглашениям зачастую вносились значительные изменения в существующие правовые нормы, которые согласно сложившимся представлениям о праве не всегда считались обязательными. В силу этого судебная практика ряда мусульманских стран допускала раньше и допускает сейчас, например, при заключении браков или при решении других семейно-бытовых вопросов некоторые отступления от существующих правил (возможность расторжения брака по инициативе жены, а не только мужа; расторжение брака в случае нарушения мужем единобрачия и пр.).

Мусульманское право приспосабливалось к изменяющимся условиям с помощью не только актов суверена, обычаев и соглашений, но и так называемых *юридических стратагем и фикций*. Суть их заключается в том, чтобы, используя сложившиеся в правоприменительной практике многих мусульманских стран традиции, учитывать прежде всего букву, а не дух закона, внешние обстоятельства рассматриваемых дел, а не побудительные мотивы, обходить всякого рода приемами и оговорками действующие нормы мусульманского права. Например, запретительную норму на аренду земли обходят, не нарушая законодательства, путем замены ее на разрешенный законом договор товарищества. Запрет Кораном ростовщичества, выдачи займа под процент обходится путем ограничительного толкования круга лиц, на который распространяется. Утверждается, что данный запрет касается лишь частных лиц, но не банков и других соответствующих им институтов.

Всякого рода запретительные и ограничительные нормы в мусульманском праве обходятся также с помощью учета и использования того обстоятельства, что данное право, в основе которого лежат положения и догмы ислама, распространяется лишь на мусульман. Например, запрет на договор страхования между мусульманами обходится путем заключения его между мусульманином и немусульманином.

Многочисленные пути и приемы обхода канонов мусульманского права, использование для этого обычаев, соглашений и иных форм со всей очевидностью свидетельствуют о том, что жизнь всегда была и остается гораздо сложнее и разнообразнее, чем она представляется в этических, религиозных или юридических догмах. Не случаен поэтому тот факт, что ни в одной стране мусульманского права, в том числе в арабских странах, где господствующей религией традиционно является ислам, данная правовая система никогда не существовала в чистом виде, а всегда дополнялась и изменялась с помощью обычаев, договоров, соглашений, административных решений и других актов, содержащих позитивные нормы.

Отечественные и зарубежные ученые-юристы исходят из того, что не следует смешивать мусульманское (религиозное) право с позитивным правом, с позитивными правовыми системами мусульманских стран. Необходимо различать два близко стоящих друг к другу, но далеко не идентичных понятия: «мусульманское право» и «право отдельно взятых мусульманских стран». Такое различие существует не только в теории, но и в жизни каждой мусульманской страны, ибо, как в христианских и других странах, в исламе гражданское общество никогда не смешивалось с религиозным сообществом и живет преимущественно по своим писаным и неписаным законам, а отнюдь не только религиозным канонам.

Отмечая это обстоятельство, Р. Давид вполне резонно замечает, что гражданское общество в мусульманских странах «всегда живет под властью обычаев или законов», которые, безусловно, опирались в общем на принципы мусульманского права и отводили им серьезную роль. Однако в различные эпохи, в определенных странах и по определенным вопросам они в то же время могли отходить от ортодоксальных положений и входить в противоречие с принципами и нормами религиозного мусульманского права. Даже тогда, когда мусульманское право обладало самым высоким авторитетом, далеко не все его элементы имели одинаковое практическое значение.

В «смеси» правовых, моральных и религиозных положений и норм, составляющих мусульманское право, всегда были и есть юридические положения, предписания определенного поведения, нормы нравственной дисциплины. Исходя из этого, следует всегда отличать реальность утопии, существующие правовые нормы и действительные результаты юридической жизни от химер, созданных воображением теологов. Отчасти в силу этой причины мусульманское право воспринималось чаще всего «лишь частично как корпус права»[1].

По мере развития общества дуализм правовых систем мусульманских стран не только не сокращался и не ослабевал, а, наоборот, все более расширялся и возрастал. Это объясняется многими причинами, в первую очередь усложнением социально-экономических, политических и иных отношений внутри самого общества, которые на определенном этапе уже не могут регулироваться только с помощью религиозных догм. Это объясняется также расширением и углублением связей между разными, в том числе исламскими и неисламскими, странами, объективно требующих развития не столько религиозного, сколько светского нормотворчества. Наконец, далеко не второстепенными причинами усиления правового дуализма в мусульманских странах являются факторы объективного «врастания» мусульманского права в правовые семьи и системы других стран, вестернизации, влияния западного права на правовую систему мусульманских стран.

Есть и другие причины усиления дуализма и приспособления правовых систем, существующих в мусульманских странах, к изменяющейся в мире экономической и социально-политической среде, то, и они весьма разнообразны. Но все вместе и каждая в отдельности они обуслови-

[1] *Давид Р.* Указ. соч. С. 403.

ли в ряде мусульманских стран радикальную модернизацию правовых систем, проведение во многих из них прозападных правовых реформ, кодификации законодательства, реорганизации судебных систем и пр.[1]

Справедливости ради следует сказать, что если мусульманское право подверглось вестернизации, то некоторые правовые институты ряда мусульманских стран охватила за последнее столетие исламизация. В связи с этим некоторые западные авторы предрекают, что иные правовые системы будут непременно подвергнуты не только рецепции западных правовых институтов, вестернизации, но и одновременно исламизации.

§ 6. Иудейское право как разновидность религиозного права

Иудейское право является одной из религиозных правовых систем, существующих в современном мире. Его изучению уделяется определенное внимание как в зарубежной[2], так и отчасти в отечественной литературе[3]. Однако с учетом его глубокой исторической значимости не только для еврейского народа, но и для ряда других, соседних народов, его огромного влияния на их общую и правовую культуру, а также на экономическую и социально-политическую жизнь, правовую теорию и правоприменительную практику это представляется крайне недостаточным.

Необходимость глубокого и разностороннего изучения иудейского права наряду с другими правовыми системами и семьями обусловливается не только причинами философского или религиозно-этического порядка, о чем периодически упоминается в научных исследованиях[4]. Наряду с этим существуют причины сугубо прикладного, прагматического плана.

Речь идет, в частности, о том, что без глубокого понимания сущности и содержания иудейского права, его социальной роли в жизни древнего еврейского общества практически невозможно до конца понять современное израильское право, особенно семейное, которое создавалось

---

[1] *Мухаммед Ал-Хушани.* Книга о судьях. С. 14.

[2] См.: *Graetz H.* Geschichte der Yuden. 11 Bande. Berlin, 1853—1876; *Rodkinson M.* History of the Talmud. N.Y., 1903; Jewish Encyclopedia. N.Y., 1905; *Strack H.* Einleitung in den Talmud. Mьnich, 1908; *Kastein J.* History and Destiny of the Jews. N.Y., 1933; New Jewish Encyclopedia. N.Y., 1952; *Hertzberg A.* The French Enlightenment and the Jews. N.Y., 1968; *Englard I.* Law and Religion in Israel // The American Journal of Comparative Law. 1987. № 1; *Lifshitz B.* Israeli Law — Interaction and Independence // Israel Law — Forty Years. Proceedings of the Conference on Forty Years of Israeli Law Held at the Faculty of Law, Jerusalem November, 1988. Jerusalem, 1990, etc.

[3] См.: *Липранди А. П.* Равноправие и еврейский вопрос. Харьков, 1911; *Беленький М. С.* Иудаизм. М., 1974; *Телушкин Р.* Еврейский мир. Важнейшие знания о еврейском народе, его истории и религии. М., 1998; *Барац А.* Лики Торы. М., 1995; *Алов А. А., Владимиров Н. Г.* Иудаизм в России. М., 1998; Конституционное право зарубежных стран / Под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. М., 1999, и др.

[4] *Frimet D.* Israel Civil Courts and Rabbinical Courts under one Roof // Israel Law — Forty Years. P. 553—555.

и развивалось на основе многовековых религиозных, национальных, исторических и социальных традиций и обычаев[1].

Невозможно также обстоятельно понять и другой, более широкий, значительно выходящий за рамки рассмотрения иудейского права, но традиционно обсуждаемый во многих странах мира так называемый «еврейский вопрос».

Все говорят о еврейском вопросе, писал по этому поводу еще в первой половине XX в. граф Д. Граббе — переводчик книги «Евреи и Талмуд», написанной известным французским исследователем Ф. Бренье, «все трактуют его вкривь и вкось, мало кто знает, в чем же состоит этот вопрос и что же представляет из себя этот еврей, которого так ненавидят». Думаю, заключал автор, «чтобы понять еврея, надо хотя бы вкратце ознакомиться с его историей и его мировоззрением»[2].

По аналогии можно сказать: чтобы понять современную правовую систему Израиля — право исторической родины у евреев, необходимо хотя бы вкратце ознакомиться с правовой системой древних иудеев — ее исторической и религиозно-этической предшественницей.

В свете сказанного весьма трудно согласиться с позицией Р. Давида, К. Жоффре-Спинози и ряда других авторов-компаративистов, выделяющих среди «основных систем современного права», наряду с англосаксонской, романо-германской и социалистической правовой семьей, мусульманское и индуистское право — религиозные системы права, и в то же время «оставляющих в стороне» иудейское право лишь на том основании, что сфера его влияния «значительно у́же» («куда более ограниченна»), чем сфера влияния других правовых систем и семей[3].

Развивая свою мысль, авторы поясняют, что «интернациональная солидарность евреев, в той мере, в какой она существует, никогда не выражалась в стремлении поставить иудейское религиозное право выше, чем действующее право страны, в которой они обладают влиянием. В этом плане иудейское право не играет такой роли, как, например, мусульманское право[4].

С последним нельзя спорить, если принимать во внимание лишь современные и к тому же «количественные» параметры правовых семей и систем — степень охвата ими современных стран и народов. Однако подобную позицию трудно воспринять, если исходить из «качественных параметров» иудейского права, рассматриваемого в историческом аспекте, а именно — из беспрецедентной длительности его исторического существования и глубины его непрерывного влияния в течение этого времени на различные страны и народы.

---

[1] См.: *Falk Z.* Jewish Family Law // International Encyclopedia of Comparative Law. L., 1983. P. 28—54.

[2] *Бренье Ф.* Евреи и Талмуд. Париж, 1928. С. 5.

[3] *Давид Р.* Основные правовые системы современности (Сравнительное право). С. 46.

[4] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. С. 26.

Что собой представляет иудейское право? Отвечая на этот вопрос, некоторые авторы акцентируют внимание прежде всего на том, что это право, *сформированное древними обычаями религиозных иудеев,* что это «право их земли» и что оно в современном его звучании есть скорее «нечто фактическое, нежели юридическое»[1].

Другие исследователи рассматривают иудейское религиозное право как систему «юридических норм, регулирующих различные стороны повседневной жизни евреев, и их верований». Содержание этой системы, по их мнению, формируется в основном из «норм обычного права, весьма почитаемых соблюдающими их евреями всего мира на протяжении более чем двух тысяч лет»[2].

Наконец, третья группа авторов при ответе на вопрос о понятии и содержании иудейского права исходит из того, что оно представляет собой систему не только *обычных религиозных норм,* но и соответствующих *религиозно-этических принципов,* сложившихся на протяжении многовековой истории развития еврейского народа традиций, многочисленных *толкований Талмуда и других признаваемых последователями иудаизма священных книг и писаний,* а также различных решений религиозных (раввинских) судов[3].

В иудейском праве, подчеркивает в связи с этим профессор З. Фальк, «на совершенно одинаковой основе» сосуществуют и функционируют, с одной стороны, нормы, закрепляющие религиозные ритуалы, с другой — религиозные нормы, регламентирующие поведение евреев в их частной и общественной жизни. И с третьей стороны — нормы, создаваемые и применяемые в настоящее время в процессе повседневной деятельности судами[4].

Выделяя в системе рассматриваемого права различные группы социальных норм, принципов, религиозных толкований (доктрин), обычаев и традиций и называя их в совокупности иудейским правом, следует иметь в виду, что в данном, равно как и в других аналогичных случаях речь идет не об израильском праве как таковом, а лишь о его хотя и весьма важной, но тем не менее только одной составной части. В определенной мере, говорится по этому поводу в израильской литературе, «иудейское право выступает в реальной действительности не иначе как интегральная часть всего израильского права»[5].

Несмотря на то что большая часть израильского населения исповедует иудаизм[6], впрочем, как и большинство евреев, проживающих в других

---

[1] *Lifshitz B.* Op. cit. P. 507.

[2] См.: *Falk Z.* Jewish Matrimonial Law in the Middle Ages. L., 1966; *Falk Z.* Jewish Law // Deirett J. (ed.). Introduction to lefal Systems. L., 1983.

[3] См.: *Englard I.* Law and Religion in Israel. P. 185—189.

[4] *Falk Z.* Jewish Law. P. 28.

[5] *Shochetman E.* Israeli Law and Jewish Law — Interaction and Independence: A Commentaly // Israeli Law — Forty Years. P. 525.

[6] См.: Государство Израиль // Страны мира: Краткий политико-экономический справочник. М., 1993. С. 146.

странах мира, а в некоторых политических и научных изданиях не без определенных оснований говорится о том, что иудаизм не формально-юридически, а фактически является «государственной религией», официальной религией государства Израиль»[1], тем не менее *иудейское право, даже по* названию, не говоря уже о содержании, *никогда не отождествлялось и не может отождествляться со всем израильским правом.*

Первое по своей сути и характеру рассматривается как древнейшее религиозное право, оказывающее, однако, огромное влияние на современную общественнно-политическую и правовую жизнь Израиля[2]. В то же время второе, израильское право считается в формально-юридическом плане светским правом, интегрирующим в себе наряду с нормами светского законодательства нормы религиозного, иудейского права[3].

Следует заметить, что в некоторых отечественных и зарубежных изданиях иногда вместо термина «иудейское право» употребляются термины «древнее еврейское» или просто «еврейское право», используемые как синонимы. Во избежание терминологической путаницы более предпочтительным представляется употребление ранее обозначенного термина «иудейское право». По сравнению с другими он точнее отражает суть исследуемой правовой материи и в силу этого наиболее распространен и широко признан авторами, занимающимися проблемами зарубежного и сравнительного права[4].

Будучи весьма своеобразным по своей природе и характеру правом, значительно отличающимся от других правовых систем, иудейское право, по справедливому замечанию Р. Давида, не образует вместе с этими правовыми системами какой-либо отдельной правовой семьи «в полном смысле этого слова»[5]. Находясь в определенной взаимосвязи и взаимодействии с другими правовыми системами, оно тем не менее радикально отличается от них, выделяется среди них.

Иудейское право, отмечается в специальной литературе, всегда сохраняло и в настоящее время сохраняет свой «особый характер». Пройдя более чем 3-тысячелетний путь развития «во всех четырех углах мира, эта правовая система до сих пор сохраняет свою специфичность, выделяющую ее среди других правовых систем»[6]. Причем эта специфичность имеет не локальный, а глобальный, всеохватывающий характер, распространяясь как на отдельные институты (право собственности, купля-продажа, «конкретное право» и др.[7]), так и на различные принципы иудейского права, на его многочисленные доктрины и догматы, наконец, на природу этого права и его идеологию. Поэтому

---

[1] Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 486—520.

[2] *Yadin U.* Israel // Knapp V. (ed.). National Reports. Vol. I. Ch. 1. Paris, 1972. P. 73—79.

[3] Ibidem.

[4] *Давид Р., Жоффре-Спиноси К.* Указ. соч. С. 25, 26.

[5] *Давид Р.* Указ. соч. С. 44.

[6] *Falk Z.* Jewish Law. P. 41—42.

[7] *Herzog I.* The Main Institutions of Jewish Law. L., 1967. Vol. 1—2.

при изучении иудейского права, как и любой иной правовой системы, важно учитывать не только то общее, что сближает различные правовые системы между собой, но и особенное, что отличает их друг от друга и что подчеркивает их своеобразие, относительную самостоятельность по отношению друг к другу и неповторимость.

Чем конкретно отличается иудейское право от других правовых систем? Чем оно выделяется среди них? Какие черты и особенности характеризуют иудейское право по сравнению с другими системами права?

Не претендуя на исчерпывающий ответ на эти и другие им подобные вопросы, обратим внимание лишь на следующие наиболее характерные особенности и черты иудейского права.

Во-первых, на весьма длительный и противоречивый по сравнению с другими религиозными правовыми системами период становления и развития этого права, сопряженный с его многочисленными изменениями, далеко не однозначными толкованиями содержащихся в нем норм, принципов и положений, с весьма разнообразными, сообразующимися с духом того или иного исторического периода дополнениями.

В научной литературе существует несколько вариантов и критериев деления всей истории развития еврейского общества, государства и соответственно иудейской правовой системы на различные периоды, стадии и этапы. Мы не будем касаться обстоятельно данной проблематики, поскольку это дело историков, этнографов и других специалистов. Отметим лишь: а) что проблема периодизации иудейской общественно-политической и правовой жизни далеко не простая и далеко не маловажная для понимания сущности и выполняемой иудейским правом роли в жизни еврейского сообщества[1] и б) что наиболее распространенными критериями периодизации процесса становления и развития иудейской правовой системы являются не столько «чисто» юридические, сколько «смешанные» с правовыми социально-политические критерии.

Так, в работе З. Фалька «Иудейское семейное право» предпринимается попытка подразделения истории развития правовой системы еврейского общества, в центре которого стоят семья и ее правовой статус, на различные периоды в зависимости от характера и других особенностей религиозно-этических и правовых отношений, складывавшихся в то или иное время в иудейской семье и в иудейском обществе[2]. Одновременно Д. Рид и ряд других авторов за основу периодизации истории развития иудейского общества, государства и права берут лишь сугубо религиозные и идеологические критерии.

Д. Рид, например, подразделяет всю «историю Сиона» на пять периодов. *Первый* — «эпоха левитов» — служителей религиозных культов у древних евреев. Именно в этот период, а точнее, в 612 г. до н.э., по мнению автора, левиты закончили составление «своего писаного закона», получившего название Второзакония, или «Моисеева Зако-

[1] *Falk L.* Jewish Family Law. P. 30.

[2] Ibid. P. 29—31.

на» — «законодательной» основы иудейского права и «прочли его народу в Иерусалимском храме»[1].

Второй период — это «эпоха фарисеев»—представителей общественно-религиозного течения в Иудее (II в. до н. э.— II в. н. э.), выражавших преимущественно интересы средних слоев населения[2]. Период фарисеев в значительной мере совпал с римским управлением завоеванной Иудеей и закончился вторым разрушением Иерусалима и рассеянием по миру последних иудеев.

Фарисеи стремились по-своему истолковать применительно к новым социально-экономическим условиям жизни еврейского общества такой важнейший источник иудейского права, как Тора — первые пять книг Библии (Пятикнижие). В различных изданиях Евангелия фарисеев неизменно называли лицемерами.

Третий период — это «эпоха талмудистов». Он длился, по мнению Д. Рида, вплоть до конца XVIII в. и отличался строгостью в отношении соблюдения правил и положений, содержавшихся в Талмуде — собрании догматических, религиозно-этических и правовых правил и положений иудаизма, евреями, проживавшими не только на территории самой Иудеи, но и в других странах мира. Особое внимание при этом уделялось, согласно исследованиям автора, нормам и положениям, препятствовавшим ассимиляции евреев-единоверцев с народами тех стран, на территории которых они проживали[3].

Наконец, *четвертый и пятый периоды* — соответственно «промежуточный» период эмансипации евреев (XIX в.) и «эпоха сионизма» (с начала XX в. и по настоящее время), как это следует из работы Д. Рида[4], связаны с дальнейшим развитием иудейского права по пути не только его традиционного толкования и приспособления старых религиозных догм к новым социальным условиям, но и его более активного применения раввинскими иудами, а также воздействия его на современное израильское право.

Позитивным в периодизации Д. Рида является сама попытка упорядочения представлений об истории развития иудейского общества, государства и права. Негативная сторона выражается в чрезмерной политизации и идеологизации данного процесса, в подмене одних религиозно-этических критериев периодизации иудейской общественно-политической и правовой жизни («эпоха» левитов, фарисеев, талмудистов) другими, светскими по своему характеру политико-идеологическими критериями (период эмансипации евреев и «эпоха сионизма»).

Вторая характерная черта иудейского права — чрезвычайно противоречивый характер процесса его становления и развития, который наложил заметный отпечаток не только на его внешнюю сто-

---

[1] *Falk L.* Jewish Family Law. C. 16.

[2] Советский энциклопедический словарь. С. 1410.

[3] *Рид Дуглас.* Спор о Сионе. М., 1993. С. 74.

[4] Там же. С. 76—78.

рону (структуру священных книг, формы иудейского права и др.), но и на его сущность и содержание.

При этом речь идет не только о противоречиях внутреннего порядка, порождаемых различными религиозными течениями и доктринами или же внутриполитической раздробленностью древних иудеев, приведшей в конечном счете к разделению единого Еврейского царства на два самостоятельных государства: Южное царство, сохранявшее традиционные иудейские законы и прежний порядок отправления религиозной службы, и Израильское (северное) царство, почитавшее культ золотого тельца и произвольно изменившее порядок богослужения[1]. Речь идет также о противоречиях внешнего плана, связанных с непрерывным противодействием процессу развития иудейского права извне и многовековым противостоянием, а зачастую и открытой борьбой иудейской религии и права с другими религиями и порождаемым ими правом.

Как свидетельствует история, многочисленные научные исследования и документы[2], религиозно-нравственное противостояние иудейства и основанного на нем уклада жизни евреев, с одной стороны, и иных религиозных течений и соответствующих им общественно-политических систем — с другой, носило не временный и не локальный, а фактически постоянный и глобальный характер, практически распространяясь на все сферы жизни общества и государства и охватывая все периоды развития иудейской религии и права. Причем это противостояние, нередко переходившее в открытую борьбу, имело не односторонний, а обоюдный, двусторонний характер. В юридическом, религиозном и социально-политическом планах это проявлялось, в частности, в том, что ограничения в правах, а зачастую религиозная нетерпимость представителей одной религии по отношению к представителям другой наталкивались на аналогичную обратную реакцию последних по отношению к первым. Примеров подобного рода взаимоотношений религий и создаваемых на их основе религиозных правовых систем мировая история дает немало.

Так, древние иудеи проявляли крайнюю религиозную нетерпимость к языческой вере, накладывавшую соответствующий отпечаток на характер всех иных отношений с «языческими народами». Наиболее ярко это выражалось в период существования у иудеев теократического государства, когда, как утверждается в священных писаниях, Господь Бог был в отношении «своего избранного народа» в одно и то же время и Богом, и небесным Царем, и Царем земным. Одновременно он был и законодателем и «главным военным Вождем». Именно от него — от Господа Бога «исходили законы, постановления и распоряжения не только чисто религиозного, но и семейного, общественного и государственного характера». Только он мог проявлять законодательную волю,

[1] См.: *Покровский Э. Я.* Разделение еврейского царства. СПб., 1896; *Богородский Я. А.* Еврейские цари. Казань, 1884, и др.

[2] См.: *Wilhelm M.* Der Sieg des Judenthums uber das Gennanenthum. Mьnich, 1879; *Jakob B.* Das Buch vom Kahal. Materialien zur Erforschung der judischen Sitten. Leipzig, 1928; *Falk Z.* Hebrew Law in Biblical Times. Jerusalem, 1964.

в то время как «пророки, первосвященники, вожди и судьи были лишь послушными исполнителями и проводниками его воли»[1].

Необходимость поддержания и сохранения чистоты иудейской веры, а вместе с тем и религиозная нетерпимость в этот период обусловливаются не только сугубо религиозными, но и социально-политическими причинами. Ибо религиозные догматы, постулаты выступали не только как стержень, главное звено иудейской религии, но и как основа всего государственно-правового и общественного мироздания древних евреев.

Крайне отрицательное отношение иудеев к языческой вере и их носителям сохранялось и в последующие годы. Если кто из иудеев, говорится в связи с этим, например, во Второзаконии — «нравственно-назидательном воспроизведении» законов, изложенных в прежних священных книгах[2], «пойдет и станет служить иным богам, и поклонится им, или солнцу, или луне, или всему воинству небесному, чего я (Господь Бог.— *М. М.)* не повелел», то каждый правоверный иудей, если ему об этом станет известно, обязан: а) убедиться еще раз, что это была правда («ты хорошо разыщи»)[3] и б) «если это точная правда, если сделана мерзость сия в Израиле», вывести мужчину того, или женщину ту, которые сделали зло сие, к воротам своим и «побить их камнями до смерти»[4].

Нетерпимое, зачастую обусловленное стремлением к самосохранению отношение иудеев к чужой вере, богам инородцев и их религиозным символам («идолам») последовательно прослеживается и в других их священных книгах. Например, в книге Исход каждому правоверному иудею среди целого ряда обязанностей, имеющих не только религиозный, но и юридический характер, вменяется от имени Бога («Законы Моисея») следующее: а) «сохрани то, что повелеваю тебе ныне»; б) «не вступай в союз с жителями той земли, в которую ты войдешь, дабы они не сделались сетью среди вас»; в) «жертвенники их разрежьте, столбы их сокрушите, вырубите священные рощи их и изваяния богов их сожгите огнем»; г) «ты не должен поклоняться богу иному, кроме Господа Бога, потому что Его имя «ревнитель»; Он Бог ревнитель» и д) «не вступай в союз с жителями той земли, чтобы, когда они будут блудодействовать вслед богов своих и приносить жертвы богам своим, не пригласили и тебя, и ты не вкусил бы жертвы их»[5].

Бескомпромиссно-отрицательное отношение древних иудеев к чужой религии, а вместе с ней и к ее носителям — «языческим народам» не могло не вызвать соответствующей реакции и со стороны последних по отношению к ним.

---

[1] Толковая Библия, или комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Заветов. Т II. Книга Судей. Стокгольм, 1987. С. 244.

[2] Толковая Библия... Второзаконие. С. 595.

[3] Там же. Гл. 17. С. 630.

[4] Толковая Библия... Второзаконие. Гл. 17. С. 630.

[5] Толковая Библия... Книга Исход. Гл. 34. С. 393.

Наряду со многими другими религиозный фактор стал одним из важнейших причин неприятия и отторжения другими народами как чуждой их верованиям иудейской религии, существовавших в ее рамках законов, иудейских заповедей и мировоззрения, особенно на ранних стадиях развития мирового сообщества[1]. В последующие столетия, как известно, во многих странах мира, где проживало еврейское население, этот процесс сопровождался ограничением иудеев в правах и гонением на них.

В Испании, например, в период инквизиции был издан ряд нормативных актов в виде декретов короля и указов инквизиции, вначале резко ограничивавших права проживавших на территории этого государства евреев (запрещалось отправлять богослужение, соблюдать иудейские праздники и обычаи, «предписанные законом Моисея», и др.), а затем и вовсе их изгонявших из страны. Декретом от 31 марта 1492 г. «все евреи мужского и женского пола обязывались покинуть Испанию до 31 июля того же года под угрозой смерти и потери имущества».

Покидавшим Испанию евреям, как свидетельствует очевидец — бывший секретарь инквизиции двора Хуан-Антонио Льоренте, разрешалось продавать и брать с собой все их «движимое имущество и другие вещи, кроме золота и серебра, вместо которых они должны были получать векселя или незапрещенные товары»[2].

В целях соблюдения чистоты католической веры и искоренения «иудейской ереси» в стране христианам вменялось в обязанность (согласно так называемому «Льготному указу» и другим указам инквизиторов)[3] доносить на всех тех, кто посещает синагоги, утверждает, что «Закон Моисея в настоящее время так же действителен для нашего спасения, как и закон Иисуса Христа»; «соблюдает предписанные Моисеевым законом посты»; «совершил обрезание или распорядился совершить его над своим сыном»; женится, «соблюдая обычаи, предписанные законом Моисея»; «ест мясо какого-либо животного, зарезанного евреями»; «съел то же мясо, что и евреи, и сидел за их столом»; «читал псалмы Давида, не говоря в конце: слава отцу», и др.[4]

За невыполнение «своих обязанностей» по очищению католической веры от «иудейской ереси», так же как за укрывание евреев в своих домах после их изгнания из Испании, виновным в этих прегрешениях христианам грозили смерть и потеря имущества[5].

---

[1] См.: *Флавий И.* Иудейская война. М., 1991. С. 3—9; *Липранди А.* Равноправие и еврейский вопрос. С. 42—59; *Шульгин В. В.* Что нам в них не нравится. М., 1992. С. 194—220.

[2] *Льоренте Хуан-Антонио.* Критическая история испанской инквизиции. М., 1936. С. 189.

[3] Там же. С. 124.

[4] Там же. С. 125—127.

[5] Там же. С. 124, 189.

Аналогичным образом с преследованием евреев — носителей иудейской веры и ревнителей законов Моисея обстояло дело в этот период и в Португалии, где согласно законодательству на них накладывался специальный налог и устанавливались другие ограничения, а в 1496 г., после издания декрета короля Мануэла II, предписывавшего «запретить иудейский культ, закрыть все синагоги и сжечь иудейские молитвенники», евреям было предложено или «принять католическую веру или немедленно покинуть пределы Португалии»[1].

Отторжение иудейской веры, обычаев, традиций и законов, сформировавших их религиозную правовую систему, а вместе с тем ограничения в правах или гонения евреев имели место в период инквизиции, а также в последующие столетия и в других странах.

В частности, в России, согласно действовавшему законодательству, вплоть до Октябрьской революции 1917 г. евреям предписывалось жить только на строго определенной территории. В отношении них существовала так называемая «черта оседлости», в пределах которой они проживали и свободно передвигались. Правом свободного передвижения по всей России обладали только евреи, «окончившие университет, а также купцы первой гильдии»[2].

Разумеется, по российским меркам эта «черта оседлости», как отмечал В. В. Шульгин, представляла собой «целую страну, превосходящую по своим размерам любое еврейское государство, ибо она охватывала Царство Польское, Белоруссию, Литву и всю Малую Россию»[3]. Это дало основание Ф. М. Достоевскому в ответ на вполне естественные и понятные жалобы евреев, проживавших в России, язвительно заметить, что «наверно нет в целом мире другого народа, который бы столько жаловался на судьбу свою, поминутно, за каждым шагом и словом своим, на свое принижение, на свое страдание, на свое мученичество. Подумаешь, что не они царят в Европе, не они управляют там биржами хотя бы только, а стало быть, политикой, внутренними делами, нравственностью государств»[4].

Однако как бы «либеральны» ни были те или иные ограничения и как бы язвительны ни были в отношении них те или иные суждения, вопрос остается предельно ясным: по природе своей и характеру ограничений в правах иудеев, равно как и представителей любой иной религии, это есть не что иное, как фактор и вместе с тем свидетельство их притеснения, давления на них и на существующие между ними религиозно-этические и иные отношения.

Третья черта иудейского права — преимущественно императивный его характер, преобладание в его системе прямых запретов, требований, всякого рода ограничений и обязанностей по сравнению с правами и свободами субъектов иудейского права.

---

[1] *Григулевич И. Р.* Инквизиция. М., 1985. С. 309—310.

[2] *Шульгин В. В.* Указ. соч. С. 163.

[3] Там же. С. 162.

[4] *Достоевский Ф. М.* Еврейский вопрос. М., 1995. С. 4.

Иудейское право, отмечалось в связи с этим израильскими авторами,— это комплекс «всеохватывающих обязанностей, регулирующих все аспекты еврейской жизни»[1]. Разумеется, что этот комплекс относится в первую очередь к нормам публичного права, в разряд которых следует отнести, особенно применительно к древнеиудейскому праву, не только нормы, регулирующие отношения членов иудейского общества к своему государству, общественным институтам, но и к Богу, к его законам и заповедям, к религиозным ритуалам и жертвоприношениям, к иудейской религии в целом.

Среди многочисленных и разнообразных обязанностей по отношению *к иудейской вере* и к Богу главной для правоверного иудея является обязанность строгого соблюдения религиозных канонов и верности своему Богу. В так называемом Синайском законодательстве в одном из изречений Бога пророку Моисею указывается прежде всего на то, чтобы: а) у Моисея и «богоизбранного народа» не было «других богов пред лицом Моим»; б) не делали себе кумира и «никакого изображения того, что на небе вверху и что на земле внизу и что в воде ниже земли»; в) «не поклонялись им и не служили им»; г) соблюдали все заповеди, идущие от Бога; д) не произносили имени Господа Бога «напрасно, ибо Господь не оставит без наказания того, кто произносит имя Его напрасно»[2].

Важнейшими этическими, религиозными и одновременно юридическими обязанностями в системе иудейского права являются те, которые связаны с непременным соблюдением религиозных праздников. В священных книгах и писаниях — источниках иудейского права особое внимание уделяется субботе. «Помни день субботний, чтобы святить его»,— говорится в книге Исход[3]. «Шесть дней работай и делай (в них) всякие дела твои», а «день седьмой — твой, ни дочь твоя, ни раб твой, ни рабыня твоя, ни вол твой, ни осел твой, не считается освященным самим Богом и должен быть посвящен молению Богу».

Аналогичная заповедь-обязанность в той или иной форме повторяется и в других священных писаниях и книгах.

«Субботы Мои соблюдайте и святилище мое чтите: Я Господь»,— повторяется «субботняя» заповедь в книге Левит[4].

Весьма важная группа обязанностей иудеев связана с *жертвоприношениями и строгим соблюдением требований к ним и ритуалам.* Согласно действующим правилам и ритуалам жертва в виде животного «должна быть без порока, мужского пола, из крупного скота, из овец и из коз», только тогда она «будет угодною Богу» и только тогда она принесет благоволение Бога. Жертва должна приноситься только иудеем, но «никем из посторонних». В книге Левит в связи с этим существует особый запрет на приношение в жертву животного, взятого «из

---

[1] *Falk Z.* Jewish Law. P. 28.

[2] Толковая Библия... Книга Исход. Гл. 20. С. 336, 337.

[3] Там же. С. 337.

[4] Там же.

рук иноземцев», потому что «на них повреждение, порок на них» и «они не приобретут вам благоволения»[1].

Требования строгого соблюдения обязанностей в публично-правовой сфере, ритуалов, заповедей и содержащихся в них запретов сопровождались, как правило, *или поощрительными, или же принудительными санкциями.*

«Если вы будете поступать по уставам Моим и заповеди Мои будете хранить и исполнять их»[2],— говорится в одной из заповедей Бога Моисею и всем иудеям, то: 1) «Я дам вам дожди в свое время, и земля даст произрастания свои, и дерева полевые дадут плод свой»; 2) вы будете «есть хлеб свой досыта, и будете жить на земле (вашей) безопасно»; 3) «пошлю мир на землю (вашу), ляжете и никто вас не обеспокоит»; 4) «сгоню лютых зверей с земли (вашей), и меч не пройдет по земле вашей»; 5) благословлю вас, «плодородными сделаю вас и размножу вас»; 6) «буду тверд в завете Моем с вами»; 7) буду жить среди вас, «буду вашим Богом, а вы будете моим народом»[3].

Однако «если же вы не послушаете Меня и не будете исполнять всех заповедей сих», формулировалась устами Бога санкция,— и если «презрите» мои «постановления» и «законы», то «Я поступлю с вами так»: 1) «пошлю на вас ужас, чахлость и горячку, от которых истомятся глаза и измучится душа, и будете веять семена ваши напрасно, и враги ваши съедят их»; 2) «сломлю гордое упорство ваше, и к тем, чтобы земля ваша не дала произрастений своих»; 3) пошлю на вас зверей полевых, которые лишат вас детей, истребят скот ваш и вас уменьшат, так что опустеют дороги ваши»; 4) «наведу на вас мстительный меч в отмщение за завет»; 5) «города ваши сделаю пустынею и опустошу святилища ваши»; 6) «опустошу землю вашу так, что изумятся о ней враги ваши, поселившиеся на ней»; 7) «рассею вас между народами и обнажу вслед вас меч и будет земля ваша пуста и города ваши разрушены»; 8) «оставшимся же из вас пошлю в сердца робость в земле врагов их, и шум колеблющегося листа погонит их, и побегут как от меча, и падут, когда никто не преследует»[4]. И в заключение: «И погибнете вы между народами, и пожрет вас земля врагов ваших», а «оставшиеся из вас исчахнут за свои беззакония в землях врагов ваших и за беззакония отцов своих исчахнут»[5].

Говоря о преобладании в системе иудейского права обязанностей, требований, запретов и ограничений перед правами и свободами, следует иметь в виду во избежание недопонимания, во-первых, условность выделения в религиозных правовых системах, особенно в теократических государствах, подсистем публичного и частного права, а во-вторых, условность отделения прав и свобод от обязанностей.

---

[1] Толковая Библия... Книга Исход. Гл. 20. С. 481.

[2] Там же. С. 497.

[3] Там же. С. 497, 498.

[4] Толковая Библия... Книга Левит. С. 498, 499.

[5] Там же. С. 500.

Четвертая черта иудейского права — многофункциональный его характер, проявляющийся в том, что оно выполняет не только стандартные, присущие любой правовой системе функции (регулятивные, воспитательные и др.), но и свои собственные, присущие только ему. Речь идет прежде всего о функциях, *связанных с формированием еврейского сообщества* и поддержанием его на протяжении многих веков в духовно-нравственном и религиозном единении. *Это своего рода объединительная функция иудейского права,* возникшая на религиозной основе.

Отмечая уникальность и социальную значимость данной функции, венгерский ученый Г. Гече писал, что «религиозная идея заключения договора (между Богом и иудейским народом.— *М. М.)* на горе Синай имела общественное звучание: сыновья Израиля являются избранниками Бога, осознание ими своей принадлежности к Яхве, вера в общего Бога превращают в единый народ». И далее: «Законы этого народа формировались постепенно, по мере перехода к оседлости и складывания государства, но составители Библии верили, что данные законы родились в древние времена, в момент заключения с народом завета через посредника в лице Моисея»[1].

Соблюдение одних и тех же законов, возникших на одной и той же религиозной основе, одних и тех же заповедей, обычаев, а позднее национальных и иных традиций, несомненно, объединяло иудеев независимо от того, проживали ли они на своей исторической родине или в других странах, выступало одним из важнейших факторов формирования и сохранения их сообщества.

Разумеется, были и иные факторы, способствовавшие единению иудеев. Одним из таких факторов Ф. Достоевский считал, например, существование у иудеев так называемого «государства в государстве», которое они сохраняли «всегда и везде, во время самых страшных, тысячелетних рассеяний и гонений своих»[2].

Под этим термином, не имеющим ничего общего с традиционным понятием государства, великий писатель понимал такие, с его точки зрения, особенности иудеев, как «отчужденность и отчудимость на степени религиозного догмата, неслиянность (с другими народами), вера в то, что существует в мире лишь одна народная личность — еврей, а другие хоть есть, но все равно надо считать, что как бы их и не существовало»[3]. В подтверждение своей мысли Достоевский ссылается на одну из заповедей, обращенную к иудеям: «Выйди из народов и составь свою особь и знай, что с сих пор ты един у Бога, остальных истреби, или в рабов обрати, или эксплуатируй. Верь в победу над всем миром, верь, что все покорится тебе. Строго всем гнушайся и ни с кем в быту своем не сообщайся...»[4]. Вот «суть идеи этого государства в государст-

---

[1] *Гече Г.* Библейские истории. Ч. 1. Ветхий завет. Ч. 2. Новый завет. М., 1989. С. 92.

[2] *Достоевский Ф.М.* Еврейский вопрос. С. 8.

[3] Там же.

[4] Там же. С. 8, 9.

ве»,— делал вывод автор и заключал, что «конечно, есть внутренние, а может быть, и таинственные законы, ограждающие эту идею»[1].

Не касаясь других причин и факторов, способствовавших единению иудеев, следует еще раз подчеркнуть, что иудейское право, построенное на религиозных догматах, играло и играет при этом весьма важную роль.

Значительная группа функций иудейского права связана не только с воздействием его на повседневную экономическую, социально-политическую и иные сферы жизни общества, но и на современное израильское право.

Как отмечается в научной литературе, иудейское право в его нынешнем виде «не всегда является результатом системного мышления», а носит скорее «эмпирический» и «догматический» характер, поскольку в представлении применяющих его раввинских судов и самих являющихся оплотом этого права раввинов оно дается Богом «навечно, для соблюдения его всеми поколениями народа Израиля»[2]. Несмотря на эти и другие отмечаемые разными авторами недостатки иудейского права, оно тем не менее оказывает весьма действенное влияние на современное израильское право.

Об этом свидетельствует прежде всего само действующее законодательство Израиля, которое, по словам еврейского ученого Б. Лифшитца, «вне всякого сомнения, в значительной своей части было сформулировано и оформлено в соответствии с требованиями иудейского права или же в той или иной мере было подвержено влиянию со стороны его»[3]. На это же указывается и в многочисленных исследованиях, посвященных взаимосвязи и взаимодействию иудейского и израильского права[4]. При этом особо подчеркивается, что традиционное и широкоохватывающее влияние иудейского права на современное израильское право сказывается не только на его различных институтах и на его содержании, но и отчасти на его понятийном аппарате и правовом толковании[5]. Даже Декларация независимости Израиля, принятая в 1948 г., утверждающая по аналогии с декларациями других демократических государств основные принципы, на которых должно базироваться само государство, а также права и свободы граждан, закрепила положение о том, что «Государство Израиль основано на принципах свободы, справедливости и мира в их понимании израильскими пророками»[6].

Пятая черта — ограниченный характер прямого регулятивного воздействия иудейского права на израильское общество и рас-

---

[1] *Достоевский Ф.М.* Указ. соч. С. 9.

[2] *Falk Z.* Jewish Law. P. 46.

[3] *Lifshitz B.* Israeli Law and Jewish Law — Interaction and Independence. P 507.

[4] *Englard I.* Law and Religoon in Israel. P. 187—205; *Englard I.* The Sources and Nature of Jewish Law and its Applicaion in the State of Israe // Israel Law Review. 1969. № 4. P. 80—140.

[5] *Englard I.* Law and Religion in Israel. P. 186—189.

[6] Конституционное право зарубежных стран / Под общей ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. С. 804—805.

пространение его на евреев, проживающих на территории других стран.

В отличие от ранних стадий своего развития и от других правовых систем современное иудейское право не оказывает прямого регулятивного воздействия на все общественные отношения, возникающие в пределах израильского общества и государства. Сфера его непосредственного влияния в настоящее время — это система отношений, являющихся объектом семейного права. Более того, *это прежде всего система отношений, возникающих между людьми в процессе и в результате бракосочетаний и разводов.*

Иудейское право, говорится по этому поводу в израильской юридической литературе, будучи неотъемлемой составной частью правовой системы современного Израиля, «формирует собой персональное право граждан еврейской национальности в отношении дел, касающихся их личного статуса»[1]. Это означает, что с помощью иудейского права в настоящее время решается круг таких вопросов, касающихся лично каждого еврея, как вопросы «бракосочетаний и разводов, материального содержания членов семей и алиментов», вопросы «воспрещения» (ограничения в семейно-брачных отношениях недееспособных лиц) и «управления» в отдельных случаях «рассеянной (absent) личной собственностью»[2]. Кроме того, иудейское право регулирует отношения, касающиеся «иудейского религиозного милосердия и богослужения, а также вопросы интерпретации религиозных концепций», в том числе касающихся бракосочетаний и разводов «иностранных евреев», проживающих в Израиле[3].

Относительно узкая сфера прямого регулирования общественных отношений[4] с помощью норм иудейского права вовсе не означает, что оно не имеет влияния на все иные общественные отношения. Такое влияние осуществляется опосредствованно, через систему правовых норм, установленных государством, при активном воздействии на процесс правотворчества и правоприменения со стороны иудейского права.

В качестве примера можно сослаться на так называемое «диетическое право иудейской религии», нашедшее свое отражение в действующем законодательстве Израиля относительно ограничения разведения свиней, которые, как известно, согласно иудейской религии являются «грязными животными», запрещенными к употреблению евреями Торой. В течение многих веков, напоминается в исследованиях иудейского права, свинья была «символом выражения ненависти и презрения христиан к иудеям»[5]. В силу этого под влиянием иудейских религиозных норм и обычаев в Израиле были приняты законы (The Pig-Raising Prohibition Law, 5722—1962), запрещающие под угрозой наказания в виде огром-

[1] *Falk L.* Jewish Law. P. 128.

[2] Ibidem.

[3] Ibidem.

[4] Подробнее об этом см. ниже.

[5] *Hecht A.* Legal Restrictions on the Freedom of Occupation.In: Yadin U. (ed.). Israeli Reports to the Seventh International Congress of Law. Jerusalem, 1966. P. 89.

ных штрафов держать, выращивать и зарезать свиней[1]. Исключение из этого правового запрета составляют лишь специально обозначенные в законах места, «где проживает в основном христианское население»[2].

Ограниченный характер непосредственного регулятивного воздействия иудейского религиозного права внутри израильского общества в определенной мере *«компенсируется» распространением его на евреев, проживающих в других странах.* Здесь также речь идет прежде всего о религиозных нормах, обычаях и ритуалах, касающихся прежде всего заключения и расторжения браков[3].

В израильской юридической литературе в связи в этим особо подчеркивается, что «иудейское право не претендует на универсальную или территориальную законность». Оно является «персональным правом каждого и всех евреев, независимо от их места постоянного проживания, гражданства и даже веры»[4]. Ибо «еврей даже тогда, когда он принимает другую веру, все равно остается евреем, хотя он может при этом утратить определенные права»[5].

Последнее предопределяется «библейским подходом к отождествлению религии с политическими институтами и определением верности Израилю не только в силу происхождения человека», но и его «новообращения», «прозелита» или, что одно и то же, его перехода в другую веру[6].

Другие особенности иудейского права, выделяющие его среди иных религиозных и светских правовых систем,— это *ярко выраженный целевой национальный и социальный характер, его довольно органичное сочетание как религиозной правовой системы со всей остальной израильской правовой системой, наличие у него особых, специфических источников права, а также принципов, лежащих в основе всей системы иудейского права и одновременно пронизывающих ее.*

---

[1] *Hecht A.* Op. cit.

[2] Ibidem.

[3] *Falk Z.* Jewish Family Law. P. 36—40.

[4] Ibid. P. 29.

[5] *Falk Z.* Jewish Family Law. P. 37; *Rufeisen V.* Minister of Interior (1962), 16 (4) P.D. 2428 (H.C. 72/62).

[6] *Falk Z.* Jewish Law. P. 29.

Глава IX

ФОРМЫ ГОСУДАРСТВА

§ 1. Понятие и многообразие форм государства

Вопросы, касающиеся понятия, роли и особенностей форм государства, имеют не только теоретическое, но и практическое значение. Именно этим объясняется то, что в научной и учебной литературе им традиционно уделяется особое внимание[1]. И это не случайно, поскольку в зависимости от того, как понимается форма государства и как она соотносится с другими его сторонами, помимо всего прочего, во многом создается представление и о самом государстве в целом.

Форма государства всегда выступает как непосредственное выражение его сущности и содержания. Каковы сущность и содержание (функции) государства, такова в конечном счете и его форма.

Исследовать государство с точки зрения *сущности* означает выявить волю и интересы таких слоев общества, групп, классов, которые оно в первую очередь выражает и защищает. Рассмотреть государство под углом зрения *содержания* означает установить, как и в каких направлениях оно действует. Изучить же государство с точки зрения его *формы* — значит в первую очередь изучить его строение, его основные составные части, внутреннюю структуру, основные методы становления и осуществления государственной власти.

При рассмотрении формы государства важно иметь в виду, что *форма государства*, так же как его сущность и содержание, *никогда не оставалась и не остается раз и навсегда установленной, неизменной.* Под влиянием множества экономических, социально-политических, идеологических и иных факторов она всегда изменялась и развивалась. Постоянно менялось и представление о ней. Справедливо утверждение Л. Гумпловича о том, что «учение о различии государств или о государственных формах» является «столь же шатким и неустановленным, как и определение понятия государства».

Чтобы убедиться в этом, достаточно сказать, что за всю историю развития государства и права были выдвинуты десятки, если не сотни различных теорий о форме государства. Предлагались самые различные подходы и варианты решения данной проблемы. Еще в Древней Греции и Древнем Риме философы и юристы высказывали самые различные,

[1] См.: *Алексеев Н. Н.* Идея государства. Очерки по истории политической мысли. Нью-Йорк, 1955; *Денисов А. И.* Сущность и форма государства. М., 1960; *Петров В. С.* Сущность, содержание и форма государства. Л., 1971; *Иванников И. А.* В поисках идеала государственной формы России (из истории политико-правовой мысли второй половины XIX—XX вв.). Ростов-на-Дону, 2000, и др.

порой весьма противоречивые суждения по поводу того, что следует понимать под формой государства, какие формы государства существуют, чем они различаются.

Один из величайших мыслителей античности, древнегреческий философ *Платон* исходил, например, из того, что идеальной формой правления «идеального государства» как государства «лучших и благородных» является «законная власть немногих» — аристократия. Кроме того, им рассматривались «законная монархия» — царская власть и «незаконная» — олигархия.

Платон создал целое учение о динамике государственной жизни и смене, в силу «испорченности человеческой натуры», ее форм. Идеальное государство и его аристократическая форма, согласно этому учению, не вечны. Государство может деградировать и соответственно в этом же направлении изменять свою форму.

Аристократия, согласно учению Платона, приводящая к появлению частной собственности на землю и превращению свободных людей в рабов, может вырождаться в так называемую демократию. Последняя, представляющая собой критско-спартанский тип государства, господство наиболее сильных воинов, может постепенно превращаться в олигархию. Олигархия же, основанная на имущественном цензе и власти немногих богатых,— в демократию. Наконец, демократия как власть народа и для народа, в силу опьянения последнего свободой сверх меры, в «неразбавленном виде» может вырождаться в свою противоположность — тиранию. Тирания — самая худшая форма государства, при которой безраздельно господствуют произвол, бесправие широких масс и насилие. Глава государства — тиран захватывает власть от имени народа и выступает как «ставленник народа».

На многообразие форм государства имел свои взгляды и *Аристотель* — ученик Платона и вместе с тем его критик. Считая форму государства системой, олицетворяемой верховной властью в государстве, Аристотель определял ее в зависимости от числа властвующих (один, немногие или большинство) как монархию, аристократию или политию-демократию. Эти формы государства он назвал «правильными», ибо в них просматривалась общая польза правителей. Каждая из данных «правильных» форм могла легко искажаться и превращаться в соответствующую «неправильную» форму — тиранию, олигархию или охлократию. «Неправильные» формы использовались правителями, по мнению Аристотеля, лишь в личных целях.

Традиции древнегреческой мысли в исследовании форм государства развивались и в Древнем Риме. *Цицерон*, например, выделял в зависимости от числа правителей три простые формы государства (царскую власть — монархию, власть оптиматов — аристократию, народную власть — демократию) и смешанную форму.

Когда верховная власть находится в руках одного человека, писал он, мы именуем такую форму государства «царской властью». Когда она находится в руках у выборных лиц, то говорят, что «эта гражданская община управляется волей оптиматов. Народной же (ведь ее так и называют) является такая община, в которой все находится в руках народа».

Для того чтобы предотвратить искажение и вырождение той или иной простой формы государства, великий римский оратор и государствовед предлагал использовать смешанную форму, складывающуюся в результате выделения и смешения положительных качеств всех простых форм.

Целые учения и отдельные идеи, касающиеся формы государства, развивались не только в Древней Греции и Древнем Риме, но и в других странах. Причем не только на ранних и средних стадиях существования и развития цивилизации, но и во все последующие столетия.

Значительное внимание исследованию формы государства уделяется в современной отечественной и зарубежной литературе. Разумеется, среди авторов-современников, так же как и среди предшественников, нет единого мнения о понятии, видах и содержании формы государства. Высказываются самые разные точки зрения. Имеют место самые различные подходы к определению понятия и содержания формы государства.

Традиционным, например, для отечественного государствоведения и правоведения 60—70-х годов было представление о форме государства как институте, складывающемся из формы правления и формы государственного устройства. Позже, вплоть до настоящего времени, *в научной литературе утвердилось мнение, согласно которому форма государства состоит из формы правления, формы государственного устройства и государственного режима.* Данное глубоко обоснованное мнение преобладает не только в отечественной, но и в зарубежной литературе. Этот подход используется и в настоящем учебном пособии.

§ 2. Непосредственная связь формы государства с государственной властью

Форма государства, независимо от того, какой своей стороной она проявляется (форма правления, форма государственного устройства или государственный режим) или как она выражается, *всегда имеет самую непосредственную связь с государственной властью.*

Отмечая это обстоятельство, еще дореволюционные российские авторы не без оснований указывали на то, что «в современную эпоху» любое государство есть не что иное, как «организация государственной власти», выступающая в ее различных формах и проявлениях[1].

При этом государственная власть «в юридическом смысле этого слова» понималась не в общепринятом ее восприятии как воля государства, а как «известное отношение одной воли и другой, господство одной воли над другой»[2].

Если бы воля государства, писал в связи с этим в начале XX в. Ф. Кистяковский, была властью, т. е. если бы оба эти понятия государ-

[1] *Котляровский С. А.* Власть и право. Проблемы правового государства. М., 1915. С. 18.

[2] *Кистяковский Ф.* Лекции по общему государственному праву. М., 1912. С. 190.

ственной власти и государственной воли были тождественны, то государственная воля «оставалась бы властью и в тех случаях, когда государство вступает в частноправовые сделки. Но в действительности это не так. В частноправовых сделках воля государства не является властью, а стоит наравне с волей частных лиц. Поэтому определение власти как воли явно несостоятельно»[1].

Говоря о прямой связи формы государства с государственной властью, следует обратить внимание также на то, что власть в данном случае, равно как и во всех других случаях, рассматривается не в абстрактном виде, как совокупность ее общих, родовых признаков и черт (верховенство, суверенность, территориальность и др.[2]), а в ее конкретном, социально-классовом виде и проявлении.

Это означает, что при определении понятия формы того или иного государства способ или своего рода модель организации власти соотносят с последней не вообще, а применительно к тому или иному типу государственной власти, к строго определенному в социально-классовом отношении государственному и общественному строю.

При рассмотрении, например, форм рабовладельческого государства и выявлении их особенностей данные формы можно соотносить лишь с рабовладельческим типом власти и таким же типом государственного и общественного строя.

Аналогично обстоит дело с процессом определения форм и выявления их особенностей и у других типов государства. Попытки же игнорирования данной закономерности и решения вопроса о формах государства безотносительно того или иного соответствующего им типа ни к чему позитивному, а тем более весомому в научном плане не приведет. Все рассуждения о формах государства сведутся только к самым общим, весьма абстрактным выводам, касающимся лишь их некоторых общеродовых черт.

Из всего сказанного следует, что, имея общее представление о формах государства, их общеродовых признаках и чертах, для глубокого и разностороннего изучения необходимо соотносить данные формы с конкретным типом государства, наполнять их конкретным социально-классовым содержанием. Каждая из форм государства имеет свою политико-практическую значимость лишь в том случае, когда она берется не сама по себе, вообще, безотносительно ко времени и пространству, а соотносится с конкретным, вполне определенным типом государства, с конкретным типом и видом государственной власти.

§ 3. Особенности форм правления и их виды

Исследуя формы правления как одну из разновидностей форм государства, следует руководствоваться сложившимся и практически подкрепленным представлением о том, что *форма правления есть способ*

[1] *Кистяковский Ф.* Указ. соч. С. 190.

[2] Там же. С. 192.

организации государственной власти, включающий порядок образования и деятельности высших и местных государственных органов, порядок взаимоотношений их друг с другом и с населением. Формы правления в значительной мере различаются в зависимости от того, осуществляется ли власть одним лицом, или же она принадлежит коллективному выборному органу. В первом случае, согласно сложившемуся представлению, имеет место *монархическая форма правления*, во втором — *республиканкая.*

При монархической форме правления источником власти и ее носителем является монарх. При республиканской источником власти объявляется народ, а ее носителем — выборные государственные органы.

Классификация форм правления государства *в зависимости от числа стоящих у власти, правящих* является одной из старейших и широко признанных в юридическом мире классификаций. В процессе ее проведения используется *количественный критерий.* Если «высшее распоряжение государственной властью,— писал в связи с этим еще в конце XIX в. известный русский ученый-юрист Н. М. Коркунов,— принадлежит одному лицу, это будет монархия, если многим лицам, это будет аристократия, если же всем, то это будет демократия»[1].

Количественный критерий подкупает своей простотой и непосредственностью, но отпугивает упрощенностью. Руководствуясь только им, порой весьма трудно провести различие между отдельными формами государства и ответить на некоторые принципиально важные вопросы.

Например, какая часть общества или правящих слоев должна стоять у власти для того, чтобы появилось основание называть такую форму правления аристократической республикой или аристократией? Это должна быть, как минимум, треть правящего класса? Половина его? Или весь правящий класс?

К тому же, как правильно подметил Н. Коркунов, кого, собственно, следует называть правящими? «Если тех, в чьих руках *сосредоточено все распоряжение государственной властью*», а все «другие учреждения являются лишь содействующими им или действующими по их полномочию», то под определение монархии как власти и правления одного лица подладает только неограниченная, абсолютная монархия. Ибо в конституционной монархии «парламент не содействует только монарху и, опираясь на полномочия, данные ему народом, всячески «ограничивает монарха»[2].

Если же «под правящими,— продолжал автор,— разумеют тех, в чьих руках сосредоточено не все распоряжение властью, а только функции так называемой исполнительной власти, тогда большинство современных республик, имеющих единоличного главу исполнительной власти, президента, окажутся также подходящими под определение монархии».

С другой стороны, рассуждал Н. Коркунов, под определение демократии как правления всех «не подойдет в сущности ни одно действи-

---

[1] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 255.

[2] Там же. С. 256.

тельно существующее государство». Ибо «нигде к участию в осуществлении функций власти не допускается все без исключения население»[1].

Уже в древности, в период появления демократии и определения ее «как правление всех», к управлению делами государства допускалось далеко не все взрослое население, а только свободные граждане. Остальная часть общества была вообще лишена правоспособности и политических прав, находилась на положении рабов.

В современном государстве, где все объявляются свободными и равноправными, также далеко не все «участвуют в функциях власти». Даже там, подчеркивал Н. Коркунов, где введена «так называемая всеобщая подача голосов, правом голоса на политических выборах пользуется в действительности не более одной четверти всего населения»[2].

Из всего этого делался вполне оправданный вывод о том, что количественный критерий (по числу правящих) классификации форм государства является далеко не совершенным, «слишком внешним и случайным». Он не дает возможности провести четкую грань в ряде случаев между монархической и республиканской формами. Следуя ему, в частности, «пришлось признать, что Россия во время совместного царствования Иоанна и Петра перестала быть монархией и сделалась аристократической республикой»[3].

Следует заметить, что предостережения в отношении ущербности количественного критерия классификации форм правления постоянно следовали и от многих других авторов. Это подтолкнуло ряд исследователей к тому, чтобы не ограничиваться только данным критерием, а разрабатывать и другие.

Так, еще Платон пытался свести различие форм правления к различию трех добродетелей — *мудрости, мужества* и *умеренности,* из которых каждая может преобладать то в одном, то в другом государстве.

Вслед за ним Аристотель, рассматривая форму государства как политическую систему, которая олицетворяется верховной властью, в процессе классификации форм правления использовал наряду с количественным критерием такие, как *общая польза, благо* и *интерес.*

В более поздний период Монтескье, *используя в качестве критериев* классификации форм правления *различные принципы организации и деятельности государственной власти,* считал, что *добродетель* лежит в основе демократии, *умеренность* — в основе аристократии, *честь* — в основе монархии и *страх* — в основе деспотии.

Помимо названных критериев в отечественной и зарубежной литературе, в особенности ранних лет, довольно широко применялись так называемые *юридические критерии.* Суть их, по общему признанию, сводилась к тому, что в процессе классификации форм правления за основу брались не количественные или любые иные факторы, а *юридическое положение (статус)* высших государственных органов и «правящих лиц».

---

[1] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 256.

[2] Там же.

[3] Там же.

Различие между монархической и республиканской формами правления, констатировал в связи с этим Н. Коркунов, заключается не в наличии различного числа правящих или иных, второстепенных по своему характеру их особенностей, а в различном «юридическом положении» правящих лиц.

При республиканской форме правления, пояснял автор, все лица, «участвующие в распоряжении властью», ответственны перед народом от «последнего избирателя до президента», стоящего во главе республики и призванного действовать от ее имени. В монархии же все обстоит как раз наоборот, а именно — в условиях монархии «имеется и безответственный орган власти», называемый монархом[1]. Именно в этом различии ответственности и безответственности, подытоживал Н. Коркунов, заключается «различие президента республики и монарха, а не в объеме и характере их функций», как иногда утверждается в литературе. В самом деле, президент США пользуется большей властью, нежели английская королева. Однако президент «ответственен перед конгрессом и потому не монарх». Английская же королева, напротив, «безответственна и потому, несмотря на всю ограниченность своей власти, остается все же монархиней»[2].

Юридические критерии классификации форм правления широко использовались также известным русским ученым-юристом Ф. Кистяковским. В своих «Лекциях по общему государственному праву», изданных в 1912 г., он всячески подчеркивал, что «юридическое *различие между монархией и республикой нужно искать не в компетенции* правительственной власти, *а в ее организации,* именно в юридическом положении носителя этой власти»[3].

В чем конкретно выражается это «юридическое положение»? Согласно представлениям Ф. Кистяковского и других авторов, многократно подтвержденных самой жизнью и политико-правовой практикой, оно может выражаться, во-первых, *в выборности* (в условиях республики) или *наследственности* (в условиях монархии) *высших органов государства* и *самой государственной власти.*

Указывая на то, что «обыкновенно отличительным признаком монархической власти считают наследственность ее монарха, а отличительным признаком высшей правительственной власти в республике — ее выборность», Кистяковский в то же время вполне справедливо утверждал, что многие теоретики государства и права не разделяют данную точку зрения. Основная причина этого заключается в том, что история знает не только наследственные, но и выборные монархии»[4].

Однако выборные монархии, замечает автор, составляют не столько само правило, сколько исключение из него. А кроме того, по наблюдениям автора, «избирательная монархия» везде, где бы она ни сущест-

---

[1] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 257.

[2] Там же.

[3] *Кистяковский Ф.* Лекции по общему государственному праву. С. 298.

[4] Там же. С. 287.

вовала, «оказывалась учреждением весьма неустойчивым и нецелесообразным». Она «или приводила к разложению государственного строя, или превращалась в наследственную монархию»[1].

Выборность и наследственность как критерии подразделения форм правления государства на республики и монархии органически сочетаются с такими их немаловажными признаками, как *срочность* пребывания у власти главы государства в условиях республики и соответственно *бессрочность* — в условиях монархии.

Данные критерии, впрочем, как многие другие, имеют, естественно, относительный и к тому же формально-юридический характер, поскольку в реальной жизни иногда бывает все наоборот. Однако тем не менее они довольно широко использовались раньше в процессе классификации форм правления как дополнительные критерии. В качестве таковых они могут быть использованы и сейчас.

Различное юридическое положение носителей власти как общий критерий классификации форм правления может выражаться, по мнению ряда авторов, *в ответственности их перед народом, нацией, парламентом и т. д.* в условиях республики и *«полной безответственности»* в условиях существования монархии.

Самостоятельность власти монарха и его безответственность, писал Н. Коркунов, имея в виду прежде всего «доконституционную» монархию, оказывают значительное влияние «на все формы проявления государственного властвования». Монархический принцип требует, чтобы «в государстве ничего не совершалось против и даже помимо воли монарха»[2]. От его имени отправляется правосудие. Он назначает «всех высших должностных лиц суда и управления». В отношении к законам «ему принадлежит обыкновенно право абсолютного вето и всегда право их обнародования и обращения к исполнению». Разумеется, заключает автор, все эти функции могут принадлежать и президенту республики, но, конечно, огромная разница при этом состоит в том, осуществляются ли они «безответственным монархом или же ответственным перед народом должностным лицом»[3].

Об ответственности государственных органов — носителей власти как признаке республики и безответственности носителя власти как признаке монархии говорится также в работах и других авторов. Так, Кистяковский при выявлении особенностей монархической формы правления наряду с наследственностью как «существенным признаком монархической власти» называет безответственность, т. е. неподотчетность ее носителя какой-либо иной власти или органу[4].

При этом автор справедливо утверждает, что «исторически начало безответственности установилось задолго до конституционных учреждений». Она стала результатом неограниченности власти монарха, с одной

---

[1] *Кистяковский Ф.* Указ. соч.

[2] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 258.

[3] Там же.

[4] Там же.

стороны, и «бессрочности его права — с другой». Однако безответственность монарха «сохранилась повсюду и после введения конституционного строя». Формально-юридически существует она в большинстве конституционных монархий и по сей день.

Наконец, *различное юридическое положение носителей власти в условиях республики и монархии* проявляется в том, что в первом случае в организации и деятельности высших и местных государственных органов *преобладают принципы коллегиальности, а во втором — единоличности.*

В монархической форме правления, замечает по этому поводу Н. Коркунов, «властвование по собственному праву плохо мирится с разделением этого властвования между несколькими лицами». Правительство в монархии «всегда стремится принять единоличную форму». Республике же, напротив, «более соответствует коллегиальная организация правительства, так как этим лучше обеспечивается подчинение делегированной правительственной власти народу». Там же, где при республиканской форме имеется «единоличная организация» правительственной власти, это объясняется, по мнению автора, влиянием монархических идей.

Классифицируя формы правления государства, важно подчеркнуть, что подразделение форм на монархию и республику является исторической первой и самой общей их классификацией. Противоположность монархической и республиканской форм проявляется уже на самых ранних ступенях развития государственной жизни. Та и другая выступают в истории как основные формы организации жизни государства.

Уже Орда, по справедливому замечанию известного немецкого государствоведа и правоведа Г. Еллинека, которая предшествовала территориальной организации государства, была организована либо на началах единоличного властвования, либо «на принципе товарищества». Руководящее и «решающее значение имеет либо воля одного лица, стоящего над всеми другими, либо воля всей совокупности полноправных членов Орды».

Глубокое и разностороннее исследование форм правления с неизбежностью требует, во-первых, изучения их не вообще, а применительно к конкретным условиям жизни общества и государства. А во-вторых,— *дальнейшего подразделения основных форм правления на отдельные виды и подвиды.*

§ 4. Формы правления современных государств

В реальной жизни нет форм правления «вообще», существующих независимо от конкретных государственно-правовых систем, в некоем обобщенном виде. Нет абстрактных монархических или республиканских форм как таковых — это теория. На практике же существуют конкретные формы тех или иных государств, а также их конкретные обусловленные различными объективными и субъективными обстоятельствами разновидности. Следует акцентировать особое внимание на том, что основания для такого подразделения форм правления на их разновидности формирует

как современная данной форме правления государства действительность, так и прошлая, сформировавшая исторические, национальные и иные традиции современности, уровень развития экономики и культуры общества жизнь.

Многочисленные и весьма весомые основания для такого подразделения дает сама жизнь. Примечательно, например, в отношении монархии в качестве критериев для ее классификации на разновидности могут служить различная степень концентрации власти в руках одного лица — монарха, наличие или отсутствие конституционных актов, оказывающих сдерживающее влияние на проявление монархической власти, функционирование в стране наряду с монархическими институтами традиционных республиканских институтов в виде парламента или других представительных органов.

В силу этих и иных особенностей на современном этапе развития общества и государства различаются монархии двух видов — дуалистические и парламентарные. Характерной особенностью *дуалистической монархии* является формально-юридическое разделение государственной власти между монархом и парламентом. Исполнительная власть находится непосредственно в руках монарха, законодательная — у парламента. Последний, однако, фактически подчиняется монарху.

Парламентская монархия отличается тем, что статус монарха формально и фактически ограничен во всех сферах осуществления государственной власти. Законодательная власть полностью принадлежит парламенту, исполнительная — правительству, которое несет ответственность за свою деятельность перед парламентом. Примерами парламентской монархии могут служить Англия, Голландия, Швеция и др. Парламентские монархии в научной литературе зачастую именуют конституционными монархиями.

В парламентских монархиях, являющихся наиболее распространенными формами монархии в настоящее время, правительство формируется партией, получившей во время всеобщих выборов большинство голосов в парламенте, или партиями, располагающими в нем большинством голосов. Лидер партии, обладающий большинством депутатских мест, становится главой правительства. Власть монарха является весьма ограниченной во всех сферах государственной жизни и деятельности, и прежде всего в законодательной и исполнительной. Причем ограничение это имеет не формально-юридический, а фактический характер. Господствующие слои рассматривают конституционную монархию как своего рода резервное средство воздействия на остальные слои населения, как дополнительное средство защиты своих интересов в случае предельного обострения социально-классовых конфликтов.

При конституционной монархии законы принимаются парламентом и утверждаются монархом. Однако данная прерогатива монарха, так же как и большинство других его полномочий, имеет формальный характер. В силу сложившейся политической практики и конституционных обычаев монарх, как правило, не отказывается от подписания принятых парламентом законопроектов.

Применительно к республиканской форме правления в качестве оснований для ее подразделения на подвиды могут выступать различия в уровне их развития, неодинаковая степень причастности всего населения или его части к процессу осуществления государственной власти, главенствующее положение в системе высших органов государственной власти тех или иных институтов, в частности института президентства или парламента, и др.

В зависимости от названных и иных особенностей республиканских форм современные республики разделяются на два вида: парламентарные и президентские.

Отличительными чертами *парламентарной республики* являются следующие: верховенство парламента; ответственность правительства за свою деятельность перед парламентом, а не перед президентом; формирование правительства на парламентской основе из числа лидеров политических партий, располагающих большинством голосов в парламенте; избрание главы государства либо непосредственно парламентом, либо специальной коллегией, образуемой парламентом. В парламентарной республике глава государства не играет сколько-нибудь существенной роли среди других государственных органов. Правительство формируется и возглавляется премьер-министром. Парламентарные республики в настоящее время существуют в Австрии, ФРГ, Италии, Швейцарии и других странах.

Президентская республика характеризуется такими признаками, как соединение в руках президента полномочий главы государства и правительства; отсутствие института парламентской ответственности правительства; внепарламентский метод избрания президента и формирования правительства; ответственность правительства перед президентом; сосредоточение в руках президента огромной политической, военной и социально-экономической власти; нередко отсутствие у парламента права на объявление вотума недоверия правительству. Наиболее типичными примерами президентской республики могут служить США и Франция. Президентскую республику иногда именуют дуалистической республикой, подчеркивая тем самым факт сосредоточения сильной исполнительной власти в руках президента, а законодательной — в руках парламента.

В России президентская республика характеризуется наличием чрезвычайно сильной власти главы государства — президента. Поэтому форма правления современной России зачастую именуют суперпрезидентской республикой.

§ 5. Особенности форм государственного устройства и их виды

Форма государственного устройства представляет собой внутреннее деление государства на составные части — административно-территориальные единицы, автономные культурные, политические образования или суверенные государства. Она отражает также характер соотношения государства в целом и отдельных ее частей.

В современной юридической и политической литературе, как известно, обычно выделяют две основные формы государственного устройства — *унитарное государство* и *федеративное (федрацию)*. В качестве особой формы государственного устройства в настоящее время рассматривается *конфедерация*. В конце XIX — начале XX в. в виде особых форм государственного устройства выделялись так называемые *инкорпорация* и *сюзеренитет*.

Характеризуя последние одновременно как формы государственного устройства и формы соединения государств, Ф. Кистяковский писал, что в соединениях государств — обычных явлениях политической жизни, суть которых заключается в объединении их между собой «юридической связью, так что в некоторых областях правовой жизни эти государства выступают, как одно целое»,— инкорпорация и сюзеренитет занимают особое место.

Инкорпорация представляет собой «полное поглощение одного государства другим или полное слияние нескольких государств в одно целое, в котором отдельные части совершенно утрачивают государственный характер».

В то же время *сюзеренитет* характеризуется как вассальное подчинение одного государства (вассала) «в известных отношениях» власти другого государства (сюзерена).

Соотнося сюзеренитет с государственно-правовой практикой, следует заметить, во-первых, что это явление выступает скорее как межгосударственное (международное), чем внутригосударственное. А во-вторых, что это дань средневековой истории, но не современности. По своему происхождению и назначению сюзеренитет имел двоякий характер: а) служил «переходной политической формой при распадении разноплеменного государства на его составные части» и б) выступал в качестве одного из средств «подчинения слабых государств сильным».

В отличие от сюзеренитета, который является данью прошлому, инкорпорацию можно рассматривать и как явление настоящее. Показательным примером в этом отношении может служить «воссоединение» по форме, а поглощение по сути в 90-е годы Германской Демократической Республики (ГДР) и Федеративной Республикой Германии (ФРГ). Последнее стало возможным благодаря «перестройке» всей внутренней и внешней политики СССР во главе с М. С. Горбачевым, получившим титул «лучшего немца года» и ставшим почетным гражданином столицы Германии Берлина.

Среди основных форм государственного устройства наиболее простой и в то же время наиболее распространенной является *унитарное государство*.

В отечественной и зарубежной юридической литературе ее изучению уделяется огромное внимание. Среди авторов, специализирующихся на исследовании форм государственного устройства, нет принципиальных расхождений по поводу того, что представляет собой унитарное государство и каковы его основные признаки.

Все исследователи исходят из того, что унитарное государство — это всегда единое государственное образование. Государство при

этом делится лишь на административно-территориальные части. Для унитарного государства характерно существование общих для всей страны высших органов государственной власти и управления, единой правовой и судебной системы, единой конституции, общей финансовой и налоговой системы, единой централизованной системы национальной безопасности, единого гражданства и др. Унитарными государствами в настоящее время являются Англия, Голландия, Дания, Венгрия, Китай, Монголия, Япония и др.

Более сложной и в то же время менее распространенной формой государственного устройства в современном мире является *федерация*. Она является менее распространенной лишь по отношению к унитарному государству, в относительном плане, но не по отношению к другим формам государственного устройства в абсолютном плане.

Обращая внимание на это обстоятельство, отечественные исследователи отмечали, что «девятая часть государств мира — 21 государство — являются федерациями, в них проживает около трети населения Земли». Среди федеративных государств есть высокоразвитые гиганты (США) и малые индустриальные страны (Бельгия, ставшая федерацией в соответствии с конституционными поправками 1993 г.), крупные (Бразилия) и небольшие государства (новая Союзная Республика Югославия), находящиеся на среднем уровне развития, разного рода бывшие колонии (Индия с почти миллиардным населением и малая Исламская Федеративная Республика Коморских Островов), страны со значительным удельным весом патриархальных порядков (Танзания в Африке, Папуа — Новая Гвинея в Океании). Они неодинаковы по характеру социальной напряженности, связанной, в частности, с несовершенством федеративной структуры (например, в Канаде), и с точки зрения государствоведческих, правовых характеристик, совокупность которых образует определенную модель федерализма как особой формы государственного устройства.

Каждая из моделей имеет как позитивные, так и негативные стороны. И это объективно. С этим нельзя не считаться.

Что является *типичным для федератизма* как такового, отличающего его от других форм государственного устройства — конфедерации и унитаризма? Прежде всего то, что любая федеративная система независимо от ее специфических черт и особенностей выступает как единое *союзное государство, состоящее из двух или более относительно самостоятельных государств и государственных образований*. Каждое из них, будучи субъектом федерации, *имеет свое собственное административно-территориальное деление. Имеет наряду с федеративными свои собственные высшие органы* государственной власти и управления, судебные, правоохранительные, фискальные и иные органы, *располагает своей конституцией и текущим законодательством*. Может иметь в нередких случаях *свои собственные воинские формирования и гражданство*.

Основополагающими принципами образования и функционирования федеративной системы, с позиций которых следует рассматривать

и оценивать любую, в том числе и российскую, федеративную систему, представляются следующие:

— *добровольность объединения* государств или государственных образований в федерацию;

— *равноправие субъектов* федерации независимо от величины их территории, численности населения, экономического потенциала и пр.;

— *плюрализм и демократизм* во взаимоотношениях субъектов федерации между собой и с гражданами. *Широкая возможность граждан активно и беспрепятственно участвовать в федеральных и региональных политических процессах;*

— *наконец, принцип законности и конституционности,* означающий строгое и неуклонное соблюдение федерацией и субъектами федерации, федеративными и всеми остальными органами и организациями обычных и конституционных законов как в отношениях друг с другом, так и с гражданами и формируемыми ими партийными, профсоюзными и иными общественно-политическими органами и организациями.

§ 6. Форма государственного устройства современной России

1. По форме государственного устройства современное Российское государство является федерацией. *Правовой основой* ее образования послужили Конституция 1978 г. с ее многочисленными поправками, включая поправку, касающуюся замены названия государства РСФСР на «Российская Федерация», а также Федеративный договор, подписанный субъектами Российской Федерации в 1992 г., Конституция Российской Федерации 1993 г., закрепившая на конституционном уровне федеративную форму государственного устройства постсоветской России и установившая равнозначность наименования «Российская Федерация» и «Россия» (ст. 1), и Декларация о государственном суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 г.

В структурном, равно как и в других отношениях Российская Федерация представляет собой весьма сложное, многомерное явление. В качестве ее структурных составных частей — субъектов Федерации выступают как другие государства (республики), так и государственные образования (края, области, города федерального значения, автономная область, и автономные округа). В настоящее время в составе Российской Федерации насчитывается 89 субъектов. Из них: 21 республика, 6 краев, 49 областей, 2 города федерального подчинения, 1 автономная область и 10 автономных округов. Большинство автономных округов — субъектов РФ входит в состав других субъектов РФ — краев и областей. Один из них (Чукотский автономный округ, расположенный на территории Магаданской области) в настоящее время имеет прямые связи с «центром» в лице федеральных органов власти, управления и др.

Весь перечень субъектов Российской Федерации и их названия закреплены конституционно (п. 1 ст. 65). В конституционном порядке определены также все их виды, главные отличительные особенности каж-

дого из них, а кроме того — характер отношений субъектов РФ между собой и с Российской Федерацией в целом. Статья 4 Конституции РФ, констатируя, что Российская Федерация состоит из республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области и автономных округов, в то же время устанавливает, что все субъекты РФ, независимо от их видов, равноправны во взаимоотношениях как между собой, так и с федеральными органами государственной власти.

Разумеется, речь идет лишь о формально-юридической стороне взаимоотношений субъектов Российской Федерации, а не об их фактическом равенстве. Существование последнего в принципе проблематично с учетом весьма значительных различий субъектов РФ по размерам занимаемой ими территории, по численности и плотности населения, по уровню развития экономики в целом или отдельных отраслей промышленности и сельского хозяйства, а также по другим параметрам. Именно в силу этих различий и иных объективных и субъективных причин одни из субъектов РФ являются донорами в федеральный государственный бюджет, а другие, наоборот, выживают за счет дотаций из федерального бюджета.

Однако не только в практическом, но и в формально-юридическом плане субъекты РФ не во всем равны. Наиболее зримо это проявляется, в частности, в том, что одни из них по своему статусу являются государствами со всеми вытекающими из этого для них преимуществами, а другие — лишь государственными образованиями. Исходя из формально-юридического и фактического неравенства субъектов Российской Федерации, ее зачастую характеризуют как «асимметричную» федерацию.

Российская Федерация создается и функционирует на основе строго определенных *принципов*, которые закрепляются в Конституции РФ и детализируются в текущем законодательстве[1]. В наиболее общем и в то же время концентрированном виде они представлены в ст. 5 Конституции России. В ней официально провозглашается и конституционно закрепляется, что «федеративное устройство Российской Федерации основано на ее государственной целостности, единстве системы государственной власти, разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, равноправии и самоопределении народов Российской Федерации.

В более развернутом виде на конституционном уровне эти принципы закрепляются в ряде других статей российской Конституции.

В частности, *принцип государственной целостности*, находящий свое конкретное выражение в политической, экономической, территориальной и иных видах целостности государства, закрепляется, помимо других статей Конституции, в ст. 74, обеспечивающей целостность территориального и экономического пространства. В соответствии с положениями на территории Российской Федерации не допускается установление таможенных границ, пошлин, сборов и «каких-либо иных препят-

[1] См.: *Авакьян С. А.* Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1997.

ствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств». Ограничение перемещения товаров и услуг на территории России возможно лишь в строгом соответствии с федеральным законом при условии, что это необходимо «для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей» (п. 2 ст. 74).

Принцип единства государственной власти в Российской Федерации[1], находящий свое отражение в единстве федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Федерации, в более развернутом виде закрепляется, в частности, в ст. 77 Конституции РФ. В ней говорится, что система органов государственной власти субъектов РФ определяется ими самостоятельно, но в строгом соответствии с «основами конституционного строя Российской Федерации и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральным законом» (п. 1 ст. 77). Кроме того, в данной статье особо указывается на то, что в пределах ведения Российской Федерации и ее полномочий по вопросам совместного ведения с субъектами РФ федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Федерации «образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации» (п. 2 ст. 77).

Обстоятельное конституционное закрепление, наряду с названными принципами российского федерализма, получил *принцип построения Российской Федерации на основе разграничения предметов ведения и полномочий* между органами государственной власти РФ, с одной стороны, и органами государственной власти субъектов РФ — с другой.

Разграничение предметов ведения и полномочий касается всех сфер деятельности государственных органов, но в первую очередь это относится к законодательной сфере. Согласно Конституции все предметы ведения и полномочия подразделяются на три основные группы. Это: а) предметы ведения и полномочия, относящиеся только к Федерации. Они составляют ее исключительную компетенцию; б) предметы ведения и полномочия, относящиеся к совместному ведению Российской Федерации в целом и ее субъектов; в) предметы ведения и полномочия, принадлежащие исключительно субъектам Федерации.

К предметам и соответственно полномочиям, находящимся в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов, относятся такие, как обеспечение соответствия конституционных и иных нормативно-правовых актов субъектов Федерации Конституции РФ и федеральным законам; защита прав и свобод человека и гражданина, а также прав национальных меньшинств; обеспечение законности, правопорядка и общественной безопасности; режим пограничных зон; вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами; разграничение государственной собственности; установление общих принципов налогообложения и сборов в Россий-

[1] См.: *Кочев В. А.* Государственная власть в Российской Федерации. Конституционно-правовые основы корреляции. Изд-во Пермского ун-та, 2000.

ской Федерации; природопользование; охрана окружающей среды и обеспечение экологической безопасности; охрана памятников истории и культуры; общие вопросы воспитания, образования, науки, культуры, физкультуры и спорта; координация вопросов здравоохранения; социальная защита, включая социальное обеспечение, и др.

Исчерпывающий перечень предметов и полномочий, находящихся в совместном ведении Федерации и ее субъектов, закрепляется в ст. 72 Конституции России. Согласно действующему праву в сфере осуществления совместных полномочий федеральный закон обладает несомненным приоритетом. Верховенство его распространяется на все без исключения нормативно-правовые акты, включая законы, издаваемые субъектами Федерации. Последние могут принимать свои законы, относящиеся к предметам совместного ведения, только в случае отсутствия соответствующего федерального закона. С изданием такого акта законы субъектов Федерации теряют юридическую силу.

Широкое, конституционно-правовое закрепление, помимо названных принципов российского федерализма, получил также *принцип равноправия и самоопределения народов в Российской Федерации.*

Принцип равноправия народов, проживающих на территории России, осуществляется во всех без исключения сферах жизни общества и деятельности государства. Конституция РФ гарантирует всем народам свободное развитие их культуры, исторических и национально-этнических обычаев, традиций, сохранение родного языка, создание условий для его изучения и развития. Особое внимание при этом уделяется гарантиям прав коренных малочисленных народов «в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами Российской Федерации» (ст. 69).

Самоопределение народов осуществляется в самых различных формах, включая автономную область, автономные округа, края, области и др.

Конституционно-правовой статус России как федеративного государства определяется Конституцией РФ и конституционными законами, изданными на ее основе и в ее развитие, а детализируется и реализуется с помощью текущего (обычного) законодательства. Важное значение для конституционно-правового статуса России имеет также Федеративный договор от 31 марта 1992 г., применяемый в той части, которая не противоречит Конституции РФ, и Декларация о государственном суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 г.

Основными чертами и особенностями Российской Федерации, отраженными в ее конституционно-правовом статусе, являются следующие.

Во-первых, наличие у нее государственного суверенитета, который проявляется в верховенстве государственной власти и исходящих от нее законов внутри государства и ее независимости вовне, в отношениях с другими государствами.

Во-вторых, наличие территории, которая включает в себя территорию субъектов Федерации, внутренние воды и территориальное море, а также воздушное пространство над ними. Согласно Конституции Российская Федерация обладает, кроме того, суверенными правами и «осу-

ществляет юрисдикцию на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне Российской Федерации в порядке, определяемом федеральным законом и нормами международного права» (п. 2 ст. 67).

Вопросы, касающиеся Государственной границы России, регулируются специальным Законом о Государственной границе, принятым в 1993 г., а также нормами, содержавшимися в других законах.

В-третьих, обладание Российской Федерацией собственностью, которая существует и функционирует наряду с другими формами собственности. Закрепляя и гарантируя их в равной степени, Конституция России в то же время уделяет особое внимание собственности на землю и на другие природные ресурсы. В ст. 9 в связи с этим подчеркивается, что земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации «как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории».

В-четвертых, наличие в Российской Федерации института гражданства, которое, согласно Конституции, приобретается и прекращается только в строгом соответствии с федеральным законом. Гражданство РФ является «единым и равным независимо от оснований приобретения» (п. 1 ст. 6). Каждый гражданин России обладает всеми конституционными правами и свободами и несет равные, предусмотренные Конституцией РФ обязанности. Граждане России не могут быть лишены своего гражданства или права изменять его.

В-пятых, существование в пределах Федерации единой правовой системы и единого правового пространства. Это вовсе не исключает, а, наоборот, предполагает формирование и функционирование в пределах территории субъектов Федерации отдельных локальных правовых систем, а в рамках различных муниципальных образований — системы локальных правовых актов.

В-шестых, обращение на всей территории Российской Федерации единой денежной единицы, в качестве которой выступает рубль. Согласно Конституции денежная эмиссия в стране осуществляется исключительно Центральным банком России. На него же возлагается важнейшая для нормальной жизнедеятельности общества и государства функция защиты и обеспечения устойчивости рубля. Эту функцию Центральный банк осуществляет самостоятельно, вне зависимости от всех других органов государственной власти России.

В-седьмых, отнесение к сфере исключительного ведения Российской Федерации ключевых вопросов государственной и общественной жизни страны. В практическом плане это означает, что решение данных вопросов, включая издание соответствующих нормативных актов, является исключительной прерогативой только федеральных органов государственной власти. Все иные государственные органы, находящиеся в их подчинении, могут осуществлять по этим вопросам лишь оперативные управленческие функции.

Это касается, в частности, таких вопросов, как формирование самих федеральных органов государственной власти; установление их системы, порядка их организации и деятельности; принятие и изменение Консти-

туции РФ и федеральных законов, контроль за их исполнением; регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина; установление основ федеральной политики и федеральной программы в области государственного, экономического, социального и иного развития России; федеральный бюджет; федеральные налоги и сборы; федеральные фонды регионального развития; внешняя политика и международные отношения РФ; вопросы войны и мира; оборона и безопасность; судоустройство; прокуратура; гражданское, уголовное и иное отраслевое законодательство.

К исключительной компетенции Российской Федерации относится также решение вопросов, касающихся установления правовых основ единого рынка, финансового, валютного, кредитного и таможенного регулирования; основ ценовой политики, федеральных экономических служб, включая федеральные банки, федеральных энергетических систем, ядерной энергетики, федерального транспорта, путей сообщения, информации, связи и др. Полный перечень вопросов, находящихся в исключительном ведении Российской Федерации, содержится в ст. 71 Конституции.

Кроме названных России как федеративному государству в целом свойственны и другие черты и особенности. Среди них такие, в частности, как наличие общего для всех российских граждан государственного языка, каковым является русский язык; установление единой для всей страны федеральной государственной службы; наличие официальных атрибутов Российской Федерации в виде государственного флага, герба и гимна; и др.

В основе *конституционно-правового статуса субъектов Российской Федерации* лежит ряд положений Конституции РФ, касающихся федеративного устройства России и характера ее взаимоотношений с субъектами Федерации, а также основные законы последних — конституции субъектов РФ и их уставы.

Данный факт закрепляется в Конституции России, где акцентируется внимание на статусе каждого отдельного вида субъектов Федерации (республик и других субъектов) и где в отдельности указывается на то, что отношения автономных округов, входящих в состав края или области, могут регулироваться федеральным законом и договором между органами государственной власти автономного округа и соответственно органами государственной власти края или области.

Конституционно-правовой статус субъекта РФ может быть изменен не иначе как только по взаимному согласию Федерации и ее субъекта в соответствии с федеральным конституционным законом. То же самое касается и границ между субъектами Российской Федерации, которые могут быть изменены только с их взаимного согласия.

Конституционно-правовой статус субъектов Федерации характеризуется, с одной стороны, общими чертами, присущими всем без исключения субъектам РФ, а с другой стороны, их отдельными специфическими особенностями.

Среди общих черт субъектов РФ следует назвать такие, в частности, как наличие у каждого из них своих высших органов государствен-

ной власти, своего административно-территориального деления, своей собственности, своего законодательства. В соответствии с Конституцией РФ каждая «республика (государство) имеет свою конституцию и законодательство», а каждый край, область, город федерального значения, автономная область и автономный округ «имеет свой устав и законодательство» (ст. 5.2).

При этом действует конституционно установленное правило, согласно которому законы и иные нормативно-правовые акты не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам исключительного ведения Российской Федерации или же по предметам совместного ведения Федерации и ее субъектов. В случае возникновения коллизии между федеральным законом и любым иным актом действует федеральный закон. Однако данное правило не относится к нормативно-правовым актам субъектов Российской Федерации, изданным по вопросам, относящимся к их исключительному ведению.

В соответствии с Конституцией РФ к предметам исключительного ведения субъектов Федерации относится все то, что находится вне пределов исключительного ведения Российской Федерации и совместного ведения Федерации и ее субъектов. В сфере своего исключительного ведения субъекты Российской Федерации обладают всей полнотой государственной власти и «осуществляют собственное правовое регулирование, включая принятие законов и иных нормативных правовых актов» (п. 4 ст. 76). При этом в случае возникновения противоречия между федеративным законом и нормативно-правовым актом субъекта Российской Федерации, изданным по предмету, относящемуся к его исключительному ведению, действует нормативно-правовой акт субъекта Российской Федерации.

К общим чертам субъектов Российской Федерации и их конституционно-правового статуса следует отнести, помимо названных, такие, которые связаны с формированием и осуществлением бюджетов субъектов Федерации; реализацией права законодательной инициативы в федеральном парламенте; участием их в международных и внешнеэкономических связях; наличием у них своей символики в виде герба, флага, а у некоторых субъектов Федерации и своего гимна, и др.

Наряду с общими чертами субъектов Российской Федерации и их конституционно-правового статуса некоторые из них имеют и свои специфические особенности. Это касается в первую очередь республик — субъектов Федерации.

По сравнению с другими субъектами республики выделяются тем, что они: характеризуются как государства, а не как государственные образования; имеют свои конституции, а не уставы, как другие субъекты; могут устанавливать свой государственный язык наряду с государственным языком Российской Федерации — русским языком; имеют право устанавливать кроме федерального также республиканское гражданство.

Существуют и другие особенности республик — субъектов Российской Федерации. Однако в их конституционно-правовом статусе эти особенности занимают гораздо меньше места, чем их общие со всеми другими субъектами Федерации черты.

§ 7. Отличительные особенности конфедерации

Конфедерация представляет собой объединение или союз государств, при котором государства, ее образующие, полностью сохраняют свою самостоятельность, имеют свои собственные высшие и местные органы власти, орган управления и правосудия. Для координации совместных действий государства — члены конфедерации создают объединенные органы. Последние функционируют лишь в строго определенном порядке и преследуют строго определенные цели.

Конфедерация нередко рассматривается как промежуточное звено на пути движения государств к образованию федерации. В настоящее время конфедерацией в формально-юридическом плане считается Швейцария, хотя фактически она является федерацией. Признаки конфедерации имеются в Содружестве Независимых Государств (СНГ). В качестве конфедерации нередко рассматривается и Европейский союз.

В отечественной и зарубежной юридической литературе конфедерация как форма государственного устройства не всегда воспринимается однозначно. Традиционные споры время от времени возникают не только и даже не столько по поводу ее отличительных признаков и черт, сколько по поводу ее формально-юридической природы и характера. Дело в том, что если одними авторами конфедерация воспринимается исключительно как форма государственного устройства, то другими — как международно-правовое объединение, как субъект международного права. Сравнивая конфедерацию с федерацией, еще в начале XX в. Ф. Кистяковский исходил из следующих посылок[1]. *Во-первых*, из того, что конфедерация основана «на международных взаимных обязательствах соединенных государств, вытекающих из договора», а федерация — на «объективном праве, установленном путем всеобщего соглашения, закона или обычаев».

Во-вторых, государства, входящие в состав конфедерации, сохраняют суверенитет, в то время как члены федерации теряют суверенитет и подчиняются суверенной власти «сложного целого, которое они образуют».

В-третьих, федерация есть государство, «юридическое лицо публичного права», тогда как конфедерация является субъектом права «лишь в международной жизни, но не обладает публичными правами власти»[2].

И, *в-четвертых*, за членами конфедерации признается право выхода из союза, тогда как у субъектов федерации такого права нет. Члены федерации, пояснял автор, «не могут актом своей односторонней воли прекратить свою связь с целым. Отделение их рассматривается юридически как акт бунта или мятежа против федеральной власти, и может повлечь за собой для них репрессии, помимо тех, которыми сопровождается война»[3].

Подобного взгляда на конфедерацию как на исключительно международно-правовое объединение придерживались, помимо Ф. Кистяков-

---

[1] *Кистяковский Ф.* Лекции по общему государственному праву. С. 303.

[2] Там же.

[3] Там же.

ского, и некоторые другие авторы. И в этом, несомненно, был и остается свой резон. А именно — наличие у конфедерации как признаков союзного государства, так и черт союза государств. Это необходимо учитывать, и с этим нельзя не считаться.

Ведь не только раньше, но и сейчас конфедерация определяется не иначе как «объединение независимых суверенных государств, образованное на основе договора или пакта для достижения вполне определенных, специфических целей»[1].

Особо при этом подчеркивается «независимость», «суверенность» государств — составных частей, членов конфедерации. Правда, при этом тут же оговаривается, что в условиях федерации ее составные части, субъекты федерации тоже нельзя рассматривать в качестве обычных административно-территориальных единиц. В отношениях между собой и с федеральным центром каждый из них на соответствующей территории и в соответствующей сфере жизнедеятельности также неизменно выступает как суверенное государственное образование[2].

Таким образом, в условиях конфедерации ее субъекты сохраняют за собой полный суверенитет, а точнее, почти полный, имея в виду передачу части своих полномочий в сфере предмета договора новому союзному образованию. В то же время у субъектов федерации сохраняется ограниченный или весьма ограниченный суверенитет.

В этом проявляется сходство и различие федерации и конфедерации. Сходство заключается в принципиальном наличии у них субъектов суверенитета. Различие — в степени, или уровне, наличествующего суверенитета. Первое сближает федерацию как форму государственного устройства с конфедерацией. Второе отделяет их друг от друга, вынуждает рассматривать конфедерацию не как прототип союзного государства, а как некий перманентный союз государств.

Сходство федерации как формы государственного устройства с конфедерацией проявляется и в других отношениях.

Поскольку конфедерация во многих случаях рассматривается как «отражение (выражение) федерализма», отмечается в связи с этим западными экспертами в области государственного устройства, и поскольку конфедерализм отражает общность некоторых принципов федерализма, таких, например, как принцип совмещения воль и автономии, то можно говорить не только и даже не столько о различии федерации и конфедерации, сколько об их общности и сходстве. С той, однако, разницей, что в условиях федерации основной акцент делается на принципе согласования воль, тогда как в условиях конфедерации — на принципе автономии. Последнее вполне объяснимо, поскольку конфедерация всегда предполагает гораздо большую самостоятельность своих составных частей — субъектов, их более широкую автономию, чем федерация[3].

---

[1] *Wheare K.* Federak Government. N.Y., 1963. P. 10.

[2] Ibidem.

[3] The Modern Concept of Confederation. Santorine, 22—25 September. 1994. Council of Europe Publishing, 1995. P. 46.

На общность принципов построения и функционирования федерации и конфедерации как факторов, объединяющих их, указывается также во многих других источниках[1]. В них же нередко в утвердительной, констатирующей форме, а *еще чаще в дискуссионном плане* обращается внимание на то, что в *условиях существования как федерации, так и конфедерации центральная власть может иметь прямую связь с населением.*

Сторонники точки зрения существования прямой связи центральной власти с населением в условиях конфедерации рассматривают ее как фактор, сближающий конфедерацию с федерацией, считают конфедерацию как форму объединения, стоящую ближе к национальной, нежели к международной организации. Противники данной точки зрения считают, что все обстоит как раз наоборот[2].

В качестве объединяющего, а точнее, сближающего конфедерацию с федерацией фактора рядом исследователей рассматривается то обстоятельство, что конфедерация, даже в том случае, когда она представляется как «чисто» международная организация, нередко с течением времени перерастает в федерацию, являющуюся по своей природе «чисто» национальной организацией.

Примерами могут служить конфедерация, существовавшая до перерастания ее в федерацию на территории США (с 1776 до 1789 г.), конфедерация земель Германии (с 1815 по 1867 г.), а также конфедерация, состоявшая из кантонов Швейцарии (с 1815 по 1848 г.). Все эти государственные объединения, первоначально зародившись в форме конфедераций, в силу экономических, политических и иных многочисленных причин постепенно трансформировались в классические федерации.

Имея в виду данное обстоятельство, многие западные исследователи отнюдь не случайно именуют конфедерацию «сверхнациональной» (supranational) организацией, «имеющей федеральный конец», или же рассматривают ее в качестве такого союза или ассоциации, который «не вписывается» в сложившиеся представления ни о национальной, ни о международной организации.

С учетом всего сказанного конфедерацию можно весьма условно, с учетом принципов ее организации и перспектив развития, относить к формам государственного устройства, впрочем, как и к «чисто» классическим международным организациям.

§ 8. Государственный режим как составная часть формы государства

Помимо принадлежности к тому или иному типу, а также наличия определенных форм правления и государственного устройства государства отличаются друг от друга своими *режимами.*

---

[1] *Zejeune Y.* Contemporary Concept of Confederation in Europe — Lessom drawn from. The Experience of the European Union. In: The Modern Concept o Confederation. P. 126—127.

[2] Ibid. P. 128—129.

Под *государственным режимом* понимается совокупность используемых стоящими у власти группами, классами или слоями общества методов и способов осуществления государственной власти.

Как и другие составные части формы государства, *государственный режим имеет непосредственную связь с властью.* Однако в отличие от них он не ассоциируется напрямую ни с порядком формирования высших и местных органов государственной власти или организацией верховной власти в государстве, как это имеет место в случае с формой правления, ни с внутренним строением государства, административно-территориальной и национально-государственной организацией власти, как это проявляется в форме государственного устройства. *Государственный режим выступает как реальное проявление организационно оформленной власти, как процесс ее функционирования.*

В научной литературе существует несколько определений государственного режима и представлений о нем. Одни из них незначительно отличаются друг от друга. Другие вносят весьма существенные коррективы в традиционно сложившееся о нем представление.

Наиболее распространенным представлением о государственном режиме в настоящее время является вышеназванное понимание его как совокупности средств, методов, способов или приемов осуществления государственной власти. Это устоявшийся взгляд на государственный режим.

К нему примыкают другие, аналогичные ему, но в то же время в определенной мере отличающиеся от него представления. Среди них можно выделить, например, определение государственного режима как «конкретного проявления государственной организации, выражающегося в состоянии и характере демократии и политической свободы в обществе». В данном определении режим, понимаемый также как процесс осуществления, «проявления» государственной власти и организации, дополняется еще и ссылкой на то, что это «конкретное проявление» выражается как в «состоянии и характере», иными словами — в уровне развития демократии, так и в состоянии (уровне развития, степени гарантированности) политической свободы в обществе.

Другим близко примыкающим к традиционному определением государственного режима может служить рассмотрение его как системы или совокупности форм, методов, средств и способов властвования, «через которые государственная власть легитимирует свое существование и функционирование»[1].

В данном определении обращают на себя внимание два момента, отличающие его от традиционного определения. Во-первых, то, что режим ассоциируется с процессом не только функционирования государственной власти, но и ее существования. А во-вторых, то, что государственный режим связывается с процессом легитимации государственной власти. При этом под легитимацией (легитимностью) власти понимается

[1] *Карёева С. А.* Политический режим как элемент формы государства (теоретико-правовое исследование). Автореф. дисс. на соискание уч. ст. канд. юрид. наук. Саратов, 1997. С. 17.

«принятие власти со стороны подчиненных ей субъектов и их согласие с тем, что эта власть (являясь в идеале легальной) соответствует общим представлениям граждан о справедливой политической системе»[1]. Иными словами, легитимность власти означает принятие и поддержку ее со стороны граждан и их объединений как соответствующей их представлениям о справедливости.

Наряду с названными определениями государственного режима, укладывающимися в устоявшееся о нем представление, существуют и другие, далеко выходящие за рамки традиционных представлений определения. В качестве одного из примеров такого нетрадиционного понимания государственного режима может служить трактовка его, данная М. Ориу. Он рассматривает государственный режим не как совокупность методов и способов осуществления государственной власти, *а как «государственное» и «негосударственное» состояние общества.*

Отождествляя по существу государственный режим с самим государством, а точнее — с государственным строем, автор исходит из того, что *государственный режим «есть некоторого рода надстройка»*, которая устанавливается по мере развития общества *«над уже существующими политическими институтами».*

Процесс возникновения и развития государственного режима рассматривается автором как вполне естественный, вызванный к жизни происходящим в обществе, особенно на ранних стадиях его развития, процессом «политической централизации»[2].

По мнению автора, те народы, у которых впервые появляется государственный режим, являются «народами, уже осевшими на земле» и обладающими «уже известными политическими институтами с элементами клиентуры и патримониальных отношений». В известный период многие «из этих первоначальных политических институтов концентрируются либо добровольно, либо в результате завоевания, и *над ними устанавливается правительство государства»*[3].

Концентрация «первоначальных институтов и создающийся в качестве известной надстройки государственный режим», с точки зрения М. Ориу, осуществляются в основном в силу того, что «эти явления вызывают рост политического общества и такие изменения, которые выгодны для составляющих это общество индивидов»[4].

По мере дальнейшего развития общества государственный режим, по мнению автора, пытается подчинить себе и «даже совершенно уничтожить» все те первоначальные политические институты, «над которыми он возник в качестве известной надстройки» и на основе которых он развивался. «Именно в этот период,— заключает ученый,— возникает *административный* режим»[5].

---

[1] *Кареева С. А.* Указ. соч. С. 26.

[2] *Ориу М.* Основы публичного права. С. 296, 305.

[3] Там же. С. 297.

[4] Там же.

[5] Там же.

Последний зарождается и развивается в рамках существующего государственного строя. Главным отличительным признаком административного режима является то, что он «доводит до наибольшего развития гражданскую жизнь, побуждая государственную власть заняться ее полицейским регулированием»[1].

Для административного режима характерно также, по концепции Ориу, преобладание сугубо гражданского управления над всеми другими видами управления, включая военное; полное доминирование «административной власти над судебной властью»; проявление всего государственного управления в виде «гражданской полиции»; административно-полицейская регламентация всех «индивидуальных прав и свобод».

Кроме государственного и административного режимов М. Ориу выделяет также *конституционный режим*. Он имеет своей задачей «организовать государство в виде морального лица путем выработки формальных статутов и путем децентрализации суверенитета», с целью достижения и «обеспечения политической свободы»[2].

На конституционный режим, поясняет автор, следует смотреть как на усилие, «которое делает государство в известный момент своей истории с целью придать себе самому статут морального лица, аналогичный статуту, придаваемому обществам и ассоциациям в момент их учреждения».

В условиях конституционного режима происходит определенная децентрализация государственной власти, чрезмерно сконцентрировавшейся в условиях административного режима в руках правительства или одного лица. «Государство — это Я»,— известное в связи с этим выражение короля Франции Людовика XIV. *Процесс разделения властей,* а вместе с ним и «децентрализация суверенитета» происходят строго в рамках действующего законодательства и *«опираются на писаный формальный статут, т. е. на писаную конституцию»*[3].

Конституционный режим, заключает М. Ориу, «появляется не в любой момент истории государства, а всегда находится в некотором соотношении с административной централизацией, которой он противостоит в качестве антагонистической силы»[4]. Он либо утверждается после периода административной централизации в виде реакции против последней (такова, например, история Франции и всех государств континентальной Европы, где конституционный режим утвердился в XIX столетии как реакция против административной централизации XVII и XVIII столетий), либо устанавливается в качестве предупредительной меры, «как только административная централизация начинает приобретать угрожающий характер прежде, чем она осуществилась, и с целью помешать этому осуществлению. Так произошло, например, в истории Англии[5].

---

[1] *Ориу М.* Указ. соч. С. 539—548.

[2] Там же. С. 567.

[3] Там же. С. 567—568.

[4] Там же. С. 573.

[5] Там же.

Как видно из сказанного, понимание государственного режима М. Ориу, обнаруженное им в начале XX в., отличается от современной трактовки данного феномена. То, что автор называет государственным, административным и конституционным режимом, *по существу своему отождествляется с государственным и общественным строем на различных этапах развития человечества.* Однако данный подход, несомненно, имеет полное право на существование, ибо он помогает глубже и разностороннее понять исследуемую материю. Особенно ценен он был на ранних стадиях изучения государства и права. В настоящее же время он имеет скорее историческую, нежели теоретическую и практическую значимость.

По мере развития общества и накопления новых знаний о государстве и праве среди юристов-теоретиков и практиков сложилось совсем иное представление о государственном режиме — его понятии, роли в государственно-правовой жизни и его содержании.

Идентифицируя государственный режим с системой методов и способов осуществления государственной власти, исследователи неизменно рассматривают его как наиболее динамичную составную часть формы государства, чутко реагирующую на все наиболее важные процессы и изменения, происходящие в окружающей экономической и социально-политической среде, в частности, в соотношении социально-классовых сил. Государственный режим, как было отмечено, в значительной мере индивидуализирует форму государства, определяет ее роль в государственно-правовом механизме и ее социально-политическую значимость, а также указывает на ее известную организационную законченность.

Без учета данного обстоятельства, равно как и без учета характера самого государственного режима, весьма трудно было бы понять не только сущность и содержание, но и социально-политическую роль и назначение государства, существующего в той или иной стране. Весьма трудно было бы ответить на вопросы относительно того, почему в некоторых государствах с монархической формой правления (современные Великобритания, Голландия, Швеция и др.) существующий государственный и общественный строй более демократичен, чем это иногда имеет место в отдельных государствах-республиках (Германия 30—40-х годов, Чили 70-х годов — периода властвования Пиночета, и др.)? Ведь если придерживаться формально-юридического определения данных форм правления, то все должно быть как раз наоборот.

Решающую роль в установлении реального характера форм государства, впрочем, как и других составных частей — атрибутов государства, неизменно играет государственный режим.

Государственный режим не возникает спонтанно. Он складывается и развивается *под воздействием ряда объективных и субъективных факторов* — экономических, политических, социальных и иных. А именно: характер экономики (централизованная, плановая, децентрализованная, рыночная и др.); уровень развития общества; уровень его общей, политической и правовой культуры; тип и форма государства; соотношение в обществе социально-классовых сил; исторические, на-

циональные, культурные и иные традиции; типовые и другие особенности стоящей у власти политической элиты. Эти и другие им подобные факторы относятся *к разряду объективных факторов.*

Однако весьма важную роль в становлении и поддержании определенного государственного режима играют и субъективные факторы. Одним из важнейших среди них является тот, который обычно *называют духом и волей нации или народа.*

Категория «духа» и «воли» применительно к нации, народу весьма общая, довольно неопределенная и к тому же весьма деликатная материя. Ибо в любой нации и народе можно найти и сильную, непоколебимую волю (к победе, свободе и т. п.), и безволие; и свободолюбие, и раболепие; и ярко выраженную целеустремленность, и целевую неопределенность; и перемешанный с цинизмом эгоизм, и бескорыстный альтруизм. Однако данной категорией с давних пор достаточно широко и активно оперируют в своих исследованиях и философы, и историки, и социологи, и юристы.

В качестве исходного тезиса при этом неизменно выступает положение о том, что каково общество, нация и народ, каковы их дух и воля, таковым в конечном счете будет и создаваемое ими государство, а вместе с ним и соответствующий государственный режим.

Являясь неотъемлемой составной частью формы государства, *государственный режим никогда не отождествлялся с политическим режимом.* Государственный режим всегда был и остается важнейшей составной частью *политического режима,* охватывающего не только государство, но и все другие элементы политической системы общества. Политический режим как явление и понятие более общее и более емкое, нежели государственный режим, включает в себя не только методы и способы осуществления государственной власти, но и приемы, способы реализации властных прерогатив негосударственных общественно-политических организаций — составных частей политической системы общества.

О характере режима, существующего в той или иной стране, могут свидетельствовать самые разнообразные факторы. Однако наиболее важные из них следующие: способы и порядок формирования органов государственной власти; порядок распределения между различными государственными органами компетенции и характер их взаимоотношений; степень реальной гарантированности прав и свобод граждан; роль права в жизни общества и в решении государственных дел; место и роль в государственном механизме армии, полиции, контрразведки, разведки и других аналогичных им структур; степень реального участия граждан и их объединений в государственной и общественно-политической жизни, в управлении государством; основные способы разрешения возникающих в обществе социальных и политических конфликтов.

Политическая практика полностью подтвердила справедливость тезиса о том, что стоящий у власти слой или класс «во всех странах неизбежно вырабатывает две системы управления, два метода борьбы за свои интересы и отстаивания своего господства, причем эти два метода то сменяют друг друга, то переплетаются вместе в различных сочетани-

ях. Это, во-первых, метод насилия, метод отказа от всяких уступок рабочему движению, метод поддержки всех старых и отживших учреждений, метод непримиримого отрицания реформ. Второй метод — метод «либерализма», шагов в сторону развития политических прав, в сторону реформ, уступок и т. д.»[1].

В зависимости от того, какой из этих методов осуществления государственной власти в той или иной стране выступает на первый план, как они сочетаются и переплетаются друг с другом, а также от некоторых других факторов все когда-либо существовавшие и ныне существующие государственные режимы подразделяются на определенные виды и подвиды.

Юридической науке *известно несколько вариантов классификации государственных режимов.* Иногда классификацию «привязывают», например, к различным типам государства и права и соответственно в каждом типе выделяют «свои» режимы. Так, при рабовладельческом строе вычленяются деспотический, теократически-монархический, аристократический (олигархический) режимы и режим рабовладельческой демократии. При феодальном строе — абсолютистский, феодально-демократический (для дворянства), клерикально-феодальный (в теократических монархиях), милитаристско-полицейский и режим «просвещенного» абсолютизма. При капитализме — буржуазно-демократический (конституционный), бонапартистский, военно-полицейский и фашистский режимы. В условиях социализма апологетически выделялся лишь «последовательно-демократический» государственный режим[2].

Многие исследователи, не «привязывая» государственные режимы к отдельным типам государства и права, дают лишь общую их классификацию. При этом выделяются такие виды и подвиды государственных режимов, как тоталитарный (чрезмерно, извращенно авторитарный, обычный террористический, тиранический), жестко-авторитарный, авторитарно-демократический, демократически-авторитарный, развернуто-демократический и анархо-демократический[3].

При рассмотрении различных вариантов классификации государственных режимов в разное время внимание исследователей особо акцентировалось на таких, как конституционный, государственно-правовой, военный и другие режимы. Последнему уделялось повышенное внимание особенно в Германии во второй половине XIX — начале XX в., когда апологетика войны по своей социальной значимости ставилась чуть ли не в один ряд с немецким, а точнее — прусским патриотизмом.

«Военный интерес,— писал в связи с этим Р. Иеринг,— есть мотив, обогащающий государство идеей, которой мы в нем до сих пор еще не открыли,— идеей преобладания и подчинения». И далее: «Что война может оказать самое целебное влияние на развитие государства и права, это далеко не так парадоксально, как кажется с первого взгляда. Война в надлежащее время может в несколько лет подвинуть это развитие далее, чем столетия мирного существования». Она, продолжал

---

[1] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 20. С. 67.

[2] Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 319.

[3] Критический анализ такой классификации см.: *Кареева С. А.* Указ. соч. С. 18.

автор, подобно грозе очищает воздух, «полагает быстрый конец политическому и нравственному застою, разрушает одним ударом гнилое здание неуклюжего государственного устройства и гнетущих социальных учреждений и дает толчок к целебному политическому и социальному процессу омолаживания». Что «старчески слабому государству», заключал Иеринг, может стоить жизни, «юношески сильному служит к тому, чтобы принудить его к напряжению его сил и возбудить в нем новую, свежую жизнь»[1].

Аналогичные, весьма сомнительные по своей гуманистической природе милитаристские тирады с целью апологетики военного государственного режима звучали в данный и более поздний периоды истории человечества и со стороны других авторов. Они отражали определенный общественный настрой, существовавший в данный период в той или иной стране, и в целом вписывались в предлагавшуюся различными авторами классификацию государственных режимов. Дело в том, что военному, так же, впрочем, как и ряду других режимов, выступающих в «чистом» виде, сами по себе или же в качестве составных частей других, более общих режимов, почти всегда, при любой классификации находилось место.

Решая вопрос о *классификации государственных режимов*, во избежание возможной при этом, в силу сложности и противоречивости самого предмета исследования, путаницы *представляется целесообразным в сугубо учебных, академических целях исходить из подразделения их на два вида — демократический и недемократический, или антидемократический, режимы.*

Каждый из этих видов, в зависимости от того или иного этапа развития общества, сущностных и содержательных характеристик государства и права, исторических, национальных и иных обычаев и традиций, а также множества других обстоятельств подразделяется на самые различные подвиды или разновидности.

Например, в качестве разновидностей антидемократических режимов выступают теократические и деспотические режимы Древнего Востока, полицейские режимы феодального государства, тоталитарные и авторитарные режимы современности (фашистские, военно-диктаторские и пр.)[2].

Характерными признаками *демократического режима* являются следующие: конституционное провозглашение и осуществление социально-экономических и политических прав граждан и их организаций, существование ряда политических (в том числе оппозиционных) партий, выборность и сменяемость центральных и местных органов государственной власти, официальное признание принципа законности и конституционности, принципа разделения властей, существование институтов представительной и непосредственной демократии, наличие демократического законодательства и др.

Недемократический режим характеризуется ликвидацией или значительным ограничением прав и свобод граждан, запрещением оппозицион-

---

[1] *Иеринг Р.* Указ. соч. С. 211, 212.

[2] Подробнее об этом см.: *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права. Курс лекций. Екатеринбург, 1996. С. 37.

ных партий и других организаций, ограничением роли выборных государственных органов и усилением роли исполнительных органов, сосредоточением огромных властных полномочий в руках главы государства или правительства, сведением роли парламента и других органов государственной власти до положения сугубо формальных институтов.

Логически завершенной и наиболее опасной формой недемократического режима является *фашизм*. Фашистский режим как крайняя форма авторитарного режима полностью ликвидировал в 30—40-е годы в ряде западных стран буржуазно-демократические права и свободы, уничтожил все или почти все оппозиционные организации и учреждения, выдвинул на первый план и широко использовал террористические методы правления. Широкая социальная база фашизма создается в основном за счет мелкой, жаждущей власти и богатства буржуазии, отчасти средней буржуазии и обманутых слоев рабочего класса, крестьянства.

Фашистские режимы — показатель резкого обострения социально-классовых противоречий внутри общества, кризиса политической власти господствующего класса, свидетельство того, что правящая элита не в состоянии больше обеспечить свое господство, опираясь лишь на либеральные, демократические методы. Она вынуждена под страхом утраты государственной власти прибегать к широкому использованию террористических методов. Ярким примером тому могут служить фашистские режимы, существовавшие в довоенный период в Германии и Италии.

Для них было характерно сочетание репрессивных методов правления с широкой социальной и политической демагогией по поводу защиты прав неимущих слоев; официально насаждаемые через средства массовой информации антисемитизм и гонения инакомыслящих; прикрытие антинародной политики лозунгами заботы о благе народа; постоянно проводимая на государственном уровне «охота на ведьм» и на «всех иных» не согласных с политикой фашистских лидеров; повседневная опора правящих кругов на армию, полицию и другие репрессивные органы; непререкаемая власть вождя — фюрера, дуче, ставших «богами» фашистской Германии и Италии; абсолютное доминирование исполнительной власти над законодательной; диктатура исполнительной власти повсеместно под предлогом проведения «кардинальных реформ», борьбы за «единство нации», за установление демократии, торжество законности и справедливости; паралич и политическая нейтрализация деятельности парламентских структур, замена представительной власти народа властью политиканствующей клики; лишение парламента традиционной компетенции — творить закон.

Согласно, например, Закону о ликвидации бедственного положения народа и государства, принятому 24 марта 1933 г. в Германии, вся законодательная деятельность была фактически закреплена за правительством. Оно наделялось полномочиями принимать любые законы без какой-либо санкции парламента (Рейхстага). При этом допускалось, что такие законы могли не соответствовать Конституции. Международные договоры не нуждались более в ратификации парламента. Канцлер наделялся исключительными прерогативами на разработку и внесение на рассмотрение правительства проектов законов. Последние вступали в силу на следующий день после их утверждения.

Глава X

ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВА

§ 1. Функции государства: понятие и основные признаки

Вопрос о функциях государства имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Он позволяет не только взглянуть на государство со стороны его формы, внутреннего строения и содержания, но и рассмотреть его под углом зрения его разносторонней деятельности, функционирования. С помощью функций представляется возможным с достаточно высокой точностью определить характер деятельности государства, правильность выбора им на том или ином этапе его развития приоритетов, наконец, уровень его организованности и эффективности[1].

Термин «функция» имеет в отечественной и зарубежной научной литературе далеко не одинаковое значение. В философском и общесоциологическом плане он рассматривается как «внешнее проявление свойств какого-либо объекта в данной системе отношений»; как совокупность обычных или же специфических действий отдельных лиц или органов, обусловленных их природой или необходимостью выживания; наконец, как наличие у отдельного лица или группы лиц специфических обязанностей, выполнение которых им предписывается в процессе выполнения ими служебной деятельности (функция врача, полисмена и т. п.)[2]. В данном случае функция воспринимается как служебная, профессиональная или любая иная потребность или обязанность действовать в соответствии с существующими правовыми и моральными установками и «в соответствующей манере».

Применительно к государству термин, а вместе с ним и понятие «функция» приобретают несколько иной смысл. Функции государства традиционно определяют как основные направления деятельности государства, обусловленные его сущностью и содержанием, а также стоящими перед ним на том или ином этапе его развития целями, задачами и его социальным назначением.

В отечественных и зарубежных академических источниках существуют различные варианты трактовки функций государства.

Например, еще в 60-е годы в рамках отечественной юридической науки получило довольно широкое распространение представление о функциях государства как о предметно-политической характеристике содержания его деятельности[3].

---

[1] Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. Т 1. 2-е изд. / Отв. ред. М. Н. Марченко М., 2001. С. 336—353.

[2] Wobster's New universal Unabriged Dictionary. N.Y., 1993. P. 741.

[3] *Денисов А. И.* Сущность и формы государства. М., 1960. С. 9—10; *Каск Л. И.* Функции и структура государства. Л., 1969. С. 8—11.

Не всеми авторами такое представление о функциях тогда разделялось, но тем не менее в модернизированном виде оно в значительной мере сохранилось и по сей день. В подтверждение сказанного можно сослаться на определение понятия «функция государства», в соответствии с которым им охватываются предмет и содержание деятельности государства, а также способы и средства ее обеспечения[1].

Еще раньше названного варианта трактовки функций государства в западной, а отчасти и в отечественной юридической литературе широко допускалось их отождествление как основных направлений деятельности государства с самой его деятельностью. Наиболее ярко это прослеживалось, например, в работах Г. Кельзена при рассмотрении деятельности государства как «чисто юридического феномена», сугубо юридического лица и как своеобразной корпорации. Не вдаваясь в проблемы разграничения функций как основных направлений деятельности и различных аспектов самой деятельности, автор сосредоточил свое внимание лишь на попытках проведения различий между государством-корпорацией и другими сопредельными с ними корпорациями.

Государство, пишет в связи с этим Г. Кельзен в своей широко известной работе «Общая теория права и государства», если рассматривать его как «чисто правовой феномен, как юридическое лицо», есть не что иное, как корпорация. Его черты и особенности в полной мере охватываются общим понятием корпорации. «Вопрос, однако, заключается в том, как государство-корпорация отличается от других корпораций?»[2]

Отвечая на него, автор приходит к выводу о том, что основное различие между ним и другими корпорациями заключается в нормативном порядке, который *устанавливается* самой государственной корпорацией. С юридической точки зрения «проблема государства-корпорации по своему существу есть проблема национального правового порядка».

Помимо названных вариантов понимания и трактовки функций государства по этому вопросу существуют и иные расхождения. В частности, понятие функций иногда ограничивается представлением об основных направлениях деятельности государства лишь «по управлению обществом» или, наоборот, расширяется за счет включения в их содержание «механизма государственного воздействия на развитие общественных процессов»[3]. При таком подходе в первом случае невольно упускается из поля зрения возможность воздействия государства на общественные отношения не только по поводу управления обществом, но и в связи с управлением и регулированием экономики, его воздействием на международные экономические, политические и иные отношения.

Во втором случае, как справедливо подмечалось в учебной и научной литературе, предпринимается ничем не оправданная попытка смешения функций государства в целом с функциями его механизма, нередко понимаемого как система госорганов, как аппарат государства.

---

[1] Теория государства и права. Вып. 2. М., 1994. С. 40.

[2] *Kelsen H.* General Theory of Law and State. N.Y., 1961. P. 181.

[3] *Морозов Л. А.* Функции Российского государства на современном этапе // Государство и право. 1993. № 6. С. 98—108.

Наличие различных подходов к рассмотрению и определению функций государства является вполне естественным и понятным, имея в виду сложность и многогранность рассматриваемой материи. В теоретическом и практическом плане, однако, было бы более оправданным и конструктивным в дальнейшем сосредоточиться не на анализе различных представлений и воззрений, а на выделении и рассмотрении общих черт и особенностей самих функций государства. Что выделяет функции государства как явление среди других государственных и негосударственных явлений? Чем они различаются и характеризуются?

Отвечая на эти и подобные вопросы, необходимо обратить внимание на следующие их *общие черты.*

Функции государства имеют комплексный, синтезирующий характер. Как основные направления деятельности государства они никогда не отождествляются и не могут отождествляться с самой деятельностью или отдельными аспектами деятельности государства. Содержание каждой функции складывается из множества однородных и однопорядковых аспектов деятельности государства.

По своему характеру, содержанию и назначению *функции государства никогда не бывают социально выхолощенными, нейтральными.* Они всегда выражают и отражают социально-классовую сущность и содержание конкретного государства. В них неизменно проявляется та реальная, социально обусловленная и ориентированная роль, которую выполняет государство в процессе решения задач развития экономики, общества и самого государства.

Речь при этом идет не только о государствах различных типов, государствах, существующих в условиях различных общественно-экономических формаций, но и об однотипных государствах, но отличающихся друг от друга различной экономической и социально-политической ролью, различной степенью вмешательства в решение вопросов экономики и общества.

В качестве примера можно сослаться на далеко не одинаковую роль буржуазного государства по отношению к экономике и обществу на ранних и на более поздних, включая современный, этапах развития капитализма. Эта роль, вопреки иногда высказываемому мнению, по мере становления и совершенствования в странах Запада рыночных отношений не только не ослабевала, а, наоборот, непрерывно возрастала.

Это, в частности, нашло свое отражение на ранних этапах развития капитализма в теории «государства ночного сторожа», отражавшей идеи полного или, по крайней мере, минимального вмешательства государства в дела экономики и общества, а на более поздних этапах — в теории «государства всеобщего благоденствия», символизировавшей активную, многократно возросшую роль государства в решении вопросов экономики и общества.

Применительно к современному Российскому государству, существующему и функционирующему в переходный период, можно с полной уверенностью сказать, что, следуя общей тенденции расширения роли государства в отношении экономики и общества, его деятельность и функциональная активность по мере развития рыночных отношений

будет не сужаться, а, наоборот, еще больше возрастать. Кардинальному изменению будут подвергаться лишь сферы «приложения» деятельности государства, формы и методы его воздействия на окружающую экономическую и социально-политическую среду.

В функциях государства прослеживается *прямая связь не только с социально-классовой сущностью и содержанием государства, но и с его непосредственными,* стоящими перед ним на том или ином этапе его развития основными *целями и задачами.* Характер функций также определяется не только типом государства, его социально-классовой природой, сущностью и назначением, но и особенностями стоящих перед ним целей и задач. Приоритетность и масштаб реализации первых в значительной мере обусловливается важностью и масштабностью последних, функции как средства достижения целей и решения основных государственных задач во многом зависят и определяются характером этих самых целей и задач.

Так, в условиях войны или надвигающегося военного кризиса, когда перед государством и обществом стоят задачи защиты страны от нападения извне, на первый план выступает функция обороны. Ее приоритетность в этот период не подлежит сомнению. В период же экономического спада, а тем более экономического кризиса, когда решаются задачи стабилизации экономики и ее подъема, на первом плане в силу самих объективных обстоятельств оказываются экономические функции.

Последнее особенно отчетливо проявляется в России в современный период. От успешности решения экономических задач и осуществления экономических функций целиком и полностью зависят достижение объективно стоящих перед обществом и государством целей, осуществление всех других государственных функций.

Функции государства не следует отождествлять с функциями его отдельных органов или же государственных организаций. Функции последних, хотя и имеют в большинстве своем немалую значимость для жизни общества и государства, обладают, по сравнению с функциями всего государства, относительно узким, локальным характером.

Если функции государства охватывают собой всю его деятельность в целом, активность всего государственного аппарата или механизма, то функции отдельных органов распространяются лишь на часть его.

§2. Виды функций государства

Наиболее распространенным является разделение функций государства на внутренние и внешние — в зависимости от *целей,* а также в зависимости от важности и социальной значимости тех или иных направлений.

Внутренние функции государства представляют собой основные направления разнообразной внутренней деятельности государства, обусловленные необходимостью решения стоящих пред ним внутренних задач, сколь многочисленных, столь и разнообразных. Они затрагивают практически все сферы жизни общества и самого государства: экономи-

ческую, социальную, политическую, духовную, финансовую и др. Кроме этого, государство зачастую решает задачи, далеко выходящие за пределы одной отдельно взятой сферы.

В силу этого при определении перечня внутренних функций государства в научной и учебной юридической литературе их нередко не только напрямую связывают с различными сферами жизни общества, но и полностью отождествляют с ними. Таковой была, например, позиция ряда авторов, классифицировавших функции государства еще в 70-е годы на функции политической охраны строя (политическая функция), а также на экономическую, социальную и идеологическую функции.

Правда, при этом оговаривалась возможность и более дробной, полностью не совпадающей с различными сферами жизни общества классификации функций государства, а также проводилась мысль о том, что не следует подразделять по сути единые функции государства на внутренние и внешние.

В настоящее время при рассмотрении функций государства также иногда допускается их отождествление со сферами жизни общества. Но оно имеет, как правило, не полный, а частичный характер. Дело заключается в том, что при классификации внутренних функций и выделении их из общей системы основных направлений деятельности государства наряду с такими функциями, как экономическая, социальная, политическая и другие, полностью совпадающими со сферами жизни общества, рассматриваются и такие, которые не совпадают с ними.

Среди них называются, например, установление и охрана правопорядка в обществе; охрана прав собственности, прав и свобод граждан; функция оказания социальных услуг; функция обеспечения народовластия; культурно-воспитательная; природоохранительная (экологическая); функция финансового контроля. Перечень данных и иных им подобных направлений деятельности государства в большей степени соответствует сложившемуся в научной литературе представлению о его внутренних функциях, нежели отождествляющие функции государства с основными сферами жизни общества.

Внешние функции государства представляют собой основные направления деятельности государства, непосредственно связанные с решением стоящих перед ним на международной арене целей.

Последние никогда не были и практически не могут быть одинаковыми для всех государственных образований и государств. Они зависят от характера существующего в стране политического режима и типов государств, от этапов развития одного и того же государства, от складывающейся в мире международной обстановки, характера взаимоотношений сосуществующих друг с другом государств, а вместе с тем от социально-классовой сущности и содержания государства, его социально-классовой предопределенности и направленности, а также в значительной мере — от его идеологической обусловленности. Нет и не может быть у государства таких целей и задач, а вместе с ними и соответствующих функций, которые не были бы обусловлены его сущностью, содержанием, идеологическими воззрениями правящих кругов, его социально-классовым назначением.

Идеологические и политические установки особенно ярко прослеживались в целях, задачах и внешних функциях Советского государства. Среди них выделялись, например, такие функции, как взаимопомощь и тесное сотрудничество с государствами мировой системы социализма; борьба за мир и мирное сосуществование со странами капитализма; поддержка национально-освободительных движений и сотрудничество с развивающимися странами и др. Политические и идеологические постулаты, составляющие основу данных функций, не только содержались в официальных партийных документах, но и закреплялись законодательно.

Так, в Конституции СССР 1977 г. констатировалось, что Советское государство «неуклонно» проводит политику мира, выступает за «упрочение безопасности народов и широкое международное сотрудничество» (п. 1 ст. 28). На основе данных постулатов провозглашались принципы внешней политики государства и формировались его соответствующие функции. Среди принципов, оказавших решающее воздействие на процесс формирования и реализации внешних функций государства, конституционно закреплялись и провозглашались следующие: принцип суверенного равенства государств, взаимного отказа от применения силы или угрозы силой; нерушимости границ; территориальной целостности государств; мирное урегулирование споров; невмешательство во внутренние дела; уважение прав человека и основных свобод; равноправие и право народов распоряжаться своей судьбой; сотрудничество между государствами; добросовестное выполнение обязательств, вытекающих из общепризнанных принципов и норм международного права и др. (ст. 29).

В современной России по мере перехода ее к рыночным отношениям и становления новой политической идеологии происходит эволюция во взглядах и на внешние функции государства. В чем это проявляется?

Во-первых, с разрушением «мировой системы социализма», естественно, отпадает необходимость и в развитии взглядов на функции (впрочем, как и самих функций), касающиеся взаимоотношений России с составлявшими эту систему «социалистическими» странами. Теперь они именуются иначе. Функции «братской» помощи постепенно заменяются функциями «равноправного» партнерства.

Во-вторых, изменилась политическая и идеологическая ориентация России по отношению к бывшим колониям западных и других «цивилизованных» государств, а также по отношению к национально-освободительному движению. В связи с этим исчезла и функция поддержки этого движения.

В-третьих, начиная с середины 80-х годов и вплоть до последнего времени резко изменилось отношение правящих кругов России к западным странам. Многолетнюю политику идеологического противостояния сменило соглашательство по ряду принципиальных вопросов, движение в фарватере прозападных интересов, унизительное самобичевание и политическое заискивание. Из одной крайности политика и идеология России, а вместе с ней и других бывших соцстран перешли в другую крайность.

В настоящее время, особенно под влиянием результатов выборов 17 декабря 1995 г., которые, как известно, были не в пользу правящих

кругов, а также под влиянием других происходящих внутри страны процессов, внешнеполитическая линия России постепенно выравнивается. Вместе с ней видоизменяется и содержание внешних функций современной России.

Основное кредо внешнеполитической и иной деятельности Российского государства, а следовательно, и его функции должны состоять в непременном приоритете российских национальных интересов и ценностей, в уважении интересов и ценностей других стран, в установлении и поддержании со всеми без исключения странами отношений равноправного партнерства и сотрудничества.

На основе данных принципов и положений могут устанавливаться и осуществляться такие внешние функции государства, как функция интеграции России в мировую экономику; функция обороны; поддержания мирового порядка; функция внешнеэкономического сотрудничества и широкого привлечения иностранных инвестиций; функция совместного разрешения с другими государствами глобальных энергетических, экологических, демографических и иных проблем современности.

Данные и иные внешние функции Российского государства становятся в настоящее время общепризнанными и общепринятыми в научной литературе. Важно, чтобы в реальной действительности они осуществлялись на взаимовыгодной для всех государств — субъектов международно-правовых отношений основе.

Наряду с вышеназванными критериями классификации функций государства и, в частности, с их делением на внутренние и внешние широко распространенной является их классификация по важности в общественной жизни — на *основные и неосновные функции*.

Следует отметить, что данная классификация насколько традиционна, настолько же и спорна. Еще в 60-е годы в отечественной литературе дискутировался вопрос о том, что такое основные и неосновные функции государства и чем они отличаются друг от друга? Одновременно некоторыми авторами по вполне понятным и естественным причинам проводилась мысль, нужно ли вообще подразделять функции государства на основные и неосновные.

По мере развития отечественной и зарубежной юридической науки последний вопрос был решен положительно. Исследователи, занимающиеся проблемами государственно-правовой теории и практики, пришли к выводу, что классификация функций государства на основные и неосновные не только желательна, но и объективно необходима. Такой вывод обусловлен тем, что в реальной действительности функции государства как основные направления его деятельности далеко не равнозначны.

Таковыми они остаются как в обычной, повседневной жизнедеятельности государства, так и в нестандартных, чрезвычайных условиях. Вполне очевидно, например, то, что в условиях ведения войны на первый план в системе функций государства выступает, наряду с экономическими и некоторыми другими функциями, функция обороны, в условиях экологических и иных катастроф и потрясений — экологическая и другие соответствующие функции. Классификация функций по степени их социальной значимости и важности на основные и неосновные объ-

ективно необходима для их дифференцированного, а следовательно, и для их более глубокого и разностороннего познания. Такая классификация функций государства способствует развитию и совершенствованию не только теории их изучения, но и практики их применения.

Отвечая на вопрос о том, что́ собой представляют основные и неосновные функции государства и чем они отличаются друг от друга, необходимо исходить не только из приоритетности функций в тот или иной период, когда государство вынуждено прилагать значительные усилия для решения неожиданно возникших перед ним проблем, но и из его функционирования в обычных, повседневных условиях.

В научной литературе предпринималось немало попыток определения основных и неосновных функций государства, выявления их отличительных особенностей и черт. Однако большинство из них не выдержало испытания временем и не подтвердилось государственно-правовой практикой.

Относительно устоявшимися представлениями об основных и неосновных функциях можно рассматривать определения, согласно которым под основными функциями государства понимаются «наиболее важные направления его деятельности, охватывающие собой ряд отдельных однородных направлений государственной работы», а под неосновными функциями государства подразумеваются «относительно более узкие направления его деятельности, входящие в состав основных функций как элемент их внутренней структуры». Основные функции выступают как группы однородных направлений деятельности государства — неосновных функций, в которых выражаются его социально-классовая сущность, содержание, стоящие перед ним цели и задачи, а также предназначение государства.

Данное представление об основных и неосновных функциях государства, сформированное еще в 70-е годы теоретиком государства и права Н. В. Черноголовкиным[1], сохраняет свою общетеоретическую значимость и поныне.

Разумеется, существуют и иные точки зрения о данных явлениях. Выражаются различные мнения как по общим, касающимся понятия и содержания всех основных и неосновных функций государства, вопросам, так и по частным, касающимся лишь отдельных его функций, вопросам.

Высказывается, например, мнение о том, что «*главной функцией государства* (выделено мною.— *М. М.*) не может быть признана хозяйственно-организаторская деятельность, ибо это приводит к неизбежному огосударствлению общественной жизни», а в качестве таковой «в цивилизованном обществе может и должна стать охрана интересов человека, защита его прав...». Наряду с главной функцией называются также функции «второго порядка». Среди них: учет и координация интересов различных групп населения, защита меньшинств; вмешательст-

[1] *Черноголовкин Н. В.* Теория функций социалистического государства. М., 1970. С. 134—135.

во в экономику с целью социальной защиты человека; охрана окружающей среды; поддержание общественного порядка[1].

В приведенной выше точке зрения есть бесспорные положения, касающиеся, в частности, того, что в современных условиях экономического развития России, в условиях существования наряду с государственной других форм собственности хозяйственно-организаторская деятельность государства не может считаться главной его функцией. Это очевидно. Государство не может заниматься организацией хозяйства, которое в результате приватизации перешло от него к различным негосударственным юридическим и физическим лицам.

Но столь же очевидным является и то, что государство не может отодвигать на периферию экономическую деятельность. Любое государство, независимо от его типа и формы, на любом этапе своего развития всегда ставило и ставит экономические, финансовые и иные тесно связанные с ними проблемы на первый план, уделяет им первостепенное внимание.

Печальный опыт СССР и Российского государства наглядно продемонстрировал всему миру, что происходит с государством и обществом, если экономические функции государства под влиянием тезиса о нерегулируемости рыночной экономики или в силу других столь же «научных» постулатов выносятся из числа главных функций государства в реестр второстепенных направлений его деятельности, в разряд функций «второго порядка». Государство при этом подрывает свою собственную экономическую основу; расшатывает фундамент, на котором строится само его здание и во многом покоится благополучие всего общества; постепенно теряет свои позиции в мире, а вместе с тем — свою мобильность и эффективность.

У современного государства, осуществляющего свою многогранную деятельность в весьма сложном и противоречивом мире, требующем его особого внимания сразу не к одной, а к нескольким сферам жизни общества, нет и не может быть только одной основной (главной) функции.

Положение не меняется даже в том случае, когда в качестве таковой «в цивилизованном обществе» объявляется «охрана интересов человека, его прав». Дело заключается, во-первых, в том, что охрана интересов человека, его прав — это скорее не функция, а основная цель, задача, причем не только «цивилизованного», но и любого уважающего себя и своих граждан государства и общества. Во-вторых, если все же считать охрану интересов человека, его прав функцией, то при этом нельзя не видеть, что ее осуществление в решающей степени зависит от всех других без исключения государственных функций. А это уже само по себе ставит под вопрос статус главенства, приоритетности рассматриваемой функции перед всеми другими.

Известно, что в 30—40-е годы в официальной и неофициальной академической литературе, опубликованной в нашей стране, вопрос о том, существует ли одна главная функция государства или несколько,

---

[1] *Лившиц З. З.* Государство и право в современном обществе // Теория права: новые идеи. М., 1991. Вып. 1. С. 13.

уже обсуждался. Он был окончательно «решен» в Отчетном докладе XVIII съезду партии, сделанном И. Сталиным 10 марта 1939 г.

Применительно к рабовладельческому, феодальному и капиталистическому государству определялась только одна главная (внутренняя) функция и одна неглавная (внешняя) функция. Суть первой заключалась в том, чтобы держать в узде эксплуатируемое большинство. Назначение второй сводилось к тому, чтобы расширить «территорию своего господствующего класса за счет территорий других государств или защищать территорию своего государства от нападений со стороны других государств».

Что же касается социалистического государства, а точнее — государства диктатуры пролетариата, то оно наделялось двумя *основными* функциями: внутренней, сводившейся к «подавлению свергнутых классов внутри страны», и внешней, заключавшейся в обороне страны от нападения извне. В отношении внутренней функции делалось пояснение о том, что подавлением сопротивления занималось не только государство диктатуры пролетариата, но и все прежние государства «с той, однако, принципиальной разницей, что наше государство подавляло эксплуататорское меньшинство во имя интересов трудящегося большинства, тогда как предыдущие государства подавляли эксплуатируемое большинство во имя интересов эксплуататорского меньшинства»[1].

Данная точка зрения, сводившаяся к наличию у эксплуататорского государства одной главной и одной неглавной функции, а у пролетарского государства — двух главных функций, просуществовала до конца 50 — начала 60-х годов. Затем, по мере разработки теории функций государства в отечественной и зарубежной литературе, от нее постепенно отказались.

В настоящее время нет необходимости возвращаться к уже пройденному пути и пытаться вычленять из всего многообразия функций одну или даже две главные государственные функции. Их число и сам статус не остаются неизменными. Он развивается в зависимости не только от смены типов и приоритетов различных государств, но и от стадии или этапов развития одного и того же государства.

§ 3. Формы и методы осуществления функций государства

Функции государства отличаются формами и методами их осуществления. *Под формами осуществления функций понимается их внешнее выражение, основные контуры и параметры их проявления.* Вопрос о формах, как издавна подмечалось в литературе, является прежде всего вопросом о специфике видов государственной деятельности[2].

Согласно сложившемуся и довольно широко распространенному в отечественной литературе представлению о формах реализации функций они подразделяются на правовые и неправовые.

---

[1] *Сталин И.* Вопросы ленинизма. М., 1947. С. 604—605.

[2] *Черноголовкин Н. В.* Указ. соч. С. 186.

Под правовыми формами осуществления функций государства понимается «однородная по своим внешним признакам (характеру и юридическим последствиям) деятельность государственных органов, связанная с изданием юридических актов»[1].

В правовых формах отражаются неразрывная взаимосвязь и взаимозависимость государства и права, подчеркивается необходимость государства действовать при реализации своих функций строго в рамках закона. В правовых формах — в самом факте их существования и уровне развития отражается степень стремления государства к использованию или, наоборот, к неиспользованию правовых средств в своей повседневной деятельности. В них проявляется также уровень приемлемости или, наоборот, неприемлемости стоящих у власти социальных слоев и групп в силу различных причин, создаваемой с помощью права в стране социально-экономической и политической определенности, а следовательно, и приверженности к осуществлению своих властных полномочий только в рамках законности и конституционности.

В научной и учебной юридической литературе обычно выделяют три правовые формы реализации функций государства — правотворческую, правоисполнительную и правоохранительную. Однако в последние годы, в связи с повсеместным развитием рыночных отношений, с распространением их не только на западные, но и на бывшие социалистические страны, некоторыми авторами стала выделяться и четвертая — договорная форма осуществления государственных функций.

Правотворческая форма реализации функций государства выражается в подготовке и издании его соответствующими органами нормативно-правовых актов, имеющих своей целью законодательное обеспечение основных направлений его деятельности. Законодательное обеспечение в данном случае означает принятие целого *комплекса нормативно-правовых актов*, который обслуживал бы каждое из основных направлений государственной деятельности. А именно — регулировал и тем самым закреплял сложившиеся в пределах того или иного направления деятельности государства общественные отношения, упорядочивал их, создавал бы благоприятные условия для возникновения и развития новых, прогрессивных общественных отношений.

Разумеется, что создание такого комплекса нормативно-правовых актов невозможно лишь на одном каком-либо уровне государственной деятельности (например, только в центре или «на местах») или же с помощью только каких-либо одних (например, законодательных) государственных органов. Здесь требуются нормотворческая активность государственных органов всех уровней и создание благодаря этому такой целенаправленной системы нормативно-правовых актов, которая включала бы в себя не только законы, но и принимаемые на их основе подзаконные акты.

Например, для реализации такой функции современного Российского государства, как функция внешнеэкономического сотрудничества

[1] Теория государства и права: Курс лекций / Отв. ред. Н. И. Матузов, А. В. Малько. М., 1997. С. 76.

и широкого привлечения иностранных инвестиций, требуется принятие целого ряда нормативно-правовых актов на уровне законов Российской Федерации и отдельных субъектов Федерации, постановлений Правительства России, решений глав администраций краев, областей и других государственных образований — субъектов Российской Федерации.

Необходимость в создании такого рода комплексов нормативно-правовых актов обусловливается самим предметом их регулятивного воздействия. А именно — природой и характером общественных отношений, регулируемых при помощи содержащихся в данных актах правовых норм, их сложностью, противоречивостью и разным их уровнем.

Так, для успешной реализации рассматриваемой функции требуется в законодательном порядке разрешение круга вопросов, касающихся принципов и условий внешнеэкономического сотрудничества и иностранного инвестирования, проблем таможенного контроля и налогового обложения, гарантий иностранных инвестиций, связанных с экономическим и политическим риском, изменением законодательства, ведущего к ущемлению интересов инвесторов, и т. д.

Правоисполнительная деятельность как форма реализации функций государства заключается в принятии соответствующими государственными органами мер по проведению содержащихся в различных нормативно-правовых актах требований или велений в жизнь. Необходимость данной формы обусловливается тем, что от нее в решающей мере зависит не только степень реализации правовых требований или велений, но вместе с тем и уровень осуществления самих функций государства.

От того, насколько полно и эффективно выполняются правовые требования или веления, настолько же успешно или, наоборот, безуспешно осуществляются и государственные функции.

Правоисполнительной деятельностью, направленной на осуществление функций государства, занимаются различные государственные органы и организации. Однако основная нагрузка при этом ложится на органы управления. Согласно конституциям и текущему законодательству различных стран именно им предписываются осуществление всей исполнительно-распорядительной деятельности, повседневное управление государственной экономикой, военным строительством (оборонной), системой социального обеспечения, образования, медицинского обслуживания. Именно им вменяются в обязанность выполнение контрольных функций за повседневной деятельностью государственных предприятий и учреждений, определение основных направлений их развития и функционирования.

Правоохранительная деятельность как форма реализации функций государства заключается в принятии соответствующими государственными органами мер по соблюдению законности и охране правопорядка в процессе осуществления основных направлений деятельности государства.

Разумеется, что основная тяжесть при выполнении всей этой работы ложится на систему правоохранительных органов, суды, прокуратуру. Действуя в пределах своей компетенции и используя установленные за-

коном методы деятельности, каждый из этих органов вносит свою лепту в создание оптимальных условий для реализации функций государства.

Правоохранительная форма реализации функций имеет не менее важное значение для нормальной жизнедеятельности общества и государства, чем правотворческая и правоисполнительная формы осуществления государственных функций. Ее значимость вместе с другими формами особенно резко возрастает в переходный период, в период трансформации государства и права из одного типа в другой, из одного их качественного состояния в другое.

Именно в этот период разрушаются многие традиционные для данного общества и государства связи, подрываются их прежние экономические, социальные и политические основы. Нередко, как это имело место в России и ряде других бывших социалистических государств, подменяются устоявшиеся в течение длительного времени социальные ценности, значительно ослабляются среди широких слоев населения моральные устои.

Все это неизбежно ведет к созданию самых благоприятных условий для нарушения существующего правопорядка, законности и конституционности, ослабления гарантий прав и свобод граждан, к усилению среди значительной части населения иллюзии вседозволенности.

Для полного предотвращения или хотя бы частичного снижения негативных последствий переходного периода особо важное значение имеет целенаправленная, динамичная деятельность не только правоохранительных, но вместе с тем законодательных и исполнительно-распорядительных органов государства.

Договорная форма реализации функций государства представляет собой деятельность государственных и негосударственных органов и организаций на договорной основе. По мере становления и развития рыночных отношений в той или иной стране договорная форма играет все более активную и значительную роль. Она органически сочетается с другими формами реализации функций государства, дополняет их и вместе с ними создает необходимые условия для более эффективной деятельности государства.

Договорная форма распространяется не только на экономическую сферу реализации функций государства, как это иногда утверждается в литературе, но и на другие сферы жизни общества. На договорных началах нередко строятся отношения, возникающие в сфере образования, медицинского обслуживания, оказания юридических и иных услуг и др.

Использование договорной формы дает возможность широкого привлечения к государственной деятельности не только многочисленных государственных органов и организаций, но и частных, коммерческих фирм и общественных организаций. Достигается это прежде всего благодаря тому, что договорная форма отношений предполагает в своей основе не принудительность, а добровольность. Договорные отношения возникают на основе управомочивающих (дозволяющих или разрешающих те или иные действия), а не обязывающих (императивных, предписывающих совершение тех или иных действий) или запрещающих совершение определенных действий норм. Договорные отношения всегда

базируются на принципе свободы заключения, изменения и прекращения договора.

Согласно, например, гражданскому законодательству России все граждане и юридические лица имеют полное право заключать или, наоборот, воздержаться от заключения договоров. «Принуждение к заключению договора не допускается»,— говорится в связи с этим в ст. 42 Гражданского кодекса РФ. Исключение составляют лишь случаи, особо предусмотренные в законодательстве.

Кроме того, сторонам предоставляется полная возможность заключения договоров, как предусмотренных, так и не предусмотренных законами или иными правовыми актами. Стороны могут также заключать смешанные договоры (содержащие элементы различных договоров) и по своему усмотрению определить, равно как и во всех других случаях, условия их заключения и их содержание.

Непременным требованием при этом неизменно остается то, что договор должен строго соответствовать «обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения» (ст. 422 ГК РФ).

Говоря о *правовых формах реализации функций государства,* их *не следует смешивать,* как это иногда допускается в научных исследованиях, с одной стороны, *с самими функциями,* а с другой — *с конкретными видами государственной деятельности или с «отдельными областями управления».* Неправомерное, как представляется, смешение такого рода периодически прослеживалось в юридической литературе как в дореволюционный период, так и в настоящее время.

Так, еще в работах Ф. Кистяковского в начале XX в. утверждалось, что *«формы осуществления государственной власти» есть не что иное, как функции государства.* При этом автор исходил из того, что «каждая функция государственной власти, взятая как отвлеченное понятие, отдельно от других функций (например, законодательная функция), обладает точно так же, как вся государственная власть в ее целом, признаками субъективного права, и притом — именно того специфического вида субъективного права, который называется властью»[1].

В данном случае явно допускалось смешение внешней формы осуществления функций государства, точнее — государственной власти, с их внутренним, предметно-политическим содержанием. Такого рода смешение не может быть оправдано ни в теоретическом, ни в практическом плане. В юридической литературе оно вполне справедливо подвергалось обстоятельной критике[2].

Вполне оправданной критике подвергались также попытки отождествления правовых *форм осуществления функций государства* не только с самими функциями, но и *с различными «областями правления».*

Разделением государственных функций, писал по этому поводу Г. Еллинек, «не может быть признано разложение их по отдельным областям управления. Различение пяти великих отраслей управле-

[1] *Кистяковский Ф.* Лекции по общему государственному праву. С. 217.

[2] *Черноголовкин Е. В.* Указ. соч. С. 182—199.

ния — дел иностранных, военных, внутренних, финансовых и юстиции — означает лишь те задачи, которые поставило себе государство, а не особые функции»[1].

И далее: «Отрасли управления не суть самостоятельные функции». Деятельность государства «в осуществлении промышленной полиции, понуждения к посещению школ, платежу налогов, отбыванию воинской повинности и т. д. существенно едина». Как и условия и принципы его деятельности в этих областях. Они «означают поэтому объекты управления. А не само управление»[2].

Наряду с правовыми формами функции государства осуществляются также в неправовых формах. Они представляют собой фактическую — организационную и иную деятельность государственных и негосударственных органов и организаций, направленную на реализацию функций государства и проводимую вне правовых форм.

Разумеется, что такого рода деятельность осуществляется лишь в рамках закона, в строгом соответствии с требованиями принципа законности и конституционности, является жизненно необходимой и правомерной.

Функции государства характеризуются не только своими особыми формами, но и методами реализации. *Под методами осуществления государственных функций понимаются способы или средства деятельности государственных и негосударственных органов и организаций, направленные на решение стоящих перед государством на том или ином этапе его развития задач.*

Методы деятельности государственных органов, а следовательно, и реализации функций государства довольно многочисленны и разнообразны. Так, в процессе осуществления правоохранительной деятельности государственных органов широко используются методы убеждения и принуждения. Они касаются прежде всего таких государственных функций, как установление и охрана правопорядка в обществе, охрана права собственности, прав и свобод граждан и др.

При осуществлении функций государства, непосредственно затрагивающих сферы экономки и финансов, широко применяются методы материального и финансового стимулирования, планирования, прогнозирования и др.

---

[1] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. С. 447.

[2] Там же.

Глава XI

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ АППАРАТ

§ 1. Понятие государственного аппарата

Государственный аппарат представляет собой систему органов государства, с помощью которых осуществляется государственная власть, выполняются основные функции государства, достигаются стоящие перед ним на различных этапах его развития цели и задачи. Аппарат является важнейшим составным элементом любого государства. С его помощью производится управление государственными и отчасти общественными делами.

По мере развития общества это управление, а вместе с ним и государственный аппарат непрерывно усложняются и совершенствуются.

Наиболее бурного развития данный процесс достиг в последние столетия. «Государственная деятельность,— справедливо отмечалось в связи с этим в дореволюционной (до 1917 г.) российской литературе,— начинаясь с простого, примитивного господства, развивается до большого многообразия форм, до законодательной, судебной, административной, полицейской, фискальной, финансовой и культурной деятельности, чего и не предполагали даже величайшие политические мыслители древности». Недавно еще считавшиеся достаточными категории «законодательство», «суд» и «управление» уже сегодня не в состоянии исчерпать всей деятельности государства. Само управление теперь «разветвляется на множество отраслей», среди которых выделяются общественная безопасность, общественное благосостояние, пути сообщения, торговля, почты и телеграфы, общественные работы, санитарное дело, образование, защита интересов рабочих и т. д.»[1].

Вместе с усиливающимся «разветвлением» управления в качественном, а чаще в количественном отношении растет и государственный аппарат. Умножается число чиновников, непосредственно не производящих материальных или духовных благ, а занимающихся исключительно осуществлением власти и управления. «Человеку, изучающему структуру и работу государственных учреждений,— не без юмора писал в связи с этим известный английский сатирик-публицист Сирил Паркинсон,— этот экскурс покажет, что чиновники в той или иной степени подвержены размножению». Данный тезис он проиллюстрировал на примере британского адмиралтейства, число управленческого персонала в котором год от года продолжало расти, в то время как число моряков, которыми он «управлял», продолжало постепенно уменьшаться. Так, если в 1914 г., подмечал автор, на 146 тыс. моряков приходилось 3249 чиновников, то в 1928 г. на 100 тыс. моряков приходилось уже

[1] *Гумплович Л.* Общее учение о государстве. С. 267.

4558 чиновников. В 1935 г. адмиралтейский штат чиновников вырос до 8118 человек, а в 1945 — до 33 788[1]. Подобный процесс наблюдается и в настоящее время. Причем не только в одной какой-либо стране, а во многих индустриально развитых и развивающихся странах.

В основе построения и функционирования государственного аппарата любой страны лежат объективные и субъективные факторы. Они предопределяют наиболее важные особенности его внутреннего строения, структуры, характера, форм и методов деятельности, в значительной мере способствуют соединению его различных составных звеньев в единую систему.

Аппарат любого государства — это не механическое соединение его органов, а их четко организованная, строго упорядоченная, целостная система. В число факторов, оказывающих решающее воздействие на функционирование и постоянное развитие государственного аппарата как единой, целостной системы, входят: общность экономической основы государственных органов и организаций — системы хозяйства и различных форм собственности на средства производства; единство политической основы государственных органов, организаций и учреждений; наличие в некоторых странах единой официальной идеологии; наличие общих принципов построения и функционирования государственных органов — составных частей государственного аппарата; общность конечных целей и задач, стоящих перед государственными органами и организациями.

К числу факторов, во многом предопределяющих функционирование государственного аппарата как единой системы, следует отнести также те, которые связаны с обеспечением всех его звеньев едиными организационными, финансовыми, а при необходимости и принудительными средствами, общей направленностью их деятельности на проведение политической линии и выражение интересов всего общества, правящего класса или классов, отдельных социальных слоев.

Понятие государственного аппарата весьма емкое и многогранное. Его недопустимо, как представляется, отождествлять с другими тесно связанными с ним, но неравнозначными по своему логическому объему и содержанию понятиями, в частности с *понятием политической системы общества*. Если понятием политической системы общества охватывается весь комплекс самых различных по своему характеру государственных и негосударственных органов и организаций, принимающих участие в политической жизни страны и в осуществлении государственной власти, то понятием государственного аппарата охватывается лишь система государственных органов. Понятие политической системы общества является, таким образом, более емким, чем понятие государственного аппарата.

Аналогично в научной и учебной литературе зачастую решается вопрос о соотношении понятий государственного аппарата и *государственного механизма*. Государственный механизм рассматривается как совокупность различных государственных органов, организаций, вооруженных сил, материальных средств государственной власти, а государственный аппарат — лишь как система государственных органов.

---

[1] *Паркинсон С.* Законы Паркинсона. М., 1989. С. 10.

Наряду с данной точкой зрения имеются и другие мнения, в соответствии с которыми вполне обоснованно «государственный механизм» и «государственный аппарат» представляются как идентичные понятия[1]. Государственный механизм в таких случаях нередко именуется государственным аппаратом в широком смысле слова, а система государственных органов — аппаратом в узком смысле слова.

Независимо от того, какой смысл вкладывается в содержание государственного аппарата, его важнейшими и неотъемлемыми частями неизменно выступают *государственные органы*. В научной и справочной литературе они тоже понимаются неодинаково. Например, в одних случаях под государственным органом имеется в виду «учреждение, выполняющее определенные задачи в той или иной области общественной жизни (например, орган здравоохранения, орган образования)»[2]. В других случаях государственный орган рассматривается как составная часть механизма государства, имеющая в соответствии с законом собственную структуру, строго определенные полномочия по управлению конкретной сферой общественной жизни и органически взаимодействующая с другими частями государственного механизма, образующими единое целое[3]. В третьих же случаях государственный орган трактуется как «определенным образом организованная группа людей, действующая в соответствующей сфере, в рамках своей компетенции и участвующая в реализации определенных государственных функций»[4].

Имеются и другие, в той или иной мере различающиеся определения понятия государственного органа. Однако не в них сейчас дело. Они отражают различные подходы к одному и тому же явлению, именуемому государственным органом, и, несомненно, имеют полное право на существование.

Важно отметить другое. А именно, что государственные органы независимо от их понимания и толкования «заполняют собой» все содержание и формируют всю структуру государственного аппарата. От каждого из них, взятого в отдельности, или ото всех них вместе — от уровня их развития, четкости определения сферы деятельности и компетенции, упорядоченности их взаимоотношений между собой и с негосударственными органами и организациями, входящими в качестве структурных элементов в политическую систему общества, в значительной степени зависят уровень развития и эффективность государственного аппарата.

Каждый государственный орган представляет собой относительно самостоятельное, структурно обособленное звено государственного аппарата, создаваемое государством для осуществления строго определенного вида государственной деятельности. Каждый государственный орган наделен соответствующей компетенцией и опирается в процессе реали-

[1] *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права. С. 100—101.

[2] Советский энциклопедический словарь. С. 943.

[3] *Хропанюк В. Н.* Указ. соч. С. 105.

[4] Теория государства и права // Отв. ред. А. И. Денисов. С. 185.

зации своих полномочий на организационную, материальную и принудительную силу государства[1].

Специфические признаки, отличающие государственные органы от негосударственных органов и организаций, следующие: а) формирование государственного органа по воле государства и осуществление им своих функций от имени государства; б) выполнение каждым государственным органом строго определенных, установленных в законодательном порядке видов и форм деятельности; в) наличие у каждого государственного органа юридически закрепленных организационной структуры, территориального масштаба деятельности, специального положения, определяющего его место и роль в государственном аппарате, а также порядка его взаимоотношений с другими государственными органами и организациями; г) наделение государственного органа полномочиями государственно-властного характера.

Наличие *государственно-властных полномочий* — наиболее существенный признак государственного органа. В совокупности с другими этот признак позволяет провести достаточно четкое различие между государственными органами, с одной стороны, и государственными организациями (предприятиями и учреждениями), а также негосударственными органами и организациями — с другой.

Государственно-властные полномочия практически выражаются в издании государственными органами от имени государства юридически обязательных нормативных и индивидуальных актов, в осуществлении ими наблюдения за строгим и неуклонным соблюдением требований, содержащихся в данных актах, в обеспечении и защите этих требований от нарушения путем применения мер воспитания, убеждения, разъяснения и поощрения, а в необходимых случаях и мер государственного принуждения.

В состав каждого государственного органа входят лица, являющиеся непосредственными исполнителями возложенных на него полномочий, и лица, технически обеспечивающие выполнение его функций и полномочий. В его составе есть также особый технический аппарат, особые материально-технические средства («материальные придатки» государственной власти). К нему примыкают различные находящиеся в его ведении и управлении организации и учреждения.

Будучи составными частями государственного аппарата, органы любого государства различаются порядком образования, видами выполняемой ими государственной деятельности, характером и объемом компетенции, особенностями исполнения возложенных на них полномочий, формами и методами осуществления ими государственных функций.

§ 2. Структура государственного аппарата

Под структурой государственного аппарата понимаются его *внутреннее строение, порядок расположения составляющих его звеньев, их соотношение.*

---

[1] Подробнее об этом см.: *Старилов Ю. Н.* Административное право. Часть 2. Книга первая. Изд-во Воронежского университета, 2001. С. 26—66.

В любой стране сложившийся государственный аппарат — это единая целостная (общая) система. Она, в свою очередь, состоит из ряда частных систем. Каждая такая система включает однородные по своим функциям, внутреннему строению, непосредственным целям, видам выполняемой деятельности государственные органы.

Наиболее важные частные системы современного государственного аппарата следующие: система органов законодательной власти, система органов исполнительной власти, система органов судебной власти, система органов прокуратуры[1]. В России в соответствии с принципом разделения властей, который официально признан и конституционно закреплен (ст. 10 Конституции Российской Федерации), государственные органы являются носителями законодательной, исполнительной, судебной ветвей власти.

В научных кругах иногда говорят о средствах массовой информации как о некой ветви власти. Однако это образное выражение. Средства массовой информации не являются носителями какой-либо официальной власти. Таковыми их называют в силу того, что они оказывают очень сильное, нередко решающее влияние на массы, играют исключительно важную роль в формировании общественного мнения, в создании положительного или, наоборот, отрицательного имиджа правящей элиты или конкретных лиц.

Среди авторов, занимающихся проблемами государственной власти и аппарата, нет единого мнения о том, каким должен быть государственный аппарат, как должны соотноситься между собой различные ветви государственной власти, а следовательно, и их носители — государственные органы. Должны ли они быть равны между собой, или должна существовать их определенная соподчиненность, субординация?

Высказывается точка зрения, согласно которой все ветви государственной власти и их носители должны находиться в совершенно одинаковом положении, уравновешивать друг друга.

В странах с тоталитарным или авторитарным режимами усиленно насаждается идея о том, что исполнительная власть, а вместе с ней и ее носители должны доминировать в структуре государственного аппарата. Однако, как показывает исторический опыт, реализация подобной концепции приводит не к демократии, а к диктатуре. Об этом свидетельствует, в частности, политическая практика фашистской Германии, фашистской Италии и ряда иных стран.

Еще в середине XVIII в. известный французский просветитель Ш. Монтескье предупреждал в связи с этим в своей работе «О духе законов» (1748), что когда одному и тому же лицу или одному и тому же составу должностных лиц предоставлены вместе законодательная и исполнительная власти, тогда нет свободы, потому что можно опасаться, что монарх или сенат будут создавать тиранические законы, чтобы тиранически исполнять их. Нет также свободы, если судебная власть не отделена от законодательной и исполнительной. Если бы она

[1] Подробнее об этом см.: *Гуценко К. Ф., Ковалев М. А.* Правоохранительные органы. М., 2001.

была соединена с исполнительной властью, судья обладал бы достаточной силой, чтобы сделаться угнетателем.

Другой подход к решению проблемы соотношения ветвей государственной власти и их носителей заключается в том, что на первый план выступает законодательная власть, источником которой является народ. Во всех демократических странах эта концепция получила всеобщее признание. Политическая практика подтвердила жизнеспособность и гуманность данной идеи, развитой еще в XVII в. английским философом-материалистом Дж. Локком.

В своем знаменитом произведении «Два трактата о государственном правлении» (1690) Локк писал: «Хотя в конституционном государстве, опирающемся на свой собственный базис и действующем в соответствии со своей собственной природой, т. е. действующем ради сохранения общества, может быть всего *одна верховная власть*, а именно законодательная, которой все остальные подчиняются и должны подчиняться, все же законодательная власть представляет собой лишь доверенную власть, которая должна действовать ради определенных целей, и поэтому по-прежнему остается у народа верховная власть устранять или заменять законодательный орган»[1].

Что же собой представляет каждая из частных систем государственных органов, входящих в общую систему — государственный аппарат?

1. Основным назначением органов законодательной власти (представительных органов) является *законодательная деятельность*. В демократических государствах они занимают центральное место в структуре государственного аппарата. Представительные органы государственной власти подразделяются на высшие и местные.

К *высшим представительным органам государственной власти* относятся парламенты. Одна из их важнейших функций — принятие законов.

Выделяя особую роль парламентов в политической жизни общества и государства, конституции некоторых государств специально указывают не только на то, что «парламент является высшим органом государственной власти», но и на то, что он выступает «единственным законодательным органом государства» (ст. 41 Конституции Японии 1947 г.).

Конституции других государств в этих же целях обращают внимание на то, какие по характеру нормы или правила должны содержаться в принимаемых парламентом законах. Например, Конституция Французской Республики 1958 г. устанавливает, что в законах могут предусматриваться правила, касающиеся «гражданских прав и основных гарантий, предоставленных гражданам для пользования публичными свободами; обязанностей, накладываемых национальной обороной лично на граждан и на их имущество»; «гражданства, состояния и правоспособности лиц, семейных отношений, наследования и дарения»; «определения преступлений и правонарушений, а также налагаемых за них наказаний; уголовного судопроизводства; амнистии; создания новых судебных установлений и статуса судей» и др. (ст. 34).

---

[1] *Локк Джон.* Сочинения: В 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 349.

Сосредоточивая в себе законодательные функции, парламент нередко передает часть из них другим подконтрольным ему органам. Возникающая в результате этого система актов носит название *делегированного законодательства.*

Разумеется, идеальным, строго конституционным считалось бы такое положение, при котором законодательная власть оставалась исключительно привилегией законодателей, непосредственно подотчетных избирателям. Это было бы справедливым в отношении любого современного государства. Однако в жизни все обстоит далеко не так.

Государственная Дума и Совет Федерации России, Конгресс США, Парламент Англии, Национальное Собрание и Сенат Франции, равно как и высшие представительные органы других государств, зачастую вынуждены в силу самых разных причин, включая периодическую перегруженность данных органов правотворческой работой, поручать подготовку и принятие тех или иных законопроектов правительству, министерствам и ведомствам.

Например, в Великобритании полномочиями по изданию правовых актов Парламентом наделяются министры Короны, органы местного управления, независимые корпорации, англиканская церковь, частные компании, Комиссия и Совет Европейского Союза[1]. Каждый из этих органов и каждая из этих организаций могут принимать, изменять или отменять правовые акты не иначе как с санкции и по поручению или с разрешения парламента. Таким путем сохраняется и поддерживается «суверенитет» высшего представительного органа в правовой сфере.

Следует отметить, что, несмотря на монопольное положение в области правотворчества, высший представительный орган, особенно в парламентских странах, подвержен довольно сильному воздействию со стороны правительства. Иногда оно сосредоточивает в своих руках всю или почти всю законодательную инициативу и оказывает огромное влияние на все направления деятельности парламента.

Что же касается президентских республик, то в них парламент в формально-юридическом плане зачастую более независим. Он, как правило, не может быть распущен президентом. Законодательная инициатива принадлежит прежде всего депутатам. Однако и в этом случае исполнительная власть в лице президента имеет много путей воздействия на парламент.

Например, согласно Конституции США Президент обладает правом вето на принимаемые Конгрессом акты. Он может выступить с инициативой созыва специальных его сессий. Президент периодически представляет Конгрессу «сведения о состоянии Союза и предлагает на его усмотрение такие меры, которые сочтет необходимыми и полезными». Он имеет право «с совета и согласия» верхней палаты — Сената заключать международные договоры при условии их одобрения $^2/_3$ присутствующих сенаторов; «с совета и согласия» Сената назначать послов и иных полномочных представителей, консулов, судей Верховного суда, а также «всех других должностных лиц Соединенных Штатов» (разд. 2 ст. II).

---

[1] *Гарнер Л.* Великобритания. Центральное и местное управление. М., 1984.

Наряду с высшими представительными органами в каждой стране имеются *местные органы*. Они называются по-разному. Но цель и назначение их сходны: осуществление государственной власти на местах.

Так, согласно ч. 1 ст. 132 Конституции России 1993 г. «органы местного самоуправления самостоятельно управляют муниципальной собственностью, формируют, утверждают и исполняют местный бюджет, устанавливают местные налоги и сборы, осуществляют охрану общественного порядка, а также решают иные вопросы местного значения». Они «могут наделяться законом отдельными государственными полномочиями с передачей необходимых для их осуществления материальных и финансовых средств».

2. Система *органов исполнительной власти* осуществляет в различных государствах исполнительную и распорядительную деятельность. Исполнительная деятельность этих органов проявляется в том, что они выступают как непосредственные исполнители требований, содержащихся в актах органов законодательной власти и вышестоящих органов исполнительной власти. Распорядительная деятельность этих органов выражается в том, что они принимают меры к выполнению подчиненными им органами и организациями данных требований и обеспечивают это путем издания своих собственных актов (распоряжений). Всю свою деятельность органы исполнительной власти должны осуществлять на основе законов и во исполнение законов.

В пределах своей компетенции органы исполнительной власти имеют необходимую для их нормального функционирования *оперативную самостоятельность*. На них возлагаются весьма ответственные задачи правового регулирования и руководства различными сферами жизнедеятельности общества и государства. Эти задачи, равно как место и роль исполнительных органов в государственном аппарате, закрепляются в конституционных и обычных нормативно-правовых актах.

Так, согласно Конституции Испании Правительство руководит «внутренней и внешней политикой, гражданской и военной администрацией и защитой государства.

Оно осуществляет исполнительную функцию и регламентарную власть в соответствии с Конституцией и законами» (ст. 97).

Согласно Конституции Швеции Правительство помимо обычных своих полномочий может принимать «постановления о предписаниях» по вопросам, касающимся охраны жизни, личной безопасности или здоровья граждан, «пребывания иностранца в государстве», ввоза и вывоза товаров, валюты или других средств производства, средств связи, кредитов, хозяйственной деятельности, оформления строений, предприятий, планировки застроек, охраны природы и окружающей среды» и др. (§ 7 гл. 8).

В соответствии с Конституцией Российской Федерации на Правительство, призванное осуществлять исполнительную власть (ч. 1 ст. 110), возлагаются самые разнообразные полномочия: разработка и обеспечение исполнения федерального бюджета; проведение на всей территории России единой финансовой, кредитной и денежной политики; осуществление управления федеральной собственностью; осуществ-

ление мер по обеспечению обороны страны, государственной безопасности, реализации внешней политики страны и др. (ст. 114).

В зависимости от сложности задач и территориального масштаба деятельности органы исполнительной власти подразделяются на центральные и местные.

К *центральным* относятся те, деятельность которых распространяется на всю территорию страны или на территорию государств — субъектов федерации. Это правительства, именуемые в большинстве стран кабинетами или советами министров, министерства, государственные комитеты, специальные находящиеся при советах министров ведомства.

К *местным* относятся органы, деятельность которых ограничивается рамками одной или нескольких административно-территориальных единиц (края, провинции, области, района, города и т. п.). В их число входят исполнительные комитеты, муниципалитеты, их отраслевые отделы и управления, администрации фабрик, заводов, других предприятий и учреждений.

В зависимости от характера, объема и содержания полномочий органы исполнительной власти подразделяются на органы общей и органы отраслевой и специальной (функциональной) компетенции.

Органы *общей компетенции* (например, советы министров) объединяют и направляют работу по руководству всеми отраслями или большинством отраслей государственного управления.

Органы *отраслевой и специальной (функциональной) компетенции* (министерства, государственные комитеты, специальные ведомства) осуществляют руководство лишь отдельными отраслями государственного управления.

Ведущую роль в системе органов исполнительной власти выполняют *правительства.* Они являются высшими исполнительными и распорядительными органами государственной власти и возглавляют всю систему исполнительных органов. В соответствии с конституционными и иными актами на правительство возлагаются общее руководство экономикой и социально-культурным строительством страны, разработка и осуществление государственных бюджетов, защита интересов государства, охрана собственности и общественного порядка, обеспечение и защита прав и свобод граждан, обеспечение государственной безопасности, осуществление общего руководства строительством вооруженных сил и др.

3. Важное место в структуре государственного аппарата занимает *система судебных органов,* основной функцией которых является осуществление правосудия. Система судебных органов выступает в качестве носителя судебной власти. Это положение закрепляется в конституциях и обычных законах ряда современных государств.

Например, в Конституции Испании (1978 г.) предусмотрено, что «судебная власть исходит от народа и осуществляется от имени Короля судьями и членами судов, представляющими эту власть, которые независимы, несменяемы, ответственны перед законом и подчиняются только закону» (п. 1 ст. 117). В Конституции ФРГ (1949 г.) провозглашается, что «судебная власть вверяется судьям; она осуществляется Федераль-

ным конституционным судом, федеральными судами, указанными в настоящем Основном законе, и судами земель» (ст. 92).

Статус носителя одной из трех властей — судебной обеспечивает органам правосудия весьма важное место в государственном механизме.

Структура судебных органов в разных странах неодинакова. Именуются они тоже по-разному. В Китайской Народной Республике, например, это Верховный народный суд, местные народные суды, военные суды и другие специальные народные суды. В США национальная судебная система состоит из Верховного суда США, верховных судов штатов, окружных судов, апелляционных судов, военных трибуналов и других судов. Конституция США в связи с этим устанавливает, что «судебная власть Соединенных Штатов осуществляется Верховным судом и теми низшими судами, которые будут время от времени учреждаться Конгрессом» (разд. 1 ст. III).

Однако, несмотря на особенности структуры и другие различия судебных органов тех или иных стран, у них во многом схожи цели и задачи, которые во всех государствах, именующих себя демократическими, провозглашаются конституционно. Много общего у них в социальных функциях, содержании деятельности, в конституционных принципах их организации и функционирования.

В конституционных актах подавляющего большинства современных государств в той или иной форме провозглашается, скажем, принцип независимости судей, самостоятельности судов в решении любых, в рамках установленной юрисдикции, вопросов. «Народные суды в пределах, установленных законом, осуществляют правосудие самостоятельно, без вмешательства со стороны административных органов, общественных организаций и отдельных лиц»,— закреплено, в частности, в Конституции КНР (ст. 126).

В большинстве конституций современных государств установлены принципы гласности судопроизводства, открытости судебного разбирательства. Например, Конституция Испании, запрещая деятельность каких бы то ни было чрезвычайных трибуналов, имеющую, как правило, закрытый характер, одновременно устанавливает, что «судебное разбирательство является открытым», «преимущественно устным, особенно по уголовным делам» (ст. 120).

Разумеется, данный, равно как и другие принципы организации и деятельности судебных органов не следует абсолютизировать. Конституционная теория далеко не всегда совпадает с конституционной практикой. Нередко в деятельности судебных органов тех или иных стран имеют место грубейшие нарушения провозглашаемых конституционных положений.

Кроме того, в самих конституциях довольно часто устанавливаются в отношении данных принципов ограничения. Так, Конституция Испании, провозглашающая открытость судебного разбирательства, содержит оговорку — «за исключением предусмотренных процессуальными законами случаев» (ст. 120). Конституция Японии устанавливает: «Если суд единогласно решает, что гласность представляет опасность для публичного порядка или морали, разбирательство может вестись при закрытых

дверях» (ст. 82). Аналогичные положения содержатся и в конституционных актах и многих других стран.

4. Значительную роль в государственном аппарате играют *органы прокуратуры*. Они являются важным звеном всей системы правоохранительных органов. Прокуратура призвана осуществлять надзор за точным и единообразным исполнением законов органами государства, должностными лицами и гражданами. «Прокуратура без ущерба для функций, осуществляемых другими органами,— предусмотрено, например, в Конституции Испании (ст. 124),— имеет своей задачей способствовать отправлению правосудия в целях защиты законности, прав граждан и общественных интересов, охраняемых законом, в силу своих обязанностей или по ходатайству заинтересованных лиц, а также наблюдение за независимостью судов и соблюдением общественного интереса».

Органы прокуратуры ряда стран осуществляют также надзор за соблюдением законности в работе органов дознания и предварительного следствия, при рассмотрении дел в судах, в местах заключения, при исполнении наказаний и других мер принудительного характера, назначаемых судами.

Правовую основу деятельности органов прокуратуры разных стран составляют нормы, содержащиеся в конституциях и специальных актах, регулирующих порядок организации и деятельности прокуратуры. Согласно Конституции России «полномочия, организация и порядок деятельности прокуратуры Российской Федерации определяются федеральным законом» (ч. 5 ст. 129).

§ 3. Основные принципы организации и деятельности государственного аппарата

Под *принципами* организации и деятельности государственного аппарата следует понимать наиболее важные, ключевые идеи и положения, лежащие в основе его построения и функционирования. Они раскрывают сущность, содержание и назначение, основные цели и задачи государственного аппарата. Принципы организации и деятельности государственного аппарата разрабатывались, обосновывались и претворялись в жизнь в процессе всей многовековой его деятельности. Одни из принципов приживались и развивались, другие по мере происходивших изменений отпадали.

Так, до недавнего времени, а именно до разрушения СССР, в советской политико-юридической теории и практике в качестве наиболее важных принципов организации и деятельности государственного аппарата считались следующие: партийное руководство; подчинение аппарата политике; широкое участие масс в управлении делами общества и государства, в деятельности государственного аппарата; демократический централизм; гласность; социалистическая законность; интернационализм и социалистический федерализм (применительно к социалистическим федеративным государствам); равноправие национальностей; научное планирование, координация, учет и контроль деятельности аппарата.

Однако после распада СССР и кардинальных изменений, произошедших в России за последние годы, стали декларироваться другие, отвечающие новым экономическим и социально-политическим условиям жизни общества принципы.

Вместе с тем независимо от особенностей государств и происходящих изменений в организации и деятельности их государственного аппарата имеются *общие принципы*. Это не означает, разумеется, что они всегда не только провозглашаются, но и полностью реализуются. Трудно назвать государство, в котором все или хотя бы основные принципы организации и деятельности аппарата не только декларировались теоретически, но и полностью реализовывались бы практически. Тем не менее общие принципы организации и деятельности государственных аппаратов разных стран существуют в той или иной мере.

Среди такого рода принципов следует назвать принципы оптимальности построения и функционирования государственного аппарата, его эффективности, законности и конституционности, высокого профессионализма государственных служащих, соблюдения высоких этических требований к членам парламентов и чиновникам, их полной политической лояльности. Эти и другие принципы находят свое законодательное закрепление в конституционных актах и в специальных законах. Издание последних иногда предусматривается в конституциях. Нередко конституции содержат прямые ссылки на специальные законы.

Например, Конституция Греции в разделе «О Правительстве», указывая на то, что «Правительство образуется Советом министров, включающим премьер-министра и министров», одновременно предусматривает, что должен быть издан специальный закон, который «устанавливает правила о составе и деятельности Совета министров». И далее: «Закон определяет статус заместителей министров и министров без портфеля, государственных секретарей, которые могут обладать правом быть членом Правительства, а также положение постоянных государственных секретарей администрации» (ст. 81).

Рассмотрим подробней некоторые из наиболее важных принципов организации и деятельности государственного аппарата.

Одним из таких принципов является *законность и конституционность* организации и деятельности государственного аппарата. Следует заметить, что, обладая не только юридическим, но и политическим характером, законность и конституционность выступают как основные методы функционирования различных государственных органов и организаций.

Применительно к деятельности государственного аппарата разных стран законность и конституционность означают осуществление всех свойственных государственным органам и должностным лицам функций строго в соответствии с действующей конституцией, обычными законами и подзаконными актами согласно установленной в законодательном порядке компетенции.

Принцип законности и конституционности означает также обеспечение строгого и неуклонного исполнения подчиненными органами, организациями и учреждениями действующих нормативно-правовых актов,

борьбы с коррупцией, а также со всякого рода нарушениями прав и свобод граждан.

Следует заметить, что законности и конституционности как явлений и понятий вне связи с конкретным обществом и государством не существует. Это абстракция. Законность и конституционность всегда соотносятся с определенным типом государства и права, с определенным характером и уровнем развития общества.

Исходя из этого, в отечественной и зарубежной научной литературе законность и конституционность рассматривают, как правило, не вообще, а применительно к рабовладельческому, феодальному, капиталистическому и социалистическому типам государства и права.

Несмотря на то что социалистический («коммунистический») тип государства и права практически не состоялся, в юридической и отчасти политологической литературе вопросы этого плана получили, пожалуй, наиболее обстоятельное теоретическое обоснование.

Речь при этом, разумеется, идет лишь о теории социалистической законности, а не о нарушавшей нередко конституционное и текущее законодательство практике ее проведения в жизнь. Политические репрессии, ссылки, тюрьмы и лагеря для многих ни в чем не повинных людей — все это, естественно, никак не согласовывалось с принципами законности и конституционности, хотя теоретически социалистические законность и конституционность выглядели вполне приемлемо.

Основу любой законности и конституционности составляют конституция государства, а также законы, принятые в ее развитие. Четкое, хорошо развитое, отвечающее непрерывно изменяющимся и все более возрастающим требованиям практической жизни законодательство принципиально важно и необходимо для последовательного укрепления законности и конституционности в деятельности как отдельных государственных органов, так и всего государственного механизма.

Строгое и неуклонное соблюдение принципа законности и конституционности должно быть непременным требованием деятельности не только государственных, но и негосударственных органов, учреждений и организаций. Конституция России, равно как и конституции других государств, закрепляет положение, согласно которому органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию и законы. Все партийные органы и организации, равно как и все политические и общественные движения, тоже обязаны действовать в рамках Конституции и других законов.

Принцип профессионализма и этики государственных служащих практически всегда стоял и стоит на повестке дня с момента образования любого государства. Вокруг него почти всегда велись и ведутся довольно жаркие споры.

Одна из причин этого заключается в том, что от профессионального и этического уровня чиновников, особенно высших рангов, во многом зависят характер деятельности, стиль и уровень эффективности самого государственного аппарата, вообще состояние дел в обществе и госу-

дарстве. Вполне понятно, почему чиновничество всегда находилось под критическим оком широких слоев населения.

Еще одна причина подобных споров состоит в том, что нигде в мире и никогда чиновничество вполне сознательно и добровольно не признавало свое профессиональное или иное несовершенство, свою профессиональную или этическую ущербность. Естественно, что самый благоприятный для себя имидж оно пытается создавать и у «опекаемого» им населения. И, кстати, как было подмечено исследователями разных стран, порой не безуспешно.

В связи с этим знаменитый английский памфлетист, великий знаток психологии и нравов бюрократии Сирил Паркинсон вскоре после Второй мировой войны писал: «Подросткам, учителям и авторам пособий по истории государственных учреждений и политики кажется, что мир сравнительно разумен. Они думают, что люди свободно выбирают своих представителей из тех, к кому питают особое доверие. Они полагают, что самые умные и самые дельные из этих избранных становятся министрами. Они воображают, как заправилы промышленности, свободно выбранные акционерами, облекают деловой ответственностью тех, кто проявил себя на более скромной работе. Все это бодро утверждается или тихо подразумевается во многих книгах». Тем же, «кто хоть как-то знает деловую жизнь, предположения эти смешны,— заключает автор.— Высокий совет благородных мудрецов существует лишь в мозгу учителя, и потому небесполезно напомнить иногда о правде»[1].

Поскольку принцип профессионализма и этики государственных служащих исключительно важен и постоянно актуален, ему всегда уделялось значительное внимание не только в научной литературе, но и на официальном уровне. Это стало особенно заметно после Второй мировой войны, когда в ряде стран были разработаны и приняты кодексы чести и поведения государственных служащих, специальные законы и другие нормативные акты, регулирующие деятельность и поведение государственных чиновников.

В США, например, еще в 1958 г. Конгресс принял резолюцию, устанавливающую Кодекс поведения всех без исключения федеральных государственных служащих. Позднее были приняты и другие аналогичные акты, в частности Исполнительный приказ Президента США (1990 г.), обновленный Акт об этике поведения государственных служащих США (1978 г.), Кодекс этического поведения членов Сената Конгресса США (1977 г.), Кодекс этического поведения членов Палаты представителей Конгресса США (1977 г.).

Что предписывают государственным чиновникам эти акты?

Обратимся к Исполнительному приказу Президента США от 17 октября 1990 г. Прежде всего, этим актом были введены в действие обязательные для всех чиновников исполнительной власти США Общие принципы этического поведения членов Правительства и служащих. Далее. Всем федеральным чиновникам предписывалось сделать все возможное, чтобы «добиться полной убежденности каждого гражданина

[1] *Паркинсон С.* Указ. соч. С. 25.

США в честности и искренности усилий федерального Правительства». Наконец, членам кабинета и всем остальным государственным служащим строго предписывалось постоянно уважать и неукоснительно соблюдать фундаментальные принципы этической службы в том виде, как они изложены в Приказе.

В чем же конкретно заключаются эти принципы, в чем их смысл и содержание? По своему существу данные принципы представляют собой довольно конкретные юридические и морально-этические требования, предъявляемые к чиновникам высшего ранга и к рядовым государственным служащим.

Вот примеры некоторых из этих требований, которые далеко не лишние в нашей отечественной государственной службе.

Государственную службу следует рассматривать как такую сферу деятельности, из которой исключаются «какие бы то ни было личные или иные финансовые интересы, препятствующие добросовестному выполнению» государственными чиновниками своего служебного долга.

Государственные служащие «не должны участвовать в финансовых операциях, при проведении которых предполагается использование закрытой правительственной информации или использование такого же рода информации в личных целях».

Служащим категорически запрещается в какой бы то ни было форме поощрять подношения или принимать подарки от любых лиц или группы лиц, добивающихся от них совершения каких-либо официальных действий, имеющих вместе с ними какие-либо общие дела или осуществляющих деятельность, регулируемую со стороны государственного органа, в котором работают эти служащие. Не разрешается принимать подарки и от тех лиц, интересы которых в значительной степени зависят от выполнения или невыполнения этими служащими своих должностных обязанностей.

Чтобы обеспечить высокий уровень доверия к правительственным кругам со стороны населения, государственным служащим США вменяется в обязанность не только проявлять лояльность к Конституции страны, праву и этическим принципам, но и «всячески избегать таких действий, которые могли бы быть истолкованы как их нарушение». В этих же целях государственным служащим США предписывается «самым честным образом исполнять свой служебный долг», не брать на себя никаких выходящих за рамки их компетенции обязательств, не давать каких бы то ни было обещаний, связывающих правительство, все вопросы решать объективно и справедливо, не отдавать никаких «предпочтений отдельным лицам или частным организациям», строго использовать свое служебное положение лишь в государственных, но не в личных целях.

Помимо названных можно привести и ряд других принципов, свидетельствующих о стремлении администрации США не только к приобретению, но и к сохранению в глазах широких слоев населения высокого престижа федерального и местного чиновничества, усилению доверия к нему со стороны простого человека, обывателя, обеспечению твердой поддержки со стороны общества всех проводимых им мероприятий.

Дальновидность выработки и введения в действие такого рода принципов в конечном счете заключается в том, чтобы в максимальной степени приблизить государственный аппарат к обществу, сократить неизбежный, как и для любой страны, разрыв между ними, представить «среднему американцу» любого, даже самого высокого ранга администратора не иначе «как своего парня», близкого ему человека.

В самом деле, кто из простых смертных не проникнется если не уважением, то хотя бы добрым расположением к чиновному человеку, которому строжайше вменяется в обязанность (естественно, «ради каждого члена общества и всей страны») не только сохранять, но и защищать федеральную собственность, бережно использовать ее в оговоренных законом государственных целях.

Разумеется, было бы наивным идеализировать практику применения названных принципов к государственным служащим и исходить из того, что они всегда и во всем одинаково применимы и эффективны. Многочисленные примеры, обзор и обобщение практики реализации данных принципов в США (и в других странах) показывают, что не все здесь складывается просто.

Из новой и новейшей истории Соединенных Штатов известно, например, какие грандиозные интриги и скандалы, связанные с коррупцией чиновничества, вымогательством, взяточничеством и другими неблаговидными делами «слуг народа», время от времени удивляли и потрясали не только эту страну, но и весь мир.

Означает ли это, однако, что Общие принципы этического поведения членов Правительства и служащих США в социальном плане бессмысленны, а в юридическом неэффективны? Разумеется, нет.

Как показывает практика, они при всех своих недостатках, при известных неполноте и несовершенстве в любом случае устанавливают не только правовые, но и морально-этические рамки поведения государственных чиновников всех рангов, служат серьезным барьером на пути возможных с их стороны злоупотреблений, оказывают на них вполне реальное профилактическое, сдерживающее влияние. Именно поэтому такого рода акты и принципы весьма полезны не только для американской государственной жизни и государственного аппарата США, но и для общественно-политической и государственной жизни других стран.

§ 4. Соотношение структуры госаппарата и национальной экономики

Вопрос о соотношении госаппарата, его структуры с экономикой является составной частью более общего вопроса о соотношении государства и экономики. Из этого следует, что все или почти все факторы и закономерности, которые предопределяют природу и характер взаимоотношений государства и экономики, обусловливают также природу и характер соотношения госаппарата, его структуры и экономики. Среди этих факторов и закономерностей огромную роль играют не только «чисто» экономические, но и социальные, политические, идеологические и др.

Например, в так называемых «государствах всеобщего благоденствия» (Англия, Австрия, Австралия, Дания, Норвегия, Швеция и др.), где внимание уделяется разработке и финансированию государственных социальных программ, значительное место в структуре госаппарата занимают соответствующие «социально-экономические» органы: министерства, ведомства, советы, комитеты и пр.

Особенно наглядно это проявляется в структуре государственных аппаратов ФРГ и Испании, которые конституционно провозглашаются демократическими и социальными государствами. В них уделяется большое внимание формированию и реализации принципов социальной и экономической политики[1].

Справедливости ради следует отметить, что не во всех странах социально-экономическим по своему характеру министерствам и ведомствам придается первостепенное значение. В Великобритании, например, их относят к разряду «прочих министерств», выдвигая на первый план Министерство финансов и Министерство внутренних дел. Известный английский исследователь-правовед Д. Гарнер, отмечая данное обстоятельство, писал, что до конца 60-х годов вся «организация прочих министерств» в Великобритании строилась исключительно по вертикальному принципу. Министерства отвечали за конкретную сферу деятельности: сельское хозяйство, промышленность и пр. В 70-х годах «все в большей степени стала ощущаться потребность в горизонтальном подходе». В результате были образованы «суперминистерства» с весьма широкой компетенцией, которым подчинялись вертикальные ведомства[2].

Эти «суперминистерства» как важнейшие составные части госаппарата охватывали собой самые различные сферы жизни общества, включая социальную сферу и экономику. Они значительно отличались друг от друга в деталях. Однако у них было много общего. Оно проявлялось, во-первых, в том, что, несмотря на свою фактически второстепенную значимость, «прочие министерства» не утратили в объединяющих их «суперминистерствах», а сохраняли в них свою относительную самостоятельность и играли свою определенную отраслевую роль. А во-вторых, общность «суперминистерств» заключалась в том, что они имели одинаковую схему, или модель, построения, требовавшую, в частности, чтобы во главе каждого из них стоял госсекретарь или министр, которому помогают один или несколько парламентских секретарей или «младших министров», являющихся одновременно по своему статусу «политическими деятелями»[3].

Управленческая деятельность государственных органов и должностных лиц в социальной и других сферах жизни при такой модели организации госаппарата в значительной мере совпадает с деятельностью госаппарата в других, в частности в политической и идеологической, сферах.

В британской, так же как и в любой иной аналогичной ей, модели построения госаппарата нет необходимости особо вычленять и соответ-

---

[1] Конституции буржуазных государств. М., 1982. С. 177, 276, 286—289.

[2] *Гарнер Д.* Указ. соч. С. 69.

[3] Там же. С. 70—71.

ствующим образом обеспечивать деятельность политических и идеологических органов. В реальной, повседневной жизни политические и идеологические функции «государства всеобщего благоденствия» осуществляются не сами по себе и не через совокупность неких особых политических и идеологических органов, а через систему госорганов, реализующих все остальные — экономические, социальные и иные функции.

Особенность структуры госаппарата в данном случае заключается в том, что в нем нет отдельно существующих в «чистом» виде ни экономических, ни социально-политических, ни идеологических органов. Государственные органы, непосредственно осуществляющие экономические и в особенности социальные функции государства, одновременно косвенным путем реализуют также его политические и социальные функции.

Иная картина, как известно, наблюдается в авторитарных и тоталитарных общественно-политических и государственных системах. На примере фашистской Германии, Италии и других государств можно видеть, как в структуре их аппаратов министерства пропаганды и прочие им подобные органы, выполнявшие политические, идеологические функции государства, нередко занимали доминирующие позиции среди других госорганов, зачастую выполняя ведущую роль.

Структура государственного аппарата в целом, так же как и его отдельных составных частей, отражает, таким образом, характер и природу самого государства, а вместе с ними особенности национальной экономики и самого общества. Являясь весьма активной и мобильной составной частью государственного механизма, госаппарат не только оказывает повседневное позитивное или же негативное воздействие на экономику, политику, идеологию и общество, но и сам, в свою очередь, подвергается обратному влиянию со стороны экономики, политики, идеологии и общества. Последние, будучи объектами регулятивного воздействия со стороны различных нормативно-правовых актов и управленческого воздействия со стороны госаппарата, в значительной степени предопределяют не только его структуру, но и численность, методы деятельности, степень его оптимальности и эффективности.

Разумеется, при этом не следует забывать саркастические замечания С. Паркинсона относительно того, что «человеку, изучающему структуру и работу государственных учреждений», нужно учитывать, что «чиновники в той или иной степени подвержены размножению» и что «численность любого административного аппарата возрастает на определенный процент независимо от необходимого объема работы (если таковая вообще имеется)»[1]. Однако и численность, и структура госаппарата, и другие его составные элементы возникают и развиваются все же не сами по себе, стихийно, а сообразуясь с объективными условиями жизни общества, характером и потребностями экономической, политической и социальной системы.

Сказанное легко подтверждается на примере соотношения структуры государственного аппарата и экономики, существующих в различных по

[1] *Паркинсон С.* Указ. соч. С. 14, 313.

своему характеру и типу общественных системах. Классифицируя последние в зависимости от характера экономики и уровня развития в стране рыночных отношений на системы, в которых полностью или почти полностью отсутствуют рыночные отношения, системы с зарождающимися рыночными отношениями (переходные системы) и системы с высокоразвитыми рыночными отношениями, можно убедиться в том, что каждая из этих систем развивает и утверждает в себе свою особую структуру госаппарата, свой собственный механизм управления экономикой.

Так, если обратиться к типу социальных и политических систем, в которых отсутствуют рыночные отношения, нетрудно заметить, что объем выполняемых госаппаратом в сфере экономики управленческих работ, а следовательно, и удельный вес госорганов, занимающихся сугубо экономическими проблемами, в системе других управленческих органов гораздо больший, чем в рыночных системах или в системах, переходящих к рыночным отношениям.

Объясняется это прежде всего тем, что государство, опирающееся на централизованную, жестко планируемую экономику, вынуждено иметь в структуре своего госаппарата не только разрабатывающие и координирующие проведение экономической политики в стране институты, но и непосредственно управляющие экономическими процессами органы. Среди них — центральные и местные органы планирования, оперативного управления доминирующей над всеми другими формами собственности государственной собственностью, органы учета, контроля и распределения произведенной продукции, органы финансирования и др.

В переходный период от централизованной экономики к рыночной, а тем более в условиях существования высокоразвитых рыночных отношений роль государства в сфере экономики значительно ослабевает. От форм непосредственного оперативного управления экономикой государство постепенно, во все более возрастающей мере переходит к использованию различных форм государственного регулирования.

Это влечет, помимо всего прочего, изменения не только в соотношении функций государства, но и в соотношении осуществляющих их органов. Объективно обусловленное уменьшение объема функций планирования, контроля, учета, распределения неизбежно приводит к уменьшению удельного веса в структуре госаппарата и осуществляющих их органов. Полностью отпадают одни непосредственно связанные с управлением экономикой страны органы, появляются или видоизменяются другие.

Наряду с изменением экономических функций государства и осуществляющих их органов изменяются и некоторые принципы взаимоотношений между ними. Применительно, например, к современной экономической системе России и к государственному механизму управления ею полностью упраздняется ранее доминировавший принцип демократического централизма; значительно ослабляются (с негативными последствиями для процесса управления экономикой и самой экономики) принципы строгой подотчетности и подконтрольности нижестоящих государственных органов перед вышестоящими органами; формируются и

отчасти осуществляются новые или относительно новые принципы, такие, например, как политический и идеологический плюрализм, федерализм, принцип разделения властей и др.

Неточно утверждать, что данные и им подобные принципы в организации и деятельности госаппарата раньше вовсе не были известны отечественной юридической науке и практике. О них достаточно много говорилось на конференциях и симпозиумах. Их обсуждали и о них писали. Однако в реальной жизни они не воплощались. Более того, некоторые из них, такие, например, как «буржуазный» принцип разделения властей, воспринимались только в критическом плане и на практике полностью отвергались. Это, несомненно, было ошибкой, обусловленной политическими и идеологическими воззрениями. Согласно им государственная власть со всеми ее признаками и атрибутами считалась единой и неделимой. Данное положение автоматически распространялось и на органы, осуществлявшие эту власть. Разделение властей, а точнее функций, допускалось лишь в отношении партии и государства. Об этом, как известно, многократно говорилось и писалось как в официальных источниках, так и в научной литературе.

В настоящее время ситуация кардинально изменилась. Конституционно закрепленный (ст. 10 Конституции РФ) принцип разделения властей не только признается теоретически, но его пытаются (по крайней мере на словах) осуществлять и практически. По отношению к системе органов государственного воздействия на экономику России (государственное управление и регулирование) применение этого принципа выглядит следующим образом.

Органы государственной власти, издавая соответствующие нормативно-правовые акты, тем самым формируют правовую основу механизма государственного воздействия на экономику. Органы государственного управления, применяя эти акты, тем самым осуществляют целенаправленное воздействие на экономику и формируют в этой сфере новую юридическую практику. Судебные органы, разрешая возникающие в коммерческой, хозяйственной и иных областях экономической жизни споры, тем самым способствуют созданию реальных предпосылок для упорядочения и закрепления сложившихся экономических связей, для поддержания постоянного баланса между законом (законодательными органами) и его адекватным применением (правоприменительными органами).

Аналогичная картина, модель взаимоотношений между различными составными частями государственного механизма, имеющими дело с национальной экономикой, наблюдается на уровне не только федеральных государственных органов, но и субъектов федерации.

Глава XII

РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ В ГОСУДАРСТВЕННОМ МЕХАНИЗМЕ

§ 1. Истоки, роль и назначение теории разделения властей

Теория разделения властей, именуемая нередко принципом разделения властей, в том виде, как она воспринимается ныне применительно к государственному режиму, появилась более трехсот лет назад. Основателями ее считаются английский философ-материалист, создатель идейно-политической доктрины либерализма *Джон Локк* (1632—1704) и французский просветитель, философ и правовед *Шарль Луи Монтескье* (1689—1755).

Идеи Локка о разделении властей были изложены в его главном труде «Два трактата о государственном правлении» (1690), а идеи Монтескье о разделении властей и другие его общественно-политические воззрения — в романе «Персидские письма», историческом очерке «Размышления о причинах величия и падения римлян» и основном его произведении — «О духе законов» (1748).

Подобно другим научным идеям и концепциям, теория разделения властей возникла не на пустом месте. Она была подготовлена всем предшествующим социально-политическим развитием и накоплением исторического опыта в организации государственно-правовой жизни и поддержании стабильности в обществе и государстве.

Рассуждая на эту тему, известный государственный деятель России, автор плана либеральных преобразований в стране М. М. Сперанский (1772—1839) писал, что царства земные имеют свои эпохи величия и упадка, и в каждой эпохе *образ правления должен быть соразмерен той степени государственного образования, на коем стоит государство».* Каждый раз, подчеркивал автор, «когда образ правления отстает или предваряет сею степень», он «испровергается большим или меньшим потрясениям»[1].

Теория разделения властей не могла возникнуть, а тем более «материализоваться» на той ступени развития государства — «степени государственного образования», которая обычно именуется восточным деспотизмом или европейским абсолютизмом. Ибо власть в этих государственных системах, «издревле разделявших политический мир», неизменно сосредоточивалась лишь в одних руках — восточного деспота, царя, фараона, монарха. Закон в отношении такой власти был совершенно беспомощен.

[1] План государственного преобразования графа М. М. Сперанского. М., 1905. С. 15.

Деспотическая власть, по словам Сперанского, в отношении самого произвольно издаваемого ею закона «не допускала ни меры, ни границ». Что же касается абсолютизма, то отражавшая и реализовавшая его государственная машина «была основана на власти самодержавной», ограничиваемой «не законом, но вещественным», или «материальным ее разделением»[1].

Теория разделения властей возникает и начинает материализовываться лишь на той стадии развития общества и государства, когда созревают все необходимые предпосылки для активного участия широких слоев общества в социально-политической жизни и политических процессах страны; торжествует хотя бы в формальном плане политический и идеологический плюрализм; среди интеллектуальных слоев общества идет усиленный поиск путей и средств создания надежных гарантий прав и свобод подданных или граждан; предпринимаются попытки ограждения их, а вместе с ними всего общества и государства от возможной узурпации всей государственной власти со стороны как отдельных лиц, так и отдельных органов государства.

Именно в конце XVII в., в период так называемой «Славной революции» в Англии, и в середине XVIII в., в период нарастания революционных настроений во Франции, усилиями Дж. Локка и Ш. Монтескье разрабатываются основные положения, закладывается фундамент и создается каркас здания под названием «теория разделения властей».

При рассмотрении процесса формирования теории разделения властей в научной литературе обычно выделяют три фазы. Во-первых, это создание того мировоззренческого фона, обстановки, в которой стали возможными появление концепции разделения властей, оформление составляющих ее элементов. Во-вторых, это собственно концепции, оформление ее отдельных частей и гармоничное соединение их воедино. И, в-третьих, это внесение первых корректировок, появившихся в результате накопления практического опыта по претворению основных положений теории разделения властей в жизнь[2].

Длительность этих фаз, по мнению ученых, далеко не одинакова. Первая фаза охватывает период с XVI в. до второй половины XVII в. Вторая (основная фаза) — со второй половины XVII в. до середины XVIII в. И третья, завершающая фаза приходится на середину XVIII в. и до конца первой половины XIX в.

С точки зрения социально-экономического и государственно-правового развития это были во многом весьма разнородные периоды. Однако с точки зрения становления концепции разделения властей все эти процессы могут быть объединены «в рамках процесса развития одной мировой цивилизации». А именно — той, которая заняла господствующее положение в Центральной и Западной Европе, а затем распространилась и на Северную Америку. «Политическая культура, составной ча-

---

[1] План государственного преобразования графа М. М. Сперанского. С. 16.

[2] *Терехов В. И.* Становление и развитие концепции разделения властей // Разделение властей: история и современность / Отв. ред. М. Н. Марченко М., 2002. С. 8.

стью которой стала концепция разделения властей, была порождением именно этой цивилизации»[1].

Говоря о конкретных условиях и предпосылках возникновения теории разделения властей в Англии — в интерпретации Дж. Локка и во Франции — в представлении Ш. Монтескье, *необходимо исходить не только из анализа объективных факторов, но и принимать во внимание субъективные воззрения ее основателей.*

В частности, для глубокого понимания истоков, роли и назначения данной концепции в Англии весьма важно не только констатировать такие объективно существовавшие факторы, как установление более «удобной» для набиравшего в тот период силу нового класса буржуазии конституционной монархии, получившей затем законодательное закрепление в Билле о правах (1689) и Акте об устроении (1701), как достижение социально-политического компромисса между земельной и денежной аристократией, между фактически господствовавшей в стране буржуазией и официально правящим дворянством и др.

Объективные факторы — реально существующие условия и предпосылки, несомненно, являются той основой, на которой возникают и функционируют как отдельные идеи, так и сама теория разделения властей. Они безусловно имеют важнейшее значение для процесса возникновения и развития рассматриваемой концепции и играют при этом доминирующую роль.

Однако далеко не второстепенное значение для данного процесса имеют и субъективные факторы, в частности политико-правовые и философские воззрения самого основателя доктрины разделения властей Дж. Локка.

Будучи сторонником теории естественного права, общественного договора, неотчуждаемости естественных прав и свобод личности, наконец, идеологом социального компромисса и защитником идей либерализма, Дж. Локк не без оснований рассматривал разрабатываемый им принцип или теорию разделения властей как один из способов достижения сложившихся в его миропонимании целей и решения ряда социально-политических задач.

Представляя государство как совокупность людей, объединившихся в одно целое под эгидой ими же установленного общего закона и создавших судебную инстанцию, правомочную улаживать конфликты между ними, Локк считал, что «только такой, а не какой бы то ни было иной институт, как государство — носитель публичной (политической) власти способен защитить права и свободы граждан, гарантировать их участие в общественно-политической жизни», добиться «главной и великой цели» — сохранения собственности, ради которой люди объединяются в политическое сообщество.

Однако успешное выполнение этой сложной и весьма многогранной миссии со стороны государства непременно требует, согласно воззрениям знаменитого философа, четкого разделения его публично-правовых полномочий на уравновешивающие друг друга «составные части и, соот-

[1] *Терехов В. И.* Указ. соч. С. 8.

ветственно, наделения ими различных, сдерживающих» друг друга от чрезмерных властных притязаний государственных органов.

В соответствии с этим видением вопроса полномочия принимать законы (законодательная ветвь власти) возлагаются на парламент, а полномочия осуществлять их (исполнительная власть) — на монарха и правительство (кабинет министров). Все виды публично-властной деятельности и реализующие их государственные органы располагаются в иерархическом порядке. Верховной властью объявляется законодательная власть. Все иные ветви власти подчиняются ей, но вместе с тем оказывают на нее активное воздействие.

Отстаивая данный способ организации власти и распределения ее между различными государственными органами, Локк активно выступал против концепции абсолютизации и неограниченности власти. Абсолютная монархия, писал в связи с этим автор, которую некоторые считают «единственной формой правления в мире», на самом деле «несовместима с гражданским обществом и, следовательно, не может быть формой гражданского правления»[1].

Дело в том, пояснял ученый, что поскольку она сама не подчиняется закону, то, следовательно, она не может обеспечить подчинение ему и других властей и лиц. Такая власть не способна гарантировать и естественную свободу человека.

Последняя заключается в том, что человек по природе своей полностью свободен «от какой бы то ни было стоящей выше его власти на земле и не подчиняется власти другого человека, но руководствуется только законом природы»[2]. В отличие от естественной свободы, «свобода человека в обществе» состоит в том, что он не подчиняется никакой другой «законодательной власти, кроме той, которая установлена по согласию в государстве, и не находится в подчинении чьей-либо воле и не ограничен каким-либо законом, за исключением тех, которые будут установлены этим законодательным органом в соответствии с оказанным ему доверием»[3].

Согласно философским и политическим воззрениям Дж. Локка, если абсолютная монархия — эта постоянная тирания и беззаконие находится в глубоком противоречии с природой человека и общественным договором, то публичная политическая власть, построенная на основе принципа разделения властей, изначально соответствует естественной природе людей.

Обосновывая данный тезис, автор обращался к таким природным чертам человека, как его способность создавать общие для всех правила поведения и в повседневной жизни руководствоваться ими; способность претворять общие правила в конкретных ситуациях; наконец, способность не только устанавливать, но и поддерживать на определенном уровне и в определенных рамках свои отношения с другими людьми. Наличием данных природных черт человека обосновывались необходи-

---

[1] *Локк Дж.* Сочинения: В 3 т. Т. 3. С. 312.

[2] Там же. С. 274.

[3] Там же.

мость и естественность разделения властей на законодательную, исполнительную, судебную и федеративную (ведающую международными отношениями) власти.

Разумеется, что реальное проявление названных черт, как и само такое разделение властей, возможны лишь в условиях государственного, а не догосударственного, естественного существования и состояния отдельного человека и всего общества. Ибо в естественном состоянии, по мнению Локка, во-первых, «не хватает установленного, определенного, известного закона», который был бы признан и допущен по общему согласию в качестве «нормы справедливости и несправедливости и служил бы общим мерилом», при помощи которого разрешались бы между ними споры.

Во-вторых, в естественном состоянии «не хватает знающего и беспристрастного судьи, который обладал бы властью разрешать все затруднения в соответствии с установленным законом».

И, в-третьих, в естественном состоянии часто «недостает силы, которая могла бы подкрепить и поддержать справедливый приговор и привести его в исполнение»[1].

Аналогичные идеи о разделении властей развивались и дополнялись позднее в работах Ш. Монтескье. В каждом государстве, писал он, «есть три рода власти: власть законодательная, власть, ведающая вопросами международного права, и власть исполнительная, ведающая вопросами права гражданского.

В силу обладания первой властью государь (или учреждение) создает законы, временные или постоянные, и исправляет или отменяет существующие законы. В силу второй он объявляет войну или заключает мир, посылает и принимает послов, обеспечивает безопасность, предотвращает нашествия. В силу третьей власти он карает преступников и разрешает столкновения частных лиц. Последнюю власть можно назвать судебной, а вторую — просто исполнительной властью государства»[2].

Неразрывно связывая идею политической свободы с идеей гражданской свободы и выступая за строгое соблюдение законов, регулирующих отношения между гражданами и государством, Монтескье усматривал, так же как и Локк, в четком разделении и взаимном сдерживании властей не только реальную гарантию прав и свобод граждан, но и их защиту от государственного произвола и беззакония.

Отсутствие такого разделения властей, равно как и отсутствие механизма их взаимного сдерживания друг друга, с неизбежностью ведет, по мнению мыслителя, к сосредоточению власти в руках одного лица, государственного органа или небольшой группы людей, а также к злоупотреблению государственной властью и произволу.

При рассмотрении истоков теории разделения властей, равно как и процесса ее становления и развития, в научной и учебной юридической литературе совершенно справедливо указывается на то, что, несмотря на общность многих положений, высказанных Локком и Мон-

[1] *Локк Дж.* Указ. соч. Т. 3. С. 335.

[2] *Монтескьё Ш.* Избранные произведения. М., 1995. С. 290.

тескье в отношении рассматриваемой теории, учение Монтескье о разделении властей «обладало значительной новизной по сравнению с предшествующими концепциями»[1].

В чем это проявлялось? Во-первых, в том, что Монтескье соединил либеральное понимание свободы с идеей конституционного закрепления механизма разделения властей[2]. Свобода, доказывал просветитель, «устанавливается *только законами* и даже законами основными». А во-вторых, в том, что он более определенно высказался за включение в состав властей, подлежащих *разграничению, судебных* органов. Система государственного управления, построенная на основе принципа разграничения властей, в первую очередь законодательной и исполнительной власти, дополнялась у Монтескье принципом независимости судей.

Рассмотренная им триада в виде законодательной, исполнительной и судебной властей со временем стала классической формулой теории конституционализма.

Идеологически теория разделения властей была направлена против королевского абсолютизма и служила обоснованию сложившегося в условиях предреволюционной Франции компромисса буржуазии и дворянства[3]. Государственной формой такого компромисса во Франции, так же как и в Англии, усматривалась конституционная монархия.

Теория разделения властей имела и имеет в настоящее время не только научное, академическое значение, но и практическую значимость. Идеи разделения властей были широко представлены, например, в таких фундаментальных актах, игравших огромную для своего времени юридическую и политико-практическую роль, как Декларация прав человека и гражданина (1789), в которой акцентировалось особое внимание не только на индивидуальных правах и свободах, но и на важности для установления конституционного порядка разделения властей (ст. 16); Конституция Франции 1791 г., где закреплялось принципиально важное положение о том, что «во Франции нет власти, стоящей над законом», и что «король царствует лишь в силу закона, и лишь именем закона он может требовать повиновения» (гл. II, отд. 1, ст. 3) и др.

Следует обратить особое внимание на то, что в Конституции 1791 г. наряду с сохранявшейся, хотя и ограниченной законом монархией в разделе «О государственных властях» выделялось положение о том, что «суверенитет принадлежит всей нации», что он «един, неделим, неотчуждаем и неотъемлем».

Весьма важным в плане разделения властей было конституционное установление, согласно которому «ни одна часть народа, никакое лицо не может себе присвоить его существование».

В соответствии с этим установлением «законодательная власть вверяется Национальному Собранию, в состав которого входят представители, свободно избранные народом на определенный срок». *Исполни-*

---

[1] История политических и правовых учений / Под ред. О. Э. Лейста. М., 1997. С. 233.

[2] *Азаркин Н. М.* Учение Монтескье о разделении властей. М., 1983.

[3] История политических и правовых учений. С. 233.

тельная власть «вверена королю и осуществляется под его главенством министрами и прочими ответственными органами». *Судебная же власть* «вверена королю и осуществляется под его главенством министрами и прочими ответственными органами». *Судебная же власть* «вверена судьям, избираемым народом на определенный срок» (ст. 1—5 разд. III).

По мере своего становления и развития теория разделения властей нашла довольно широкий отклик в академических и политических кругах не только Англии и Франции, но и ряда других стран.

Причем, если, например, в Америке она с самого начала пользовалась большим успехом и местными учеными и политическими деятелями бралась на вооружение, то в Германии, значительной частью интеллектуальной элиты, ряд ее положений подвергался сомнению.

Так, в фундаментальной работе «Общее учение о государстве» Г. Еллинек высказывает свое явно скептическое отношение по поводу возможности в реальной жизни добиться такого положения, когда законодательная власть в лице парламента сможет фактически сдерживать исполнительную власть, находящуюся в руках монарха; когда между ними сможет быть достигнуто равновесие.

Такое состояние является, по мнению мэтра, «политически наименее вероятным, так как соотношение социальных сил, составляющих основу политического могущества, крайне редко и уже во всяком случае только временно складывается так, чтобы было возможно полное равновесие двух постоянных политических факторов». Но именно на «такую невероятную комбинацию рассчитана теория равновесия» Монтескье и других ее сторонников, и уже поэтому реальность применения этой теории и ее действенность подлежат сомнению[1].

В России, помимо ряда других государственных деятелей и ученых, теория разделения властей занимала особое внимание М. М. Сперанского. В своем «Введении к уложению государственных законов» (1809) он писал в связи с попыткой использования этой теории для «преобразования» самодержавия и стремлением поставить ее в рамки закона, что «нельзя основать правление на законе, если одна державная власть будет и составлять закон и исполнять его». Необходимо ее разделение. Необходимо, чтобы одни «установления» действовали в процессе составления закона, а другие — при их исполнении[2].

Из троякого порядка государственных сил, продолжал автор, возникает «троякий порядок сих установлений». Одно из них «должно действовать в образовании закона, другое — в исполнении, третье — в части судной. Разум всех сил установлений может быть различен».

М. М. Сперанский предлагал «два различных устройства» самодержавной власти на основе закона и принципа «разъединения» властей.

Первый вариант такого устройства состоит в том, чтобы «облечь правление самодержавное» всеми внешними формами закона, оставив в существе его ту же силу и то же пространство самодержавия».

---

[1] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. С. 521.

[2] План государственного преобразования графа М. М. Сперанского. С. 26—28.

Главные черты и особенности такого устройства сводятся, по мнению автора, к тому, чтобы: 1) «установить сословие, которое бы представляло силу законодательную, свободную», но которая на самом деле была бы «под влиянием и в совершенной зависимости от власти самодержавной»; 2) силу исполнительную «так учредить, чтобы она по выражению закона состояла в ответственности, но по разуму его была бы совершенно независима»; 3) власти судной «дать все преимущества видимой свободы, но связать ее на самом деле такими учреждениями, чтобы она в существе своем всегда состояла во власти самодержавной».

Данный вариант самодержавного устройства, делал вывод Сперанский, *будет лишь казаться «во мнении народном» действующим.* Но на самом деле он никогда не будет таковым[1].

Суть второго варианта такого устройства сводится к тому, чтобы не только «внешними формами покрыть самодержавие», но и ограничить его «внутреннюю и внешнюю, существенную силою установлений». *Нужно «учредить державную власть на законе не словами, но самим делом»*[2].

Если предпочтение будет отдано этому варианту, писал автор, тогда все «установления» должны быть «расположены на иных правилах».

А именно: 1) законодательное сословие должно быть так устроено, «чтобы оно не могло совершать своих положений без державной власти, но чтобы мнения его были свободны и выражали бы собою мнение народное»; 2) сословие судебное должно быть так образовано, «чтобы в бытии своем оно зависело от свободного выбора, и один только надзор форм судебных и охранение общей безопасности принадлежали правительству»; 3) власть исполнительная «должна быть вся исключительно вверена правительству». А чтобы эта власть «распоряжениями своими под видом исполнения законов» не могла бы «ни обезобразить», «ни совсем уничтожить» их, она должна быть поставлена под «ответственность власти законодательной»[3].

Сравнивая два этих возможных варианта преобразования самодержавия с помощью теории разделения властей, Сперанский делал окончательный вывод в пользу второго как более совершенного и более действенного варианта.

Если первая из сравниваемых между собой потенциальных систем, анализировал он, «имеет только вид закона», то другая есть «самое существо его». Если первая недолговечна и «издалека сама готовит себе прекращение», то другая, при благоприятных обстоятельствах, «может утвердиться, долгое время без важных перемен постепенно следовать за гражданским усовершенствованием». Наконец, если первая может быть оправдана в народе своевольном, непостоянном, преклонном ко всем новым умствованиям и особливо тогда, когда народ сей выходит из анархии с превратными привычками», то вторая «одна может быть свойственна народу, который имеет более доброго смысла, нежели пыт-

---

[1] План государственного преобразования графа М. М. Сперанского. С. 26—28.

[2] Там же С. 33.

[3] Там же. С. 34.

ливости, более простого и твердого разума, нежели воображения, коего характер трудно обольстить, но легко убедить простою истиною»[1].

Говоря о развитии теории разделения властей в России и в других странах, следует отметить, что при этом широко использовалась не только ее традиционная модель — триада, состоящая из законодательной, исполнительной и судебной властей, но предлагались и другие ее варианты.

Так, Сперанский считал, что помимо традиционного разделения властей следует использовать их классификацию на физическую и моральную власти[2]. Известный французский юрист конца XIX — начала XX в. М. Ориу в своей фундаментальной работе «Основы публичного права» выделял и анализировал с точки зрения взаимосвязи и взаимного «равновесия» властей политическую и экономическую власти, военную и гражданскую власти, гражданскую и религиозную и др.[3]

По справедливому замечанию автора, «одним из преимуществ теории равновесий является то, что она придает смысл многочисленным разделениям, которые видны даже при самом поверхностном наблюдении над государственным режимом»[4]. Последний же всегда является «режимом разделений». В равновесии он находится лишь благодаря тому, что «разделяет окружающие его силы, противопоставляя их друг другу и восполняя одну за счет другой»[5].

Ориу не без оснований считал возможным использование теории или принципа «сдерживания (равновесия) властей» не только для анализа властных взаимоотношений, возникающих в государственной сфере, но и в различных общественных сферах. «В сущности, гражданское общество,— замечал он,— покоится на основном разделении между политической властью и экономическим могуществом»[6].

Аналогичные подходы к анализу разделения властей и расширительной трактовке этой теории в последующем использовались и многими другими авторами.

§ 2. Разнообразие взглядов на теорию разделения властей на Западе

Теория разделения властей занимает значительное место в современной юридической и социально-политической литературе Запада. Разъяснению основных положений данной концепции посвящена огромная масса популярной и учебной литературы. Практически нет таких учебников и учебных пособий, например, по конституционному праву,

---

[1] План государственного преобразования графа М. М. Сперанского. С. 34.

[2] Там же. С. 17—21.

[3] *Ориу М.* Основы публичного права. С. 416—462.

[4] Там же. С. 415.

[5] Там же.

[6] Там же.

в которых не содержались бы главы или разделы, касающиеся рассматриваемой теории.

Анализ содержания основных направлений развития теории разделения властей, ее места и роли в государственно-правовом и конституционном механизме различных стран посвящены многочисленные монографии, научные статьи, брошюры[1]. В них не только раскрываются исходные положения, истоки данной концепции, но и применительно к изменяющейся экономической и социально-политической среде предлагаются их порой весьма противоречивое понимание и аналогичное по своему характеру их толкование.

Последнее особенно четко прослеживается тогда, когда имеющие дело с теорией разделения властей на современном этапе развития общества авторы берут за исходное в своих спорах и суждениях различные ее истоки или учения. Так, взяв за исходное учение Дж. Локка о том, что в «конституционном государстве, опирающемся на свой собственный базис и действующем в соответствии со своей собственной природой, т. е. действующем ради сохранения сообщества, может быть всего одна верховная власть, а именно законодательная, которой все остальные подчиняются, и должны подчиняться...»[2], авторы неизбежно приходят к выводу о необходимости чрезмерного преувеличения, а иногда и абсолютизации законодательной власти.

Опираясь же в своих спорах и суждениях на основные положения, сформулированные Ш. Монтескье относительно того, что для образования «умеренного правления» надо уметь «комбинировать власти, регулировать их, умерять, приводить их в действие, подбавлять, так сказать, балласту одной, чтобы она могла усовершенствовать другую...»[3], современные исследователи и интерпретаторы теории разделения властей самой логикой своих рассуждений неизбежно приходят к несколько иному выводу. А именно, не отрицая доминирующей роли законодательной власти в системе всех остальных ветвей и органов государственной власти, они склоняются к мнению, что последнюю тем не менее не следует возводить в абсолют и рассматривать как некое чуть ли не надгосударственное или надправовое образование. Ведь хорошо известно, что еще Дж. Мэдисон и многие другие «ранние» авторы на примере США довольно убедительно доказали, что «полномочия, принадлежащие одному ведомству, не должны прямо или косвенно осуществляться ни одним из двух других» и что «непомерно разбухшая и всеохватывающая прерогатива наследственной исполнительной власти, да еще поддержанная

---

[1] *Wade E., Bradley A.* (eds.) Constitutional Law. L. 1978; *Fischer Heim.* (Hrsg.). Das Politische System Osterreichs. Wien, 1992; *Hogg P. (ed.)* Constitutional Law of Canada. Toronto, 1985; *Iwyn W.* The Indeterminacy of the Separation of Powers and the Federal Court // The George Washington Law Review. 1989. № 3; *Buffington M.* Separation of Powers and the Independent Governmental Entity After Mistretta V. // Lousiana Law Review. 1989. Vol. 50.

[2] *Локк Дж.* Указ. соч. С. 349.

[3] *Монтескье Ш.* Указ. соч. С. 309.

и подкрепленная наследственной законодательной» представляет собой огромную опасность для свободы и независимости народа. Узурпация всей власти со стороны законодателей «ведет к такой же тирании, как и узурпация правления исполнительной властью»[1].

По каким же другим направлениям прослеживается различное понимание и соответствующее ему толкование на современном этапе теории разделения властей? Практически по всем. Но наиболее важными из них являются следующие. Во-первых, разночтения по вопросу о месте и роли самой концепции разделения властей в современной государственно-правовой теории и практике. Во-вторых, различная интерпретация проблем соотношения общей теории разделения властей и «национальной» практики ее применения. И, в-третьих, разноречивое понимание и неодинаковое толкование вопросов, касающихся оптимального соотношения законодательной и исполнительной властей, с одной стороны, и места и роли в рассматриваемой триаде судебных органов — с другой.

Не вдаваясь в подробности, остановимся на кратком рассмотрении каждого из этих направлений.

Вначале несколько слов о *разных взглядах и подходах к самой теории разделения властей и практике ее применения.*

В этом вопросе, равно как и в других, нет единого представления об идеологической, социально-политической важности и практической значимости данной теории. Спектр мнений и суждений весьма велик — от полного и безоговорочного восприятия до такого же по своему характеру неприятия теории разделения властей.

Причем, когда речь идет об эйфории и безоглядном восприятии теории, то вовсе не имеются в виду только так называемые «молодые демократии», возникшие на развалинах СССР и других «социалистических» стран Восточной Европы[2]. В данном случае они не в счет, ибо слепо и покорно копируют практически любой опыт «цивилизованных стран», включая опыт применения теории разделения властей. Имеются в виду прежде всего ныне существующие высокоразвитые в промышленном отношении западные страны: США, Канада, Италия, Франция, Германия и др.

Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к текстам конституций ряда этих стран, и в особенности США, на уровне отдельных штатов. Традиционно подавляющее большинство из них не только провозглашает в общей форме, но и обстоятельно закрепляет принцип разделения властей. Так, в Конституции штата Массачусетс (ст. 30) особо подчеркивается, что в государственном механизме этого штата «законодательные органы никогда не должны выполнять функции исполнительной и судебной власти или же обеих их. Власть этого штата в конеч-

---

[1] Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М., 1993. С. 331—332.

[2] См. об этом: *Ковачев Д. А.* Принцип разделения властей в конституциях государств Восточной Европы // Конституционные реформы в государствах Содружества / Под. ред. Ю. А. Тихомирова М., 1993. С. 119—126.

ном счете может быть только властью (господством) права, а не людей»[1].

В Конституции штата Коннектикут (ст. 2) также закрепляется данный принцип. Согласно этому основному акту власть в штате «должна быть разделена между тремя различными ведомствами. При этом законодательная власть должна принадлежать одному ведомству. Исполнительная — другому. И судебная — третьему»[2].

Аналогично дело обстоит и с непринятием теории разделения властей. Негативное отношение к ней выражается не только в работах ряда авторов, которых официозная пресса стран «молодой демократии» именует не иначе как сторонниками коммунизма и тоталитаризма, но и в научных трудах многих других, вполне респектабельных с либерально-буржуазной точки зрения авторов.

Анализируя основные положения теории разделения властей под углом зрения их применения к современной действительности, ряд ученых-конституционалистов приходят к выводу о том, что в реальной жизни данная теория нередко остается не чем иным, как лишь «формальной теорией». Что же касается практики ее применения, то она зачастую носит если не откровенно негативный, то, во всяком случае, весьма противоречивый характер.

Исходя из того, что все три ветви власти очень тесно связаны между собой и стремятся в конституционном плане контролировать друг друга, пишет, в частности, Е. Грессман, трудно предположить, что «совершенно необходимый для эффективного и свободного управления государством уровень разделения властей друг от друга может быть когда-либо найден и должным образом в течение длительного времени сохранен»[3].

В силу этого, продолжает автор, постановка вопроса, согласно которой в США, например, законодательные функции могут выполняться только конгрессом на двухпалатной основе, функции исполнительной власти — исключительно президентом или различными органами, находящимися под его контролем, а судебные, согласно ст. III Конституции,— только судьями и судами, такая постановка вопроса, да еще со ссылками на работы Монтескьё и Мэдисона, является «в интеллектуальном отношении нечестной и исторически неверной»[4].

Одна из причин подобной оценки заключается в том, что при таком подходе из всего разнообразия функций, выполняемых каждой из трех властей, сознательно или неосознанно исключаются «сходные или смешанные функции»[5]. А это противоречит практике применения теории разделения властей и самой действительности. Кроме того, наличие та-

---

[1] The Constitution of the Commonwealth of Massachusetts. Boston, 1992. З. 6.

[2] State of Connecticut Register and Manual 1993. Hartford, 1993. P. 31.

[3] *Gressman E.* Separation of Powers: The Third Circuit Dimiention // Seton Hall Law Review. 1989. № 3. P. 492.

[4] Ibid. P. 494.

[5] Ibidem.

кого рода «чистой», или «экстремистской» (как ее еще называют), теории разделения властей не подтверждается опытом государственно-правового строительства, реальной жизнью.

В связи с вышесказанным в политической и юридической литературе Запада иногда выражается мнение, что «формалистический» подход к разделению властей является «губительным» с точки зрения объективного исследования деятельности государственного механизма и решения проблем оптимального взаимодействия различных властей[1]. Он не позволяет «правильно описать то, как на самом деле функционирует современное федеральное правительство и каковыми по своему характеру являются взаимосвязи между законодательной и исполнительной властями»[2].

Аналогичного мнения о «чистой», исходящей из строгого выполнения своих функций каждой из властвующих ветвей, теории разделения властей нередко придерживаются и судебные инстанции. Это проявляется особенно наглядно во всех тех случаях, когда рассматриваются дела о конституционности или неконституционности делегирования законодательных функций от одних госорганов к другим и когда, таким образом, выражается отношение судебных органов к теории разделения властей, ее месту и роли в государственно-правовом строительстве в целом[3].

Значительные разночтения в западной литературе и государственно-правовой практике имеют место не только в отношении общей оценки теории разделения властей. Не менее отчетливо они проявляются, в частности, при решении проблем соотношения общей теории разделения властей и «национальной» практики ее применения.

Как ни парадоксально это звучит по истечении нескольких столетий с момента появления теории разделения властей, но вопрос и поныне некоторыми ее исследователями ставится именно так: а существует ли такая теория вообще, в цельном виде? Если существует, то что она собой представляет? *Что в этой теории общего и особенного, универсального и национального?*

В западных академических кругах нет единого ответа на данные вопросы. Спектр мнений весьма широк и разнообразен. Наряду с признанием факта существования общей теории разделения властей — этой «никогда нескончаемой и вечно приводящей к неразберихе саге о разделении властей»[4] — в научной литературе бытует мнение, что существует не общая теория, а лишь принцип разделения властей. В своем практическом воплощении он направлен, по мнению американского исследова-

---

[1] *Sustein A.* Constitutionalism After the New Deal // Harvard Law Review. 1987. Vol. 101. P. 421—457.

[2] *Gressman E.* Op. cit. P. 497.

[3] United States V. Nixon, 418 U.S. 683, 707 (1974); Nixon V. Administrator of General Service. 433 U.S. 425, 442 (1977); Ameron, inc. V. United States Army Corps of Engineers. 787 F. 2nd 875 (1988); United States V. Frank. 864 F. 2 nd 992 (1988).

[4] *Gressman E.* Op. cit. P. 491.

теля Б. Зигана, на то, чтобы разрешить внутренне противоречивую проблему, связанную с созданием такой государственно-правовой системы, которая, с одной стороны, «была бы достаточно властной, чтобы полностью выполнять свое предназначение. А с другой — не такой всесильной, чтобы подавлять общество и отдельных людей. Ведь хорошо известно, что неограниченная власть, независимо от того, в руках какого органа она сосредоточивается — короля или парламента, всегда содержит в себе риск быть постепенно трансформированной в неограниченную тиранию»[1].

Аналогичного взгляда на разделение властей, скорее как на конституционный принцип, чем как на общую теорию, придерживаются и другие авторы. Довольно устоявшимся при этом является мнение, во-первых, о том, что разделение властей — это не статика, а динамика, процесс, а во-вторых, что это не общая теория, а принцип, связанный с постоянным «перераспределением и изменением баланса власти между ее различными ветвями»[2].

Наряду с высказанными суждениями относительно степени и характера оформленности теории разделения властей в западной научной литературе существуют и иные мнения, согласно которым в научной теории и практике государствоведы и правоведы имеют дело не с общей теорией разделения властей, а с концепцией «отделения друг от друга осуществляющих совместно государственную власть различных *институтов*»[3].

Проводится мысль о том, что поскольку в каждом современном государстве, независимо от формы правления и государственного устройства, вся власть в конечном счете принадлежит народу, коренится в народе и существует для народа, то логичнее в таком случае вести речь не о разделении властей, а о разделении *функций* (компетенции, сфер деятельности и полномочий) различных государственных органов[4].

Небезынтересно отметить, что на основе одного и того же исходного тезиса — о принадлежности власти народу в разных странах и политических ситуациях — делаются весьма противоречивые выводы. В бывшем СССР и его восточноевропейских сателлитах обосновывался вывод о единстве и неделимости народной власти. Как некое отступление допускался тезис о разделении компетенции или функций.

Что же касается западных стран, то в них на основе аналогичного тезиса о всевластии и единовластии народа делался вывод о формально-юридическом и фактическом разделении властей, а иногда и функций; этот же вывод закреплялся в текущем законодательстве и в конституционных актах.

---

[1] *Siegan B.* Separations of Powers and Other Divisions of Authority under the Constitution // Suffolk University Law Review. 1989. № 1. P. 1.

[2] *Hendel S.* Separation of Powers Revisited in Light of «Watergate» // The Western Political Quarterly. 1974. № 4. P. 575; *Janda K., Berry J., Goldman I., Huff E.* The Challenge of Democracy. Government in America. Boston, 1990. P. 49—51.

[3] *Neustadt R.* Presidential Power: The Politics of Leadership. N.Y., 1980. P. 33.

[4] *Fischer Heim.* (Hrsg.). Opt. cit. S. 271—313.

Так, в Конституции США, прокламирующей в преамбуле принадлежность всей власти народу, в то же время устанавливается фактическое ее распределение между различными ветвями власти. Статья I (разд. 1) Конституции закрепляет, например, что все установленные в Конституции «полномочия законодательной власти принадлежат Конгрессу Соединенных Штатов, который состоит из Сената и Палаты представителей». Статья II (разд. 1) провозглашает, что «исполнительная власть осуществляется Президентом Соединенных Штатов Америки. Он состоит в своей должности в продолжение четырехлетнего срока...». И статья III (разд. 1) устанавливает, что «судебная власть Соединенных Штатов осуществляется Верховным судом и теми низшими судами, которые будут время от времени учреждаться Конгрессом».

В современной государственной идеологии России, делающей акцент, как и прежняя официальная идеология, на «безраздельной власти народа и для народа», вслед за западными авторами следует вывод о существовании в государственном механизме страны разделения властей. Тезис о последовательном разделении полномочий и функций между центральными государственными органами был, таким образом, в официальном (явочном) порядке заменен тезисом о «последовательном» разделении властей. Разумеется, никакой последовательности в этом нет и быть не может. Но не в том дело.

Нет необходимости спорить по данному поводу. Точно так же как и по поводу того, существует ли общая теория разделения властей в цельном виде или не существует. Это может, по-видимому, доказать только практика применения данной теории.

Сейчас важно лишь констатировать, что, несмотря на широкий разброс мнений относительно цельности и степени оформленности, теория существует, по признанию большинства авторов, хотя и далеко не в «законченном» виде.

Начиная от Дж. Локка и Ш. Монтескье, с именами которых связывают активную разработку данной теории, и кончая нашими современниками — экспертами в данной сфере, выработаны конкретные, универсальные положения, составляющие основу рассматриваемой теории. Созданы фундамент и каркас концепции разделения властей, которые, как представляется, можно рассматривать в качестве общего для всех ее разновидностей и вариантов, независимо от того, где, в какой стране и при каком политическом режиме она применяется и как интерпретируется.

Среди такого рода общих, достаточно устоявшихся универсальных положений, составляющих основу теории разделения властей, можно выделить следующие постулаты.

В каждой стране, именующей себя демократической, законодательная, исполнительная и судебная власти не только тесно связаны между собой единым государственным механизмом, но и относительно самостоятельны[1]. Между высшими государственными органами, осуществляющими законодательные, исполнительные и судебные функции, суще-

[1] *Монтескье Ш.* Указ. соч. С. 308—314.

ствует некий баланс властей, действует система сдержек и противовесов.

Все три власти функционируют, как правило, на постоянной правовой основе. Поскольку законы, как писал в связи с этим Дж. Локк, «обладают постоянной и устойчивой силой и нуждаются в непрерывном исполнении или наблюдении за этим исполнением, то необходимо, чтобы все время существовала власть», которая следила бы за их исполнением[1].

Однако не во всех современных государствах такая правовая база есть. Не случайно некоторые американские авторы сетуют на то, что Верховный суд США, несмотря на множество рассмотренных им дел и созданных прецедентов, «так и не смог в течение более чем двух столетий нашей истории создать систему законодательства, касающуюся непосредственно разделения властей»[2].

Среди общих постулатов теории разделения властей следует выделить также верховенство законодательной власти. Она сохраняется всегда, несмотря на относительную самостоятельность других властей и существующие пределы деятельности. «Ведь то, что может создавать законы для других,— поясняет Дж. Локк,— необходимо должно быть выше их. Законодательная власть является законодательной в обществе лишь потому, что она обладает правом создавать законы для всех частей и для каждого члена общества, предписывая им правила поведения и давая силу для наказания, когда они нарушены, постольку законодательная власть по необходимости должна быть верховной и все остальные власти в лице каких-либо членов или частей общества проистекают из нее и подчинены ей»[3].

Основной и конечной целью осуществления на практике теории разделения властей является предотвращение узурпации всей государственной власти одним лицом или группой лиц и сохранение целостности государственного механизма и всего общества. Несмотря на некоторые различия в понимании конечных целей теории разделения властей, многие авторы едины во мнении, что если в руках одного лица или органа сосредоточивается вся власть, «если один человек может создавать право, применять его и судить о его нарушениях, то в таких случаях свобода не может долго существовать». Конечно, мы все еще можем голосовать один раз в четыре года. Но эти выборы неизбежно превратятся в формальный опрос, где единственным ответом в бюллетене будет только «да»[4].

Как применяются названные и иные положения, составляющие общую теорию разделения властей, на практике? Какие факторы влияют

---

[1] *Локк Дж.* Указ. соч. С. 347.

[2] *Elliott E.* Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence // Journal of Legal Studies. 1984. № 13. P. 113; *Elliott E.* Why Our Separation of Powers Jurisprudence is so Abysmal? // The George Washington Review. 1989. № 3. P. 507.

[3] *Локк Дж.* Указ. соч. С. 350.

[4] *Fitzgerald J.* Congress and the Separation of Powers. N.-Y., 1986. P. 91.

на данный процесс? *Чем обусловливается национальная специфика процесса применения теории разделения властей в той или иной стране?* На эти и другие им подобные вопросы в западной литературе единого ответа нет. Однако если попытаться суммировать разноречивые позиции и отвечать на эти и им подобные вопросы кратко, то ответ звучал бы примерно так: национальная специфика, равно как и факторы, влияющие на процесс применения теории разделения властей в той или иной стране, обусловливаются особенностями развития данной страны, характером и уровнем развития ее государственного механизма, экономики и общества.

Разумеется, *наряду с такого рода объективными факторами не менее важную роль играют и субъективные факторы.* Ибо без них просто невозможно было бы вести речь о применении данной теории в той или иной стране. Это очевидно, как, впрочем, и то, что от того, как понимается теория разделения властей, какие ее положения выдвигаются на первый план, а какие остаются незамеченными, чему уделяется первостепенное значение, во многом зависят характер и особенности ее применения[1].

Если отвечать более обстоятельно на поставленные вопросы, то ответ нужно искать в специфике объективных и субъективных факторов, существующих в той или иной отдельно взятой стране[2], а иногда и в особенностях международного окружения. Например, со значительной долей уверенности можно сказать, что не будь на вооружении правящей элиты современных высокоразвитых в промышленном отношении стран, оказывающих на «пореформенную» Россию и другие бывшие союзные республики большое влияние, то вряд ли принцип разделения властей был бы с такой готовностью воспринят новыми, в основном прозападными политическими элитами в этих «нарождающихся демократиях». Не следует забывать, что теория разделения властей — это не только и даже не столько «формально-юридическая», сколько политическая и идеологическая теория.

Степень и характерные особенности процесса реализации данной концепции в той или иной стране во многом зависят от таких конкретных факторов, как:

а) форма правления государства. Президентская республика, каковой являются, например, США, в гораздо большей степени тяготеет к разделению властей, нежели конституционная монархия в Бельгии, Великобритании, Швеции и ряде других стран;

б) форма государственного устройства. В федеративном государстве, например, в отличие от унитарного, значительный акцент по вполне понятным причинам делается не только на разделении властей по «горизонтали» (между центральными органами государства), но и по «вертикали» (между центром и субъектами федерации);

---

[1] *Ladd Ev.* The American Polity. The People and Their Government. N.Y., 1989. P. 108—127.

[2] См. напр.: Nippon a Charted Servey of Japan 1992/93. Tokyo, 1992. P. 19—22.

в) политический режим. Современные демократические политические режимы, как правило, прокламируют (по крайней мере теоретически) принцип разделения властей и придерживаются его, в то время как в тоталитарных и автократических режимах, даже тогда, когда заявляется о приверженности принципу разделения властей, на деле имеет место лишь разделение властных функций;

г) существующие исторические, национальные и политические традиции, а также сложившаяся политическая практика в той или иной стране.

Наряду с названными действуют и иные объективные и субъективные факторы, влияющие на процесс реализации в разных странах теории разделения властей. Их много. Они весьма разнообразны и многочисленны. О преимуществах и недостатках каждого из них идут споры. Глубокое и разностороннее их изучение позволит создать более полное представление не только об основных положениях теории разделения властей, но и об особенностях национальной практики их применения.

Нескончаемые споры в западных академических и политических кругах идут вокруг вопросов, касающихся оптимального соотношения законодательной и исполнительной властей, а также места и роли в рассматриваемой триаде судебных органов.

На вопрос о значимости судебных органов в системе разделения властей, равно как и на многие другие связанные с ним вопросы, следуют хотя и сходные, но далеко не всегда равнозначные ответы.

В одних случаях акцент делается на том, что в системе разделения властей суд должен выступать своего рода гарантом сложившегося их равновесия. Правда, иногда подобного рода суждения сопровождаются нареканиями в связи с тем, что «в последние годы суды проявляют гораздо больший интерес к разделению властей лишь тогда, когда дела касаются двух других ветвей власти, и почти не проявляют никакого интереса, когда речь идет о самой судебной власти»[1]. Но это не меняет существа дела.

В других случаях суд в системе разделения властей рассматривается как своеобразный арбитр, как институт, выступающий в качестве посредника между законодательной и исполнительной властью. При этом также иногда указывается на то, что суд не справляется с данной задачей. Это происходит, по мнению отдельных авторов, особенно тогда, когда «главная цель разделения властей — обезопасить общество и отдельных граждан от бездарного или тиранического использования власти различными органами, забывается»[2].

Наконец, в третьих случаях суд представляется в виде *института*, призванного в ходе непрекращающейся между различными ветвями власти борьбы за влияние своими решениями *«приспосабливать* непрерывно возрастающую государственную структуру к конституционным

---

[1] *Siegan B.* Op. cit. P. 2.

[2] *Schoenbrod D.* How the Reagan Administration Trivialized Separation of Powers // The George Washington Law Review. 1989. № 3. P. 461.

требованиям разделения властей, каждая из которых должна выполнять свои собственные, уникальные функции»[1].

В задачу суда, по общему мнению, входит не только разбирательство конкретных, «специфических» дел, касающихся разделения властей, но и рассмотрение вопросов, затрагивающих теорию разделения властей в целом. На суд, в частности, возлагается обязанность «определения степени вторжения одной конституционной ветви власти в другую и установление того, в какой мере это вмешательство препятствует совместной деятельности органов, осуществляющих государственную власть»[2].

Кроме названных есть и другие интерпретации и подходы к решению проблем места и роли судебной власти в системе других государственных властей. Помимо всего прочего, они свидетельствуют о важности, сложности и вместе с тем запутанности рассматриваемых проблем.

На это же указывают нескончаемые споры вокруг проблем соотношения законодательной и исполнительной властей. Вопрос, как правило, ставится в двух плоскостях: в плане проблем оптимальности соотношения законодательной и исполнительной властей и пределов допустимости делегирования законодательной власти.

При анализе проблем оптимальности соотношения законодательной и исполнительной властей общей исходной посылкой для исследователей разных стран, включая американцев, является следующая: конгресс (парламент, национальное собрание) принимает законы, а президент (правительство, кабинет) их исполняет, проводит в жизнь[3]. Эта аксиома теории разделения властей закрепляется иногда в текущих законах, а чаще — в конституциях. Она довольно редко подвергается сомнению, за исключением тех аномальных в современной истории случаев (фашистская Германия, «демократическая» Россия после расстрела парламента 3—4 октября 1993 г.), когда, вопреки здравому смыслу и порушенной конституции, предлагалось считать акты исполнительной власти по юридической силе стоящими над законами — актами законодательной власти.

Например, по закону «О ликвидации бедственного положения народа и государства» от 23 марта 1933 г. фашистской Германии органам исполнительной власти в лице правительства предоставлялось право издавать акты, имеющие силу закона. Причем специально рассматривалось, что если закон, принимаемый правительством, расходился с формально действующей конституцией, то это тем хуже для этой самой конституции. Подобные акты, согласно ст. 2 закона, могли и не соответствовать конституции.

Разумеется, при этом всенародно избранный канцлер, не набравший на выборах 5 марта 1933 г. даже 50% голосов избирателей, получал широкие полномочия по разработке и внесению в правительство проек-

---

[1] *Strauss K.* Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions — A Foolish Inconsistency? // Cornell Law Review. 1987. Vol. 72. P. 488.

[2] *Barren J., Dienes C.* Constitutional Law! St. Paul, Minn., 1991. P. 135.

[3] *Fitzgerald J.* Opt. cit. P. 89.

тов такого рода законов, которые после их формального утверждения уже на следующий день вступили в силу[1].

Однако такое положение, а точнее, «соотношение» законодательной и исполнительной властей — крайность для современных государств, которая серьезными учеными-конституционалистами не обсуждается и осуждается[2].

Обсуждению же, на предмет оптимального, наиболее рационального распределения властей с точки зрения интересов всего общества, а не эгоистических интересов правящей клики и отдельных лиц, подлежат только те случаи, когда обе ветви обладают реальной, а не декоративной, формальной властью. Только по отношению к таким некрайним ситуациям высказываются суждения, касающиеся критериев оптимального распределения законодательной и исполнительной властей, установления баланса между ними, их активности и эффективности.

«Дилемма вполне очевидна,— пишет в связи с этим С. Хэндель,— без власти никакие большие дела не могут быть осуществлены. Однако очевидно и то, что любая власть в потенциале влечет за собой всякого рода нарушения и злоупотребления. Вопрос заключается в том, какими прерогативами должна обладать исполнительная власть для того, чтобы не мешать деятельности других властей и вместе с тем быть активной и эффективной. Каким образом и какими средствами поддерживать баланс властей»[3].

А баланс властей, как показывает опыт его поддержания в разных странах, может быть далеко не всегда стабильным. Под влиянием ряда объективных и субъективных факторов он периодически нарушается в пользу исполнительной или законодательной власти. Каждая из властей стремится использовать концепцию разделения в своих целях, для своего усиления[4].

Так, в США, согласно американским источникам, в XIX в. это в значительной мере удавалось сделать законодательной власти в лице конгресса. Проводился в жизнь известный тезис Дж. Локка, повторенный Дж. Мэдисоном и А. Мильтоном, о том, что при республиканском правлении законодательная власть с необходимостью должна доминировать над исполнительной[5].

На протяжении всего XIX столетия в системе государственной власти США верховенство оставалось за конгрессом. Роль президента также считалась весьма высокой. Но она была подчинена воле конгресса[6]. Ад-

---

[1] *Мельников Д., Черная Л.* Преступник номер 1. Нацистский режим и его фюрер. М., 1981. С. 174—175.

[2] *Абашмадзе В. В.* Учение о разделении государственной власти и его критика. Тбилиси, 1972.

[3] *Hendel S.* Op. cit. P. 578.

[4] *Schoenbrod D.* Op. cit. P. 461.

[5] *Дж. Локк.* Указ. соч. Т. 3. С. 349—350; Федералист. С. 345—350.

[6] *Baile H., ShafritT J.* (eds.) The American Presidency: Historical and Contemporary Perspectives. Chicago, 1988. P. VII.

министрация Э. Джэксона и А. Линкольна считается в данном отношении «большим исключением из этого правила»[1].

В последующие годы ситуация с соотношением властей значительно изменилась. Под влиянием целого ряда объективных и субъективных факторов, как отмечают исследователи американской политической системы, пальма первенства в государственном механизме США стала постепенно переходить от законодательной к исполнительной власти. В самой жизни и в сознании общественности наметилась тенденция рассмотрения американской политической системы исключительно с «позиций персонализации института президентства»[2].

Среди факторов, способствующих развитию данной тенденции, в первую очередь называется усиление инициативы и активности института президента в формировании и проведении внутренней и внешней политики, в разрешении конфликтов. Анализируются другие, основные и дополнительные факторы[3].

Однако многие из них, равно как и сама тенденция, нередко подвергаются если не открытому сомнению, то, во всяком случае, далеко не одинаковой интерпретации[4]. Выдвигается встречный тезис, заключающийся в том, что не существует как таковое длительное время проявляющейся тенденции поочередного усиления одной и соответственно ослабления другой ветви власти. Имеет место лишь периодическое (или эпизодическое) нарушение баланса законодательной и исполнительной властей[5]. Оно, как правило, объясняется возникающими критическими для той или иной ветви власти ситуациями (такими, например, как Уотергейт) или же субъективными качествами (Картер, Рейган) различных глав государства.

Кроме того, причину нарушения баланса законодательной и исполнительной властей некоторые авторы усматривают в практике делегирования законодательства. С их точки зрения, данный процесс подвергает «эрозии и в конечном счете разрушает принцип разделения властей»[6]. Применительно к США и некоторым другим странам оговаривается, правда, что этот процесс эрозии «разделения властей» сдерживается высшими судебными инстанциями[7], что, однако, не меняет существа дела.

---

[1] *Curry J., Riley R., Battisfoni R.* Constitutional Government. The American Experience. N.Y., 1989. P. 147.

[2] Ibid. P. 147—148.

[3] *Rockman B.* The Leadership Question: The Presidency and the American System. N.Y., 1984; *Edwards G.* Presidential Influence in Congress. San Francisco, 1990.

[4] *Pyle Ch., Pions R.* The President, Congress and the Constitution. N.Y., 1984. P. 18—52.

[5] *Schlesinge A.* The Imperial Presidency. Boston, 1973; *Fisher L.* The Politics of Shared Power: Congress and the Executive. Wash., 1981.

[6] *Hendel S.* Op. cit. P. 579.

[7] *Weeks O.* Douglas. Legislative Power versus Delegated Legislative Power // Georgetown Law Journal. 1937. January. P. 314.

Говоря о негативном отношении некоторых авторов к делегированию законодательства как нарушающему баланс властей, существуют и иные мнения.

Наряду с полным отрицанием допустимости делегирования законодательных функций исполнительной власти в ряде научных изданий приводятся многочисленные аргументы в пользу его столь же безусловного признания. В качестве примеров благотворного воздействия процессов делегирования на экономику и общественно-политическую жизнь указывается, в частности, на американский опыт «массивного делегирования законодательной власти от Конгресса к исполнительной власти во главе с президентом Ф. Рузвельтом» в 30-е годы, в период «Великой депрессии», а также на аналогичный опыт США 70-х годов (президентство Р. Никсона) и отчасти 80-х годов (президентство Р. Рейгана)[1].

Существует и третий, своего рода «промежуточный» между полным отрицанием и безоговорочным признанием, подход к процессу делегирования законодательной власти. Не отрицая важности делегирования как такового, сторонники данного подхода считают вместе с тем необходимым для нейтрализации негативного его воздействия на «разделение властей» держать этот процесс под судебным или иным действенным контролем.

Исполнительная власть, рассуждают в связи с этим американские авторы, может возрастать в основном благодаря двум причинам. Во-первых, в силу «успешного давления президента на конгресс». А во-вторых, благодаря «добровольному делегированию конгрессом части своих законодательных полномочий исполнительной власти». Когда конгресс «приходит к выводу о необходимости предоставления правительству больших полномочий для решения тех или иных проблем, президент довольно часто получает их»[2].

Однако это делается не иначе как под контролем самого конгресса или судебных органов. А кроме того, такая передача законодательных прерогатив носит временный и весьма ограниченный характер, не разрушая тем самым существующего баланса законодательной и исполнительной властей[3].

Помимо названных, в западной литературе существует множество иных точек зрения на проблемы сохранения баланса между различными ветвями власти, равно как и на другие аспекты теории разделения властей.

§ 3. Теория разделения властей и современные российские дилеммы

Было бы большой натяжкой утверждать, что в прежней советской и нынешней постсоветской литературе России теории разделения властей уделялось серьезное внимание. До весны 1985 г. (начала «перестройки») о ней если и говорилось, то в основном с сугубо академических позиций

---

[1] *Hendel S.* Op. cit. P. 575; *Schoenbrod D.* Op. cit. P. 459—463.

[2] *Janda K., Berry J. Goldman J., Huff E.* Op. cit. P. 259—260.

[3] *Fitzgerald J.* Op. cit. P. 44—51.

или в критическом плане. Со ссылкой на классиков марксизма-ленинизма утверждалось (и не без оснований), что в западных странах, в частности в США, эта концепция применяется господствующим классом буржуазии лишь в той мере, в какой она соответствует сложившимся отношениям[1].

С началом «перестройки» и вплоть до нынешних дней о теории разделения властей с благословения власть имущих, весьма чувствительных ко всему западному, а значит, безусловно цивилизованному, прогрессивному, говорят и пишут довольно много, по-пропагандистски ярко, идеологически доходчиво. Но среди массы, в основном газетных, журналистского уровня публикаций превалируют упрощенные, не аналитического и не критического плана издания. Повсеместно проводится мысль о том, что наличие в государственном механизме России принципа разделения властей — это безусловно хорошо, а его отсутствие — это очень плохо[2]. «Из-за отсутствия в нашей политической системе постоянно действующей, профессиональной сферы законодательной власти, разделения властей и механизма сдержек и противовесов,— пишет в связи с этим один из авторов,— сосредоточения власти в едином центре, в партийных органах на различных уровнях и при бюрократической иерархической структуре организации процесса управления, наше общество столкнулось с тем, что высший руководитель превращался практически в самозванца на каждом уровне власти, в каждом большом и маленьком институте общества»[3].

Данный тезис, несомненно, заслуживал бы полной поддержки, если бы не грешил категоричностью и идеалистичностью. Принцип разделения властей представляется в данном и других аналогичных трудах нередко чуть ли не в виде некой панацеи от всех бед. Полное и категорическое непризнание теории разделения властей в ее классическом понимании очень быстро сменилось столь же безусловным и категорическим ее признанием. В результате невольно создавалось впечатление, что в государственно-правовом механизме России немедленно установится подлинно демократический порядок, как только будет полностью воспринят принцип разделения властей.

Подобные мотивы, сознательно или неосознанно отодвигающие все другие факторы, оказывающие огромное влияние на политический режим и государственный строй, стали доминирующими на некоторое время (вплоть до издания Указа «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации» 21 сентября 1993 г.) во многих средствах массовой информации России. Они практически исключали возможность различной интерпретации, а тем более критического восприятия теории разделения властей применительно к российской действительности.

---

[1] *Бестужев-Лада И.* Что такое «разделение властей»? Почему оно необходимо? // Горизонт. 1989. № 3. С. 9—20; *Бельский К. С.* Разделение властей и ответственность в государственном управлении. М., 1990. С. 134—168.

[2] *Мишин А.А.* Принцип разделения властей в конституционном механизме США. М., 1984. С. 4.

[3] *Мигранян А.* Механизм торможения в политической системе и пути его преодоления // Иного не дано. М., 1988. С. 105.

Преобладали исключительно патетические тона и безудержная апологетика в адрес нового государственного режима и конституционно закрепленного при нем принципа разделения властей.

Плюрализм и принцип разделения властей стали краеугольными камнями в официальной государственно-правовой и общественно-политической идеологии России, как, впрочем, и других прежних союзных республик, а ныне независимых государств[1].

С принятием летом 1990 г. деклараций о государственном суверенитете концепция разделения властей стала рассматриваться в них в качестве официальной доктрины. В Белоруссии принцип разделения властей получил также закрепление в Законе «Об основных принципах народовластия в Белорусской ССР» (февраль 1991 г.). В нем особо подчеркивалось, что «государственная власть формируется и осуществляется в трех структурах — законодательной, исполнительной и судебной. Органы законодательной (представительной), исполнительной и судебной властей в пределах своей компетенции осуществляют свои полномочия самостоятельно и независимо друг от друга»[2].

Сказанное о безоговорочном восприятии теории разделения властей в современной России и отсутствии сколько-нибудь значительных расхождений и споров о месте и роли данной доктрины в целом вовсе не означает отсутствия таковых относительно отдельных ее аспектов и частей[3]. Ожесточенные и нескончаемые споры велись, например, в России между законодательной и исполнительной властями вплоть до трагических событий 3—4 октября 1993 г.— расстрела парламента. Дискуссии шли вплоть до принятия Указа «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации», в котором было предложено Конституционному Суду не созывать свои заседания до начала работы Федерального Собрания.

Многочисленные споры, а точнее — стычки возникали и по другим аспектам теории разделения властей. О них нет необходимости здесь говорить, поскольку они зачастую носили не принципиальный, а прикладной и, как правило, конъюнктурный характер, были не глобальными, а локальными.

Ни одна из спорящих сторон не подвергала сомнению те или иные положения теории разделения властей, не говоря уже о концепции в целом. Ни одна из них не оспаривала важность поддержания постоянного баланса, равновесия властей, в особенности законодательной и исполнительной власти. Но вместе с тем каждая из сторон стремилась истолковать различные аспекты теории разделения властей или возникающие время от времени коллизии лишь в свою пользу.

---

[1] *Сафарова М. Р.* Разделение властей и конституционное реформирование высших законодательных и исполнительных органов власти России и других суверенных республик СНГ // Актуальные проблемы конституционного законодательства / Отв. ред. А. В. Мицкевич. М., 1992. С. 78—87.

[2] Ведомости Верховного Совета Белорусской ССР. 1991. № 12. Ст. 129.

[3] *Лазарев Б. М.* «Разделение властей» и опыт Советского государства // Коммунист. 1988. № 16.

Исполнительная власть трактовала «баланс» властей как фактическое доминирование ее над законодательной и судебной, что особенно наглядно проявилось в названном Указе от 21 сентября 1993 г. В свою очередь законодательная власть добивалась поддержания своего «верховного», конституционного статуса, иногда необоснованно вторгаясь в сферу деятельности исполнительных органов государственной власти и Центрального банка.

Разумеется, каждая из сторон при этом, нагнетая политические страсти, обвиняла другую в узурпации всей государственной власти. Каждая из них при этом, прикрываясь демократическими лозунгами и заботой о благе общества и народа, преследовала лишь свои собственные эгоистические цели и интересы, а точнее — цели и интересы стоящих за ними относительно небольших групп людей.

Следует отметить, что для стран со сложившимися демократическими традициями и обычаями ничего особенного в функциональном противостоянии законодательной и исполнительной властей нет. Нет ничего аномального и в том, что каждая из ветвей власти стремится максимально «реализовать» себя, в том числе и через попытки «принижения» деятельности или «перехвата» некоторых второстепенных функций у других властей[1]. В этом сказывается, помимо всего прочего, природа неразрывно связанных между собой и в то же время в определенном смысле конкурирующих друг с другом законодательной и исполнительной властей[2].

Аномальный характер взаимоотношений этих властей возникает лишь тогда, когда они выходят за рамки, установленные конституцией, и когда применяют в процессе разрешения существующих между ними противоречий недозволенные методы. *В этих случаях нередко идет речь уже не о формальных нарушениях принципа разделения властей, а о фактическом его разрушении.*

Именно такая ситуация создалась (вначале формально-юридически, а затем и фактически) в России в сентябре — октябре 1993 г. Начавший было внедряться в действующее законодательство и в политическую практику принцип разделения властей юридически был блокирован Указом «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации», а позднее, после разгона 3—4 октября 1993 г. парламента и прекращения деятельности Конституционного Суда, фактически ликвидирован.

Логикой самих событий в России еще раз непроизвольно подтвердился тезис, развивавшийся в советской литературе еще в 20—30-е годы, о том, что основные, наиболее острые проблемы, связанные с принципом разделения властей, возникают, как правило, лишь в период борьбы различных классов и политических группировок за власть[3]. С оговоркой, естественно, о том, что речь шла о борьбе за власть не внутри правящих кругов Советского Союза или России, а в других западных странах.

---

[1] *Schoenbrod D.* Op. cit. P. 461; *Fitzgerald J.* Op. cit. P. 44—48.

[2] См.: *Чеботарев Г. Н.* Принцип разделения властей в государственном устройстве Российской Федерации. Изд-во Тюменского гос. ун-та, 1997.

[3] *Энгель Е.* Основы советской конституции. М., 1923. С. 167—169; *Трайнин И.* Разделение властей // Советское строительство. 1937. № 78.

Говоря о взаимоотношениях законодательной и исполнительной властей и о зачатках теории разделения властей в современной России, необходимо исходить из существования трех относительно самостоятельных периодов становления и развития данного процесса.

Первый период хронологически очерчен рамками: апрель 1985 — сентябрь 1993 г. Характерным для него является не только формально-юридическое закрепление (в Конституции и других нормативно-правовых актах) принципа разделения властей, но и начало его реального воплощения в жизнь. О характере взаимоотношений различных ветвей власти и их правовом опосредствовании свидетельствуют многочисленные научные статьи, газетные материалы, различные нормативно-правовые акты.

Данный период отличался тем, что шло «постоянное и активное изменение существующих государственной и правовой систем, политической системы общества в целом и не в последнюю очередь, хотя и весьма противоречивое и своеобразное,— движение в сторону восприятия многих общепризнанных в мире признаков государственности, функционирующей на основе принципа разделения властей»[1].

В самом начале данного периода по инерции продолжало доминировать восприятие государственной власти в лице Советов как явления единого и неделимого. Традиционно считалось, что в плане применения теории разделения властей к российской действительности «разделению» подлежат не сами ветви государственной власти, а лишь властные функции. Причем нередко вопрос о разделении функций переносился с государственной сферы жизни на партийную и общественную.

Огромное внимание в отечественной литературе традиционно уделялось четкому разделению функций государственных и партийных органов, недопустимости дублирования и подмены их друг другом.

В конце 80 — начале 90-х годов в отношении к принципу разделения властей наметился резкий поворот. И это заметно проявилось не только в теории, но и на практике.

В частности, учреждение в 1991 г. института президентства в России и образование Конституционного Суда свидетельствовало, помимо всего прочего, о реальном выделении и укреплении в механизме государственной власти России, наряду с законодательной, исполнительной и судебной властей.

Закрепление же в Конституции России в 1992 г. положения о том, что «система государственной власти в Российской Федерации основана на принципах разделения законодательной, исполнительной и судебной властей» (ст. 3 Конституции РСФСР), свидетельствовало об официальном признании этой теории.

Таким образом, применительно к государственно-правовой жизни реформируемой России в данный период принцип разделения властей признавался не только формально, теоретически, но и шаг за шагом стал воплощаться в реальную жизнь.

---

[1] *Бережков А. Г.* Принцип разделения властей в контексте теории и практики советской и современной российской государственности // Разделение властей: история и современность / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 1996. С. 320.

Второй период адаптации теории разделения властей применительно к российской действительности охватывает промежуток времени с сентября 1993 г. (с момента издания Указа № 1400 от 21 сентября 1993 г.) и до декабря того же года (включая день проведения референдума по проекту новой Конституции и выборов 12 декабря 1993 г.).

Характерной особенностью этого периода было прежде всего то, что, как отмечали эксперты, «было покончено с неприкосновенностью граждан. Покончено не только с двоевластием, но и с троевластием, то есть с конституционным принципом разделения властей»[1].

В чем последнее выражалось? Если говорить кратко, то — в ликвидации деятельности всей системы органов власти и Конституционного Суда и установлении, как отмечали независимые эксперты, верховенства исполнительной власти, а точнее — единовластия президента[2]. Одна ветвь власти — исполнительная подмяла под себя все остальные ветви.

Указом Президента РФ «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации» с 21 сентября 1993 г. в целях «сохранения единства и целостности Российской Федерации, вывода страны из экономического и политического кризиса, обеспечения государственной и общественной безопасности Российской Федерации, восстановления авторитета государственной власти» было «прервано» осуществление «законодательной, распорядительной функций» Съездом народных депутатов и Верховным Советом страны.

Этим же актом было «предложено» Конституционному Суду РФ «не созывать заседания до начала работы Федерального Собрания»; считать фактически настоящий Указ по юридической силе превосходящим действующую Конституцию, ибо она продолжала функционировать лишь в той части, «в которой не противоречила настоящему указу».

Оценивая данный Указ с юридической и других точек зрения, отечественные и зарубежные юристы недвусмысленно отмечали, что его положения находились в явном противоречии с действующей Конституцией[3] и что такого рода антиконституционные акты могут иметь отдаленные неблагоприятные последствия[4].

Издавая данный Указ, справедливо подчеркивал И. Г. Шаблинский, «Президент открыто вышел за рамки Конституции и, более того, объявил некоторые ее важнейшие главы не имеющими юридической силы. Такие решения не могли не иметь шокирующего эффекта, особенно если учесть, что примерно с 1988 года российское общество переживало возрождение интереса к либеральным, классическим представлениям о праве и правовом государстве»[5].

---

[1] Независимая газета. 1993. 12 нояб.

[2] *Аванесян С.* Создан прецедент. Неконституционная власть не имеет перспективы // Независимая газета. 1993. 15 окт.

[3] Конституционное совещание. 1993. № 2. С. 13—14.

[4] Известия. 1993. 24 сент.

[5] *Шаблинский Г.* Пределы власти. Борьба за российскую конституционную реформу (1989—1995 гг.). М., 1997. С. 161.

Разделяя решение Конституционного Суда от 21 сентября 1993 г. по этому вопросу, автор вполне обоснованно заключает, что, согласно действовавшему в тот период законодательству, президент не имел права ни на издание данного Указа, ни на издание других, последовавших за ним указов[1].

Однако такого рода указы, несмотря на официальную оценку Указа № 1400, данную Конституционным Судом как противоречащего действующей Конституции, продолжали издаваться. В них нашли свое дальнейшее закрепление и развитие многие положения, которые ранее были признаны антиконституционными.

Так, в нарушение действующего законодательства Указом «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 7 октября 1993 г. в развитие Указа от 21 сентября 1993 г. была констатирована «невозможность деятельности» Конституционного Суда России «в неполном составе» и предлагалось не созывать его заседания «до принятия новой Конституции Российской Федерации».

Другим Указом — «О реформе представительных органов власти и органов местного самоуправления в Российской Федерации» от 9 октября 1993 г. была формально-юридически и фактически разрушена система местных органов государственной власти, а «исполнительно-распорядительные функции, закрепленные законодательством Российской Федерации за Советами народных депутатов» были возложены на «администрацию соответствующего субъекта Российской Федерации».

Наконец, Указом «О порядке назначения и освобождения от должности глав администраций краев, областей, автономной области, автономных округов, городов федерального значения» от 7 октября 1993 г. был отменен действовавший порядок выборности глав администраций органами государственной власти. Прерогатива в решении данных вопросов перешла от органов законодательной власти к органам исполнительной власти. Главы администраций, согласно данному Указу, назначаются и освобождаются Президентом РФ «по представлению Председателя Совета Министров — Правительства Российской Федерации».

Наряду с названными в тот период были приняты и другие акты-указы, ставившие своей целью полный демонтаж существовавшего до 21 сентября 1993 г. механизма государственной власти и управления, а вместе с тем и окончательное выхолащивание принципа разделения властей[2]. На основе и во исполнение этих и иных им подобных указов на территории России складывалась система своеобразной соподчиненности — исполнительной власти всех других государственных властей.

---

[1] *Шаблинский Г.* Указ. соч. С. 163.

[2] Указ от 27 сентября 1993 г. «О функционировании органов исполнительной власти в период поэтапной конституционной реформы в Российской Федерации»; Указ от 26 сентября 1993 г. (№ 1457) «Об образовании Комиссии законодательных предположений при Президенте Российской Федерации»; Указ от 22 октября 1993 г. (№ 1723) «Об основных началах организации государственной власти в субъектах Российской Федерации» и др.

И хотя в новой Конституции РФ 1993 г. (ст. 10) по-прежнему подчеркивается, что «государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную», и что «органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны», суть дела от этого заметно не изменилась. Принцип разделения властей продолжал функционировать лишь номинально, формально-юридически. Фактически же существовал скорее принцип технического распределения между различными госорганами предметов ведения, сферы деятельности, функций, но отнюдь не разделения властей.

С принятием Конституции России 12 декабря 1993 г. в развитии, точнее — применении теории разделения властей в нашей стране начался новый, третий период, который продолжается вплоть до настоящего времени.

Конституция РФ 1993 г. не только декларировала принцип разделения властей, но и довольно четко закрепила за каждой из них круг относящихся к их ведению вопросов, их компетенцию.

Согласно Конституции *законодательным и представительным органом* Российской Федерации *является Федеральное Собрание — парламент.* Он состоит из двух палат — Совета Федерации и Государственной Думы (ст. 94, 95).

Исполнительную власть в стране осуществляет Правительство Российской Федерации (ст. 110).

Судебная власть осуществляется «посредством конституционного гражданского, административного и уголовного судопроизводства» (ст. 118). В системе государственных органов, осуществляющих судебную власть в конституционном порядке, выделяются следующие:

Конституционный Суд Российской Федерации, выступающий как судебный орган конституционного контроля, «самостоятельно и независимо осуществляющий судебную власть посредством конституционного судопроизводства» (п. 3 ст. 118; п. 1 ст. 120);

Верховный Суд Российской Федерации, являющийся «высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции» (ст. 126 Конституции РФ);

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, выступающий как высший судебный орган «по разрешению экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами» (ст. 127 Конституции РФ).

В системе высших властных структур современного Российского государства особое место занимает институт президентства.

Согласно Конституции РФ Президент является главой государства. Он выступает как гарант Конституции, а также «прав и свобод человека и гражданина». В установленном Конституцией РФ порядке Президент принимает меры по охране суверенитета России, ее независимости и государственной целостности; определяет основные направления внутренней и внешней политики государства; обеспечивает «согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти» (ст. 80 Конституции РФ).

В соответствии со своими конституционными полномочиями Президент назначает с согласия Государственной Думы Председателя Правительства России; принимает решение об отставке Правительства; имеет право председательствовать на заседаниях Правительства; по предложению Председателя Правительства РФ назначает на должность и освобождает от должности заместителей Председателя Правительства и министров; представляет Государственной Думе кандидатуру для назначения на должность Председателя Центрального банка России, а также ставит вопрос о его освобождении.

Кроме того, согласно Конституции Президент выполняет ряд других полномочий и функций. *По своей природе и характеру они являются в основном исполнительно-распорядительными.* Являясь главой государства, Президент одновременно *фактически* выполняет и функции главы Правительства. Сочетание полномочий главы государства с фактическими полномочиями главы Правительства позволяет Президенту России сосредоточить в своих руках огромную, поистине «суперпрезидентскую» власть.

Означает ли это, что в формально-юридическом, конституционном смысле Президент как глава государства стоит по своему статусу не только над исполнительно-распорядительными, но и над законодательными и судебными органами? Нет, не означает.

Конституция РФ в связи с этим особо оговаривает, например, что в своей деятельности, при определении основных направлений внутренней и внешней политики государства Президент руководствуется Конституцией и федеральными законами. В Основном законе страны особо подчеркивается, что указы и распоряжения Президента Российской Федерации не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам (п. 3 ст. 80; п. 3 ст. 90).

Аналогичные по своему характеру положения содержатся также и в текущем законодательстве. Так, в Гражданском кодексе РФ особо указывается на то, что «в случае противоречия указа Президента Российской Федерации настоящему Кодексу или иному закону применяется настоящий Кодекс или соответствующий закон» (п. 5 ст. 3).

Из сказанного следует, что институт президентства не может быть по своему статусу выше парламента, стоять над парламентом.

Аналогично обстоит дело не только с законодательной властью и осуществляющими ее высшими органами, но и с судебной властью и реализующими ее органами. В Конституции РФ прямо говорится, что «судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией Российской Федерации и федеральным конституционным законом» и что «судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону» (п. 3 ст. 118; п. 1 ст. 120).

В формально-юридическом плане это означает, что судебная власть, так же, как законодательная, является относительно самостоятельной ветвью власти по отношению к другим властям и по отношению друг к другу, что они оказывают сдерживающее влияние в отношениях между собой и уравновешивают друг друга.

Однако, как показывает опыт функционирования властей после принятия Конституции России 1993 г., обладая относительной самостоятельностью и сдерживая в своей повседневной деятельности друг друга, государственные власти далеко не всегда уравновешивают друг друга.

В особенности это касается законодательной и исполнительно-распорядительной властей. В отношениях между ними, равно как и в отношениях с другими ветвями и разновидностями властей, неизменно доминирует президентская, а точнее — исполнительная власть.

Во взаимоотношениях с судебной властью это предопределяется прежде всего тем, что Президент обладает огромными конституционными возможностями оказывать влияние на кадровый состав судебных органов. Так, в соответствии со ст. 83 и 128 Конституции РФ Президент *представляет кандидатуры* Совету Федерации *для назначения* на должности судей Конституционного Суда, Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда. Кроме того, он *назначает* судей других федеральных судов.

В отношениях с законодательной властью доминирование исполнительной власти во многом предопределяется тем, что Президент обладает такими весьма действенными рычагами, как право роспуска Государственной Думы, право назначения выборов в Государственную Думу, право назначения референдумов, право на вынесение законопроектов в Думу, подписания и обнародования федеральных законов. Президент обладает также правом вето на принимаемые законы (ст. 84, 107).

Согласно Конституции РФ законодательная власть имеет определенные рычаги обратного воздействия («сдерживания») на исполнительную власть. Среди них наиболее действенными считаются, например, такие, как полномочия Государственной Думы на решение вопроса о доверии Правительству России (п. 1 ст. 103), право Совета Федерации, на основе выдвинутого Государственной Думой обвинения против Президента, на решение вопроса об отстранении его от должности и др.

Данные и им подобные полномочия, несомненно, являются важными рычагами влияния законодательной власти на исполнительную власть и оказывают определенное «сдерживающее» по отношению к ней воздействие. Однако по своей силе они заметно уступают средствам воздействия исполнительной власти на законодательную.

Кроме того, некоторые средства «сдерживания» исполнительной власти со стороны законодательной в значительной мере нейтрализуются потенциальной возможностью применения обратных, более сильных мер. В качестве примера можно сослаться на ст. 103 Конституции РФ, которая предоставляет Государственной Думе право давать (или не давать) согласие Президенту на назначение Председателя Правительства России, а также право решать вопрос о доверии Правительству. Это право, помимо того, что является относительным, имеет еще одну, негативную по отношению к законодательной власти грань. А именно, в связи с выражением недоверия Правительству или в связи с отказом Государственной Думы утвердить предлагаемую Президентом кандидатуру Председателя Правительства может возникнуть и вопрос о дальнейшем существовании в данном составе самой Думы.

Так, в соответствии с Конституцией в случае выражения Думой недоверия Правительству и несогласия с этим решением Президента Дума вправе повторно выразить в течение трех месяцев свое прежнее мнение о Правительстве. Однако в данном случае она рискует быть распущенной Президентом, если он сочтет невозможным объявить отставку Правительства (п. 3 ст. 117).

Государственная Дума может быть распущена Президентом и в другом случае. А именно — если она трижды отклонит представляемые ей на рассмотрение кандидатуры Председателя Правительства РФ. В этом случае Президент сам назначает Председателя Правительства, распускает Думу и назначает новые выборы (п. 4 ст. 111).

Таким образом, право законодательной власти в лице Государственной Думы давать или не давать согласие на назначение Председателя Правительства, так же как и право на выражение недоверия Правительству как средства влияния на исполнительную власть, является весьма относительными и довольно легко нейтрализуемыми со стороны исполнительной власти.

Это, равно как и многое другое из «суперпрезидентских» прерогатив, в значительной степени предопределяет в настоящее время в России формально-юридическое и фактическое доминирование исполнительной ветви государственной власти над остальными ветвями государственной власти.

Глава XIII

ГОСУДАРСТВО, ПРАВО И ЭКОНОМИКА

§ 1. Соотношение государства и экономики в исторически различных социальных системах

Вопрос о соотношении государства и экономики практически существовал с тех пор, как появилось первое государство, и будет существовать до тех пор, пока будет существовать государство. Это один из вечных вопросов, который каждый раз по-новому встает перед каждой новой государственной организацией как на начальных стадиях ее возникновения и становления, так и на последующих этапах ее развития[1].

Естественно, он по-разному встает и перед каждым типом государства. Совершенно по-разному он решается применительно, скажем, к рабовладельческому и феодальному государству. При этом дело заключается не только и даже не столько в разном уровне развития экономики, сколько в ее разных типе и характере. Экономика, существовавшая наряду с рабовладельческим государством и соотносившаяся с ним, с неизбежностью предполагала наличие полностью бесправной и полностью зависимой от государства огромной массы людей — рабов. Экономика феодального общества и государства ориентировалась на полубесправный крепостной труд.

Решение проблем соотношения государства и экономики может осуществляться на двух разных уровнях и рассматриваться в двух планах: общетеоретическом и прикладном, практическом.

Рассмотрение проблем соотношения государства и экономики на общетеоретическом уровне означает выявление общих закономерностей их развития, взаимосвязи и взаимодействия независимо от их типов и характеров; выявление и изучение свойственных им на разных стадиях и этапах истории тенденций эволюции; решение традиционного вопроса о приоритетности, а точнее — о первичности и вторичности государства и экономики по отношению друг к другу.

В отечественной и зарубежной научной литературе вопрос о соотношении государства и экономики на общетеоретическом уровне решался и решается далеко не однозначно. В одних случаях первенство отдается экономике перед государством и политикой, в других, наоборот,— государству и политике перед экономикой. В третьих же случаях в отношениях между государством и экономикой усматривается некий паритет. Считается, что государство способно оказывать на экономику такое же воздействие, как и экономика на государство.

---

[1] См.: Государственное регулирование экономической деятельности. М., 2000. С. 8—9.

Наиболее острые и продолжительные споры традиционно возникали и продолжают вестись вокруг первой позиции, исходящей, с одной стороны, из относительной самостоятельности государства как составной части политической структуры («политики») по отношению к экономике и экономики — к государству, политике, а с другой — из первенства экономики перед государством и политикой.

Данная точка зрения, изложенная в наиболее полном виде в многочисленных трудах классиков марксизма-ленинизма и их последователей, не без основания именуется марксистской. Дореволюционные отечественные и зарубежные критики нередко именовали ее не «марксизмом», а «экономическим материализмом», добавляя при этом «восполняющие» пробелы в аргументации термины «вульгарный», «догматический» и пр.[1]

Современные ее критики избегают подобных эпитетов, но не упускают возможности поговорить о «заидеологизированности» концепции, разделяемой их оппонентами, о ее ненаучности, сомнительности вытекающих из нее выводов и пр. «В качестве преимущества марксистско-ленинского подхода к решению экономических вопросов,— говорилось в одном из курсов лекций по теории государства и права,— неизменно называлась его научность. Однако факт заидеологизированности теории и методологии делал сомнительным в научном отношении любые выводы и рекомендации»[2].

Авторы этого суждения несомненно правы, когда говорят о «заидеологизированности» данной теории или подхода к решению проблемы соотношения государства и экономики. В мире еще не было и нет такой политической, экономической или социологической теории, которую можно было бы отнести в разряд незаидеологизированных.

Однако эти авторы весьма далеки от истины, когда вопреки общеизвестным историческим фактам в категорической форме утверждают, что «любые выводы и рекомендации», следовавшие из данной теории или данного подхода, были сомнительными в научном отношении. Более чем полувековой опыт доминирования и широкого использования этой теории в практической деятельности СССР и других стран, таких, как Китай, превратившихся в исторически короткий срок из слаборазвитых в высокоразвитые в промышленном и технологическом отношении страны, отвергает эти и другие им подобные суждения.

Разумеется, можно и нужно спорить с теми приверженцами теории первенства экономики над государством и политикой, которые абсолютизируют экономический фактор, пытаются объяснить все происходящие в обществе явления и события лишь экономическими причинами, отождествляют «социальное» с «экономическим» и пр. Но нельзя оспаривать то, что было многократно подтверждено самой жизнью, многовековой историей развития человеческого общества и в этом смысле стало очевидным. А именно — что экономическое развитие в конечном счете

---

[1] *Михайловский И. В.* Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 100—109.

[2] Теория государства и права. Курс лекций. Уфа, 1994. С. 65.

в общем и целом определяет основные тенденции и направления политического, идеологического, духовного развития общества, а не наоборот.

Появление рабского труда с неизбежностью обусловливает возникновение рабовладельческого государства, труда крепостных крестьян и ремесленников — возникновение феодального государства, наемного труда рабочих — капиталистического государства. Именно так совершается экономическое и государственное развитие.

Конечно, процесс взаимосвязи и взаимообусловленности государства и экономики нельзя представлять упрощенно, как некий прямолинейный, односторонний процесс. Это весьма сложное, многостороннее явление, на которое оказывают влияние не только экономические, но и политические, духовные, идеологические, национальные, этнические и многие другие выходящие за рамки прямых взаимоотношений государства и экономики факторы. Обратное воздействие государства на экономику играет при этом чрезвычайно важную роль.

«Экономическое движение,— отмечалось в связи с этим в марксистской литературе,— в общем и целом проложит себе путь, но оно будет испытывать на себе также и обратное действие политического движения, которое оно само создало и которое обладает относительной самостоятельностью»[1].

В каком направлении «политическое движение», олицетворяемое в значительной мере государством и правом, может обратно воздействовать на экономику, на «экономическое движение»? Отвечая на этот вопрос в одном из писем к К. Шмидту, Ф. Энгельс пояснял: политическое движение в лице государства, а точнее — государственной власти, может действовать на экономику в трояком направлении. А именно — государственная власть может воздействовать в том же направлении, что и экономическое развитие — тогда развитие идет быстрее. Государственная власть может действовать и в противоположном направлении — тогда она рано или поздно терпит крах. Наконец, она может в определенных направлениях ставить преграды экономическому развитию и толкать его в других направлениях — тогда результат такого воздействия может быть в конечном счете адекватен одному из предыдущих[2].

Помимо названных существуют и другие, например «промежуточные», направления воздействия государственной власти на экономику. Не в них, однако, дело. Суть рассматриваемого положения состоит в том, что оно не только детализирует и развивает, но и подтверждает правильность тезиса о первенстве экономики в ее взаимоотношениях с государством и политикой.

Естественно, в теории, обосновывающей первенство экономики перед государством и политикой, немало белых пятен и негативных моментов. Но в ней много и «ценных сторон», по признанию ее критиков. В целом она достоверно, адекватно отражает действительность, дает

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* 2-е изд. Соч. Т. 37. С. 417.

[2] Там же. С. 417.

правильное представление о взаимоотношениях государства и экономики, о происходящих в обществе процессах.

Признавая наличие «ценных сторон» рассматриваемой концепции, один из дореволюционных критиков, профессор И. В. Михайловский, писал, что когда «экономический материализм» подчеркивает важность экономического начала в истории, в государстве и праве, он утверждает истину. Но когда он отрицает самостоятельность других фактов, то он «сугубо неправ». Ибо вся духовная жизнь человечества нуждается в материальной основе, невозможна без этой основы[1].

Итак, резюмировал автор, «часть истины экономического материализма заключается в том, что в числе других факторов истории культуры находится и экономический фактор, на который до сих пор недостаточно обращали внимания». И продолжал: «Экономический материализм прав еще и в другом отношении. Несомненно, что человеческие потребности, заботы о добывании средств к жизни, носят особый, преобладающий характер, «ибо, прежде чем думать о какой бы то ни было духовной жизни, человек должен пить, есть, одеваться, иметь жилище». Невозможно жить человеческой жизнью тому, кто вынужден работать физически в ужасной обстановке более двенадцати часов в сутки, чтобы не умереть с голоду. Такой человек в конце концов потеряет облик человеческий, какими бы духовными богатствами он ни обладал. Отсюда делался автором окончательный вывод — «огромная важность экономической обстановки в жизни человечества»[2].

Проблема соотношения государства и экономики может и должна рассматриваться не только в общетеоретическом, но и в сугубо прикладном, практическом плане, применительно к выяснению и решению какого-либо конкретного вопроса, достижению конкретной цели, определению характера взаимоотношений того или иного конкретного государства с соответствующей ему конкретной экономикой[3].

Анализ данной проблематики в прикладном, практическом, так же как и в общетеоретическом, плане — задача весьма сложная и многоаспектная. Ее решению посвящен огромный пласт научной и популярной литературы. Однако тема по-прежнему остается актуальной. Причин тому много. Главные из них применительно, например, к современному Российскому государству, праву и экономике — обобщение и использование зарубежного и отечественного опыта с целью нахождения наиболее оптимальных путей и форм их взаимодействия.

Исходными посылками при этом, так же как и при рассмотрении проблем соотношения государства и экономики в исторически различных социальных системах, являются следующие.

Первое. Государство и экономика — это сложные, многогранные явления, не только охватывающие сферу политической и материальной жизни общества, но и оказывающие огромное влияние на все другие сферы. Бытующее в отечественной и зарубежной специальной литерату-

---

[1] *Михайловский И. В.* Указ. соч. С. 108.

[2] Там же. С. 109.

[3] См.: Участие государства в коммерческой деятельности. М., 2001. С. 38—191.

ре мнение о том, что государство — это «чисто» надстроечное, а экономика — «чисто» базисное явления, в данном случае не «срабатывает». Исторический опыт показывает, что государство в любой общественной формации является одновременно субъектом самых разнообразных — экономических, политических, социальных, идеологических и иных отношений, и в этом смысле оно не только надстроечное или же политическое, но и экономическое, идеологическое и иное явление. Экономика также, оказывая влияние на другие сферы жизни общества, выступает как многогранное явление. Причем во всех без исключения странах. В практическом плане это означает, что соотношение государства и экономики следует прослеживать не только в сферах политики и экономики, но и в других сферах жизни общества.

Второе. При рассмотрении соотношения государства и экономики следует обратить внимание прежде всего на факторы, обусловливающие характер этого соотношения в различных исторических условиях, и на пределы взаимного влияния государства на экономику и экономики на государство. В условиях существования различных социальных систем они далеко не одинаковы.

В практическом плане это означает, что более эффективным и оправданным для использования накопленного опыта в современной России было бы изучение характера соотношения государства и экономики не вообще, а применительно к конкретной исторической эпохе и стране, к строго определенной социальной системе. Особое значение при этом имеет опыт США, Великобритании, Франции, Японии и других высокоразвитых в промышленном отношении стран.

Третье. Соотношение государства и экономики в любой стране и социально-политической системе — это не пассивный, а весьма активный процесс. Это двусторонний процесс их взаимосвязи и взаимодействия, где каждая из сторон в зависимости от сложившихся обстоятельств может играть определяющую или определяемую роль. Однако ведущее значение в конечном счете принадлежит экономике.

И четвертое. При анализе проблем соотношения государства и экономики в исторически разных социальных системах в практическом плане (для решения аналогичных проблем применительно к современной России) более целесообразным представляется идти не по традиционному пути, предполагающему изучение государства и экономики от рабовладельческого государства и права вплоть до наших дней, а по иному пути. А именно с учетом их классификации и исследования в зависимости от степени развития в стране рыночной структуры.

В соответствии с данным критерием, исключительно в практических целях исследования рыночных отношений и характера взаимосвязи и взаимодействия государства и экономики в исторически разных социальных системах последние весьма условно можно подразделить на следующие три группы: а) системы, в которых полностью или почти полностью отсутствуют традиционные рыночные элементы; б) системы с зарождающимися рыночными отношениями, идущие по пути становления рыночных институтов, и в) системы с высокоразвитой рыночной экономикой.

Для каждой из выделенных групп социальных систем характерны свои специфические взаимооотношения между государством и экономикой, свои формы и методы взаимодействия, свои принципы взаимосвязи, пределы влияния друг на друга. Теоретически и практически это свойственно для любой из имевших место в истории развития человечества, для ныне существующих или только зарождающихся социальных систем.

Исторический опыт России и других стран со всей очевидностью свидетельствует о том, что *в мире нет общей модели, некоего шаблона или образца во взаимоотношениях государства и экономики,* пригодных для всех без исключения социальных систем. Есть лишь общие закономерности, исторические тенденции и общие принципы развития характера взаимосвязи и взаимодействия государства и экономики.

Что же касается конкретных типов взаимоотношений государства и экономики, то они складываются или в рамках каждой отдельно взятой социальной системы, или же в пределах вышеназванных групп социальных систем.

Характерными особенностями взаимоотношений, возникающих между государством и экономикой, *в пределах первой группы социальных систем, в которых отсутствуют традиционные рыночные отношения,* являются следующие.

Во-первых, несомненное доминирование государственной собственности перед всеми иными формами собственности. Статья 11 Конституции СССР 1977 г., например, как и соответствующие статьи конституций бывших союзных республик, рассматривая государственную собственность как «общее достояние всего советского народа», достаточно четко определяла, что эта форма собственности является «основной формой социалистической собственности». В той же статье закреплялось положение, в соответствии с которым «в исключительной собственности государства находятся: земля, ее недра, воды, леса», а также провозглашалось, что государству принадлежат основные средства производства в промышленности, строительстве и сельском хозяйстве, средства транспорта и связи, банки, имущество организованных государством торговых, коммунальных и иных предприятий, основной городской жилищный фонд, а также «другое имущество, необходимое для осуществления задач государства».

Аналогичные положения, законодательно закрепляющие доминирующую роль государства и государственной собственности перед иными формами собственности, содержатся в конституциях и некоторых других стран. В частности, в Конституции КНР (ст. 7) констатируется, что государственный сектор экономики — «сектор хозяйства, основанный на социалистической общенародной собственности, является руководящей силой в народном хозяйстве» и что «государство гарантирует укрепление и развитие государственного сектора экономики».

В Основном законе Китая, так же как и в Конституции СССР, признавались и различные формы негосударственной собственности. Однако им неизменно отводилась подчиненная роль. Доминирующее значение государственной собственности как одной из важнейших особенно-

стей характера взаимоотношений государства и экономики в «нерыночных» социальных системах предопределяет собой и все другие ее особенности.

Во-вторых, важными чертами отношений государства и экономики, существующих в пределах рассматриваемой группы социальных систем, являются их жесткая «привязанность» друг к другу, отсутствие гибкости и, как следствие, долговременной стратегической устойчивости и эффективности.

Жесткая связь и «привязанность» государства и экономики друг к другу имеют позитивное значение лишь в чрезвычайных ситуациях (война, катастрофа в национальном масштабе и пр.), когда требуется в кратчайшее время максимальная концентрация всех имеющихся в стране ресурсов, политических, экономических и духовных сил. В условиях же обычной, повседневной жизни на современном этапе развития общества такая жесткая связь чревата утратой динамизма, инициативы и эффективности в развитии государства и экономики. Она предопределяет в перспективе неизбежность возникновения застойных тенденций, а также «перелив» кризисных явлений из государственной сферы в экономическую и наоборот.

В-третьих, к числу особенностей, характерных для взаимоотношений государства и экономики, существующих в рамках «нерыночных» социальных систем, следует отнести также чрезмерную централизацию экономических рычагов в руках государства, а точнее — правительства, сосредоточение всего механизма управления экономикой в центральных правительственных структурах. Как следствие всего этого — неизбежное разбухание аппарата управления экономикой, рост бюрократизма, усиление начетничества и падение профессионализма, необоснованный рост затрат на содержание многочисленной армии чиновничества. Данные негативные явления особенно четко проявляются и развиваются в больших по территории, населению и народнохозяйственным комплексам странах.

В-четвертых, характерным для взаимоотношений государства и экономики рассматриваемых социальных систем является строго плановый характер экономики в масштабе страны и на локальном уровне, а также детально жесткая регламентация на всех уровнях. При этом план нередко приобретает нормативно-правовой характер, а последствиям его соблюдения или, наоборот, нарушения, придается юридическое значение.

В-пятых, отношения между государством и другими субъектами экономических связей строятся не на партнерской основе, а на основе прямого указания — подчинения. Над так называемыми либеральными методами управления экономикой преобладают авторитарные. Взаимоотношения между государственными органами и экономическими структурами регулируются в первую очередь не с помощью норм гражданского или коммерческого, а административного и иных ему подобных отраслей права.

Помимо названных особенностей, свойственных взаимоотношениям государства и экономики в условиях «нерыночных» социальных систем,

есть и другие, не менее важные особенности. Они свидетельствуют о полном административно-командном подчинении экономических структур государственным, об отсутствии у первых значимой для их нормального существования и развития относительной самостоятельности и автономности.

Несколько иная картина просматривается во взаимоотношениях государства и экономики, существующих *в пределах, переходных от нерыночных к рыночным социальным системам.* Типичные примеры — современная Россия, некоторые другие государства СНГ, называвшие себя до недавнего времени социалистическими Прибалтийские республики и страны Восточной Европы.

Наиболее существенными особенностями этих систем являются: а) постепенное изменение характера взаимоотношений государственных органов и экономических структур в сторону партнерских; б) утрата монополии государства и государственной собственности над экономикой и иными формами собственности; в) изменение методов государственного воздействия на экономические отношения; г) постепенное вытеснение административных методов руководства и рычагов воздействия на экономику финансовыми и им подобными средствами; д) резкий отход правительственных структур от плановости в развитии экономики и неизбежное возникновение при этом неупорядоченности и даже хаотичности; е) последовательная переориентация экономических и государственных структур и общенациональных приоритетов на свои собственные финансовые и иные интересы, на прибыль как основной движущий фактор в их становящихся партнерских отношениях; ж) усиление роли налогов и налоговой полиции как государственного средства финансового воздействия госструктур на общество и на экономические структуры; з) быстрое возрастание финансового, гражданского, коммерческого, налогового, банковского и иных непосредственно связанных с развитием экономики отраслей права в общей системе права.

Несмотря на то что в переходный период экономическая сфера деятельности государства постепенно сужается, в целом его роль в регулировании данного процесса не должна снижаться. *Государство не может и не должно отказываться от регулятивных средств воздействия на экономику, от управления процессом перехода от нерыночных к рыночным отношениям, от контроля за экономикой.*

Основные направления экономической деятельности государства в данный период с неизбежностью должны сводиться к следующему: выработке общей, в масштабе всей страны, внутренней и внешней экономической политики; правовому обеспечению возникающих рыночных отношений; определению круга и правового статуса субъектов экономических отношений; выработке социальной политики и действенных средств защиты экономических и иных интересов населения; запрещению и пресечению нарушающих закон средств ведения хозяйства и коммерции; созданию наиболее благоприятных условий для развития отечественного производства, защите его от недобросовестной конкуренции и протекции его от вытеснения более развитым зарубежным капиталом; регламентации порядка разрешения возникающих в сфере экономики

споров и установления юридической ответственности за нарушение законодательства.

Характерные особенности взаимоотношений государства и экономики в условиях существования исторически сложившейся третьей группы — *рыночных социальных систем* заключаются в следующем: а) установлении преимущественно партнерских отношений между государственными и рыночными структурами; б) минимальном вмешательстве государства в экономику, уровень которого для каждой страны является, как правило, различным; в) органичном сочетании административно-правовых с финансовыми и иными «либеральными» средствами воздействия государства на экономические отношения; г) сосредоточении в руках государства лишь минимальных, объективно необходимых для нормального существования и функционирования государства материальных средств; д) полном сосредоточении в руках государства финансовой и налоговой систем; е) доминировании частной собственности над государственной и всеми другими формами собственности.

Характеру взаимосвязи и взаимодействия государства и экономики в условиях рыночных отношений посвящено много научных работ. В силу этого нет необходимости останавливаться здесь на освещении данного вопроса.

§ 2. Государственное регулирование экономики: понятие и пределы

При рассмотрении проблем соотношения государства, права и экономики важное место занимает проблема механизма государственного воздействия на экономику или ее государственного регулирования. Данный вопрос имеет не только теоретическое, но и практическое значение.

В отечественной и зарубежной специальной литературе его рассмотрению всегда уделялось особое внимание. И это не случайно, ибо от того, как понимается, а главное, как применяется механизм государственного регулирования экономики, во многом зависят конечные результаты его деятельности, результаты экономического развития страны.

Сравнивая механизмы государственного воздействия на экономику различных социальных систем в разных странах, нельзя не видеть их существенного различия. Если, например, в социально-политических системах с высокоразвитыми рыночными отношениями преобладает косвенное вмешательство государства в экономику путем правового регулирования деятельности негосударственных органов и организаций — юридических лиц, то в социально-политических системах со слаборазвитыми или вообще неразвитыми рыночными отношениями в силу объективных и субъективных причин доминирует прямое государственное вмешательство в экономику, преобладают различные формы непосредственной деятельности государства в сфере экономики.

Ярким примером *непосредственного воздействия государства на экономику в современном мире* может служить государственно-правовая практика Китая. В действующей Конституции КНР в связи с этим особо закрепляется, что государство: а) «неуклонно повышает производительность труда и эффективность экономики»; б) «развивает

производительные силы общества» путем повышения активности и технического уровня трудящихся, распространения передовой науки и техники, совершенствования систем управления экономикой и управления предприятиями, повышения социалистической ответственности, улучшения организации труда»; в) «неуклонно проводит в жизнь режим экономики, ведет борьбу против расточительства»; г) рационально распределяет средства накопления и потребления, учитывает государственные, коллективные и личные интересы; д) на основе развития производства постепенно улучшает материальную и духовную жизнь народа; е) на основе социалистической собственности «осуществляет плановое хозяйство»; ж) охраняет право собственности граждан на законные доходы, сбережения, жилище и «другую законную собственность»; з) с помощью «всесторонне сбалансированных хозяйственных планов и вспомогательной роли рыночного регулирования» гарантирует пропорциональное, гармоничное развитие народного хозяйства и др.[1]

В данном, равно как и в других аналогичных случаях мы имеем дело с преобладающим прямым вмешательством государства в сферу экономики, с непосредственным его воздействием на экономику. Государство при этом выступает в роли не только регулятора, но и в качестве непосредственного субъекта, участника экономических отношений. Оно не только устанавливает, но и своими непосредственными действиями осуществляет содержащиеся в издаваемых им актах установки, выступая таким образом одновременно и как исполнитель и как регулятор разнообразных отношений, возникающих в сфере экономики.

Разумеется, государство проявляется таким же двояким образом и во всех других случаях, практически при любой общественно-политической системе. Однако степень его регулятивной и непосредственно экономической деятельности, соотношение той и другой далеко не всегда бывают одинаковыми.

Что же собой представляет государственное регулирование экономики?

Согласно устоявшемуся мнению государственное регулирование экономики воспринимается как одно из проявлений (функций) государственного управления. Основной его смысл заключается в установлении и обеспечении государством общих правил поведения (деятельности) субъектов общественных отношений и в корректировке их в зависимости от изменяющихся условий.

Однако только этим не исчерпывается данная функция государственного управления. Она включает в себя также всесторонний контроль за выполнением требований, содержащихся в нормах права, регулирующих те или иные общественные отношения; координацию и установление общего направления деятельности участников соответствующих отношений; всестороннюю защиту их законных интересов и прав; определение и нормативное закрепление приоритетов в проводимой в сфере экономики государственной политике; установление порядка включения

[1] Китайская Народная Республика. Конституция и законодательные акты. М., 1984. С. 26—27.

государственных контрактов (договоров), порядка регистрации, лицензирования и т. п.[1]

В качестве субъектов государственного регулирования экономики традиционно выступают органы государственной власти и управления. В странах общего права (Англия, США, Канада, Австралия, Новая Зеландия и др.), где судебный прецедент рассматривается в качестве источника права, субъектами государственного регулирования экономики могут выступать также суды.

Общепризнанными правовыми формами государственного регулирования экономики соответственно являются законы, подзаконные и судебные акты.

Законы всегда имеют приоритетное значение. Россия в этом плане не является исключением, однако с двумя оговорками. Первая. Зачастую не законы, а указы Президента, согласно сложившейся практике, имеют приоритетное значение в ряде сфер жизни общества и экономики, включая процессы акционирования, приватизации и др. Весьма важным является то, чтобы эта практика всегда строго согласовывалась со ст. 90 (ч. 3) Конституции РФ, гласящей, что «указы и распоряжения Президента Российской Федерации не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам» и что Президент только в соответствии с Конституцией РФ и федеральными законами «определяет основные направления внутренней и внешней политики государства».

Вторая оговорка заключается в том, что в России судебные прецеденты пока не являются правовыми формами государственного регулирования. Они постепенно создаются Конституционным Судом, и требуется время для того, чтобы его решения стали признаваться в качестве источников права.

Во всех странах действенными, хотя и весьма традиционными инструментами государственного регулирования экономической и других сфер жизни общества являются налоги, пошлины, стандарты, госзаказы, всевозможные тарифы, и пр., которые в обязательном порядке трансформируются в те или иные нормативно-правовые акты, в различные правовые формы.

С помощью данных средств государственного воздействия решаются вопросы не только пополнения государственного бюджета, финансирования различных государственных программ, содержания госаппарата, армии, полиции и других государственных институтов, но и дотирования нерентабельных, но жизненно необходимых для общества и государства сфер промышленности и сельского хозяйства, выделения и содержания приоритетных сфер экономики, перелива капитала из одной менее приоритетной сферы экономики в другую, более приоритетную, и др.

Путем использования данных средств решаются также вопросы привлечения или, наоборот, ограничения притока в экономику страны иностранного капитала. Например, в России законодательные и исполнительно-распорядительные органы Российского государства приняли ряд

[1] Философия хозяйства. 2000. № 5 (11). С. 215—230.

нормативно-правовых актов, направленных на широкое привлечение в страну различных товаров из-за рубежа и иностранных инвестиций. Среди этих актов следует выделить Основы законодательства об иностранных инвестициях в СССР от 5 июля 1991 г., Закон об иностранных инвестициях в РСФСР от 4 июля 1991 г., постановление Правительства Российской Федерации «Об активизации работы по привлечению иностранных инвестиций в экономику Российской Федерации» от 29 сентября 1994 г., Указ Президента Российской Федерации «О мерах по обеспечению условий реализации инвестиционных соглашений» от 6 ноября 1995 г. и др.

С помощью этих и иных им подобных актов, направленных на создание благоприятных условий деятельности иностранных инвесторов в России, в законодательном порядке закрепляется их правовой режим, который согласно Закону «Об иностранных инвестициях» (ст. 6) «не может быть менее благоприятным, чем режим для имущества, имущественных прав и инвестиционной деятельности юридических лиц и граждан РСФСР, за изъятиями, предусмотренными настоящим законом»; определяются объекты иностранных инвестиций и пути их осуществления; провозглашаются государственные гарантии их защиты.

В числе последних особо выделяются гарантии от принудительных изъятий (национализации, конфискации и реквизиции) иностранных инвестиций; от незаконных действий государственных органов и их должностных лиц; гарантии от изменения законодательства, ухудшающего условия инвестирования: гарантии беспрепятственного перевода за границу платежей иностранных инвесторов после уплаты ими соответствующих налогов и сборов; гарантии использования платежей в российской валюте иностранными инвесторами на территории России и др.

Закрепляя правовой статус иностранных инвесторов и создавая широкие гарантии их повседневной деятельности, российский законодатель, как об этом говорится в Законе «Об иностранных инвестициях в России», направляет свои усилия «на привлечение и эффективное использование в народном хозяйстве Российской Федерации иностранных материальных и финансовых ресурсов, передовой зарубежной техники и технологий, управленческого опыта». Средством достижения этих целей могут служить лишь традиционные для всех стран, привлекающих в свою экономику иностранные инвестиции, материальные, финансовые, трудовые (дешевая рабочая сила) и другие им подобные рычаги. Особую роль при этом играют благоприятные таможенные пошлины, льготные налоговые ставки, иные заниженные платежи.

Говоря о механизме государственного регулирования экономики, нельзя не обратить внимания на различные уровни государственного регулирования. В условиях федеративного государства, каковым является Россия, это прежде всего регулирование на уровне Федерации и отдельных субъектов Федерации.

Весьма важными в этом отношении являются ст. 71 и 73 Конституции РФ, устанавливающие предметы ведения Российской Федерации и отдельных субъектов Федерации. Довольно противоречивой по своим последствиям и неопределенной по характеру выглядит ст. 72 Конститу-

ции РФ о совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Такие ее положения, касающиеся государственного регулирования экономики, как «разграничение государственной собственности» (п. «г»), «вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами» (п. «в»), «координация международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации, выполнение международных договоров Российской Федерации» (п. «о») и другие, вносят путаницу во взаимоотношения между центром и субъектами Федерации, порождают неопределенность, а в ряде случаев и хаос.

Складывающаяся практика заключения на основе ст. 72 Конституции РФ договоров о разграничении полномочий между Федерацией в целом и субъектами Федерации не в полной мере отвечает требованиям современного федерализма. К тому же в сугубо юридическом плане такая практика порождает двусмысленность: договоры на уровне глав государств или правительств обычно заключаются между суверенными, независимыми государствами, в рамках конфедерации, но не федерации, каковой является Россия.

В западной юридической, а еще больше — социально-экономической и политической литературе и практике вопросам государственного регулирования экономики уделяется значительное внимание. В настоящей работе нет необходимости и возможности анализировать практику и исследования по данному вопросу. В силу этого ограничимся лишь отдельными замечаниями. Следует обратить внимание прежде всего на то, что современные теоретические модели государственного регулирования экономики в западных странах подразделяются на два вида в зависимости от основного субъекта, определяющего политику регулирования.

Первая группа моделей исходит из того, что регулирующий орган (парламент, правительство и т. д.) играет центральную роль в процессе определения политики регулирования. Согласно этой точке зрения основные особенности регулирующего органа, оказывающие решающее влияние на выработку политики,— это узкопрофессиональный подход, специализированность, предпринимательский образ действий и т. п.

Вторая группа моделей исходит из того, что регулирующий орган находится под решающим воздействием или господством «окружающей» среды. Согласно этому взгляду определяющими факторами политики регулирования экономики являются группы интересов, парламентские комитеты, различные экономические группы и комиссии, формирующие «окружающую среду».

Оба эти взгляда, конечно же, характеризуются неполнотой, хотя они взаимосвязаны друг с другом и взаимно дополняют друг друга. Поскольку политика регулирования является совместным продуктом как государственной бюрократии, так и «окружающей среды», модели формирования политики органом регулирования должны определяться не единичные, а множественные факторы.

Государственное регулирование экономики на Западе рассматривается в теории и на практике обычно в неразрывной связи с социальным, а точнее — социально-экономическим регулированием. Последнее пред-

принимается исключительно в целях обеспечения безопасности граждан, их здоровья, трудовой занятости и решения других социальных задач.

Предпринимаются также попытки выделения «чисто» экономического регулирования, касающегося проблем себестоимости производимых товаров, их рыночных цен, проникновения на рынок товаров, конкуренции и пр. В зависимости от конкретных целей государственное регулирование экономики, а вместе с ней и социальной сферы в западных источниках классифицируется следующим образом.

Экономическое регулирование. Оно подразделяется на регулирование с общими и частными целями. Экономическое регулирование с общими целями направлено на принятие антимонопольных мер, предотвращение концентрации экономической мощи в одних руках, недопущение недобросовестных торговых операций и т. д. Экономическое регулирование с частными целями направлено на решение таких относительно определенных задач, как поддержка приоритетных отраслей экономики, участие в нерентабельном производстве, поддержка мелкого бизнеса, защита сельскохозяйственного производства, рыболовства, развитие новых технологий и т. п.

Социальное регулирование преследует цель страхования жизни и здоровья граждан, охраны окружающей среды, предотвращения нарушений общественного порядка, оптимизации рекламы как показателя соответствия стандарту качества продуктов (защита потребителя), усиления безопасности производства, стабилизации занятости и развития системы переобучения рабочих кадров, содействия благосостоянию населения и т. д.

В зависимости от форм государственного регулирования в западной литературе выделяются два его вида: политическое регулирование и так называемое «законодательно-административное» регулирование. Под *«законодательно-административным» регулированием* понимается практическая деятельность государственных органов по администрированию системы управления путем издания различных нормативных актов, а под политическим — государственное регулирование в области политики. Каждый из этих видов подразделяется, в свою очередь, на ряд направлений государственного регулирования.

Так, «законодательно-административное регулирование» включает такие направления, как законодательное регулирование предпринимательской деятельности; регулирование различных видов подготовительных процессов в предпринимательстве; регулирование рыночных отношений с помощью антимонопольного законодательства; регулирование, связанное с землепользованием отдельных лиц и организаций; административное регулирование цен; вмешательство государства в управление негосударственными предприятиями; регулирование всевозможных торговых операций и др.

Политическое регулирование в зависимости от конкретной экономической ситуации в западной академической литературе подразделяется на такие направления, как специальный контроль над предпринимательской деятельностью государственных органов; регулирование посредством чрезвычайных экономических мер; регулирование посредством уста-

новления дополнительных налогов с предприятий; регулирование через обычные налоговые инспекции и др.

Помимо сказанного в западной научной литературе выделяются различные виды государственного регулирования в зависимости от функций предпринимательской деятельности. Среди них: 1) регулирование, связанное с «входом в рыночные отношения и выходом из них» (установление юридического лица, разрешение на виды предпринимательской деятельности, закрытие предприятий); 2) регулирование процесса строительства заводов, фабрик и т. д.; 3) регулирование производственной деятельности (производственное оборудование и производственный процесс, объем производства, технология производства, цена, показатель качества и упаковка продукта и др.); 4) регулирование торговых операций (цена, количество, условия ликвидации задолженностей, торговые партнеры, район торговых операций, метод торговых операций и т. д.); 5) регулирование транспортировки и хранения товаров; 6) регулирование, связанное с управлением кадрами и трудом (занятость, зарплата, благосостояние, обучение и переподготовка кадров и др.); 7) регулирование, связанное с управлением финансами (создание фондов, их использование, управление финансами и налоговая деятельность, управление регистрацией на бирже ценных бумаг и др.).

Государственное регулирование в сфере экономики, равно как и в других сферах, имеет свои пределы. Они обусловлены как объективными, так и субъективными факторами.

Среди субъективных факторов следует выделить прежде всего общественные, групповые, государственные, индивидуальные и иные интересы. Осуществляя повседневное воздействие на экономику, государство не может не считаться с этим многообразием интересов, в той или иной мере не учитывать их. Помимо всего прочего это неизбежно привело бы к угрожающему самому существованию государственной власти отрыву государства от общества, к утрате им социальной основы и опоры, к неизбежному в конечном счете кризису государственной организации.

Разумеется, учитывая интересы различных социальных слоев и групп, интересы правящих кругов и всего общества, государство не может не считаться с тем, что в любом обществе, каким бы развитым или, наоборот, отсталым оно ни было, *всегда существовали и существуют как минимум две противоположные друг другу социально-политические тенденции,* отражающие определенные общественные настроения и интересы,— тенденция к непрерывному развитию и совершенствованию и тенденция к сохранению в прежнем состоянии государственного и общественного строя, к застою.

Первую обычно называют прогрессивной, иногда революционной, а вторую — консервативной, реакционной. Органическое сочетание их, максимальный учет отражающихся в данных тенденциях общественных настроений и интересов создают необходимую устойчивость государственного механизма, порождают определенный социальный баланс.

В тех же случаях, когда государство в силу каких-то причин не способно учитывать в равной мере данные тенденции, создавать проводимой им внутренней и внешней политикой необходимый для его нор-

мальной жизнедеятельности социальный баланс, оно неизбежно будет находиться в постоянном кризисном состоянии, постепенно терять устойчивость и способность адекватно отвечать на вызовы со стороны окружающей его экономической и социально-политической среды.

Анализируя подобные ситуации, М. Ориу писал еще в начале XX в., что хотя единственной целью государственного режима должна быть «свобода в ее гражданской и политической форме», однако путь к ней весьма узок, «дорога вырисовывается постепенно, пролагается с трудом, и не следует удивляться тому, что много людей и даже народов блуждают, отыскивая этот путь». Революционный дух, продолжал автор, «стремится главным образом к власти, к организующей силе, к устойчивости. В нашу эпоху споров эти две различные тенденции стали систематическими доктринами, которые вследствие своего антагонизма делают состояние кризиса перманентным и через известные промежутки времени вызывают кровавые конфликты»[1].

В числе объективных факторов, оказывающих решающее влияние на определение пределов государственного вмешательства в экономику, в первую очередь необходимо указать на экономические, социальные, политические и иные условия, при которых осуществляется процесс регулирования экономики; характер доминирующих в обществе экономических отношений (жестко централизованные, плановые, рыночные, смешанные и пр.); уровень развития общества, государства, права и экономики; объективно существующие технико-юридические возможности и пределы; существующие в обществе традиции, обычаи, обыкновения и пр.

§ 3. Собственность как экономическая и правовая категория

При рассмотрении проблем соотношения государства и экономики важное значение имеет институт или категория собственности. Исследованию ее в отечественной и зарубежной литературе традиционно уделяется значительное внимание. Главная причина этого состоит в том, что категория собственности имеет огромное значение не только в теоретическом, но и в практическом плане.

В системе отношений, возникающих в различных сферах жизни общества, отношения собственности занимают особое положение. Они неизменно доминируют над всеми другими общественными отношениями.

Собственность в реальной жизни представляет собой многогранное явление. Таким же многоаспектным является и отражающее его понятие. Наиболее важными его проявлениями выступают экономическая и правовая грани. В научной литературе совокупность основных признаков, характеризующих институт собственности с экономической стороны, называют экономической категорией. Совокупность же его особенностей, характеризующих институт собственности в юридическом аспекте, называют правовой категорией.

---

[1] *Ориу М.* Основы публичного права. С. 725.

Собственность как экономическая категория проявляется в виде отношений между людьми различных средств, а также продуктов производства, по поводу материальных благ — их беспрепятственного пользования, владения и распоряжения.

Важно отметить, что собственность как экономическая категория — это не сами по себе средства производства или их продукты, это также не отношение отдельного человека или группы людей к средствам производства и их продуктам, а *это отношение между людьми по поводу средств производства и производимых ими материальных благ.*

Рассматривая собственность как экономическую категорию, Маркс, а вслед за ним и многие другие авторы предлагали исследовать понятие собственности в двух смыслах — широком и узком. В широком смысле под собственностью понималась вся совокупность производственных отношений, существующих в пределах той или иной общественно-экономической формации или отдельного общества, а в узком смысле собственность представлялась как совокупность материальных отношений по поводу отдельной вещи или вещей.

Содержание этих отношений проявляется в свободном владении, пользовании и распоряжении материальными благами, имуществом, отдельной вещью или вещами. Под *владением* понимается фактическое обладание той или иной вещью, материальными средствами и благами, нахождение их у конкретной группы лиц или же у отдельного лица. *Пользование* представляет собой потенциальную, беспрепятственную возможность извлечения полезных свойств из отдельной вещи или многих находящихся в собственности вещей или же реальное извлечение этой пользы. *Распоряжение* — это определение собственником судьбы принадлежащей ему вещи, самостоятельное решение вопроса о ее изменении, прекращении ее существования или отчуждении.

В повседневной жизни и материальном обращении используется, как правило, понимание собственности не в широком, а в узком смысле слова. Это характерно не только для отечественной теории и практики, но и для зарубежной. Последнее проявляется, в частности, в таких определениях собственности, как принадлежащие лицу или лицам «исключительные права на землю, здания, различные средства производства, деньги, товары и т. п.»[1].

Собственность как экономическая категория неразрывно связана с *собственностью как правовой категорией.* Исследование последней означает рассмотрение собственности, анализ ее особенностей и черт не только с экономической, но и с правовой точки зрения.

Круг вопросов, которые возникают при рассмотрении собственности как правовой категории, включает в себя прежде всего проблемы, связанные с понятием, сущностью и содержанием права собственности, субъектами и объектами права собственности, формами собственности, их правовым режимом, условиями и порядком приобретения и прекращения права собственности, изменениями правового режима собственности, бременем содержания и риском случайной гибели собственности,

[1] Dictionary of Sociology and Related.sciences. Totowa, New Jersey, 1988. P. 238.

ответственности и защиты права собственности. Это основной, но далеко не полный перечень вопросов, которые возникают или могут возникнуть по поводу права собственности.

В юридической научной и учебной литературе право собственности обычно определяется как система или совокупность юридических норм, регулирующих общественные отношения, возникающие по поводу собственности как экономической категории: в связи с владением, пользованием и распоряжением различными средствами производства и материальными благами.

Своими корнями современное понимание и толкование права собственности уходит в древнеримское право[1]. В нем впервые были четко обозначены основные черты и особенности данного чрезвычайно важного правового института.

Для обозначения права собственности в республиканском Риме, как это следует из источников, пользовались термином «dominium». Дословно он означал в экономическом плане «собственность», а в правовом — «общее правовое господство лица над материальной вещью».

Данный термин обычно дополнялся словами «ex iure Quiritium», т. е. по праву квиритов, римских граждан. Этими дополнениями подчеркивался тот факт, что право собственности (главным образом на землю) первоначально принадлежало всему римскому народу, а затем в виде права частной собственности — отдельным римским гражданам. Право квиритской собственности было недоступно для перегринов — чужеземцев, «свободных граждан другого государства, праву которого они подчинялись», и не распространялось на провинциальные, лежащие за пределами Рима земли[2].

В римском праве устанавливались и закреплялись основные характеристики права собственности, которые используются и в настоящее время. Речь, в частности, идет о том, что любая собственность — это прежде всего есть: а) прямое, «непосредственное правовое отношение лица к вещи»; б) полное, т. е. «самое широко мыслимое право на вещь, которой собственник может распоряжаться как угодно»; в) исключительное право, суть которого заключается в том, что «собственник может исключить все третьи лица из воздействия на вещь и, наоборот, на одну вещь может существовать только одно право собственности»; г) абсолютное право в том смысле, что оно возникает «в принципе и первоначально без каких-либо ограничений», а впоследствии собственнику также дозволено все то, что не запрещено законом»; д) единое право над материальной вещью в смысле того, что оно «охватывает сразу все возможные распорядительные права на вещь». Данное право не является арифметической суммой всех существующих и возможных юридических прав. Собственник, резюмировалось в римских источниках, «не может иметь на вещь иное право, кроме права собственности»[3].

---

[1] См.: *Пухан И., Поленак-Акимовская М.* Римское право / Под ред. В. А. Томсинова. М., 1999. С. 138—169.

[2] *Новицкий И. Б.* Римское право. М., 1993. С. 88—89.

[3] *Бортажек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 113.

Эти и другие им подобные постулаты имели огромное значение для стабилизации и развития экономической системы Древнего Рима. Первостепенная роль им принадлежала и во все последующие столетия, вплоть до наших дней.

Правовой режим собственности первоначально создавался с помощью норм цивильного (гражданского) права. По мере развития данного института в определении и закреплении его правового статуса все большее значение имели и другие правовые институты и отрасли права.

Например, во всех без исключения современных государствах это конституционное право. Оно создает правовую базу для всего последующего развития законодательства, касающегося собственности. Кроме того, конституционное право (и это особенно важно для современной России) в ряде стран указывает на пределы осуществления различных форм собственности, и в особенности частной, а также направляет процесс реализации права собственности в русло общественных потребностей.

Так, действующая Конституция Японии особо подчеркивает, что «право собственности определяется законом, с тем чтобы оно не противоречило общественному благосостоянию. Частное право может быть использовано в публичных интересах за справедливую компенсацию» (ст. 29). Конституция Италии, указывая, что «собственность может быть государственной или частной», закрепляет, что «частная собственность признается и гарантируется законом, который устанавливает способы ее приобретения и пользования, а также пределы частной собственности с целью обеспечения ее социальной функции и доступности для всех» (ст. 42).

Современное конституционное право России, и в частности, Конституция РФ 1993 г., в отношении собственности лишь констатирует, что в РФ признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и другие формы собственности и что земля и иные природные ресурсы могут находиться как в частной, государственной, муниципальной, так и в иных формах собственности (п. 2 ст. 8; п. 2 ст. 9).

Что же касается социальной функции, прямой ориентации частной и иных форм собственности в России на удовлетворение общественных потребностей, то это представляется необходимым законодательно решить уже в недалеком будущем. Данный вопрос относится в первую очередь к частной собственности на землю, на природные ресурсы и пр., к которой в общественном сознании значительной части населения России выработалось стойкое предубеждение.

Для нормального развития рыночных отношений в нашей стране и избежания чрезмерных социальных обострений крайне важно в отношении частной собственности избежать двух крайностей. С одной стороны, излишне сильной, детальной регламентации, мешающей ее развитию, а с другой — ее чрезмерно слабого, социально несориентированного правового опосредствования.

Укоренившийся в общественном сознании миф о том, что в индустриально развитых странах частная собственность и рынок несовместимы с правовой регламентацией и служат исключительно частным, эгоисти-

ческим интересам, объективно сдерживает развитие рыночных отношений, создает препятствие на пути совместного развития различных форм собственности.

Мешают нормальному развитию рыночных отношений и самой экономики еще два сложившихся мифа: 1) что рыночная экономика — абсолютный антипод плановой, даже в оптимальной мере централизованной экономики и 2) что в России или любой иной стране, особенно в переходный период, возможно равенство всех форм собственности.

Следование первому постулату чревато искусственным дроблением единой экономической системы, существующей в пределах каждой страны, на отдельно взятые составные части, непредсказуемостью в ее развитии, полной стихией и нескоординированностью. Сохранение элементов планирования экономики, единого для всей страны механизма правового регулирования, элементов ее централизации и координации является объективно необходимым для России и других стран, имеющих огромную территорию и весьма разношерстную, искусственно раздробленную (в частности, после распада СССР) экономику.

Следование второму тезису о равенстве всех форм собственности создает иллюзию об их одинаковом экономическом и юридическом содержании, равном правовом статусе, одинаковых источниках формирования, развития и т. п. В действительности это не так.

Например, в госсобственности может находиться и находится любое имущество, включая то, которое согласно п. 2 ст. 129 ГК РФ изъято из оборота или ограничено в обороте (п. 1 ст. 129 ГК РФ). Принадлежность этого имущества, скажем, к частной собственности весьма проблематична. Требуется специальное разрешение государства. Другой пример. Государственная собственность может создаваться и развиваться за счет таких источников, как налоги, пошлины, реквизиция и т. п. В отношении других форм собственности это исключено.

Вывод: *фактическое неравенство различных форм собственности как экономических категорий неизбежно.* Учет данного положения при определении правового статуса различных форм собственности имеет принципиально важное теоретическое и практическое значение.

В теоретическом, а главное, в практическом плане важно глубоко осмыслить и использовать в процессе правового регулирования положение, высказанное в научной литературе, о том, что в реальной действительности существует лишь одно право собственности с единым, одинаковым для всех форм собственности набором правомочий (содержанием), у которого могут быть лишь различные субъекты.

При рассмотрении собственности как правовой категории применительно к России, равно как и к другим странам, весьма важным представляется также иметь в виду тот факт, что правовой статус собственности определяется в основе своей с помощью законов, а не подзаконных актов. В п. 3 ст. 112 ГК РФ в связи с этим не случайно подчеркивается, что особенности приобретения и прекращения права собственности на имущество, владения, пользования и распоряжения им в зависимости от того, в чьей собственности оно находится, «могут устанавливаться лишь законом». Законом определяются также виды иму-

щества, которые могут находиться только в государственной или муниципальной собственности. Аналогичные положения содержатся в законодательстве некоторых других стран.

Установление правового статуса собственности с помощью законов, несомненно, способствует ее стабилизации, создает необходимые условия для ее дальнейшего развития, позволяет заблаговременно исключить необоснованные различия в возможностях разных собственников — участников единого имущественного оборота.

В теоретическом и практическом плане важно также обратить внимание на то, что именно с помощью законов, а не подзаконных актов определяются как сам правовой режим собственности, так и его отдельные составные части. Применительно к российскому законодательству это касается, в частности, таких его составных частей, как правовое закрепление понятия, видов субъектов и объектов собственности, видов и форм собственности, порядка приобретения и прекращения права собственности, юридическая ответственность, возникающая в связи и по поводу права собственности, и др.

Необходимо также указать как на позитивный фактор на то, что в российском законодательстве даже содержание понятия права собственности определяется с помощью закона. Так, в п. 1 ст. 209 ГК РФ указывается на традиционную для российского законодательства и законодательства некоторых других стран триаду содержания права собственности, в соответствии с которой собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом.

Весьма характерно дополнение к данному определению, согласно которому собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ). Собственник вправе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им права владения, пользования и распоряжения имуществом, оставаясь при этом собственником.

Принципиальная важность данного дополнения заключается в том, что оно не только подчеркивает специфику, юридические особенности права собственности и исключительный характер правомочий собственника, но и наполняет право собственности реальным юридическим содержанием.

Дело в том, что правом владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом может не только собственник, но и по его поручению другое лицо. Однако только собственник может это делать исключительно по своему усмотрению, независимо от всех других лиц. Он может владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом самостоятельно, руководствуясь лишь своими собственными экономическими и иными интересами. Именно в этом *исключительном и всеобъемлющем характере полномочий собственника,* как многократно подчеркивалось уже юристами, в его независимости имущественного и правового положения и заключается юридическая специфика данного права — права собственности.

Реальная юридическая власть, которой должен наделяться собственник и которая должна ему гарантироваться в законодательном порядке, заключается не просто в его правомочиях владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом, а *делать это лишь по своей собственной воле и желанию, имея при этом реальную возможность отстранять от этого при необходимости всех других мешающих осуществлению права собственности* лиц. Только такой подход законодателя к праву собственности и правомочиям собственника может обеспечить не только закрепление, но и дальнейшее развитие собственности как экономической и правовой категории, а вместе с тем и развитие рыночных отношений. Для России это в настоящее время имеет немаловажное значение.

Аналогично обстоит дело с законодательным решением теоретически, а главное, практически важных проблем правового разграничения различных, в особенности государственных и негосударственных, форм собственности, а также с решением проблем перехода, преобразования легитимным путем одной формы собственности в другую.

В настоящее время в действующем законодательстве России предусмотрен в основном переход от государственной и муниципальной собственности в частную. Из законодательной практики других стран, как правило, следует, что значительное внимание уделяется и *легитимному оформлению обратного процесса.* Это касается прежде всего жизненно важных для всего общества и государства, но нерентабельных, постоянно находящихся на государственных дотациях отраслей экономики или отдельных предприятий. Россия в этом отношении, особенно в настоящее время, далеко на является исключением из данного правила.

Решение законодательным путем проблем приватизации и реприватизации усиливает институт собственности с правовой точки зрения, делает процесс развития собственности как экономической и правовой категории гораздо гибче, предсказуемее и эффективнее.

Глава XIV

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО

§ 1. Становление и развитие идеи правового государства

В истории политической и правовой мысли идея правового государства всегда являлась и является одной из самых гуманных и перспективных государственно-правовых идей[1]. Отнюдь не случайно поэтому проблемы правового государства всегда волновали передовых людей — прогрессивных мыслителей древности, средневековья и современности. Что такое правовое государство? Когда появилась идея правового государства и как она развивалась? Каковы основные признаки правового государства? В чем состоят его цель и назначение? Эти вопросы практически всегда находились в поле зрения философов, юристов, историков независимо от их взглядов, суждений и даже от того, как они называли такое государство — государством закона, государством справедливости, государством всеобщего благоденствия или же государством законности.

Разумеется, разные мыслители, политические и общественные деятели вкладывали неодинаковый смысл в идею правового государства. Если у одних, скажем, такое государство ассоциировалось в конечном счете с частной собственностью, богатством определенных классов и слоев, с использованием в разных формах чужого труда, то у других все выглядело как раз наоборот.

При частной собственности, заявлял, например, еще в XVI в. известный гуманист лорд-канцлер английской монархии и автор первого «коммунистического» произведения «Утопия» Т. Мор, невозможно говорить ни о справедливости, ни о благополучии всего общества, ни о «наилучшем устройстве государства». «При неоднократном и внимательном созерцании ныне процветающих государств,— вещал автор устами своего героя Рафаила Гитлодея,— я могу клятвенно утверждать, что они представляются не чем иным, как неким заговором богачей, ратующих под именем и вывеской государства о своих личных выгодах. Они измышляют и изобретают всякие способы и хитрости прежде всего для того, чтобы удержать без страха потери то, что стяжали разными мошенническими хитростями, а затем для того, чтобы откупить себе за возможно дешевую плату работу и труд всех бедняков и эксплуатировать их как вьючный скот». Раз богачи постановили от имени государства, делал вы-

[1] См.: *Козлихин И. Ю.* Идея правового государства: История и современность. СПб., 1993; Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. Т. 1. 2-е изд. // Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2001.

вод автор из своих наблюдений и размышлений, значит, и от имени бедных, соблюдать эти ухищрения, они становятся уже законами.

Подобные суждения многократно встречаются и развиваются в последующие столетия. Впрочем, как и взгляды, противоположные им. Однако не в них сейчас дело, а в простой констатации того непреложного факта, что независимо от взглядов и суждений о правовом государстве (как бы оно ни называлось) существование последнего неизменно ассоциировалось с торжеством гуманизма, закона и законности, добра и справедливости, разумеется, понимаемых и защищаемых с позиций интересов прежде всего власть имущих, а затем уже остальных слоев и классов общества.

Вопросы правового государства широко обсуждаются и в наше время. Основная причина такого внимания к правовому государству заключается не только в гуманистичности самой его идеи, но и в поисках путей ее наиболее адекватного оформления и эффективного осуществления.

Зачатки теории правового государства в виде идей гуманизма, широкой или ограниченной приверженности господствующего класса принципам демократизма, свободы, господства права и закона прослеживаются еще в рассуждениях передовых для своего времени мыслителей — философов, историков, писателей и юристов Древней Греции, Рима, Индии, Китая и ряда других стран. Еще в знаменитых диалогах под названием «Государство», «Политик» и «Законы» древнегреческого философа-идеалиста Платона проводилась мысль о том, что там, где «закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью», неизбежна «близкая гибель государства». Соответственно «там, где законы установлены в интересах нескольких человек, речь идет не о государственном устройстве, а только о внутренних распрях». Тирания, обязательно приходящая, по мнению Платона, на смену демократии, опьяненной «свободой в неразбавленном виде», когда чрезмерная свобода оборачивается чрезмерным рабством, есть наихудший вид государственного устройства, где царят беззаконие, произвол и насилие. Только там, заключал Платон, «где закон — владыка над правителями, а они — его рабы, я усматриваю спасение государства и все блага, какие только могут даровать государствам боги». Аналогичные идеи, заложившие основу теории правового государства, развивались в работах «величайшего мыслителя древности», как назвал его Маркс, Аристотеля.

Выражая свое отношение к государственной власти, праву и закону, Аристотель постоянно проводил мысль о том, что «не может быть делом закона властвование не только по праву, но и вопреки праву; стремление же к насильственному подчинению, конечно, противоречит идее права». Там, где отсутствует «власть закона», делал вывод Аристотель, там нет места и какой-либо форме государственного строя. «Закон должен властвовать над всем; должностным же лицам и народному собранию следует предоставить обсуждение частных вопросов».

С идеями передовых мыслителей Древней Греции о праве, свободе, достоинстве и гуманизме перекликаются гуманистические воззрения древнеримских политических и общественных деятелей, писателей, историков, поэтов. Особенно отчетливо это прослеживается в работах знаменитого

римского оратора, государственного деятеля и мыслителя Цицерона, таких, как «О государстве», «О законах», «Об обязанностях», в многочисленных произведениях других римских писателей и философов эпохи империи.

Что такое государство? Чьим достоянием оно является? — спрашивал Цицерон. И отвечал: достоянием народа, понимаемым не как «любое соединение людей, собранных вместе каким бы то ни было образом», а как «соединение многих людей, связанных вместе между собою согласием в вопросах права и общностью интересов». Государство, пояснял Цицерон, с точки зрения его соотношения с правом есть не что иное, как «общий правопорядок». В основу же права он неизменно вкладывал присущие человеческой природе, равно как и природе вообще, разум и справедливость.

Будучи глубоко убежденным и последовательным сторонником естественного права, Цицерон исходил из того, что права и свободы человека не даруются и не устанавливаются кем-то и по чьему бы то ни было желанию или велению, а принадлежат ему по самой природе. Оперируя понятием «истинный закон», Цицерон рассматривал его как «разумное положение, соответствующее природе, распространяющееся на всех людей, постоянное, вечное, которое призывает к исполнению долга, приказывая; запрещая, от преступления отпугивает; оно, однако, ничего, когда это не нужно, не приказывает честным людям и не запрещает им».

Весьма важным в плане формирования теории правового государства явился сформулированный Цицероном правовой принцип, согласно которому «под действие закона должны подпадать все», а не только некоторые, «избранные граждане». Важными оказались положения, в соответствии с которыми любому закону должно быть свойственно стремление хотя бы «кое в чем убеждать, а не ко всему принуждать силой и угрозами»; призывы к человеколюбию, «законосообразности», к борьбе за свободу и справедливость, за гуманистическое отношение государственных органов к свободным гражданам и даже рабам.

Гуманистические мотивы, идеи духовной свободы всех людей независимо от их занятий и положения в обществе особенно требовательно звучали в многочисленных трактатах Л. Сенеки — древнеримского писателя и философа. Среди них выделялись трактаты «О благодеяниях», «О милосердии», «О спокойствии духа», «Письма к Луцилию». Отметим и трагедии «Медея», «Агамемнон», «Эдип» и др. Весьма показательны его выступления в защиту «говорящих орудий» — рабов.

Все люди, согласно учению Сенеки, равны между собой в том смысле, что они являются «сотоварищами по рабству», одинаково находясь во власти судьбы. «Я с радостью узнаю от приезжающих из твоих мест,— пишет Сенека своему другу Луцилию,— что ты обходишься со своими рабами, как с близкими. Так и подобает при твоем уме и образованности. Они рабы? Нет, люди. Они рабы? Нет, твои соседи по дому. Они рабы? Нет, твои смиренные друзья. Они рабы? Нет, твои товарищи по рабству, если ты вспомнишь, что и над тобой, и над ними одинакова власть фортуны». И дальше: «Глуп тот, кто, покупая коня, смотрит только на узду и попону, еще глупее тот, кто ценит человека

по платью или по положению, которое тоже лишь облекает нас, как платье. Он раб! Но, быть может, душою он свободный. Он раб! Но чем это ему вредит? Покажи мне, кто не раб. Один в рабстве у похоти, другой — у скупости, третий — у честолюбия и все — у страха... Будь с рабами приветлив, покажи себя высоким без высокомерия: пусть они лучше чтут тебя, чем боятся»[1].

Подобные гуманистические мотивы, трансформировавшиеся сразу или по истечении определенного времени в соответствующие государственно-правовые взгляды и доктрины, согласно которым в обществе и государстве должны торжествовать не зло, насилие и произвол, а право и закон, развивались не только в Древней Греции и Древнем Риме, но и в Индии и Китае. Наряду с наивными материалистическими представлениями о мире, умещавшимися в формулах «сознание рождается в вещах и умирает тоже в вещах» или «жизнь — это корень смерти, а смерть — корень жизни», еще в глубокой древности философами и юристами в Китае, например, применительно к господствовавшему в стране рабовладельческому строю проводилась мысль о том, что «в государстве должен царить порядок», основанный на законе. Утверждалось, что государь, если он хочет до конца жизни не подвергаться опасности, должен быть справедливым, а «управление страной должно соответствовать спокойствию», быть спокойным. Нельзя силой насаждать порядок в стране, ибо «страна управляется справедливостью».

Конечно, эти и перекликающиеся с ними воззрения наивно было бы включать в их первозданном виде в систему принципов и идей, формирующих современную концепцию правового государства. Это тем более невозможно, ибо в них не всегда доставало строгой логичности, определенности и последовательности. А кроме того, некоторые из них, хотя и не расходились радикально с идеями, положившими историческое начало процессу становления теории правового государства, тем не менее непосредственно не «вписывались» в них, органически не сочетались с ними. Взять хотя бы рассуждения, своего рода постулаты известного древнекитайского философа Лао Цзы, согласно которым, «когда растут законы и приказы, увеличивается число воров и разбойников»; «когда правительство спокойно, народ становится простодушным; когда правительство деятельно, народ становится несчастным»; «нужно сделать государство маленьким, а народ — редким», и пр.

Однако, несмотря на такие своеобразные суждения и умозаключения, древняя гуманистическая мысль, государственно-правовые взгляды передовых, прогрессивных мыслителей того времени, несомненно, стали первоосновой, предтечей всего процесса развития гуманистических идей, составивших фундамент теории правового государства.

Разумеется, до полного завершения процесса созидания данной конструкции, самого здания под названием «теория правового государства» было еще очень далеко. Предстояло пройти огромный интеллектуальный путь, измерявшийся даже не столетиями, а тысячелетиями. Но на-

[1] *Федоров Н. А., Мирошенкова В. И.* Античная литература. Рим: Хрестоматия. М., 1981. С. 469, 471.

чало, причем весьма обнадеживающее, было положено. Важно было теперь не сбиться с этого пути.

Очень многое для развития теории правового государства было сделано мыслителями XVIII—XX вв. Ряд положений теории правового государства развивался усилиями таких носителей передовой общественно-политической мысли, боровшихся против произвола и беззакония, как Локк, Монтескье, Радищев, Герцен и многие другие. Обращаясь к этому периоду борьбы за политические и правовые идеалы, великий русский писатель-сатирик М. Е. Салтыков-Щедрин рассуждал устами одного из своих героев: «В конце пятидесятых и в начале шестидесятых годов я просто-напросто ощущал, что подо мною горит земля. Я не жил в это время, а реял и трепетал при звуках: «гласность», «устность», «свобода слова», «вольный труд», «независимость суда» и т. д., которыми был полон тогдашний воздух. В довершение всего я был мировым посредником».

Философские основы теории правового государства создавались и развивались великим немецким философом И. Кантом, многократно указывавшим на необходимость для государства опираться на право, строго согласовывать свои действия с правом, постоянно ориентироваться на право. Государство, по Канту, выступает в качестве объединения множества людей, подчиненных «правовым законам», где действует принцип, согласно которому законодатель не может решить относительно народа того, чего народ не может решить относительно самого себя. Если же государство уклоняется от данного принципа, от соблюдения прав и свобод и не обеспечивает охрану законов, то оно рискует потерять уважение и доверие своих граждан, побуждает их к занятию по отношению к себе позиций отчужденности.

Идеи правового государства развивались в конце XIX — начале XX в. отечественными учеными-юристами. В связи с этим нужно выделить фундаментальное исследование С. А. Котляревского «Власть и право. Проблема правового государства» (М., 1915), «Лекции по общей теории права» Н. М. Коркунова (СПб., 1898), работы других авторов. Некоторые при этом проводили довольно радикальную мысль о том, что «правовое государство в силу самой своей природы, претворяя все свои отношения в правовые, постепенно всецело проникается правом и превращается в чисто правовое явление»[1]. В данном случае сознательно делалось весьма сомнительное по своей природе допущение о смешении государственных и правовых явлений, о превращении одних в другие.

Значительное освещение и развитие идея правового государства нашла в произведениях современных западных юристов, политологов и социологов.

В прямой, а чаще косвенной форме положения о правовом государстве закрепляются в конституциях ряда западных государств и в текущем законодательстве.

Например, в Конституции Испании 1978 г. в п. 1 ст. 1 провозглашено, что Испания — это «правовое, социальное и демократическое государство, которое провозглашает высшими ценностями правопорядка свободу,

[1] *Котляревский С. А.* Социальные науки и право. М., 1916. С. 595.

справедливость, равенство и политический плюрализм». В Основном законе ФРГ 1949 г. в ст. 20 и 28 прокламируется, что ФРГ является демократическим и социальным федеративным государством и что «конституционное устройство земель должно соответствовать основным принципам республиканского, демократического и социально правового государства в духе настоящего Основного закона». Косвенно идея правового государства получила отражение в конституциях Австрии, Греции, Италии, Франции, Швеции, Швейцарии и ряда других высокоразвитых государств.

Определенное внимание теории правового государства уделяли советские авторы.

Справедливости ради следует отметить, что концепцию правового государства в том виде, в каком она сложилась и прокламировалась на Западе, они зачастую рассматривали лишь в критическом плане. Это было правильно и вполне оправданно, когда имелись в виду ее сущность, социальное содержание и назначение в каждый конкретный исторический период и применительно к каждому конкретному господствующему слою или классу. Ведь не секрет, например, что на Западе данная концепция призвана идеализировать власти предержащие, показать их «связанность» действующим правом, представить западное государство в виде некоего выразителя и защитника всех без исключения слоев общества, верного стража «всеобщей» справедливости, законности и правопорядка, коим оно, как показывает жизнь, далеко не всегда является[1].

Однако в однозначном, критическом, подходе к теории правового государства имелись и значительные натяжки. Издержки такого видения заключались прежде всего в том, что при оценке данной концепции не учитывался факт применения ее как политического и идеологического средства в борьбе с абсолютистскими и им подобными режимами, единоличной властью и произволом монарха, чрезмерным вмешательством государства в различные сферы жизни общества и деятельность негосударственных объединений.

Упускались из поля зрения и некоторые общечеловеческие ценности, сформировавшиеся в процессе тысячелетнего развития гуманистической мысли и нашедшие отражение в рассматриваемой теории. Речь идет, в частности, о принципах и идеях, касающихся неотъемлемых прав и свобод граждан, о приоритете и торжестве закона в условиях демократического государственного и общественного строя, о торжестве права, социальной справедливости и незыблемости законности и правопорядка в условиях правового государства, об идеях суверенности народа как источника власти, о гарантированности его прав и свобод, подчинении государства обществу и др.

Всячески поддерживая и развивая идею правового государства, мы, естественно, не должны идеализировать, а тем более копировать утвердившуюся на ранних стадиях развития общества и на современном Западе модель правового государства. Не следует забывать, в частности, о том, что когда мы говорим о разных вариантах или моделях правового государства, провозглашаемых в конституциях Испании, ФРГ, Фран-

[1] *Ely John.* Democracy and Distmst. L., 1990.

ции или какой-либо другой страны, то имеем в виду, естественно, не некое абстрактное в социальном отношении правовое государство, а буржуазное правовое государство. Когда говорим о «связанности» этого государства правом, то имеем в виду «связанность» его не каким-то вообще, а именно буржуазным правом.

Государство и право при этом выступают не как некие безликие в социально-классовом отношении явления, а как вполне определенные, выражающие прежде всего волю и интересы господствующих кругов в условиях капитализма явления. Ибо, как известно, внеклассовых, надклассовых и классово-нейтральных, чистых в социальном отношении государственно-правовых явлений, институтов и учреждений нет и быть не может.

Разумеется, в условиях плюрализма мнений и идеологий можно по-разному воспринимать идеи правового государства, так же как их интерпретацию. Однако одно остается бесспорным: теория правового государства в целом и ее основные положения всегда отражали общечеловеческие ценности и интересы. Что же касается интерпретации и применения на практике идей правового государства, то здесь неизменно на первый план выступали интересы, взгляды и суждения власть имущих. И это справедливо в отношении любого государства и права.

§ 2. Развитие идей правового государства в России

Идеи правового государства на протяжении длительного времени занимали умы не только зарубежных, но и отечественных ученых-юристов. Об этом свидетельствуют, в частности, фундаментальные исследования С. А. Котляревского «Власть и право. Проблемы правового государства» (М., 1915), «Лекции по общей теории права» Н. М. Коркунова (1898), «Лекции по общему государственному праву» Ф. Кистяковского (М., 1912), «Очерки философии права» И. В. Михайловского (Томск, 1914), «Общая теория права» Г. Ф. Шершеневича (Вып. 1—4. СПб., 1912—1914), работы многих других авторов. Об этом же говорят и переводы с иностранных языков на русский ряда публикаций, посвященных проблемам правового государства.

Идеи правового государства, нередко именовавшегося «государством законности», «государством правопорядка» и пр., наряду с идеями права, гуманизма и справедливости, играли значительную роль в формировании и развитии правового сознания российских граждан, в особенности интеллигенции, на протяжении весьма длительного периода истории, начиная со второй половины XIX в. и вплоть до настоящего времени.

В связи с этим встречающиеся иногда в научной и учебной юридической литературе утверждения о том, что «право в России никогда не имело достаточной ценности и самоценности» и что «гражданам России свойственно было искать высшую справедливость в монархе, верховном правителе и т. д.»[1], являются неточными, дискуссионными. Они слиш-

[1] Общая теория права: Учебник для юридических вузов / Отв. ред. В. В. Лазарев. М., 1993. С. 334.

ком. прямолинейны. Ведь если строго следовать им, то нужно признать, что декабристы, вынашивавшие идеи уничтожения самодержавия и крепостничества насильственным путем, и революционеры-«бомбометатели», не однажды покушавшиеся на жизнь государя-императора, и все другие сочувствовавшие им или поддерживавшие их слои населения также искали «высшую справедливость в монархе».

Утверждения об отсутствии в России «достаточной ценности и самоценности» права, так же как и утверждение о том, что гражданам России свойственно было искать «высшую справедливость в монархе», несомненно навеяны традиционными для многих западных и нетрадиционными для некоторых отечественных авторов представлениями о России как о «тюрьме народов», законченном самодержавии, лишенном каких бы то ни было ростков демократии, как о стране, находящейся на периферии цивилизации.

При этом не играют никакой роли разночтения во взглядах авторов относительно того, что явилось основной причиной «законченной самодержавности» и «нецивилизованности» России — внутренние причины или же внешние факторы. Некоторые западные авторы склонны считать, например, что в основе процессов, приведших Россию к «самодержавному централизованному управлению», лежат исключительно внешние факторы. А именно — постоянное начиная с XIII в. давление Запада на Россию в виде территориальных захватов (Западной Белоруссии и Украины), технических и технологических «вызовов» и пр., которые каждый раз заставляли Россию «собираться» с тем, чтобы выстоять и не попасть в зависимость от Запада.

Именно это давление, по мнению некоторых авторов, стало побудительным мотивом для России подчиняться неизбежному игу централизации и самодержавия. Без такого централизованного самодержавного правления Россия, согласно их версии, не смогла бы противостоять Западу и выжить[1].

Однако, какими бы ни были причины многовекового существования в России «централизованного самодержавного правления», неопровержимым остается тот факт, что в стране на протяжении весьма длительного времени широко культивировались не только самодержавные, «централизованные» политические и правовые идеи, но и постепенно усиливались в сфере государственной и правовой жизни демократические мотивы.

Об этом свидетельствуют не только академические издания в виде книг, брошюр и статей, посвященные проблемам демократической организации общества или правового государства. На это же указывают и некоторые изданные в дореволюционный период нормативно-правовые акты.

Среди них можно выделить, в частности, Указ Александра Первого от 1 января 1810 г. об учреждении Государственного Совета, состоящего из особ, «доверенностью нашею в сословие сие призываемых». Несмотря на то что Совет по существу был органом совещательным и не

---

[1] *Тойнби А.* Цивилизация перед судом истории. М., 1995. С. 157.

подрывал прерогатив самодержавной власти, он знаменовал собой определенный сдвиг в сторону ее рассредоточения.

Согласно Указу «все законы, уставы и учреждения в первообразных их начертаниях предлагаются и рассматриваются в Государственном Совете и потом действием державной власти поступают к предназначенному им совершению»[1].

В качестве примера дальнейшего рассредоточения самодержавной власти в России можно сослаться на Основные государственные законы, утвержденные Указом Николая Второго 23 апреля 1906 г. В них, несмотря на то что по-прежнему признается «верховность самодержавной власти», принадлежащей «императору всероссийскому», повиноваться которой не только за страх, но и за совесть, сам бог повелевает», вместе с тем закладываются весьма важные для формирования основ правового государства положения.

В разделе «О законах» устанавливалось, в частности, что: а) «Империя Российская управляется на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке»; б) «Сила законов равно обязательна для всех без изъятия российских подданных и для иностранцев, в Российском государстве пребывающих», и в) никакой новый закон «не может последовать без одобрения Государственного Совета и Государственной Думы и восприять силу без утверждения государя императора»[2].

Весьма важное значение с точки зрения формирования и развития идей правового государства в России в конце XIX — начале XX в. имели также закрепленные в законодательных актах положения, касающиеся осуществления законодательной власти государем императором «в единении с представителями народа», порядка выборов в Государственную Думу (Указ от 6 августа 1905 г.), о правах и обязанностях российских подданных, среди которых «право свободно избирать место жительства и занятие», приобретать и отчуждать имущество, «беспрепятственно выезжать за пределы государства» и др.[3]

Разумеется, применительно к условиям самодержавия наивно говорить о становлении правового государства. Ибо основной законодательный массив был направлен не только на сохранение, но и на укрепление самодержавной власти. И тем не менее появление в нормативно-правовых актах таких общих статей и разделов, непременно апеллирующих к закону, как положения о том, что «никто не может быть задержан под стражею иначе, как в случаях, *законом определенных*», «никто не может подлежать преследованию за преступное деяние иначе, как в порядке, законом определенном»[4], свидетельствует о том, что в российской государственное правовой жизни и идеологии сформировались идеи, созвучные идеям правового государства.

---

[1] Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. М., 1988. Т. 6. С. 62.

[2] Там же. С. 48.

[3] Там же. С. 44, 47.

[4] Там же. С. 47.

Всю историю формирования и развития идей правового государства в России можно разделить, с известной долей условности, на три периода или этапа: первый этап — со второй половины XIX в. и вплоть до Октябрьской революции 1917 г.; второй — с 1917 по 1985 г.; и третий этап — с 1985 г. и до настоящего времени. Каждый этап соотносится с определенным периодом развития российского общества и государства и имеет свои особенности.

Характерными особенностями первого этапа формирования и развития идей правового государства в России являются следующие. *Во-первых,* становление и развитие их под сильным воздействием западных демократических идей. Речь при этом идет не только о традиционном влиянии на российскую политическую мысль, скажем, идей Вольтера, считавшего, что «чем больше законы, созданные по договору между людьми, приближаются к естественному закону, тем более сносна жизнь»[1], или учений Руссо, Дидро, Локка, Гельвеция, Гольбаха или Монтескье. Большое влияние оказывали также «рядовые» исследователи государственно-правовой материи, развивавшие идеи правового государства.

Среди большой плеяды западных авторов, разделявших идеи правового государства, в качестве примера можно указать на А. Ленинга, выступавшего против всесилия государства, в котором не может быть свободных граждан, а есть только «несвободные рабы»[2]. Можно сослаться также на К. Штаммлера, развивавшего идеи о том, что право есть такое правило поведения, которое должно соблюдаться не только рядовыми гражданами и их организациями, но и самой властью, его устанавливающей. При этом «данное правило действует до тех пор, пока не будет заменено новым правилом». Если же «власть, установившая правило, не считает нужным его соблюдать», а действует по своему усмотрению, то в таком случае право сменяется произволом[3].

Во-вторых, формирование и развитие идей правового государства в России в рассматриваемый период осуществлялось в условиях сохранения сильной самодержавной власти, в противоборстве (явном или скрытом) с идеями просвещенного абсолютизма.

В сознании многих, в том числе и весьма просвещенных для того времени, людей по-прежнему доминировали автократические идеи о священности и неприкосновенности монархической власти, о единственном пути дальнейшего развития России через ее (этой власти) укрепление и совершенствование.

По-прежнему в обществе были широко распространены и пользовались активной поддержкой, особенно в правящих кругах, идеи, высказанные еще Н. Карамзиным в его известной «Записке о древней и новой России» (1811), адресованной Александру I, в которой он решительно выступает против какого бы то ни было законодательного

---

[1] *Вольтер.* Избранные произведения. М., 1947. С. 479.

[2] *Ленинг А.* Об основах и природе права (русск. перевод). СПб., 1909. С. 11.

[3] *Штаммлер К.* Хозяйство и право. Т. II (русск. перевод). СПб., 1907. С. 157—168.

ограничения самодержавия[1]. Россия, писал он, всегда «основывалась победами и единоначалием, гибла от разновластия, а спасалась мудрым самодержавием». Власть монарха всегда должна быть выше закона. Монарх может все, уверял знаменитый историк, и он не может ограничить свою власть законом. Даже сама постановка вопроса о подчинении самодержавной власти закону, не говоря уже о принятии конституции, ограничивающей эту власть, «грозит России гибелью».

К тому же, замечал маститый ученый, принятие конституции в условиях самодержавия — дело бессмысленное. Ибо кто посмеет помешать монарху нарушить ее? А в случае такого нарушения кто отважится предъявить ему претензии или объявить его преступником? Никто, заключал автор, и добавлял для убедительности, что «всякое русское сердце содрогнется от сей ужасной мысли».

Идеи «просвещенного абсолютизма», в столкновении и противоборстве с которыми в России в рассматриваемый период зарождались и развивались идеи правового государства, доминировали не только в сознании значительной части российских подданных, но и материализовались в основной массе законодательных актов.

Так, по-прежнему продолжало сохраняться «метаюридическое», по определению С. А. Котляревского, «право монарха спасать Россию»[2]. По-прежнему законодательно закреплялось и строго соблюдалось положение о том, что «особа государя священна и неприкосновенна», а сам монарх обладает огромной законодательной и исполнительной властью. В соответствии с теми же упоминавшимися ранее «Основными государственными законами» он являлся «державным вождем российской армии и флота», верховным «руководителем всех внешних сношений Российского государства с иностранными державами», имел право объявлять войну и заключать мир, равно как и договоры с иностранными государствами, обладал полномочиями на «объявление местности на военном или исключительном положении» и т. д.[3]

Однако в российском законодательстве и в научной юридической литературе рассматриваемого периода все большую популярность и значимость стали приобретать либерально-демократические правовые мотивы.

И, *в-третьих,* формирование и развитие идей правового государства в России на рубеже XIX—XX вв. осуществлялось на фоне и в контексте бурных академических дискуссий о соотношении государства и права не только на современном этапе, но и на самой первой, изначальной стадии их возникновения и развития.

Констатируя данный факт, Г. Ф. Шершеневич писал, что в юридической науке сложилось два диаметрально противоположных мнения по вопросу о том, что является первичным, а что — вторичным, государст-

---

[1] История политических и правовых учений / Отв. ред. В. С. Нерсесянц М., 1983. С. 346—348.

[2] *Котляревский С. А.* Власть и право. Проблемы правового государства. М., 1915. С. 354.

[3] Российское законодательство X—XX веков. Т. 1. Вып. 1. М., 1995. С. 252—255.

во или право[1]. Что изначально предшествует чему: государство — праву или же, наоборот, право — государству?

Сторонники первой точки зрения, исходящей из того, что государство исторически и генетически предшествует праву, рассуждают следующим образом. Норма права всегда есть не что иное, как требование государства. Государство, являясь источником права, очевидно, само не может быть обусловлено правом, «государственная власть оказывается над правом, а не под правом. Государство есть явление первичное, право — вторичное. Такова теория первенства государства, на которой строится «определение права по признаку принудительности»,— обобщал Г. Ф. Шершеневич[2].

Противоположного мнения придерживаются сторонники теории изначального первенства права над государством. Их кредо, по мнению автора, состоит в следующем: государственная власть по своей природе носит правовой характер. «В основе государственной власти лежит не факт, а право. Государство не может быть источником права, потому что оно само вытекает из права. Над государством находится право», которое изначально его ограничивает и сдерживает[3].

Данные точки зрения, продолжающиеся до сих пор споры о соотношении государства и права имеют далеко не академический, как может показаться на первый взгляд, и далеко не тривиальный по своим последствиям характер. Это не только две противоположные точки зрения на один из спорных в науке вопросов, резонно замечал Г. Ф. Шершеневич. Это «два противоположных миросозерцания в области обществоведения»[4].

В зависимости от того, какая в юридической науке и общественном сознании доминирует точка зрения, могут последовать и соответствующие далеко идущие практические выводы.

В том случае, когда в юридическом сообществе и в официальных, правящих кругах преобладает представление о том, что государство по природе своей первично, а право — вторично, что государство — это все или почти все, а право — ничто по сравнению с государством или почти ничто, то можно с полной уверенностью говорить о возможности наступления таких практических последствий подобного видения государства, которые неизбежно будут связаны с тоталитаризмом, авторитаризмом или иным такого рода «измом». Разумеется, нужно говорить не о правовом, а скорее противоположном ему по своему характеру государстве.

Совершенно иные практические последствия, вероятнее всего, будут иметь место в другом случае. А именно — когда в теории и на практике возобладает принцип приоритетности права перед государством и его отдельными органами. В этом случае со значительной долей уверенно-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Т. 1. Вып. 1. М., 1995. С. 252—255.

[2] Там же. С. 252.

[3] Там же.

[4] Там же.

сти можно будет говорить если не о правовом, то о весьма близко стоящем к нему государстве.

Именно на эти позиции в последнее время, констатирует Г. Ф. Шершеневич, «на защиту теории первенства права» становится все большее число юристов — теоретиков и практиков[1].

Конкретное выражение это нашло, например, в переходе ряда авторов — твердых сторонников теории первоначального возникновения и последующего доминирования государства над правом и соответственно противников концепции верховенства права над государством на более мягкие, промежуточные позиции.

Весьма удобной и приемлемой в данном случае оказалась идея Г. Еллинека об одновременном возникновении и параллельном развитии государства и права, а также его попытка сблизить между собой два различных воззрения на природу и характер взаимоотношения государства и права.

В своей широко известной среди юристов того времени работе «Общее учение о государстве» Г. Еллинек писал, что постановка вопроса о взаимоотношении государства и права в плане первичности или вторичности их возникновения «страдает существенной внутренней неясностью». Она предполагает «развитое понятие государства как нечто само собою разумеющееся и затемняет, таким образом, всю проблему»[2].

Ибо если понимать под государством, размышлял автор, «политическое общение современных народов», то следует сделать вывод о том, что «право, без сомнения, существовало и до него». Но если мыслить государство динамически и определять его как «высший в данную эпоху, основанный на власти союз», то ответ получится совершенно иной[3].

Одно только стоит вне спора, заключал ученый, что «право есть исключительно социальная функция и поэтому всегда предполагает человеческое общение». Даже по теории естественного права, «исходившего от изолированного человека», право возникает лишь в человеческом обществе[4]. А существование любого человеческого общества с неизбежностью предполагает как наличие определенной организации, так и существование определенного государственного образования.

При этом имеется в виду не только и даже не столько современное общество и государство, сколько раннее человеческое сообщество. В нем всегда одновременно с правом возникало и существовало, по мнению Г. Еллинека, «эмбриональное государственное образование» и никогда не отмечалось существование так называемого «догосударственного права»[5].

Признаки перехода все большего числа российских юристов на рубеже XIX—XX вв. на позиции теории «первенства права» перед госу-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 252.

[2] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 266.

[3] Там же.

[4] Там же.

[5] Там же. С. 266, 267.

дарством и государственной властью наблюдались и в других отношениях. Например, при оценке характера так называемого *чрезвычайно-указного права.*

Исторически чрезвычайно-указное право в конституционном государстве, справедливо отмечал С. Котляревский, «есть прямое наследие абсолютной монархии, где все волеизъявления главы государства могли иметь силу закона. Мы его находим по преимуществу в государствах с сильной монархической властью». Чрезвычайно-указное право действовало в тот период в Австрии, Пруссии, Болгарии, Японии и в России.

Если на более ранних этапах развития общества, с момента введения института чрезвычайно-указного права, по сути означавшего отказ в случае «чрезвычайной необходимости» от принципа верховенства закона, данный институт пользовался довольно широкой поддержкой не только российских правящих, но и не причастных к власти интеллектуальных кругов, то со временем отношение к нему довольно резко изменилось в пользу верховенства закона.

Далее мы можем наблюдать, констатировал С. Котляревский, как по мере изменения отношения к чрезвычайно-указному праву изменялось и оно само. А именно — постепенно «суживалась сфера его применения», все более часто подчеркивался его именно «чрезвычайный характер», создавались все более надежные гарантии против злоупотребления им[1]. Отход от идеи незыблемости чрезвычайно-указного права и переход на позиции верховенства закона означают в тот период не что иное, как начало становления и развития в России идей правового государства.

Последнее подтверждалось также тем огромным интересом, который проявился у отечественных ученых-юристов в рассматриваемый период к таким атрибутам правового государства, как *принцип разделения властей, народный суверенитет, права человека и гражданина,* отвлеченный анализ которых, по словам С. Котляревского, «решительно бессилен объяснить оказанное ими могущественное и действенное влияние, подъемы глубокой веры и острого скептицизма, увлечения и враждебности, которые соединились с ними в вековых и массовых переживаниях»[2].

Следует особо отметить глубокий интерес российских исследователей также к проблемам «правового самоограничения» государственной власти, подсказанного, согласно представлению Г. Ф. Шершеневича, благоразумием и «хорошо осознанным интересом»[3].

Чем отличается государство, образованное насилием («разбойническим» путем), ставил в связи с этим неожиданный вопрос автор, от обычной, хорошо организованной шайки разбойников? И отвечал: «отличие образованного таким началом государства от шайки» обнаруживается, во-первых, в том, что государственная власть проявляет свою волю в нормах, которые она сама устанавливает, сама изменяет, сама

---

[1] *Котляревский С. А.* Указ. соч. С. 356.

[2] Там же. С. 2.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 263.

же и соблюдает до тех пор, пока они не заменяются новыми. А во-вторых, в том, что государство в отличие от шайки, пользующейся силой для разрушительных целей, обращает свою силу на созидательные цели[1].

«Считаясь» с созданным самой государственной властью правом, государство, таким образом, далеко уходит от шайки разбойников, приходит к выводу Г. Ф. Шершеневич. И вместе с тем вполне резонно добавляет: «Но все же не следует забывать, что государство нередко возникало из шайки и что оно снова может подойти к ней, насколько в государстве право сменится произволом»[2].

Наряду со сказанным важное значение для развития идей правового государства в России имела разработка проблем *гражданского общества и конституционного государства.*

Согласно бытовавшему в отечественной юридической литературе в начале XX в. мнению, конституционное государство представляло собой не что иное, как «практическое осуществление идеи правового государства». Эта идея, писал Ф. Кистяковский, с давних времен теоретически развивалась в политических учениях, но «только в конституционном государстве она нашла в себе практическое выражение»[3].

Правовое государство при этом определялось как такое государство, которое «в своих отношениях к подданным связано правом, подчиняется праву». Иными словами, это есть такое государство, «члены которого по отношению к нему имеют не только обязанности, но и права; являются не только подданными, но и гражданами»[4].

Одним из важнейших условий нормального функционирования правового государства в этот период считалось, да и сейчас вполне резонно считается не только осуществление на практике принципа разделения властей, но и *постоянное поддержание баланса властей.* Особое внимание при этом обращалось, и не без оснований, на предотвращение наиболее часто встречающихся в политической жизни разных стран попыток узурпации всей государственной власти со стороны исполнительной власти.

Гарантиями против такого захвата власти должно служить, по мнению Ф. Кистяковского и других авторов, следующее. Во-первых, «право народного представительства ежегодно определять бюджет и численность армии», ставящее в зависимость от законодательной власти те «материальные и личные силы государства», которыми распоряжается исполнительная власть.

Во-вторых, ответственность министров перед народным представительством, выражающаяся в праве последнего делать им запросы, выражать свое мнение по поводу их действий и передавать их суду за преступления по должности. Это же во многих странах касается и гла-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 263.

[2] Там же. С. 263—264.

[3] *Кистяковский Ф.* Лекции по общему государственному праву. С. 261.

[4] Там же.

вы государства, который может быть привлечен к ответственности парламентом за преступления по должности.

И, в-третьих, право судебной власти «в конкретных случаях, подлежащих ее рассмотрению, проверять «законность правительственных распоряжений и оставлять без исполнения распоряжения, несогласные с законом»[1].

Определенное внимание в плане развития идей правового государства в рассматриваемый период отечественными авторами уделялось *вопросам законности и качества права,*

Государственная власть, писал, например, в связи с этим И. Михайловский, имеет право, а нередко и обязана применять силу для воздействия на нарушителей правопорядка. Это применение права может принимать «самые резкие формы». Но все такие меры только тогда могут произвести на население «благоприятный психологический эффект», когда власть не будет забывать прекрасной поговорки: «право должно быть сильным, но для того, чтобы быть сильным, оно *должно быть правом».*

Иными словами, пояснял автор, предпринимаемые государством меры «ни на волос не должны выходить из границ строгой законности», должны быть «обставлены всеми надлежащими гарантиями» и, наконец, должны применяться для охраны юридических норм в настоящем, высоком смысле этого слова»[2].

Кроме названных вопросов, касающихся концепции правового государства, в центре внимания российских ученых-юристов на рубеже XIX—XX вв. стояли и другие аналогичные им вопросы. Рассматриваемый период, вне всякого сомнения, был одним из самых плодотворных для отечественных исследователей в плане разработки идей правового государства.

Следующий условно выделяемый нами в учебных целях *этап развития идей правового государства в России с 1917 по 1985 г. не отличался особой позитивной активностью.* Скорее даже наоборот. В плане не только теоретической разработки, но и практического внедрения в жизнь идей правового государства данный период в российской государственно-правовой истории был, несомненно, шагом назад.

Анализ научных источников и официальных документов этого времени со всей очевидностью свидетельствует о том, что на данном этапе развития нашего общества не было недостатка в научных трудах и решениях государственных и партийных властей, в которых бы в той или иной мере не развивались бы идеи, созвучные идеям правового государства.

Это идеи и разделения функций партийных и государственных органов, и идеи все более активного участия широких слоев населения в управлении делами общества и государства, и провозглашение принципа «Все во имя человека. Все для блага человека», и развитие идей общенародного государства, и многое другое.

---

[1] *Кистяковский Ф.* Указ. соч. С. 265.

[2] *Михайловский И. В.* Очерки философии права. Т. 1. С. 83.

Более того, в 60—80-е годы в нашей стране проводились дискуссии о соотношении права и закона, где подвергался сомнению издавна сложившийся тезис о том, что право и закон есть идентичные явления и понятия, что закон как ведущий нормативно-правовой акт, исходящий от государства, всегда имеет правовой характер. В тот же советский период развивались идеи «государства законности» и конституционности, уделялось значительное внимание повышению жизненного уровня трудящихся масс, гарантиям их социально-экономических прав и свобод.

Однако многие теоретические разработки, созвучные идеям правового или «околоправового» государства в рассматриваемый период, так и остались не чем иным, как лишь теоретическими разработками. На практике, особенно в 30—40-е годы сталинских репрессий и беззакония, торжествовали совсем иные идеи и принципы.

Значительный шаг в развитии идей правового государства в России был сделан за период с 1985 г. по настоящее время, за годы так называемой перестройки и постперестройки. Именно в это время были расширены политические права и свободы российских граждан, упразднена политическая цензура, сняты все ограничения с так называемых запретных, не всегда приятных для властей предержащих тем. Во вновь принятой Конституции Российской Федерации 1993 г. были зафиксированы такие ассоциирующиеся с теорией правового государства принципы и положения, как принцип плюрализма в политической жизни и идеологии, верховенства закона, разделения и относительной самостоятельности законодательной, исполнительной и судебной властей и др. Наконец, нельзя не упомянуть о том, что в Конституции 1993 г. впервые в российской истории было закреплено положение, согласно которому Российское государство представляется не иначе как социальное, правовое государство.

Разумеется, такое представление о российском государственном пространстве, где пышным цветом расцветают криминал и мздоимство, сочетающиеся с обнищанием и социально-экономическим бесправием трудовых масс, выглядит явным преувеличением. Для Конституции России 1993 г. «правовое государство», не имеющее под собой реальной основы,— это такой же политико-идеологический штамп, как никогда не существовавшее «государство диктатуры пролетариата» — для Конституции СССР 1936 г. или «общенародное государство» — для Конституции РСФСР 1978 г.

К тому же следует учитывать тот осознанный еще в дореволюционной (1917 г.) России факт, что любое государство, включая Российское, никогда, в силу объективных и субъективных причин, не сможет стать правовым «до конца».

Здесь, писал еще С. Котляревский, «приходится считаться со слабостью и неотчетливостью правовых запросов, предъявляемых в данном обществе к государственной власти», а также с тем, что здесь действует еще и простой инстинкт политического самосохранения, присущий «всякому жизнеспособному государству при самых различных формах правления».

Дело в том, что «правовой запрос», т. е. необходимость строгого соблюдения действующего законодательства, иногда сталкивается, по мнению автора, с исключительно важными для выживания государства обстоятельствами, когда первое подвергается сомнению и испытанию со стороны второго. Это, конечно, не значит, поясняет ученый, что в таких обстоятельствах право становится «чем-то второстепенным для государства, чуть ли не предметом роскоши для его сочленов». Это лишь означает, что «в известные исключительные моменты государственной жизни потребность дать возможно полное осуществление господству права встречает преграду в еще более сильной потребности, неустранимой, как объективный мир»[1].

Вопрос о том, может ли государство последовательно соблюдать издаваемые им же самим правовые акты и должно ли оно это делать при любых, даже самых чрезвычайных для его выживания обстоятельствах, иными словами, может ли оно «стать правовым до конца», является весьма спорным в научной литературе. Вполне справедливо и обоснованно, как представляется, доминирует точка зрения, согласно которой государство не может себе позволить в одних случаях соблюдать действующее законодательство, а в других — не соблюдать[2]. Оно должно в любых обстоятельствах строго следовать правовым предписаниям.

Тем не менее такая проблема существует, споры вокруг нее ведутся, и это нельзя не учитывать при решении вопроса о том, что такое правовое государство и может ли становящееся на путь демократических преобразований «обычное» государство до конца стать правовым.

§ 3. Основные признаки и черты правового государства

Характеризуя правовое государство, следует учитывать, что, несмотря на специфические особенности, оно оставалось и остается *государством*.

Что это означает? Во-первых, то, что государство не отождествляется с обществом или системой других общественно-политических организаций и не растворяется в них. А во-вторых, что оно, помимо своих собственных специфических признаков и черт, обладает, как и любое государство, общеродовыми признаками и чертами.

Как и любое, правовое государство обладает публичной властью и располагает специальным аппаратом управления и принуждения. Этот аппарат состоит из совокупности разнообразных органов и организаций, связанных друг с другом едиными принципами образования и функционирования и объективно необходимых для выполнения стоящих перед государством задач. Для его содержания в каждой стране устанавливаются и взимаются налоги. Проводятся займы. Формируется государственный бюджет.

---

[1] *Котляревский С. А.* Указ. соч. С. 354.

[2] *Шаблинский И. Г.* Пределы власти. Борьба за российскую конституционную реформу (1989—1995 гг.). С. 159—185.

Далее. Правовое государство, как и любое другое, располагает разветвленной системой юридических средств. Они дают ему возможность оперативно управлять всеми отраслями экономики, эффективно воздействовать на все общественные отношения. Обладая государственно-властными полномочиями, различные государственные органы не только издают в рамках своей компетенции соответствующие нормативно-правовые акты, но и обеспечивают их реализацию. Государственные органы осуществляют постоянный контроль за их точным соблюдением, применяют в необходимых случаях меры государственного принуждения.

И последнее. Правовое государство, так же как и все другие, обладает суверенитетом. Суверенность государственной власти правового государства заключается в ее верховенстве по отношению ко всем гражданам и образуемым ими негосударственным организациям внутри страны и независимости (самостоятельности) государства вовне, в проведении внешней политики и в построении отношений с другими государствами. Обладая суверенитетом, правовое государство организует самое себя и устанавливает обязательные для всех правила поведения. Некоторые государства при этом предусматривают определенные правила поведения и ответственность за их соблюдение в отношении не только отдельных граждан и их организаций, но и всего общества, народа. В качестве примера можно сослаться на ст. 12 Конституции Японии, в соответствии с которой «свободы и права, гарантируемые народу настоящей Конституцией, должны поддерживаться постоянными усилиями народа. Народ должен воздерживаться от каких бы то ни было злоупотреблений этими свободами и правами и несет постоянную ответственность за использование их в интересах общественного благосостояния».

Названные черты являются общими как для правовых, так и для неправовых государств. Но каковы особенности первых по сравнению со вторыми? Какие признаки характеризуют именно правовое государство?

Следует выделить прежде всего такую особенность, как *верховенство закона*. В соответствии с данным признаком, или принципом, ни один государственный орган, ни одно должностное лицо, никакие коллектив, государственная или общественная организация, ни один человек не освобождаются от обязанности подчиняться закону. Причем когда речь идет о верховенстве закона, то он понимается в прямом своем значении, а именно как акт, исходящий от высшего представительного органа государственной власти и обладающий высшей юридической силой.

В настоящее время, как свидетельствует практика, положение таково, что во многих государствах, будучи формально главенствующим юридическим актом, на деле закон фактически «растворяется» в других, подзаконных, а точнее, ведомственных актах. Об этом много говорилось и говорится в научной литературе.

Так было, например, в прежней России и в СССР, которые не провозглашали себя правовыми государствами. Согласно научным источникам, с 1936 по 1988 г. высшими органами государственной власти Союза было принято всего лишь 79 «чистых» законов. В то же время действовали десятки тысяч всякого рода постановлений, решений и распоряжений, принятых исполнительно-распорядительными и иными госу-

дарственными органами. Только в 1988 г. Совет Министров СССР принял 1600 постановлений и дал 2000 распоряжений[1]. Ситуация в нынешней России, Конституция которой провозглашает ее правовым государством, мало чем отличается от практики нормотворческой деятельности бывшего СССР. По-прежнему подзаконные акты имеют преобладающий вес в системе других нормативно-правовых актов[2].

Следует особо подчеркнуть, что формирование и существование правового государства в любой стране предполагают установление не только формального, но и *реального господства закона* во всех сферах жизни общества, расширение сферы его прямого воздействия на общественные отношения.

Было бы упрощением полагать, что в условиях правового (или любого иного) государства можно вообще обойтись без подзаконных, ведомственных актов. В особенности это касается процесса реализации конституционных законов, содержащихся в них положений. Нельзя, в частности, обойтись без подзаконных актов при реализации конституционного права на труд, на отдых, на охрану здоровья, на материальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, полной или частичной потери трудоспособности или в процессе реализации права на образование. Ибо возникающие при этом общественные отношения настолько сложны и многогранны, что для своего упорядочения они объективно требуют не одного, пусть самого авторитетного, фундаментального акта, каким является конституционный закон, а системы взаимосвязанных с ним и развивающих содержащиеся в нем предписания актов.

Следовательно, речь идет не о том, должны или не должны быть в правовом государстве наряду с законами подзаконные, ведомственные акты. Существование их неизбежно и обусловлено самой природой и характером регулируемых ими общественных отношений. Речь идет лишь о том, чтобы эти акты не доминировали количественно и качественно в общей системе нормативно-правовых актов. А главное, чтобы, развивая и детализируя положения, содержащиеся в законах, подзаконные акты не искажали суть самих законов. В России и других странах, ставящих своей целью формирование правового государства, удельный вес подзаконных, ведомственных актов вполне возможно и нужно изменить. В противном случае призывы к созданию правового государства неизбежно останутся всего лишь призывами.

Среди других особенностей правового государства укажем на такие, как *полная гарантированность и незыблемость прав и свобод граждан,* а также установление и поддержание *принципа взаимной ответственности гражданина и государства.* Как граждане несут ответственность перед государством, так и государство должно нести ответственность перед гражданами.

---

[1] *Казимирчук В. П.* Проблема формирования социалистического правового государства. М., 1990. С. 17.

[2] См.: *Агафонов Ю. А., Рассказов Л. П., Упоров И. В.* Становление и особенности развития современного российского права. Краснодар, 2000.

Однако всегда ли это имело и имеет место? Возьмем для примера нашу страну. Гарантировались ли раньше и гарантируются ли в полной мере сейчас права и свободы граждан России? В значительной мере да. Гарантированы политически, юридически и отчасти экономически. Но далеко не в отношении всех граждан. Это становится очевидным особенно тогда, когда речь идет о гарантиях права на труд, на отдых, на социальное обеспечение, на получение образования, медицинское обслуживание.

По действующей Конституции России, «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» (ч. 1 ст. 17). Конституция провозглашает, что «государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств» (ч. 2 ст. 19).

В то же время очевидным является и то, что в силу экономических и социальных причин, роста цен и инфляции, усиления бюрократизма и коррупции в управленческом аппарате гарантии прав и свобод граждан России в значительной мере ослабляются. Как и раньше, «рядовой» гражданин нередко вынужден выступать в роли ходока по «коридорам власти» и быть просителем даже в тех случаях, когда речь идет об удовлетворении его законных прав и интересов.

Отнюдь не случайно во многих средствах массовой информации, в научной и популярной литературе и даже в некоторых официальных документах именно на эти уродливые явления общественной жизни, сопровождающиеся порой диктатом, административным произволом в экономике, социальной и духовной сферах, равнодушием к правам и нуждам людей, пренебрежительным отношением к общественному мнению и социальному опыту масс, обращается особое внимание.

При таком положении дел, когда у государства в лице различных его органов и у множества чиновников преобладают привилегии и права, а у «рядовых» граждан — преимущественно обязанности, не может быть и речи о реализации принципа взаимной ответственности государства и гражданина. На протяжении всей истории развития России вначале подданные, затем граждане несли, да и сейчас несут всяческие «повинности» и ответственность перед государством. Однако ни государство в целом, ни его органы или чиновники за многие свои деяния, включая катастрофические по своим последствиям, фактически никак ни перед обществом, ни перед его гражданами не отвечают.

А как обстоит дело с правами и свободами граждан, а также с реализацией принципа взаимной ответственности гражданина и государства в западных странах? Есть ли реальные или формальные ограничения прав и свобод граждан там? Всегда ли здесь взаимоотношения государства и гражданина строятся на основе принципа взаимной ответственности?

Отвечая на эти вопросы, следует избегать двух крайностей: представления западной государственно-правовой жизни только в негативных тонах или же, наоборот, рассмотрения ее исключительно позитивно, идеализированно. В теории принцип взаимной ответственности сторон — гражданина и государства — фундаментальный принцип правового государства должен неуклонно соблюдаться как гражданином, так и государством. Однако практика дает множество примеров, расходящихся с теорией. В отношениях «государство — гражданин» нет равного партнерства на практике. А следовательно, нет и равной ответственности их друг перед другом.

Такой характер взаимоотношений государства и гражданина (подданного) иногда косвенно закрепляется в конституциях западных стран. Как правило, в *прямой форме* устанавливаются обязанности и ответственность граждан перед государством, и нет даже упоминания об обязанностях и ответственности государства перед гражданами.

Приведем только один пример, подтверждающий данное положение. В ряде статей Конституции Италии прямо предусмотрено, что все граждане *обязаны* «верностью Республике и должны соблюдать ее Конституцию и законы»; все *обязаны* «участвовать в государственных расходах сообразно со своей налоговой платежеспособностью»; каждый гражданин *обязан* «в меру своих возможностей и по личному выбору осуществлять деятельность или выполнять функцию, способствующую материальному или духовному прогрессу общества» и т. д. В прямой форме говорится и о других обязанностях и соответственно об ответственности граждан. И в то же время в ней отсутствуют статьи об обязанностях и ответственности государства. Закреплено лишь то, что Республика *признает* те или иные права граждан, *содействует* «развитию культуры, а также научных и технических исследований» (ст. 9), *выполняет задачу* устранения препятствий «экономического и социального порядка, которые, фактически ограничивая свободу и равенство граждан, мешают полному развитию личности и реальному участию всех трудящихся в политической, экономической и социальной организации страны» (ст. 3).

Дисбаланс в соблюдении принципа взаимной ответственности государства и гражданина (подданного), несомненно, отражается на принципе адекватного соотношения их прав и свобод. Следует заметить, что в нашей литературе последних лет наблюдается ничем не оправданная идеализация состояния прав и свобод на Западе. Доперестроечное отрицание реальных прав и свобод граждан западных государств (одна крайность) сменилось постперестроечной эйфорией, связанной с их идеализацией, а точнее, с абсолютизацией (другая крайность).

Не учитывается тот факт, что права и свободы в этих странах очень часто ограничиваются (прямо или косвенно) в процессе не только их реализации, практически, но и в процессе их законодательного закрепления, формально-юридически.

Например, Конституция Швеции (1974 г.), провозглашая довольно широкий круг прав и свобод граждан, в том числе свободу высказываний и информации, свободу союзов, собраний и демонстраций, одновре-

менно устанавливает их ограничения. В частности, со ссылкой на интересы «государственной безопасности, экономики, общественного порядка и безопасности», а также на достоинство личности, святость частной жизни и предупреждение преступлений конституционному ограничению подлежат свобода высказываний и свобода информации (§ 13 гл. 2). Под предлогом возможного нарушения «порядка и безопасности на собраниях и демонстрациях», а также в интересах уличного движения и противодействия эпидемиям может ограничиваться в соответствии с Конституцией свобода собраний и демонстраций (§ 14 гл. 2). Подлежит ограничению свобода союзов, «деятельность которых носит военный или аналогичный характер» (§ 14 гл. 2). Хотя следует отметить, что ряд этих ограничений не противоречит Международным пактам о правах человека.

Важной особенностью правового государства является *реализация принципа разделения властей.* Что это означает? В чем суть этого принципа?

Разделение властей — принцип (или теория), исходящий из того, что для обеспечения процесса нормального функционирования государства в нем должны существовать относительно независимые друг от друга власти: законодательная, исполнительная и судебная. Законодательная власть должна принадлежать парламенту, исполнительная — правительству, судебная — суду.

Суть этой теории состоит в том, чтобы не допустить сосредоточения власти в руках одного лица или небольшой группы лиц, и тем самым предотвратить возможность ее использования одними классами или группами людей во вред другим.

Следует заметить, что теория разделения властей далеко не нова. Первые ростки ее появились уже на начальных стадиях развития государства. Так, еще древнегреческий историк Полибий (200—120 гг. до н. э.) восхищался системой распределения власти между различными государственными органами, которая существовала в республиканском Риме. Власть в этом государстве, писал он, поделена таким образом, чтобы ни одна из ее составных частей не перевешивала другую. «Дабы таким образом государство неизменно пребывало в состоянии равномерного колебания и равновесия, наподобие идущего против ветра корабля».

Значительное развитие теория разделения властей получила в Средние века. Особо выделяются здесь, как уже было отмечено, взгляды английского философа-материалиста Дж. Локка и французского философа Ш. Монтескье.

Стремясь предотвратить узурпацию власти одним лицом или группой лиц, Дж. Локк разрабатывает принципы взаимосвязи и взаимодействия ее отдельных частей. Приоритет остается за законодательной властью в механизме разделения властей. Она верховна в стране, но не абсолютна. Остальные власти занимают по отношению к ней подчиненное положение. Однако они не пассивны, а оказывают на нее активное воздействие.

Обязательным условием нормального функционирования властей Дж. Локк считал законность. Он полагал, что нет таких идеальных государств, которые были бы полностью гарантированы от опасности перерождения в тиранию, где строгое следование праву не превратилось бы в «осуществление власти помимо права».

Для предотвращения этого Дж. Локк наделяет угнетенный народ правом «воззвать к небесам». Это означает, что допускается возможность применения народом силы против «несправедливой и незаконной силы». Суверенитет народа ставится гораздо выше суверенитета государства.

В широко известной работе «О духе законов» Ш. Монтескье доводит до своего логического завершения теорию разделения властей. Особое значение он придает системе взаимных сдержек и противовесов властей. Монтескье справедливо полагал, что для того, чтобы создать стабильный механизм государственного управления, надо научиться «комбинировать власти, регулировать их, умерять, приводить их в действие, подбавлять, так сказать, балласту одной, чтобы она могла уравновешивать другую». Это такой шедевр законодательства, заключал Монтескье, который «редко удается выполнить случаю и который редко позволяют выполнить благоразумию».

Теория разделения властей оказала огромное революционизирующее воздействие на умы людей, на их политическое мировоззрение. Ее идеи были отражены, например, уже в Декларации прав человека и гражданина, принятой в 1789 г. Национальным Собранием Франции. В этом документе провозглашалось: «Общество, в котором не обеспечено пользование правами и не проведено разделение властей, не имеет конституции».

В дореволюционной (до 1917 г.) и послереволюционной России теория разделения властей воспринималась в основном в критическом плане. Преобладали суждения, согласно которым государственная власть едина и неделима и принадлежит народу. В ст. 2 Конституции СССР 1977 г. было записано, например, что «народ осуществляет государственную власть через Советы народных депутатов, составляющие политическую основу СССР. Все другие государственные органы подконтрольны и подотчетны Советам народных депутатов».

С началом перестройки в 1985 г., приведшей в конечном счете к развалу СССР, отношение официальных кругов к теории разделения властей, так же как и к концепции правового государства, существенно изменилось. Вместо прежних идеологических штампов типа «общенародное государство», «развитой социализм», «власть всего народа» на вооружение были взяты во многом не имеющие у нас в стране своего реального содержания термины «правовое государство», «разделение властей», «политический плюрализм», «социальное государство» и т. д.

В сфере теории государства и права произошла довольно значительная смена политических и идеологических ориентиров. Однако в практической политико-правовой жизни в отношении того, что касается правового государства и принципа разделения властей, за последние годы здесь не произошло каких-либо существенных изменений. А реальные

шаги в этом направлении свидетельствовали бы о движении государства и общества по пути к правовому государству и правовому обществу.

К важнейшим особенностям правового государства относятся не только создание, но и поддержание в обществе *режима демократии, законности и конституционности,* предотвращение попыток узурпации власти, сосредоточения ее в одних или нескольких руках.

Известно уже по опыту веков, писал по этому поводу Ш. Монтескье, что «всякий человек, обладающий властью, склонен злоупотреблять ею, и он идет в этом направлении, пока не достигнет положенного ему предела. А в пределе — кто бы это мог подумать! — нуждается и сама добродетель». Чтобы не было злоупотребления властью, делает вывод мыслитель, «необходим такой порядок вещей, при котором различные власти могли бы взаимно сдерживать друг друга».

Наряду с этим в правовом государстве (как один из главных признаков его существования) должны быть *реально обеспечены права и свободы «рядовых» граждан.* Должен быть создан механизм их полной гарантированности и всесторонней защищенности; последовательно проводиться в жизнь принцип оптимального сочетания прав и свобод граждан с их конституционными обязанностями.

Кроме названных, есть и другие особенности, характеризующие правовое государство и принципиально отличающие его от неправового. Их достаточно много, и они весьма разнообразны. В своей совокупности они и дают общее представление о том, что такое правовое государство и что не является таковым, каковы сущность, содержание, основные цели создания и каково назначение правового государства. Наконец, каковы *условия* его формирования и функционирования.

Последнее принципиально важно, особенно для современной России, равно как и для других стран, ставящих перед собой задачу формирования правового государства на базе существующих государственных структур. Ибо если в стране нет реальных объективных и субъективных условий для создания, а затем нормального функционирования правового государства, то не может быть и речи об успешном решении данной проблемы. Что же представляют собой эти условия, или предпосылки? С чем они связаны? Прежде всего они ассоциируются с необходимостью достижения *высокого уровня политического и правового сознания людей,* с выработкой у них для активного участия в политической и общественной жизни *высокого уровня культуры.*

Принципиально важными предпосылками создания правового государства в нашей стране являются также привитие населению потребности сознательного участия в управлении государственными и общественными делами; наличие в обществе прочного правопорядка, незыблемой законности и конституционности; утверждение принципа плюрализма мнений и суждений во всех сферах жизни общества и государства; развитие системы самоуправления народа, последовательное расширение и углубление в экономике, политике, культуре, науке, социальной сфере принципов реальной демократии.

Важная предпосылка формирования правового государства в Российской Федерации — создание *внутренне единого, непротиворечи-*

вого законодательства. Существующие ныне противоречия в правовой системе страны, возникающая время от времени борьба федеральных законов и законодательных актов, издаваемых на местах, не только не приближают Россию к правовому государству, но даже отдаляют от него. Эта борьба, как и многое другое, разрушительно сказывается на экономике, обществе и самом государстве. Пренебрежительное отношение к федеральным законам автоматически порождает такое же отношение и к местным актам, ведет к трагическим последствиям для многих миллионов людей.

Современная жизнь дает тому множество весьма печальных примеров. В том числе примеров, связанных с разрушением единого государственного пространства СССР, с возникновением межнациональных и региональных конфликтов, территориальных, имущественных и иных споров, с бесчисленными страданиями и гибелью втянутых в политические и другие конфликты невинных людей.

Аксиоматичен, не подлежит никакому сомнению тот факт, что законы жизненно важно соблюдать, а не нарушать. Добиваться в случае устарелости, консерватизма и отсталости от жизни их немедленной отмены конституционным путем, а не преступать их границы и не разрушать тем самым регулируемые ими хозяйственные, социальные, культурные, политические и иные связи в обществе.

Эта простая и всем доступная истина была известна еще в Древней Греции более двух тысячелетий назад. «Повинуйся законам!» — таков был призыв известного философа и правоведа Хилона, автора знаменитого афоризма «познай самого себя». Слушайся законов больше, чем ораторов,— таково было кредо этого мыслителя, понимавшего, что беззаконие ведет к общественному распаду и упадку.

Строгое соблюдение законов считалось высокой добродетелью, согласно учению древнегреческого мыслителя, политического деятеля и знаменитого математика Пифагора (580—500 гг. до н.э.). Таким же образом оценивалось законопослушание и его последователями — пифагорийцами. Наихудшим для всех злом они считали беззаконие, безвластие, анархию. Отвергая их, пифагорийцы полагали, что человек по своей природе не может обойтись без надлежащего руководства и воспитания.

«Цари и правители не те,— говорил по этому поводу известный древнегреческий философ Сократ,— которые носят скипетры, не те, которые избраны известными вельможами, и не те, которые достигли власти посредством жребия или насилием, обманом, но те, которые умеют править». Разумеется, с помощью закона, а не насилия.

Среди существенных предпосылок успешного формирования и функционирования правового государства следует назвать *наличие в стране гражданского общества*. В отечественной и зарубежной литературе существует довольно много не совпадающих друг с другом представлений о понятии гражданского общества и характере его соотношения с государством[1]. Например, нередко гражданское общество понимается

[1] См.: Становление гражданского общества в России (правовой аспект) / Под ред. О. И. Цыбулевской. Саратов, 2000. С. 10—19.

как система противостоящих государству и «конкурирующих между собой взглядов, интересов и воззрений отдельных социальных групп и индивидов», как комплекс различных общественных объединений и движений, связанных между собой личными и общественными интересами, «экономическими взаимозависимостями», а также правовыми и неправовыми правилами и обычаями.

Среди составных частей гражданского общества при этом выделяются прежде всего такие ассоциации, как клубы, университеты, церковь, семья, объединения бизнесменов и др. Все они относительно самостоятельны применительно друг к другу, а также независимы от государства. Согласно сложившимся воззрениям «царство гражданского общества» исключает какие бы то ни было политические связи и отношения, а также «институты государства».

Иными словами, гражданское общество выступает, и в этом есть значительная доля истины, в качестве своего рода антитезы, противовеса государству. Соотносясь подобным образом с государством, гражданское общество в лице различных социальных групп, классов и прослоек, организованных в специальные институты и объединения, имеет своим главным назначением не только внимательное наблюдение за действиями государства с тем, чтобы они не выходили за рамки законности и конституционности, но и принятие всех дозволенных законом мер для того, чтобы заставить государство и его органы в случае нарушения ими действующих правовых актов вернуться на стезю закона.

Гражданское общество выступает не только как гарант последовательного и непрерывного развития цивилизации, но и как важнейшее условие, гарант существования и развития самого правового демократического государства.

§ 4. Конституционный суд в политической системе общества

Вопрос о месте и роли конституционного суда в политической системе общества, о характере его деятельности, равно как и о соотношении его чисто юридической и политической активности, является далеко не новым, а тем более далеко не оригинальным для зарубежной государственно-правовой теории и практики. Он возник с созданием первого конституционного суда. Многие споры продолжаются и поныне.

Однако проблемы вовлеченности конституционного суда в политический процесс, характера его деятельности и степени его связанности «политической линией» и политическими решениями является довольно новыми и малоизведанными в отечественной политико-правовой теории и практике. Причина этого весьма проста и прозаична — традиционно длительное отсутствие в системе отечественного государственного механизма конституционного суда или ему подобных органов.

Что собой представляет конституционный суд? Каковы его функции и назначение? Каково его место в политической системе?

Строго говоря, детальные ответы на эти и им подобные вопросы относятся к области конституционного права. В рамках же теории государства и права рассмотрим лишь общетеоретические, весьма важные

для глубокого понимания природы и назначения *данного института и правового государства* вопросы.

Следует отметить прежде всего, что конституционный суд не существует сам по себе, вне государства или наряду с ним. Он составляет хотя и относительно самостоятельную (по крайней мере теоретически), но неотъемлемую часть государственного механизма.

В научной литературе и законодательстве разных стран конституционный суд определяется неодинаково. Однако везде он рассматривается как один из наиболее важных органов судебной власти, как важнейшее средство обеспечения верховенства конституции. Во всех странах, где есть конституционный суд, он считается высшим органом конституционного надзора и контроля.

С созданием конституционного суда в каждой стране связываются надежды на то, что он послужит укреплению ее конституционного строя, формированию и развитию правового государства, утверждению начал законности в правотворчестве и правоприменении. Так, формулируя основные цели и задачи созданного в 1991 г. Конституционного Суда в России, Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», принятый в 1994 г., закрепляет, что основными целями его создания являются защита основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, а также обеспечение верховенства и прямого действия Конституции Российской Федерации на всей ее территории (ст. 3). В этих целях Конституционный Суд, в частности, разрешает дела о соответствии Конституции России федеральных законов, нормативных актов Президента Российской Федерации, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства России; конституций республик, уставов, а также законов и иных нормативных актов субъектов Российской Федерации, изданных по вопросам, относящимся к ведению органов государственной власти Российской Федерации и совместному ведению органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти ее субъектов; договоров между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти ее субъектов, договоров между органами государственной власти субъектов РФ; не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации. Кроме того, законодательством устанавливается, что Конституционный Суд дает толкование Конституции России, выступает с законодательной инициативой по вопросам своего ведения, осуществляет иные полномочия, предоставленные ему Конституцией Российской Федерации.

Аналогичные цели и задачи ставятся перед конституционными судами других стран. Конституция США, например, провозглашая, что судебная власть в стране «осуществляется Верховным судом и теми низшими судами, которые будут время от времени учреждаться Конгрессом», специально разъясняет, что «судебная власть распространяется на все дела, решаемые по закону и праву справедливости, возникающие на основе настоящей Конституции, законов Соединенных Штатов» и заключаемых ими международных договоров. Кроме того, она распространяется «на все дела, касающиеся послов, других полномочных предста-

вителей и консулов; на все дела адмиралтейства и другие морские дела; на все споры, в которых Соединенные Штаты являются стороной; на все споры между двумя или более штатами, между штатом и гражданами другого штата, между гражданами различных штатов, между гражданами одного штата по искам о землях, полученных в дар от различных штатов, а также между штатом или его гражданами и иностранными государствами, гражданами или подданными».

Как на практике осуществляется судебная власть в конституционном суде?

Конституция и Федеральный конституционный закон о Конституционном Суде Российской Федерации на это отвечают следующим образом. Конституционный Суд России осуществляет судебную власть прежде всего путем разрешения дел о соответствии Конституции Российской Федерации издаваемых различными федеральными органами и субъектами Федерации нормативно-правовых актов и заключаемых между ними договоров (ст. 3 Закона).

Сходным по существу путем осуществляется судебная власть конституционными судами других стран. Так, Конституционный суд Испании, согласно законодательству страны, осуществляет судебную власть путем рассмотрения в судебных заседаниях «заявлений о неконституционности законов и нормативных актов, имеющих силу закона»; принятия «постановлений о защите прав в связи с нарушением прав и свобод»; разрешения споров о разграничении компетенции и полномочий между государством и региональными автономными объединениями или между самими региональными автономными объединениями; решения «других вопросов, предусматриваемых Конституцией и органическими законами»[1].

Каковы же природа и характер деятельности конституционного суда? Является он политическим или же чисто юридическим институтом?

Отвечая на данные вопросы, следует учесть, что Конституционный Суд России — совсем новый и очень хрупкий, до конца еще не сложившийся институт. Поэтому природа и характер его деятельности рассматриваются в настоящем параграфе не только с учетом имеющейся российской практики, но и, разумеется, с широким использованием соответствующего зарубежного материала.

О чем говорит официальная теория разных стран и о чем свидетельствует многолетняя зарубежная практика? На что указывает весьма значительный в этом деле опыт Запада? На многое.

Анализ теории и практики деятельности конституционных судов Австрии, Германии, Верховного суда США и конституционных судов ряда других зарубежных стран дает противоречивые результаты. Официальная теория говорит об одном, повседневная же практика зачастую свидетельствует о другом. Теория всячески старается оградить конституционный суд от политических коллизий и споров, представить его как чисто юридический институт. Тогда как конституционная практика своими многочисленными примерами постоянно наталкивает на мысль, что

[1] Испания. Конституция и законодательные акты. М., 1982. С. 91—92.

суд зачастую выступает не только и даже не столько как юридический, сколько как политический институт.

Каковы аргументы теории? Если отвечать кратко, то суть их состоит в следующем: в обосновании тезиса о том, что суд должен быть вне политики и над политикой, и в конституционно-правовом закреплении «неполитического характера деятельности» конституционного суда.

Тезис о том, что суд стоит вне политики и над политикой, призван «юридизировать» судебную практику, имеет цель показать и доказать, что конституционный суд — это особое, стоящее высоко над повседневной политической суетой государственное учреждение. В некоторых странах в развитие данного тезиса даже разработаны специальные концепции, или доктрины. В США, например, широко распространена доктрина «политического вопроса». Основной смысл ее сводится к тому, что американские федеральные суды, будучи по своей природе «судами права», могут принимать к своему рассмотрению лишь те дела, в которых содержится «спор о праве». Дела же, содержащие в себе «политический конфликт», относятся к ведению политических органов, и решаются не юридическими, точнее, не судебными, а политическими средствами.

Не касаясь других сторон доктрины «политического вопроса», следует по достоинству оценить такую постановку вопроса, когда каждый орган, каждая ветвь власти профессионально занимается лишь своим делом. В пределах установленной для нее компетенции, используя свойственные ей методы и средства, рассматривает возникающие только в сфере ее деятельности споры и решает свои собственные проблемы.

Подобная позиция была выработана на протяжении двух столетий самими американскими судами и позволяла Верховному суду США во многих случаях избежать втягивания в рассмотрение нескончаемых споров по политическим вопросам. Она также обеспечивала Верховному суду длительное время сохранение своего независимого, «надполитического» положения.

Можно сказать, что американский суд сам, по мере накопления опыта рассмотрения конституционных конфликтов и интерпретации Конституции, пришел к выводу, что необходима выработка защитных средств судебной деятельности от проникновения в нее элементов чистой политики и политиканства. К этому выводу постепенно приходят конституционные суды многих стран. К этому же со временем придет (и уже приходит) по мере укрепления своих позиций и Конституционный Суд России.

Сама логика развития общественно-политической жизни в нашей стране, становления и укрепления судебной ветви государственной власти приводит Конституционный Суд России к неизбежному выводу о необходимости выработки дополнительных средств защиты своей чисто судебной деятельности от губительного влияния на нее других видов, и в первую очередь политической и идеологической деятельности. В противном случае Конституционный Суд, так же как и любой иной суд, со временем превратится в придаток политики, а еще хуже — в придаток очередных «выдающихся» для каждого этапа российской и зарубежной истории политиков.

Однако следует иметь в виду, что американский опыт имеет свои исторические и национальные особенности, свои плюсы и минусы. Одна из труднопреодолимых проблем состоит в том, что доктрина «политического вопроса» безупречна лишь в теории. Но ее трудно назвать таковой, особенно после Второй мировой войны, при воплощении на практике. Речь идет, в частности, об отступлении Верховного суда США от своих исторически выработанных политических канонов, а точнее, табу. Доктрина «политического вопроса» стала давать особенно заметные сбои, пробуксовывать в 70-е и во все последующие годы, Верховный суд США в силу ряда объективных и субъективных причин начал активно вмешиваться во внутриполитический процесс, принимая к своему рассмотрению дела, содержащие внутрипартийные и иные им подобные споры.

Означает ли это, что Верховный суд США как интерпретатор Конституции и как государственный орган утратил свою самостоятельность и превратился в придаток других государственных органов? Сказать так значило бы погрешить против истины. Не стал он от этого чисто политическим институтом, но и остался «надполитическим» органом. *Это политико-юридический орган.* Имея достаточно сил для самостоятельной деятельности, он стал лишь более активным в выработке и отстаивании своих собственных взглядов и суждений, в утверждении и отстаивании в общественном сознании своего собственного мнения не только по юридическим, но и по политическим вопросам.

Не случайно поэтому еще в 60—70-е годы американские эксперты — специалисты в области теории государства и права и конституционного права — обращали внимание именно на эту тенденцию усиления власти и влияния Верховного суда США. Еще тогда многие из них на основе обобщения судебной практики делали выводы, что «политический вопрос» состоит не в том, делает ли Верховный суд политику или не делает. Вся суть вопроса в том, при каких обстоятельствах и с каким успехом он это делает.

Находящиеся на грани права и политики ситуации имели место в практике на первом этапе деятельности Конституционного Суда России. Они могут возникнуть и в будущем. Это естественно для такого органа, и такое положение не следует драматизировать, как иногда делается в средствах массовой информации и академической литературе. Нужно воспринимать лишь как должное, что хождение по канату, *балансирование между политическими и правовыми реалиями — участь фактически любого конституционного суда.* Не только российского. И участь неизбежная в практическом плане.

Что же предусматривает законодательство относительно характера деятельности конституционного суда? На чем оно акцентирует внимание прежде всего?

Анализ зарубежного и отечественного законодательства свидетельствует, что акцент делается, как правило, на неполитическом характере деятельности конституционного суда. В одних случаях это достигается просто путем указания на то, что члены конституционного суда не могут быть членами каких бы то ни было политических объединений или занимать какие-либо

политические посты. Конституция Испании устанавливает, например, что «обязанности члена Конституционного суда несовместимы с любыми представительными мандатами, с политическими или административными постами; с выполнением руководящих функций в какой-либо политической партии или профсоюзе и нахождением у них на службе» (п. 4 ст. 159).

В других случаях одновременно указывается на недопустимость участия членов конституционного суда в политических объединениях и на неполитический характер принимаемых судом решений. Типичным примером тому может служить законодательство Италии. В нем наряду с декларацией о том, что «судьи Конституционного суда не могут участвовать в деятельности общественных объединений и политических партий», закрепляется, в частности, положение о том, что «контроль законности, осуществляемый Конституционным судом в отношении закона или акта, обладающего силой закона, исключает какие-либо оценки политического характера и какой-либо контроль над дискреционной властью Парламента».

В третьих же случаях акцентирование внимания на неполитическом характере деятельности конституционного суда достигается более сложным путем — одновременным существованием нескольких видов ограничений и запретов. Так, согласно российскому федеральному законодательству, судья Конституционного Суда «не может принадлежать к политическим партиям и движениям, материально их поддерживать, участвовать в политических акциях, вести политическую пропаганду или агитацию, участвовать в кампаниях по выборам в органы государственной власти и органы местного самоуправления, присутствовать на съездах и конференциях политических партий и движений, заниматься иной политической деятельностью. Он не может также входить в руководящий состав каких-либо общественных объединений, даже если они и не преследуют политических целей» (ст. 11 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Кроме того, Закон устанавливает, что Конституционный Суд Российской Федерации «решает исключительно вопросы права» (п. 7 ч. 1 ст. 3). Это означает, что Суд должен избегать рассмотрения дел, касающихся вопросов политики.

Сравнивая законодательство разных государств, нетрудно увидеть, что российский законодатель гораздо больше, чем любой иной, позаботился о том, чтобы оградить Конституционный Суд от политики и представить его как институт, стоящий вне политики.

Однако дело заключается не только и даже не столько в законодательных провозглашениях, сколько в складывающейся конституционно-правовой практике. Из отечественного опыта, а также из опыта конституционно-правового развития других стран хорошо известно, что нередко теория говорит об одном, а практика «поступает» совсем по-другому, что имеют место значительные расхождения между конституционно-правовой теорией и практикой.

Каковы «аргументы» практики? Что, исходя из западного опыта свидетельствует (а в случае с российским Судом может свидетельствовать) о политико-юридическом, а не о чисто юридическом характере

деятельности этого института? Многое. Западные и отечественные исследователи традиционно указывают на следующие обстоятельства.

Первое. На *само положение* конституционного суда в системе государственных органов. Вполне оправданно считается, что суд как носитель одной из ветвей государственной власти — судебной — не может не быть политическим институтом, поскольку государственная власть в любой стране — явление сугубо политическое.

Второе. На *политизированный характер* полномочий конституционного суда при рассмотрении значительного числа спорных вопросов. В самом деле, можно ли с полной уверенностью сказать, например, что полномочия Конституционного суда Италии при рассмотрении споров о компетенции между различными властями государства являются неполитическими? Или то же о полномочиях Конституционного суда Испании при решении споров о разграничении компетенции и полномочий «между государством и региональными автономными объединениями или между самими региональными автономными объединениями»? Нет, конечно.

Разумеется, конституционный суд любой страны, согласно законодательным актам, «устанавливает и решает только вопросы права». Иного указания в законе о конституционном суде и быть не может. Иначе многое не «стыкуется» в официальной политической и правовой идеологии. Например, в России невозможно будет выстраивать очередную теорию — правового государства вместо прежних — государства диктатуры пролетариата и общенародного государства, если все носители государственной власти, включая Конституционный Суд, будут открыто признаваться не правовыми, а политико-правовыми, какие они и есть на самом деле, или тем более политическими институтами.

Третье. На *политический характер большинства предметов спора,* с которыми имеет дело во многих странах конституционный суд, а также на *политический характер целей,* которые ставятся перед конституционным судом.

Можно по-разному относиться, например, к официальным трактовкам действия Конституционного Суда Германии, согласно которым его активность признается неполитической. В силу этого Основной закон особо акцентирует внимание на рассмотрении Конституционным Судом таких сугубо юридических дел, каковыми являются, в частности, дела по иску «о конституционности, которые могут быть внесены любым лицом, считающим себя ущемленным государственной властью в одном из своих основных прав...» (абз. 4-а ст. 93).

Однако одно остается бесспорным: характер таких дел, составляющих предмет рассмотрения Конституционного Суда, как дела о толковании Основного закона государства «по спорам об объеме прав и обязанностей верховного федерального органа или другой заинтересованной стороны», о «расхождении мнений» по вопросам прав и обязанностей Федерации и земель, и ряда других, несомненно, является если не преимущественно политическим, то по крайней мере политико-юридическим (абз. 1, 2, 4 ст. 93)[1].

[1] Конституции буржуазных государств. М., 1982. С. 206—207.

По Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» к функциям Суда относятся: разрешение споров о компетенции между федеральными органами государственной власти, между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, между высшими государственными органами субъектов Российской Федерации. По жалобам на нарушения конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов Конституционный Суд проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

Кроме того, на Конституционный Суд России возлагаются задачи давать толкование Конституции РФ и давать заключение «о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления» (пп. 2—5 ч. 1 ст. 3). Бесспорно, что названные цели и задачи носят не только юридический, но и политический характер.

Четвертое. Наконец, следует обратить внимание на то, что западные исследователи, оспаривающие чисто юридический характер деятельности конституционного суда, не без оснований указывают и на такой фактор, как *политические взгляды и преференции самих судей.* С формальной точки зрения судью можно заставить быть вне политических процессов. Но было бы утопией практически заставлять его отказываться от политических взглядов и «политических склонностей», как это иногда предлагается в литературе. Каждый человек независимо от того, какое место он занимает в социальной иерархии и каким статусом обладает, всегда имеет свои определенные политические взгляды, представления, свои политические ценности. Разделяя их, он всегда, во всех случаях жизни ими руководствуется. И это естественно. Иное дело (это касается в первую очередь членов конституционного суда), когда судья стремится быть выше своих собственных политических амбиций и пристрастий при рассмотрении социально значимых дел.

Таким образом, когда мы говорим о месте и роли, а также о характере деятельности Конституционного Суда в России или в любой иной стране, важно иметь в виду не только и даже не столько теоретическую, сколько практическую сторону его активности.

Глава XV

ПРАВО В СИСТЕМЕ ДРУГИХ СОЦИАЛЬНЫХ НОРМ

§ 1. Особенности и виды неправовых социальных норм

Общественные отношения регулируются с помощью не только норм права, но и других *социальных норм.* Под термином «социальные» имеются в виду такие нормы, или правила поведения, которые регулируют отношения между индивидами, между индивидами и социальными группами, между индивидами и обществом. Где есть общество, писал Г. Ф. Шершеневич, там должны быть и правила общежития, или социальные нормы. Социальные нормы определяют поведение человека в обществе, а следовательно, отношение человека к другим людям[1].

Кроме социальных, в обществе существуют *технические нормы.* Они определяют отношение людей к различным средствам производства, орудиям труда, к природе, животному миру. Это, например, нормы выработки на производстве, правила эксплуатации сельскохозяйственных машин или любой иной техники, всевозможные технические и технологические стандарты.

Разумеется, технические нормы, как и сама сфера их приложения, не могут существовать изолированно, в отрыве от социальных норм и сфер их непосредственного применения. Все нормы взаимосвязаны, взаимодействуют, оказывают постоянное влияние друг на друга. Опосредованно воздействуют технические нормы и на все общество, а также на возникающие в нем между людьми и образуемыми ими группами и ассоциациями отношения. В этом смысле данные нормы имеют не только технический, но и социальный характер.

Однако социальность технических норм весьма условна по сравнению с собственно социальными нормами, ограниченна и проявляется как в специальных нормативно-правовых актах, в которых излагается содержание различных технических правил (например, касающихся охраны труда или техники безопасности), так и в актах, содержащих отсылки к техническим нормам.

В отечественной и зарубежной юридической литературе, особенно на рубеже XIX—XX столетий, далеко не всегда четко и последовательно проводилась градация социальных и технических норм. Обычными и широко распространенными были, например, споры по поводу того, следует ли рассматривать в качестве технических или социальных нор-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: Учебное пособие (по изданиям 1910—1912 гг.). Т. 1. Вып. 1 /Вступ. ст. М. Н. Марченко. М., 1995. С. 133.

мы, опосредствующие отношения человека к Богу, к животному миру, наконец, *к самому себе.*

Нередко вопрос ставился таким образом: можно ли считать социальными нормы или правила поведения, которые устанавливаются человеком по отношению к самому себе, нормы, с помощью которых человек возлагает на себя добровольно определенные обязательства и ответственность перед самим собой? Ответы были разные. Но общий смысл их нередко сводился к следующему. Человек может относиться «с большим или меньшим вниманием к состоянию своего здоровья, может уважать себя или глубоко презирать, может высоко ставить свои способности и нравственные качества или ценить их очень низко,— все это отношения, которые *не могут быть определяемы социальными нормами».*

И дальше шло вполне логичное пояснение. Устанавливаемые самим человеком «правила отношения к самому себе обязательны для него лишь настолько, насколько это ему угодно. Он может не соблюдать их вовсе, нарушать когда угодно, изменять, когда ему вздумается... Подобная независимость совершенно не согласуется с представлениями об обязательности, которая присуща социальным нормам»[1]. Иными словами, любые правила или требования, устанавливаемые человеком по отношению к самому себе, нельзя рассматривать в качестве социальных, ибо последние в обязательном порядке предполагают обращение человека не только и даже не столько внутрь самого себя, сколько вовне, к *другому человеку.*

Конечно, в жизни встречается множество правил, о которых порой трудно сказать, являются ли они социальными или же определяют отношение человека к самому себе. Некоторые из них, например, те, которые связаны с пьянством, мотовством и другими человеческими пороками, только на первый взгляд кажутся отражающими сугубо личное дело подверженного им человека, лишь его личное отношение к самому себе. По существу же они затрагивают не только личные, но и социальные проблемы и отношения, касаются взаимоотношений человека со всем обществом и с другими людьми. Пьянство, мотовство, праздность, «противоестественные пороки,— резонно отмечал Шершеневич,— осуждаются, сознательно или бессознательно, со стороны интересов общества, которому грозило бы разрушение, если бы такие наклонности получили значительное распространение среди его членов»[2].

Помимо этого, в научной литературе активно велись актуальные и поныне на Западе дискуссии относительно характера взаимоотношений человека с *животным миром.* Некоторыми авторами (например, известным английским ученым Бентамом) предпринимались настойчивые попытки распространить социальные (в частности, нравственные) нормы и отношения за пределы человеческого общества — не только на людей, но и на животных.

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 154.

[2] Там же. С. 154—155.

При этом противники соответствующих норм в качестве социальных вполне логично исходили из того, что для возникновения последних необходим не только факт существования предполагаемых субъектов этих отношений, но и их разумное сознание и понимание всего происходящего. Сторонники же трактовки данных норм и отношений в качестве социальных придерживались иного мнения. А именно, они исходили из того, что для возникновения социальных норм и отношений между потенциальными субъектами вовсе не обязательно их осознание и понимание, но достаточно их восприятия на подсознательном уровне, на уровне чувствования или же страдания.

Однако, как справедливо писал Шершеневич, Бентам и его сторонники упустили из виду одно весьма важное обстоятельство: вопрос как раз в том и состоит — способны животные усваивать нормы поведения, устанавливаемые людьми в интересах общежития, или нет. Социальные нормы, обращаемые к сознанию, продолжал автор, «не могут быть постигаемы животными, потому что их пониманию остаются чуждыми требования нравственного и правового порядка»[1].

Таким образом, *для процесса возникновения и существования социальных норм и отношений необходимы прежде всего их осознание и понимание.* Это касается всех без исключения социальных норм и отношений, как правовых, так и неправовых.

В чем же заключаются особенности неправовых социальных норм по сравнению с правовыми? Какова природа и причины этих особенностей?

Отвечая на эти и подобные им вопросы, следует исходить из природы и особенностей существующих в обществе экономических, политических, социальных, идеологических и иных отношений, которые регулируются с помощью различных социальных норм. Многообразие отношений, существующих в обществе, порождает соответственно многообразие опосредующих их социальных норм. Причем речь идет о многообразии не только правовых, но и неправовых социальных норм. Это прежде всего нормы морали, или нравственности. Это и обычаи (неправовые), и традиции. Это, наконец, нормы, содержащиеся в актах (уставах, положениях, решениях, постановлениях и т. п.), принимаемых различными партийными и общественными органами и организациями.

Каждый вид неправовых социальных норм опосредует вполне определенный круг общественных отношений и имеет свои особенности по сравнению как с другими видами неправовых норм, так и с правовыми нормами. Наиболее важны следующие различия правовых и неправовых социальных норм.

Во-первых, это *характер отношений,* на которые «накладываются» правовые и неправовые социальные нормы. Нормы права (например, конституционного, административного) закрепляют прежде всего основные, жизненно важные для всего общества, государства и граждан общественные отношения. Неправовые социальные нормы, опосредуя зачастую эти отношения, все же большей частью регулируют весь

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 158.

остальной круг общественных отношений — межличностные, межгрупповые и др.

Во-вторых, это *порядок и способ установления* правовых и неправовых норм. Неправовые нормы возникают в результате нормотворческой деятельности политических партий, различных общественных объединений и организаций или же складываются (как, например, нормы морали, обычаи) в процессе самой общественной жизни, общественной практики, а также в быту. В отличие от них нормы права, как известно, содержатся в актах, устанавливаемых или санкционируемых государством, а точнее, уполномоченными на то государственными органами.

В-третьих, это *формы или способы выражения* правовых и неправовых норм. Если нормы права всегда содержатся в конкретных правовых актах и излагаются в письменной форме, то неправовые нормы (кроме норм, содержащихся в актах — решениях партийных органов или в актах общественных организаций), как правило, не облекаются в такие формы. Пронизывая собой все сферы духовной и общественной жизни, опосредуя их и оказывая на них регулирующее воздействие, неправовые социальные нормы содержатся лишь в сознании людей и передаются в устной форме из поколения в поколение.

В-четвертых, это *формы и средства обеспечения* правовых и неправовых норм. Основными формами и средствами обеспечения норм права, кроме материальных, организационных и иных форм и средств, которые свойственны и неправовым нормам, являются такие специфические средства, как юридические. Они могут выражаться, например, в указаниях на санкции, применяемые к нарушителям норм уголовного или других отраслей права, в обеспечении свободы выбора той или иной модели поведения участниками гражданско-правовых и иных правоотношений, наконец, в простой констатации того факта, что государство гарантирует соблюдение норм права и содержащихся в них велений. Так, в ст. 17 Конституции Российской Федерации закреплено, что в России «признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией». В ст. 19 Конституции констатируется, что государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности и иных обстоятельств. Аналогичные указания на государственные гарантии содержатся и в других статьях Конституции Российской Федерации и иных правовых актах. В отличие от норм права неправовые нормы не обеспечиваются и не могут обеспечиваться в прямой форме юридическими средствами. Однако в тех довольно многочисленных для демократических государств случаях, когда одни и те же общественные отношения опосредуются нормами не только права, но и морали или другими социальными нормами, юридические средства обеспечения норм права (в прямой форме) в силу сложившихся обстоятельств распространяются (косвенно) на неправовые социальные нормы.

В-пятых, это *характер и степень определенности мер воздействия, применяемых в случае нарушения содержащихся в социаль-*

ных нормах велений. При нарушении неправовых социальных норм следуют меры общественного воздействия. Причем эти меры далеко не всегда строго определенны. Об определенности можно условно говорить лишь относительно мер воздействия, применяемых партийными органами и различными общественными организациями к лицам, нарушающим правила поведения. Что же касается, скажем, нарушений норм морали, нравственности или же норм, содержащихся в обычаях, то здесь никакими актами не предусматриваются какие-либо установленные ими меры общественного воздействия. Иначе обстоит дело, когда нарушаются нормы права[1]. В данном случае не исключаются меры общественного воздействия в виде общественного осуждения, партийного или профсоюзного взыскания и пр. Однако на первом плане стоят, имеют решающее значение все же *меры государственного принуждения.* Они могут облекаться в различные формы и выражаться по-разному, но независимо от своих особенностей должны быть четко сформулированы в санкциях правовых норм и иметь строго определенный характер.

Следует заметить, что не все авторы — юристы и философы разделяют мнение о том, что отличительной чертой норм права по сравнению с неправовыми нормами является их обеспечение и охрана от нарушений с помощью мер государственного воздействия. Известный русский философ И. А. Ильин писал по этому поводу, что государственное принуждение («внешнее принуждение»), тем более «меры подавления и расправы, к которым государственная власть бывает вынуждена прибегать, совсем не определяют *сущность государства»,* а вместе с тем и признак права. По его мнению, государственное принуждение есть не что иное, как «внешнее проявление» государства и права. «Это есть дурной предрассудок, вредное недоразумение, распространенное близорукими и поверхностными людьми»[2].

Аксиоматичен, с точки зрения И. А. Ильина, тот факт, что *право и государство возникают из внутреннего, духовного мира человека, создаются именно для духа и ради духа* и осуществляются *через посредство правосознания.* Государство совсем не есть «система внешнего порядка», осуществляющаяся через внешние поступки людей. Оно совсем не сводится к тому, что «кто-то написал», «подписал», «приказал»... На самом деле государство творится *внутренне, душевно и духовно;* и государственная жизнь только отражается во внешних поступках людей, а совершается и протекает в их душе; ее орудием, или органом, является *человеческое правосознание,* но отнюдь не система мер государственного принуждения.

И еще: «Государство, в его духовной сущности, есть не что иное, как *родина, оформленная и объединенная публичным правом;* или иначе: *множество людей,* связанных общностью *духовной судьбы*

---

[1] См.: *Шундиков К. В.* Механизм правового регулирования / Под ред. А. В. Малько. Саратов, 2001. С. 14.

[2] *Ильин И. А.* Путь к очевидности. М., 1993. С. 258.

и сжившихся *в единство* на почве *духовной культуры и правосознания»*[1].

Разумеется, о государстве, а вместе с ним и о праве, основанных на духовной и «душевной» общностях его граждан, сложившихся «на почве духовной культуры и правосознания» членов общества, можно только, идеализируя государственно-правовую действительность, мечтать.

Однако, как показывает тысячелетний опыт существования и деятельности государственно-правовых систем в разных странах и на разных континентах, в мире не было еще таких государств и таких правовых систем, которые строились бы и функционировали без опоры на государственное принуждение. Последнее непременно «сопровождало» и оберегало от неприятных неожиданностей любое государство и право. Принуждение неизменно оставалось атрибутом правовых норм и служило в качестве одной из основных особенностей, отличающих нормы права от всех других, моральных, нравственных, содержащихся в актах негосударственных органов и организаций, и иных социальных норм. Такое же положение дел сохраняется и поныне.

Несомненно, прав был Г. Ф. Шершеневич, когда писал еще в начале XX в., что «общество, установив нормы поведения в своем интересе, не может относиться безразлично к тому, соблюдаются ли они или нарушаются. Оно не просит своих членов сообразоваться с ними, не советует только,— оно требует, чтобы поведение всех индивидов согласовалось с установленными нормами, а требование должно всегда сопровождаться угрозою»[2], включая угрозу применения мер государственного воздействия.

Кроме названных особенностей, отличающих различные виды неправовых социальных норм от правовых, существуют и иные. Однако они не имеют принципиального значения, поскольку не касаются сущностной или содержательной сторон социальных норм, а отражают лишь внешние формы их изложения, доведения до сведения исполнителей и их применения.

§ 2. Право и мораль

Среди многочисленных социальных норм, существующих в каждом обществе, особое место занимают нормы морали. Что они представляют собой и как соотносятся с нормами права?

Слово «мораль» происходит от латинского «moralis» — нравственность. Она является одной из форм общественного сознания. *В морали отражаются представления людей о добре и зле, справедливости и несправедливости, об общественно полезном или вредном для общества поведении.*

В отличие от права, оперирующего такими терминами и критериями оценки поведения людей, как, например, «правомерное» или «неправо-

[1] *Ильин И. А.* Указ. соч. С. 257, 258.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 191.

мерное» поведение, «юридические права» и «юридические обязанности», «правонарушение» и «юридическая ответственность», в нормах морали отражаются совсем иные оценочные категории и критерии: «добро» и «зло», «честь» и «бесчестие», «гуманное» и «негуманное», «добропорядочное» и «постыдное», «справедливое» и «несправедливое» и др.

Опираясь на эти категории и критерии и используя свои собственные методы и средства, право и мораль выполняют в обществе одинаковые по своим конечным целям и задачам регулятивные и воспитательные функции. Они выступают в качестве *важнейших составных частей механизма социального регулирования* любого локального социального организма (например, региона, субъекта федерации, трудового коллектива), а также всего общества.

Мораль, как и право, всегда имела и имеет *социальный характер*. Это означает, что с помощью ее норм регулируются такие отношения и связи, которые возникают между людьми, а также между человеком и обществом. Все иные связи и действия индивидов, которые не затрагивают интересы других людей, нравственно безразличны или, точнее, нравственно нейтральны. Это касается также внутреннего мира человека и отношения его к самому себе[1].

Несомненно, прав был Г. Ф. Шершеневич, когда, полемизируя с авторами, придерживающимися мнения, что человек «извлекает» нормы своего поведения из самого себя, дает оценку своим действиям только «в себе, в глубине своего сердца», критически воспринимал утверждения о том, что «человек, взятый отдельно, изолированно, вне его отношений к другим людям, может руководствоваться нравственными правилами»[2].

Справедливое и вполне обоснованное мнение самого Шершеневича сводилось к тому, что «нравственность представляет не требования человека к самому себе, а требования общества к человеку». Развивая данный тезис, автор писал, что «это не человек определяет, как он должен относиться к другим, а общество определяет, как один человек должен относиться к другому человеку. Это не человек оценивает поведение, как хорошее или дурное, а общество. Оно может признать поступок нравственно хорошим, хотя он не хорош для индивида, и оно может считать поступок дурным с нравственной стороны, хотя он хорош с индивидуальной точки зрения». Человек считается нехорошим торговцем, потому что он сбывает плохие товары, хотя он хорошо торгует и получает значительные барыши.

В каких же случаях поведение человека является в моральном отношении нейтральным? Когда его поведение не поддается нравственной оценке? Тогда, когда оно не затрагивает волю, интересы и поведение других людей. Человек гуляет и наслаждается видом окружающей природы, человек питается, отдыхает, читает газету — все это, делал вывод Шершеневич, действия нравственно безразличные, «пока они с той или

---

[1] *Кавелин А.* Задачи этики. СПб., 1887. С. 13; *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 40.

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 169—170.

другой стороны не затрагивают других людей. Следовательно, о нравственной оценке действий человека можно говорить только тогда, когда последствия его поведения способны отразиться на интересах других людей»[1].

Мораль и право имеют *общие сферы распространения и регулирования*. Это особенно верно и значимо, как было уже отмечено, для демократических политических режимов. Здесь сферы «приложения» права и морали в максимальной степени совпадают. Однако максимальное, самое широкое совпадение вовсе не означает их полного слияния.

Сфера регулятивного воздействия норм морали неизменно шире сферы, на которую распространяются нормы права. Последние, как и само государство, имея дело с жизненно важными для всего общества и индивидов интересами и отношениями, не могут тем не менее проникать во все поры общества, регулировать все межличностные и подобные им отношения. Отношения дружбы, любви, многие семейные и другие отношения могут регулироваться лишь нормами морали или иными социальными нормами, но не нормами права.

Указывая на объективно ограниченный характер правового регулирования, Л. Гумплович резонно отмечал, что правовые «регламентирующие очертания» не могут охватить «всего нравственного порядка в государстве», не могут «объять тенденции, в нем лежащие, духа, в котором он живет». Равным образом они не могут регламентировать «и целевой жизни личности со всевозможными проявлениями ее деятельности»[2].

Из государственной и личной жизни можно «выхватить лишь отдельные моменты» и относительно них только дать правовые «постановления». И дальше: «Между этими начертанными постановлениями,— лучше сказать,— между отдельными нормированными или жизненными отношениями во всех сферах, как народной, так и индивидуальной жизни, повсюду обнаруживаются пробелы, на которые не распространяются никакие государственные регламентации». Над всеми этими пробелами, как и «над всем вообще кругом индивидуальной и государственной жизни, царит то начало, из которого вытекает нравственный порядок. Дух, живущий в этом нравственном порядке, сообщен всему народу или, по крайней мере, господствующим классам. Они присущи им в качестве руководящего начала и в тех случаях, для которых не начертано никакой правовой нормировки»[3].

Иными словами, нравственный дух, нравственные нормы и начала действуют не только тогда, когда общественные отношения регулируются нормами права, но и когда они не охвачены правовым регулированием.

Нормы морали (нравственный дух, по Гумпловичу) не только пропитывают собой все сферы жизни общества, но и выступают, как «никогда неиссякаемый, как сама жизнь, неисчерпаемый источник права... Что теперь является правом, то некогда было лишь нравственностью, и всякая нравственность имеет тенденцию стать правом». Право, утвер-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 170.

[2] *Гумплович Л.* Общее учение о государстве. С. 345.

[3] Там же. С. 354.

ждал автор, есть «кристаллизовавшаяся в закон нравственность. Нравственность же — это как бы покоящееся еще в фактических социальных отношениях народа и стремящееся к своему выражению право[1].

Проводя, таким образом, различия между сферами «приложения» норм права и норм морали и совершенно справедливо считая, что круг отношений, регулируемых нормами морали, гораздо шире круга отношений, регулируемых нормами права, Л. Гумплович рассматривает в то же время мораль как основу любого права, а право как «кристаллизовавшуюся в законе» нравственность.

Такой подход к решению проблемы соотношения права и морали можно было бы считать идеальным с точки зрения гуманизма и справедливости, если бы право и мораль были способны выступать в качестве общесоциальных категорий и в равной мере удовлетворять волю и интересы не только правящих кругов, но и всех слоев и членов общества. Однако в жизни этого не бывает. И автор безусловно прав, когда пишет, что в любом государстве и при любом строе только «для господствующего класса существующее положение вещей является в высшей степени нравственным. Подвластные же классы, согласно своему положению и нуждам, нравственной считают такую идею долженствующего быть (des Seinsollenden), которая во многих пунктах расходится с существующим порядком»[2].

Стоящий у власти класс, имея в своих руках законодательные рычаги, в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности, естественно, стремится воплотить в законах и других правовых актах преимущественно свое, а не чужое (других классов и слоев) представление о нравственности — добре и зле, справедливости и несправедливости. Следовательно, Л. Гумплович в идеальном порядке решает проблему соотношения права и морали лишь в отношении господствующих слоев общества, но отнюдь не всего общества. По отношению ко всему обществу эта проблема решается по-иному, в другом ключе, имея в каждом обществе свои конкретные особенности.

Чтобы понять это, а вместе с тем глубже изучить другие аспекты соотношения права и морали, необходимо обратиться к истории развития государственно-правовых и моральных институтов. Важно иметь в виду, что *мораль, так же как и право, никогда и нигде не бывает вечной и неизменной.* Она возникает вместе с обществом, вместе с ним изменяется и развивается. *Это историческое явление.*

Чтобы убедиться в справедливости сказанного, достаточно поставить, например, такой вопрос: может ли мораль, оправдывающая рабство на ранних стадиях развития человечества, разделяться людьми на средних, а тем более на современной стадии его развития? Или: может ли средневековая мораль, бравшая нередко под свою защиту «святую инквизицию», считаться моралью в настоящее время? Нет, разумеется. И дело не только в том, хороша она была или плоха. Основная причина в том, что общество (или часть его), проповедовавшее эту мораль,

---

[1] *Гумплович Л.* Указ. соч. С. 255.

[2] Там же. С. 353.

осталось в прошлом. На смену ему по мере экономического и социально-политического развития приходили новые общества. Они вырабатывали и закрепляли в нормах морали свои, отвечавшие их интересам представления и взгляды о добре и зле, справедливости и несправедливости.

На всех этапах развития общества, где использовался и используется чужой труд, всегда зримо или незримо существовали и существуют по крайней мере две не совпадающие между собой системы морали. Это, скажем, мораль рабовладельца и раба, феодала и холопа, работодателя и работополучателя.

Существует ли такое поведение, задавался вопросом Г. Ф. Шершеневич на рубеже XIX—XX вв., «которое бы всегда и везде признавалось, как нравственное», и, напротив, «можно ли найти такое поведение, которое во все времена и у всех народов осуждалось бы как безнравственное?» И отвечал: «История и этнография разрушают иллюзию абсолютной нравственности и устанавливают изменчивость нравственных норм, относительность нравственных понятий»[1].

В мире нет абсолютной и универсальной морали, делают вывод современные западные авторы, а есть лишь мораль, связанная с определенными профессиями, религиозная, политическая, мораль различных классов, социальных групп, наконец, мораль отдельно взятого в историческом плане общества и его членов — представителей, стоящих у власти или находящихся в оппозиции подвластных классов[2].

Моральным представлениям рабовладельцев Спарты соответствовали, например, периодически проводившиеся здесь массовые убийства государственных рабов — илотов. Это позволяло держать их в постоянном страхе и повиновении. Чтобы придать таким бесчеловечным расправам видимость справедливости и законности, высшие должностные лица Спарты — эфоры — даже объявляли ежегодно илотам войну. И это соответствовало взглядам рабовладельцев на добро, гуманизм, справедливость, общественную полезность. Но соответствовало ли это взглядам на мораль рабов?

Возьмем другой пример. В Древней Индии, согласно Законам Ману, закреплявшим представления господствующих кругов о добре и зле, справедливости и несправедливости, население делилось на неравные во всех отношениях группы людей — касты. Первой и высшей из них считалась каста жрецов — брахманов. Закон о них говорит так: «Из живых существ наилучшими считаются одушевленные, между одушевленными — разумные, между разумными — люди, между людьми — брахманы». Рождаясь, брахман «занимает высшее место на земле как владыка всех существ».

Подобные правовые установления, естественно, отвечали интересам находившихся у власти слоев и соответствовали их морали. Но совпадали ли они с представлениями о морали — добре и зле, справедливости и несправедливости — других слоев общества, в частности низшей кас-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 171.

[2] Dictionary of Sociology and Related Sciences. L., 1988. P. 198.

ты, именуемой в Законах шудрой? Ведь по закону и морали высшей касты они должны были оставаться полностью бесправными и вести нищенский образ жизни. Ибо «все, что существует в мире,— это собственность брахмана; вследствие превосходства рождения именно брахман имеет право на все это». На долю же шудры Законы Ману оставляли лишь право и обязанность «служения» высшим кастам «со смирением». В любом обществе господствующее положение всегда занимала мораль господствующих слоев и классов, *мораль властвующих*, но не подвластных. Это касалось взаимоотношений *как внутри страны, так и на международной арене.*

«Излишне говорить, сколь похвальна в государе верность данному слову, прямодушие и неуклонная честность»,— писал его светлости Медичи Н. Макиавелли на тему о соотношении морали и права, морали и управления. Однако, продолжал он, мы знаем по опыту, что в наше время великие дела удавались лишь тем, кто не старался сдержать данное слово и умел, кого нужно, обвести вокруг пальца; такие государи в конечном счете преуспели куда больше, чем те, «кто ставил на честность».

И дальше. Разумный правитель «не может и не должен оставаться верным своему обещанию, если это вредит его интересам и если отпали причины, побудившие его дать обещание». Такой совет был бы недостойным, оговаривался Макиавелли, «если бы люди честно держали слово». Но люди, «будучи дурны», слова не держат, поэтому и с ними нужно поступать так же. А благовидный предлог нарушить обещание всегда найдется. Примеров тому множество: сколько мирных договоров, сколько соглашений не вступило в силу или пошло прахом из-за того, что государи нарушали свое слово, и всегда в выигрыше был тот, кто «имел лисью натуру». Однако натуру надо еще уметь прикрыть. Надо быть «изрядным обманщиком и лицемером». Люди же так «простодушны и так поглощены ближайшими нуждами, что обманывающий всегда найдет того, кто даст себя одурачить»[1].

Кроме исторически преходящих норм морали и ее ценностей, носителями которых являются те или иные классы, социальные слои, правящие династии, группы, существуют и непреходящие, вечные, *общечеловеческие* ценности и элементы морали. Это не только «не убий», «не укради», «не обмани». Но это и «уважай ближнего как самого себя», «неуклонно следуй совету старших», «пожелай счастья другим, как самому себе» и др. Известный французский философ-материалист Гольбах, активно отстаивавший принципы всеобщей морали, не без оснований утверждал: «Все любят себя, все желают своего счастья, все нуждаются в помощи для достижения его; все стремятся к тому, что им представляется желательным, и избегают того, что им кажется вредным; все способны следовать опыту, размышлению и в большей или меньшей мере — разуму. Таким образом, все они способны узнать цену добродетели и опасность порока».

---

[1] *Макиавелли Н.* Избранные сочинения. М., 1982. С. 351—352.

Обращаясь к сильным мира сего с призывом следовать принципам всеобщей морали, Гольбах писал: «Государи! Правьте на основании справедливости, морали и законов... Будьте великими, энергичными, справедливыми, творите добро, уважайте свободу и собственность гражданина, не позволяйте угнетать его от вашего имени. Дайте ему полезные и мудрые законы. Старайтесь о его нравственном воспитании...» Иными словами, воплощайте в издаваемых вами законах общечеловеческую мораль.

Общечеловеческие ценности и элементы морали закреплялись и закрепляются нормами права как в международных, так и в национальных правовых актах. Многочисленные подтверждения тому можно видеть на примере не только современных, но и многих ранее изданных, в том числе древних, правовых актов. Так, даже в Законах Ману, закреплявших неравенство и несправедливость, можно найти отражавшие общечеловеческую мораль статьи. Такова, в частности, ст. 51 (гл. III), в которой записано: «Разумному отцу не следует брать даже самого незначительного вознаграждения за дочь; ибо человек, берущий по жадности вознаграждение, является продавцом потомства». Или ст. 55 той же главы: «Девушки должны быть почитаемы и украшаемы отцами, братьями, мужами, а также деверями, желающими много благополучия». Или ст. 56: «Где женщины почитаются, там боги радуются; но где не почитаются, там все ритуальные действия бесплодны».

На основе данного и других примеров можно сделать вывод о том, что общечеловеческие ценности, заложенные на различных этапах развития общества в праве и морали, совпадают. Право в данном случае закрепляет и охраняет мораль. Последняя, в свою очередь, поддерживает право. Право морально, а мораль согласуется с правом. В этом заключается одно из проявлений их общего и особенного. Но всегда ли имеет место подобная гармония? Всегда ли мораль согласуется с правом? В чем еще, помимо сказанного, проявляются их общность и особенность? Отвечая на два первых вопроса, следует сказать, что далеко не всегда. Трудно себе представить, например, чтобы право, выражающее волю и закрепляющее интересы рабовладельца, соответствовало представлению о добре и зле, справедливости и несправедливости раба. Или право помещика отвечало требованиям морали крепостного. Несомненно одно — господствующие классы или слои всегда стремились закрепить свои моральные установки в праве, а праву придать моральный характер. И это им, как правило, удавалось, когда речь шла о закреплении в праве их моральных установок. Бесспорно и другое. Эти классы и слои всегда старались навязать свою мораль всему обществу, представить ее в качестве морали всего общества и даже общечеловеческой морали. Теоретически, а точнее идеологически, им это тоже нередко удавалось. Однако в жизни, практически от этого ничего не менялось. Отвечая на вопрос, что же еще общего между правом и моралью, необходимо подчеркнуть, что *они являются средством активного воздействия на поведение людей.* Право и мораль содержат в себе оценку и нормы поведения людей не только в бытовых, семейных или иных отношениях, но и в отношениях к обществу и государству.

Это важнейшие инструменты установления и поддержания в обществе дисциплины и порядка.

А в чем еще, кроме ранее отмеченного, заключаются различия права и морали?

Прежде всего в том, что они исторически возникают в разное время. Мораль зарождается уже в недрах первобытного строя. Право же возникает лишь с образованием государственного строя. Право формируется в результате правотворческой деятельности государства, а мораль — в результате активности различных социальных слоев, групп, классов, наконец, самого общества.

Выполнение предписаний, содержащихся в праве, по общему правилу, обеспечивается государственным принуждением. Выполнение требований морали гарантируется только общественным мнением, давлением со стороны общественной среды на индивида, допускающего нарушения моральных норм.

Восприимчивость одних людей к суждению, а тем более к осуждению со стороны других, к подчинению их общественному мнению может быть самой разной. Степень воздействия общественного мнения на поведение человека тоже далеко не всегда одинакова. Но это влияние всегда существует, и нет такого человека, который относился бы абсолютно безразлично к общественному мнению.

Одобрение или порицание общества, писал Шершеневич, «составляют важные двигатели деятельности всех людей». Для человека, стоящего на низшей ступени развития и культуры, мнение окружающей его общественной группы страшно тем, что может лишить его элементарных условий существования, изгнав его из своей среды. Чем выше в культурном отношении человек, тем большую ценность для него представляет общественная среда, «выдвигающая все новые и новые блага жизни: общественное положение, почет, уважение, авторитет, славу, власть. Но все эти блага находятся в прямой зависимости от общественного мнения. Отрицательное отношение общественной среды может довести до минимума ценности жизни. Положительное же отношение доводит их до максимума[1].

К сказанному следует добавить, что нормы права отличаются от норм морали гораздо большей конкретностью и формальной определенностью.

§ 3. Право и обычай

В системе неправовых социальных норм важное место занимают обычаи. Существует много различных определений понятия обычая и много разных представлений о нем.

В отечественной научной литературе обычаи рассматривают, например, в виде правил поведения, сложившихся в результате их фактического многократного применения, в виде таких норм, которые становят-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 193.

ся обязательными для граждан и их объединений в силу многократности их повторения.

В зарубежной, в частности английской, литературе под обычаями понимают сложившиеся стереотипы или тенденции определенного поведения людей, имеющие, по общему правилу, подсознательный, автоматический характер[1].

Существуют и другие в той или иной степени различающиеся определения понятия обычая и представления о нем. Однако все они сводятся к следующему.

Во-первых, обычаи — это правила поведения, которые никем сознательно, а тем более целенаправленно не устанавливаются и не санкционируются. Они складываются стихийно, в процессе общественной практики и повседневной жизнедеятельности людей.

Во-вторых, обычаи формируются в результате весьма длительного, частого, многократного повторения одних и тех же действий одними и теми же лицами или группами (группой) лиц. Одноразовые или эпизодически повторяющиеся действия не создают и не могут создать обычаев.

Л. Гумплович был прав, когда писал, что «согласно человеческой природе» частое повторение какого-либо действия или «продолжительное, терпеливое перенесение такового» создает у людей привычку как «к известному действованию, так и к перенесению чужих действий». Что человек делает сначала лишь в силу необходимости или «под давлением власти, то впоследствии становится у него уже *обычным* образом действия и нормальным перенесением такого давления, если необходимость эта постоянно повторяется, если сила эта воздействует на него в течение продолжительного времени»[2].

В-третьих, обычаи относятся к такому виду неправовых социальных норм, которые связаны с общественной психологией. Наряду с традициями, нравами, обыкновениями и обрядами обычаи складываются и реализуются чаще всего импульсивно, на уровне эмоционального, психического, нежели рационального, глубоко осознанного, критического восприятия.

В-четвертых, обычаи соблюдаются не в силу опасения перед государственным принуждением или иными формами официального давления, а в результате выработанной привычки, естественной потребности человека в определенной, очерченной рамками этого обычая манере поведения. Привычка становится «второй натурой» человека (человек — «раб привычки»), его естественным желанием и потребностью вести себя так, как это предписывается обычаем, а не иначе.

Конечно, было бы упрощением считать, что в процессе становления и развития общества за обычаями не стояло и не стоит никакой государственной или общественной силы. Властвование, размышлял по этому поводу Л. Гумплович, действует сначала насильственно и «всеми соответствующими средствами порабощает человека», но с течением времени,

---

[1] Dictionary of Sociology and Related Sciences. P. 159.

[2] *Гумплович Л.* Указ. соч. С. 349.

когда данное господство сумеет утвердиться, он *привыкает* к этому и тогда уже считает свое положение вполне естественным. «Само собою разумеется,— продолжал автор,— что держащий в своих руках власть еще легче и скорее осваивается с милой привычкой господствовать. И вот со временем проявление этой приятной привычки представляется ему как нечто зиждущееся на высшем порядке вещей и установленное самим Богом»[1].

Итак, делал вывод Л. Гумплович, «естественная сила привычки, захватывая людей и в радости и в горе, ведет к тому, что как властвующие, так и подвластные *со временем считают естественным,* соответствующим высшему порядку и угодным Богу то положение вещей, которое *первоначально было создано насильственным путем»*[2].

Соблюдение норм, содержащихся в обычаях, на ранних стадиях развития общества обеспечивалось такими мерами общественного воздействия на нарушителей, как изгнание из рода или племени, лишение огня и воды, и пр. По мере развития общества и становления государства меры общественного воздействия качественно изменялись, частично трансформируясь в меры государственного воздействия.

На современном этапе развития общества те обычаи, которые служат *одной из форм выражения норм морали,* правил организационного характера или норм культурного поведения, обеспечиваются в случае необходимости мерами общественного воздействия. Что же касается других обычаев, называемых *правовыми*, то они, как и все иные правовые акты, обеспечиваются государственным принуждением.

Правовой обычай, о чем свидетельствует уже его название, является одной из форм (источников) права. Он органически сочетает в себе моральные требования, предъявляемые обществом и государством к поведению отдельных лиц и их объединений, с правовыми. Правовой обычай является своеобразным «нормативным актом», вбирающим в себя наряду с правовыми и моральные начала.

Независимо от видов и особенностей обычаи в любом обществе выступают как весьма важные и в то же время весьма консервативные по своей природе и своему характеру. *Консерватизм* обычаев проявляется в том, что в них закрепляется не только и даже не столько современная общественная практика, сколько социальный опыт давно минувших лет. Кроме того, в обычаях отражаются нередко не только общие моральные и духовные ценности народа, но и пережитки прошлого, предрассудки, национальная, расовая и религиозная нетерпимость.

Важность обычаев и их роль в жизни общества выражаются прежде всего в том, что обычаи вместе с другими неправовыми актами — регуляторами общественных отношений действуют как самостоятельные, причем весьма эффективные, средства воздействия на поведение людей и на возникающие между ними отношения. Будучи таковыми, они тесно взаимосвязаны и взаимодействуют с правом. Понятно, речь

---

[1] *Гумплович Л.* Указ. соч. С. 349.

[2] Там же.

идет не о правовых, а о бытовых, гражданских, профессиональных и иных подобных им обычаях.

Что связывает эти обычаи с правом? Что служит основанием для их взаимосвязи и взаимодействия? Это в первую очередь однотипная экономическая, социально-политическая и идеологическая среда, в которой функционируют обычаи и право. Далее, это общие в конечном счете цели — установление и поддержание в обществе определенного порядка и стабильности, которые осуществляются в процессе реализации и норм права, и обычаев. Наконец, это общие регулятивные и воспитательные функции. Те и другие соответствующим образом воздействуют как на отдельного человека, так и на все общество и государство. Конечно, размышлял по этому поводу Л. Гумплович, сила и власть всегда в состоянии основать государство. Однако «поддержать его без помощи обычая они не могут». Обычай всегда является могущественным союзником государственной власти. Он «освящает всякие государственные установления» и дает государству возможность «справляться с высокой миссией воспитания человечества»[1].

Можно спорить по поводу некоторых утверждений ученого. Так, в тоталитарном или авторитарном по своему характеру государстве далеко не каждый обычай «освящает» далеко не всякие «государственные установления». Здесь всегда существовал и существует глубокий разрыв между «демократической» по своей форме государственно-правовой теорией и возникающими при этом обычаями, с одной стороны, и жизнью, государственно-правовой практикой и конкретными «государственными установлениями» — с другой. Однако очевидно, что обычай дает возможность государству «справляться с высокой миссией воспитания человечества».

Каким путем это достигается? Через какие каналы осуществляется *воспитательная роль,* или *воспитательная функция обычая?*

Она осуществляется опосредованно, через право, путем воздействия на процесс правотворчества и правоприменения. При этом воспитательный потенциал обычая как бы сливается с воспитательным потенциалом (феноменом) права или передается ему.

Например, когда реализуются издавна установившиеся в России обычаи, связанные с проводами новобранцев на службу в армии, с посвящением в ту или иную профессию, с достижением совершеннолетия или вручением паспорта, то не просто отдается «дань моде» или совершается некий дежурный, полуофициальный ритуал. Совершаются действия, способствующие более глубокому усвоению гражданами своих прав и обязанностей и сопутствующие их строгому и неуклонному соблюдению и выполнению.

Однако воспитательная функция обычаев может осуществляться и *непосредственно.* На обычае прежде всего «зиждется всякое воспитание личности»,— доказывали Гумплович и его сторонники. В самом деле, ставился ими вопрос, что собой представляет хорошее воспитание? Что иное, как не усвоение разных жизненных обычаев? Каким образом мож-

[1] *Гумплович Л.* Указ. соч. С. 360.

но воспитать человека? «Не иначе, как, с одной стороны, путем непрерывно повторяемых указаний, направляя его поступки к тому, чего требует среди людей хороший обычай», а с другой стороны, приучая человека к этим «добрым нравам посредством постоянных примеров, которым он инстинктивно подражает». Эта же самая сила обычая, влияющая на личность, делается вывод, «проявляется и в целых племенах, сословиях и народных слоях»[1].

Таким образом, независимо от формы и содержания, а также особенностей реализации обычаев, независимо от того, как они осуществляются — сами по себе или во взаимосвязи и взаимодействии с правом, каждый обычай выполняет в обществе весьма значительную регулятивную и воспитательную роль. Каждый обычай при этом выступает как неразрывная составная часть единой системы обычаев, всех социальных норм, существующих и функционирующих в обществе на том или ином этапе его развития.

---

[1] *Гумплович Л.* Указ. соч. С. 362.

Глава XVI

СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО И НАЦИОНАЛЬНОГО (ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО) ПРАВА

§ 1. Относительно самостоятельный характер систем международного и национального права

1. Важное значение при изучении права того или иного государства и общества имеет рассмотрение его не только самого по себе (понятие, признаки, формы и т. д.) или в системе других социальных норм, но и исследование национального (внутригосударственного) права в сравнении с международным. Однако изучение международного и национального права в сравнительном плане неизбежно порождает вопрос о том, *являются ли они вообще достаточно разделенными и самостоятельными правовыми системами.*

Вопрос на первый взгляд кажется тривиальным. Однако за ним стоит довольно длительная и напряженная интеллектуальная борьба.

2. Говоря об историческом разночтении относительно данного вопроса и о разнообразии существующих в мире вплоть до настоящего момента точек зрения, следует упомянуть прежде всего о том общеизвестном факте, что *международное право как таковое, а следовательно, и его система весьма длительное время не признавались вообще.*

Констатируя данное обстоятельство, известный представитель российской школы международного права Ф. Ф. Мартенс (1845—1909) писал еще в начале XX в., что далеко не все юристы «согласны в своих взглядах на значение науки международного права»[1]. Если «такой замечательный публицист,— отмечал автор,— как Лоренц фон Штейн, относит ее к высшей области юридико-политических наук, то другие представители юриспруденции и преимущественно юристы-практики не находят возможным даже считать международное право за отрасль права» или «доказывают, что единственным его предметом является осуществление в международных отношениях грубой физической силы».

Основные причины долгого непризнания международного права Ф. Мартенс и другие авторы усматривают в следующем. *Во-первых,* в относительной неразвитости международного права в течение длительного времени по сравнению с национальными системами права. Видный немецкий ученый — государствовед и правовед конца XIX — начала XX в.

[1] *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов (по изд. 1904 г.). Т. 1 / Общ. ред. и вступ. ст. Л. Н. Шестакова. М., 1996. С. 10.

Г. Еллинек (1851—1911) писал в связи с этим, что «лишь в мире христианских государств, связанных друг с другом множеством культурных элементов, объединенных в средние века единой церковью, к началу нового времени зарождаются идея и сознание международного права, значительно прогрессирующие затем со времени Вестфальского мира и достигающие неожиданного развития в течение истекшего столетия». Это международное право, пояснял автор, «есть то право, которое связывает государства в их взаимных отношениях, т. е. то право, которое противостоит государству в его внешних отношениях в качестве объективного права»[1].

«Возможность и существование международного права,— резюмировал Г. Еллинек,— многократно подвергались сомнению. Оно отвергается, конечно, теми, кто приступает к решению этого вопроса со старыми цивилистическими шаблонами. Но окончательное решение вопроса о его существовании принадлежит тем образованиям, для которых оно должно служить действующим правом,— самим государствам». Если они признают себя связанными международным правом, это является прочным базисом его существования. А что такое признание со стороны членов международного общения «фактически существует,— для нашего времени представляется совершенно бесспорным».

Позднее признание международного права в качестве самостоятельной отрасли знаний и системы права вовсе не означало наличия правового вакуума в отношениях между государствами. Известно, например, что ряд институтов международного права получил свое развитие и закрепление еще в древности, в эпоху рабовладения. Это, в частности, системы норм, касающиеся посольского и договорного права, деятельности третейских судов и посредничества, защиты прав иностранцев и др. Однако речь при этом идет о признании *не только и даже не столько отдельных институтов, сколько в целом самого международного права.* Различные институты появились и получили свое формально-юридическое и практическое признание еще на ранних стадиях развития человеческого сообщества. Что же касается международного права в целом как системы юридических принципов и норм, регулирующих отношения между государствами и другими участниками (субъектами) международного общения, то оно было признано гораздо позднее[2].

Во-вторых, причины видят в сильном и продолжительном влиянии римского права на правовую жизнь стран Западной Европы и на их систему юридического образования, существенно затормозившем, по мнению Ф. Мартенса и ряда других авторов, развитие и признание международного права.

В Западной Европе и особенно в германских университетах, констатировал Ф. Мартенс, «изучение римского права и пандектов до самого последнего времени составляло почти исключительный предмет

[1] *Елинек Г.* Общее учение о государстве. С. 274.

[2] Подробнее о становлении и развитии международного права см.: Курс международного права. Т. 16. М., 1967—1973.

образования юристов». Это «преобладающее господство римского права», по справедливому утверждению автора, «не только замедлило развитие других отделов права, но и утвердило тот ложный взгляд на юридическую науку, что только та система законов заслуживает названия науки права, которая непосредственно применяется в жизни, служит средством борьбы за повседневные интересы лица, охраняется принудительной силой,— словом — может быть основана на римском праве»[1]. Международное право «в глазах цивилиста» и любого иного юриста, воспитанного на традициях римского права, «часто нарушаемое на практике и в большинстве случаев имеющее лишь отдаленный интерес для частных лиц», не было частью правоведения, и «потому он не находил возможным посвятить ему свои труды».

С удовлетворением отмечая, что современные юристы и политические деятели все чаще отказываются от этого воззрения «даже в Германии» и что римское право «постепенно сходит с того пьедестала, на который оно было поставлено в Германии силой обстоятельств прошлого времени», Ф. Мартенс не без оснований заключает: при существующем строе общественной жизни, когда народ путем избрания своих представителей «призывается к участию в законодательстве и к управлению страной», знакомство лишь с Corpus Juris представляется далеко не достаточным, ибо «свод римского права не дает никакого ответа на многие жизненные вопросы, от которых зависит в настоящее время всестороннее развитие народов»[2]. Более того, «было бы напрасным трудом пытаться определить международные отношения современных народов на основании принципов этого права». Римляне остаются неподражаемыми мастерами «в формулировании положения гражданского права и в приложении юридического анализа, с которым каждый юрист должен относиться к изучению права вообще». В этом отношении римское право дает науке международного права тот практический метод, те орудия анализа, «посредством которых могут быть выяснены юридические нормы или законы».

Однако в нем «нельзя искать юридического определения отношений, существующих между современными народами, потому что римляне не знали международных отношений в том смысле, который придается им в настоящее время». В своих отношениях с другими народами они исходили из принципа, прямо противоположного современному. Если теперь «международная жизнь в ее мирных проявлениях считается нормальным порядком вещей», то мирные международные отношения, в которые вынуждены были вступать римляне, рассматривались как «нарушение законного порядка отношений»[3].

Аналогичного мнения о соотношении международного и римского права придерживались и другие авторы, в частности Р. Иеринг. Правда, он считал, в отличие от других исследователей, что только в условиях Рима история права как таковая «вознеслась» от разрозненной истории

---

[1] *Мартенс Ф.* Указ. соч. С. 10—11.

[2] Там же. С. 11.

[3] Там же.

права отдельных народов до общей истории права всех народов и что «jus gentium» («право народов», «право между народами») есть если не само, то, по крайней мере, прототип современного международного права, ибо оно уже возвысилось «до новейшей идеи всеобщности и старалось осуществить ее в области международных торговых сношений»[1].

С такой постановкой вопроса, рассматривающей jus gentium в качестве синонима международного права, соглашались далеко не все ученые. Более того, эта точка зрения подвергалась резкой критике со стороны некоторых исследователей. Прослеживая историю становления международного права, Ф. Мартенс весьма критически относился к тому, что «первые представители науки международного права» довольно опрометчиво позаимствовали от римлян не только название международного права, но и представление о том, что «jus gentium есть международное право». На самом же деле «это определение представляет собой полнейшее смешение разнородных понятий». Ибо если jus gentium есть «совокупность философских начал, общих гражданских законов различных стран», предмет которых составляют «бытовые, частные отношения между отдельными лицами в сфере их личного, вещного, обязательственного и семейного права», то очевидно, что предметом международного права являются «отношения между независимыми государствами»[2].

В-третьих, причины усматривались в негативном влиянии на процесс признания международного права в качестве самостоятельной отрасли знаний и относительно самостоятельной системы права реалистической школы права, безраздельно господствовавшей на рубеже XIX—XX вв., по словам Ф. Мартенса, «не только в науке истории, но также и в различных областях юриспруденции». Рассматривая господство физической силы как «единственный закон международных отношений», сторонники реалистической школы права выступали против признания «возможности осуществления и определения правовых начал и законов в области международных отношений, а следовательно, и против признания международного права. Основным аргументом при этом был тезис «об отсутствии принудительного характера положений международного права» и, в частности, о «недостатке законодательной власти и суда, общих всему союзу государств».

Одним из активных защитников этого тезиса, фактически сводящего суть международного права к силе, был Р. Иеринг. В своей небольшой, но насыщенной содержательно работе «Борьба за право», вышедшей в свет в 1908 г. и получившей широкое признание, автор утверждал: «Цель права — мир, путь к нему — борьба»; «право есть не чистая мысль только, но живая сила»; «понятие права не есть понятие логическое, но чистое понятие о силе». Сила «не есть только средство для осуществления права, но она становится органической частью самого понятия о праве». Вот почему, рассуждал Иеринг, богиня справедливо-

[1] *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1. СПб., 1975. С. 8.

[2] *Мартенс Ф.* Указ. соч. С. 11, 21, 22.

сти держит в одной руке весы для взвешивания права, в другой — меч для его защиты. Меч без весов будет голой силой, весы без меча — бессилием права. «Меч и весы идут рука об руку. И идеал права достигается только там, где сила, с которой богиня справедливости осуществляет право, равна ловкости и умению, с которыми она управляет весами»[1].

Оспаривая данный тезис, фактически сводящий сущность права к физической силе и на этом основании подвергающий сомнению правомерность и саму возможность существования относительно самостоятельной системы международного права, Ф. Мартенс отмечал: «Учение, согласно которому физическая сила и принуждение составляют существенную принадлежность права, смешивает две различные вещи». А именно — «самое право и принудительный порядок его осуществления»[2].

Последний «имеет применение» обычно в тех случаях, «когда право и закон нарушаются». Поэтому «сила есть более элемент неправды, чем права, которое в нормальном его существовании никогда не вызывает насильственного осуществления. Право перестает существовать с того момента, когда оно перестало быть побудительной причиной и мотивом людских действий, когда оно более не осознается».

3. Относительно самостоятельный характер международного права как системы, существующей параллельно и наряду с внутригосударственными (национальными) правовыми системами, длительное время подвергался сомнению и с других позиций. А именно — с позиции получившей широкое распространение в конце XIX в. доктрины, согласно которой в мире нет разных правовых систем, а существуют лишь *единый универсальный правовой порядок и соответственно единая «универсальная правовая система».*

Одним из наиболее активных сторонников данной идеи был Г. Кельзен. Согласно его воззрениям «между национальным и международным правом нет абсолютной границы». Различие между ними весьма относительно. Оно заключается прежде всего «в уровне централизации правовой системы или децентрализации»[3].

Национальное право представляет собой «сравнительно высокоцентрализованный правовой порядок», поскольку оно соотносится с системой централизованных государственных органов, включая систему органов государственной власти — законодательных, исполнительно-распорядительных и судебных. По сравнению с национальным правом международное право выступает как «более децентрализованный правовой порядок». Оно представляет собой «самый высокий уровень децентрализации, когда-либо существовавший в пределах позитивного права»[4].

Признавая за нормами международного права юридическую природу, поскольку они непосредственно ассоциируются с государством, порож-

---

[1] *Иеринг Р.* Борьба за право. СПб., 1908. С. 1, 3, 5, 6.

[2] *Мартенс Ф.* Указ. соч. С. 16.

[3] *Kelsen H.* General Theory of Law and State. P. 325.

[4] Ibid. P. 325, 326.

даются и обеспечиваются в случае необходимости совместными усилиями государств, Г. Кельзен в то же время воздерживался от выделения международного права в отдельную относительно самостоятельную правовую систему. Согласно его воззрениям международное и национальное право («международный правовой порядок» и «все национальные правовые порядки») формируют «единую, универсальную правовую систему». Они выступают как две неразрывно связанные между собой составные части этой системы.

В рамках данной системы нормы международного публичного права «играют центральную роль». Они распространяют свое действие на территорию как всех ныне существующих государств, так и на ту, где существует лишь потенциальная возможность возникновения новых государств. Иными словами, международное право имеет глобальный характер и действует на любой территории, «где нормы этого права должны применяться»[1], а национальное право — только на территории «своего» отдельно взятого государства.

Согласно воззрениям Г. Кельзена, в отличие от норм международного права, имеющих глобальный характер, юридические нормы, из которых возникают национальные правовые системы, являются локальными по своему характеру. Они формируют «локальные правовые порядки», из которых затем складывается универсальный правовой порядок. Характер отношений, складывающихся при этом в рамках последнего между нормами национального права, с одной стороны, и нормами международного права — с другой, зачастую сходен с взаимоотношениями между нормами национального права и нормами морали.

Не вдаваясь в суть данного весьма спорного утверждения, отметим лишь, что в этом случае международное право без достаточных для того оснований не признается в качестве автономной, относительно самостоятельной системы правовых норм, и тем самым практически исключается возможность его сравнительного исследования с национальными системами права.

4. Исключается такая возможность и тогда, когда международное право рассматривается лишь как *отрасль права, а не как относительно самостоятельная система права,* или же когда оно *трактуется как неотъемлемая часть некоего «промежуточного»* (intermediary) права, существующего, по мнению некоторых авторов, между национальным и собственно международным правом[2]. Ибо такой подход к международному праву практически ничем не отличается от прежних, развивавшихся, в частности, Г. Кельзеном и другими ученым так называемых *монистических подходов,* при которых оно фактически лишалось признания в качестве самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины.

Подвергая критическому анализу подобные монистические воззрения на международное и национальное право, известный английский уче-

[1] *Kelsen H.* Op. cit. P. 326, 328, 348.

[2] См.: Revud de droit international et de legislation comparec. 1939. Vol. 20. P. 339—408.

ный-юрист, специалист в области международного права Л. Оппенгейм не без оснований писал, что монистическая доктрина неправомерно отрицает многие вполне очевидные доводы и положения. А именно то, что: а) субъекты обеих систем права существенно различны и что в обеих системах в конечном счете «регулируется поведение индивидуумов», с той лишь разницей, что в сфере международной жизни «последствия такого поведения приписываются государству»; б) в обеих сферах права существенным является предписание, «обязательное для субъектов права, независимо от их воли».

Кроме того, эта доктрина неправомерно утверждает, что международное и внутригосударственное право, «не имеющие между собой существенных различий, должны рассматриваться как проявления единой концепции права»[1]. И это не только проблема терминологии, поясняет Оппенгейм, согласно которой было бы неправильно давать одно и то же наименование «двум существенно различным системам норм, регулирующих одно и то же поведение». Главный довод этой доктрины в пользу идентичности «в основном обеих сфер права» состоит в том, что ряд коренных понятий международного права «не может быть понят без предположения о некоем высшем правовом порядке, из которого вытекают различные системы внутригосударственного права, в известном смысле путем делегирования. Пределы персональной и территориальной компетенции государств определяются международным правом».

5. Для определения реального статуса международного права, а вместе с тем возможности его исследования как относительно самостоятельной системы права в сравнительном плане с национальными системами права следует, как представляется, исходить из основных положений не *монистической концепции,* а так называемой *дуалистической.*

Суть ее заключается в полном признании самостоятельного характера системы как международного права, так и внутригосударственного, или национального, права. Данная доктрина активно развивалась Оппенгеймом и другими видными экспертами в сфере международного права, исходившими из того, что «международное право и внутригосударственное право отдельных государств существенно отличаются друг от друга»[2].

Отстаивая «дуалистические» позиции, Оппенгейм писал, что международное право «ни в целом, ни частично не может per se быть частью внутригосударственного права». Точно так же как внутригосударственное право «не обладает силой изменять или создавать нормы международного права», последнее «ни в коей мере не обладает силой изменять или создавать нормы внутригосударственного права».

В тех же случаях, когда, согласно «внутригосударственному праву отдельного государства, международное право как целое или в некоторых своих частях признается внутригосударственным правом этого государства, то это может быть лишь в силу внутреннего обычая или закона».

---

[1] *Оппенгейм Л.* Международное право. Т. 1. Мир. М., 1948. С. 56.

[2] Там же. С. 55, 56.

В этом случае соответствующие нормы международного права «путем их признания становятся одновременно и нормами внутригосударственного права».

Из этого следует один, но вполне конкретный практический вывод: «поскольку такое полное или частичное признание не имело места, то государственные суды не могут считаться связанными международным правом по той причине, что оно per se не имеет никакой власти над этими судами». Если же окажется, что норма внутригосударственного права находится «в несомненном противоречии с нормой международного права, то государственные суды обязаны применить первую».

Дуалистическая концепция получила свое дальнейшее развитие и широкое распространение особенно в послевоенные (после окончания Второй мировой войны) годы. Окончательно сложившийся к этому времени двухполюсный мир, противостояние друг другу различных социально-экономических и политических систем в значительной мере сняли с повестки дня вопрос о едином и неделимом миропорядке, «универсальной правовой системе» и пр.

Монистический взгляд на реальный статус и характер международного и национального права все в большей степени вытеснялся дуалистическим подходом. В известной мере идеалистическое монистическое представление о «едином мировом правопорядке», единой «универсальной правовой системе» стало все более активно заменяться гораздо более реалистическим дуалистическим видением. Хотя это вовсе не исключает в настоящее время определенного влияния и монистических идей. Однако как в отечественной, так и в зарубежной литературе доминирующим все отчетливее становится дуалистический подход.

Согласно «дуалистическим» представлениям международное право рассматривается как «особая, отличная от правовых систем конкретных государств», *относительно самостоятельная система права.* Она складывается из «совокупности международно-правовых принципов и обязательных для всех государств норм»[1].

В отечественной научной литературе особо подчеркивается, что международное право — это «обширная и быстро расширяющаяся система права», включающая в себя такие отрасли, как: право договоров (отрасль договорного права), право международных организаций, право международной безопасности, международное экономическое право, международное морское право, международное космическое право, международное воздушное право, права человека в международном праве и др.[2]

Вполне обоснованно отмечается также, что международное право как система не существует изолированно от других социально-политических и правовых явлений, от других существующих наряду с ним и влияющих на его развитие правовых и неправовых систем. Речь идет, с одной стороны, о *национальных правовых системах,* тесно связанных и взаимодействующих с системой принципов и норм, образующих

---

[1] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. М., 1994. С. 73.

[2] *Тункин Г. И.* Право и сила в международной системе. М., 1983. С. 18.

международное право»[1], а с другой — о *системе международных отношений*, на основе которых возникает и развивается международное право, а также о *«международной межгосударственной системе»*.

Последняя, зачастую называемая просто «межгосударственной системой», включает в себя не только государства, но и «государствоподобные образования», «народы и нации, борющиеся за независимость, т. е. государственные образования в процессе становления», межгосударственные международные организации, различные международные органы (например, международные суды и арбитражи, международные комиссии), «международное право и другие социальные нормы, действующие в этой системе, связи между этими компонентами»[2].

Таким образом, возникая на базе международных — экономических, финансовых, политических и иных отношений, международное право как относительно самостоятельная правовая система находится в тесной взаимосвязи и взаимодействии с другими относительно самостоятельными национальными правовыми системами, а также с межгосударственной системой. По мнению специалистов в области международного права, его следует рассматривать в качестве подсистемы межгосударственной системы, одновременно выступающей по отношению к нему в качестве окружающей среды[3].

Однако в плане сравнительно-правового исследования важен лишь один момент — признание относительно самостоятельного характера систем международного и национального права, а также возможности их сравнительного познания.

§ 2. Общие черты и особенности международного права и национальных правовых систем

Вопрос об общих чертах и особенностях международного и национального права издавна привлекал к себе внимание авторов, признающих относительно самостоятельный характер данных правовых систем. Однако акцент при этом ставился чаще всего на выявлении их отличительных черт, нежели общностей.

Так, исследуя международное право в сравнении с «внутригосударственным правом отдельных государств», Л. Оппенгейм указывал прежде всего на то, что данные правовые системы *«существенно отличаются друг от друга»*[4]. Они различны в первую очередь по своим источникам. Источниками внутригосударственного права являются «обычай, развившийся в пределах данного государства, и акты его законодательной власти». В то время как источники международного права — это

---

[1] См.: *Сетов Р. А.* Системное взаимодействие СССР и США в биполярном мире // США и внешний мир. М., 1997. С. 3—13.

[2] *Тункин Г. И.* Указ. соч. С. 14.

[3] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. С. 71.

[4] *Оппенгейм Л.* Международное право. Т. 1. Мир. С. 55.

«обычай, развившийся среди семьи народов, и правообразующие договоры, заключенные членами этой семьи».

Далее, международное и внутригосударственное право различаются по регулируемым ими отношениям. Внутригосударственное право регулирует «отношения между лицами, находящимися под властью определенного государства, и отношения между этим государством и данными лицами». Международное же право регулирует «отношения между государствами — членами семьи народов».

Наконец, международное и внутригосударственное право различаются «по содержанию самого права». Если внутригосударственное право «есть право суверена над отдельными лицами, подчиненными его власти», то международное право «есть право не над суверенными государствами, а между ними». Международное право функционирует как «право более слабое» по сравнению с внутригосударственным[1].

На акцентирование внимания сторонниками дуалистических идей («плюралистическими интерпретаторами») главным образом на отличительных чертах международного и национального права в процессе их сравнительного познания указывал также в своих критических замечаниях Г. Кельзен. Выступая против рассмотрения международного и национального права в качестве самостоятельных правовых систем, знаменитый ученый отмечал: когда хотят подчеркнуть «взаимную самостоятельность» международного и национального права, то чаще всего *ссылаются в качестве аргументов на их отличительные черты.* Например, на то, что «обе правовые системы имеют в качестве предмета своего регулирования различные общественные отношения». Говорится при этом, что «национальное право регулирует поведение индивидов, а международное — поведение государств»[2].

Однако этот аргумент «не срабатывает», поскольку в окружающем нас мире не было и нет поведения государств самих по себе, как таковых. Оно всегда «сводится к поведению индивидов, представляющих данное государство»[3]. В силу этого трудно говорить о том, что международное и национальное право имеют разные предметы своего регулирования и отличаются друг от друга предметами регулирования[4].

Уж если говорить об отличительных признаках и чертах международного и национального права, делал окончательный вывод автор, то следовало бы обратить внимание прежде всего на *особенности характера этих правовых систем и на специфику источников этих систем права.* Ведь вполне очевидно то, что «если национальное право создается всегда одним государством, то международное право — сообществом, состоящим из двух и более государств»[5]. Данное обстоятель-

---

[1] *Оппенгейм Л.* Указ. соч. С. 55.

[2] *Kelsen H.* General Theory of Law and State. P. 364.

[3] Ibid. P. 264, 365.

[4] *Kelsen H.* Op. cit. P. 365.

[5] Ibidem.

ство всегда накладывает неизгладимый отпечаток как на характер правовых систем, так и на другие их стороны.

Не вдаваясь в подробный анализ выводов Г. Кельзена и других авторов, необходимо согласиться с развиваемой ими идеей о том, что при рассмотрении взаимосвязи и взаимодействия международного и национального права не следует акцентировать внимание лишь на отличительных признаках этих правовых систем, а необходимо исходить из «сбалансированного» представления о существующих у них общностях и особенностях. Следует также иметь в виду, что нередко в каждой общности международного и национального права «заложена» одновременно и их особенность, что многие особенности каждой из систем права вытекают из их общностей, являются своеобразным продолжением их общностей.

Например, «исходная» общность международного и национального права заключается в том, что *они являются правовыми системами, а не системами норм морали или других социальных норм, что они выступают под единым названием права.* Однако эта общность, базирующаяся на наличии у данных правовых систем таких объединяющих их признаков, как волевой социальный и регулятивный характер, не только не отрицает, а, наоборот, всячески предполагает наличие у каждой из них и своих особенностей.

Суть этих особенностей правовых систем, выступающих как продолжение их общностей, заключается, в частности, в специфическом характере форм существования и проявления этих общих черт, в наличии у различных правовых систем своих особых, отличающихся друг от друга предметов и методов регулирования, своих правотворческих процедур и процессов, а также своих собственных источников права.

При более обстоятельном рассмотрении подобных общностей и особенностей национальных правовых систем и системы международного права необходимо обратить внимание и особо выделить следующие их общие и специфические черты.

Во-первых, *регулятивный характер системы международного права и национальных правовых систем. Смысл его заключается в том, что, устанавливая определенные права и обязанности сторон — участников международно-правовых или внутригосударственных отношений, обе правовые системы создают тем самым своего рода пределы, рамки их поведения, направляют их действия в строго определенное правовое русло.*

Разумеется, набор регулятивных средств, находящихся в распоряжении международного и внутригосударственного права, не ограничивается лишь нормами права. Огромную роль при этом играют правовая культура, правосознание, правовые обычаи и традиции, а также другие правовые явления и факторы, оказывающие соответствующее воздействие на участников правоотношений. Однако не в этом дело. Более важными представляются два обстоятельства: а) регулятивность как свойство любого права присуща и международному и национальному праву. В этом их несомненная общность; и б) из этой общности в процессе формиро-

вания и функционирования различных правовых систем вытекают их особенности.

Сравнивая регулятивный характер данных правовых систем, нетрудно заметить, что в национальных правовых системах (особенно таких, как английская, японская и др.) по сравнению с международной правовой системой гораздо большую роль играют исторические, политические и правовые традиции. Несравнимо большее значение имеют правовое сознание и обычай. Намного более активную роль в процессе реализации правовых предписаний выполняют политическая и правовая идеология, правовые доктрины.

Во-вторых, *государственно-волевой характер норм международного и национального права.* Элемент общности этих двух правовых систем проявляется в том, что нормы международного и национального права не являются чем-то инородным и независимым по отношению к воле, целям, интересам и желанию их создателей. *Они* представляют собой продукт волевой деятельности людей, выступают как средство выражения и закрепления их социальных и материальных ценностей и интересов.

Еще в начале XX в. известный российский ученый-юрист И. В. Михайловский, рассуждая на эту тему, писал, что любое право есть не что иное, как «средство для охраны человеческих интересов; право есть интерес, защищаемый государством». Все содержание человеческой жизни состоит в стремлении к достижению бесконечно разнообразных интересов. Вокруг них идет постоянная борьба. И вот, когда какой-нибудь интерес приобретает особо важное значение, когда он недостаточно охраняется другими этическими нормами, государство дает ему специальную охрану посредством юридических норм и превращает таким образом интерес в право[1].

Аналогичные рассуждения о неразрывной связи права, независимо от того, международное ли оно или национальное, с человеческими (групповыми, индивидуальными, классовыми и пр.) интересами, о волевом и о целевом характере права можно найти в работах многих других авторов.

Рудольф Иеринг, например, данному вопросу посвятил специальное научное исследование[2]. Основные положения его труда «Цель в праве» и в настоящее время не утратили своей актуальности. То же самое можно сказать о положениях, касающихся неразрывной связи международного и национального права с государственными и иными целями, интересами, а также с государственной волей, развивавшихся в работах выдающегося француза Мориса Ориу «Основы публичного права», немца Георга Еллинека «Общее учение о государстве» и многих других известных авторов[3]. Адекватно отражая сложившуюся реальность, все ученые, признающие относительно самостоятельный характер международного и национального права, единодушны в том, что *данные право-*

---

[1] *Михайловский И. В.* Очерки философии права. Т. 1. С. 86, 87.

[2] *Иеринг Р.* Цель в праве. СПб., 1991; *Он же.* Борьба за право. СПб., 1908.

[3] См.: *Ориу М.* Основы публичного права; *Еллинек Г.* Общее учение о государстве; *Михайловский И. В.* Указ. соч., и др.

вые системы являются государственно-волевыми по своему характеру системами и что в этом заключается их несомненная общность.

Что же касается их особенностей, то они сводятся к специфике формирования и форм (способов) выражения в каждой из рассматриваемых систем государственной воли.

В национальном праве государственная воля, «наполняющая» в процессе правотворчества сущность и содержание издаваемых государством норм права, проявляется в наиболее полной мере и к тому же в «чистом» виде. Воплощаясь в систему норм, формирующих национальное право, она выступает как воля доминирующего в пределах той или иной страны суверена, как единая и неделимая государственная воля[1].

В процессе формирования норм и принципов международного права государственная воля проявляется иным образом. А именно — не как индивидуальная воля единого государства, а как согласованная воля нескольких государств. В силу этого в специальных научных исследованиях современное международное право вполне оправданно определяется не в виде системы юридических норм, издаваемых или санкционируемых государством и выражающих государственную волю, как в случае с национальным правом, а как система юридических норм, «создаваемых государствами (и частично другими субъектами международного права) путем согласования их воль, регулирующих определенные общественные отношения»[2].

В-третьих, *наличие общих черт и особенностей в объектах и предметах регулирования международного и национального права.*

В качестве объектов регулирования международного и национального права выступают существующие в мире, в рамках отдельных стран и за их пределами, общественные отношения, которые могут быть опосредованы и в действительности опосредуются не только нормами права, но и другими социальными нормами (нормами морали, обычаями, традициями и пр.). Весь этот массив общественных отношений теоретически и практически подлежит регулятивному воздействию со стороны как международного, так и национального права. В этом, безусловно, проявляется сходство данных правовых систем, а вместе с тем и общность их по объекту регулирования.

Однако сходство по объекту регулирования вовсе не отрицает, а, наоборот, всячески предполагает наличие специфических особенностей и различий в предметах регулирования международного права и национальных правовых систем. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить, что если предметом регулирования национального права являются отношения, возникающие внутри той или иной страны, в пределах того или иного «национального» общества, то предметом регулирования международного права выступают общественные отношения, возникающие на уровне международного сообщества.

---

[1] *Котляревский С. А.* Власть и право. Проблемы правового государства. М., 1915. С. 392—396.

[2] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. С. 10.

Международное право, писал Г. И. Тункин, имеет свой предмет регулирования, «отличный от предмета регулирования внутригосударственного права». Международное право, отмечал Л. Оппенгейм, есть право, «регулирующее прежде всего взаимоотношения государств. А не отдельных лиц»[1].

Предметом науки международного права, утверждал Ф. Мартенс, является «совокупность жизненных отношений, существующих между народами». Отношения эти вызываются различными интересами и стремлениями «как целых народов, так и отдельных членов, подданных различных государств к удовлетворению посредством международного обмена своих физических и духовных потребностей». Следовательно, делал вывод Ф. Мартенс, наука международного права «имеет своим основанием международную жизнь и служит выражением правового общения цивилизованных народов»[2].

Несмотря на различие формулировок в определении предмета международного права, предлагаемых разными авторами, суть их в конечном счете сводится к одному — предмет науки международного права, в отличие от предмета национального права, составляют общественные отношения, лежащие не внутри того или иного конкретного общества, а за его пределами, на уровне мирового сообщества.

Данное положение не следует, однако, абсолютизировать в силу того, что, имея в виду тот факт, что на современном этапе развития международных связей некоторые отношения, возникающие в рамках того или иного «национального» общества, регулируются также нормами международного права, традиционно опосредовавшими отношения, возникавшие лишь между различными участниками международно-правовых отношений, на уровне мирового сообщества[3].

Помимо сказанного особенность предметов регулирования международного и национального права проявляется также в том, что они опосредуют весьма различные по своему характеру отношения. Исследуя эти отношения в целостном плане, нетрудно заметить, что если в системе отношений, составляющих предмет регулирования национального права, значительное место занимают *отношения властвования и подчинения,* то в системе отношений, образующих предмет регулирования международного права, таких отношений, по природе своей предполагающих наличие единого властвующего субъекта (суверена) и подчиненных ему субъектов, нет.

Существенное отличие международного права от государственного, писал в связи с этим Г. Еллинек, заключается в том, что «первым не регулируются отношения властвования и подчинения, ибо оно есть право между координированными элементами». Авторитетами, устанавливающими международное право, и в то же время связанными им субъектами «являются именно сами государства». В их взаимных отношени-

---

[1] *Оппенгейм Л.* Указ. соч. С. 27.

[2] *Мартенс Ф.* Указ. соч. С. 10.

[3] *Grief N.* Constitutional law and International law // United Kingdom Law in the Mid. 1990 s. Part I. L., 1994. P. 76—104.

ях сначала проявилось «действие исторического элемента в понятии права». Факт соблюдения правил международного оборота «вызвал представление об их юридической обязанности». Затем «присоединяются правовые нормы», вырабатываемые уже по прямому соглашению государств, посредством которых последние, «давая место рационалистическим требованиям de lege ferehda со стороны правотворящих факторов, значительно содействовали дальнейшему развитию международного правопорядка»[1].

Следует заметить, что различие в характере отношений, регулируемых с помощью норм международного и национального права, накладывает заметный отпечаток и на сами механизмы правового регулирования, а также на процесс правотворчества и правоприменения.

В научной литературе резонно отмечалось, что, «сопоставляя международное право и внутригосударственное право как системы», нетрудно установить, что «связи между элементами первой системы в сфере нормотворчества и нормоприменения носят преимущественно координационный характер; в системе же национального права эти связи носят в основном субординационный характер»[2].

В-четвертых, наличие общих черт и особенностей, касающихся субъектов международного и национального права.

Общность рассматриваемых в «субъективном» плане систем международного и национального права проявляется, как минимум, в двух отношениях: 1) в отношении самого факта существования субъектов права в каждой из систем; 2) в наличии общих для каждой из них субъектов права.

Существование международно-правовых и национально-правовых субъектов не только объединяет две рассматриваемые правовые системы в одну *родовую — правовую систему,* но и сближает их между собой. Дело заключается в том, что по сравнению с другими социальными (политическими, идеологическими, моральными и др.) системами субъекты международного и национального права, несмотря на имеющиеся между ними различия, должны обладать такими общими признаками, какими не может обладать ни один из субъектов других социальных систем. Речь идет прежде всего об их правоспособности и дееспособности[3]. Их наличие не только объединяет всех субъектов международного и национального права в единую родовую группу, но тем самым еще больше сближает между собой рассматриваемые правовые системы.

Кроме того, помимо наличия у субъектов международного и национального права общеродовых признаков современные системы международного и национального права имеют *также общих субъектов права.*

Согласно традиционному, издавна сложившемуся в отечественной и зарубежной юридической литературе мнению субъектами национального

---

[1] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. С. 274.

[2] *Шестаков Л. Н.* Указ. соч. С. 94.

[3] *Фельдман Д. И.* Основные тенденции развития международной правосубъектности. Казань, 1974.

права, как известно, являются физические лица (граждане, подданные, лица без гражданства, лица с двойным гражданством и др.) и юридические лица (государство, государственные органы, общественные объединения, организации и пр.). В качестве субъектов международного права рассматриваются «главным образом суверенные государства»[1]. В учебниках по международному праву поясняется, что есть «основные субъекты международного права», к каковым относятся государства, нации, борющиеся за государственную независимость, и международные (межгосударственные) организации, а есть «иные субъекты» — «государствоподобные образования» типа вольных городов (Новгород, Венеция, Гамбург и др.), существовавших в прошлые века, Западного Берлина (до объединения Германии в 1990 г.), Ватикана и др.

Л. Оппенгейм рассматривал в качестве субъекта международного права «международных лиц», к которым относил «суверенные и полусуверенные государства». Суверенные государства он причислял к категории «совершенных международных лиц», а полусуверенные — к категории «несовершенных международных лиц». Первые он рассматривал как «реальные международные лица», а вторые — как «кажущиеся международные лица».

К категории последних автор причислял таких субъектов международного права, как конфедерации государств и «повстанцев, признанных в гражданской войне в качестве воюющей стороны». По мнению Л. Оппенгейма, эти «полусуверенные государства», «несовершенные», «кажущиеся» международные лица не являются реальными субъектами международного права, «хотя в некоторых отношениях они рассматриваются, как если бы они были международными лицами».

Включая в категорию «совершенных», «реальных» международных лиц государства, автор имел в виду не все и не любые суверенные или «полусуверенные» государства, а лишь цивилизованные. Именно только между такими государствами могут возникнуть взаимоотношения, которые являются юридически обязательными для всех них и которые, следовательно, только и могут рассматриваться в качестве международно-правовых[2].

Сравнивая признаваемые современной юридической наукой субъекты международного и национального права, нетрудно заметить, что наряду со специфическими, присущими только этим правовым системам, у них есть и общие субъекты права. К их числу следует отнести прежде всего *государство как целостное образование.*

Некоторые авторы полагают, что государство в целом может быть лишь субъектом международного права. Так, Ф. Мартенс пишет, что в области международных отношений государство рассматривается «как одно нераздельное целое, как юридическая личность, которая имеет относительно других государств известные права и обязанности». Государство как целое «выступает тем деятелем, который, преследуя в общении с другими государствами поставленные себе задачи, дает направление и охрану международным отношениям». Международное право есть,

[1] *Шестаков Л. Н.* Указ. соч. С. 93.

[2] *Оппенгейм Л.* Указ. соч. С. 129—130.

таким образом, «результат совокупных усилий и взаимодействия образованных государств»[1].

Однако государство как таковое, как целостное образование может выступать не только в качестве субъекта международного, но и внутригосударственного, национального права. Таковым государство является, например, в том случае, когда в соответствии с гражданским законодательством России или других стран оно, будучи юридическим лицом (точнее, «особым» юридическим лицом), вступает в гражданско-правовые отношения. Разумеется, статус государства как субъекта международно-правовых и национальных, гражданско-правовых отношений далеко не одинаков. Ибо в первом случае оно неизменно (особенно в публично-правовых отношениях) выступает как суверен, а во втором случае — как наделенный равными правами и обязанностями наряду с другими субъектами участник гражданско-правовых отношений.

Однако независимо от статуса и иных особенностей государства как субъекта международно-правовых и гражданско-правовых или других национальных правовых отношений в плане рассматриваемого вопроса принципиально важно отметить сам факт выступления государства как целостного образования в качестве субъекта не только международного, но и национального права. Данное обстоятельство, несомненно, сближает две рассматриваемые правовые системы.

Наряду с государством *общим субъектом совершенного международного и национального права могут выступать также отдельные граждане, частные лица.*

Еще относительно недавно в научной юридической литературе считалось, что гражданин, частное лицо может быть субъектом лишь внутригосударственного, национального права; что же касается международного права, то его субъектами могут быть исключительно государства. «Ни монархи, ни частные лица, ни общества, участвующие в международных отношениях,— писал в начале XX в. Ф. Мартенс,— не должны быть считаемы субъектами международного права». Монархи и дипломатические агенты (посланники) действуют на международном поприще «в роли и с правами представителей или уполномоченных государства: они не имеют самостоятельных международных прав». Что касается «частных ассоциаций и отдельных лиц», то они ведут свои «международные обороты под контролем, покровительством и даже ответственностью государственной власти, в подданстве которой состоят»[2].

Однако по мере развития международного сообщества и изменения характера международных отношений в области международного права, в том числе международной правосубъектности, возник ряд новых явлений. Самое значительное из них — появление в международном праве человека как субъекта права, «хотя и с весьма ограниченной правосубъектностью»[3].

---

[1] *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1. С. 177.

[2] Там же. С. 177—178.

[3] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. С. 85—86.

В современном международном праве, в отличие от классического, образовалась целая отрасль права, посвященная правам человека[1]. Современное международное право содержит огромный массив общепризнанных, а следовательно, обязательных для всех государств норм, определяющих основные права и свободы человека, независимо от его гражданства, пола, расы, вероисповедания, национальности и т. д. «Основные права и свободы человека все больше определяются международным правом, несмотря на то, что они реализуются в основном через внутригосударственное право»[2].

В-пятых, наличие общих черт и особенностей международного и национального права, заложенных в их источниках.

Согласно сложившейся в течение ряда столетий правовой теории и юридической практике в качестве источников национального права, как известно, рассматриваются нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты), правовые договоры и обычаи, правовые доктрины, судебная практика и порождаемые ею прецеденты, административные прецеденты. Этот перечень достаточно полный, но не исчерпывающий, поскольку в религиозных и некоторых других правовых системах существуют свои специфические источники права.

Что касается источников международного права, зачастую вызывающих споры, то их основной перечень дается не только в научных исследованиях[3], но и в некоторых официальных документах. Например, в Статуте Международного Суда ООН (ст. 28) указывается, что Суд решает переданные ему на рассмотрение споры, применяя такие формирующие международное право источники, как: а) международные конвенции (общие и специальные), «устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами»; б) международный обычай как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»; в) общие принципы права, «признанные цивилизованными нациями»; г) судебные решения и «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

Сравнительный анализ источников международного и национального права со всей убедительностью показывает, что между ними достаточно много как общего, так и особенного. Общность ряда ис-

---

[1] В современной научной литературе в связи с этим высказывается такое мнение. Индивиды в силу того, что «не являются субъектами власти», наподобие государств, «не могут обладать признаками международной личности». Индивид, с точки зрения некоторых авторов, «может стать субъектом международного процесса, но не субъектом международного материального права» *(Усенко Е. Т.* Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российской Конституции// Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 24, 26.

[2] Там же. С. 86, 284—301.

[3] См.: *Лукашук И. И.* Источники международного права. Киев, 1966; *Миронов Н. В.* Международное право: нормы и их юридическая сила. М., 1980, и др.

точников международного и национального права проявляется, в частности, в их природе, характере и даже в названии. Таковыми являются, например, правовые договоры, доктрины, обычаи и судебные решения. Особенность этих источников международного и внутригосударственного права проявляется в их конкретном целевом назначении и содержании.

Вполне понятно, например, что такой источник международного права, как договор, заключенный между государствами или другими субъектами международного права[1], будучи сходным по своей юридической природе характеру и даже названию с договором — источником национального права, существенно отличается от него как по юридическому содержанию, так и по конкретному целевому назначению. Это положение полностью распространяется и на все случаи, когда в соответствии с законодательством той или иной страны международный договор служит в качестве источника национального права. Так, международный договор признается источником внутригосударственного права ряда государств — членов Содружества Независимых Государств (СНГ). Согласно законодательству этих стран международные договоры рассматриваются как неотъемлемые составные части их правовых систем.

Аналогично обстоит дело также с обычаями и некоторыми другими источниками международного и национального права. Так, элемент общности двух правовых систем, рассматриваемых под углом зрения действующих в них обычаев, заключается в том, что некоторые из них, в частности обычаи, составлявшие основу старого классического международного права, со временем адаптировавшись в новых радикально изменившихся условиях, стали восприниматься в качестве источников не только международного права, но и национального. Отмечая это обстоятельство, Ф. Мартенс писал, что «морское международное право, начиная с правил о товароотправлении, морском страховании, об отношениях между шкипером и матросами и кончая правами центральной торговли,— все возникло в средние века, первоначально в виде обычаев, которые вошли затем в особые сборники и, наконец, сделались частью законодательства различных государств»[2].

Помимо названных общих черт и особенностей, характеризующих международное и национальное право, данным правовым системам присущи и иные сходные черты. Свое конкретное проявление они находят на уровне норм, составляющих основу международного и национального права, а также на уровне отдельных институтов, форм реализации, юридических и иных гарантий, различных отраслей права.

---

[1] См.: *Талалаев А. Л.* Право международных договоров. Общие вопросы. М., 1980; *Коробова М. А.* Расширение сферы действия норм общего многостороннего договора. М., 1983, и др.

[2] *Мартенс Ф.* Указ. соч. С. 148.

§ 3. Характер взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права

В решении вопроса о характере взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права исторически прослеживаются *три различных подхода* — дуалистический и монистический в двух его взаимоисключающих вариантах[1]. Каждый из них в разное время имел и имеет определенное распространение в юридической академической литературе и прикладной среде. В каждом из этих подходов отражаются сложившиеся в том или ином обществе и государстве официальные и неофициальные представления не только о своем, национальном праве, но и о характере его взаимосвязи и взаимодействия с международным правом.

Дуалистический подход, оформившийся с течением времени в одноименную концепцию, в качестве основного выдвигает тезис об одновременном существовании и развитии двух взаимосвязанных между собой, взаимозависимых и взаимодействующих друг с другом международной и национальной правовых систем. Обе имеют относительно самостоятельный характер и в процессе взаимодействия взаимодополняют друг друга. При этом исключается какое бы то ни было доминирование одной правовой системы или ее отдельных составных частей (норм, институтов, отраслей) над другой, примат одной из них в отношении другой.

Суть дуализма заключается в том, что международное и внутригосударственное право рассматриваются как два различных, относительно самостоятельных правопорядка. Однако «это не означает, что дуалисты не видят связи международного права с внутригосударственным, абсолютируют их независимость». Они признают, что для того, чтобы международное право могло выполнять свою задачу, оно постоянно должно обращаться за помощью к внутреннему праву, без чего оно во многих отношениях совсем бессильно[2].

Дуалистическая позиция в отношении характера взаимосвязи и взаимодействия международного и национального права, разделяемая академическими кругами и официальными лицами того или иного государства в прямой форме, как правило, не фиксировалась в конституциях или текущем законодательстве этих государств. Однако в конституционных актах некоторых стран она явно прослеживается. Такая позиция представлена, например, в Конституции Японии, принятой в 1947 г. В ст. 98 Основного закона страны говорится: а) «настоящая Конституция является Верховным законом страны, и никакие законы, указы, рескрипты или другие государственные акты, противоречащие в целом или в части ее положениям, не имеют законной силы», и б) «заключенные Японией договоры и установленные нормы международного права должны добросовестно соблюдаться»[3].

---

[1] См.: *Мюллерсон Р. А.* Права человека: идеи, нормы, реальность. М., 1991.

[2] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин.

[3] Конституции буржуазных государств. С. 262—263.

Как видно из приведенного текста, Конституция Японии закрепляет, с одной стороны, положение о том, что правовая система страны как относительно самостоятельный акт, обладающий высшей юридической силой, провозглашает только свою Конституцию, а не международно-правовой акт, на который в случае коллизии норм внутригосударственного и международного права следует ориентироваться. А с другой стороны, она признает и фиксирует факт одновременного существования относительно самостоятельной системы международного права, положения которой в виде «заключенных Японией договоров» и «установленных норм» должны «добросовестно соблюдаться».

Дуалистическая по своей сути позиция, зафиксированная в японской Конституции, относительно характера взаимосвязи и взаимодействия международного и национального права тем более представляется очевидной, если сравнить ее с соответствующими положениями конституций некоторых других стран, например ФРГ. В Конституции этого государства (ст. 25) особо подчеркивается: а) что «общие нормы международного права являются составной частью права Федерации» и б) что «они имеют преимущество перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории»[1].

Сравнивая приведенные положения Конституций не трудно заметить, что если Основной закон ФРГ сориентирован на дуализм в отношениях между международным и внутригосударственным правом, то Конституция Японии — на монизм. Аналогичные положения о характере соотношения международного и национального права содержатся и в конституционных актах других стран.

Рассматривая дуалистический подход к решению вопроса о соотношении международного и национального права, следует еще раз особо подчеркнуть, что он не только не отрицает, а, наоборот, предполагает взаимосвязь, взаимодействие и взаимное влияние международного права и национальных правовых систем. Внутригосударственное право оказывает прямое и косвенное воздействие на международное право, и наоборот, международное право в различных формах влияет на национальное. Первичным в данном процессе неизменно выступает национальное (внутригосударственное) право. Именно от него изначально всегда исходили и исходят те посылы, своего рода импульсы, которые определяли суть не только самого национального, но и международного права.

Признание такой первичности, отмечалось в юридической литературе, «отнюдь не означает примата внутригосударственного права над международным». Эта первичность проистекает из того, что в процессе создания норм международного права, противоречащих основам социального и политического строя государства, закрепленным, как правило, в конституционных нормах, государства весьма неохотно идут на заключение международных соглашений, выполнение которых требовало бы от них внесения значительных изменений во внутреннее законодательство.

---

[1] Конституции буржуазных государств. С. 179.

Внутригосударственное право оказывает влияние на международное двумя основными путями[1]. Во-первых, *путем предопределения сущности и содержания международного права.* Имеется в виду воздействие внутригосударственного права на международное через опосредованную с помощью составляющих его норм внутреннюю и внешнюю политику государства. Последняя самым непосредственным образом сказывается на сущностной и содержательной сторонах международного права, а также на его структуре в целом и его различных составных частей — институтов и отраслей. Такого рода влияние внутригосударственного права на международное в научной литературе условно иногда называют материальным влиянием[2].

Во-вторых, *в силу воздействия внутригосударственного права на процесс создания и реализации норм международного права.* Свое конкретное выражение это находит в том, что через систему норм национального права, опосредующих внутригосударственные отношения, и проводимую внутри страны и за ее пределами политику государством не только оказывается влияние на содержание принимаемых международно-правовых актов, заключаемых договоров и соглашений, но и предопределяется порядок их принятия и заключения, а вместе с тем и порядок их реализации. Поскольку данный аспект воздействия внутригосударственного права на международное затрагивает преимущественно процессуальную сторону международного права, то его условно называют процессуальным влиянием.

Как материальное, так и процессуальное воздействие национального права на международное осуществляется через соответствующую внешнеполитическую деятельность государственных органов и организаций. В этом смысле последнее выступает *лишь в косвенной форме,* как опосредованное воздействие внутригосударственного права на международное. Однако влияние внутригосударственного права на международное проявляется и в прямой форме. Национальное право в ряде случаев может оказывать и в действительности оказывает прямое непосредственное воздействие на международное право. Это происходит тогда, когда нормы внутригосударственного права, будучи преобразованными и модернизированными применительно к внешним условиям деятельности государства и права, используются и в международном праве[3]. Исторический опыт и международно-правовая практика показывают, что это могут быть *обычные нормы,* первоначально возникающие в рамках деятельности одного или нескольких государств, в пределах внутригосударственного права, а затем трансформирующиеся в нормы международного права.

---

[1] *Wildhaber L.* Comclusion and implementation of Treaties in Switzerland // Rapports suisses presentes au XIII erne Congres international de droit compare. Zurich, 1990. P. 173—192.

[2] *Мюллерсон Р. А.* Соотношение международного и национального права. М., 1982. С. 30—34.

[3] *Verdross A., Sinuna B.* Universelles Viilkerrcht: Theorie und Praxis. Bonn, 1984. S. 36—84.

Разумеется, процесс трансформации обычных норм национального права в соответствующие нормы международного права не является стихийным или механическим, нерегулируемым процессом. Он опосредуется другими нормами международного права, такими, например, как положения, содержащиеся в Статуте Международного Суда. В данном документе (ст. 38), определяющем международный обычай как «доказательство всеобщей практики, признанное в качестве правовой нормы», предусматривается, что, для того чтобы то или иное обыкновение, т. е. обычай, которому следуют отдельные государства (например, при решении вопросов о территориальных водах, шельфе и т. д.), получило статус международного обычая, оно должно быть признано двумя или более государствами в качестве международно-правовой нормы.

Кроме обычных норм, содержащихся в национальных правовых системах, в нормы международного права могут трансформироваться также, по мнению исследователей, нормы, касающиеся дипломатических иммунитетов и привилегий, порядка заключения международных договоров и соглашений, иммунитета государства и его собственности, правового положения иностранцев и лиц без гражданства, дипломатических и консульских представительств в стране и др.[1] В систему международного права могут трансформироваться, кроме того, принципы внешней политики того или иного государства, первоначально появившиеся в национальном праве и нередко закрепляемые в основных законах государств. Наконец, прогрессивное национальное законодательство в области гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав человека во многом может служить примером при разработке соответствующих международных договоров, направленных на обеспечение и защиту прав человека[2].

Непосредственное влияние национального права на международное прослеживается и в других направлениях. Детальное изучение его на уровне отдельных норм, институтов и отраслей права имеет весьма важное значение для глубокого и разностороннего понимания характера взаимоотношений — взаимосвязи и взаимодействия национального и международного права.

Вместе с тем не меньшую роль играет и изучение обратного воздействия международного права на внутригосударственное. Не случайно поэтому рассмотрению данного вопроса в отечественной и зарубежной литературе уделяется повышенное внимание[3].

Подобно путям и формам воздействия национального права на международное право, последнее также, в свою очередь, оказывает влияние на первое прямо и косвенно.

Косвенное воздействие международного права на национальное проявляется в том, что, закрепляя в своей структуре и содержании те или иные прогрессивные принципы, нормы или положения, междуна-

---

[1] *Мюллерсон Р. А.* Указ. соч. С. 31—32.

[2] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. С. 135.

[3] См.: *Лукашук И. И.* Международное право в судах государств. М., 1993; *Он же.* Нормы международного права в правовой системе России.

родное право подает тем самым своего рода пример и побуждает государства, в правовых системах которых эти принципы, нормы или положения отсутствуют, к их принятию и практическому осуществлению.

В качестве примера можно сослаться на принцип уважения прав человека, который первоначально, после Второй мировой войны, был зафиксирован в самой общей форме в Уставе ООН и других международно-правовых документах (во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Международных пактах о правах человека 1966 г., Заключительном акте Общеевропейского совещания 1975 г. и др.), а затем, не в последнюю очередь под влиянием международного права, нашел свое адекватное отражение и закрепление в законодательстве большинства государств.

В соответствии с содержанием международно-правовых документов и, в частности, Всеобщей декларации прав человека, где особо акцентируется внимание на том, что «все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах» и что каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами «без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения»[1], в национальном праве различных государств утверждался не только сам по себе данный принцип, но, что более важно,— его общечеловеческие сущность и содержание.

В международно-правовом и во внутригосударственном плане суть принципа уважения прав человека в конечном счете сводятся к тому, что все государства, государственные органы и должностные лица: а) должны уважать основные права и свободы как своих граждан, так и всех других лиц, находящихся на территории данного государства; б) принимать меры к их осуществлению и недопущению какой бы то ни было дискриминации; в) содействовать всеобщему уважению прав и свобод человека и сотрудничеству в целях их осуществления.

Можно привести множество других примеров, свидетельствующих о косвенном влиянии международного права на национальное. Общий смысл его состоит в том, что в послевоенные годы «внутреннее право уделяет растущее внимание решению вопросов, связанных с международным правом», и что при этом основы их взаимодействия определяются конституционным путем[2].

Прямое воздействие международного права на национальное осуществляется в нескольких направлениях. Весьма ощутимо оно проявляется, например, через объявление в конституциях ряда государств и других законодательных актах общепризнанных принципов и норм международного права, а также через провозглашение международных договоров, заключенных государством, составной частью его национальной правовой системы.

---

[1] Права человека: Сборник международных документов / Сост. и авт. вступ. ст. Л. Н. Шестаков. М., 1986. С. 22.

[2] *Лукашук И. И.* Нормы международного права в правовой системе России. С. 11.

Подобная практика является в настоящее время довольно распространенной как в развитых странах традиционной, «старой» демократии, так и во вновь образованных на территории бывшего СССР государствах — «новых демократиях». Так, в действующей Конституции Испании устанавливается, что «законно заключенные и официально опубликованные в Испании международные договоры составляют часть ее внутреннего законодательства. Их положения могут быть отменены, изменены или приостановлены только в порядке, указанном в самих договорах, или в соответствии с общими нормами международного права»[1]. В Конституции Украины закрепляется, что «действующие международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины, являются частью национального законодательства Украины». В Конституции Республики Таджикистан предусматривается, что «международно-правовые акты, признанные Таджикистаном, являются составной частью правовой системы Республики. В случае несоответствия законов Республики признанным международно-правовым актам применяются нормы международно-правовых актов».

Аналогичные положения, провозглашающие признаваемые государствами договоры и другие международно-правовые акты в качестве составных частей их национального права, содержатся также в конституциях других стран. Больше того, в некоторых из них особо указывается на то, что в случае коллизии норм международного и национального права приоритет отдается международному праву. Например, в ст. 55 Конституции Франции записано, что «договоры или соглашения, должным образом ратифицированные или одобренные, имеют силу, превышающую силу внутренних законов, с момента опубликования, при условии применения каждого соглашения или договора другой стороной». Подобные положения содержатся также в Конституции Грузии, провозглашающей, что «не противоречащие Конституции Грузии международные договоры или соглашения Грузии имеют преобладающую юридическую силу в отношении внутригосударственных нормативных актов».

Прямое воздействие международного права на внутригосударственное осуществляется *путем трансформации норм, содержащихся в конкретных международных договорах и обычном международном праве, в нормы внутригосударственного национального права.*

Следует отметить, что если в предыдущем случае при решении вопроса о проникновении международного права во внутригосударственное создается общая конституционная норма, своего рода правовая основа для более тесного взаимодействия двух систем права и одновременно для оказания влияния международного права на национальное право, то во втором случае — в процессе трансформации норм обычного международного и «договорного» права в нормы внутригосударственного права на базе общей конституционной нормы создаются более конкретные и более узкие по сфере своего регулятивного воздействия нормы.

Отмечая данное обстоятельство, некоторые авторы в то же время вполне обоснованно акцентируют внимание на том, что «внутреннее

[1] Конституции буржуазных государств. С. 301.

право проводит различие между существующими в форме обычая общепризнанными принципами и нормами международного права, с одной стороны, и договорами — с другой». Первые содержат «общеприемлемые правила и являются объективно необходимыми для международных отношений». В силу этого они редко вступают в противоречие с внутренним правом. Поэтому для них и предусматривается *общая трансформация*. Договоры же содержат много конкретных норм и могут закреплять «далеко не общепринятые правила, способные породить коллизии с внутренним правом». По «этой причине государства для них устанавливают особый порядок трансформации».

Такого рода трансформацию в научной литературе называют *специальной трансформацией*. В отличие от общей («генеральной») трансформации, заключающейся в установлении государством в своем внутреннем праве «общей нормы, придающей международно-правовым нормам силу внутригосударственного действия», специальная трансформация состоит в придании государством конкретным нормам международного права силы внутригосударственного действия путем их воспроизведения в законе текстуально либо в виде положений, адаптированных к национальному праву, или путем законодательного выражения согласия на их применение иным способом[1].

Не касаясь проблем трансформации норм международного права в нормы внутригосударственного права как одного из путей воздействия первого на второе, следует заметить, что не все авторы, занимающиеся вопросами взаимосвязи этих двух правовых систем, разделяют мнение о неизбежности использования трансформации как составной части государственно-правового механизма реализации международного права. Так, И. П. Блищенко считает, что применительно к России в связи с изменившимся после окончания «холодной войны» характером отношений между государствами «особенно важно перейти от стереотипов трансформации международного договора во внутреннее право к прямому применению договора нашими судами, физическими и юридическими лицами и государственными учреждениями». Для этого потребуется, по мнению автора, не только «сломать барьеры между договором и внутренним законом, но и приступить к новым исследованиям возможности договора в решении вопросов внутреннего развития»[2]. Однако такого рода мнение не получило ни в отечественной, ни в зарубежной литературе и международно-правовой практике широкой поддержки и распространения.

Более популярной и, как представляется, обоснованной является точка зрения, согласно которой «рост взаимозависимости государств и народов и обусловленная этим потребность в расширении сферы и повышения интенсивности взаимодействия международного и национального права побуждают государства использовать правовые формы

---

[1] *Усенко Е. Т.* Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российской Конституции // Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 16.

[2] *Блищенко И. П.* Некоторые проблемы советской науки международного права // Советское государство и право. № 3. С. 134—135.

и методы, облегчающие и упрощающие сам механизм этого взаимодействия, что, однако, не ведет ни к «интеграции» взаимодействующих систем, ни к «стиранию граней между ними»[1]. Принципиальный момент, определяющий все параметры воздействия международного права на национальное, справедливо полагает Е. Т. Усенко, заключается в том, что оно осуществляется *не непосредственно,* а *«опосредуется волей государства,* которое одновременно является и участником международно-правового отношения, и территориальным сувереном».

В силу суверенитета государства на его территории может действовать только его воля. Суверенитет государства в принципе исключает возможность действия в пределах его территории государственной воли других государств, в том числе «согласованной воли, заключенной в норме международного права». Согласно такому видению прямое воздействие норм международного права на внутригосударственное, минуя процесс его адаптации к национальному праву в виде трансформации, рецепции или имплементации[2], либо полностью исключается, либо существенно ограничивается.

При этом в случае допущения прямого «введения» норм международного «договорного» права в национальное право такого рода действия сопровождаются, как правило, конституционно закрепленными оговорками. Например, в Конституции Казахстана указывается на то, что международные договоры, ратифицированные республикой, «применяются непосредственно», однако при условии, что: а) иное не указано в самом договоре, из которого может следовать, что для его применения требуется издание специального закона, и б) все договоры, участником которых является Казахстан, в обязательном порядке публикуются. В Конституции особо закрепляется, что официальное опубликование нормативных правовых актов, включая договоры, касающиеся прав, свобод и обязанностей граждан, является обязательным условием их применения.

Аналогичные оговорки содержатся также в конституциях ряда других государств. Это свидетельствует о том, что, хотя государства допускают прямое включение в свои правовые системы договорных или иных норм международного права, в конечном счете они руководствуются, как это следует из логики их действий, дуалистическим подходом к оценке характера взаимосвязи и взаимодействия международного права и национальных правовых систем. В основе такого подхода лежит принцип относительной самостоятельности международного и национального права.

Наряду с дуалистическим подходом к оценке характера взаимоотношений международного и национального права в научной литературе и государственно-правовой практике широко используется также *монистический подход.* Суть его состоит в отрицании относительной самостоятельности систем международного и национального права и нередко

---

[1] *Усенко Е.Т.* Указ. соч. С. 15—16.

[2] *Каланда В. А.* О трансформации норм международного права в правовую систему Российской Федерации (Конституционно-правовой анализ) // Московский журнал международного права. 1994. № 3. С. 12—27; Конституция республики Казахстан. Ст. 4.

в рассмотрении их в качестве интегрированных друг в друга и составляющих некое единое целое правовых систем.

Различают *два варианта монистической теории*, которые не только противоречат друг другу, но и взаимно друг друга исключают.

Один из них исходит из того, что в процессе взаимосвязи и взаимодействия международного и национального права последнее обладает приоритетом в отношении первого. Национальное право как выразитель воли и интересов определенного общества и государства рассматривается как система норм, обладающая приматом по отношению к нормам и принципам международного права. Этот вариант монистической теории, исходящий из примата национального права, имеет две разновидности. Сторонники одной, придерживаясь идеи о приоритете национального права над международным, рассматривают *международное право как неотъемлемую часть национального права.* Такую позицию первоначально отстаивали, например, Англия и США. Позднее они отказались от нее ввиду ее полной теоретической и практической несостоятельности[1].

Сторонники другой разновидности данного варианта монистической теории расценивают *международное право как нечто несовместимое с национальным правом, а в некоторых отношениях даже чуждое ему.*

Подобного взгляда до Второй мировой войны придерживались, например, официальные власти Германии, Японии, отчасти СССР и некоторых других стран. Сдержанное отношение СССР к международному праву в данный период было обусловлено тем, что оно рассценивалось как формировавшееся под сильным влиянием капиталистических государств и «содержащее положения, не отвечающие подходу Советского Союза». К обычным нормам международного права «отиошение было еще более настороженное»[2]. Что же касается соотношения между нормой международного и внутригосударственного права, то считалось, что «норма законодательства СССР может иметь приоритет над нормой договора»[3].

В послевоенный период и особенно в 60-е годы отношение к международному праву в нашей стране значительно изменилось. В 50-е годы советская доктрина и практика международного права в силу расширения экономических и иных связей между СССР и другими странами, а также активного участия советских ученых в кодификации и развитии международного права стали исходить из того, что в случае заключения Советским Союзом международного договора внутреннее законодательство должно быть приведено в соответствие с обязательствами, вытекающими из этого договора.

В этот период в нашей стране был признан приоритет норм международного «договорного» права над соответствующими нормами внут-

---

[1] См.: *Оппенгейм Л.* Указ. соч. С. 57—61.

[2] *Хлестов О. Н.* Международное право и Россия // Московский журнал международного права. 1994. № 4. С. 52.

[3] Там же.

реннего права в случае их коллизии. Это нашло отражение и в ряде фундаментальных нормативно-правовых актов, таких, в частности, как Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., Основы гражданского судопроизводства 1961 г., Основы законодательства о браке и семье 1968 г., Кодекс торгового мореплавания 1968 г. и др.

Второй вариант монистической теории заключается в признании примата международного права над национальным.

В научной литературе высказывалось мнение о том, что в настоящее время концепция примата международного права над национальным наиболее широко распространена и приобретает все большее практическое значение[1]. По-видимому, это действительно так. Однако с одной весьма существенной оговоркой. А именно — данное суждение распространяется не на все международное право, а в основном *лишь на международное «договорное» право.* Ведь международное право далеко не однозначно по характеру содержащихся в нем правовых норм. А следовательно, и отношение к ним, по крайней мере в той части, которая касается примата международного права, не может быть однозначным.

Нельзя не согласиться с констатацией того факта, что международное право, будучи сложным социальным явлением, включает в себя огромное число правовых норм (договорных и обычных) разной степени общности и юридической силы, которые регулируют различные стороны международных отношений и группируются в отдельные отрасли и институты[2], и что по этой уже причине «воздействие международно-правовых норм на внутреннюю правовую систему государств с точки зрения юридической силы, сферы применения и правовой формы не может быть одинаковым»[3].

Не все нормы международного права «признаются всеми государствами в качестве обязательных для себя». В совокупности этих норм есть региональные, партикулярные или локальные нормы, которые «являются обязательными для какой-то группы или даже для двух государств или международных организаций». Чаще всего они появляются в результате заключения региональных или двусторонних международных договоров, которые, естественно, не обязательны для государств или других субъектов международного права, не участвующих в этих договорах.

Разумеется, в современном международном праве есть значительное число норм, которые официально признаны всеми или подавляющим большинством государств и которые считаются обязательными для них. Среди таких норм особое место занимают основные («общепризнанные») принципы международного права — принципы суверенного равенства го-

---

[1] *Каланда В. А.* Указ. соч. С. 13; *Лукашук И. И.* Нормы международного права в правовой системе России. С. 10—14.

[2] *Талалаев А. Н.* Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1994. №4. С. 5.

[3] Там же.

сударств, мирного урегулирования возникающих между государствами споров, целостности и неприкосновенности государственной территории, добросовестного выполнения международных обязательств и др. Общепризнанные принципы, равно как и некоторые другие международно-правовые нормы, закреплены в конституциях ряда государств как часть национальной правовой системы. Нередко это делается с указанием на то, что они обладают несомненным приоритетом перед нормами внутригосударственного права. Тем самым законодательно, в прямой форме устанавливается примат международного права в его отношениях с национальным правом.

Еще чаще это делается в *косвенной форме*. При этом в конституции или других нормативно-правовых актах прямо не указывается, что международно-правовые нормы являются составной частью правовой системы государства и что они обладают приоритетом перед нормами внутригосударственного права. Вместе с тем законодательство содержит положения, согласно которым государства обязуются непременно следовать международно-правовым установлениям. По логике вещей даже в тех случаях, когда они расходятся с внутренними, государственно-правовыми установлениями.

В качестве примера можно сослаться на Конституцию Республики Молдова, в которой говорится, что Республика «обязуется соблюдать Устав Организации Объединенных Наций и договоры, одной из сторон которых она является, строить свои отношения с другими государствами на общепризнанных принципах и нормах международного права»[1].

Говоря о формах законодательного закрепления примата международного права по отношению к национальному как о частном случае или о характере взаимосвязи и взаимодействия данных правовых систем как об общей проблеме, необходимо отметить, что в каждом случае суверенные государства самостоятельно решают все вопросы, касающиеся как частных, так и общих проблем взаимоотношения своего внутреннего права с международным. Прослеживающаяся при этом определенная закономерность в установлении характера взаимосвязи и взаимодействия международного права с национальным сводится к тому, что ведущие мировые державы в процессе определения своего отношения к международному праву твердо стояли и стоят на позициях монизма. Одновременно многие другие, не мирового масштаба государства традиционно придерживались идей дуализма.

§ 4. Соотношение международного и внутригосударственного права постсоветской России

Вопрос о характере взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права фактически всегда находился в поле зрения отечественных исследователей. Об этом свидетельствуют как многочисленные публикации по данной тематике, так и проводившиеся научные дискуссии.

---

[1] Конституция Республики Молдова. Кишинев, 1994. Ст. 8, п. 1.

Интерес к проблеме взаимоотношения международного и внутреннего права России сильно возрос после принятия Конституции 1993 г. Статья 15 Конституции России впервые за всю историю развития конституционного права в нашей стране закрепила положения, которые вызвали неоднозначную реакцию среди наших специалистов в области международного и внутригосударственного права и послужили причиной многочисленных научных дискуссий. В Конституции сказано: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора» (п. 4 ст. 15).

Принятие данной статьи свидетельствовало о том, что Россия прошла огромный эволюционный путь в осознании сути международного права и в решении вопроса о характере его отношений с внутренним правом. Отправной точкой на этом пути было безусловное признание приоритета отечественного права над международным. Широко распространенными являлись суждения о том, что международное право «должно быть включено в систему советского права как его отрасль»[1], а также размышления о советском международном праве[2] и приоритете советского права над международным правом[3].

Промежуточной стадией на данном пути было признание в 60-е годы приоритета норм международного «договорного» права и появление в 70-е годы под влиянием прозападных настроений сначала весьма робких, а позднее и более открытых суждений о необходимости признания примата международного права над национальным. При этом некоторые авторы методично проводили мысль о том, что поскольку международное право не отделено от национального права «китайской стеной», постольку нет и смысла говорить об относительной самостоятельности и независимости этих двух правовых систем. Примат должен быть у международного права.

Выступая против такого рода воззрений, известный ученый-международник Е. Т. Усенко вполне резонно замечал, что «возражения против самостоятельности двух правовых система научно необоснованны. Они строятся на аргументах, которые в науке логики именуются аргументами ad hominem, то есть на таких доводах, которые адресованы к чувствам и впечатлениям человека, не исходят из анализа существа дела, не являются аргументами ad rem»[4].

---

[1] *Голунский С. А., Строгович М. С.* Теория государства и права. С. 301.

[2] *Коровин Е. А.* Пролетарский интернационализм и международное право. М., 1959.

[3] *Вышинский А. Я.* Вопросы международного права и международной политики. М., 1949. С. 481.

[4] *Усенко Е. Т.* Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российской Конституции // Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 14.

Наконец, последним этапом на пути выработки представления о международном праве и о характере его отношения с российским правом стало усиленное формирование во второй половине 80 — начале 90-х годов мнения о необходимости и важности признания безусловного примата международного права не только в сфере договорных отношений государства Российского, но и в других областях взаимодействия международного и внутригосударственного права[1].

Апофеозом всей этой своеобразной «кампании» явилось принятие положения о включении значительной части норм международного права во внутригосударственное и его законодательное закрепление сначала в Конституции, а затем и в других нормативно-правовых актах. В частности, со ссылкой на Конституцию России Гражданский кодекс Российской Федерации почти текстуально повторил основное положение п. 4 ст. 15 Конституции. В п. 1 ст. 7 Кодекса говорится, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией Российской Федерации составной частью правовой системы Российской Федерации».

В Гражданском кодексе вслед за Конституцией России повторилось положение, в соответствии с которым составными частями правовой системы России объявляются не только «международные договоры Российской Федерации», но и «общепризнанные принципы», а также «нормы международного права». Правда, в данном нормативно-правовом акте ничего не говорится о юридической силе международных договоров России по отношению к внутренним законам, как это делается в Конституции России, устанавливающей безусловный приоритет международных «договорных» норм перед нормами, содержащимися в законах. И это вполне понятно в силу конституционного закрепления данного общего для всех отраслей права положения.

Однако гражданское законодательство в решении вопроса о характере соотношения международного договорного права пошло дальше конституционного права. В развитие конституционных положений, закрепляющих примат международных договорных норм, Гражданский кодекс России установил также, что международные договоры Российской Федерации к ряду отношений, указанных в самом Кодексе (п. 1—2 ст. 2), применяются непосредственно, «кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта». Речь при этом идет об отношениях, возникающих при определении правового положения участников гражданского оборота, оснований возникновения и порядка осуществления права собственности и других вещных прав, отношениях, касающихся исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), защиты неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ, «если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ», и др. (п. 1 ст. 7).

---

[1] *Гинзбург Дж.* Соотношение международного и внутреннего права в СССР и в России // Государство и право. 1994. № 3.

Конституционное закрепление положений, в соответствии с которыми общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры Российской Федерации объявляются составной частью ее правовой системы, равно как и положений о безусловном признании примата международных договоров России перед ее внутренними законами, вызвало неоднозначную реакцию со стороны исследователей. Спектр мнений был и остается весьма широким. Им охватываются позиции как традиционного плана, безусловно поддерживающие и защищающие официальную точку зрения на характер отношений международного и национального права, закрепленную в российской Конституции, так и мнения критического плана.

Представители первой точки зрения, отмечая, что, объявив общепризнанные принципы, нормы международного права и международные договоры Российской Федерации составной частью внутреннего права, «Конституция отдала должное международному праву». Одновременно в литературе встречаются критические замечания относительно включения в правовую систему страны общепризнанных принципов и норм международного права на том основании, что они предназначены для регулирования только межгосударственных отношений. С подобной позицией согласиться трудно прежде всего потому, что все без исключения нормы международного права, в том числе договорные, предназначены для регулирования только межгосударственных отношений. «Другое дело, что одни нормы реализуются только в международных отношениях, а другие подлежат реализации во внутренней сфере государств, пройдя соответствующую процедуру»[1].

Позитивно оценивают конституционное положение, допускающее включение общепризнанных принципов, норм международного права, а также международных договоров во внутреннее право России, многие отечественные авторы. Некоторые из них считают, что это «является историческим шагом огромной важности»[2]. Такое включение «коренным образом меняет понятие правовой системы России, ее структуру, ставит по-новому вопрос о соотношении, иерархии правовых актов по их юридической силе и содержащихся в них правовых норм». Конституционное признание данных принципов, норм международных договоров составной частью правовой системы России — «это не просто отсылка Конституции к международному праву, это нечто большее, что качественно изменяет нормативное содержание нашей правовой системы».

Иного мнения по вопросу конституционного рассмотрения общепризнанных принципов, норм международного права и международных договоров России как составной части ее правовой системы придерживаются другие ученые. Е. Т. Усенко, например, считает, что «достаточно однозначным выглядит утверждение, что весь этот конгломерат принципов, норм и договоров является составной частью правовой системы России»[3]. Подобное резко критическое отношение автора к рас-

---

[1] *Лукашук И. И.* Нормы международного права в правовой системе России. С. 35, 38.

[2] *Талалаев А. Н.* Указ. соч. С. 10.

[3] *Усенко Е. Т.* Указ. соч. С. 18.

сматриваемой конституционной новелле вызвано, во-первых, тем, что «далеко не все нормы международного права по своему существу — как регуляторы межгосударственных отношений — могут найти место во внутригосударственном праве», которое в основном направлено на регулирование не межгосударственных отношений, а отношений иного рода. А во-вторых, тем, что «не каждый международный договор может стать источником внутригосударственного права вопреки его национальному закону»[1].

Не касаясь анализа приведенных и иных точек зрения относительно допустимости включения общепризнанных принципов, норм международного права и международных договоров России в ее правовую систему, следует, однако, констатировать, что речь по существу идет не столько о включении или невключении как таковом, сколько о последствиях этого процесса. А именно — о *признании или непризнании безусловного примата международного права по отношению к национальному российскому праву.* Это следует из логики рассуждений авторов, а также из их выводов и замечаний о том, что своим нововведением «Конституция России заложила основы для утверждения в правовой системе страны приоритета норм международного права, включая договорные»; что Конституция закрепила положение о «принципиальном решении в ней вопроса о соотношении международного права и внутригосударственного права, признании приоритета международных договоров Российской Федерации над ее внутренними законами»[2]; что «сегодня перед Россией возникает проблема выбора между прежней дуалистической доктриной и монистической концепцией, исходящей из признания приоритета международного права над внутригосударственным российским правом»[3].

Следует заметить, что если в подобных суждениях звучат по преимуществу позитивные или по крайней мере «нейтральные» оценки самой идеи примата международного права над российским внутригосударственным правом, то в других просматриваются совсем иные, резко критические, негативные оценки. Пора откровенно признать, пишет по этому поводу Е. Т. Усенко, что «обнаружившиеся еще в 70-е годы попытки внедрить в нашу международно-правовую доктрину концепцию примата международного права под флагом якобы нового слова в науке были одним из симптомов и проявлений начала разложения советской государственности». Субъективно они представляли собой реакцию на «идеологизированную выхолощенность» нашего законодательства в области политических прав человека, трудовых отношений, многих гражданских прав. Объективно же «они были направлены против государственного суверенитета страны». Международное право может весьма позитивно воздействовать на развитие национального права и национальную государственность, «если это воздействие осуществляется через и при посредстве самого национального права». Но между-

[1] *Усенко Е. Т.* Указ. соч. С. 18.

[2] *Лукашук И. И.* Указ. соч. С. 55; *Талалаев А. Н.* Указ. соч. С. 3, и др.

[3] *Хлестов О. Н.* Международное право и Россия. С. 55.

народное право (его «стандарты») может использоваться и «как идеологическое средство расшатывания, и даже разрушения государственно-правовой системы страны, чему новейшая история, в том числе история нашей страны, дает убедительные примеры»[1].

Указывая на теоретическую несостоятельность и научную бесплодность доктрины примата международного права, Е. Т. Усенко в то же время акцентирует внимание на том, что в практическом плане она может сыграть и в действительности играет негативную роль по отношению к национальному праву. Она ограничивает активность национального права «во всех тех многочисленных областях внутригосударственной жизни, куда проникает международное право»[2], сводит его, по образному выражению Я. Броунли, «до положения пенсионера международного права»[3].

Решая вопрос о характере отношений современного международного и внутригосударственного права России вообще и о примате международного права в частности, необходимо исходить из двух взаимосвязанных, взаимодействующих и в определенной мере дополняющих друг друга факторов-посылок: а) из факта все более глубокой и разносторонней включенности Российского государства и его правовой системы в мировое государственно-правовое сообщество; б) из фактора его неотчуждаемой суверенности, с учетом которой международное право, «закрепив право государства определять свою правовую систему», вместе с тем установило, что «при осуществлении суверенных прав, включая право устанавливать законы, государства сообразуются со своими обязательствами по международному праву»[4].

При решении данного вопроса с учетом этих факторов-посылок не следует отходить от реальной, далеко не всегда согласующейся с теоретическими построениями действительности. Это означает прежде всего необходимость избегать какой бы то ни было идеализации международно-правовой жизни и международно-правовых отношений, участником которых является Российская Федерация, а также преувеличения, а тем более абсолютизации фактора включенности в мировое сообщество и реальной роли в нем современной России.

Современная Россия, как это ни прискорбно, далеко не та экономически, политически и в других отношениях сильная держава, которая могла бы на равных с другими мировыми державами, и прежде всего с США, вести свои международно-правовые дела, как это было до распада Советского государства. В силу этого она фактически, а не формально-юридически не может оказывать на процесс формирования и реализации норм международного права такое же влияние, как, например, Соединенные Штаты или другие экономически и финансово не-

---

[1] *Усенко Е. Т.* Указ. соч. С. 21.

[2] *Броунли Я.* Международное право. М., 1977. Т. 1. С. 67.

[3] *Лукашук И. И.* Конституция России и международное право // Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 29.

[4] Там же.

зависимые государства. Элементарная логика подсказывает, а современная международно-правовая практика подтверждает (например, расширение в Европе «зоны ответственности» НАТО, попытки подмены миротворческих функций ООН, «гуманитарные» бомбардировки Югославии и т. д.), что в жизни процесс формирования и реализации международного права — это не всегда процесс согласования действий и воль всех суверенных государств, к тому же равных партнеров.

Теоретически и формально-юридически все государства — участники данного процесса выступают как равные партнеры и как носители равноценных государственных воль. Фактически же воля каждого государства, ее реальное содержание, стоящие перед ней цели и задачи, ее назначение, наконец, ее реальные возможности и нереализованный потенциал предопределяются реальными возможностями и нереализованным потенциалом ее носителя — конкретного государства. Вполне понятно, что чем сильнее государство, тем тверже, масштабнее в плане реализации своих устремлений его воля.

Исходя из этого, не будет преувеличением сказать, что процесс согласования в формально-юридическом отношении равноправных и равноценных государственных воль, лежащий в основе международного права,— это лишь некая теоретическая схема, своего рода международно-правовой идеал, который не всегда согласуется с действительностью. А действительность эта такова, что нередко в процессе формирования и реализации международного права более точным было бы говорить не о согласовании, а о прямом или косвенном (с использованием финансово-кредитных и иных рычагов при заключении стратегически важных международных договоров) давлении более сильных в финансово-экономическом и других отношениях государств на более слабые. Примеры подобного «согласования» воль государств — творцов международного права далеко не единичны. Они встречаются практически в каждой сфере жизни мирового сообщества и соответственно в каждой области межгосударственных отношений.

С учетом не только теоретических конструкций, повествующих о сути международного права как о результате согласования государственных воль, но и международно-правовых реалий в современной ослабленной в финансово-экономическом отношении России и следует решать вопрос о характере взаимоотношений ее внутреннего права с международным правом вообще и о примате международного права в частности. Важно при этом прислушаться к мнению тех специалистов в области международного права, которые совершенно справедливо утверждают, что все существующие концепции соотношения международного и внутригосударственного права «возникли не случайно». Каждая из них несет определенную социальную нагрузку. Все они «отражают не только личные позиции тех или иных авторов, но и вполне реальные интересы тех или иных государств». Можно даже проследить сложившуюся в рассматриваемой сфере общую тенденцию, суть которой заключается в том, что «сторонники примата международного права чаще всего представляли интересы сильных держав, которые в течение длительного времени оказывали зна-

чительное влияние на развитие международного права и в силу этого в определенном смысле являлись международными законодателями»[1].

Данная тенденция в определенной степени сохраняется и в современном международном праве, в период существования однополюсного мира и неизбежного при этом финансово-экономического и иного давления одних «ведущих мировых держав» на все другие, включая Россию. Как показывает современная международно-правовая, политическая и финансово-экономическая практика взаимоотношений различных государств, в том числе России, это отнюдь не аномалии в мировом сообществе, как бы последние ни характеризовались теми или иными политологами и идеологами.

Конечно, это не означает, что Россия как активный участник процесса международно-правового нормотворчества и как субъект международного права должна стремиться к самоизоляции от мирового сообщества и не признавать в каких бы то ни было формах и в каких бы то ни было сферах свободы граждан, международную торговлю, кредитно-финансовую и другие сферы, где существует примат международного права. Это отнюдь не отвечало бы интересам Российского государства и не стимулировало бы развитие его внутригосударственного права. Однако во избежание нарушения суверенных прав России важным в плане признания примата международного права представляется следующее.

Во-первых, чтобы трактовка примата международного права заключалась не в понимании «главенствующей роли норм международного права» и, в частности, договора и возможности их прямого действия во внутреннем законодательстве, а в необходимости приведения национальных правовых норм в соответствие с международными соглашениями, обязательными для каждого государства, и согласовании внутригосударственного права с общепризнанными принципами международного права[2].

Во-вторых, чтобы отнесение общепризнанных принципов и норм международного права, равно как и международных договоров России, к его внутреннему праву, а следовательно, и к его правовой системе *в обязательном порядке сопровождалось их трансформацией*. На современном этапе развития Российского государства и общества обязательная трансформация — это не просто пожелание, субъективно воспринимаемая необходимость, а обусловленная непростыми для современной России внешнеэкономическими, внешнеполитическими и иными факторами объективная целесообразность.

---

[1] Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. С. 128—129.

[2] *Каланда В. В.* Указ. соч. С. 12.

Глава XVII

ФОРМЫ (ИСТОЧНИКИ) ПРАВА

§ 1. Понятие и виды форм (источников) права

Для того чтобы стать реальностью и успешно выполнять свои функции, *право*, как и государство, должно иметь внешнее выражение. В отечественной и зарубежной юридической литературе это «внешнее выражение права» в одних случаях называют формой или формами права, в других — источниками, а в третьих — их именуют одновременно и формами, и источниками права.

В настоящем учебнике понятие «форма права» будет рассматриваться как синоним понятия «источник права». Здесь не придается принципиального значения тем смысловым нюансам, оттенкам и несущественным различиям, которые имеют эти термины[1].

Однако в дореволюционной юридической литературе и в современных научных произведениях не все авторы эту точку зрения разделяли и разделяют. Так, признавая тот факт, что «различные формы», в которых выражается право, *носят издавна* название источников права, Г. Шершеневич тем не менее считал, что данный термин является «малопригодным ввиду своей многозначности»[2].

Развивая эту мысль, он вполне справедливо отмечал, что под термином «источник права» понимаются: а) силы, творящие право; например, источником права считают «волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть»; б) материалы, положенные в основу того или иного законодательства. Этот смысл источника права используется тогда, когда констатируют, например, что римское право послужило источником при подготовке германского Гражданского кодекса или что труды ученого Потье использовались при разработке Кодекса Наполеона; в) исторические памятники, которые «когда-то имели значение действующего права». О таких правовых памятниках как об источниках права говорят, когда пользуются в исследованиях Corpus juris civilis, Русской Правдой и т. п.; г) средства познания действующего права. Этот смысл источника права используется, когда говорят, что право можно познать из закона.

Разнообразие значений, придаваемых выражению «источник права», делал окончательный вывод Шершеневич, вызывает необходимость обойти его и заменить другим выражением — «форма права». «Под

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 2. М., 1911. С. 368.

[2] См. об этом: Источники (формы) права: вопросы теории и истории. Материалы Всероссийской научной конференции. Сочи, 2002. С. 14, 78—98.

этим именем следует понимать различные виды права, отличающиеся по способу выработки содержания норм»[1].

Определяя свое отношение к рассматриваемому вопросу и высказанному мнению, следует обратить внимание на то, что термин «источник права», кроме названных, имеет и другие смысловые значения.

Например, источниками права можно считать те *материальные, социальные и иные условия жизни общества*, которые объективно вызывают необходимость издания либо изменения и дополнения тех или иных нормативно-правовых актов, а также правовой системы в целом. Констатируя тот факт, что современная правовая система в той или иной стране «полностью изменилась со времен средневековья» под воздействием изменившейся социально-экономической, политической и иной, именуемой обобщенно «материальной», среды, американский правовед Л. Фридмэн весьма образно описывает возникшую ситуацию. Когда мы смотрим на все эти изменения, то сразу становится ясным, что сквозь века «правовая система была перенесена громадными волнами социальных сил. Общественные движения перекатывались через них с силой могущественного моря. Правовая система кажется столь же могущественной, как крейсер, когда он находится в доке, но, если он выходит в море, его мощь уже не кажется столь значительной, когда сравниваешь ее с мощью океана, ветра и природы»[2].

В данном образном сравнении доходчиво проводится мысль о неразрывной связи и взаимозависимости правовой системы и общественно-политической среды, а также идея о том, что общественно-политическая среда выступает в качестве естественной движущей силы и своеобразного *«материального»* источника по отношению к правовой системе.

Термин «источник права» имеет также *философский* смысл, который указывает на то, какие по своему характеру (либеральные, консервативные и пр.) философские идеи легли в основу той или иной правовой системы. Однако это не меняет дела. Множественность смысловых значений термина «источник права» лишь подтверждает верность тезиса Г. Шершеневича о невозможности использования его самого по себе в качестве термина, адекватного понятию «внешнее выражение права».

Но имеет ли только один смысл термин «форма права», к которому апеллирует автор и который рекомендуется использовать для «внешнего выражения права»? Нет, не имеет. Даже самое приближенное ознакомление с термином и понятием «форма» (с которыми ассоциируется понятие «форма права»), содержащимися в отечественных и зарубежных философских, толковых и иных словарях, убеждает в этом.

Так, в одних случаях категория «форма» (права, нравственности и т. п.) рассматривается в качестве выражения «внутренней связи и способа организации, взаимодействия элементов и процессов как между собой, так и с внешними условиями». В других случаях — просто как «внешнее выражение какого-либо содержания». В третьих же случаях

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 369.

[2] *Фридмэн Л.* Введение в американское право. М., 1992. С. 208.

понятием формы охватывается вся совокупность средств, методов и способов, с помощью которых в обществе решаются те или иные задачи, касающиеся в том числе государства и права. Только в одном широко известном на Западе толковом словаре Вебстера содержится около 20 различных смысловых значений и оттенков понятия «форма»[1], ставящих под сомнение тезис о целесообразности использования термина «форма права» вместо термина «источник права» лишь на том основании, что он не допускает многочисленных и разноречивых толкований.

С учетом сказанного, а также исходя из того, что форму права (закон, декрет, указ и т. п.) саму можно рассматривать в качестве «юридического» источника права, наиболее логично и целесообразно их использование как синонимов, как идентичных терминов и понятий. Именно в этом *«юридическом смысле»* форма права и источник права широко применяются отечественными и зарубежными государствоведами и правоведами как тождественные понятия во всех тех случаях, когда они рассматриваются в виде «способа выражения государственной воли», «способа установления правовых велений» или *способа, которым правилу поведения придается государственной властью общеобязательная сила.*

В отечественных научных и учебных изданиях под формой (источником) права как способом закрепления правовых велений или способом выражения «возведенной в закон воли господствующего класса» иногда понимают внешнюю форму права. Наряду с ней выделяют внутреннюю форму. Последняя рассматривается как система или структура, внутреннее строение права, как «распределение правовых норм по отраслям и институтам соответственно характеру регулируемых ими отношений и отчасти методу правового регулирования»[2].

Какие же формы (источники) права существовали и существуют? Все когда-либо имевшие место формы (источники) права перечислить трудно, но наиболее важными и широко известными являются следующие. Это *правовые обычаи, нормативно-правовые акты государственных органов, правовые договоры, нормативно-правовые акты, принимаемые с санкции государства общественными организациями, прецеденты.* Важными источниками римского права были *деловые обыкновения* — правила, вырабатывавшиеся повседневной деловой практикой консулов, преторов и других должностных лиц. Для романо-германского права характерным источником в течение длительного времени (XIII — XIX вв.) считалась *правовая доктрина.* В качестве важнейших форм (источников) мусульманского права выступают *Коран* — священная книга ислама, *сунна,* или традиции, связанные с посланием Аллаха, *иджма,* или «единое соглашение мусульманского общества», и *кияс,* или суждение по аналогии[3].

---

[1] Webster's New Universal Unabridged Dictionary. N.Y., 1993. P. 720.

[2] Теория государства и права / Отв. ред. А. И. Денисов. М., 1972. С. 108—109.

[3] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. (Сравнительное право). С. 388.

Следует особо отметить, что представления об источниках права, так же как и об их видах, никогда не оставались неизменными. Некоторые из них (правовой обычай, закон, прецедент), совершив значительную эволюцию с древнейших времен, сохранились в правовых системах и поныне. Другие бесследно исчезли. Третьи же, утратив какую-либо практическую значимость, сохранили лишь историческую ценность. Среди последних можно выделить, например, *сочинения римских юристов, имевшие обязательную силу для судей и фактически выступавшие* в качестве закона; правовые акты, принимавшиеся в Древнем Риме народными собраниями и сенатом,— *сенатусконсульты.*

Разумеется, формы (источники) права варьировались и варьируются в зависимости не только от этапов развития общества, государства и права, но и от особенностей самих правовых систем.

Так, при анализе современной правовой системы Великобритании исследователями называются, как правило, три основных источника права. Это статутное право, возникающее в результате законодательной деятельности парламента; делегированное законодательство, исходящее от «всех трех государственных органов», которым частично делегируется законодательная власть парламентом; обычное право, которое появляется в результате «правотворческой деятельности различных судебных инстанций»[1].

Применительно к правовой системе Австралии выделяются четыре основных источника права: обычное право, статутное, делегированное законодательство и обычаи. В австралийских научных исследованиях нередко поясняется, что наиболее распространенный здесь «источник» — обычное право. Оно представляет собой совокупность правил, создаваемых деятельностью судов при рассмотрении конкретных дел. То, из чего собственно складывается обычное право, есть не только и даже не столько «решения по каждому конкретному делу, сколько принципы, на основе которых выносятся эти решения». Некоторые пояснения касаются и статутного права — продукта правотворческой деятельности представительных государственных органов страны. Обращается внимание, в частности, на то, что статутное право может исходить как от парламента всей страны, так и от парламентов штатов. В силу этого термины «акт парламента» и «статутное право» взаимозаменяемы[2].

Исследуя правовую систему Японии, зарубежные авторы указывают на следующие «конкретные» источники права: Конституцию 1947 г., «заменившую» собой Конституцию Японской империи 1889 г., известную под названием Конституции Мейджи; акты парламента, принимаемые в большинстве своем «по инициативе кабинета и его отдельных органов»; правительственные указы, издаваемые кабинетом и его различными ведомствами в целях «проведения в жизнь положений, содержащихся в Конституции страны и в текущих законах»; ордонансы, принимаемые местными представительными органами, имеющими право на установление санкций за их нарушение в виде тюремного заключения

[1] *Rutherford L., Todd J., Woodly V.* Introduction to Law. L., 1982. P. 3.

[2] *Gifford D., Gifford K.* Our Legal System. Sydney, 1983. P. 5, 8.

или штрафа; «правила процедуры судопроизводства, работы адвокатов, внутреннего распорядка в судах, а также правила управления судебными делами», устанавливаемые в соответствии со ст. 77 Конституции Японии Верховным судом этой страны; правовые обычаи и «юридические» прецеденты[1].

Анализ юридической литературы и правовой жизни различных стран показывает, что существует огромное разнообразие форм, или источников, права. И, естественно, не все они имеют одинаковую значимость и выполняют одинаковую регулятивную роль.

Сравнивая между собой, например, романо-германское и общее право, где доминирует английское право, известный французский юрист, теоретик права Рене Давид не без оснований подмечает, что если в странах романо-германской правовой семьи «стремятся найти справедливые юридические решения, используя правовую технику, в основе которой находится закон», т. е. в системе правовых регулятивных средств выделяются прежде всего акты высших законодательных органов — парламентов, то в странах, относящихся к семье общего права, «стремятся к тому же результату, основываясь в первую очередь на судебных решениях»[2]. Прецеденты, судебные решения как источник права и регулятивные средства осуществления политической власти выступают при этом на первый план.

Известная иерархия форм, или источников, права прослеживается и в правовых системах отдельных стран, причем как в сугубо юридическом, так и фактическом плане. Небезынтересны в связи с этим рассуждения австралийских авторов Д. и К. Гиффордов о том, что хотя статутное право Австралии в представлении большинства граждан этой страны занимает очень важное место среди других источников права и весьма распространено, тем не менее в практическом плане оно как источник занимает лишь третье место после общего права и делегированного законодательства[3].

Несмотря на то что в формально-юридическом плане, согласно классической теории парламентаризма, статутное право как продукт деятельности высших органов государственной власти — парламентов должно иметь несомненный приоритет и занимать ведущее место, практически же, как это подтверждает практика, оно не имеет никаких приоритетов и занимает лишь ведомое место. Приоритет же отдается актам, принимаемым судебными органами, на базе правотворческой деятельности которых формируется общее право, и актам органов государственного управления, которые формируют массив делегированного законодательства.

Подобная картина наблюдается в правовой системе не только Австралии, но и ряда других современных стран. Различие заключается лишь в том, что в правовых системах одних государств ведущее положение вместо актов высших органов государственной власти фактически

---

[1] The Japanise Legal System / Ed. by Tanaka H. Tokyo, 1984. P. 55—60.

[2] *Давид Р.* Указ. соч. С. 121—122.

[3] *Gifford D., Gifford K.* Op. cit. P. 8.

занимают акты органов управления, изданные в порядке делегирования правотворческих функций парламента, в то время как в правовых системах других стран приоритет отдается судебному, или общему, праву.

Типичными примерами доминирования делегированного законодательства могут служить правовые системы Франции, ФРГ, Швейцарии, Италии.

Наиболее характерным примером ярко выраженного доминирования общего — обычного (прецедентного) права может служить правовая система Великобритании. С формально-юридической точки зрения высшая юридическаяй сила в ней отведена актам парламента. Это обусловлено тем, что теоретически парламент по сравнению со всеми остальными правотворческими органами обладает «полным и неограниченным суверенитетом внутри страны», является «высшим творцом» всего действующего права. Однако в практическом плане все обстоит далеко не так. Как в количественном отношении (удельный вес в законодательном массиве), так и в качественном (с точки зрения иерархии различных источников права) пальма первенства в правовой системе Великобритании неизменно принадлежит обычному (прецедентному) праву. Закон же (статут) «по традиции» играет в английском праве второстепенную роль, «ограничиваясь лишь внесением коррективов или дополнений в прецедентное право»[1].

Правда, в настоящее время, как свидетельствуют исследования в области английского права, ситуация постепенно меняется в пользу законодательства. Но тем не менее обычное право продолжает играть в английской правовой системе доминирующую роль. Важнейшее значение по-прежнему имеют судебные прецеденты, доктрины, обычаи, традиции. Доказательством тому является уже то, что только на основе традиций и обычаев в современной Великобритании решаются многие важнейшие вопросы политической и социальной жизни страны, в частности назначения и ухода в отставку премьер-министра, определения прерогатив короны, правительственной программы, характера поведения монарха[2].

Таким образом, в разных правовых системах различные формы (источники) права всегда играли и продолжают играть далеко не одинаковую, обусловленную характером и местом каждой из них в конкретной правовой системе регулятивную роль. Однако, несмотря на это, все они являлись и являются, по сравнению с неправовыми средствами, весьма важными рычагами воздействия власть имущих на общественные отношения и различные общественно-политические институты.

§ 2. Нормативно-правовые акты как источники права

Среди многочисленных форм (источников) права важное место занимают нормативно-правовые акты государственных органов. Для краткости их нередко называют нормативными актами.

---

[1] *Давид Р.* Указ. соч. С. 306.

[2] *Wade E., Phillips G.* Constitutional Law. L., 1988.

Под нормативно-правовыми актами понимаются *выраженные в письменной форме решения компетентных государственных органов, в которых содержатся нормы права.* Это акты правотворчества, которыми устанавливаются, изменяются или же отменяются правовые нормы.

Все нормативно-правовые акты являются государственными по своему характеру. Они издаются или санкционируются только органами государства, имеют волевой характер, в них содержится и через них преломляется государственная воля. За нарушение велений, содержащихся в нормативно-правовых актах, наступают уголовно-правовые, гражданско-правовые и иные юридические последствия.

Нормативно-правовыми актами, издаваемыми государственными органами, являются законы, декреты, указы, постановления правительства (кабинета), приказы министров, председателей государственных комитетов, решения и постановления, принимаемые местными органами государственной власти[1].

Система нормативно-правовых актов в каждой стране определяется конституцией, а также изданными на ее основе специальными законами, положениями о тех или иных государственных органах, правительственными постановлениями. Законодательством устанавливаются также порядок издания, изменения, отмены и дополнения нормативно-правовых актов, орган, издающий тот или иной нормативный акт, процедура его издания.

Так, согласно действующей Конституции Российской Федерации высший представительный и законодательный орган Российской Федерации — Федеральное Собрание (парламент) принимает законы и постановления. Президент как глава государства издает указы и распоряжения. Правительство Российской Федерации издает постановления и распоряжения. Субъекты Российской Федерации принимают законы и иные нормативно-правовые акты.

Конституция определяет компетенцию различных государственных органов, а следовательно, и круг вопросов, по которым могут приниматься ими те или иные конкретные решения или же различные нормативно-правовые акты. Например, в соответствии со ст. 114 Конституции Российской Федерации очерчивается общий круг вопросов, по которым российское Правительство может издавать свои постановления и распоряжения. Это вопросы федерального бюджета, проведения в пределах Российской Федерации единой финансовой, кредитной и денежной политики, а также единой государственной политики в области науки, культуры, образования, здравоохранения, экологии и социального обеспечения; осуществление управления федеральной собственностью; принятие мер по обеспечению обороны страны, государственной безопасности, реализации внешней политики; осуществление мер по обеспечению законности, прав и свобод граждан, охране собственности и общественного порядка, борьбы с преступностью.

---

[1] См.: *Бержель Жан-Луи.* Общая теория права. М., 2000. С. 128—149.

Кроме данного круга вопросов, по которым российское Правительство издает постановления и распоряжения, оно также «осуществляет иные полномочия, возложенные на него Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, указами Президента Российской Федерации» (п. «ж» ч. 1 ст. 114). В Конституции особо оговаривается, что порядок деятельности Правительства, а значит, и порядок (процедура) издания правительственных актов устанавливаются федеральным конституционным законом (ч. 2 ст. 114).

Нормативно-правовые акты как источники права имеют организационно-технические и иные преимущества перед другими источниками права. В чем эти преимущества? Во-первых, в том, что у издающих их государственных органов гораздо больше координационных возможностей, чем у всех иных нормотворческих институтов, для выявления и отражения в праве не только групповых, классовых, индивидуальных, но и общих интересов. Во-вторых, в том, что благодаря четким, традиционно сложившимся правилам изложения содержания нормативно-правового акта он считается лучшим способом оформления устоявшихся норм. В-третьих, в том, что нормативно-правовой акт в силу своей четкости и определенности более легок «в обращении», чем другие формы права. На него, как подмечают теоретики и практики, легко ссылаться при разрешении дел, вносить в него коррективы, осуществлять контроль за его исполнением[1].

Нормативно-правовые акты как форма (источник) права значительно отличаются от актов, не имеющих нормативного характера, прежде всего от *актов применения норм права,* или индивидуальных актов, как их зачастую называют.

И нормативно-правовые, и индивидуальные акты являются *юридическими* по своему характеру. Помимо всего прочего, это означает, что с теми и другими связаны определенные юридические последствия. Однако принципиальное различие их заключается в следующем. Первые содержат *общие предписания* в виде норм права и рассчитаны на многократное применение, тогда как суть вторых — *предписания индивидуального характера.* Нормативно-правовые акты адресованы широкому, точнее, *неопределенному кругу юридических и физических лиц,* в то время как индивидуальные акты обращены к *строго определенным лицам или кругу лиц* и издаются *по вполне определенному поводу* (установление мемориальной доски, прием на работу и увольнение, уход на пенсию и т. д.). И наконец, нормативно-правовыми актами охватывается *широкий круг общественных отношений,* а индивидуальные акты рассчитаны лишь на *строго определенный вид общественных отношений.* Действие индивидуального акта прекращается с прекращением существования конкретных отношений (например, в связи с выполнением условий договора купли-продажи, подряда). В то же время *нормативно-правовые акты продолжают действовать независимо от того, существуют или не существуют конкретные отношения, предусмотренные данным актом.*

---

[1] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 174.

Например, действие такого индивидуального акта (акта применения), как приговор суда по конкретному уголовному делу, прекращается после его исполнения (окончание срока исправительных работ, тюремного заключения и т. п.). Однако это вовсе не означает прекращения действия закона, предусматривающего ту или иную меру уголовного наказания за совершение подобного преступления.

Аналогичным образом обстоит дело в сфере применения норм не только уголовного права, но и других отраслей права. Скажем, прекращение действия конкретного трудового договора отнюдь не означает прекращения действия соответствующих норм или институтов трудового права.

Одни и те же государственные органы могут издавать по одним и тем же или по разным вопросам как нормативно-правовые, так и индивидуальные акты. Например, согласно Конституции Российской Федерации Федеральное Собрание принимает не только законы — нормативные акты, но и постановления, имеющие индивидуальный характер. Статьи 102 (ч. 2) и 103 (ч. 2) Конституции предусматривают, что Совет Федерации — верхняя палата российского парламента и Государственная Дума — его нижняя палата принимают каждая в отдельности по вопросам, отнесенным Конституцией к их ведению, постановления.

Совет Федерации, в частности, принимает постановления по вопросам, связанным с утверждением указов Президента о введении военного или чрезвычайного положения, с назначением на должность и освобождением от должности Генерального прокурора России, с назначением выборов Президента Российской Федерации, с назначением на должность судей Конституционного Суда, Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

Государственная Дума, согласно Конституции, принимает постановления о даче согласия Президенту на назначение Председателя Правительства России, о доверии Правительству, назначении на должность и освобождении от должности Председателя Центрального банка Российской Федерации, объявлении амнистии и др.

Нормативно-правовые акты следует отличать от *актов разъяснения или толкования правовых норм.* Различие заключается в характере, содержании и целях издания.

Если нормативно-правовые акты устанавливают либо изменяют содержание правовых норм, то акты разъяснения или толкования, как видно из их названия, направлены прежде всего на разъяснение смысла, содержания принятых нормативно-правовых актов, а также пределов действия ранее установленных норм.

Основное правило толкования «законодательных положений», как верно подмечают английские юристы, по отношению к которому все прочие являются второстепенными, заключается в том, что законы (статуты) следует разъяснять «в соответствии с намерениями тех, кто их создал»[1]. При этом всегда сохраняет свою силу «презумпция невнесе-

[1] *Maxwell R.* The Interpretation of Status. L., 1980. P. 1.

ния в действующее право изменений, выходящих за пределы, предусматриваемые толкуемым статутом».

Действуют также другие принципы толкования, сводящиеся, в частности, к тому, что толкование «по возможности, не должно придавать статуту обратной силы, влечь за собой несправедливости или приводить к нелепым либо абсурдным последствиям»; нормы уголовного права «толкуются только в пользу обвиняемого»[1].

Все нормативно-правовые акты подразделяются на два вида, или группы: законы и подзаконные акты. Основание их классификации — *юридическая сила,* определяемая положением органа, издавшего тот или иной нормативный акт, в общей системе правотворческих государственных органов, его компетенцией и соответственно характером самих издаваемых актов.

В зависимости от этих же критериев в каждой стране, а точнее, в каждой правовой системе устанавливается *строгая иерархия,* т. е. строгая система расположения, соподчиненности нормативно-правовых актов.

Внизу этой иерархии находятся нормативные акты, издаваемые местными органами государственной власти, вверху иерархии — нормативно-правовые акты (законы, статуты и т. п.), издаваемые высшими представительными органами. Эти акты — законы обладают высшей юридической силой по отношению ко всем другим, подзаконным актам. Последние должны строго соответствовать закону, издаваться на основе закона и в его исполнение. Данные требования, несомненно, касаются и актов правительства, которые среди всех подзаконных актов обладают самой высокой юридической силой и играют ведущую роль.

Сложившаяся и поддерживаемая в каждой стране иерархия нормативно-правовых актов имеет важнейшее значение для упорядочения процессов правотворчества и правоприменения, для создания и поддержания режима законности и конституционности.

Наряду с нормативно-правовыми актами государственных органов в системе форм (источников) права некоторых стран определенное место занимают *нормативно-правовые акты, издаваемые общественными органами и организациями.*

Как известно, сами по себе решения (акты) общественных организаций, как и решения любых партийных органов и организаций, не содержат в себе правовых норм и не имеют юридической силы. Таковую они могут получить лишь в двух случаях.

Во-первых, при издании совместных с государственными органами решений по одному и тому же вопросу. Например, в СССР имела место практика принятия такого рода совместных актов по наиболее важным вопросам государственной и общественной жизни. Эти акты с момента их издания приобретали не только общественно-политический, но и юридический характер.

---

[1] *Гарнер Д.* Великобритания. Центральное и местное управление. М., 1987. С. 93—94.

Во-вторых, в случае предварительной или последующей санкции (разрешения) государства. Санкция может выражаться в разных формах. Наиболее распространены последующие санкции, благодаря которым в случае необходимости каждый отдельный акт общественной организации приобретает юридический характер, а также придание юридической силы актам общественных организаций на основе специально изданного для этого закона или иного законодательного акта.

Например, согласно действовавшему в СССР законодательству профсоюзы в лице их высших органов имели право на издание актов юридического характера по вопросам социального страхования, санаторного обслуживания и по некоторым другим. Необходимость издания такого рода актов была вызвана стремлением привлечь общественные организации к правотворческому процессу для активного участия в государственной и общественно-политической жизни.

§ 3. Законы. Их виды и особенности

На протяжении столетий и даже тысячелетий закон как форма (источник) права привлекал к себе повышенное внимание многих исследователей. Пытаясь проникнуть в суть явления, именуемого законом, авторы бесчисленных книг и статей, аналитических отчетов и докладов предпринимали огромные усилия для изучения его природы, характера, признаков, социальной роли и назначения. И весьма преуспели в этом.

Разумеется, это вовсе не означает, что о законе известно все. Это не тот случай, когда, выражаясь словами известного французского моралиста XVII в. Жана де Лабрюйера, можно печально констатировать, что «все давно сказано, и мы опоздали родиться, ибо уже более семи тысяч лет на земле живут и мыслят люди», что «урожай самых мудрых и прекрасных наблюдений» над человеческим бытием и человеческими нравами снят, и «нам остается лишь подбирать колосья, оставленные древними философами и мудрейшими из наших современников»[1].

За многие столетия изучения закона накопилась немалая сумма знаний о нем, выработалось определенное представление о данном явлении, сложился стереотип. Вместе с тем осталось огромное поле деятельности для современных и будущих исследователей.

Закон, как и право в целом, не является застывшим в своем развитии институтом, он постоянно изменяется и развивается вместе с изменением и развитием общества. В силу этого меняются в известной степени и взгляды на него, его признаки и черты. Вырабатываются и предлагаются порой весьма противоречивые определения закона и создаются неоднозначные о нем представления.

Иногда закон рассматривается в самом широком смысле — как синоним понятия права, а точнее, законодательства. Законами называются все нормативно-правовые акты (их совокупность), исходящие от государ-

[1] *Де Ларошфуко Ф., Паскаль Б., де Лабрюйер Ж.* Суждения и афоризмы. М., 1990. С. 267.

ства в лице всех его нормотворческих органов. Под законом понимается, писал Г. Ф. Шершеневич, «норма права, исходящая непосредственно от государственной власти в установленном заранее порядке». Прежде всего, пояснял автор, «закон есть норма права, т. е. общее правило, рассчитанное на неограниченное число случаев. Неизбежность этого признака вытекает из того, что закон есть норма права, а следовательно, вид не может быть лишен того свойства, какое присуще роду»[1].

Из этого рассуждения следует, что первостепенная по значимости отличительная черта закона — его *нормативный характер*. Однако нормы права содержатся и в *любом* ином нормативно-правовом акте. Если следовать такой логике, то любой акт должен рассматриваться как закон.

Так и происходит в обыденной жизни, в обиходе. Здесь использование термина «закон» для обозначения любого нормативного акта, исходящего от государства, довольно распространено и вполне допустимо, ибо тем самым подчеркивается важность соблюдения всех нормативно-правовых актов, а не только собственно законов. Юридически же это выглядит весьма некорректно. Отождествление закона с другими нормативно-правовыми актами вносит путаницу в формы (источники) права, снижает эффективность их применения.

По этой и по ряду других причин в научной и учебной юридической литературе гораздо чаще используется понятие закона в узком, собственном его смысле. Довольно типичные, отражающие сложившиеся представления о законе на современном этапе его дефиниции следующие. Закон — это «принятый в особом порядке первичный правовой акт» по основным вопросам жизни государства, «непосредственно выражающий общую государственную волю и обладающий высшей юридической силой»[2]. Или: закон — это нормативно-правовой акт, «принимаемый высшим представительным органом государства в особом законодательном порядке, обладающий высшей юридической силой и регулирующий наиболее важные общественные отношения с точки зрения интересов и потребностей населения страны»[3]. Или: «в юридическом смысле закон — это нормативный акт, принимаемый в особом порядке, обладающий после Конституции наибольшей юридической силой и направленный на регулирование наиболее важных общественных отношений»[4].

Можно привести еще ряд аналогичных определений или сформулировать свою собственную, авторскую дефиницию закона. Однако дело не в этом. *Главное состоит в том, чтобы понять основной смысл, содержание того, что называется законом,* выделить и рассмотреть хотя бы его основные специфические черты.

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 381.

[2] *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. II. М., 1982. С. 219.

[3] *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права. М., 1994. С. 182.

[4] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 181.

Что отмечает закон из других нормативно-правовых актов? Что характеризует его и каковы его основные черты? Обобщая весь накопленный нашими предшественниками материал и используя информацию, содержащуюся в приведенных выше и им подобных дефинициях, можно указать на следующие специфические черты закона.

Во-первых, закон — это нормативно-правовой акт, принимаемый *только высшим представительным органом — парламентом* (Федеральным Собранием — в России, Конгрессом — в США, парламентом — в Италии, Франции, Японии и др.), представляющим в формально-юридическом смысле весь народ, или же непосредственно самим народом *путем референдума.*

Данная черта закона широко признана исследователями многих стран и является довольно устоявшейся. Однако ее нельзя считать общепризнанной как минимум по двум причинам.

Одна из них заключается в том, что в некоторых странах (например, в США) наряду с высшими представительными органами государственной власти в качестве фактических творцов закона выступают и другие государственные органы (например, высшие судебные инстанции). «Если трезво смотреть на вещи,— отмечается в связи с этим в американской литературе,— то становится ясным, что во многих случаях суды являются творцами законов, поскольку именно они интерпретируют их. Без авторитетной интерпретации многие законы теряют и сам смысл»[1].

Вторая причина состоит в том, что референдум далеко не во всех странах признается в качестве конституционного способа принятия данных нормативно-правовых актов. В некоторых странах (например, в США) он вообще законодательно не признается и не закрепляется на федеральном, общегосударственном уровне. В других же странах (например, в Швеции) референдум имеет не законодательный (императивный), а лишь совещательный характер. Конституция Швеции закрепляет, что «предписания о совещательном референдуме во всем государстве» устанавливаются специальным законом[2].

Таким образом, утверждение о том, что принятие закона только высшими представительными органами государственной власти или референдумом является его специфической чертой, хотя и широко признано, но отнюдь не бесспорно и не общепризнано.

Во-вторых, закон обладает *высшей юридической силой* среди всех остальных источников права, *верховенством* и является *главенствующей формой права.*

Данные черты закона не раз подтверждались государственно-правовой теорией и практикой многих стран и, как правило, не подвергались сомнению. Констатируя этот факт, Г. Ф. Шершеневич еще в начале нашего столетия с явным удовлетворением писал, что «формою права, преобладающею в настоящее время у всех цивилизованных народов, является закон, который совершенно отодвинул на задний план все иные формы. Возможность для организованного общества создавать правила

[1] *Фридмэн Л.* Указ. соч. С. 85.

[2] Швеция. Конституция и законодательные акты. М., 1983. С. 42.

поведения, обязательные для всех, выражается именно в законодательной деятельности»[1].

Однако применительно к правовым системам Великобритании и некоторых других стран, где широко распространена в качестве источника права *судебная практика,* вопрос о главенствующей роли закона в системе форм права трактуется неоднозначно и подвергается сомнению. Так, согласно заключению Рене Давида закон в английской системе права традиционно рассматривался и рассматривается, несмотря на позитивные сдвиги после Второй мировой войны в сторону интенсивного развития законодательства, в качестве «второстепенного источника права». В традиционной концепции права, писал автор, закон «не считается нормальной формой выражения права, а всегда является инородным телом в системе английского права». Конечно, рассуждал Рене Давид, судьи «применяют закон, но норма, которую он содержит, принимается окончательно, инкорпорируется полностью в английское право лишь после того, как она будет неоднократно применена и истолкована судами, и в той форме, а также в той степени, какую установят суды»[2]. Ведущую роль в английской правовой системе, по мнению Рене Давида и других авторов, играет судебная практика.

Иной точки зрения по поводу главенствующей роли закона в английской системе права придерживаются сами англичане. Еще в XIX в. один из видных английских юристов, К. Дайси, утверждал, что «две существенные черты характеризовали публичные институты Англии во все времена, начиная с завоевания норманнов. Первая — это всемогущество или то бесспорное главенство, которое осуществлялось центральной властью над всей страной; вторая, тесно связанная с первой, это царство закона, его главенство»[3].

Не вникая в суть спора и противоречий, касающихся «главенства» закона в системе других форм (источников) английского права, важно, однако, подчеркнуть, что рассматриваемая черта хотя и является устоявшейся, широко признанной, но отнюдь, как и ранее рассмотренная, не общепризнанной. Помимо всего прочего, это свидетельствует об относительном, а не абсолютном характере знаний о законе и широких возможностях его дальнейшего исследования.

В-третьих, закон как источник права, исходящий от высшего представительного органа, выражающего (по крайней мере теоретически) волю и интересы всего общества или народа, тоже должен отражать *волю и интересы всего общества или народа.* Для отечественной и зарубежной правовой теории довольно традиционным стало рассмотрение закона в качестве выразителя «общей воли».

Однако столь же традиционной была и остается критика подобного подхода к закону. Еще в начале XX в. французский ученый Морис Ориу настоятельно требовал «отказаться от иллюзий непогрешимости закона,

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 381.

[2] *Давид Р.* Указ. соч. С. 320.

[3] *Дейси К.* Основы государственного права Англии. СПб., 1891. С. 137, 138.

которая к тому же самым жестким образом опровергается фактами», а заодно и от «революционной теории общей воли».

Он считал глубоко ошибочной формулу, согласно которой «закон есть выражение общей воли». Ибо на самом деле закон — дело «воли большинства, существующей в парламенте или в пределах избирательного корпуса». Именно эта, а не общая воля, является «законодательствующей», господствующей. Что же касается общей воли, делал вывод автор, «не воли большинства, а воли единодушной, то она есть не что иное, как воля присоединения или согласия»[1].

Аналогичного мнения придерживаются и другие авторы. Исходя из этого, логичнее было бы говорить об «общей воле» в связи с выявлением специфических черт закона не как о факте, а как о его способности и потенциальной возможности адекватно отражать и полностью выражать «общую волю» народа или всего общества.

В-четвертых, закон, в отличие от других нормативно-правовых актов, издается по *наиболее важным вопросам государственной и общественной жизни.* С его помощью упорядочиваются и регулируются наиболее важные общественные отношения.

Чтобы *убедиться в этом, достаточно взглянуть на сферу конституционного* регулирования в России или в любой зарубежной стране. Несмотря на существующие различия, все они опосредуют общественные отношения, касающиеся государственного и общественного строя, государственного режима, прав и свобод граждан, организации и деятельности государственных органов, порядка законотворчества и др.

В-пятых, закон *принимается, изменяется и дополняется в особом законодательном порядке.* Законодательная процедура существует в каждом государстве. Она закрепляется, как правило, особыми актами — положениями или регламентами высших органов государственной власти и является объективно необходимой.

Этот формальный момент выражения воли, справедливо утверждал Шершеневич, «необходим совершенно независимо от организации государственной власти». В чем заключается такая необходимость? Почему нужна законодательная процедура? Отвечая на этот вопрос, автор вполне резонно замечал: «Если в конституционных государствах граждане стремятся оградить себя твердым законодательным порядком от произвола исполнительных органов, то и при абсолютном режиме монарх заинтересован в том, чтобы его подданные знали и выполняли его волю, а для этого он должен установить форму, которая служила бы для подданных ручательством, что дошедшее до них повеление выражает действительно волю монарха. Выраженная не в установленной форме, воля органов государственной власти не может быть признаваема за подлинную»[2].

В каждой стране существует свой собственный и особый порядок принятия, изменения и дополнения закона. Однако все принимаемые законы, как правило, проходят через одни и те же стадии процесса законотворчества, начиная с момента внесения законопроекта в высший пред-

---

[1] *Орцу М.* Основы публичного права. С. 228.

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 382.

ставительный орган, его обсуждения и утверждения и кончая опубликованием (обнародованием) принятого закона. В том случае, если закон принимается путем референдума, стадии и весь порядок его принятия оговариваются в специальном законе о референдуме.

Будучи весьма схожими между собой по способу формирования, юридической силе, месту и роли в системе права, законы тем не менее значительно отличаются друг от друга. Они подразделяются на определенные виды. Существуют различные критерии классификации законов.

В зависимости от значимости содержащихся в них норм законы бывают *конституционными* и *обыкновенными, или текущими,* как их иногда называют.

К конституционным законам относятся прежде всего сами конституции; затем законы, с помощью которых вносятся изменения и дополнения в тексты конституций, и, наконец, законы, необходимость издания которых предусматривается самой конституцией.

Примерами последних могут служить Закон о политических партиях Германии, издание которого предусмотрено п. 3 ст. 21 Основного закона ФРГ 1949 г.; Закон о Правительстве Российской Федерации, принятие которого предусмотрено ч. 2 ст. 114 Конституции 1993 г. («порядок деятельности Правительства Российской Федерации определяется федеральным конституционным законом»); Конституционный закон о Конституционном суде Италии, предусмотренный ст. 137 Конституции 1947 г.

Конституционные законы отличаются от текущих законов и всех других нормативно-правовых актов не только по содержанию, но и по форме, характеру, порядку принятия, внесения в них изменений и дополнений. Любая конституция в силу широты охвата ею самых разнообразных сфер жизнедеятельности общества и государства, а также многих других причин является не только сугубо юридическим, но и политическим и идеологическим по своему характеру документом. Она обладает самой высокой юридической силой по отношению ко всем без исключения формам (источникам) права и служит правовой основой для всей правотворческой и правоприменительной деятельности в государстве.

Порядок принятия, внесения изменений и дополнений в конституцию предусматривается, по общему правилу, самой конституцией. Конституции многих государств содержат целые главы, разделы или обширные статьи, посвященные порядку внесения конституционных поправок и пересмотра конституций. Особое внимание в них уделяется, помимо прочего, инициативе пересмотра конституции, процедуре пересмотра и условиям принятия решения.

Так, согласно Конституции Франции (ст. 89) инициатива ее пересмотра принадлежит Президенту страны, «действующему по предложению Премьер-министра, а также членам парламента». Проект пересмотра Конституции или предложение об этом «должны быть приняты двумя палатами в идентичной редакции. Пересмотр является окончательным после одобрения его референдумом». Конституция предусматривает также, что никакая процедура по ее пересмотру «не может быть начата или продолжена при посягательстве на целостность территории» и что «республиканская форма правления не может быть предметом пересмотра».

В соответствии с Конституцией Российской Федерации предложения о поправках и пересмотре ее положений могут вноситься Президентом, Советом Федерации, Государственной Думой, Правительством России, законодательными (представительными) органами субъектов Федерации, а также группой численностью не менее одной пятой членов Совета Федерации или депутатов Государственной Думы (ст. 134).

В отличие от конституционных законов для принятия или изменения обыкновенных законов не требуется особого порядка или квалифицированного (в $^2/_3$, $^3/_4$ или же, как в Конституции Греции, $^3/_5$) большинства депутатских голосов. В данном случае достаточно абсолютное большинство голосов.

Различия в процедуре принятия и изменения конституционных и обыкновенных законов отражают их неодинаковую значимость в системе форм права, в частности среди нормативно-правовых актов.

В зависимости от органов, издавших тот или иной закон, а также от территории, на которую распространяется его действие, законы в федеративном государстве подразделяются на *федеральные (общефедеральные)* и на *законы, принятые субъектами федерации*. В свою очередь, федеральные законы делятся на *федеральные конституционные и федеральные обыкновенные законы. Законы, принятые субъектами Федерации, также подразделяются на конституционные и обыкновенные, или текущие*. Федеральные законы издаются высшими органами государственной власти Федерации и распространяются на всю ее территорию, остальные — высшими органами государственной власти субъекта Федерации и соответственно имеют юридическую силу лишь на его территории. По общему правилу, в случае расхождения федеральных законов с законами субъектов Федерации первые имеют приоритет над вторыми, действуют федеральные законы.

Например, согласно ст. VI Конституции США федеральные законы, «равно как и все договоры, которые заключены или будут заключены Соединенными Штатами, являются высшими законами страны, и судьи каждого штата обязаны к их исполнению, хотя бы в конституции и законах отдельных штатов встречались противоречащие постановления».

Согласно Конституции Российской Федерации «законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации не могут противоречить федеральным законам», принятым по предметам исключительного ведения Российской Федерации или же по предметам совместного ведения Федерации и ее субъектов. «В случае противоречия между федеральным законом и иным актом, изданным Российской Федерацией, действует федеральный закон» (ч. 5 ст. 76). В случае же противоречия между федеральными законами и нормативно-правовыми актами субъектов Федерации, изданными по предметам исключительного ведения последних, «действует нормативный правовой акт субъекта Российской Федерации» (ч. 6 ст. 76).

Законы как основные, главенствующие нормативно-правовые акты очень тесно связаны и взаимодействуют с другими нормативно-правовыми актами. Возьмем для примера законодательство России. На основе законов и в развитие содержащихся в них положений издаются *поста-*

новления Правительства Российской Федерации. Они принимаются по наиболее важным вопросам хозяйственного, социального и культурного строительства и, согласно Конституции (наряду с распоряжениями Правительства, имеющими, как правило, индивидуальный характер), «обязательны к исполнению в Российской Федерации» (ч. 2 ст. 115). В случае противоречия постановлений и распоряжений Правительства Конституции Российской Федерации, федеральным законам и указам Президента они «могут быть отменены Президентом Российской Федерации» (ч. 3 ст. 115).

В рамках действующей Конституции и федеральных законов издаются также *указы Президента Российской Федерации,* содержащие в себе правила общего характера. Вместе с распоряжениями Президента, имеющими индивидуальный характер, указы, согласно Конституции, «обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации» (ч. 2 ст. 90). Они издаются по вопросам, отнесенным Конституцией к компетенции Президента Российской Федерации (ст. 80—89).

Наряду с названными нормативно-правовыми актами на основе действующих законов издаются и другие аналогичные им по своему характеру акты. На уровне Федерации — это *акты центральных органов исполнительной власти* (министерств, государственных комитетов, ведомств). На уровне субъектов Федерации — это *республиканские законы, акты президентов* (в президентских республиках), *постановления правительств республик,* другие *нормативные акты республиканских органов исполнительной власти.* К этой же категории актов, издаваемых на уровне субъектов Федерации, Конституцией Российской Федерации отнесены *уставы* краев и областей, определяющие правовой статус данных субъектов Федерации, а также *нормативные акты, издаваемые органами государственной власти городов федерального значения* (Москвы и Санкт-Петербурга), *автономной области и автономных округов.*

§ 4. Действие нормативно-правовых актов во времени, в пространстве и по кругу лиц

Все нормативно-правовые акты действуют в рамках, очерченных во времени, в пространстве и по кругу охватываемых этими актами лиц. Установление этих границ имеет чрезвычайно важное значение, поскольку с ними связана и ими же обусловлена возможность, а в надлежащих случаях и необходимость применения содержащихся в данных актах общеобязательных норм.

Определяя границы действия нормативных актов во времени, Г. Ф. Шершеневич был прав, когда писал, что «закон, как норма, определяющая поведение граждан, имеет начальный и конечный моменты своего действия. Вопрос, с какого времени закон начинает применяться и с какого времени его не следует более применять, чрезвычайно важен в практическом отношении»[1].

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 397.

Действие закона, равно как и любого другого нормативного акта, начинается с момента вступления его в силу, а прекращается с момента утраты им юридической силы.

Что считается «моментом вступления» нормативно-правового акта в силу? Как определяется и с чем ассоциируется этот момент? В государственно-правовой теории и практике разных стран нет единого ответа на эти вопросы.

В одних случаях вступление нормативно-правового акта в силу связывается с *датой его принятия или утверждения*. Таковыми являются, например, нормативные акты (указы, постановления, приказы и др.), принимаемые в тех или иных странах в чрезвычайных или других экстремальных ситуациях. Таковыми были в СССР и союзных республиках — субъектах Федерации постановления Правительства.

В других случаях вступление нормативно-правового акта в силу соотносится с *датой его опубликования (обнародования)*.

В Италии, например, законы и регламенты каждой из палат Парламента вступают в силу на 15-й день после их опубликования, если в них не предусмотрено иное. Что же касается большинства других нормативных актов, то они вступают в силу на следующий день после их опубликования[1].

Так, Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», принятый в июле 1994 г., вступил в силу сразу же со дня его официального опубликования.

В третьих случаях срок вступления в силу нормативно-правовых актов *либо определяется самими актами, либо указывается в других, специально изданных актах для введения их в действие*. В специально изданных актах (постановлениях Правительства, распоряжениях Президента и т. д.) указываются сроки вступления в силу таких, скажем, правовых документов, как Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (введены в действие постановлением Верховного Совета РФ от 11 февраля 1993 г.), Положение о Министерстве юстиции Российской Федерации (утверждено постановлением Правительства РФ от 4 ноября 1993 г.), Таможенный кодекс Российской Федерации (введен в действие постановлением Верховного Совета РФ от 18 июня 1993 г.).

Сроки вступления в силу различных актов далеко не одинаковы. И это вполне понятно, ибо сами акты, в отношении которых устанавливаются эти сроки, весьма различны. Вполне логично предположение, многократно подтвержденное государственно-правовой практикой разных стран, в соответствии с которым «начальный момент действия закона может быть сознательно отсрочен ввиду важности и сложности закона»[2].

Для сложных и важных нормативно-правовых актов срок вступления в силу должен быть более длительным, чем для всех других[3].

---

[1] Италия. Конституция и законодательные акты. М., 1988. С. 62.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 400.

[3] В тех случаях, когда имеет место значительный разрыв во времени между принятием нормативного акта и началом его действия, зачастую говорят не о «вступлении его в силу», а о «введении данного акта в действие».

Это обусловлено тем, что для ознакомления и изучения, а в ряде случаев и для принятия предварительных, подготовительных мер, связанных с реализацией содержащихся в таких актах правовых положений, требуется гораздо больше времени и усилий, чем это необходимо в отношении менее важных и сложных.

Немалое значение имеют не только сроки, но и способы «вступления в силу», или «введения в действие», нормативно-правовых актов. В подавляющем большинстве случаев в настоящее время нормативно-правовые акты начинают действовать *одновременно на всей территории* (страны, субъекта федерации, округа и т. п.), на которую они рассчитаны. Но не исключается возможность при необходимости и *постепенного введения их в действие*. В России, Франции, Германии и ряде других стран раньше это была весьма распространенная практика, обусловленная невозможностью (технически, организационно, ввиду отсутствия современных средств связи) обнародования одновременно на всей территории страны принимаемого нормативно-правового акта.

Во Франции, например, длительное время действовал специальный декрет (от 5 ноября 1870 г.), в соответствии с которым каждый вновь изданный закон вступал в силу постепенно, по округам. Причем в каждом округе он начинал действовать лишь через день после поступления по почте в его главный город очередного номера журнала «Journal officiel», в котором излагалось содержание данного акта.

Однако несмотря на то, что во многих странах в силу объективных причин широко была распространена практика постепенного введения в действие закона, преимущество все же признавалось за вступлением в силу закона одновременно на всей территории государства. Отмечалось лишь одно «неудобство», а именно: при установлении «слишком краткого срока» возникало опасение, что закон или иной нормативный акт вступит в силу раньше, чем с ним будет ознакомлено население. В то же время при слишком длительном сроке введения в действие закона могут возникнуть негативные последствия.

Вывод, к которому приходили правоведы того времени относительно преимуществ и недостатков вступления в силу законов одновременно и постепенно, сводился к тому, что «сравнительная ценность той и другой системы обусловливается величиною государства и культурой страны»[1]. В настоящее время ситуация коренным образом изменилась. Система введения в действие закона одновременно на всей территории получила повсеместное и неоспоримое признание.

Когда прекращается действие закона? Каким образом закон утрачивает юридическую силу? Согласно сложившейся практике, это происходит в результате следующих обстоятельств.

Во-первых, по *истечении срока действия* закона или иного нормативно-правового акта, который заранее указывается в самом акте. Такого рода акты издаются, например, при введении чрезвычайного положения на определенной территории и на определенный срок, при соз-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 398.

дании временных государственных органов, действующих в переходный период.

Во-вторых, в результате *прямой отмены* действующего нормативно-правового акта другим актом, изданным компетентным государственным органом. В законодательстве некоторых стран в связи с этим дается даже специальное разъяснение, каким образом и в силу каких причин совершается отмена законодательных актов. Так, в Декрете «Общие положения о законе» Италии, действующем еще с 1942 г., особо поясняется, что «законы отменяются последующими законами, прямо указывающими на такую отмену, либо вследствие несоответствия старых норм новым, либо вследствие того, что новый закон по-иному регулирует отношения, составляющие предмет прежнего закона»[1].

В-третьих, в случае *замены действующего нормативного акта другим актом,* устанавливающим в данной области новые правила поведения. Юридическая сила прежнего акта утрачивается в момент введения в действие нового акта. Например, в связи с принятием новой Конституции Российской Федерации, вступившей в силу «со дня официального ее опубликования по результатам всенародного голосования», а именно 23 декабря 1993 г., одновременно прекратилось «действие Конституции (Основного Закона) Российской Федерации — России, принятой 12 апреля 1978 г., с последующими изменениями и дополнениями» (Раздел второй Конституции 1993 г.).

В связи с вопросом о границах действия нормативных актов во времени необходимо рассмотреть такое понятие, как *обратная сила закона.* Под обратной силой закона понимается распространение действия закона на все те случаи жизни и общественные отношения, которые имели место до вступления его в силу.

По общему правилу, законы и другие нормативные акты обратной силы не имеют. В практическом плане это означает, например применительно к России, что в случае возникновения, скажем, имущественного спора или совершения правонарушения применяется тот закон, который действовал во время возникновения спора или совершения противоправного деяния.

Презумпция непризнания обратной силы закона действует не только в России, но и в других странах. Например, законодательство Италии предусматривает, что «закон предписывает лишь на будущее: он не имеет обратной силы»[2]. Непризнание обратной силы закона способствует стабилизации общества и государства, уверенности каждого гражданина в надежности принадлежащих ему свобод и прав, укреплению законности и правопорядка.

Исключением являются только те случаи применения уголовного закона, которые предусматривают смягчение ответственности за определенные деяния или же вообще ее устранение. В некоторых случаях обратная сила закона признается в гражданском и семейном праве. Однако об этом должно быть прямое указание в законе.

---

[1] Италия. Конституция и законодательные акты. С. 63.

[2] Там же.

Кроме ограничения действия нормативно-правового акта во времени существуют общепризнанные границы его действия *в пространстве, на определенной территории*. В соответствии с принципами государственного суверенитета и территориального верховенства нормативно-правовые акты, издаваемые высшими органами власти того или иного государства, действуют лишь на его территории. В пределах территории данного государства они выступают как акты, обладающие высшей юридической силой и имеющие беспрекословный приоритет перед всеми другими нормативными актами, действующими на той же государственной территории.

Под государственной территорией понимается часть земного шара, включающая сушу, недра, воздух и воду, которая находится под суверенитетом данного государства и на которую государство распространяет свою власть. По *территориальному критерию* все нормативно-правовые акты подразделяются на акты, действие которых распространяется на всю территорию государства, акты, охватывающие определенную ее часть, и акты, действие которых распространяется за пределы территории страны.

На всей территории государства действуют, например, конституционные и обыкновенные законы. «Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации» (ч. 2 ст. 4).

Однако акты, изданные в порядке текущего законодательства, могут охватывать и строго определенную, ограниченную часть территории. Об этом заранее оговаривается в самом законе или ином нормативном акте. В России таковыми могут быть, например, законы, указы Президента или постановления Правительства, касающиеся определенных районов или всего Крайнего Севера, Дальнего Востока, регионов России, пострадавших от чернобыльской аварии.

Действие некоторых нормативно-правовых актов может выходить за пределы территории государства. И наоборот, на территории данного государства могут действовать в соответствии с заключенными соглашениями нормы, содержащиеся в актах других государств. Это касается в первую очередь гражданского, коммерческого, финансового и некоторых иных отраслей права.

В современных условиях, когда широко развиваются экономические, политические, торговые, финансовые и иные связи между государствами, особую значимость приобретает *применение норм международного права к внутригосударственным отношениям*. Например, Конституция Российской Федерации в связи с этим устанавливает, что общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры России являются составной частью ее правовой системы. В случае, «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора» (ст. 15).

Аналогичные нормы содержатся и в конституциях ряда других государств. Так, в Конституции Испании говорится, что «международные договоры, заключенные в соответствии с установленными требованиями после их официальной публикации в Испании, являются составной ча-

стью внутреннего законодательства»[1]. Это означает, что они применяются для регулирования отношений, возникающих на территории Испании, на тех же основаниях и в том же порядке, что и нормативно-правовые акты, действующие внутри самого государства.

Важное значение для государственно-правовой теории и практики имеет определение действия нормативно-правовых актов *по кругу лиц*, выяснение вопроса о том, *кому адресуются* содержащиеся в этих актах *предписания*.

По общему правилу, нормативно-правовые акты издаются с целью распространения их предписаний на *граждан данного государства*. Наделяя своих граждан конституционными правами и свободами, равно как и возлагая на них определенные конституционные обязанности, государство должно не только принимать меры к тому, чтобы гарантировать соблюдение данных конституционных требований и положений в отношении граждан внутри страны, но и оказывать им защиту и покровительство за пределами государства. Закон Российской Федерации от 28 ноября 1991 г. «О гражданстве Российской Федерации», например, прямо предписывает всем государственным органам России, дипломатическим представительствам и консульским учреждениям всячески содействовать тому, чтобы гражданам Российской Федерации была обеспечена возможность в полном объеме пользоваться всеми правами, установленными законодательством государства их пребывания, международными договорами Российской Федерации, международными обычаями. Им вменяется в обязанность защищать права и законные интересы граждан, а «при необходимости принимать меры для восстановления нарушенных прав граждан Российской Федерации»[2].

Когда гражданин Российской Федерации является одновременно гражданином другого государства, т. е. имеет *двойное гражданство*, он пользуется покровительством не только России, но и «своего» нового государства. Двойное гражданство, а следовательно, двойное покровительство допускается, согласно Конституции Российской Федерации (ч. 1 ст. 62), лишь в одном из двух случаев, а именно: если такая возможность предусматривается федеральным законом или же если это предусмотрено соответствующим международным договором России. Конституция Российской Федерации особо акцентирует внимание на том, что наличие у гражданина России иностранного гражданства не умаляет его прав и свобод и не освобождает от обязанностей, вытекающих из российского гражданства, если иное не предусмотрено в федеральном законе или международном договоре (ч. 2 ст. 62).

Законодательство России, впрочем, как и законодательство других стран, приравнивает *иностранных граждан и лиц без гражданства* в отношении прав и обязанностей к российским гражданам. Согласно ч. 3 ст. 62 Конституции Российской Федерации иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в России правами и несут обязанности «наравне

[1] Испания. Конституция и законодательные акты. М., 1982. С. 63.

[2] Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 6. Ст. 243; 1993. № 29. Ст. 1112.

с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации».

В соответствии с Конституцией Италии правовое положение иностранцев и лиц без гражданства «регулируется законом в соответствии с международными нормами и договорами» (ст. 10).

Конституция и текущее законодательство Швеции безоговорочно «уравнивают в правах» иностранцев и лиц без гражданства со шведскими гражданами лишь в определенных вопросах — защиты от принуждения участвовать в собраниях «с целью формирования мнений, или в демонстрациях...»; защиты от смертной казни, телесного наказания и пыток, а также от медицинского воздействия в целях принуждения или вопреки его желанию; права на судебную проверку, лишения свободы в связи с преступлением или подозрением в совершении преступления; защиты от обратной силы наказания и «от обратной силы иного правового воздействия за преступления»; защиты от привлечения к суду «в определенных случаях»; защиты «от неблагожелательного отношения по признаку расы, цвета кожи или этнического происхождения или по признаку пола»; права на профессиональные меры борьбы и права «на возмещение при экспроприации или на основе аналогичных распоряжений».

Что же касается других вопросов, то иностранцы и лица без гражданства уравниваются со шведскими гражданами с определенными изъятиями и оговорками. Последние в обязательном порядке должны «вытекать из особых предписаний закона»[1].

Аналогичная практика существует и в других странах. В России, например, по Закону о правовом положении иностранных граждан последние не пользуются рядом прав и свобод, которые, по существу, неотделимы от гражданства. Они не могут избирать и быть избранными в государственные органы, участвовать в референдуме. Они не могут быть назначены на определенные государственные должности, например прокурора, судьи, нотариуса, и занимать их. На них не возлагаются определенные конституционные обязанности, такие, например, как обязанность нести военную службу, которая является долгом и обязанностью лишь гражданина Российской Федерации (ч. 1 ст. 59 Конституции). Наконец, в отношении трудовой деятельности, социального обеспечения, пребывания иностранцев и лиц без гражданства на территории России, а также их административной и уголовной ответственности в законодательстве установлен и осуществляется ряд специальных правил.

Особое положение в России, равно как и в других странах, занимают дипломаты, консульские работники и другие сотрудники зарубежных госучреждений, пользующиеся дипломатическим иммунитетом. В строгом соответствии с международным и национальным (внутренним) правом они не подлежат аресту и задержанию. На них не распространяется уголовная, административная и в значительной части гражданская юрисдикция государства пребывания. Судебные, следственные и иные (например, фискальные) органы, к которым поступают требования о начале производства следственных действий в отношении лиц, пользующихся дипломатическим

[1] Швеция. Конституция и законодательные акты. С. 32.

иммунитетом, должны заведомо признавать подобного рода дела им не подведомственными. На официальные власти страны пребывания возлагается обязанность не только самим не допускать по отношению к этим лицам каких бы то ни было оскорбительных выпадов и насилия, но и всячески ограждать их от подобных действий со стороны других лиц.

§ 5. Иные формы (источники) права

Помимо нормативно-правовых актов значительный теоретический и практический интерес представляют и другие формы, или источники, права. Среди них особо выделяются правовой обычай, прецедент и правовой договор.

Правовой обычай представляет собой санкционированное государством правило поведения, сложившееся в обществе в результате его многократного и длительного применения. Он является одним из древнейших и важнейших источников права.

Правовые обычаи в основном имеют те же характерные черты и особенности, что и неправовые обычаи, с одной весьма существенной разницей. Первые, будучи санкционированы государством, приобретают юридическую силу и обеспечиваются в случае их нарушения государственным принуждением. Вторые, неправовые обычаи, не обладая юридической силой и не будучи источниками права, обеспечиваются лишь общественным мнением.

Каким должен быть правовой обычай, чтобы эффективно воздействовать на общественные отношения? Существует несколько в той или иной степени различающихся, но в целом сходных между собой ответов на данный вопрос.

Так, по мнению Г. Ф. Шершеневича, правовой обычай должен отвечать следующим требованиям: а) содержать в себе нормы, которые основываются «на правовом убеждении» и проявляются «в более или менее частом применении»; б) не противоречить разумности; в) не нарушать добрых нравов и г) «не иметь в своем основании заблуждения». О наличии правового обычая, резюмирует автор, можно говорить лишь тогда, когда «в основании однообразно повторяемой нормы лежит правовое сознание или народное убеждение...»[1]

С точки зрения английского правоведа Н. Салмонда, правовой обычай должен быть прежде всего разумным; не противоречить статутному праву (законам); быть установленным «как бы по праву», без использования силовых средств и должен иметь характер старинного обычая, существовать с «незапамятных времен»[2]. При этом «разумность» правового обычая в одних случаях связывается с фактом участия в процессе его применения присяжных заседателей. В других же (в случае неучастия последних в деле) — с фактом рассмотрения дел несколькими судьями или даже одним судьей.

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 440.

[2] *Salmond N.* Jurisprudence. L., 1982. P. 199.

Что же касается требования «существовать с незапамятных времен», то в качестве такового в Великобритании считается обычай, существующий с 1189 г.[1]

По мнению французского правоведа М. Ориу, непременное требование, которому должен отвечать правовой обычай как источник национального права,— это требование, чтобы он «являлся результатом функционирования того или иного национального института» и действовал в рамках «процедур, свойственных всей национальной жизни». Если же всего этого не происходит, то, как заключает автор, на такие обычаи и традиции «нельзя ссылаться перед судьей даже в тех странах, которые в принципе допускают авторитет обычая»[2].

Исторически правовой обычай как источник права предшествует всем другим источникам права. Впервые он возник на переходном этапе от первобытно-общинной, догосударственной организации общества к государственной в результате санкционирования существующих обыкновений нарождающимися государственными структурами. В древних государственно организованных обществах правовой обычай занимал ведущее положение. В Древнем Риме, например, из правовых обычаев складывались важнейшие отрасли и институты права. Среди обычаев выделялись обычаи предков, обычаи, сложившиеся в практике магистратов, и др.

Исследователи римского права отмечают, что в течение долгого времени Древний Рим не знал писаных законов вообще. При простоте хозяйственного строя и всей общественной и государственной жизни, при неразвитости товарооборота в законах просто не было необходимости. Издание закона как общего акта вызывало к тому же, особенно на ранних этапах развития римского общества, большие трудности. В силу этих и иных причин повсеместно действовало обычное право. Предание, писал в связи с этим известный российский ученый И. Б. Новицкий, будто еще в царский (дореспубликанский) период издавались leges regiae — царские законы (в частности, легендарному царю Сервию Туллию приписывается 50 законов о договорах и деликтах), недостоверно. Даже исторический памятник — Законы XII таблиц (V в. до н.э.) — по существу представлял собой, по-видимому, преимущественно кодификацию обычаев с некоторыми заимствованиями из греческого права[3].

По мере развития общества и государства правовой обычай, а вместе с ним и обычное право постепенно вытеснялись законами и другими формами права, становились второстепенными его источниками. С возникновением крупных государственных образований и централизацией власти процесс вытеснения и замены правовых обычаев законами и другими нормативно-правовыми актами не только не замедлился, а, наоборот, ускорился.

В настоящее время правовые обычаи занимают незначительное место в системе форм (источников) права большинства стран. Однако их не следует недооценивать. Особенно когда речь идет, например, об

---

[1] *Кросс Р.* Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 162.

[2] *Ориу М.* Указ. соч. С. 138.

[3] *Новицкий И. Б.* Римское право. М., 1993. С. 16.

обычаях, действующих в масштабе крупных регионов или в масштабе страны (обычаи торгового мореплавания, обычаи портов, международные обычаи и др.).

Важнейшее место среди форм (источников) права ряда стран занимает *прецедент*. Под прецедентом понимается решение судебного органа по конкретному делу, которое рассматривается в качестве образца при рассмотрении таких же или аналогичных дел[1]. Существует два вида прецедентов: *судебный* (например, решение, принимаемое по гражданскому или уголовному делу) и *административный* (решение, принимаемое административным органом или административным судом).

Наиболее распространенной формой права является судебный прецедент. Его наличие свидетельствует о том, что в странах, где он признается в качестве источника права, правотворческой деятельностью занимаются не только законодательные, но и судебные органы. Судебная практика является источником права.

Прецедент как источник права известен с древнейших времен. В Древнем Риме в качестве прецедентов выступали, например, устные заявления (эдикты) или решения по конкретным вопросам преторов и других магистратов. Первоначально они имели обязательную силу при рассмотрении аналогичных дел лишь для самих магистратов, их принявших, и в течение срока (как правило, один год) пребывания их у власти.

Однако постепенно многие наиболее удачные с точки зрения интересов господствующего класса рабовладельцев положения эдиктов одних магистратов повторялись в эдиктах вновь избранных магистратов и приобретали таким образом устойчивый характер. В частности, решения и правила, сформулированные преторами в разное время, постепенно сложились в систему общеобязательных норм под названием преторского права.

Прецедент как источник права широко использовался также в Средние века и во все последующие столетия. В настоящее время это один из основных источников права в правовых системах Австралии, Великобритании, Канады, США и многих других стран.

В дореволюционной России отношение к прецеденту было неоднозначным. Одни теоретики права и практики признавали его в качестве формы права, хотя и с оговорками о том, что это некая дополнительная, вспомогательная по отношению к закону форма. Другие же авторы полностью отрицали его как самостоятельный источник права.

В послереволюционный период отечественная юридическая наука продолжала традиции непризнания прецедента в качестве самостоятельной формы (источника) права[2]. Аналогичное отношение к прецеденту наблюдалось и в большинстве стран Восточной Европы, называвших себя социалистическими.

В тех правовых системах, где прецедент традиционно признается, он пользуется, по заверению западных авторов, неизменным уважением, а в случае нарушения содержащихся в нем предписаний обеспечивается государственным принуждением. «Судья, который пренебрег своей обя-

[1] Webster's New Universal Unabridged Dictionary. P. 1416.

[2] Более подробно об этом см. в следующем параграфе.

занностью относиться с уважением к прецедентному праву,— пишет в связи с этим английский юрист Р. Кросс,— будет подвергнут самому недвусмысленному воздействию...»[1]

По отношению к закону прецедент находится в «подчиненном» положении. Это проявляется, в частности, в том, как отмечал Р. Кросс, что «законом может быть отменено действие судебного решения», и в том, что «суды полагают себя обязанными придавать силу законодательному акту, когда считают его принятым в надлежащем порядке»[2]. Иными словами, если законодательный акт принят уполномоченным на то органом и в соответствии с установленной процедурой, он должен признаваться и применяться судами. Сам суд, создавая прецедент, должен действовать в строгом соответствии с законом. При этом прецедент как источник права зарождается часто тогда, когда данная сфера общественных отношений не урегулирована с помощью норм, содержащихся в законе. В противном случае, по справедливому замечанию известного австрийского правоведа Г. Кельзена, суд действует как правоприменитель, но отнюдь не как законодатель[3]. То есть суд в ряде стран только применяет уже существующие в законе нормы права, но не творит новые, создавая прецедент.

Определенную роль в правовых системах разных стран играет *правовой договор*. Он отличается от обычных договоров, заключаемых в сферах хозяйственной деятельности, торговли, обмена товарами и других, тем, что содержит в себе правила общего характера, нормы поведения, обязательные для всех.

В отечественной и зарубежной практике правовые договоры имеют место, например, во взаимоотношениях между государствами и государственными образованиями. На основе правовых договоров нередко строятся взаимоотношения между государствами и государственными образованиями — субъектами федерации, всегда — между государствами, образующими конфедерацию.

В качестве примера можно сослаться на Договор об образовании СССР от 30 декабря 1922 г., Договор об образовании Закавказской федерации, заключенный в марте 1922 г., и на другие аналогичные акты. На основе Федеративного договора от 31 марта 1992 г. строятся взаимоотношения между субъектами Российской Федерации в настоящее время.

Действующая Конституция Российской Федерации устанавливает, что с помощью договоров могут регулироваться, кроме того, взаимоотношения внутри субъектов Федерации. Так, согласно ст. 66 (ч. 4) федеральным законом и договором могут регулироваться взаимоотношения входящих в состав края или области автономных округов. Такие договоры заключаются между органами государственной власти автономного округа, с одной стороны, и соответственно органами государственной власти края или области — с другой.

Допуская широкую возможность регулирования отношений, возникающих между различными субъектами Федерации и внутри самих субъ-

---

[1] *Кросс Р.* Указ. соч. С. 29.

[2] Там же. С. 166.

[3] *Kelsen H.* General Theory of Law and State. P. 149.

ектов, договором, российский законодатель в то же время официально закрепляет положение, согласно которому в случае несоответствия положениям Конституции Российской Федерации положений Федеративного договора, а также «других договоров между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, договоров между органами государственной власти субъектов Российской Федерации — действуют положения Конституции Российской Федерации» (п. 1 разд. второго).

Важным видом договора является *международный договор.* Он представляет собой явно выраженное соглашение между различными субъектами международного права, и в первую очередь между государствами, призванное регулировать возникающие между ними отношения путем установления, прекращения или изменения их взаимных прав и обязанностей. Существуют различные виды международных договоров: двусторонние и многосторонние; политические, экономические договоры и договоры, заключаемые по специальным вопросам. Каждый из них содержит общие правила поведения и выступает как результат согласования воль субъектов — участников того или иного договора. В ряде государств, включая Россию, международные договоры, в которых участвуют эти государства, рассматриваются как составная часть национальной правовой системы.

Ярко выраженным примером правового договора может служить *коллективный договор,* регулирующий на предприятиях и в учреждениях между работодателем (администрацией) и работниками трудовые, социально-экономические и иные взаимоотношения.

В Российской Федерации порядок разработки и заключения коллективного договора определяется Законом Российской Федерации от 25 сентября 1992 г. «О коллективных договорах и соглашениях». Содержание коллективного договора составляют взаимные обязательства сторон по вопросам труда, заработной платы, отпусков, медицинского обслуживания и социального обеспечения в случае утраты трудоспособности, сокращения рабочих мест, по вопросам обучения новым специальностям и повышения квалификации. Все положения договора имеют обязательный характер для предприятий и учреждений, на которые они распространяются. В них содержатся общеобязательные правила поведения, имеющие, однако, строго ограниченный, локальный характер.

§ 6. Судебная практика как источник российского права

Вопрос о судебной практике как источнике права является далеко не новым для российской правовой действительности. Он неоднократно ставился и обсуждался как на общетеоретическом уровне, применительно к источникам советского, а затем — постсоветского российского права, так и на уровне отдельных отраслевых дисциплин[1].

[1] *Вильнянский С. И.* Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. М., 1947. Вып. IX. С. 244—245; Судебная практика в советской правовой системе. М., 1995. С. 24—26; *Зивс С. Л.* Источники права. М., 1981. С. 176—183, и др.

Известно, например, что еще в 40—50-е годы предпринимались попытки представления руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР в качестве источника уголовного права. Однако в силу целого ряда объективных и субъективных причин, и прежде всего, по мнению некоторых авторов, в силу причин «идеологического порядка», судебную практику, а точнее, судебный прецедент объявляли «чуть ли не персоной non grata для советского уголовного права»[1].

Тем не менее, констатировалось в научной литературе, «изгоняемый из уголовного права «в дверь» судебный прецедент упрямо «лез в окно», и зачастую небезуспешно». И первое его «наиболее легальное возвращение в уголовно-правовую доктрину выразилось в теоретическом обсуждении вопроса о юридической природе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР»[2].

Аналогичные попытки рассмотрения судебного прецедента в качестве источника права предпринимались в послевоенный период и в других отраслях советского права. Однако как на общетеоретическом уровне, так и на уровне отдельных отраслей права они представлялись недостаточно обоснованными, слабо аргументированными, а иногда и ошибочными.

В основу официальной концепции советского права был заложен тезис, а точнее — аксиома, согласно которой социалистическое право вообще, а советское в частности, не может рассматривать судебный прецедент в качестве источника права, поскольку это ассоциировалось: а) с разрушением социалистической законности, понимаемой лишь как строгое и неуклонное соблюдение законов и других законодательных актов; б) с возможным судебным произволом в процессе одновременного выполнения правотворческих и правоприменительных функций; и в) с подрывом или же по меньшей мере с ослаблением правотворческой деятельности законодательных органов.

Социалистические государства, отмечалось в связи с этим во многих отечественных работах советского периода, «не знают такого источника права, как судебный прецедент, который ведет к отступлениям от начал законности и подрывает роль представительных органов государства в законодательной деятельности». Социалистические судебные органы «осуществляют правосудие как одну из форм применения закона, не связанную с правотворческими полномочиями суда при разрешении конкретных дел»[3].

Данная точка зрения была преобладающей в рассматриваемый период не только в общей теории государства и права, но и в отраслевых дисциплинах. Однако это была теория и официальная доктрина. В действительности же, на практике, как утверждают некоторые исследователи, «все обстояло проще». А именно — «судебный прецедент и судеб-

---

[1] *Наумов А.* Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. № 1. С. 9.

[2] Там же.

[3] Социалистическое право. М., 1973. С. 325.

ное правотворчество существовали, прикрывая свое бытие различными легальными формами»[1].

Это проявилось, во-первых, в том, что пленумом Верховного Суда СССР и верховных судов союзных республик было предоставлено право давать в пределах имеющейся у них компетенции руководящие разъяснения по вопросам правильного и единообразного применения законодательства, *обязательные для всех нижестоящих судов*. В практическом плане это означало, что пленумы названных судов «осуществляли судебное правотворчество, на что не были уполномочены законодательством», которое предоставляло им лишь право законодательной инициативы или обращения в соответствующие органы с представлением («ходатайством») о толковании закона.

А во-вторых, это проявлялось в «непосредственном» использовании судебного прецедента на практике, в качестве которого рассматривались «решения пленумов и судебных коллегий Верховного Суда СССР и Верховных судов союзных республик, а также президиумов последних». Опубликование решений данных судебных инстанций по конкретным гражданским и уголовным делам в юридической периодике позволяло «заинтересованным лицам добиваться сходных решений в сходных случаях по всем аналогичным категориям дел, рассматривавшихся нижестоящими судами»[2].

Аналогичная точка зрения относительно существования судебного прецедента как источника советского права разделяется и некоторыми другими авторами.

Фактически судебная практика, выраженная в разъяснениях Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР, замечал по этому поводу заместитель Председателя Верховного Суда РФ В. М. Жуйков, всегда «признавалась источником права, поскольку в судебных решениях допускались ссылки на них как на правовую основу разрешения дела». Не будучи признанной официально, она тем не менее «фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона или аналогии права»[3].

Однако данная точка зрения никогда не пользовалась и не пользуется вплоть до настоящего времени поддержкой большинства исследователей[4]. И дело при этом заключается, как представляется, не столько в «идеологической ангажированности» авторов, которые не признают прецедент как источник права, или же в причинах политического характера, согласно которым судебный прецедент не рассматривался в качестве источника советского права лишь потому, что «суд в силу его

---

[1] *Мартынчик Н., Колоколова Э.* Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20.

[2] Там же. С. 21.

[3] *Жуйков В. М.* К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. С. 16.

[4] *Алексеев Л.* Судебный прецедент: произвол или источник права? // Советская юстиция. 1981. № 14. С. 2.

большей независимости и квалификации гораздо менее приемлем и удобен для тоталитарного режима в качестве органа власти»[1]. Это было бы слишком простое и довольно поверхностное объяснение.

Причины непризнания прецедента как источника права в советский период лежат, по-видимому, гораздо глубже, и они серьезнее, чем кажется на первый взгляд. Их следует искать прежде всего в самой весьма сложной, многогранной, а нередко противоречивой материи, именуемой судебной практикой.

Изменилось ли отношение к прецеденту как источнику российского права в современный, постсоветский период? Несомненно, изменилось. И причем настолько, что можно говорить даже о радикальных преобразованиях в этом направлении.

Речь при этом, разумеется, не идет об изменении официальной государственно-правовой доктрины и об официальном признании и правовом закреплении прецедента как источника российского права. Официальное, формально-юридическое отношение к нему остается пока прежним.

Под «радикальностью» изменения отношения к прецеденту в постсоветский период имеется в виду, во-первых, резкое расширение сферы применения судебной практики в России с начала 90-х годов, со времени создания Конституционного Суда[2]. А во-вторых, в значительной мере как следствие первого, заметное изменение отношения к прецеденту отечественных исследователей, юристов — ученых и практиков.

Прецедент, как справедливо отмечалось в отечественной литературе, все более заметно и настойчиво «пробивает себе дорогу в российской правовой системе»[3]. И несмотря на то, что вопрос о нем как в теоретическом плане, так и в практическом отношении остается дискуссионным, «углубление в известной мере связи между судом и законом в сторону расширения сферы судейского усмотрения» становится вполне очевидным[4].

Отмечая усиливающуюся тенденцию признания прецедента как источника российского права, многие авторы не без оснований указывают на то, что такое признание несомненно будет способствовать обогащению как теории источников, так и самого российского права. Кроме того, оно будет содействовать восполнению пробелов в праве, в нормативно-правовом регулировании. Ибо, как резонно отмечается в литературе, нельзя требовать от законодателя, чтобы он «охватил в нормах законов все многообразие конкретных ситуаций, складывающихся в жизни»[5], рассмотрением которых занимаются, восполняя при этом пробелы в праве, только суды.

---

[1] *Лившиц Р. З.* Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 4.

[2] *Гаджиев Г. А., Кряжков В. А.* Конституционная юстиция в Российской Федерации: становление и проблемы // Государство и право. 1993. № 7. С. 3—11.

[3] *Гранат Н. Л.* Источники права // Юрист. 1998. № 9. С. 9.

[4] *Поленина С. В.* Законотворчество в Российской Федерации. М., 1996. Т. 15. С. 15.

[5] *Адилкариев Х.* Судебная практика как источник нормотворчества // Советская юстиция. 1991. № 4. С. 14—15.

Наконец, применительно к отдельным отраслям права и соответствующим им отраслям юридической науки признание прецедента, а еще шире — судебной практики в качестве источника права безусловно будет создавать благоприятные условия и предпосылки для их дальнейшего развития и совершенствования.

Не случайно в связи с этим в некоторых отраслях юридической науки, в частности конституционного права, обращается внимание на то, что постановления Конституционного Суда, «правовая природа» этих постановлений «позволяют рассматривать их как юридические источники науки конституционного права»[1]. Вполне логично можно ставить подобный вопрос и в отношении других отраслей юридической науки и самого права. Однако с одной существенной оговоркой и учетом того, что усилившаяся тенденция к признанию прецедента в качестве источника постсоветского права, *его широкое академическое признание вовсе не означает его всеобщего признания.*

Не следует, во избежание создания одностороннего, искаженного представления о процессе формирования прецедентного («судейского») права в современной России, игнорировать тот факт, что есть не только последовательные сторонники признания прецедента как источника права, но и сомневающиеся, а также его довольно сильные противники.

В качестве примера можно сослаться на мнение Г. Н. Манова, который еще в начале 90-х годов выступал против концепции судейского правотворчества. Он писал, что «у законодателя шире социальный кругозор и, соответственно, есть возможность учета в процессе принятия решений значительно большего числа факторов». Что же касается судей, то они имеют дело лишь с «конкретной, пусть даже типичной, ситуацией»[2]. В силу этого логически следовал вывод о том, что судья не сможет столь успешно справиться с нормотворческими функциями, как это сделает законодатель.

В более поздний период аналогичную точку зрения отстаивал В. С. Нерсесянц. По его мнению, судебная практика во всех ее проявлениях «представляет собой, согласно действующей Конституции Российской Федерации 1993 г., не правотворческую, а лишь правоприменительную (и соответствующую правотолковательную) деятельность. Это однозначно следует из конституционной концепции российской правовой государственности и конституционной регламентации принципа разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную»[3]. Негативную позицию по рассматриваемому вопросу занимают и другие отечественные авторы. Приводимые ими аргументы не всегда являются

---

[1] *Богданова Н. А.* Конституционный Суд Российской Федерации в системе конституционного права // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1997. № 3. С. 63.

[2] *Манов Г. Н.* Теория права и государства. М., 1995. С. 266.

[3] *Нерсесянц В. С.* Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право. (О правоприменительной природе судебных актов // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34.

убедительными, но оставлять их без внимания было бы неверно. Ибо они проливают свет на различные стороны обсуждаемой проблемы, позволяют взглянуть на нее как бы «со стороны» и тем самым помогают найти наиболее оптимальное, адекватно отражающее современные российские реалии решение.

Наиболее широкое распространение получили следующие точки зрения.

Во-первых, утверждение о том, что признание судебной практики в качестве источника права *противоречит конституционно признанному и закрепленному принципу разделения властей.*

Конституция России 1993 г., как известно, по примеру Конституции США и ряда других стран закрепляет положение, согласно которому государственная власть в РФ «осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную, и «органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны» (ст. 10). Это одно из важнейших конституционных положений современной России, и с ним, естественно, нельзя не считаться[1]. Соответственно нельзя не учитывать и важности аргументов, построенных на основе данного положения.

Однако, отдавая им должное, вполне правомерно при этом поставить такой вопрос: не абсолютизируем ли мы принцип разделения властей, считая, в частности, что поле деятельности законодательной власти ограничивается лишь «чисто» правотворческими функциями, а судебной — сугубо судебной деятельностью? Ведь в жизни, как показывает опыт других стран, давно и плодотворно использующих принцип разделения властей, такого строгого, жесткого, изначально заданного разделения сферы деятельности и функций различных ветвей власти нет. Оно есть лишь в теории, но в реалиях.

Конституция США, например, предусматривает, что судебная власть распространяется лишь на «дела, решаемые по закону и праву справедливости, возникающие на основе настоящей Конституции», законов США и заключаемых ими международных договоров, а также на ряд других дел и на споры, в которых США является стороной, на споры между двумя и более штатами, между штатом и гражданами другого штата, и другие им подобные дела[2]. Иными словами, согласно Конституции, судебная власть США выполняет «чисто» судебные функции. Фактически же она, наряду с судебными, осуществляет в лице Верховного суда США одновременно и правотворческие функции[3].

С другой стороны, Конгресс США, будучи высшим законодательным органом страны, осуществляя, согласно теории разделения властей, на федеральном уровне сугубо законодательные функции, в то же время в случаях, предусмотренных Конституцией, уполномочен выполнять и судебные функции. Ему, а точнее, его верхней палате — Сенату, со-

---

[1] Подробнее об этом. см.: Теория разделения властей: история и современность / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 1996.

[2] Конституции буржуазных государств. С. 29.

[3] *Жидков О. А.* Верховный суд США: право и политика. М., 1985. С. 95—106.

гласно Конституции, «принадлежит исключительное право осуществления суда в порядке импичмента»[1]. Следует отметить, что осуждение в порядке импичмента распространяется, при соответствующих обстоятельствах, не только на Президента США и Вице-президента, но и на ряд других «гражданских должностных лиц»[2].

Не аналогично ли обстоит или в перспективе будет обстоять дело с реализацией принципа разделения властей и в российской действительности, имея в виду элемент условности разделения единой государственной власти на три ветви и связанный с этим момент неопределенности? Вполне возможно. Поэтому тем более важным представляется констатировать тот факт, что принцип разделения властей не является жестким и абсолютным принципом. Он весьма гибок, условен и относителен. Следовательно, и все выводы, базирующиеся на нем, должны быть гибкими, условными и относительными. Не в последнюю очередь это касается утверждения о том, что признание судебной практики в качестве источника российского права будет противоречить принципу разделения властей.

Во-вторых, тезис о том, что признание судебной практики в качестве источника российского права *не согласуется с характерными особенностями романо-германской правовой семьи*, к которой «традиционно причисляют Россию»[3] и которая, по мнению некоторых отечественных ученых, «не знает такой формы источника права, как судебный прецедент»[4].

Данный аргумент, как и ранее рассмотренный, имеет также весьма условный и относительный характер, хотя и в силу других причин. Далеко не бесспорно мнение о принадлежности правовой системы России к романо-германской правовой семье[5]. Наличие у них некоторых, общих признаков, их взаимное сближение вовсе не означают их некоего тождества или же «вхождения» правовой системы России в романо-германскую правовую семью. В научной литературе в связи с этим происходит подмена понятий «сходство» и «сближение» с понятиями «тождество» и «вхождение».

Уязвимость рассматриваемого аргумента заключается также в том, что он исходит из посылки неприятия прецедента как источника права в романо-германской правовой семье. А это безусловно не так. Считается общеизвестным, что прецедент, не будучи признанным в качестве источника романо-германского права формально, выступает в качестве такового реально. Это подтверждается повседневной практикой исполь-

---

[1] Конституции буржуазных государств. С. 21.

[2] Там же. С. 28.

[3] *Гурова Т. В.* Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России // Атриум. 1997. № 3. С. 7.

[4] *Богданова Н. А.* Указ. соч. С. 64.

[5] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1998. С. 112—115.

зования данного источника права судами всех относящихся к романо-германской правовой семье стран.

И если отдельные авторы сомневаются в том, что судебная практика выступает источником романо-германского права, или же считают прецедент неким второсортным, «косвенным» источником, то ведущие исследователи этой правовой семьи, включая Рене Давида, полагают на основании изучения и обобщения соответствующего опыта, что все обстоит как раз наоборот. А именно — что применительно к романо-германской правовой семье «судебная практика является в прямом смысле слова источником права»[1].

Исходя из этого, трудно согласиться с утверждением, что признание прецедента в качестве источника российского права противоречило бы соответствующим устоям и традициям романо-германского права, к которому «причисляют» правовую систему нашей страны.

В-третьих, мнение о том, что признание судебной практики источником российского права *противоречило бы, с одной стороны, действующей Конституции России и обычному законодательству, а с другой — вступало бы в конфликт с правотворческой деятельностью Федерального Собрания.*

Данный аргумент довольно распространен. Раньше он использовался для критики тех отечественных авторов, которые предлагали придать статус официального источника советского права руководящим разъяснениям Пленума Верховного Суда СССР.

Отнесение судебной практики к числу формальных источников права, писал, например, С. Л. Зивс, «противоречит принципу верховенства закона и принципу подзаконности судебной деятельности». Правотворческая деятельность суда, доказывал автор, с неизбежностью умаляет значение закона[2].

Несмотря на то что в настоящее время данный тезис используется в совершенно иных условиях и на новой основе, изначальная его противоречивая суть остается прежней.

Авторы, придерживающиеся мнения о несовместимости судебного правотворчества с парламентским, как и раньше, исходят из двух взаимосвязанных между собой посылок: а) *из отсутствия какой бы то ни было правовой основы для судебного правотворчества* и, соответственно, для признания судебной практики в качестве источника права и б) *из заведомого противопоставления правотворческой деятельности суда и создаваемого им прецедента, с одной стороны, правотворческой деятельности парламента и закона — с другой.*

Изучение различных аспектов правотворческой деятельности судов в современной России и сравнение ее с соответствующей деятельностью Федерального Собрания Российской Федерации показывают, что ни одно из этих утверждений не выдерживает серьезной критики и не

---

[1] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. (Сравнительное право). С. 142.

[2] *Зивс С. Л.* Источники права. С. 117—192.

имеет необходимого обоснования. Ибо судебная правотворческая активность осуществляется в строгом соответствии с законом и на основе закона и при этом не только не противоречит законодательной деятельности парламента, а, наоборот, ее дополняет и обогащает.

Говоря о *правовой основе* правотворческой деятельности суда и создаваемого им прецедента, следует обратить внимание прежде всего на такие «составляющие», как: а) конституционные положения, из которых логически следует, что место и функции судебной власти не могут теперь ограничиваться «лишь компетенцией вершить правосудие»[1]. Ее функции с неизбежностью должны распространяться и на правотворчество; б) конституционные положения, касающиеся полномочий Конституционного Суда на разрешение дел о соответствии Конституции РФ законов и иных нормативно-правовых актов, а также не вступивших в силу международных договоров России (ст. 125). Согласно Конституции России, как известно, акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу, а международные договоры РФ «не подлежат введению в действие и применению»; в) законы, закрепляющие место и роль высших судебных инстанций в государственном механизме России, и юридический характер принимаемых ими решений.

Весьма важно при этом отметить также *императивный характер* последних, который свидетельствует не только об их значимости, но и об их непременной обязательности[2].

Закрепляя юридическую силу решений Конституционного Суда, Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», в частности, устанавливает, что: а) решения Конституционного Суда окончательны, не подлежат обжалованию и вступают в силу немедленно после их провозглашения; б) они действуют непосредственно и не требуют подтверждения другими органами и должностными лицами; в) юридическая сила постановления Конституционного Суда о признании актов неконституционными «не может быть преодолена повторным принятием этого же акта»; г) решения судов и иных органов, основанные на актах, признанных неконституционными, «не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены в установленных федеральным законом случаях»; и д) «неисполнение, ненадлежащее исполнение либо воспрепятствование исполнению» решения Конституционного Суда России влечет за собой ответственность, предусмотренную федеральным законом (ст. 79, 81).

Данные и ряд других им подобных положений, содержащихся в конституционных и обычных федеральных законах, касающихся судебной системы России, составляют правовую основу не только правоприменительной, но и всей иной деятельности судов, включая правотворческую[3].

Касаясь довольно распространенного среди авторов, выступающих против признания судебной практики в качестве источника российского

---

[1] *Мартынчик Е., Колоколова Э.* Указ. соч. С. 21.

[2] См.: *Лившиц Р. З.* Судебная практика как источник права. С. 13—14.

[3] *Жуйков В. М.* Указ. соч. С. 18—20.

права, *тезиса о несовместимости судейского правотворчества с парламентским, о возможной подмене и дублировании первого вторым*, следует сказать, что такого рода суждения и опасения не имеют под собой никакой реальной основы. Они порождены скорее эмоциональным, нежели рациональным настроем исследователей.

Дело в том, что правотворческая деятельность судов существенно отличается от аналогичной деятельности российского парламента и в силу уже этого не может ни подменять ее собой, ни тем более дублировать.

В отличие от парламентского правотворчества, *особенность судейского правотворчества* предопределяется тем, что: 1) «судебное правотворчество всегда есть побочный продукт акта правосудия»[1]; 2) оно «не самостоятельно» в том смысле, что «привязано к основной функции судебной власти — осуществлению правосудия»; 3) оно осуществляется в рамках закона и на основе закона, исходящего от высшей законодательной власти страны; 4) правотворчество суда в значительной мере связано с толкованием (конкретизацией) права и восполнением пробелов в праве; 5) судебные правоположения вырабатываются судьями, как справедливо отмечается в литературе, только на основе «имеющихся норм и правовых принципов, а не своей субъективной воли»[2]; 6) эти «правоположения» не должны противоречить существующим, в первую очередь конституционным, законам; 7) сами по себе они не могут изменить или отменить закон; 8) существуют определенные границы или пределы судейского правотворчества, предусмотренные законом, которые, по мнению некоторых исследователей, представляют собой «стержень доктрины и практики прецедентного права, охватывающий сущность взаимоотношений и компетенцию судебной и законодательной властей, гарантии от узурпации прав последней»[3].

Наряду с названными существует еще ряд особенностей судейского правотворчества, принципиально отличающих его от парламентского и свидетельствующих о том, что судейское правотворчество не только не противоречит, а тем более не подменяет парламентское, а, наоборот, дополняет его и обогащает.

Совершенно правы те авторы, которые, основываясь на опыте правотворческой деятельности судов современной России, категорически утверждают, что в настоящее *время суды зачастую вынуждены и должны «создавать (творить) право*, иначе их деятельность станет не просто неэффективной, а приведет к результатам, противоположным тем, которые от них вправе ожидать общество: они будут не защищать права, а способствовать их нарушениям»[4].

---

[1] *Барак А.* Судейское усмотрение. М., 1999. С. 121.

[2] *Ершов Е.* Восполнение судом пробелов в трудовом законодательстве // Российская юстиция. 1993. № 24. С. 19.

[3] *Мартынчик Е., Колоколова Э.* Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике. С. 22.

[4] *Жуйков В. М.* Указ. соч. С. 20.

Помимо объективных причин «вынужденное» правотворчество судов в современной России обусловлено также субъективными факторами[1]. Среди них не последнюю роль играет весьма слабая, а в большинстве своем вовсе отсутствующая юридическая подготовка отечественных законодателей — депутатов Государственной Думы и «сенаторов». Быть хорошим специалистов в «своей» области — певцом, борцом, стоматологом и пр.— вовсе не означает быть хотя бы посредственным законодателем, способным не только механически читать предлагаемые проекты законодательных актов, но и адекватно их воспринимать. Добротное законодательство требует к себе профессионального, а не любительского отношения. В противном случае мы будем иметь в стране и дальше то, что уже имеем: чрезвычайно низкий уровень весьма разрозненного, внутренне противоречивого законодательства и соответствующий ему уровень развития экономической, социально-политической, культурной и иных сфер общества.

Для «корректировки» создавшегося явно ненормального положения в области российского правотворчества, несомненно, требуется внести новую, профессиональную струю в виде правотворческих функций высших судебных инстанций и официального придания статуса источников права издаваемым ими актам.

Последнее тем более сравнительно легко осуществимо, что современная *судебная власть России, главным образом в лице Конституционного Суда, фактически уже осуществляет правотворческие функции*[2], и это признается подавляющим большинством отечественных авторов — теоретиков и практиков.

Расхождения по поводу правотворчества касаются в основном лишь частных вопросов, а не общей, главной проблемы. Имеются в виду, например, вопросы относительно форм и содержания процесса судебного правотворчества, характера принимаемых при этом актов, соотношения судебных нормативных актов с системой других нормативно-правовых актов и т. д.

Обобщая и систематизируя накопившийся за последние годы в России и других бывших советских республиках — ныне странах СНГ опыт судейского правотворчества и формирования судебных прецедентов, некоторые авторы предлагают разработать даже свою особую доктрину «судебного прецедента и прецедентного права». Ибо существующие теории судебного прецедента, равно, как и «лаконичные определения судебного правотворчества,— по мнению исследователей,— не исчерпывают сложной и новой для стран СНГ проблемы судебного прецедента и прецедентного права»[3].

В совокупности с другими аналогичными предложениями и даже своеобразными призывами типа «пора определиться с оценкой юриди-

---

[1] См. об этом: *Гуров Т. В.* Судебная власть и судебный прецедент в современной России (дискуссионные вопросы) // Атриум. 1997. № 1. С. 14—16.

[2] *Авакьян С. А.* Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1997. С. 206—209.

[3] *Мартынчик Е., Колоколова Э.* Указ. соч. С. 21.

ческой силы актов судебных органов»[1] это свидетельствует, с одной стороны, о широте признания судейского правотворчества в нашей стране и других бывших советских республиках и соцстранах, а с другой — об осознании в новых условиях важности и актуальности проблемы.

Не вдаваясь в обсуждение вопроса о необходимости ее решения, а главное, готовности к разработке доктрины судебного прецедента и самого прецедентного права применительно к России и другим странам СНГ, необходимо подчеркнуть, что в настоящее время в любом случае требуются дальнейшая систематизация и «инвентаризация» накопившегося о судейском правотворчестве материала и акцентирование внимания на наиболее важных в теоретическом и практическом плане вопросах.

Их много, и они весьма разнообразны. Применительно, например, к правотворческой деятельности Конституционного Суда России можно указать на те, которые касаются прежде всего *форм, или видов, его правотворческой деятельности.* При ответе на вопрос, выполняет ли Конституционный Суд правотворческие функции при осуществлении всех предоставленных ему законом полномочий или же только некоторых из них, более убедительным представляется мнение, согласно которому участие Конституционного Суда в правотворчестве «осуществляется преимущественно посредством разрешения споров о праве и официального толкования норм Конституции Российской Федерации, оформленных в виде общеобязательных решений»[2].

Формы или виды правотворческой деятельности Конституционного Суда в этом смысле имеют довольно ограниченный характер. Они не распространяются на все «иные полномочия», предоставленные ему Конституцией РФ, Федеративным договором и федеральными конституционными законами (ст. 3 Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Соответственно в плане обладания юридической силой, а точнее — правовым характером следует говорить не обо всех актах, принимаемых Конституционным Судом, а преимущественно о его «итоговых решениях», именуемых постановлениями.

Последние, согласно Закону «О Конституционном Суде Российской Федерации», принимаются по вопросам, связанным: с разрешением дел о соответствии Конституции РФ законов и других правовых актов, указанных в законе; с разрешением споров о разграничении компетенции между федеральными органами государственной власти, между высшими государственными органами субъектов Российской Федерации, между органами государственной власти РФ; по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов о проверке конституционности применяемых ими в конкретном деле или подлежа-

---

[1] *Гурова Т. В.* Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России // Атриум. 1997. № 3. С. 8.

[2] *Невинский В. В.* Конституционный Суд Российской Федерации и правотворчество в России // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1997. № 3. С. 71.

щих применению законов; и с толкованием Конституции Российской Федерации (ст. 3, пп. 1—4 ст. 71).

Что же касается других решений Конституционного Суда России, именуемых заключениями и определениями, то они, будучи юридическими актами, не являются нормативно-правовыми.

Из этого следует, *что если постановления Конституционного Суда фактически выступают в качестве источников права, то его заключения и определения явно таковыми не являются.* Принципиальная разница между ними состоит в том, что первые — продукт судейского правотворчества[1], а вторые выступают в качестве одного из возможных источников, материалом для такого правотворчества.

Нормативный характер постановлений Конституционного Суда состоит в том, что они, во-первых, имеют общеобязательный характер, будучи рассчитанными на неопределенный круг лиц. А во-вторых, что они с неизбежностью предполагают многократность применения.

В качестве одного из подтверждающих это примеров можно сослаться на Постановление Конституционного Суда от 15 января 1998 г. по делу о проверке конституционности положений ч. 1 и 3 ст. 8 Федерального закона от 15 августа 1996 г. «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» в связи с жалобой гражданина N.[2]

Суть вопросов состояла в том, что гражданин России N., имеющий постоянную прописку по месту жительства в Грузии (г. Тбилиси), но фактически в течение многих лет проживающий в г. Москве, в 1996 г. обратился в УВИР ГУВД г. Москвы с заявлением о выдаче ему загранпаспорта. Однако ему в этом было отказано за неимением жилого помещения, наличие которого позволяло бы ему получить паспорт в г. Москве по месту жительства или по месту пребывания.

Межмуниципальный народный суд г. Москвы отказал N. в удовлетворении жалобы, сославшись на ст. 8 упомянутого Федерального закона. При этом суд указал, что в соответствии с данной статьей N. вправе обращаться за выдачей загранпаспорта только по месту жительства за пределами России, т. е. в Грузии.

Рассмотрев жалобу N., Конституционный Суд РФ в своем постановлении признал не соответствующими Конституции России положения ч. 1 ст. 8 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» и ч. 2 ст. 8 этого же Закона, на основе которых было отказано гражданину N. в выдаче загранпаспорта.

При этом Суд рекомендовал «с учетом настоящего Постановления» впредь до урегулирования федеральным законодателем порядка оформления документов» во всех аналогичных случаях руководствоваться п. 2 ст. 27 Конституции России, закрепляющей за российскими гражданами

---

[1] См.: *Иванов С. А.* Судебные постановления как источник трудового права // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 24—33.

[2] См.: Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 2. С. 19—23.

право свободного выезда за пределы России и беспрепятственного возвращения в Россию[1].

Нормативный характер данного Постановления проявляется в том, что, будучи принятым по конкретному случаю (по жалобе N.), оно: а) имеет *общий характер*, распространяется на всех граждан России, которые могут оказаться в аналогичной ситуации, в которой оказался N. Иными словами, данное Постановление рассчитано на *неопределенный круг лиц*; *б) рассчитано на многократность применения* (по крайней мере приведения в соответствие с Конституцией России оспаривавшихся положений Закона); в) *имеет императивный, обязывающий характер.*

В соответствии со ст. 6 Закона о Конституционном Суде России его решения «*обязательны на всей территории Российской Федерации для* всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений» (ст. 6).

Принимая данное Постановление, объявляющее отдельные положения Закона неконституционными, Конституционный Суд России действует не только как «негативный законодатель», отрицающий конституционность рассматриваемого положения или акта и тем самым создающий правовую основу для его отмены, но и как «позитивный законодатель». Он указывает не только на то, как нельзя действовать правоприменителю в тех или иных случаях, но и как нужно и должно действовать в подобных ситуациях. И хотя он формально не создает новый закон, а только указывает, каким тот должен быть в соответствии с Конституцией, тем не менее он фактически закладывает его новую основу и предопределяет правила, которые должны действовать до его принятия.

Аналогична правотворческая деятельность Конституционного Суда России не только в случаях разрешения дел о соответствии различных актов Конституции, но и в большинстве случаев, предусмотренных законом, когда требуется принятие постановления Конституционного Суда. В особенности это касается актов толкования Конституции Российской Федерации, которые имеют не только нормативный характер, но и приоритетное значение перед другими видами ее толкования.

Такого рода постановления Конституционного Суда «не являются правоприменительными, индивидуальными актами. Актами применения Конституции. Им присущи нормативно-интерпритационный характер, обобщенность и обязательность»[2].

Весьма важно при этом отметить, во избежание недопонимания, что нормы судебного правотворчества имеют довольно специфический характер, не всегда укладывающийся в традиционно сложившиеся в отечественной юридической науке представление о них. Речь при этом идет, в частности, о так называемых «индивидуальных правовых нормах», которые создаются судами и широко исследуются в зарубежной

[1] Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 2. С. 25.

[2] *Назарев Л. В.* Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 6.

литературе. Имеется в виду также тот «нормативный симбиоз», который складывается в результате органического сочетания индивидуальных норм с общими нормами.

Когда судебная ветвь власти, пишет по этому поводу израильский профессор А. Барак, создает «индивидуальную правовую норму, то есть норму, обязывающую только стороны в деле, она участвует не в судебном правотворчестве, а просто в отправлении правосудия». Судебное же правотворчество, будучи неразрывно связанным с процессом создания индивидуальных правовых норм, самым непосредственным образом ассоциируется с формированием «обязывающего прецедента»[1]. Специфичность последнего заключается в том, что содержащееся в судебном решении правило обязывает не только стороны в конфликте, но и все общество. «Творчество суда по отправлению правосудия приобретает тем самым общее действие»[2].

Осознавая и стремясь подчеркнуть особенность судебного правотворчества и порождаемых им норм, некоторые отечественные авторы вполне оправданно, на наш взгляд, именуют их «своеобразными» нормами, или «квазинормами»[3]. Тем самым, как представляется, в определенной мере снимаются тот искусственный пафос и острота спора, который время от времени возникает по поводу того, *создает ли Конституционный Суд России новые нормы права, или же он только применяет, толкует и уточняет уже существующие нормы.* Является ли суд в этом смысле «правоприменителем», или же он одновременно выступает и в роли «судейского законодателя».

Исходя из особенностей судейского и парламентского правотворчества и порождаемых первым обычных «классических» норм, вполне логично было бы предположить, что в современных российских условиях, на переходном этапе специфичность судейского правотворчества и своеобразие исходящих от него норм с неизбежностью обусловливают *также возникновение новых соответствующих им форм.* Речь при этом идет, в частности, о такой форме, или источнике права, как *«правовая позиция Конституционного Суда»*[4].

В научной литературе «правовая позиция» представляется как «обобщенное» представление Конституционного Суда по конкретным конституционно-правовым проблемам. Это «правовые выводы и представления Суда как результат интерпретации (толкования) им духа и буквы Конституции РФ и конституционного смысла (аспектов) положений отраслевых (действующих) законов и других нормативных актов

---

[1] *Барак А.* Судейское усмотрение. С. 122.

[2] Там же.

[3] *Савицкий В. А., Терюкова Е. Ю.* Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1997. № 3. С. 75.

[4] См.: *Гаджиев Г. А., Пепеляев С. Г.* Предприниматель — налогоплательщик — государство. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. М., 1998. С. 55—67.

в пределах его компетенции, которые снимают неопределенность в конкретных конституционно-правовых ситуациях и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного Суда[1].

Характерными особенностями «правовой позиции Конституционного Суда» как источника российского права являются следующие: а) ее общий и обязательный характер; б) обладание юридической силой, «приравниваемой к юридической силе самой Конституции; в) наличие у нее «характера конституционно-правовой нормы, хотя таковой она никогда не становится»; г) схожесть «в судебной и иной правоприменительной практике» с «характером прецедента», хотя «таковой по своей природе не является»; д) ее самостоятельность как источника конституционного и иных отраслей права среди других источников права[2].

Признание «правовой позиции Конституционного Суда» в качестве самостоятельного источника российского права в переходный период[3] — период формирования рыночных отношений, повышения роли судебной власти, а вместе с тем и все более отчетливо выделяющегося процесса формирования судейского, прецедентного права в России, с одной стороны, означало бы давно назревшее признание судебного правотворчества наряду с парламентским правотворчеством в России, а с другой — ознаменовало бы собой нахождение некоего «компромисса» в явно затянувшемся и не всегда продуктивном споре между сторонниками существования прецедента как источника права в России и их противниками.

---

[1] *Витрук Н. В.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в меняющихся правовых системах. М., 1999. С. 89.

[2] Там же. С. 91.

[3] См. об этом: *Гаджиев Г.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное правосудие в меняющихся правовых системах. М., 1999. С. 106—117.

Глава XVIII

ПРАВОТВОРЧЕСТВО

§ 1. Понятие правотворчества, его виды и принципы

Правотворчество представляет собой одну из важнейших сторон деятельности государства, форму его активности, имеющую своей непосредственной целью формирование правовых норм, их изменение, отмену или дополнение. В каждом государстве правотворчество обладает своими особенностями, но везде оно направлено на создание и совершенствование единой, внутренне согласованной и непротиворечивой системы правовых норм, регулирующих сложившиеся в обществе разнообразные отношения[1].

По своей социальной сути правотворчество есть *процесс возведения государственной воли в закон,* ее *оформления* в различных нормативно-правовых актах, процесс *придания* содержащимся в них правилам поведения — государственным велениям общеобязательного характера. Оно охватывает непосредственную деятельность уполномоченных на то государственных органов по выработке, принятию, изменению или дополнению нормативно-правовых актов.

Правотворчество является важнейшей составной частью *правообразования* вообще. Последнее включает в себя не только собственно правотворческий, но и весь предшествующий ему подготовительный процесс формирования права. Необходимость существования подготовительного процесса обусловливается постоянно возникающей потребностью повышения качества издаваемых актов. Ведь качество зависит не только, а зачастую и не столько от уровня собственно самой правотворческой деятельности государственных органов, сколько от уровня проводившихся до принятия того или иного правового акта подготовительных работ.

Для того чтобы принимаемый акт в максимальной степени отвечал потребностям жизни общества и был эффективен, важно заранее разрешить круг проблем, касающихся его характера, формы, внутренней структуры, места и роли в системе других нормативно-правовых актов, определить факторы, способствующие или, наоборот, препятствующие подготовке и принятию того или иного нормативно-правового акта. Необходимо четко спрогнозировать позитивные и возможные негативные (побочные) последствия реализации требований, содержащихся в различных нормативно-правовых актах.

---

[1] См.: *Нашиц А.* Правотворчество: теория и законодательная техника. М., 1974; *Поленина С. В.* Законотворчество в Российской Федерации. М., 1996.

Среди факторов, оказывающих решающее воздействие на процесс подготовки и формирования права (правообразующие факторы), следует выделить в первую очередь материальные (экономические), политические, социальные, идеологические и иные. Уровень качества, а вместе с тем и эффективности нормативно-правовых актов в огромной степени зависит от того, насколько точно и всесторонне учитываются при их подготовке и издании все существующие на данный момент факторы, насколько адекватно отражается в них объективная действительность.

Каждый нормативно-правовой акт, в особенности фундаментальный, каковым является конституция, должен в максимальной степени учитывать наряду с материальными условиями жизни всего общества, уровнем развития экономики, различных форм собственности и уровнем жизни людей соотношение различных социальных и политических сил, степень политической активности политических партий и движений, состояние отношений между нациями и народностями, взаимоотношений с другими странами и народами, место и роль государства в окружающей его международно-правовой среде.

Для решения этих и им подобных задач законодатель каждой страны при подготовке любого сколько-нибудь социально значимого нормативного акта стоит перед необходимостью исследовать различные социальные факторы, обусловливающие потребность в нормативно-правовом регулировании существующих общественных отношений; выявить и тщательно учесть при формировании правовых норм многообразные интересы социальных и национальных образований, классов и общества в целом; провести сравнительный анализ подготавливаемой правовой нормы не только с аналогичными установлениями прошлых лет и ныне действующих систем других государств, но и с иными регуляторами общественных отношений; провести в случае необходимости социальные эксперименты для определения наиболее оптимального варианта регулирования рассматриваемых общественных отношений; определить характер взаимосвязи и взаимодействия проектируемой нормы с другими нормами данной системы права; провести иные подготовительные действия[1].

Правотворческая деятельность государства осуществляется в различных формах. В каждой стране существуют свои особенности этой деятельности.

В Великобритании, например, правотворческая деятельность осуществляется в таких формах, как законодательная деятельность парламента, принимающего законы (статуты); правотворческая деятельность судебных органов, создающих прецеденты (судебная практика), правотворческая деятельность центральных органов государственного управления и местных органов государственной власти (самоуправления), издающих свои собственные нормативно-правовые акты и имеющих дело с правовыми обычаями.

В идеальном государстве, вполне справедливо рассуждают английские авторы, законодательная власть «предположительно должна была бы оставаться исключительно привилегией парламента — законодате-

[1] Подробно см.: *Керимов Д. А.* Культура и техника правотворчества. М., 1991. С. 23.

лей, непосредственно подотчетных избирателям». Теоретически эта посылка справедлива и для государственного механизма современной Англии, но в реалиях, в жизни парламенту «приходится передавать часть своих законодательных полномочий подчиненным ему правоустанавливающим органам». Министры короны, органы местного управления, независимые корпорации, англиканская церковь, частные компании, комиссии и Совет Европейского Союза — «все они наделены парламентом полномочиями по изданию правовых актов». И все же, заключают авторы, суверенитет парламента в правовой сфере сохраняется, ибо ни один из нижестоящих органов не может законодательствовать иначе как на основе законов, исходящих от парламента, а также по поручению и с разрешения парламента[1].

В России, согласно Конституции, правотворческая деятельность осуществляется высшими (на уровне Федерации и ее субъектов) и местными органами государственной власти; непосредственно самим народом путем проведения референдума как высшего непосредственного выражения власти народа (ч. 3 ст. 3); субъектами Федерации — республиками, краями и областями, городами федерального значения — Москвой и Санкт-Петербургом, автономной областью и автономными округами[2] — путем заключения между ними договоров, содержащих общеобязательные веления.

В соответствии с Конституцией (разд. второй) предусматривается, например, заключение договоров о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти России и органами государственной власти субъектов Федерации. Признается также нормативно-правовой характер договоров, заключаемых между ними и по другим вопросам.

Сравнивая различные виды правотворческой деятельности, осуществляемой в России, с правотворческой деятельностью государственных органов Великобритании и других стран, нетрудно заметить, что между ними есть как общее, так и особенное.

Специфика проявляется, в частности, в наличии у той или другой страны своих особых видов правотворческой деятельности (скажем, в Великобритании — судебная правотворческая деятельность, в России — правотворчество с помощью референдума и путем заключения правовых договоров), в существовании различной процедуры принятия и вступления в силу нормативно-правовых актов, в установлении особого порядка законодательного закрепления правотворческой деятельности государственных органов.

Говоря об общности правотворческой деятельности различных государств, следует обратить внимание прежде всего на общность организационно-технических и иных ее целей, заключающихся в стремлении законодателя каждой страны создать на своей территории единую и эффек-

---

[1] *Гарнер Д.* Великобритания. Центральное и местное управление. М., 1984. С. 96; The History of Local Government in England. L., 1982. P. 38.

[2] См.: Проблемы правотворчества субъектов Российской Федерации / Отв. ред. А. С. Пиголкин. М., 1998.

тивную систему права, а также на сходство средств и основополагающих принципов осуществления правотворческой деятельности.

В научной и учебной литературе в связи с этим совершенно справедливо указывается на то, что правотворческая деятельность современных цивилизованных государств должна осуществляться на базе ряда общих основополагающих принципов, которые определяют существо, характерные черты и общее направление этой деятельности.

Выделим такие принципы, как: *демократизм,* предполагающий активное участие представителей различных слоев общества и всех ветвей власти в правотворческой деятельности; *законность* и *конституционность,* означающие строгое и неуклонное следование конституции и законам в процессе правотворческой деятельности; *гуманизм,* выражающийся в направленности издаваемых нормативных актов на защиту прав и свобод граждан, на максимальное удовлетворение их материальных и духовных потребностей; *профессионализм,* проявляющийся в обязательном участии квалифицированных, высокопрофессиональных специалистов на всех стадиях правотворческого процесса[1].

Особо подчеркнем *принцип постоянного технического совершенства принимаемых актов,* который имеет большое значение для повышения качества и эффективности правотворческого процесса. Суть данного принципа заключается в том, чтобы в процессе подготовки и принятия нормативно-правовых актов в максимальной степени использовать предложенные юридической наукой и апробированные правотворческой практикой наиболее эффективные методы и приемы разработки проектов, оптимального изложения их содержания и технического оформления, отвечающего общепринятым в мире стандартам.

Для повышения качества и эффективности нормативно-правовых актов *законодательная техника* имеет порой не меньшее, чем само содержание, значение. Ведь от того, насколько четко и логично изложено содержание того или иного нормативного акта, есть ли в нем или отсутствуют явные и скрытые противоречия, наконец, насколько точно и определенно используется общепринятая юридическая терминология,— от всего этого в огромной степени зависят не только уровень восприятия текста и содержания нормативно-правового акта, но и эффективность его применения.

Особо важен при этом язык изложения правовых норм. В правотворческой деятельности различных стран к изложению текста нормативно-правовых актов непременно предъявляются требования их краткости, компактности, ясности и доступности. В изложении текстов законов, по общему правилу, используется особый, официально-деловой стиль. Он существенно отличается от стиля как художественных литературных произведений, так и от стиля обыденной разговорной речи. В текстах законов и иных нормативно-правовых актов не должны содержаться общие рассуждения и изложение каких бы то ни было научных положений, художественные сравнения, декларации, призывы, текстовые длинноты, неоправданные сокращения.

---

[1] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 215—216.

Достоинства языка закона, его изящество, писал болгарский ученый Б. Спасов, выражаются иными способами, а именно «посредством строгой логичности, краткости, точности и ясности». Наряду с этим язык закона является внушительным, он уважаем и «в состоянии мотивировать определенное поведение, предписываемое нормативным поведением»[1].

Некоторые нормативно-правовые акты, в особенности конституции, часто отступают от этих правил и содержат в своих текстах обстоятельные пояснения, декларации или же эмоциональные выражения. Так, в Конституции Болгарии 1971 г. говорится о гражданах этого государства как о «наследниках великих революционных традиций, выкованных в вековой борьбе за свободу и права человека, за народную власть...». Декларации и заявления содержатся и в Конституции Японии 1947 г., например о том, что японский народ исполнен «решимости не допустить ужасов новой войны в результате действий правительства» и что японцы хотят «занять почетное место в международном сообществе, стремящемся сохранить мир и навсегда уничтожить на земном шаре тиранию и рабство, угнетение и нетерпимость»[2].

Пространные пояснения содержались в Конституциях СССР 1936 и 1977 гг. В них анализировалось состояние советского общества и давалась характеристика Советского государства. В Конституции СССР 1936 г. общество рассматривалось как переходное от капитализма к социализму, а государство — как государство диктатуры пролетариата. В Конституции 1977 г. прокламировалось развитое социалистическое общество, а государство называлось общенародным.

Обстоятельные и вместе с тем довольно пространные положения содержатся также в Конституции КНР 1982 г.[3] и в конституциях некоторых других стран. Обычно такого рода положения и эмоциональные заявления помещают в преамбулу или же во введение к законодательному акту.

§ 2. Законодательная процедура и ее основные стадии

Под законодательной процедурой понимается установленный *порядок прохождения проектов законов* вплоть до их принятия и вступления в силу.

В каждой стране законодательная процедура имеет свои особенности. Но везде она закрепляется и регулируется в конституциях, текущих законах, а также в специальных положениях и регламентах, устанавливающих порядок правотворческой деятельности государственных органов.

Законодательная процедура состоит из целой серии юридически закрепленных правил, определяющих порядок подготовки и принятия законов.

---

[1] *Спасов Б.* Закон и его толкование. М., 1986. С. 84.

[2] Конституции буржуазных государств. С. 247.

[3] Китайская Народная Республика. Конституция и законодательные акты. М., 1984. С. 20—23.

В тех странах, где наряду с правотворческой деятельностью государственных органов конституционно предусматривается принятие законов *путем референдумов (всенародного голосования)*, для проведения последних устанавливается особая процедура. Смысл ее заключается в том, чтобы придать процессу непосредственного волеизъявления народа упорядоченный и целенаправленный характер.

Процедура проведения референдума предусматривает порядок возбуждения вопроса о проведении референдума, определения предмета референдума, его проведения, подведения его итогов и др. В законах о референдуме некоторых стран особо установлено, что эти законы и закрепленная в них процедура проведения всенародных опросов прямо соотносятся с механизмом проведения обычных выборов. Так, в Органическом законе Испании «О регулировании различных видов референдума» от 18 января 1980 г. прямо записано, что «процедура референдума подчинена общим принципам избирательного права в той степени, в какой они к ней применимы и не противоречат настоящему Закону»[1]. Решая вопрос об инициативе проведения референдума в Испании, данный Закон исходит, во-первых, из того, что «разрешение на проведение народных опросов в форме референдума в любом из его видов входит в исключительную компетенцию государства»; а во-вторых, из того, что разрешение на их проведение дается только Правительством по предложению его Председателя, за исключением случая, когда это право по Конституции сохраняется за нижней палатой парламента страны — Конгрессом депутатов. Назначается референдум королем посредством издания специального декрета, одобренного Советом Министров и скрепленного подписью его председателя.

В ряде стран, например в Италии, инициатива проведения референдумов может исходить как от государства в лице его представительных органов, так и от избирательного корпуса. Для этого требуются не менее 500 тыс. подписей избирателей. Референдум назначается декретом Президента Республики по решению Правительства — Совета Министров. Дата проведения референдума в соответствии с законом устанавливается «на любое воскресенье в период от 50 до 70 дней после издания декрета о его назначении».

Предметом референдума практически могут быть любые вопросы, требующие, однако, лишь однозначного ответа. Определение предмета референдума является ключевым звеном во всем механизме его проведения. Это не только и даже не столько процедурный, сколько принципиальный вопрос, касающийся всенародного опроса. В силу своей значимости он закрепляется, как правило, одновременно и в текущем, и в конституционном законодательстве.

Большое значение в процедурном и фактическом плане имеет законодательное закрепление самого порядка проведения всенародных опросов. Имеется в виду не только закрепление системы органов, непосредственно связанных с организацией и проведением референдумов, компетенцией и субординацией этих органов, но и законодательное решение

[1] Испания. Конституция и законодательные акты. М., 1984. С. 105.

вопросов, касающихся места, времени, условий проведения референдумов, порядка голосования и др.

В Испании в законе «О регулировании различных видов референдума» предусматриваются, например, даже такие технические подробности голосования, как осуществление его путем подачи бюллетеней, «вложенных в конверт, соответствующий официальной форме»; обязательность содержания в бюллетенях «в отпечатанном виде текстов опроса»; требования к голосующим вносить в бюллетень только два слова «да» или «нет» или оставлять бюллетень незаполненным. Здесь же предусматривается порядок аннулирования бюллетеней, которые не соответствуют официальной форме или же в которых нечетко выражено решение голосующего, допущены помарки, подтирки, исправления, вставлены знаки или слова между строк, не относящиеся к опросу.

Исключительно важное значение имеет заключительный этап процедуры организации и проведения референдумов — *подведение итогов всенародного голосования и обнародование его результатов.*

Организационно-технически данный этап в каждой стране имеет свои особенности. По существу же он везде сводится к одному и тому же, а именно — к обеспечению правильности подсчета голосов «за» и «против», поданных в процессе проведения референдума, и доведению до сведения населения результатов референдума. Обнародованию подлежат только те сведения — результаты всенародного опроса, которые признаны в установленном порядке соответствующими действительности и в силу этого являются официальными.

Четко выработанная и законодательно закрепленная процедура проведения референдумов создает предпосылки для наиболее полного выявления мнения избирателей по рассматриваемому проекту закона или иному вопросу, способствуя при этом соблюдению законности и конституционности.

Аналогичную роль играет процедура принятия нормативно-правовых актов обычным правотворческим путем — государственными органами. В первую очередь это касается процедуры принятия законов.

В отечественной и зарубежной юридической литературе выделяют *четыре основные стадии законодательного процесса*: законодательная инициатива, обсуждение законопроекта, принятие и утверждение закона и обнародование закона. Каждая из них относительно самостоятельна и имеет свою специфику, свой статус. Вместе же они образуют единый, монолитный законодательный процесс, отражающий и закрепляющий логику прохождения проекта закона с момента его зарождения и до его принятия и обнародования.

Отмечая данное обстоятельство, известный русский ученый Е. Н. Трубецкой писал еще в начале XX в. о том, что все четыре стадии, через которые каждый закон должен пройти, имеют место во всех государствах, «независимо от того, какое где существует государственное устройство и форма правления». Ибо для возникновения закона нужно, чтобы кто-нибудь указал на жизненную потребность, которая вызывает тот или иной законопроект. Далее. Прежде чем принять закон, необходимо подвергнуть его всестороннему обсуждению в «законо-

дательном учреждении, которому присвоено право обсуждать законы». Чтобы закон получил обязательную силу, «он должен быть утвержден верховной властью». Наконец, для того чтобы он действовал, необходимо обнародовать его, довести до сведения всех граждан[1].

Весь вопрос заключается в том, справедливо подмечал автор, кто, какие лица или учреждения играют деятельную роль на каждой из этих четырех стадий. Кому принадлежит право законодательной инициативы и право обсуждения проекта закона. Какие лица или учреждения обладают правом утверждения закона и обнародования его. Данные и иные им подобные вопросы «не допускают общего решения»[2], ибо в каждой стране, в зависимости от формы правления и формы государственного устройства, особенностей политических и правовых традиций, политического режима, они решаются по-разному.

Рассмотрим каждую из стадий законодательного процесса в отдельности.

Первая — *законодательная инициатива*. Она представляет собой, согласно широко распространенному мнению, право внесения законопроектов в законодательное учреждение (конгресс, национальное собрание, сейм и т. п.) в соответствии с действующим законодательством и установленной процедурой. Иногда понятие законодательной инициативы трактуется более широко, т. е. включает внесение в законодательные органы не только готовых законопроектов, но и предложений об издании, изменении или отмене действующих законов.

В дореволюционной (до 1917 г.) юридической литературе России законодательная инициатива, именовавшаяся иногда законодательным почином, безоговорочно включала в себя самый широкий спектр действий и предложений, направленных на изменение и обновление законодательства. Речь, разумеется, не шла о любых заявлениях и предложениях, высказанных устно или в печати относительно необходимости совершенствования законодательства. Когда мы встречаем в газетах, писал в связи с этим Е. Н. Трубецкой, заявления о необходимости расширить свободу печати или, наоборот, требования обуздать произвол печати, то такие заявления не имеют значения законодательной инициативы. Если же составляется докладная записка и в установленном порядке передается законодательной власти, в таком случае мы имеем дело с официальным обращением к законодателю, которое и носит название законодательной инициативы. Под законодательной инициативой понимается, делал вывод исследователь, «или заявление самого законодателя, или чье-либо официальное заявление, обращенное к законодателю, о необходимости издания нового закона или отмены старого»[3].

В современной российской и зарубежной литературе тоже просматривается тенденция к расширенному представлению о законодательной инициативе. В учебниках и научных исследованиях совершенно справедливо указывается на то, что законодательную инициативу «нельзя пони-

---

[1] *Трубецкой Е. Н.* Философия права. Киев, 1906. С. 94.

[2] Там же.

[3] Там же. С. 115.

мать узко, только как внесение законопроектов». Она предполагает также право на внесение в законодательные органы вопросов любого значения, требующих в последующем правового оформления.

Право законодательной инициативы не является всеобщим, не принадлежит всем без исключения субъектам — гражданам, государственным органам или общественным организациям. Это особое, строго ограниченное конституционное право. Каждое государство, в зависимости от его природы и назначения решает по-своему вопрос о субъектах права законодательной инициативы.

Известный русский ученый-юрист Н. М. Коркунов, касаясь этого вопроса, писал в конце XIX в. о том, что законодательная инициатива «может быть организована по четырем различным типам». Право законодательной инициативы может быть предоставлено: 1) только правительству, «как это было, например, во Франции в эпоху второй империи»; 2) только парламенту, «как это практикуется теперь в Северо-Американских Штатах»; 3) правительству и парламенту совместно, «как это установлено в большинстве конституционных государств»; наконец, 4) кроме правительства и парламента еще непосредственно народу, «примером чего служит Швейцария»[1].

Подобная практика предоставления права законодательной инициативы законодательным органам, правительству и непосредственно народу сохраняет свою актуальность и поныне. С той, однако, разницей, что в ряде государств, например в России, расширился круг субъектов права законодательной инициативы за счет предоставления его не только законодательным и исполнительным, но и другим государственным органам. Согласно ч. 1 ст. 104 Конституции Российской Федерации право законодательной инициативы принадлежит Президенту Российской Федерации, Совету Федерации, членам Совета Федерации, депутатам Государственной Думы, Правительству Российской Федерации, законодательным (представительным) органам субъектов Российской Федерации, Конституционному Суду, Верховному Суду и Высшему Арбитражному Суду Российской Федерации по вопросам их ведения.

В ряде государств право законодательной инициативы предоставляется непосредственно народу. Согласно, например, ст. 71 Конституции Италии «народ осуществляет законодательную инициативу путем внесения от имени не менее чем пятидесяти тысяч избирателей постатейно составленного законопроекта». Одновременно это право принадлежит правительству, членам палат парламента и «тем органам и институтам, которые будут наделены ею конституционным законом»[2].

Следующая стадия законодательного процесса — *обсуждение* внесенного в порядке законодательной инициативы или же позднее разработанного *законопроекта*. Обсуждение бывает двоякого рода: предварительное, неофициальное и официальное.

Предварительное обсуждение проводится, как правило, с привлечением широкого круга заинтересованных лиц, экспертов, представителей

---

[1] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 302—303.

[2] Италия. Конституция и законодательные акты. М., 1988. С. 41.

соответствующих государственных и общественных организаций. Оно может осуществляться в самых различных формах, включая, например, проведение тематических научно-практических конференций, семинаров, заседаний «круглых столов», дачу экспертных заключений, проведение теле- и радиодебатов, посвященных обсуждаемым законопроектам, подготовку соответствующих публикаций в газетах и журналах.

Предварительное обсуждение проектов законов весьма важно для повышения качества как конкретного закона, так и всего законодательного процесса. На этом этапе представленный проект закона проходит всестороннюю юридическую, экономическую, социально-политическую и иную экспертизу.

Официальное обсуждение законопроектов обычно осуществляется на двух уровнях — на уровне парламентских комиссий, комитетов и подкомитетов, а также на уровне парламентских палат. Регулируется этот процесс специальными положениями и регламентами. В некоторых из регламентов, например в Регламенте Палаты депутатов (от 18 февраля 1971 г.) итальянского Парламента, особо устанавливается порядок как обсуждения «общих направлений проекта закона», так и его постатейного рассмотрения. В процессе обсуждения общих направлений представленного законопроекта предусматриваются строго обязательные выступления всех сторон — «докладчиков большинства и докладчиков меньшинства», а также представителя Правительства[1].

Согласно Регламенту Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, представленные законопроекты могут обсуждаться в *трех чтениях.* Во время первого чтения обсуждению подлежат лишь основные, принципиально важные положения законопроекта. При этом учитываются высказываемые замечания и предложения, принимаются во внимание предлагаемые поправки. В случае принципиального согласия депутатов с проектом закона в первом чтении он передается вместе со всеми предложениями о его изменении и дополнении в соответствующий парламентский комитет, ответственный за его подготовку и прохождение.

На комитет возлагается обязанность доработки законопроекта с учетом сделанных замечаний и предложений и представления его в Государственную Думу для рассмотрения во втором чтении. На данном этапе идет детальный, постатейный разбор проекта вместе с внесенными в первоначальный его текст изменениями и дополнениями.

Во время третьего чтения — завершающего этапа процесса обсуждения — не разрешается вносить в законопроект какие бы то ни было поправки и предложения. Речь идет о его одобрении или неодобрении.

Дальнейшее прохождение проекта закона, включая его обсуждение, регулируется Регламентом Совета Федерации — верхней палаты парламента России, в которую он должен быть передан в течение пяти дней после принятия законопроекта в нижней палате — Государственной Думе.

---

[1] Италия. Конституция и законодательные акты. С. 128.

Согласно Конституции Совет Федерации некоторые законы, поступившие из Государственной Думы, может вообще не обсуждать и не рассматривать, что означает согласие с принятием закона. Однако это не касается федеральных конституционных законов, а также федеральных законов по вопросам: федерального бюджета; федеральных налогов и сборов; финансового, валютного, кредитного, таможенного регулирования и денежной эмиссии; ратификации и денонсации международных договоров Российской Федерации; статуса и защиты Государственной границы России, а также войны и мира (ст. 106). Для того чтобы стать законами, они должны быть обсуждены и приняты не только в Государственной Думе, но и обязательно в Совете Федерации.

Следующая стадия законодательного процесса — *принятие и утверждение закона.* В юридической литературе данную стадию иногда рассматривают как две относительно самостоятельные стадии. Первая из них связана с принятием, вторая — с утверждением закона. Принятие закона происходит в высшем законодательном органе государства. Его утверждение (подписание) осуществляется главой государства. В Древней Греции, где народ управлял собой сам, писал по этому поводу Е. Н. Трубецкой, право принятия и утверждения законопроектов принадлежало непосредственно народу. «В современных республиках право утверждения принадлежит президентам, а в монархиях — государям»[1].

Каким образом происходит принятие законопроектов в разных странах? Какова его процедура? Самая различная. Например, в соответствии с Регламентом Палаты депутатов Парламента Италии принятие законопроекта может осуществляться голосованием как по нему в целом, так и по его отдельным частям. Аналогично решается вопрос и в отношении отдельных статей проекта закона, к которым предлагаются поправки. Голосование может проводиться и по статье в целом, и отдельно по каждой из предложенных поправок. Как записано в Регламенте, если внесена одна поправка, «которая имеет целью отмену данного положения», на голосование ставится текст всего положения. Если же внесено несколько поправок к одной и той же статье или положению, то на голосование ставятся поправки поочередно, «начиная с тех, которые наиболее отличаются от основного текста»[2].

Существуют различия в процедуре принятия законов и в зависимости от их видов. Для принятия обычного закона, по общему правилу, требуется абсолютное большинство голосов, тогда как для принятия конституционного закона необходимо квалифицированное большинство голосов. Например, согласно Конституции Российской Федерации 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 (ч. 2 ст. 108).

Утверждение (подписание) принятого закона главой государства является весьма важным во многих отношениях актом, и прежде

---

[1] *Трубецкой Н. Н.* Указ. соч. С. 99.

[2] Италия. Конституция и законодательные акты. С. 131.

всего в плане поддержания баланса между законодательной и исполнительной ветвями власти. Одно из средств сохранения баланса, сдерживания законодательной ветви власти исполнительной ветвью — вето (от лат. veto — запрещаю) главы государства, зачастую одновременно являющегося главой исполнительной власти, налагаемое им на принимаемые законодательным органом акты. Суть его заключается в отказе главы государства ставить свою подпись под принимаемыми актами, без чего они не могут получить юридической силы.

В соответствии, например, с Конституцией США «всякое постановление, резолюция или решение, для которых необходимо согласие Сената и Палаты представителей (за исключением решения об отсрочке заседаний)», представляются Президенту для подписания «и только после его одобрения вступают в силу». В случае же неодобрения «они должны быть снова утверждены двумя третями голосов Сената и Палаты представителей в соответствии с теми правилами и условиями, которые установлены в отношении биллей»[1].

Российская Конституция предусматривает, что принятый федеральный закон направляется в течение пяти дней Президенту для подписания и обнародования. Если Президент в течение 14 дней с момента поступления этого закона отклонит его, то Государственная Дума и Совет Федерации в установленном порядке вновь рассматривают данный закон. Он подлежит обязательному подписанию Президентом в течение семи дней и обнародованию, если при повторном рассмотрении будет одобрен в ранее принятой редакции большинством не менее двух третей голосов от общего числа членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы (ст. 107).

Заключительная стадия законодательного процесса — *обнародование принятого закона*. Назначение этой стадии состоит в доведении до сведения населения информации о содержании принятого акта. Обнародование бывает двух уровней — официальное и неофициальное. Осуществляется оно чаще всего в виде опубликования.

Официальное обнародование заключается в доведении текста закона для всеобщего сведения путем его опубликования в официальном издании. Обнародование осуществляется от имени государственного органа или же самим органом, издавшим или подписавшим данный акт. Для обнародования акта устанавливается строго определенный срок[2]. На официальное издание, где публикуются законы и другие нормативные акты, можно ссылаться в актах применения норм права, в сводах

---

[1] Конституции буржуазных государств. С. 21.

[2] Федеральный закон от 14 июня 1994 г. «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»; Указ Президента Российской Федерации от 23 мая 1996 г. «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти» (Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 8. Ст. 801; 1996. № 22. Ст. 2663; 1997. № 20. Ст. 2242; 1998. № 33. Ст. 3967).

и собраниях законодательства, в печатных работах, официальных документах.

В соответствии с ч. 2 ст. 107 Конституции Российской Федерации Президент «в течение четырнадцати дней подписывает федеральный закон и обнародует его». Законы публикуются в официальных изданиях — «Российской газете», «Собрании законодательства Российской Федерации».

Неофициальное обнародование законов (и других нормативно-правовых актов) осуществляется в виде сообщения об их издании или изложения их содержания в неофициальных печатных изданиях, радио- и телевизионных передачах, в научных изданиях.

Глава XIX

СИСТЕМА ПРАВА

§ 1. Понятие и структура системы права

Система права представляет собой внутреннее строение, определенный порядок организации и расположения составляющих ее частей, обусловленный характером существующих в обществе отношений. Система права выступает как *внутренняя форма права,* отражающая общественные отношения в той или иной стране. Все составляющие систему права нормы находятся между собой в таких же по своему характеру взаимосвязи и взаимозависимости, как и регулируемые ими общественные отношения[1].

Системность — неотъемлемое свойство любого типа права. Наличие ее указывает на то, что право является не случайным набором разрозненных юридических норм, а целостным устойчивым образованием.

В основе этой целостности и единства лежат многочисленные объективные и субъективные факторы. В повседневной жизни они постоянно переплетаются и взаимодополняются.

Среди *субъективных факторов* следует выделить прежде всего *стремление* и прилагаемые *усилия законодателя* к созданию и развитию такой системы права, которая отличалась бы если не монолитностью и органическим единством, то по крайней мере элементарной слаженностью и непротиворечивостью составляющих ее частей. Ибо от того, как создана и как внутренне организована система права, зависят ее социально-политическая, юридическая и даже идеологическая значимость и эффективность.

К *объективным факторам,* способствующим формированию целостности и единства системы права, нужно отнести те материальные, социальные и иные условия жизни общества, которые определяют не только процесс возникновения и существования системы права, но и объективную необходимость ее слаженного и эффективного функционирования.

Глубокое и разностороннее изучение системы права с неизбежностью предполагает рассмотрение ее с философских позиций, с точки зрения общего системного подхода. Это означает прежде всего, что система права должна рассматриваться не вообще, «в общем и целом», а строго дифференцированно, с выделением и изучением формирующих ее составных частей, с глубоким их анализом.

---

[1] *Иванников И. А.* Теория государства и права. Ростов-на-Дону, 2001. С. 191—202.

Помимо того, систему права, равно как и любую иную систему, следует рассматривать под углом зрения *характера взаимосвязей и взаимодействия* между составляющими ее элементами, *уровня целостности правовой системы, особенностей* формирующей ее и постоянно воздействующей на нее *экономической, социальной, политической и иной среды.*

При рассмотрении системы права в плане ее внутреннего строения и особенностей расположения составляющих ее частей в отечественной и зарубежной научной литературе принято говорить о *структурном анализе системы права, о характере и содержании ее структуры.* При этом составные части системы права обычно именуются *структурными элементами.*

Система права — весьма сложный, многоуровневый комплекс, структурными элементами которого, существующими и функционирующими на разных уровнях, являются отрасли, институты и нормы.

Нормы права составляют основу, базис любой системы права. Это тот строительный материал, из которого создаются все отрасли и институты права. Нормы права являются первичными элементами системы права. Они исходят (издаются или санкционируются государственными органами) от государства и представляют собой общеобязательные правила поведения. Нормами права регулируются не все, а лишь наиболее важные для жизнедеятельности всего общества и граждан отношения. Что же касается остальных общественных отношений, то они регулируются неправовыми нормами.

Институты права — относительно обособленные группы взаимосвязанных между собой юридических норм, регулирующих определенные разновидности общественных отношений. По сравнению с нормами — первичными структурными элементами системы права — институты являются более емкими по своему характеру и содержанию составными частями, вторичными структурными элементами системы права.

Каждым в отдельности институтом права регулируются не все, а лишь *однородные* общественные отношения. Соответственно каждым институтом права в зависимости от вида и особенностей опосредуемых им отношений охватываются не все, а лишь отдельные, качественно определенные, относительно самостоятельные и автономные совокупности правовых норм.

Институты права существуют и функционируют в пределах отраслей права. Вместе с составляющими их нормами они формируют структуру каждой отрасли права.

Например, конституционное право России состоит из таких институтов, как институт гражданства — совокупность норм, регулирующих общественные отношения, связанные с приобретением, осуществлением, изменением или утратой лицом статуса гражданина того или иного государства; институты, определяющие место и роль конкретного государственного органа в общей системе государственных органов; институты, устанавливающие порядок формирования и деятельности политических партий, общественных организаций и движений, и др.

Гражданское право России включает в себя множество институтов, касающихся обязательственных прав граждан, купли-продажи, контрактации, подряда, поставок товаров, аренды, проката, найма, займа, перевозок, страхования, хранения товаров, дарения и пр.

В трудовом праве России есть институты, связанные с заключением и осуществлением трудовых договоров, начислением и выплатой заработной платы, соблюдением трудовой дисциплины, оформлением пенсии и уходом на заслуженный отдых, и др.

Наряду с институтами, действующими в пределах отрасли права, существуют, хотя и немногочисленные, институты, вбирающие в себя нормы нескольких отраслей права. В научной и учебной юридической литературе их называют *смешанными институтами*. В качестве примера можно сослаться на институт дисциплинарной ответственности. Он по всем свойственным ему признакам является институтом трудового права России. Администрация предприятия или учреждения, где совершаются трудовые нарушения, вправе применять к виновным дисциплинарные взыскания. Это происходит в рамках трудового права. Однако если дисциплинарные взыскания оспариваются в судебном порядке, то рассмотрение данного трудового спора осуществляется уже в рамках другой отрасли — гражданского процессуального права.

Отрасли права являются самыми крупными составляющими частями системы права. Они представляют собой совокупность относительно обособленных, автономных юридических норм, регулирующих *определенную область (сферу)* общественных отношений. Так, совокупность норм права, опосредующих трудовые отношения, образует отрасль трудового права России; нормы права, опосредующие финансовые отношения, формируют отрасль российского финансового права; нормы права, закрепляющие и регулирующие земельные отношения, создают отрасль земельного права.

В зависимости от значимости для жизнедеятельности государства, общества и граждан регулируемых общественных отношений каждая отрасль занимает в системе права определенное положение. Ведущую роль среди отраслей российского права занимает конституционное (государственное) право. За ним в системе права следуют остальные отрасли права, а именно: административное, финансовое, земельное, сельскохозяйственное, гражданское, трудовое, экологическое, семейное, уголовное, исправительно-трудовое, уголовно-процессуальное, гражданско-процессуальное право и др.

Особое место среди отраслей и институтов права занимает международное право. Оно не входит ни в одну национальную систему права. Предметом его регулирования являются не внутригосударственные, а межгосударственные отношения. Международное право состоит из двух частей — международного публичного и международного частного права.

Каждая отрасль права представляет собой не случайный набор составляющих ее норм и институтов, а целостное образование, систему, точнее, по отношению к системе права в целом подсистему. Каждая отрасль права, в свою очередь, выступает в качестве общей системы по отношению к системе (подсистеме) институтов права.

Таким образом, в рамках системы права в целом существуют менее общие составляющие ее системы (подсистемы) в виде институтов и отраслей права. Все они органически связаны между собой, взаимодействуют, дополняют друг друга. Благодаря их взаимосвязи и взаимодействию формируется цельное, внутреннее единое, состоящее из институтов и отраслей образование — система права.

Систему права не следует смешивать с двумя другими близкими, но не идентичными ей понятиями — правовой системой и системой законодательства.

Если под системой права, как было отмечено, понимается внутреннее строение, определенный порядок организации и расположения составляющих ее частей, то под *правовой системой* разумеется вся правовая структура страны, правовая организация всего общества, складывающаяся из совокупности всех юридических средств, институтов и учреждений, функционирующих в его пределах. Это не только нормы права, но и правовая идеология, правосознание, правовая культура, правовая практика и т. п.

Система законодательства представляет собой совокупность существующих в том или ином государстве нормативно-правовых актов (законов, указов, статутов, декретов, постановлений правительства и др.), подразделяющуюся в соответствии с различными критериями на качественно определенные составные части.

По сравнению с системой права, имеющей объективный характер, система законодательства в значительной мере подвержена целенаправленному воздействию со стороны правотворческих органов. Она не только создается, но и в своем развитии направляется ими. Во многом ее существование и функционирование обусловливаются волей и нормотворческими устремлениями законодателя.

§ 2. Критерии деления права на отрасли и институты

Деление системы права на отрасли и институты не есть выражение какого бы то ни было благого пожелания или намерения ученых-юристов и государственных деятелей. Это объективная необходимость, отражающая реально существующее в обществе разнообразие социальных отношений и опосредующих их правовых норм. Вместе с тем это выработанная и осознанная обществом академическая и практическая потребность.

Какие причины вызывают необходимость разделения действующего права на составные части — «отделы»? — вопрошал еще в начале XX в. Г. Ф. Шершеневич. И отвечал: теоретическая, педагогическая, практическая причины. «С теоретической стороны,— отмечал автор,— в нормах права наблюдается внутреннее различие по их характерным чертам, которое требует соответствующей классификации. С педагогической стороны огромный, все нарастающий материал права не допускает одновременного изучения его без разделения на части. Наконец, с практической точки зрения то обстоятельство, что разным органам управления, особенно судам, приходится иметь дело с различными

группами норм, побуждает найти более или менее твердые основания для разграничения подведомственности. Все эти причины вызвали в науке ряд попыток к разделению права»[1].

Необходимость подразделения системы права на различные составные части существовала в обществе всегда. Однако подходы к решению этой проблемы были далеко не всегда одинаковыми.

Немецкий ученый Варнкониг предлагал, например, подразделять систему права на составные части в зависимости «от степени их защищенности». Такими составными частями он считал частное, публичное и международное право[2]. По мнению автора, наиболее защищенным со стороны государства является частное право, менее защищенным — публичное право, еще менее защищенным — международное право.

Нетрудно видеть, что критерий деления системы права на составные части в зависимости от степени их защищенности имеет, скорее, субъективный, нежели объективный характер.

Другой немецкий ученый, известный юрист второй половины XIX — начала XX в., О. Гирке, делил систему права на две части: право индивидуальное и право социальное. В основе деления лежал такой своеобразный критерий, как осознание человеком самого себя в виде «обособленного индивида» и одновременно «как члена общественного целого»[3].

Данный критерий имел не менее субъективный характер, чем ранее приведенный. В силу этого он не мог длительное время удовлетворять научные и практические потребности деления системы права на составные части.

Одним из наиболее устоявшихся и широко признанных в западной юриспруденции подходов к делению системы права на составные части является подразделение на *публичное и частное право*. Это деление получило признание еще в Древнем Риме и распространяется на все системы права, обслуживающие институт частной собственности, и все возникающие и развивающиеся на его основе общественные отношения.

Критерием классификации правовых норм на нормы публичного и частного права являются выполняемая ими в обществе роль и их целевое назначение. Нормы, обслуживающие в первую очередь общезначимые (публичные) интересы — интересы общества и государства, относятся к отрасли публичного права. Все же остальные нормы, т. е. те, которые имеют своим непосредственным назначением защиту частных интересов граждан, образуют отрасли частного права.

Публичное право, писал в связи с этим известный римский юрист Ульпиан, «есть то, которое относится к положению государства (ad statum rei publicae), частное — которое относится к пользе отдельных лиц (ad singulorum utilitatem)»[4].

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 3. М., 1912. С. 515—514.

[2] *Wornkonig N.* Juristische Encyclopedie. Berlin, 1853. S. 64—85.

[3] *George O.* Deutsches Privatrecht. B. 1. Berlin, 1895. S. 28—32.

[4] Цит. по: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 552.

Деление системы права на публичное и частное признавалось в России вплоть о революции 1917 г. Оно поддерживалось и развивалось в работах таких государствоведов и правоведов, как П. И. Новгородцев, Н. М. Коркунов, Л. И. Петражицкий, Г. Ф. Шершеневич и др.

С проведением национализации в стране, приведшей к ликвидации института частной собственности и исчезновению покоящихся на нем общественных отношений, деление системы права на публичное и частное постепенно стало утрачивать свой первоначальный смысл. Позиция официальных властей по этому поводу была достаточно четко сформулирована В. И. Лениным еще в 1922 г. в письме наркому юстиции РСФСР Д. И. Курскому в связи с подготовкой первого советского Гражданского кодекса. Глава советского Правительства писал: «Мы ничего «частного» не признаем, для нас *все* в области хозяйства есть *публично-правовое,* а не частное». В связи с этим рекомендовалось «расширить применение государственного вмешательства в «частно-правовые» отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры; применять к «гражданским правоотношениям» наше *революционное правосознание*»[1].

Деление системы права России, равно как и других стран, упразднивших институт частной собственности, на публичное и частное право было полностью заменено делением ее на отрасли и институты.

В настоящее же время в системе права России при сохранении ее деления на отрасли и институты все шире используется классификация права на публичное и частное. В основе такого деления лежат два критерия: предмет и метод правового регулирования. Первый из них считается главным, второй — вспомогательным.

Предмет правового регулирования представляет собой совокупность качественно однородных общественных отношений, которые регулируются нормами, относящимися к той или иной отрасли права.

Юридические нормы в своей совокупности образуют отрасль права, сообразуясь со спецификой соответствующих взаимосвязанных между собой общественных отношений. Качественная особенность и относительная обособленность различных групп общественных отношений предопределяют и своеобразие регулирующих их правовых норм.

Например, своеобразие норм гражданского права обусловливается тем, что они, в отличие от правовых норм, опосредующих трудовые, финансовые, семейные и иные отношения, регулируют лишь имущественные и непосредственно связанные с ними личные неимущественные отношения. В некоторых особо предусмотренных законом случаях с помощью норм гражданского права регламентируются и иные личные неимущественные отношения, такие, в частности, как защита чести и достоинства.

Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) содержит особую статью, в которой поясняется, какие именно отношения могут регулироваться нормами гражданского права. В ней, в частности, пре-

[1] *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398.

дусмотрено, что гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует 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». И далее: «Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск 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» (ст. 2).

Под методом правового регулирования понимается способ воздействия норм права на те или иные общественные отношения, на поведение людей.

Метод правового регулирования не устанавливается произвольно законодателем или правоприменительными органами, а обусловливается объективными жизненными обстоятельствами. Он непосредственно определяется характером и содержанием регулируемых отношений, предметом правового регулирования.

В зависимости от особенностей регулируемых отношений метод правового регулирования может выражаться различными путями. Это может быть, например, прямое предписание определенных действий или, наоборот, воздержания от них. Это могут быть рекомендации или предоставление возможности свободного выбора из различных вариантов поведения, другие способы воздействия норм права на общественные отношения.

В научной и учебной юридической литературе обычно выделяют два основных метода правового регулирования. Один из них называется авторитарным методом, а другой — методом автономии.

Авторитарный метод, или, как его еще нередко называют, *метод властных предписаний* (императивный метод), представляет собой такой способ правового регулирования. При котором лицу или лицам — участникам (субъектам) правоотношений предоставляется лишь один строго определенный вариант поведения, при этом нормами права точно определяются порядок возникновения и прекращения, характер, объем и содержание прав и обязанностей сторон — участников общественных отношений, урегулированных с помощью данных норм права.

Метод властных предписаний широко применяется главным образом в административном, финансовом и ряде других отраслей российского права. Характерной особенностью норм этих отраслей является то, что одной из сторон в возникающих на их основе правоотношениях является государственный орган, который обладает определенными правами и не несет при этом никаких по отношению к другим участникам данных правоотношений обязанностей.

Авторитарный метод правового регулирования может проявляться в установлении не только властных предписаний, указаний, но и правовых запретов на совершение недозволенных с точки зрения законодателя действий. Типичный пример использования запретов как способа воздействия законодателя на общественные отношения и поведение людей — уголовное право. Нормами данной отрасли права под угрозой применения уголовно-правовых мер (санкций) запрещается совершать действия, наносящие ущерб интересам как личности, так и общества и государства.

Суть другого метода правового регулирования — *метода автономии, или диспозитивного метода,* как его иногда называют, заключается в том, что нормами права устанавливаются не запреты или предписания определенного поведения, а лишь пределы, в которых участники общественных отношений самостоятельно определяют варианты своего взаимного поведения, самостоятельно устанавливают свои взаимные права и обязанности. Данный метод регулирования применяется главным образом в гражданском, коммерческом и других отраслях российского права, где стороны — участники правоотношений выступают как равноправные субъекты. Принятые ими на себя права и обязанности могут изменяться или прекращаться по взаимному согласию.

Из вышесказанного следует, что метод правового регулирования довольно четко соотносится с определенной отраслью права. В одних отраслях права действует преимущественно авторитарный метод правового регулирования, основанный на становлении властных предписаний и запретов, в других — метод автономии, ограничивающийся лишь установлением нормами права пределов дозволенного поведения.

Однако данное соотношение отрасли и метода нельзя абсолютизировать, ибо одна и та же отрасль права может использовать различные методы воздействия на общественные отношения или же их сочетание. Это зависит от характера отношений, регулируемых нормами права.

Глава XX

НОРМЫ ПРАВА

§ 1. Понятие и основные признаки правовых норм

Государственно-правовая теория и практика выработали немало представлений о норме права и ее определении. В конце XIX в. известный русский юрист, профессор Московского университета С. Муромцев писал, что юридическими нормами называются «обыкновенно правила, которые, определяя должные пределы и способ юридической защиты отношений, предписываются властью, регулирующей правовой быт народа: так называемым сознанием общества (обычное право), законодателем (закон), юристами (право юристов)». Юридические нормы, продолжал автор, направляют в значительной степени действия тех органов и лиц, которые держат в своих руках «юридическую защиту отношений»: административных властей, суда, частных лиц — субъектов права. В силу этого юридические нормы составляют «могущественный фактор» правового порядка, и притом фактор непосредственный, ибо они непосредственно влияют на поведение этих субъектов права[1].

Нетрудно заметить, что в определении норм права С. Муромцев делал основной акцент на установлении ими «должных пределов» и «способов юридической защиты отношений», а также на регулятивной («направляющей») функции юридических норм и их роли в установлении и поддержании правопорядка.

Примерно в это же время другой весьма авторитетный русский государствовед, Н. Коркунов, развивал идеи о том, что юридические нормы — прежде всего «суть правила должного» и в этом смысле они *суть веления*. Будучи правилами должного, пояснял он, нормы «не могут дозволять, определять, описывать». Они всегда повелевают, всегда указывают, что и как должно быть сделано для разграничения сталкивающихся интересов[2].

В современной юридической литературе норма права тоже определяется как правило или мера должного поведения. Но вместе с тем выделяются и раскрываются и другие ее формально-юридические признаки.

Среди них: а) непосредственная связь норм права с государством (издаются или санкционируются государством); б) выражение ими государственной воли; в) всеобщий и предоставительно-обязывающий характер правовых норм; г) строгая формальная определенность предписаний, содержащихся в нормах права; д) многократность применения

---

[1] *Муромцев С.* Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 149.

[2] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 120.

и длительность действия правовых норм; е) их строгая соподчиненность и иерархичность; ж) охрана норм права государством; з) применение государственного принуждения в случае нарушения содержащихся в нормах права велений.

Данные признаки с различной степенью точности отражаются в предлагаемых многими авторами определениях нормы права. Например, нормы права рассматриваются как «установленные и обеспеченные государством правила поведения людей по отношению друг к другу», указатель, какие поступки они должны или могут совершать, а какие — нет, а также иные юридические правила, определяющие общие организационные основы и принципы регулирования человеческого поведения[1]. Под правовой нормой понимается также рассчитанное на «регулирование *вида* общественных отношений общее правило поведения», установленное или санкционированное государством и охраняемое от нарушений с помощью мер государственного принуждения. Автор данного определения О. Э. Лейст особо подчеркивает, что норма права всегда есть «правило должного, обращенное в будущее».

В отличие от обычных команд, велений и распоряжений по конкретным вопросам *норма права адресована не отдельному лицу, а кругу лиц*. Ее действие не исчерпывается исполнением, а рассчитано на неограниченное число случаев, на многократное применение. Правовая норма продолжает действовать после реализации ее в общественных отношениях и поведении людей[2].

Среди важнейших черт норм права следует особо указать на их *всеобщий характер*. Норма права не предусматривает и не может предусмотреть в деталях каждое в отдельности жизненное обстоятельство. Она ориентируется лишь на типовые, вбирающие в себя сходные признаки жизненные ситуации, при которых возникает необходимость или потребность ее применения.

Норма права выступает в качестве своеобразной меры, равного масштаба, применяемого при оценке поведения разных людей. Она является критерием определения правильности или неправильности, точнее, правомерности или неправомерности действий различных субъектов правоотношений. Норма права выступает также в качестве своеобразного определителя соответствия или несоответствия воле законодателя образа действий и поведения в тех или иных предусмотренных нормами жизненных обстоятельствах часто заранее неизвестных людей.

Степень общности норм права различна. В Российской Федерации, например, наиболее общий характер имеют Конституция и федеральные конституционные и федеральные законы. Они обращены ко всем без исключения гражданам России, а некоторые из них — также к иностранцам и лицам без гражданства.

Таковы в Конституции Российской Федерации ст. 2, закрепляющая, что человек, его права и свободы «являются высшей ценностью» и что

---

[1] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 159.

[2] Теория государства и права: Курс лекций. Т. II / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 1995. С. 70.

«признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина» — обязанность государства; ст. 3 (ч. 4), предупреждающая, что «никто не может присваивать власть в Российской Федерации» и что захват власти или присвоение властных полномочий преследуются по федеральному закону; ст. 54, провозглашающая, что закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет и что «никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением».

На уровне субъектов Федерации наиболее общими являются нормы, обращенные к гражданам, проживающим на его территории, а также к пребывающим в его пределах лицам без гражданства и иностранцам.

В качестве одного из многочисленных примеров можно сослаться на ст. 3 Степного Уложения (Основного закона) Республики Калмыкия, гласящую, что в Республике Калмыкия признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина и что «Республика Калмыкия стремится создать условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие своих граждан».

Статья 29 Конституции (Основного закона) Республики Саха (Якутия) обязывает граждан этой республики, а также лиц, находящихся на территории республики, не являющихся ее гражданами, строго соблюдать «Конституцию и законы Республики Саха (Якутия)». А ст. 32 Конституции этой же республики вменяет в обязанность каждому гражданину заботиться о сохранении жизни и здоровья своих сограждан, «уважать нравственно-этические ценности и нормы взаимоотношений, сложившихся в условиях Севера».

Менее общий характер по сравнению с конституционными нормами на уровне Федерации и ее субъектов имеют нормы права, относящиеся к отраслям и институтам права, а также нормы, обращенные лишь к отдельным слоям или группам населения (студентам, военнослужащим, должностным лицам, пенсионерам и др.).

К отличительным чертам нормы права как исходной ячейки всей системы права относятся содержание и выражение в ней *государственной воли*. В отечественной юридической литературе разных лет — в дореволюционных и послереволюционных источниках на место государственной воли нередко ставилась воля монарха, господствующего слоя, элиты, наконец, господствующего класса.

Исходя из этого норма права зачастую определялась в виде правила поведения, которое государство «как организация классового господства признает необходимым для охраны интересов господствующего класса» и соблюдение которого оно обеспечивает всей мощью своей принудительной власти[1].

Между представлением о норме права как выразителе воли господствующего слоя, группы или класса, с одной стороны, и как носителе государственной воли — с другой, нет никакого, даже скрытого противоречия. Дело в том, что воля господствующего слоя, группы или класса для того, чтобы воплотиться в нормах права, стать их реальным со-

[1] *Голунский С. А., Строгович М. С.* Теория государства и права. М., 1940. С. 246.

держанием, должна в обязательном порядке пройти через государственный нормотворческий механизм, с неизбежностью трансформироваться в государственную волю. Разумеется, что последняя в любом государстве носит не абстрактный, а вполне конкретный, соответствующий интересам власть имущих слоев, групп или классов характер и направлена на строго целевое в социальном плане регулирование поведения всех участников правоотношений.

Н. М. Коркунов высказывал, в противоположность сложившемуся мнению о волевом характере права, идею о том, что не все нормы права выражают государственную или любую иную — групповую или классовую волю. Не следует забывать, писал он, как это обыкновенно бывает, что «все юридические нормы были установлены сознательною волей, были актом чьей-либо воли, чьими-либо велениями». Правило должного всегда содержит в себе «веление действовать так или иначе, но не всегда само есть веление чьей-либо воли». Поясняя свою мысль, автор продолжал, что все технические правила «суть не чьи-либо велення», а необходимые логические выводы из законов соответствующих явлений. Точно так же и нравственные нормы, которые нисколько не составляют части божественного откровения, не устанавливаются волей, а вытекают из нравственного чувства. То же самое применимо и к юридическим нормам. Насколько они слагаются в форме юридических обычаев, настолько они не представляются актами «повелевающей воли».

Идеи Н. М. Коркунова далеко не бесспорны. Технические и нравственные нормы не являются правовыми, поэтому они, естественно, не могут выражать государственную волю. Что же касается юридических (правовых) обычаев, то они становятся таковыми не сами по себе, а в результате санкционирующей деятельности государства. Санкционирование обычаев, так же как и издание правовых норм, с неизбежностью влечет за собой наполнение их содержания государственной, «повелевающей волей».

Важный признак правовой нормы — ее *предоставительно-обязывающий характер*. Регулируя общественные отношения, норма права устанавливает (предоставляет) для одного участника этих отношений определенные полномочия или права, а на другого возлагает соотносящиеся с ними юридические обязанности. Для одной стороны норма права предусматривает охраняемое и гарантируемое государством возможное поведение (право), а для другой стороны — обеспеченное угрозой государственного принуждения должное поведение (обязанность).

Например, предоставляя гражданам России конституционное право на социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в других случаях, предусмотренных законом, государство в то же время возлагает на органы государственного обеспечения соответствующие юридические обязанности.

Нормы права отличаются своей *системностью и иерархичностью* по отношению друг к другу, а также *строго формальной определенностью*.

Каждая норма права существует не сама по себе, не в изоляции от других норм, а в тесной взаимосвязи и взаимодействии, в единой систе-

ме с другими правовыми нормами[1]. Кроме того, в отличие от иных социальных норм, таких, скажем, как нормы морали, правовые нормы располагаются не только по горизонтали, но и по вертикали. Иерархия правовых норм обусловлена различной юридической силой нормативно-правовых актов. Она складывается из системы норм, содержащихся в конституционных актах (законах), текущих, или обычных, законах и в подзаконных актах.

Специфическим признаком норм права является их охрана и обеспеченность *государственным принуждением*. Речь идет не только и даже не столько о реально применяемом, сколько о потенциально существующем государственном воздействии на правонарушителя. Среди мер государственного воздействия выделяются гражданско-правовые, уголовно-правовые, административно-правовые и иные меры. Основной целью их применения, обусловленной характером правонарушения, могут выступать наказание правонарушителя, возмещение причиненного его противоправными действиями вреда, восстановление нарушенного права, выполнение невыполненных обязательств.

Разумеется, говоря о мерах государственного воздействия на правонарушителей, не следует полагать, что нормы права реализуются лишь из-за существования угрозы государственного принуждения. Огромную роль играют воспитательные меры, авторитет государства и права у своих граждан, меры убеждения.

Еще С. Муромцев обращал внимание на то, что «направляющее значение юридических норм обусловлено, очевидно, особым авторитетом, который принадлежит в обществе власти, формулирующей нормы»,— авторитетом, основанным отчасти на внутренней, отчасти на внешней силе власти.

Однако эта сила, предупреждал автор, «будучи всегда более или менее значительна, никогда не бывает абсолютна». Она действует лишь наряду и совместно с другими силами, которые также оказывают влияние на реализацию норм права и образование правового порядка и «могут расходиться с нею в своем направлении»[2].

Мнение известного русского юриста, высказанное более ста лет назад, сохраняет свою актуальность и поныне.

§ 2. Структура и формы изложения норм права

Нормы права, будучи относительно самостоятельными правовыми явлениями, отличаются не только своей сущностью, содержанием и назначением, но и своей структурой.

Структура нормы представляет собой ее внутреннее строение, внутреннюю форму, способ связи и порядок расположения составляющих ее структурных элементов.

---

[1] См.: *Лучин В. О.* Конституционные нормы и правоотношения. М., 1997.

[2] *Муромцев С.* Указ. соч. С. 149—150.

В научной и учебной юридической литературе структуру нормы права иногда называют *микроструктурой*, сравнивая ее со структурой всей системы права, которую определяют как *макроструктуру*. В таком определении есть, несомненно, свой резон, ибо возникает возможность глубже и разностороннее изучить структуру нормы права, рассмотрев ее не только изнутри, со стороны составляющих ее структурных элементов, но и извне, со стороны окружающих ее правовых явлений.

Среди авторов, занимающихся проблемами структуры правовых норм, нет единого мнения об их содержании и внутреннем строении.

Следуя своеобразной, установившейся еще в дореволюционной юридической науке традиции, ряд современных авторов считают, например, что норма права состоит из двух частей — гипотезы и диспозиции или диспозиции и санкции.

Н. М. Коркунов, полагавший, что юридические нормы «суть не только веления, но вместе с тем суть всегда условные веления», исходил, в частности, из того, что «каждая юридическая норма состоит естественно из двух элементов: из определения условий применения правила и изложения самого правила». Первый элемент называется гипотезой, или предположением, второй — диспозицией, или распоряжением. Каждая юридическая норма, пояснял ученый, может быть выражена в форме «если — то». Например, если у умершего несколько сыновей, то имущество между ними делится поровну. Или: если кто-то похитит какую-либо чужую вещь, то он подвергнется тюремному заключению[1].

Говоря о гипотезе и диспозиции, Н. М. Коркунов не только не исключал, но и, наоборот, предполагал необходимость наличия санкции. Юридические нормы, писал он, как веления, обращенные к сознательной воле человека, «могут быть им не соблюдаемы и потому для своей силы нуждаются в особых обеспечениях их действительного соблюдения». «Необходимо каким-нибудь образом понудить к исполнению юридических норм, иначе они остались бы мертвою буквою. Средства понуждения к исполнению юридических норм называются их санкцией»[2].

Однако, акцентируя внимание на необходимости существования санкции, ученый не считал ее, судя по его рассуждениям, составной частью структуры нормы права. Она рассматривалась им как относительно самостоятельная величина (явление) по отношению к структуре нормы права, как самостоятельно существующее «средство понуждения».

Идея о двухзвенной структуре правовой нормы была подхвачена последующими поколениями отечественных и зарубежных юристов и в разных вариациях развивалась дальше. Однако она не стала доминирующей в государственно-правовой науке.

Доминирует, и не без оснований, идея *трехзвенной структуры* правовой нормы. То есть норма права состоит не из двух, а из трех составных элементов — гипотезы, диспозиции и санкции.

---

[1] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 124, 125.

[2] Там же. С. 133.

Гипотеза представляет собой часть правовой нормы, содержащую указание на конкретные жизненные обстоятельства, условия, при которых данная норма вступает в действие, реализуется. Спектр таких жизненных обстоятельств и всякого рода условий широк и разнообразен. Гипотеза может выражаться, в частности, в указании на сроки вступления в действие правовой нормы, на достижение определенного возраста гражданина — субъекта права, на время и место совершения того или иного события, на «принадлежность» гражданина к тому или иному государству.

Например, в нормах ст. 59 (ч. 2) и 60 Конституции Российской Федерации, предусматривающих, что «гражданин Российской Федерации несет военную службу в соответствии с федеральным законом» и что «гражданин Российской Федерации может самостоятельно осуществлять в полном объеме свои права и обязанности с 18 лет», гипотезой является факт принадлежности лица к конкретному государству Российской Федерации, факт гражданства. Гипотеза указывает, что данные нормы права касаются лишь граждан Российского государства и не относятся ко всем другим лицам, проживающим на его территории.

В нормах Уголовного кодекса Франции (и ряда других стран), предусматривающих тюремное заключение на срок один год и штраф в 100 тыс. франков за «похищение любым родственником по восходящей линии по закону, по рождению или приемным несовершеннолетнего ребенка у тех, кто осуществляет родительские права, или тех, кому он был доверен или у кого постоянно проживает», в качестве гипотезы, т. е. условия применения этой нормы, выступает факт принадлежности к конкретным родственным связям, факт родства. Данная норма права не касается лиц, не являющихся родственниками похищенного несовершеннолетнего ребенка. К ним применима другая норма права, предусматривающая иное, гораздо более тяжкое наказание. Гипотезой в этом случае будет указание не на родственные связи лиц-похитителей, а на то, что они не являются таковыми[1].

Диспозиция — составная часть нормы права, в которой содержится собственно само правило поведения, указание на права и обязанности сторон — участников правоотношений, возникающих и реализующихся на базе соответствующей нормы. Диспозиция является основой, ядром нормы права, без диспозиции немыслимо ее существование.

Ввиду того, что законодатель по-разному формулирует содержание диспозиции, иногда требуются определенные логические операции для того, чтобы точно определить круг сторон — участников возникающих на базе данной нормы правоотношений, а также их права и обязанности. Подобная ситуация особенно часто возникает тогда, когда диспозиция дается не в прямой, а в *описательной форме* и когда требуется указание на основные признаки противоправного деяния или деяний (кража, грабеж, вымогательство, шантаж и др.).

Весьма четко и доступно излагается содержание нормы права (диспозиция) и указывается на права и обязанности сторон в договорах по-

[1] Новый Уголовный кодекс Франции. М., 1993. Ст. 227-7, 227-8.

ручительства, подряда, купли-продажи, залога и других гражданско-правовых сделках.

Яркой иллюстрацией четкого определения диспозиции и указания на права и обязанности сторон может служить, в частности, ст. 359 Гражданского кодекса России, регулирующая отношения, возникающие из договора о залоге. В ней говорится, что «кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещения кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено». Диспозиция в данном случае довольно четко и целенаправленно (на исполнение требований закона) определяет права кредитора (удерживать вещь «до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено») и обязанности должника (добросовестно исполнить лежащее на нем «соответствующее обязательство»).

Санкция представляет собой такую часть правовой нормы, в которой указаны последствия ее нарушения или неисполнения, предусматриваются меры государственного воздействия в отношении ее нарушителей[1].

Санкция всегда выражает реакцию государства в лице его судебных, правоохранительных и иных органов на противоправное поведение граждан или организаций. Именно санкция придает юридическим нормам, всему праву общеобязательный характер.

В зависимости от *характера мер государственного воздействия* санкции подразделяются на штрафные (карательные) и правовосстановительные.

Карательные санкции заключаются в лишении правонарушителя определенных благ, в наказании его путем лишения свободы, ссылки, высылки, путем осуждения его на выполнение принудительных работ и т. д. Карательные санкции состоят также в возложении на виновное лицо особых обязательств, например в виде уплаты пени, штрафа, а также в официально-властном осуждении и порицании (условное осуждение, выговор, предупреждение и т. п.) противоправного поведения.

Смысл *правовосстановительных санкций* состоит в восстановлении нарушенного права, в принуждении к исполнению невыполненной обязанности или же в возложении на лицо или организацию обязанности возместить незаконно причиненный ущерб. Согласно российскому гражданскому законодательству, а именно ст. 307 ГК, в частности, у лица, причинившего вред другому лицу, возникает обязательство совершить в его пользу «определенное действие», как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п. либо воздержаться от определенного действия.

Для более глубокого и разностороннего понимания структуры нормы права, равно как и ее составных частей, важное значение имеет рассмотрение *способов изложения норм права*. В правовой теории

[1] См.: *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву. М., 1981.

и практике довольно часто возникает вопрос о том, как располагаются нормы права в текстах (частях, разделах, статьях) нормативно-правовых актов, и в частности, как соотносится структура нормы права со структурой ее статей (пунктов). Анализ такого соотношения показывает, что здесь возможны и в действительности существуют различные варианты.

Один из них заключается в том, что при подготовке, а затем принятии и издании нормативно-правового акта законодатель излагает структуру нормы права таким образом, что все ее составные части — гипотеза, диспозиция и санкция — полностью совпадают со структурой статьи или даже всего акта.

Этот способ изложения правовых норм в статьях нормативно-правовых актов в юридической литературе называют *прямым*.

В действующем законодательстве России (и других стран) полное совпадение структуры нормы права и статьи имеет место далеко не всегда. При этом возможны самые различные варианты-комбинации. Например, в одной статье нормативно-правового акта может содержаться несколько полных правовых норм или в одной статье могут быть только одна или две составные части нормы или норм. Для конституционного права довольно типична ситуация, когда в статье содержатся только гипотеза и диспозиция нормы права, а санкция находится в актах, развивающих то или иное конституционное положение. Например, возьмем ст. 26 (ч. 1) Конституции Российской Федерации, гласящую, что «каждый вправе определять и указывать свою национальную принадлежность. Никто не может быть принужден к определению и указанию своей национальной принадлежности». Здесь содержатся две гипотезы и две диспозиции. Что же касается санкции за нарушение данного конституционного положения, то она предусмотрена другими нормативно-правовыми актами.

Для уголовного и некоторых других отраслей права довольно распространен способ изложения правового материала, при котором одни составные части нормы права формулируются в полном объеме, другие же — лишь в общем виде или вообще не раскрываются в данной статье, а содержат отсылку к другой или к другим родственным статьям. Такой способ изложения нормы права именуется *отсылочным*.

В качестве одного из примеров можно сослаться на ст. 313-7 Уголовного кодекса Франции, предусматривающую дополнительные наказания за мошенничество. Она гласит, что физические лица, виновные в совершении противоправных деяний, «предусмотренных в ст. 313-1, 313-2, 313-4 и 313-6», подвергаются следующим дополнительным наказаниям: временное лишение политических, гражданских и семейных прав, запрещение заниматься профессиональной или иной общественной деятельностью, при осуществлении которой или в связи с осуществлением которой были совершены эти деяния, и др. В данной статье довольно четко сформулированы гипотеза и дополнительная санкция. Что же касается диспозиции, то она содержится в ст. 313-1, 313-2, 313-4 и 313-6, к которым законодатель отсылает правоприменителя. В них говорится о признаках мошенничества, о деяниях, «примыкающих

к мошенничеству», и об основных санкциях, предусмотренных за совершение преступных деяний, именуемых мошенничеством.

Отсылочный способ изложения нормы права следует отличать от *бланкетного.* Особенность последнего заключается в том, что в статье может содержаться лишь один из элементов структуры нормы права, а другой или другие могут только подразумеваться. Бланкетный способ изложения предполагает получение сведений об остальных элементах нормы права в *других нормативно-правовых актах.* Например, когда в Уголовном кодексе или Кодексе об административных правонарушениях России говорится об ответственности граждан за нарушение Правил дорожного движения или других аналогичных правил, то становится очевидным, что имеющиеся гипотеза — «граждане» и санкция — указание на меру ответственности — подразумевают и соответствующую диспозицию, существующую отдельно от них, в виде *самостоятельного акта* — Правил дорожного движения.

§ 3. Основные виды правовых норм

Чтобы глубже изучать и эффективно применять нормы права, их классифицируют в соответствии с различными критериями. В качестве последних могут быть характер и содержание норм права, предмет их регулирования, особенности структуры в целом и составных частей (гипотезы, диспозиции и санкции), принадлежность к тем или иным институтам и отраслям права.

Одной из наиболее простых и распространенных классификаций норм права является их подразделение в зависимости от *характера регулируемых ими отношений* на нормы материального и нормы процессуального права.

Материальные нормы права регулируют экономические, политические, социальные, идеологические и иные материальные отношения; определяют правовой статус граждан, их разнообразные права и обязанности. С помощью материальных норм регламентируются взаимоотношения граждан между собой и с создаваемыми ими общественными органами и организациями. Материальные нормы права опосредуют деятельность политических партий, государственных органов и организаций, должностных лиц. Ими определяются компетенция государственных органов, их структура, сфера деятельности, характер взаимоотношений с гражданами и между собой, форма правления, государственный режим, форма государственного устройства.

Материальные нормы права устанавливают не только статус, субординацию и рамки деятельности государственных органов, но и принципы их организации и деятельности.

Процессуальные нормы права, в отличие от материальных, не регулируют ни экономических, ни политических, ни каких бы то ни было иных отношений, а лишь закрепляют процессуальные формы (процедуру, правила, порядок) осуществления и защиты предусмотренных материальными нормами прав. Процессуальные нормы содержатся в основном в таких отраслях права, как гражданское процессуальное право,

арбитражное процессуальное право и уголовно-процессуальное право. Имеются они и в других отраслях права.

В юридической литературе материальные нормы права вполне обоснованно считаются как бы первым слоем права, правовой основой общества и государства, а процессуальные — как бы вторым слоем, юридические способы охраны, защиты, поддержания и восстановления первого слоя.

Нормы права классифицируются также в зависимости от их *отраслевой принадлежности и их прямого отношения к тем или иным институтам права.*

По отраслевому принципу нормы права подразделяются соответственно на нормы конституционного, административного, гражданского, уголовного, уголовно-процессуального и иных отраслей права.

В зависимости от их прямой связи и принадлежности к различным институтам нормы права определяются соответственно в рамках каждой в отдельности отрасли права.

Например, в рамках конституционного права нормы права подразделяются на нормы, регулирующие отношения, возникающие по поводу гражданства, прав и свобод граждан, формы правления и формы государственного устройства, порядка формирования и деятельности государственных органов.

В гражданском праве в зависимости от принадлежности к различным институтам выделяются группы норм права, регулирующие отношения, касающиеся ценных бумаг, различных гражданско-правовых сделок, исков, права собственности и других вещных прав.

Большое теоретическое и практическое значение имеет классификация норм права в зависимости *от характера содержащихся в них предписаний.* По этому критерию нормы права подразделяются на управомочивающие, обязывающие и запрещающие.

Под *управомочивающими* понимаются нормы, предоставляющие возможность участникам правоотношений действовать тем или иным образом. В них акцентируется внимание на правах субъектов, на допустимости совершения ими определенных действий.

Специфика *обязывающих* норм, как это следует уже из их названия, заключается в том, что они обязывают субъекта права совершить определенные положительные действия. В случае отказа лица совершить эти действия наступают негативные для него юридические последствия.

В ст. 24 ГК РФ закреплено, что «гражданин отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом, за исключением имущества, на которое в соответствии с законом не может быть обращено взыскание.

Перечень имущества граждан, на которое не может быть обращено взыскание, устанавливается гражданским процессуальным законодательством».

Примером обязывающей нормы может служить и норма ст. 331 ГК, обязывающая заключать соглашение сторон о неустойке в письменной форме «независимо от формы основного обязательства». Несоблюдение

данного требования влечет за собой недействительность соглашения о неустойке.

Особенность *запрещающих* норм права заключается в том, что они устанавливают обязанность не совершать определенные действия, запрещают определенные варианты поведения. К запрещающим нормам относятся все нормы уголовного права, значительная часть норм административного права. Содержатся такие нормы и в других отраслях права.

Например, в конституционном праве России имеются нормы, которые запрещают создание и деятельность 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 (ст. 13 Конституции Российской Федерации).

Классификация правовых норм проводится и в зависимости от *характера актов,* в которых содержатся нормы права. По этому основанию различают нормы права, которые содержатся в законах и подзаконных актах (постановлениях правительства, приказах министров и т. д.). В свою очередь, нормы, содержащиеся в законах, подразделяются на нормы конституционных и нормы текущих (обычных) законов. Такая классификация, определяющая место и роль каждой нормы в общей системе правовых норм и их иерархию, имеет огромное значение для поддержания принципа законности и конституционности.

Режим законности и конституционности в любой стране неизбежно предполагает не только строгое и неуклонное соблюдение предписаний правовых норм, но и строгое соответствие их самих друг другу. А именно: норм, содержащихся в подзаконных актах, нормам законов, норм текущих законов нормам конституционных законов.

Важное теоретическое и практическое значение имеет классификация правовых норм *по времени и месту их действия, а также по кругу лиц,* на которых распространяется действие норм права.

В зависимости от *времени действия* нормы права подразделяются на нормы постоянного действия, или обычные нормы (действуют до их отмены в установленном порядке), и нормы временного действия (указывается срок, по истечении которого они теряют юридическую силу).

По *месту действия* нормы делятся на те, которые распространяются на всю территорию страны, и действующие на части территории. В России это нормы, действующие на всей территории Федерации, нормы, действующие на территории ее субъектов, нормы местного значения (в пределах определенной административно-территориальной единицы или региона, скажем, Крайнего Севера).

В зависимости от *круга лиц,* на которых распространяется действие норм права, они подразделяются на общие и специальные нормы. Первые охватывают собой всех лиц, проживающих на данной территории. Регулятивное воздействие вторых распространяется лишь на определенную категорию субъектов права, например на ветеранов, военнослужащих, пенсионеров.

Широко распространена в научной литературе классификация норм права в зависимости от *характера составных элементов их структуры* — гипотезы, диспозиции и санкции.

В зависимости от особенностей гипотезы различают нормы определенные и относительно определенные.

Определенная гипотеза характеризуется четкостью и ясностью обстоятельств, которые необходимы для осуществления содержащихся в правовой норме предписаний.

Относительно определенная гипотеза не содержит в себе четких указаний на обстоятельства, при которых начинает действовать норма права. Она называет лишь общие условия действия нормы. Конкретные же обстоятельства в каждом конкретном случае определяются уполномоченным государственным органом — субъектом правоприменения.

По характеру и степени определенности диспозиции правовые нормы классифицируют на абсолютно определенные, относительно определенные и бланкетные нормы.

Нормы с *абсолютно определенной диспозицией* отличаются тем, что вполне определенно, исчерпывающе устанавливают права и обязанности сторон — субъектов правоотношений. В качестве примера можно сослаться на ст. 393 ГК Российской Федерации (часть первая), устанавливающую, что «должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства».

Особенностью норм с *относительно определенной диспозицией* является то, что они, закрепляя права и обязанности сторон, в то же время предоставляют им возможность в рамках действующего права проявлять свою собственную инициативу. Одним из многочисленных примеров может служить ст. 14 ГК, допускающая, наряду с установленными этим же законом способами защиты гражданских прав (ст. 12), различные способы их самозащиты при условии, однако, что они «должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения».

Бланкетные нормы отличаются от других правовых норм тем, что они устанавливают правила поведения лишь в самой общей форме, никак не конкретизируя их. Что же касается конкретизации этих правил, то она содержится в специальных нормативно-правовых актах, существующих отдельно от бланкетных норм. На них указывается в рассматриваемых нормах.

Примерами бланкетных норм могут служить нормы, предусматривающие юридическую ответственность за нарушение Правил техники безопасности, Правил дорожного движения, всевозможных ГОСТов. В них указывается лишь на то, что за нарушение этих правил и ГОСТов наступает определенный вид ответственности, тогда как сами правила и ГОСТы излагаются в специальных актах.

В зависимости от характера и степени определенности предусмотренных в норме санкций нормы права подразделяют на нормы с абсолютно определенными, относительно определенными, альтернативными и кумулятивными санкциями.

В нормах права с *абсолютно определенными санкциями* содержатся точные указания на то, какие меры наказания должны быть применены к правонарушителям. Это могут быть меры уголовно-правового воздействия (например, тюремное заключение, ссылка, высылка), гражданско-правовые меры (неустойка, возмещение убытков и пр.), административно-правовые (например, штраф). Общим для них являются точность и строгая определенность вида и меры наказания.

Нормы с *относительно определенными санкциями* предполагают применение за допущенные правонарушения различных мер государственного воздействия с учетом тяжести совершенного деяния, личности правонарушителя и других обстоятельств. Довольно типично для таких норм указание на минимальные и максимальные меры государственного воздействия (например, лишение свободы от одного года до трех лет) или указание на возможность применения одного из нескольких видов наказания (например, лишение свободы на определенный срок или же исправительные работы).

Альтернативные санкции характеризуются тем, что предоставляют государственным органам и должностным лицам в процессе их правоприменительной деятельности возможность выбирать одну из названных в законе мер государственного принуждения. Выбор той или иной меры в каждом случае обусловливается конкретными обстоятельствами, касающимися данного дела. Например, согласно Лесному кодексу КНР, «за каждое погубленное дерево на территории населенного пункта, на деревенской околице, на обочине дороги, вблизи водоема или реки, на приусадебном участке виновный должен посадить три дерева либо подвергнуться денежному штрафу»[1].

Особенностью норм с *кумулятивными санкциями* является то, что они предполагают применение к правонарушителям наряду с основными мерами наказания дополнительных мер. Например, согласно новому Уголовному кодексу Франции оставление без помощи лица, которое не в состоянии себя защитить «по причине своего возраста или своего физического или психического состояния», наказывается пятью годами тюремного заключения и штрафом в 500 тыс. франков[2].

В зависимости от содержания, целевого назначения и характера изложения[3] нормы права подразделяются на:

1) *нормы-принципы,* закрепляющие установочные по своей сути положения, которые лежат в основе организации и деятельности государственных органов и других субъектов права. К таковым относятся, например, нормы, содержащиеся в законах о Конституционном Суде или о Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации, где закрепляются принципы независимости судей, подчинения их только закону и др.;

2) *нормы-определения* (дефиниции), которые могут как содержаться в различных статьях того или иного нормативного акта, так и составлять отдельную статью. Примером могут служить нормы-определе-

---

[1] Китайская Народная Республика. Конституция и законодательные акты. С. 307.

[2] Новый Уголовный кодекс Франции. Ст. 223-3.

[3] *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. М., 1995. С. 51—52.

ния в ст. 2 Федерального закона от 6 декабря 1994 г. «Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации», где закрепляются понятия «избиратель», «кандидат», «избирательное объединение» и др.;

3) *нормы-цели,* закрепляющие цели и задачи, на достижение которых должна быть направлена деятельность как государственных органов, так и всего государства. К такого рода нормам можно отнести, в частности, ст. 7 Конституции Российской Федерации, указывающую на целевое направление деятельности Российской Федерации как социального государства; ст. 40, предписывающую органам государственной власти и местного самоуправления поощрять жилищное строительство, создавать условия для осуществления права на жилище;

4) *нормы-расчеты,* содержащие в себе количественные или качественные показатели деятельности государственных органов или организаций. Типичным примером может служить закон о бюджете на тот или иной год. В нем содержатся статьи — показатели доходов и расходов, предельный размер дефицита бюджета и т. д.

Существуют и иные классификации норм права, которые не имеют принципиального значения.

Помимо общепринятой в отечественной и зарубежной литературе классификации норм права их можно подразделять и по иному, нетрадиционному для отечественной юридической науки критерию. А именно — в *зависимости от принадлежности тех или иных юридических норм к публичному или частному праву.*

В истории развития теории государства и права в нашей стране начиная с Октября 1917 г. и кончая 90-ми годами не было даже попыток деления системы права на публичное и частное и соответствующей этому классификации норм права. Одна из главных причин такого положения — отсутствие в стране частной собственности и хотя бы зачаточных рыночных отношений. Со времени появления в России того и другого в полный рост встала проблема определения и выделения публичного и частного права, а вместе с ней и классификации по этому критерию норм права.

Что собой представляют публичное право и частное право? Нормы каких отраслей права относятся к ним?

Публичное право, по определению Ю. А. Тихомирова, есть своего рода функционально-структурная подсистема права, выражающая государственные, межгосударственные и общественные отношения[1]. Публичное право, поясняется в Юридическом энциклопедическом словаре, выступает как совокупность отраслей права, которые регулируют отношения, обеспечивающие общий, совокупный (публичный) интерес господствующего класса, трактуемый как общегосударственный интерес, в отличие от отраслей права, направленных на защиту частного интереса индивидуального собственника[2]. Публичное право включает в себя такие отрасли права, как конституционное, административное, муници-

[1] См.: *Тихомиров Ю. А.* Указ. соч. С. 29—30.

[2] Юридический энциклопедический словарь. С. 309.

пальное, уголовное и др. Нормы, составляющие содержание данных отраслей права, и являются *нормами публичного права.*

Частное право представляет собой другую функционально-структурную подсистему права, регулирующую отношения, обеспечивающие частные интересы, автономный статус и инициативу частных собственников и юридических лиц в их имущественной деятельности и личных взаимоотношениях. К отраслям права, формирующим подсистему частного права, относятся гражданское, коммерческое, торговое, международное частное право и др. Соответственно нормы, составляющие содержание данных отраслей права, являются *нормами частного права.*

Глава XXIV

ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

§ 1. Понятие, основные признаки и виды правоотношений

В жизни между людьми и создаваемыми ими многочисленными органами и организациями существуют самые разнообразные материальные, финансовые, политические и иные отношения. В цивилизованном обществе все они в той или иной степени упорядочены, организованы и опосредованы с помощью этических, религиозных и других социальных норм. Значительная часть из них регулируется нормами права. Такие отношения существуют во всех сферах жизни общества, в целом создают в нем правопорядок, придают ему стабильный и целенаправленный характер. Их именуют правовыми отношениями, или кратко — правоотношениями.

Существует множество определений понятия «правоотношение». Однако наиболее распространено следующее: *урегулированное нормами права общественное отношение, участники которого являются носителями субъективных прав и юридических обязанностей, охраняемых и гарантируемых государством.*

Характерными признаками правоотношений являются следующие.

1. Правоотношения представляют собой *особую разновидность общественных отношений.* Опосредуя экономические, политические, социальные и иные общественные отношения, правоотношения служат *юридической формой* взаимодействия между участниками этих отношений.

Будучи урегулированы нормами права, экономические, политические и другие общественные отношения отнюдь не утрачивают своей природы и характера, не теряют своих изначальных свойств и особенностей. Они лишь приобретают новый вид (разновидность), новую форму — форму правоотношений.

В отечественных и зарубежных юридических исследованиях всегда особо акцентировалось и акцентируется внимание на том, что правоотношения сами по себе не порождают каких бы то ни было новых общественных отношений. Они выступают лишь как «вид или форма самого реального отношения, и отдельно от него, вне этого отношения, такая форма вообще существовать не может»[1]. Трудно себе представить, например, чтобы правовые отношения, возникающие в связи с куплей-продажей, подрядом, обменом, субподрядом и по поводу них, могли существовать вне соответствующих экономических меновых и иных отношений.

[1] *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М., 1961. С. 183.

Однако в юридической литературе высказывались и развивались и другие мнения. Суть их, в частности, сводится к тому, что в процессе правового опосредования и воздействия права на экономические отношения возникает не новая форма этих отношений, а новый вид ранее не существовавших правовых отношений[1]. Данная точка зрения довольно оживленно дискутировалась, но не нашла широкой поддержки.

2. Правовые отношения *складываются на основе правовых норм,* в которых выражается и закрепляется государственная воля. Многие общественные отношения регламентируются с помощью норм, содержащихся в обычаях, традициях, актах различных общественных организаций, однако характер и форму правоотношения они могут приобрести только в связи с их урегулированием нормами права. Это касается всех без исключения общественных отношений — семейных, трудовых, имущественных, личных независимо от их природы, сферы возникновения и способа существования.

Нормы права и правоотношения тесно взаимосвязаны и взаимодействуют. Не только нормы права воздействуют на правовые отношения, будучи юридической базой их возникновения и развития, но и правоотношения оказывают влияние на нормы права. Именно благодаря правоотношениям и через них реализуются на практике, воплощаются в жизнь государственно-правовые веления, содержащиеся в нормативно-правовых актах и конкретных нормах.

В нормах права в общей форме (обезличенно) указываются состав участников правоотношений, их права и обязанности, обозначаются предпосылки и условия возникновения и развития правоотношений, формулируется их содержание. Иными словами, закладываются своеобразные типовые образцы, модели тех будущих общественных отношений, которые должны создаваться на основе и в соответствии с формируемыми законодателем правовыми предписаниями. Свою же настоящую жизнь, воплощение в действительности эти общие правовые установки получают лишь тогда, когда они трансформируются в конкретные права и обязанности сторон, конкретных лиц, являющихся участниками правовых отношений. Правовые отношения при этом выступают в форме не только упорядочения, но и осуществления содержащихся в нормах права волевых велений.

3. Правоотношения представляют собой такой вид общественных отношений, который складывается в результате *сознательно-волевых действий* их участников. Это отличает их от экономических, а точнее, производственных отношений, составляющих базис общества, которые возникают независимо от воли и сознания людей.

Сознательно-волевой характер проявляется в двух взаимосвязанных между собой аспектах. Во-первых, в том, что правоотношения возникают на основе норм, создаваемых по воле и желанию законодателя и уже в силу этого имеющих сознательно-волевой характер. И, во-вторых, в том, что содержащиеся в них государственно-правовые веления,

[1] *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Указ соч. С. 179—180.

а также «заложенные» в нормах права юридические права и обязанности осуществляются благодаря сознательно-волевым действиям лиц.

Имея сознательно-волевой характер, правоотношения тем не менее в значительной степени зависят как от уровня и особенностей развития производственных отношений (экономического базиса), возникающих помимо воли и сознания людей, так и от степени развития других сознательно-волевых — политических, социальных, идеологических и иных отношений. В силу этого глубокое и разностороннее понимание правоотношений с неизбежностью предполагает изучение не только их внутренней структуры и содержания, но и их взаимосвязи и взаимодействия с нормами права и другими сознательно-волевыми, а также не зависящими от воли и сознания людей отношениями. К. Маркс был прав, когда писал, что «правовые отношения, так же точно, как и формы государства, не могут быть поняты ни из самих себя, ни из так называемого общего развития человеческого духа, наоборот, они коренятся в материальных жизненных правоотношениях»[1].

4. Правовые отношения представляют собой многочисленные и многообразные связи их участников, осуществляемые посредством возлагаемых на них субъективных прав и юридических обязанностей. Наряду с совокупностью реальных действий, направленных на их использование и осуществление, они составляют *содержание правоотношения.* В научной и учебной литературе иногда акцентируется внимание не на содержании правового отношения как таковом, а лишь на его *юридическом содержании.* Под ним понимается совокупность субъективных юридических прав и юридических обязанностей участников данного правоотношения[2].

Что такое *субъективное юридическое право*? Это *предоставляемая и охраняемая государством мера возможного (дозволенного) поведения лица по удовлетворению своих законных интересов, предусмотренных объективным правом.*

В отличие от объективного права, представляющего собой совокупность, или систему, реально существующих юридических норм, субъективное право выступает как право, принадлежащее лишь определенному субъекту и реализуемое не иначе как только по усмотрению этого лица. Под правом в субъективном смысле, писал Е. Н. Трубецкой, следует разуметь «ту сферу внешней свободы, которая предоставляется человеческой личности нормами объективного права»[3]. Разумеется, субъективное право как мера возможного или дозволенного поведения не может осуществляться его носителем произвольно, независимо от других юридических норм. Реализуя свое субъективное право, участник правоотношений действует на основе и в рамках существующих правовых норм.

Например, осуществляя свое право собственности на вещь, строение, участок земли, заключающееся в свободном пользовании, владении и распоряжении ими, лицо не может не считаться с законными интере-

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 13. С. 6.

[2] *Халфина Р. О.* Общее учение о провоотношении. М., 1974. С. 79—86.

[3] *Трубецкой Е. Н.* Энциклопедия права. Киев, 1906. С. 70.

сами и правами других лиц. Предоставляя гражданам и их объединениям определенные права и свободы, законодатель любой страны устанавливает в то же время конституционные пределы реализации этих прав и свобод.

Так, объявляя, что граждане России и их объединения «вправе иметь в частной собственности землю», Конституция Российской Федерации устанавливает, что владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляются их собственниками «свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц». «Условия и порядок пользования землей определяются на основе федерального закона» (ст. 36).

Провозглашая, что основные права и свободы человека неотчуждаемы и «принадлежат каждому от рождения», Конституция Российской Федерации одновременно устанавливает пределы их осуществления путем указания на то, что «не должно нарушать права и свободы других лиц» (ст. 17). Кроме того, Конституция указывает на возможные ограничения субъективных прав и свобод «в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства» (ч. 3 ст. 55).

В случае незаконного ограничения прав и свобод граждан или их объединений должны следовать меры правового воздействия в отношении виновных лиц и организаций. Конституция Российской Федерации особо декларирует, что каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (ст. 53). Это же касается возмещения вреда, причиненного противоправными действиями одних лиц в отношении других.

Аналогичные положения содержатся в конституциях других стран. Помимо всего прочего, они свидетельствуют о том, что субъективное право проявляется в виде не только возможности положительного поведения того или иного управомоченного лица — носителя субъективных прав, но и возможности управомоченного лица требовать от другого, обязанного лица такого поведения, которое определялось бы кругом его законных интересов и вытекало из обязанностей последнего.

Необходимость обращения одного лица в процессе осуществления принадлежащих ему субъективных прав к исполнению обязанностей другим лицом обычно возникает только тогда, когда реализация его законных интересов невозможна им самим непосредственно. В данном случае интерес управомоченного лица удовлетворяется лишь через определенные предусмотренные объективным правом обязательные действия другого лица. Субъективное право проявляется не иначе как право управомоченной стороны требовать совершения тех или иных действий от обязанной стороны. Например, при совершении сделки купли-продажи — уплаты денег, с одной стороны, и передачи купленной вещи — с другой, при заключении и выполнении договора подряда — качественного выполнения предусмотренных договором работ, с одной стороны,

и соответствующей компенсации за произведенный труд, с другой стороны.

Правоотношения, в которых осуществление субъективного права одного лица может достигаться лишь через соответствующие действия другого, обязанного лица, в юридической литературе принято называть *относительными*. Правоотношения же, в которых субъективное право выступает в виде обеспеченной в законодательном порядке возможности собственного поведения, свободы осуществлять свое право, относят к категории *абсолютных*. Классическим примером является содержание правомочий собственника самостоятельно владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом. Требования собственника, которые при этом могут возникнуть и зачастую возникают, сводятся лишь к устранению препятствий, стоящих на пути к осуществлению его субъективного права. За защитой права собственности, за помощью в устранении препятствий на пути осуществления субъективных прав или в устранении их нарушений управомоченное лицо обращается к государству. Ибо, согласно действующему законодательству России (и других стран), государство не только признает равным образом различные формы собственности, но и гарантирует их, охраняет и защищает.

Например, в ч. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Статья 35 Конституции особо закрепляет, что «право частной собственности охраняется законом».

Охрана и защита правомочий собственника, как и обеспечение государственных гарантий любого другого субъективного права, является одной из важнейших особенностей последнего.

Юридическая обязанность представляет собой предусмотренную законом необходимость должного поведения одного лица — субъекта правоотношения в интересах другого, правомочного лица. Юридическая обязанность выступает как особый, требуемый законом вид поведения одного, обязанного лица по отношению к другому, обладающему соответствующими субъективными правами, управомоченному лицу.

Что такое юридическая обязанность? — задавался вопросом Г. Ф. Шершеневич и отвечал: это прежде всего «сознание связанности своей воли. Человек вынуждается сообразовать свое поведение с предъявленными к нему извне требованиями. Юридически обязанным следует признать того, к кому обращено веление норм права. Человек действует не так, как побуждают его собственные интересы, он считает необходимым ограничить себя в возможном фактически осуществлении интересов из-за интересов других. На волю человека, готового действовать по побуждениям своей натуры, оказывает давление фактор, вызывающий в нем сознание своей обязанности»[1].

Итак, сравнивая между собой субъективные права и субъективные юридические обязанности, подчеркнем: если содержанием первых является мера допустимого, дозволенного поведения, то содержанием вто-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 3. С. 619—620.

рых — мера должного, обязательного поведения. В зависимости от характера норм права и их содержания обязанному лицу в одних случаях предписывается совершить определенные, предусмотренные нормой права действия в пользу управомоченного лица, в других случаях — воздержаться от совершения запрещенных нормами права действий.

Субъективные юридические обязанности, как и субъективные права, строго персонифицированы. Они адресуются не абстрактному лицу или лицам, а возлагаются на конкретного участника или участников вполне определенных, конкретных правоотношений.

Субъективные права и обязанности очень тесно связаны между собой, активно воздействуют друг на друга. В гражданско-правовых и многих других правоотношениях субъективные права управомоченного лица могут осуществляться не иначе как только путем совершения активных, предусмотренных законом действий обязанного лица. В этом можно убедиться на бесчисленных примерах гражданско-правовых, коммерческих, финансовых и иных операций и сделок.

5. *Реализация правоотношения гарантируется возможностью государственного принуждения.* Разумеется, в подавляющем большинстве случаев требования норм права и содержание возникающих на их основе правоотношений опираются на добровольное и сознательное поведение их участников. Однако государственное принуждение в случае нарушения правовых предписаний никогда при этом не исключается.

Отнюдь не случайно поэтому в конституциях многих стран, закрепляющих довольно широкий круг прав и свобод граждан, содержатся специальные указания на то, что как государственные органы, так и граждане должны соблюдать законы, исполнять обязанности.

Например, в Конституции Китайской Народной Республики записано, что каждый гражданин КНР пользуется правами, «предусмотренными Конституцией и законами, и в то же время должен выполнять обязанности, предусмотренные Конституцией и законами»[1]. В Конституции Испании закрепляется, что «граждане и публичные власти обязаны соблюдать Конституцию и уважать правовой порядок»[2].

Аналогичные предписания содержатся в конституциях других стран. Они указывают на то, что даже на конституционном уровне, хотя и в косвенной форме, предусматривается возможность государственного принуждения при несоблюдении конституционных обязанностей, а также любого иного правового требования.

Обладая общими родовыми признаками, правоотношения в то же время подразделяются на виды. Существуют разные критерии классификации правоотношений.

Одним из наиболее простых и распространенных критериев является классификация правоотношений в зависимости от *отраслевой принадлежности норм,* на основе которых они возникают, изменяются или прекращаются.

---

[1] Китайская Народная Республика. Конституция и законодательные акты. С. 30.

[2] Испания. Конституция и законодательные акты. С. 31.

С учетом данного критерия все правоотношения подразделяют на административно-правовые, уголовно-правовые, гражданско-правовые, трудовые и т. д.

Широко распространена классификация правоотношений в зависимости от *количества участвующих в них сторон и характера распределения между ними прав и обязанностей*. По этому критерию различают односторонние, двусторонние и многосторонние правоотношения.

Основная отличительная особенность *односторонних правоотношений* заключается в том, что каждая из двух участвующих в них сторон имеет по отношению к другой или только права, или только обязанности. Типичным примером одностороннего правоотношения может служить договор дарения, согласно которому у одной стороны имеется только субъективное право (требовать передачи подаренной автомашины, строения и т. п.), а у другой — только обязанность (передать подарок).

Характерным признаком *двустороннего правоотношения* является наличие у каждой из двух участвующих в нем сторон взаимных прав и обязанностей. В качестве примера могут служить договоры подряда, найма, купли-продажи.

Отличительными особенностями *многостороннего правоотношения* выступают участие в нем трех или более сторон и наличие у каждой из них прав и обязанностей по отношению друг к другу. В таком правоотношении каждому субъективному праву одной стороны соответствует субъективная юридическая обязанность другой. Примером многостороннего правоотношения может служить любая гражданско-правовая сделка, в которой помимо двух основных сторон участвует третья сторона — посредник.

Существуют и другие критерии классификации правоотношений. Выделение некоторых из них имеет важное теоретическое и практическое значение. Таково, в частности, подразделение правоотношений на *регулятивные,* связанные с установлением субъективных прав и обязанностей сторон и их реализацией, и на *охранительные,* возникающие в случае нарушения субъективных прав и обязанностей сторон и способствующие их восстановлению.

§ 2. Субъекты права и участники правоотношений

Под субъектом права понимаются лицо или организация, за которыми государство признает способность быть носителями субъективных прав и юридических обязанностей. В современной юридической литературе понятие «субъект права» чаще используется в качестве синонима терминов «субъект» или «участник правоотношений». В юридических источниках конца XIX — начала XX в. понятие «субъект права» употреблялось лишь для обозначения «носителя субъективных прав».

«Слово «субъект» в применении к юридическому отношению, писал Г. Ф. Шершеневич, употребляется в двояком значении. Говорят о субъекте юридического отношения, понимая его или с активной стороны, как носителя права, или с пассивной стороны, как носителя обязанности.

Чаще же говорят о субъекте права, имея в виду только того участника юридического отношения, которому принадлежит в нем право»[1]. Субъектом права «называется всякий», развивал эту же мысль Е. Н. Трубецкой, кто способен иметь права, независимо от того, пользуется ли он ими в действительности или нет[2].

Юридическое качество, или свойство, быть субъектом права и правоотношений не возникает само по себе. Оно не составляет, по справедливому утверждению Шершеневича, «естественного свойства человека, а есть создание объективного права»[3]. Поэтому попытки закрепления в некоторых конституционных документах положений, вытекающих из теории естественного права, о том, что качество субъектов права — носителей основных прав и свобод человек приобретает «естественным путем», что «они принадлежат каждому от рождения», в практическом плане является не более чем весьма привлекательной, красивой декларацией.

Не природа, не общество, а только государство в действительности определяет, кто и при каких условиях может быть субъектом права, а следовательно, и участником правоотношений, какими качествами он должен обладать. Только законом может устанавливаться и признаваться то особое юридическое качество, или свойство, которое позволяет лицу или организации стать субъектом права. Это качество, или свойство, называется *правосубъектностью.* Ее невозможно произвольно установить, изменить или отменить. Правосубъектность не зависит от воли и желания частных лиц и организаций. Она так же, как и составляющие ее звенья — *правоспособность и дееспособность,* возникает, изменяется или прекращается не иначе как только с помощью объективного права.

В демократическом государстве, подчеркивалось еще в дореволюционной русской литературе, правосубъектность, как и правоспособность и дееспособность, нельзя ни расширить, ни ограничить, ни отменить по договору или по завещанию. Юридически недопустимо отказаться по договору от права обращаться за помощью к судебной или административной власти. Недействительным будет и завещательное распоряжение, которым наследодатель предоставляет своим малолетним внукам право самостоятельно продавать завещанные им дом или имение[4].

Для того чтобы лицо или организация имели право полностью распоряжаться своим имуществом, самостоятельно совершать сделки, быть участниками правоотношений, они непременно должны обладать правоспособностью и дееспособностью.

Правоспособность означает установленную законом способность лица или организации быть носителем субъективных прав и юридических обязанностей. Она выступает в качестве первоначаль-

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 574.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 134.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 577.

[4] Там же. С. 578.

ного условия, общей предпосылки к участию в правоотношениях. Наличие правоспособности означает наличие юридической возможности у лиц своими действиями порождать субъективные права и юридические обязанности.

В правовой теории и на практике различают три основных вида правоспособности: общую, отраслевую и специальную.

Общая правоспособность — это способность любого лица или организации быть субъектом права как такового, вообще. Она признается государством за лицами с момента их рождения.

Отраслевая правоспособность означает юридическую способность лица или организации быть субъектом той или иной отрасли права. В каждой отрасли сроки ее наступления могут быть неодинаковыми. *Специальная правоспособность* — способность быть участником правоотношений, возникающих в связи с занятием определенных должностей (президент, судья, член парламента) или принадлежностью лица к определенным категориям субъектов права (работники ряда транспортных средств, правоохранительных органов и др.). Возникновение специальной правоспособности всегда требует выполнения особых условий.

Например, по российскому законодательству для того, чтобы стать судьей и быть участником соответствующих правоотношений, требуется не только иметь высшее юридическое образование, определенный практический опыт, но и возраст не моложе 25 лет. Для того чтобы быть избранным на должность Президента Российской Федерации, требуется, согласно Конституции, быть не моложе 35 лет и постоянно проживать на территории России не менее 10 лет (ч. 2 ст. 81). Для избрания на должность Президента США требуется достижение 35-летнего возраста и постоянное проживание на территории США в течение не менее 14 лет (ст. II разд. I Конституции США).

Категория правоспособности, как и многие другие правовые категории, имеет исторический характер, «поддается,— по словам Шершеневича,— историческим колебаниям». Не каждый человек признавался правоспособным. Из истории известно, что правоспособностью не обладали рабы, в ряде стран — иностранцы. Ограниченную правоспособность имели крепостные. В царской России подвергалась «значительным ограничениям» правоспособность некоторых категорий людей, например евреев[1].

В настоящее время правоспособность во всех странах рассматривается как всеобщий принцип, распространяется на всех граждан. Определенные ограничения устанавливаются лишь в отношении дееспособности граждан и организаций.

Дееспособность представляет собой установленную законом способность лица — участника правоотношений своими непосредственными действиями приобретать и осуществлять субъективные права и юридические обязанности. Характер и объем дееспособности, как и правоспособности, определяются государством и закрепляются в различных нормативно-правовых актах. Основополагающее

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 578.

значение среди них имеют конституции. В силу этого дееспособность наряду с правоспособностью рассматривается не иначе как юридическое свойство.

Подобно правоспособности, дееспособность имеет исторический характер. Она обусловливается особенностями государственного строя и права, историческими, национальными и религиозными традициями, уровнем развития экономики и гражданского общества.

Дееспособность находится в тесной связи и взаимозависимости с правоспособностью. Вместе с последней она указывает на потенциальные возможности субъектов быть участниками различных правоотношений. Наличие ее является непременным условием для возникновения субъективных прав и юридических обязанностей.

У государственных и общественных органов и организаций — субъектов права, как правило, нет разрыва между правоспособностью и дееспособностью. Они возникают, осуществляются и прекращаются одновременно. Что же касается граждан, то здесь существует порой значительный разрыв.

Все люди, замечал по этому поводу Е. Н. Трубецкой, правоспособны и дееспособны, но не в одинаковой мере. Различие в правоспособности отдельных лиц находит себе основания в самой природе людей, ибо не все они одинаково разумны, одинаково одарены волей и не все они имеют одинаковое умственное и нравственное развитие. «Нельзя, например, предоставлять одинаковые права ребенку и взрослому, умалишенному и здравому, образованному и безграмотному». Тем более понятно, что нельзя уравнять людей в отношении их дееспособности. На правоспособность и дееспособность, кроме указанных различий «в природных дарованиях и в образовании людей», влияет еще и ряд исторических условий. В наше время, продолжал автор, сословные привилегии, по крайней мере в теории, отжили свой век. Однако в действительности они «далеко не вполне и далеко не всюду исчезли». Сословные различия продолжают влиять на правоспособность и дееспособность людей[1].

Разумеется, по истечении почти 100 лет с тех пор, как были написаны эти строки, очень многое изменилось и в самой жизни, и в правовой теории. Не существует больше сословий, различий в правоспособности и дееспособности граждан по сословному признаку. Нет ограничений и в зависимости от образовательного уровня.

Однако сохранились общие представления о правоспособности и дееспособности. Как и раньше, остаются в силе положения о том, что правоспособность возникает и признается государством за человеком с момента его рождения, а полная дееспособность — с достижением им совершеннолетия. В целом остается в силе и прежнее, теоретически и практически важное представление о *понятии и основных видах субъектов права — участников правовых отношений.* Считается общепризнанным, что субъектами права могут быть физические (частные) лица и юридические лица.

---

[1] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 138.

К *физическим лицам* относятся все граждане (при монархическом строе — подданные), иностранцы и лица без гражданства. В современном понимании «физическое лицо» как субъект права отождествляется по существу с живым человеком, обладающим правоспособностью и дееспособностью. Физическое лицо, писал еще Шершеневич,— «это субъект права, совпадающий с человеком»[1].

Однако данное мнение не всегда и не всеми учеными разделялось. Князь Трубецкой считал, например, что «субъект права и лицо живое, физически существующее, не совпадают между собой» и что «юридическая личность человека переживает его как лицо физически существующее». Субъект права, утверждал автор, может продолжать существовать даже тогда, когда «соответствующий ему человек перестал существовать физически». Значит, делал вывод известный правовед, субъектами права могут быть «не только люди действительные, живые, но и люди только предполагаемые».

По мнению Е. Н. Трубецкого, на данном постулате основано и держится все наследственное право. Ибо если бы субъектами права признавались только живые люди, то все права лица, включая наследственные, прекращались бы с его смертью. На самом же деле «закон уважает волю умершего, выраженную в завещании», и обеспечивает ее исполнение. Следовательно, «закон признает и защищает право умершего». Из этого следовало заключение о том, что сам термин «физическое лицо» может употребляться в юриспруденции только с той оговоркой, что «он не вполне точно выражает обозначаемое им понятие»[2].

Замечания и выводы Е. Н. Трубецкого спорны. Однако они способствуют более разностороннему и критическому изучению данной правовой материи и, несомненно, имеют полное право на существование.

Физические лица обладают правоспособностью во всех видах — общей, отраслевой и специальной. В сфере гражданско-правовых, частно-правовых отношений они имеют равную правоспособность.

Правоспособность и дееспособность физических лиц по времени своего возникновения и в других отношениях не всегда совпадают.

Согласно российскому законодательству полная дееспособность физических лиц наступает с 18-летнего возраста. Однако в гражданском праве лицам разрешается совершать мелкие сделки и в более раннем возрасте. Что же касается крупных сделок или реализации наследственных прав, то до наступления совершеннолетия лица его интересы представляют, а в случае необходимости отстаивают родители, усыновители или назначенные в соответствии с законом опекуны.

По законодательству России в случае, когда допускается вступление в брак до достижения 18 лет, гражданин моложе 18 лет приобретает гражданскую дееспособность в полном объеме со времени вступления в брак.

Кроме того, по трудовому и гражданскому праву несовершеннолетний, достигший 16 лет, может быть объявлен полностью дееспособным,

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 579.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 135—137.

если он работает по трудовому договору или с согласия родителей, усыновителей или попечителей занимается предпринимательской деятельностью. Объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным называется *эмансипацией*. Она производится по решению органов опеки и попечительства с согласия родителей, усыновителей или попечителей. Если такого согласия нет, то только по решению суда.

Российское законодательство не признает добровольного — полного или частичного — отказа гражданина от правоспособности и дееспособности. Не признает оно и каких бы то ни было сделок, направленных на ограничение правоспособности или дееспособности. Они считаются ничтожными, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом.

Признание лица *полностью недееспособным* допускается лишь в том случае, когда оно вследствие психического расстройства не может понимать значения своих действий или руководить ими. Недееспособность лица может устанавливаться только судом и в том порядке, который предусмотрен гражданско-процессуальным законодательством.

В случае признания лица полностью недееспособным в гражданско-правовых отношениях от его имени выступает опекун. Если основания, по которым лицо было признано недееспособным, отпадают, то по решению суда вновь признается его полная дееспособность и отменяется опекунство.

Наряду с возможностью признания лица полностью недееспособным законодательство России допускает признание его *частично недееспособным*. Так, согласно ст. 30 (п. 1) ГК РФ (часть первая) частично недееспособным может быть признан по решению суда гражданин, который вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит семью в тяжелое материальное положение. Над ним устанавливается попечительство, и соответственно ограничивается самостоятельное совершение им гражданских сделок, получение заработной платы, пенсии и иных доходов и распоряжение ими. При отпадении оснований, в силу которых лицо было ограничено в дееспособности, решением суда такое ограничение отменяется. На основании решения суда отменяется также установленное над ним попечительство (ст. 17—30 ГК РФ).

В качестве *юридических лиц* — субъектов права, участников гражданско-правовых отношений выступают государственные, общественные организации и учреждения, которые обладают следующими признаками: а) имеют в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество; б) отвечают этим имуществом по своим обязательствам; в) могут от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права; г) имеют самостоятельный баланс или смету; д) могут нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Согласно гражданскому законодательству России юридическими лицами могут быть *коммерческие организации*, преследующие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности, и *неком-*

мерческие объединения, которые не преследуют цель извлечения прибыли и не распределяют полученную прибыль между их участниками.

Юридические лица — коммерческие организации могут создаваться в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, различных государственных организаций. Юридические лица — некоммерческие организации могут создаваться в форме потребительских кооперативов, общественных или религиозных объединений, а также в других формах, предусмотренных законом.

Правоспособность и дееспособность юридических лиц носят специальный характер. Юридические лица могут иметь гражданские права и нести обязанности только в соответствии с целями своей деятельности, которые предусмотрены в их уставах, положениях или других учредительных документах. Отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридические лица могут заниматься только на основании специального разрешения — лицензии.

Законом допускается ограничение правосубъектности юридических лиц. Однако это делается в строго ограниченных случаях и в строго определенном порядке. Решения государственного органа об ограничении правосубъектности юридических лиц могут быть обжалованы ими в суд.

В отличие от ряда государств, где не требуется регистрация юридических лиц, правосубъектность последних в России возникает в момент не учреждения, а их государственной регистрации в органах юстиции. Прекращается правосубъектность юридических лиц в момент их ликвидации. Согласно закону ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо — прекратившим существование лишь после «внесения об этом записи в единый государственный реестр юридических лиц».

Когда для осуществления деятельности юридического лица требуется получение лицензии, правосубъектность возникает с момента получения такой лицензии или в указанный в ней срок и прекращается по истечении срока ее действия, если иное не установлено законом или иными нормативно-правовыми актами (ст. 48—63 ГК РФ).

В каждой стране существует свой порядок образования, деятельности, как и свои виды субъектов права — юридических лиц. Это обусловлено конкретными условиями жизни общества, характером и уровнем развития экономических и иных связей.

§ 3. Объекты правоотношений

Вопрос об объектах правовых отношений имеет принципиальное значение, ибо только наличие объекта права вызывает необходимость возникновения и существования самого правоотношения. Отсутствие объекта права лишает смысла существование любого правоотношения. В обществе нет и не может быть правоотношений не только бессубъектных, но и безобъектных.

Проблема общего определения понятия «объект правоотношений» всегда привлекала к себе внимание исследователей и составляла предмет

спора. Стремясь найти ее наиболее адекватное решение и ответить на общий вопрос, что такое объект права, некоторые авторы вполне резонно предлагали вначале ответить на ряд частных вопросов. А именно: чего «может желать норма права» от тех, к кому она обращена, чего требует данное конкретное правоотношение от своих субъектов, в чем состоит «правовое притязание» одной стороны к другой, что составляет суть юридических обязанностей сторон, к совершению каких действий они обязывают друг друга?

Исходя из данных методологических посылок объект права в некоторых случаях определялся как *«все то, что служит средством осуществления* разграничиваемых правом *интересов»*. Автор этого определения Н. М. Коркунов считал даже, что поскольку все наши интересы осуществляются не иначе как «с помощью какой-нибудь силы», то и «общим образом можно сказать, что *объектом права служат силы»*. Он различал четыре категории объектов права: собственные силы субъекта права, силы природы, силы других людей и силы общества. Каждый из этих объектов права, подчеркивал автор, «состоит в особом отношении к субъекту права»[1].

В ряде случаев объект права и правоотношений определялся как *«все то, что может входить в сферу внешней свободы человека, что может сделаться предметом человеческого господства»*. Сторонник данного подхода Е. Н. Трубецкой высказывал мнение о том, что объектами права и правоотношений могут быть, во-первых, «предметы вещественного мира», или, проще говоря, вещи; во-вторых, действия лиц, в-третьих, сами лица.

Под вещами «в юридическом смысле» автор разумел все предметы «внешнего несвободного мира», уже существующие или «ожидаемые в будущем», которые могут быть подчинены господству лиц, признаваемых субъектами права. К виду вещей, «ожидаемых в будущем», Трубецкой относил «урожай будущего года», шерсть, которая будет получена со стрижки овец, и вообще все, что составляет «естественный прирост к существующему имуществу» и может послужить предметом юридических сделок, договоров, стать объектом права. Вещи эти, заключал автор, «не будучи еще вещами в физическом смысле», являются ими в юридическом смысле[2].

Под действиями лиц как объектов права понимались действия не только одного обязанного лица, но и другого, управомоченного. При этом к ним предъявлялись два непременных требования: быть физически выполнимыми и не противоречить нормам действующего права. Очевидно, вполне резонно рассуждал Трубецкой, что ни одно государство в мире не признает договора, в силу которого одна сторона по требованию другой должна совершить преступление.

Говоря о лицах как объектах права, автор имел в виду, скорее, не их самих, а *взаимоотношения между ними*. Это следует из его рассуждений о том, что современное право не допускает «такого господства,

---

[1] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 154—155.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 154.

при котором одно лицо низводится на степень вещи или средства для цели другого лица». Современное право, подчеркивал Е. Н. Трубецкой, мирится только с таким «господством одного лица над другим, при котором сохраняется свобода обоих». В качестве примера приводились семейные отношения, где «жена является объектом права мужа и, наоборот, муж является объектом права жены»[1].

Взгляд на общие объекты права, в качестве которых выступают вещи, действия лиц или сами лица, хотя и оспаривался иногда в некоторых деталях, но в целом поддерживался другими авторами. Так, разделяя точку зрения о том, что действия лиц могут составлять самостоятельный объект права, Г. Ф. Шершеневич уточнял в то же время, что *не все действия, а только те, которые имеют «экономическую ценность»,* могут рассматриваться в качестве таковой. «Для понятия о действии как объекте права,— писал он,— экономическая точка зрения имеет решающее значение»[2].

Специфическую позицию занимал Шершеневич и применительно к лицам как объектам права. Взаимоотношения между ними рассматривались им не в плане «господства — подчинения», а с позиций «права личной власти». Эту власть люди приобретают, по мнению автора, «на почве семейной жизни» и имеют в возникающих при этом правоотношениях в качестве объектов «именно людей — жену, детей, подопечных».

«Смущаясь этим выводом», отстаивал свое мнение Шершеневич, некоторые стремятся доказать, что семейные правоотношения имеют своим объектом не лицо, а лишь действия подвластных. Но это неверно. Отец имеет право не на то или иное действие своего ребенка, а на самого ребенка, ибо сущность этого права не в том, что должен сделать ребенок, а в том, что не должны делать все сограждане в отношении этого ребенка[3].

В современной отечественной и зарубежной литературе развиваются иные представления об объекте правоотношения. Опираясь на ранее накопленный опыт исследования данной материи, авторы исходят из того, что под объектом правового отношения следует понимать *«те материальные и духовные блага»,* предоставлением и использованием которых удовлетворяются интересы управомоченной стороны правоотношений[4]. Современное представление об объектах правоотношения как о благах, а также как о способах удовлетворения интересов управомоченной стороны является хотя и распространенным, но не единственным представлением.

Существует довольно много и других точек зрения, которые порой не только весьма значительно различаются между собой, но и дополня-

---

[1] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 159—160.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 595.

[3] Там же. С. 596.

[4] Теория государства и права: Курс лекций / Отв. ред. М. Н. Марченко. Т. II. М., 1995. С. 106.

ют друг друга. Так, под объектом правоотношения иногда понимается то, на что направлено правоотношение или по поводу чего оно возникает. В качестве объекта правоотношения нередко рассматриваются любые жизненные явления, обусловившие возникновение субъективных прав и юридических обязанностей. Объектом правоотношений считаются также различные мотивы и виды поведения людей, направленные на удовлетворение их разнообразных жизненных потребностей.

Если суммировать и конкретизировать высказанные суждения относительно объектов правоотношений, то можно выделить следующие их виды: а) материальные блага, предметы материального мира — вещи; б) результаты духовного, интеллектуального творчества (художественные или документальные фильмы, научные и художественные книги и т. п.); в) поведение людей — их определенные действия или бездействие, а также последствия, результаты того или иного поведения; г) личные неимущественные и иные социальные блага, которые служат удовлетворению интересов и потребностей участников правоотношений и по поводу которых возникают у сторон юридические обязанности и субъективные права.

При определении объекта правоотношения гораздо легче иметь дело с теми правоотношениями, которые связаны с удовлетворением имущественных интересов, с материальными благами людей. Выделение овеществленного объекта с ярко очерченными пространственными границами не представляет особой трудности.

Гораздо труднее это сделать, когда речь идет о направленности субъективных прав и юридических обязанностей не на вещи, а на личные неимущественные или иные социальные блага, а также на определенное поведение, выражающееся в действиях или бездействии людей.

В подобных случаях об объекте правоотношений предпочтительнее говорить не столько в общетеоретическом, сколько в прикладном, практическом плане, применительно к каждому конкретному случаю и с учетом особенностей отрасли права. В каждой из них существуют свои особые объекты правоотношений, свой собственный порядок их возникновения, приобретения или утраты, свои особые правила распоряжения ими.

Наиболее четко и обстоятельно объекты правоотношений — вещи, вещные права, материальные и нематериальные блага, имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения определены в гражданском законодательстве.

Гражданский кодекс Российской Федерации, например, закрепляет, что к *объектам гражданских прав* относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. ГК обращает особое внимание на такие объекты, как результаты интеллектуальной деятельности — интеллектуальную собственность, и на определение объекта правоотношения в виде нематериальных благ.

Согласно ГК и другим законам за физическими и юридическими лицами признается исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукции, выполняемых работ или услуг. Имеются в виду фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т. п. Использование результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, которые являются *объектом исключительных прав*, может осуществляться третьими лицами только с согласия правообладателя.

В числе *объектов правоотношений — нематериальных благ* ГК выделяет прежде всего жизнь и здоровье людей, достоинство личности, личную неприкосновенность, честь и доброе имя, деловую репутацию, неприкосновенность частной жизни людей, личную и семейную тайну, право свободного передвижения, выбора места пребывания и жительства, право на имя, право авторства и др. (ст. 128—133, 150—152). Эти и иные нематериальные блага не только особо выделяются, но и охраняются и защищаются государством.

§ 4. Юридические факты и юридические составы

Для возникновения, изменения или прекращения правоотношения требуется не только заинтересованность в этом субъектов права, но и определенные жизненные обстоятельства, факты. Последние могут быть самыми разнообразными. Не все из них оказывают влияние на правоотношения, а лишь те, которые обозначены в нормативно-правовых актах и с которыми законодатель связывает возможность осуществления участниками правоотношений их субъективных прав и юридических обязанностей.

В различных нормах права, а точнее в их гипотезах, государство определяет вид тех жизненных условий, обстоятельств и фактов, которые признаются значимыми в юридическом отношении и которые в обязательном порядке влекут за собой юридические последствия. Такие жизненные обстоятельства, условия и факты в правовой теории и практике называют *юридическими фактами*.

С юридическими фактами нормы права непосредственно связывают возникновение, изменение и прекращение правоотношений. В юридической литературе юридические факты определяются по-разному, но все в конечном счете сводится к праву и правоотношениям. Имеющиеся различия касаются в основном деталей и терминологии. Чтобы убедиться в этом, достаточно привести несколько определений юридических фактов, которые давались различными авторами в разное время.

Одно из них, довольно расхожее в начале XX в., звучало так: «Под юридическими фактами надо разуметь все состояния и события действительности, которым свойственно устанавливать и прекращать права»[1].

[1] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 162.

В данном случае под выражением «устанавливать и прекращать права» имелось в виду выражение «создавать и прекращать правоотношения».

Из современных определений юридических фактов можно сослаться на следующую дефиницию. Юридические факты — это такие сформулированные в гипотезах правовых норм жизненные обстоятельства, с которыми закон связывает возникновение, существование, изменение или прекращение правовых отношений.

Сравнивая между собой различные определения юридических фактов и даваемые по их поводу пояснения, мы неизбежно приходим к выводу о том, что любые юридические факты: а) представляют собой различные жизненные обстоятельства, условия и факты; б) определяются в нормах права, точнее, в их гипотезах; в) служат непременным условием возникновения, изменения или прекращения правоотношений; г) влекут за собой субъективные права и юридические обязанности участников правоотношений; д) обеспечиваются государственным принуждением.

В природе и в обществе возникает бесчисленное множество самых различных обстоятельств, фактов, которые могут быть признаны и в действительности признаются юридическими фактами. Для удобства изучения и практического применения все юридические факты классифицируются, причем по самым различным основаниям.

Наиболее распространенным критерием классификации является *волевой признак.* В соответствии с ним все юридические факты делятся на действия и события.

Действия представляют собой такие юридические факты, которые полностью зависят от воли лиц, являющихся участниками правовых отношений. В зависимости от характера взаимоотношений с нормами права действия подразделяются на правомерные и неправомерные.

Правомерные действия выражаются в поведении людей, соответствующем правовым требованиям и дозволениям. В зависимости от целевой направленности воли людей, совершающих данные действия, от их намерений вызывать своими действиями наступление юридических последствий или не вызывать правомерные действия, в свою очередь, подразделяются на юридические акты и юридические поступки.

Основной отличительной особенностью *юридических актов* как правомерных действий является то, что они совершаются, чтобы породить определенные юридические последствия. Некоторые из них имеют властный характер. Таковы, например, акты исполнительных органов государственной власти, акты администрации предприятия или учреждения, судебные решения и определения. Многие же юридические акты не имеют властного характера. Эти акты называют сделками. Таковы гражданско-правовые сделки купли-продажи, найма, дарения и др.

Юридические поступки — действия лиц, с совершением которых закон связывает наступление юридических последствий независимо от воли, желания и намерений этих лиц. Типичными примерами могут служить создание художественного произведения, находка вещи, клада.

Неправомерные действия — это действия, не согласующиеся с требованиями правовых норм, нарушающие правовые веления. В за-

висимости от степени общественной опасности, причиненного данными действиями вреда, а также вины лица, причинившего вред, неправомерные действия как юридические факты подразделяются на преступления (уголовные правонарушения), административные и дисциплинарные проступки, гражданские правонарушения (деликты).

Совершение неправомерных действий влечет за собой появление уголовно-процессуальных, гражданско-процессуальных, административно-процессуальных и иных охранительных правоотношений. Еще Е. Н. Трубецкой отмечал, что неправомерные действия, правонарушения «создают ряд новых прав» — притязаний со стороны лица, чье право было нарушено. Это лицо может требовать восстановления нарушенного права, вознаграждения за причиненные убытки, наказания виновного[1].

События как юридические факты не зависят от воли человека, но влекут за собой возникновение, изменение или прекращение правоотношений, соответственно субъективных прав и юридических обязанностей.

Не все происходящие в природе и в обществе события могут рассматриваться в качестве юридических фактов, а только те, которые в той или иной мере оказывают влияние на общественную жизнь и существующие в обществе отношения. Например, такие стихийные бедствия, как наводнения или землетрясения, влекут за собой возникновение многочисленных правоотношений не сами по себе, в силу своего происхождения, а лишь в результате того, что они служат непосредственной причиной ранения или гибели людей, разрушения или порчи застрахованного имущества, разрушения зданий и т. д.

Юридическими фактами — событиями могут быть рождение, болезнь или смерть человека, пожары, эпидемии и все другие не зависящие от воли и сознания людей явления, которые законодатель рассматривает как основания для возникновения, изменения или прекращения правоотношений.

В дореволюционной юридической литературе России предпринимались попытки классифицировать события по аналогии с действиями, по признаку отношения к ним правовых норм на правомерные и неправомерные. Н. М. Коркунов различал даже в связи с этим четыре категории юридических фактов: правомерные действия; правомерные события; неправомерные действия и неправомерные события. Правда, при этом он оговаривался, что такая классификация юридических фактов представляет собой «некоторые неудобства». Оговорка оказалась не лишней, поскольку трудно себе представить, чтобы нормы права, указывая на события, влекущие за собой юридические последствия, способны были бы как-то выделять их по тому или иному признаку. Не могут они и давать оценку этим стихийным по своему характеру явлениям по признаку правомерности или неправомерности. Не случайно данный подход к классификации событий — юридических фактов в современной литературе не разделяется.

Для возникновения, изменения и прекращения правоотношений нередко требуются в качестве основания не отдельные юридические фак-

[1] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 163.

ты, а их совокупность, целая система. Это отражает сложность и многообразие существующих в обществе отношений. В подобных случаях говорят не о конкретных юридических фактах, а о *сложном фактическом составе*. Как и отдельные юридические факты, он не существует сам по себе, а предусматривается нормами права. Подобно отдельным юридическим фактам, он влечет за собой возникновение, изменение и прекращение правоотношений. Иными словами, является основанием для наступления юридических последствий.

Фактический состав может определяться тем или иным нормативно-правовым актом конкретно или характеризоваться лишь общими признаками. Примером конкретной характеристики фактического состава может служить основание для получения пенсии по возрасту. В законе предусматривается не только весь фактический состав в целом как основание возникновения, изменения и прекращения правоотношений, но и его составные части — элементы. Здесь требуется не один, а несколько конкретных юридических фактов — оснований. Среди них: достижение определенного законом возраста, трудовой стаж, решение самого лица выйти на пенсию, оформленное в виде письменного заявления, решение компетентного органа о назначении пенсии.

Примером того, что юридический состав может обозначаться в праве и с помощью общих признаков, служат, в частности, основания для расторжения брака по российскому законодательству, каковыми являются фактический распад семьи, а также мнение суда о том, что дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи стали невозможными. Брак считается расторгнутым лишь после регистрации развода в книге регистрации актов гражданского состояния.

Глава XXII

РЕАЛИЗАЦИЯ И ТОЛКОВАНИЕ ПРАВА

§ 1. Формы реализации норм права

Хотя принятие законов и других нормативно-правовых актов крайне важно, решающее значение имеет осуществление в нашей жизни, на практике содержащихся в них общеобязательных требований. Сформулированные в законах и других нормативно-правовых актах нормы только тогда становятся живыми, когда они воплощаются в действительности, реализуются в сознательно-волевых поступках (действиях) людей.

Что же представляет собой реализация права и в каких формах она проявляется? Существует огромный массив научной и учебной литературы, посвященной рассмотрению данных вопросов. Сама реализация, как и ее формы, понимается далеко не всегда одинаково.

В одних случаях говорят о реализации права как об определенном, строго обусловленном *процессе* осуществления правовых предписаний, как о воплощении этих предписаний в поведении людей. Довольно типично при этом определение, согласно которому она выступает как «такое поведение субъектов права, в котором воплощаются предписания правовых норм (правомерное поведение), практическая деятельность людей по осуществлению прав и выполнению юридических обязанностей». Иными словами, реализация права рассматривается как воплощение в поступках людей тех требований, которые в общей форме выражены в нормах права, как конкретное проявление процесса правового регулирования[1]. Это наиболее устоявшееся и распространенное представление о реализации права.

В других случаях реализация права рассматривается не только как процесс или внешнее проявление процесса правового регулирования, но и как его *конечный результат*. В данном аспекте реализация права определяется как достижение полного соответствия между требованиями норм совершить определенные поступки или воздержаться от их совершения и суммой фактически последовавших действий[2].

Существует различная классификация форм реализации права. Наиболее распространено их подразделение в зависимости от характера правотворческих действий субъектов права.

По этому признаку-критерию обычно выделяют четыре основные формы реализации права: осуществление (использование), исполнение, соблюдение, применение. Рассмотрим кратко каждую из них.

---

[1] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 282.

[2] Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. А. Катаева и В. В. Лазарева. Уфа, 1994. С. 374.

Осуществление (использование) прав, или правомочий, выражается в активной реализации возможностей, предоставляемых субъектам различных общественных отношений нормами права. В пределах данной формы реализации права происходит осуществление субъективных прав участниками регулируемых с помощью права общественных отношений. Пример: осуществление гражданами России своих конституционных прав на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов (ст. 30 Конституции Российской Федерации); право собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование (ст. 31); право иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (ст. 35); право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей (ч. 1 ст. 32).

Речь идет также о реализации правомочий государственными и иными органами и организациями, которые являются участниками правовых отношений. Действуя в соответствии со своими уставами, положениями или иными актами, определяющими их правовой статус, они беспрепятственно осуществляют свои функции, а тем самым и присущие им правомочия.

В юридической литературе обоснованно указывается на то, что существует значительное различие в осуществлении прав гражданами и использовании правомочий государственными органами и должностными лицами[1].

Аксиоматичен тот факт, что использование или неиспользование субъективных прав гражданами является сугубо добровольным делом. Никто не может принуждать их к применению ими своих прав, и никто не может нести никакой ответственности за неприменение этих прав.

По-иному обстоит дело с осуществлением правомочий государственными органами и должностными лицами. Здесь они являются не только правом, но и обязанностью этих органов и должностных лиц. Например, в соответствии с Конституцией России и специальным законом Высший Арбитражный Суд Российской Федерации имеет не только правомочие, но и обязанность выступать в качестве высшего судебного органа по разрешению экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами, осуществлять в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью, а также давать разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 127).

Исполнение как форма реализации права представляет собой не что иное, как реализацию обязывающих норм, выполнение субъектом права возложенных на него обязательств. Исполнение обязательств выражается в совершении физическим или юридическим лицом действий, предусмотренных нормой права. Действия, связанные с выполнением обязательств, могут предусматриваться также в договорах и в индивидуальных актах, издаваемых в процессе правоприменения.

---

[1] См.: Проблемы применения российского права. Краснодар, 1996.

В качестве примера обязательств, содержащихся в нормах права, могут служить, в частности, конституционные обязанности граждан. Они содержатся в текстах самих конституций, а также других конституционных актов. Это обязанность соблюдать действующее законодательство, своевременно и в полном объеме уплачивать налоги, нести военную службу. В Конституции Российской Федерации это также обязанность сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58). В Конституции Японии это необходимость для всех в соответствии с законом «обеспечить прохождение обязательного обучения детьми, находящимися на их обеспечении» (ст. 26).

Исполнение обязательств путем совершения определенных действий в ряде случаев приравнивается к воздержанию от совершения тех или иных действий. Исполнение независимо от того, каким путем оно достигается — в силу активных действий или же воздержания от них, путем бездействия, всегда связано с претворением в жизнь обязывающих предписаний[1].

В отличие от этой формы реализации права, *соблюдение* норм права связано только с реализацией запрещающих норм. Иногда соблюдение норм права рассматривают лишь как соблюдение обязанностей. Однако смысл вкладывается всегда один и тот же: воздержание от совершения действий, находящихся под запретом.

Социальная роль и назначение данной формы реализации права заключаются в том, чтобы не допустить совершения действий, которые причинили бы вред не только обществу и государству, но и личности. Соблюдение обязанностей всегда имеет не активный, а пассивный характер. Реализация данной формы достигается не в силу совершения активных действий субъектов права, а благодаря воздержанию от совершения запрещенных законом действий, о чем будет сказано в следующем параграфе. Одной из важнейших форм реализации норм права является *применение,* которое также рассматривается в следующем параграфе.

§ 2. Применение права

В юридической литературе сложилось множество в той или иной мере различающихся между собой определений понятия «применение права».

Нередко оно трактуется как «особая форма» реализации права, осуществляемая государственными или общественными организациями в пределах их компетенции в форме властной организующей деятельности по конкретизации правовых норм на основе строгого соблюдения законности.

Иногда применение права определяется как «властная деятельность» органов государства или иных органов по уполномочию государ-

---

[1] См.: *Дворяк А. И.* Правовое регулирование реализации права: Лекция. М., 1999.

ства, которые, используя свои специальные полномочия, издают акты индивидуального значения на основе норм права, решая тем самым по существу конкретные вопросы жизни общества.

Довольно часто применение права рассматривается как такая форма его реализации, которая состоит в проведении государством сложной, ответственной юридической и организационной деятельности «по обоснованному осуществлению правовых норм относительно конкретных субъектов», фактов, отношений реальной общественной жизни в рамках закона[1].

Эти определения приведены как иллюстрирующие неоднозначность и множественность подходов к понятию «применение права». Нет необходимости и возможности перечислять их все. Гораздо важнее определить общие черты и особенности правоприменительного процесса, которые в той или иной степени отражаются в различных его определениях и сложившихся о нем представлениях.

Что выделяет правоприменительный процесс как форму реализации норм права среди других форм реализации права? Каковы его особенности? Отвечая на эти и подобные им вопросы, необходимо иметь в виду следующее.

1. Правоприменительная деятельность (в отличие от других форм реализации права, в которых участвуют самые различные субъекты права — физические и юридические лица) может осуществляться *уполномоченными на то государственными органами и должностными лицами.*

В соответствии с Конституцией и текущим законодательством России (и других стран) это могут быть органы законодательной власти, судебные, прокурорские органы и органы исполнительной власти, администрация предприятий и учреждений, должностные лица разных рангов, общественные органы и организации по поручению (с санкции) государства. Граждане (или подданные в настоящее время в конституционных монархиях), не являющиеся должностными лицами, правоприменительной деятельностью заниматься не могут.

Такая общепризнанная на современном этапе развития общества позиция в известной мере расходится с той, которая развивалась отечественными и зарубежными учеными раньше. Применение права, писал, например, Г. Ф. Шершеневич, есть не что иное, как «подведение конкретных бытовых отношений под абстрактные нормы права». Исходя из этого делался вывод о том, что применяются нормы права всеми, кто стремится сообразовать свои действия с указаниями права, так как для достижения юридического результата или для уклонения от юридических последствий необходимо «произвести примерку фактического состава в данном или предполагаемом случае к норме права»[2].

---

[1] Теория государства и права / Отв. ред. М. Н. Марченко. С. 378; Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 285; Теория государства и права / Отв. ред. А. И. Денисов. М., 1980. С. 348.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. М., 1912. С. 699.

Однако даже при таком весьма широком подходе к определению субъектов правоприменительного процесса в первую очередь выделялись все же агенты государственной власти, которые «выполняют задачу управления на основании действующего права», а среди них — суды, в деятельности которых «с наибольшей яркостью раскрывается процесс применения права»[1].

2. Правоприменение — один из важнейших видов *государственной деятельности*. Оно существует наряду с законодательной, правоохранительной и другими видами государственной деятельности и имеет *государственно-властный характер*. Это означает, что акты, издаваемые в процессе правоприменения, являются юридическими, неисполнение которых влечет за собой государственное принуждение.

Применение права как государственно-властное деяние всегда осуществляется от имени государства. В юридической литературе различают две формы его осуществления: оперативно-исполнительную и правоохранительную.

Под *оперативно-исполнительной формой* деятельности подразумевают организацию выполнения предписаний правовых норм, позитивное регулирование с помощью индивидуальных актов. Примерами являются, согласно российскому законодательству, приказ о приеме на работу, выдача свидетельства о регистрации брака, решение о строительстве промышленного объекта или жилого дома.

Под *правоохранительной формой* деятельности имеют в виду деятельность, направленную на охрану норм права от каких бы то ни было нарушений, применение мер государственного принуждения к правонарушителям, обеспечение исполнения назначенных мер наказания (взыскания), а также принятие мер по предупреждению правонарушений в будущем[2].

Необходимость в правоприменительной деятельности возникает, таким образом, всегда, когда невозможно осуществление субъективных прав и исполнение предусмотренных законом обязанностей без использования государственно-властных полномочий.

3. Применение норм права осуществляется не в произвольной форме, а в *строго установленном законом порядке*. Существует определенная *процедура* правоприменительной деятельности судебных, административных, следственных и иных государственных органов и должностных лиц. Степень детализации порядка правоприменительной деятельности различных органов и должностных лиц не всегда одинакова.

У судебных органов, рассматривающих гражданские и уголовные дела, или у прокурорских органов, занимающихся следственной деятельностью, она всегда высокая. Порядок деятельности этих органов регламентируется нормами соответствующих гражданско-процессуальной и уголовно-процессуальной отраслей права.

Степень регламентации правоприменительной деятельности других государственных органов, например административных, и должностных

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч.

[2] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 287—288.

лиц всегда намного ниже, чем у судебных и следственных органов. Это можно наблюдать в повседневной деятельности многочисленных исполнительных органов государственной власти, администрации предприятий и учреждений в России, занимающихся вопросами приема и увольнения, оформления отпусков, пенсий, пособий по безработице и другими вопросами правоприменения.

4. Правоприменительная деятельность государственных органов и должностных лиц всегда осуществляется в соответствии с определенными общепризнанными во всех странах *принципами*. Среди них важнейшее значение имеют принципы законности, социальной справедливости, целесообразности и обоснованности принимаемых в порядке правоприменения тех или иных решений.

Что означает в практическом плане каждый из этих принципов и как они согласуются между собой?

Принцип законности понимается как строгое и неуклонное следование государственных органов и должностных лиц закону в процессе правоприменительной деятельности. Применение норм права, писал в связи с этим Г. Ф. Шершеневич, «по точному их смыслу, невзирая на результаты применения в тех или иных конкретных случаях», есть тот принцип законности, который составляет условие правового порядка[1]. Требование соблюдения закона в правоприменительной деятельности — это следование букве и духу закона, который применяется; действие правоприменительных органов и должностных лиц в рамках предоставленных им полномочий; строгое и неуклонное соблюдение установленной процедуры; принятие в результате правоприменительной деятельности юридических актов установленной формы (указ, приказ, решение, постановление и т. п.).

Принцип социальной справедливости означает деятельность правоприменительного органа и должностного лица в интересах не каких-либо граждан или групп, а всего общества. Разумеется, нельзя не считаться с тем, что «нормы права, являющиеся в результате классовой борьбы», как отмечал еще Г. Ф. Шершеневич (и другие юристы дореволюционной России), «отражают интересы господствующих классов сильнее, чем интересы других классов» и что применение норм права «агентами власти, судебной и административной», с точки зрения социальной справедливости «еще более наклоняет действие законов в этом направлении», выделяет их как акты, обслуживающие в первую очередь интересы господствующих слоев[2].

Однако это вовсе не означает, что правоприменительные органы и должностные лица, действуя в интересах господствующих кругов, не должны руководствоваться интересами всего общества, соблюдать принцип социальной справедливости. В правовом государстве это должно быть непременным условием их деятельности.

Принцип целесообразности в правоприменительной деятельности означает учет конкретных условий применения того или иного нормативно-правового акта, принятие во внимание специфики сложившейся

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 705.

[2] Там же. С. 711.

ситуации в момент вынесения решения, выбор наиболее оптимального варианта реализации правовых требований в тех или иных конкретных обстоятельствах.

Принцип обоснованности правоприменительной деятельности означает полное выявление, тщательное изучение и использование всех относящихся к делу материалов, принятие решения только на основе достоверных, хорошо проверенных, не подлежащих сомнению фактов. Данный принцип лежит в основе других принципов. Нарушение принципа обоснованности при принятии правоприменительного акта служит веским основанием для его отмены. Принцип целесообразности, с одной стороны, и принципы законности и справедливости — с другой, нередко входят в противоречия. Суть их заключается в том, что в процессе формирования норм права, являющихся правилами общего характера, невозможно учесть все разнообразие конкретных случаев и обстоятельств, которые возникают в тех или иных жизненных условиях, в процессе их применения.

Раскрывая смысл «резкой противоречивости» принципа справедливости и принципа целесообразности, Шершеневич писал, что один принцип «протестует против нормы с точки зрения реальных индивидуальных интересов» под влиянием чувства, порождаемого конкретным действием нормы, и во имя активной политики, требующей «согласования с запросами данного момента». Другой принцип отстаивает норму с точки зрения абстрактных общественных интересов во имя разума, способного постичь многочисленные индивидуальные интересы «вне непосредственного соприкосновения с ними в конкретных условиях»[1].

При известном расхождении принципов законности и целесообразности возникает определенный «зазор», который позволяет правоприменительному органу самому решать вопрос с учетом конкретных обстоятельств о выборе оптимального пути применения данной нормы права, о сочетании принципа законности и принципа целесообразности. У правоприменительного органа, в частности у суда, возникает необходимость определять в каждом конкретном случае, при рассмотрении каждого конкретного дела, как наиболее оптимально сочетать общие требования нормы права со специфическими обстоятельствами процесса ее применения.

Естественно, что в каждом государстве подобные возможности, пределы для судебного усмотрения при решении конкретных дел далеко не одинаковы. В государствах деспотических, отмечал еще Ш. Монтескье, нет закона, там сам судья закон. В государствах монархических есть законы, и если они ясны, то «судья руководится ими», а если нет, то он «старается уразуметь их дух». Природа республиканского правления требует, чтобы судья не отступал от буквы закона. И дальше: если состав суда не должен быть неизменным, то в приговорах его неизменяемость должна царить так, чтобы они «всегда были не более как точным применением текста закона».

Осуществляя правоприменительную деятельность, суд, а вместе с ним и любой иной государственный орган или должностное лицо не должны выходить за рамки закона.

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 706.

5. Правоприменительный процесс осуществляется в *определенной последовательности.* В государственно-правовой теории и практике выделяется ряд относительно самостоятельных ступеней, или стадий, данного процесса. Наиболее типичными признаются следующие: а) установление и исследование фактических обстоятельств дела; б) выбор и анализ нормы права с точки зрения ее подлинности, законности, действия ее во времени, в пространстве и по кругу лиц; в) анализ содержания нормы права и принятие решения (издание индивидуального акта); г) доведение содержания принятого решения до сведения заинтересованных государственных и общественных органов и должностных лиц.

Иногда выделяются и рассматриваются лишь три стадии правоприменительной деятельности. А именно: установление и анализ фактического материала, касающегося рассматриваемого дела; определение и исследование нормативно-правовой основы данного дела; принятие решения и доведение до сведения заинтересованных лиц содержания принятого решения.

Разумеется, дело заключается не в количестве выделяемых ступеней, или стадий, правоприменительного процесса, а в их сути, их содержании. Вся правоприменительная деятельность как цельный, единый процесс разбивается на ряд стадий не ради некой самоцели, а для более глубокого и разностороннего познания и совершенствования самого правоприменительного процесса. Рассмотрению проблем, касающихся выделения и изучения различных стадий правоприменительного процесса, посвящена специальная отечественная и зарубежная литература.

Основной смысл ее и все усилия авторов при этом направлены, как правило, на то, чтобы государственные органы и должностные лица смогли достичь в области правоприменения максимальной эффективности при строгом и неуклонном соблюдении ими принципов справедливости и законности. Для демократического общества и правового государства важно, чтобы при всех видах государственной деятельности, включая правоприменительную, гражданин находился в зависимости от законов, а не от лиц, их создающих и применяющих.

Личное достоинство человека, справедливо подмечал Г. Ф. Шершеневич, страдает, когда ему нужно приспособляться к воззрениям и чувствам судьи или администратора. «Легче зависеть от бездушной нормы, чем от душевного человека». Между тем такое положение создается именно тогда, когда суд или администрация «считают допустимым не держаться точного смысла закона», а принимать в соображение конкретные условия его применения. «Гражданину тяжело, когда точка зрения целесообразности или чувство справедливости будут обращены против него, хотя за него и стоит точный смысл закона»[1].

6. Правоприменительная деятельность государственного органа или должностного лица всегда связана с принятием *решения по конкретному делу и его оформлением.* На данной, завершающей, стадии правоприменительного процесса вырабатываются и оформляются юридические последствия применения нормы права к конкретному случаю или лицу.

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 710.

В актах применения норм права, или *индивидуальных актах*, как их нередко называют, независимо от того, являются они решениями суда или актами административных органов и должностных лиц, всегда усматриваются авторитет и сила государства. Им неизменно придается государственно-властный характер. За нарушение предписаний, содержащихся в этих актах, следует государственное воздействие. Они охраняются и обеспечиваются государством в той же мере, что и нормы права, на основании и во исполнение которых эти акты принимаются[1].

Основные требования, которые предъявляются к актам применения, заключаются в том, чтобы они: а) строго соответствовали нормативно-правовым актам, на основе которых они принимаются; б) издавались в пределах компетенции правоприменительного органа или должностного лица; в) содержали глубокую и всестороннюю мотивировку; г) имели все необходимые реквизиты, придающие актам применения официальный характер (наименование акта, время и место его принятия, наименование органа, издавшего данный акт, наличие соответствующей печати, подписи и т. п.).

Акты применения, или индивидуальные акты, не являются источниками права. Они не содержат в себе каких-либо общих правил поведения, а лишь применяют соответствующие нормы права к конкретному случаю, событию или лицу.

В отличие от нормативно-правовых актов, индивидуальные акты рассчитаны не на многократное, а на *однократное применение*. Это приговор суда, приказ о принятии на работу или об увольнении, указ о назначении на должность или награждении.

Индивидуальные акты по сравнению с нормативно-правовыми обращены к *строго установленному лицу или кругу лиц*, издаются применительно к *строго определенному случаю или случаям*.

Наконец, в отличие от нормативно-правовых индивидуальные акты непосредственно влекут за собой юридические последствия, выступают *в качестве юридических фактов*, служат основанием для возникновения, изменения или прекращения конкретного правоотношения.

Существует значительная категория правоотношений, которая требует для своего возникновения, изменения или прекращения специального вмешательства уполномоченных на то государственных органов или должностных лиц. К таковым относится, например, значительная часть административно-правовых, уголовно-правовых, уголовно-процессуальных, гражданско-процессуальных и иных правоотношений.

По своей природе и характеру индивидуальные акты далеко не одинаковы. В зависимости от *формы регулятивного воздействия* на общественные отношения их подразделяют на два вида: исполнительные и правоохранительные.

Исполнительные акты направлены на организацию исполнения содержащихся в нормах права предписаний применительно к конкретному лицу или случаю. Они предопределяют возникновение конкретных прав и обязанностей лиц в связи с их правомерным поведением. В качестве иллюстрации можно сослаться на акт регистрации брака, прика-

[1] См.: *Григорьев Ф. А.* Акты применения права. Саратов, 1995.

зы о повышении в должности, присвоении воинского звания, увольнении с занимаемой должности, уходе в трудовой отпуск и т. д.

Правоохранительные акты предназначены для охраны существующих норм права от возможных нарушений. Они издаются, как правило, или в связи с предупреждением правонарушения, в профилактических целях, или же при совершении правонарушения. Таковыми, в частности, являются акты следственных, судебных, прокурорских и ряда иных органов.

В зависимости от *вида субъектов,* занимающихся правоприменительной деятельностью, индивидуальные акты подразделяются на акты органов законодательной власти, органов исполнительной власти, судебных, репрессивных и надзорных органов, органов местного самоуправления; издаваемые администрацией предприятий и учреждений и др.

Существуют и иные критерии классификации индивидуальных актов. Они широко используются для более глубокого изучения и совершенствования как самих этих актов, так и правоприменительной практики в целом.

§ 3. Толкование правовых норм

Толкование представляет собой *особый вид деятельности государственных органов, должностных лиц, граждан и их объединений, направленной на раскрытие смыслового содержания правовых норм и на выявление содержащейся в них государственной воли.*

Толкование является одним из важнейших элементов, а точнее, условий успешной правотворческой и особенно правоприменительной деятельности. Толкование, писал еще Н. М. Коркунов, «разъясняет смысл отдельных юридических норм». Не выяснив смысла нормы, нельзя ее и применять. Поэтому толкование есть безусловно необходимое условие применения юридических норм[1]. Для применения права, вторил ему Е. Н. Трубецкой, недостаточно удостовериться в существовании юридической нормы. Кроме того, нужно установить точный смысл той нормы, которую требуется применить[2].

Необходимость толкования вызывается тем, что в ходе проведения его уточняются не только общее содержание и назначение данной нормы, но и ее более конкретные элементы и обстоятельства, необходимые для осуществления правоприменительной деятельности.

В частности, устанавливаются основная цель принятия закона или иного нормативно-правового акта, содержащего рассматриваемые нормы, его роль и назначение, возможные последствия его применения. Выясняются условия применения данного акта, его место в системе законодательства и характер его взаимосвязей и взаимодействия с другими «прилегающими» к нему актами. Определяется тот смысл рассматриваемого правового акта, который имел в виду законодатель. Достига-

[1] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 347.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 113.

ются его точное и единообразное понимание и одинаковое на всей территории действия данного нормативно-правового акта применение[1].

С помощью толкования, таким образом, создаются предпосылки не только для более глубокого и всестороннего понимания нормативно-правовых актов и содержащихся в них норм, но и для их более полного и эффективного применения.

Толкование норм права — сложный, порой противоречивый мыслительный процесс, подчиняющийся законам логики и предполагающий серьезную профессиональную и философскую подготовку. Толкование не может проводиться в отрыве от экономической и социально-политической жизни в стране, от проходящих в обществе процессов.

Толкование всегда имеет социально обусловленный, а нередко и политический характер. Это утверждение будет справедливым по отношению к любому когда-либо существовавшему или ныне существующему государственному строю. Отнюдь не случайно то, что в разное время в разных странах толкование законов или объявлялось сугубо официальной, исключительно государственной монополией, или вовсе запрещалось.

В Древнем Риме так поступил, например, Юстиниан, признав за собой монополию толкования. Так поступил и папа Пий IV. в отношении постановлений Тридентского Собора. В Германии запрещение толкования законов несколько раз устанавливалось в течение XVIII столетия: в Баварии — Законом (Кодексом) 1756 г., в Пруссии — Указом от 14 апреля 1780 г., в Австрии — Законом от 1 ноября 1786 г. Наполеон I пришел в ужас при известии о появлении первого комментария его Кодекса: «Пропал мой кодекс!» В Германии указом от 19 октября 1813 г. было запрещено писать и печатать какие-либо комментарии к баварскому Уголовному уложению того же года[2].

Основные мотивы подобного стремления властей монополизировать или вообще запретить неофициальное толкование законов обусловлены их вполне естественным желанием не «передоверять», а самим, исходя из своих собственных интересов, разъяснять смысл и содержание принимаемых актов, не допускать даже малейшей возможности внесения смуты и смятения в умы людей.

Конечно, с теоретической и практической точек зрения такое ограничение или запрещение толкования по существу нелепо. Можно запретить писать «толкования к закону», справедливо отмечал в связи с этим Г. Ф. Шершеневич, но нельзя запретить самое толкование, потому что «всякий, кто применяет закон, дает ему применение сообразно тому, как он его понимает,— а это уже и есть толкование»[3].

Толкование неотъемлемо от правоприменения и складывается из двух составных, взаимосвязанных и взаимодополняющих частей: *уяснения* смысла нормы права, подлежащей применению, и *разъяснения* ее сущности и смыслового содержания. Рассмотрим кратко каждую из этих составных частей.

---

[1] *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. М., 1976.

[2] Подробнее см.: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 727—728.

[3] Там же. С. 728.

Толкование — уяснение норм права представляет собой процесс получения полного и исчерпывающего представления о каждой из них, процесс познания подлежащих применению правовых норм «для себя».

Существует ряд широко известных и традиционно используемых приемов, методов толкования — уяснения норм права. Среди них: грамматическое (текстовое), систематическое, логическое и историко-политическое (историческое) толкование.

Грамматическое, или текстовое, толкование, как следует уже из его названия, заключается в грамматическом, лексическом и синтаксическом анализе текста нормы или статьи нормативно-правового акта. Особое внимание при этом обращается на структуру текста, расстановку знаков препинания, на смысловое значение в данном тексте общеупотребительных терминов и слов, технических терминов, заимствованных из различных отраслей знания — науки, техники и искусства, а также на специальную, юридическую терминологию.

Важным представляется при анализе текста старых законов или текстов, содержащих заимствованные иностранные термины и слова, исходить из их первоначального значения, которое придавалось им на момент принятия закона и которое имеют они в родном для законодателя языке.

Систематическое толкование состоит в использовании системного подхода при анализе различных норм права, отдельных статей и в целом законов. Основное внимание исследователя при этом сосредоточивается на уяснении сущности и содержания нормы права путем сопоставления ее с другими, ранее принятыми нормами, установления ее места и роли в системе этих норм, определения характера ее многосторонних связей с данными нормами.

Систематический прием, или метод, толкования помогает законодателю и правоприменителю выявлять и устранять пробелы и коллизии (противоречия) в законодательстве. Он также эффективен в выявлении старых, формально не отмененных, но фактически не действующих в силу исчезновения ряда прежних общественных отношений (объектов правового регулирования) или по иным причинам правовых норм.

Систематическое толкование иногда рассматривается, несмотря на его важность и относительную самостоятельность, как частная форма *логического толкования.* Последнее применяется для выяснения логического смысла правовых предписаний во всех тех случаях, когда сущность и содержание правовой нормы, статьи или целого акта невозможно определить путем систематического или грамматического (текстового) толкования.

Логическое толкование, подмечал в связи с этим Шершеневич, предполагает уже выполненной работу грамматического толкования. Сущность его заключается в выяснении мысли закона на основании выясненного значения слов, которыми она выражена. Это логическое, или иначе называемое «реальное», толкование стремится вывести содержание закона или из его собственного текста, или из сопоставления этого текста с текстом других законов[1].

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 737.

Важное значение имеет *историко-политическое* толкование. Основной смысл и содержание его сводятся к выяснению социально-политической ситуации, в которой принималась данная норма, к установлению социально-политических мотивов ее издания, к определению основных целей и намерений законодателя. Используя историко-политическое толкование, законодатель и правоприменитель выясняют одновременно вопрос о связи и преемственности издаваемой нормы со всеми предшествующими ей в данной сфере общественных отношений нормами.

Историческое толкование, особо отмечалось в дореволюционной отечественной литературе, есть «уяснение содержания данного закона по сопоставлению его с другим, ранее существовавшим». Под историческим толкованием разумеется объяснение смысла нормы из сопоставления ее с нормой, действовавшей по тому же предмету в момент установления новой нормы[1]. Такое понимание историко-политического толкования сохраняет свое значение и в настоящее время.

Широкое использование историко-политического толкования вместе со всеми другими методами толкования дает возможность полностью раскрыть истинный смысл и содержание рассматриваемой нормы или всего нормативно-правового акта.

Важное значение имеет *толкование норм права по объему*. Это логическое продолжение и завершение процесса толкования — уяснения смысла и содержания норм права. Вместе с тем оно выступает и как закономерный результат всего предшествующего процесса применения — грамматического, логического, систематического и историко-политического методов. Только с помощью этих методов, благодаря их применению может быть подготовлен исчерпывающий ответ на вопрос, полностью ли совпадают в данной норме или в данном акте буква закона с его духом, следует ли понимать словесное выражение нормы или нормативно-правового акта в целом в буквальном смысле или же необходимо сузить либо расширить их содержание, которое вытекает из их буквального толкования.

Окончательно ответить на данный вопрос можно, лишь используя другие, дополнительные методы — методы толкования норм права по объему. Суть их заключается в определении степени соответствия содержания нормы права ее текстовому оформлению и выражению.

В том случае, когда при рассмотрении нормы права обнаруживается, что смысл и содержание нормы полностью совпадают с ее текстовым оформлением и выражением, когда смысл ее усваивается буквально, говорят о *буквальном толковании*. Этот метод толкования наиболее распространен в большинстве стран. Он свидетельствует о том, что обычно воля, цели и интересы законодателя достаточно четко и точно отражаются и формулируются в законе и содержащихся в нем нормах.

Однако в правотворческой практике разных стран нередко имеют место случаи, когда такого соответствия не бывает. Опыт показывает, что при этом возможны два варианта.

---

[1] *Коркунов Н. М.* Указ. соч. С. 343; *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 738.

Первый, при котором текстовое выражение и оформление нормы права, ее словесная формулировка оказываются шире ее логического смысла и содержания. В данном случае используется метод *ограничительного толкования*. То есть норма права должна трактоваться ограничительно. Например, в ст. 32 (ч. 1) Конституции Российской Федерации предусмотрено, что «граждане Российской Федерации имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей». Очевидность смысла того, что термином «граждане» в данном случае обозначаются лишь взрослые, дееспособные люди, а не дети или психически и умственно больные взрослые, позволила законодателю избежать конкретизации рассматриваемого положения и используемого термина. Здесь имеет место случай, когда буква закона гораздо шире его смысла и когда требуется его ограничительное толкование[1].

Другой вариант возможного несоответствия текстового выражения и содержания нормы права заключается в том, что буква закона может быть у́же его логического смысла. В этом случае говорят о необходимости и даже неизбежности использования метода *расширительного толкования* нормы права. Например, мы читаем в ст. 29 (ч. 5) Конституции Российской Федерации, что «гарантируется свобода массовой информации. Цензура запрещается». Невольно встает вопрос: а как быть с цензурой, в частности, научной информации, которая далеко не всегда может иметь массовый характер? Из практики реализации данной статьи Конституции известно, что она распространяется на гораздо более широкую сферу общественных отношений, чем это указано в ней. Смысловое значение нормы права в данном случае значительно шире, чем ее текстовое выражение.

Обобщая все сказанное о расширительном и ограничительном толковании норм права, о «недостатках редакции» закона, следует еще раз прислушаться к предостережению Е. Н. Трубецкого о том, что «может случиться, что законодатель сказал больше или меньше того, что хотел сказать». В первом случае, когда законодатель выразился слишком общо, «должно применять ограничительное толкование». Во втором случае, когда законодатель выразился слишком сжато, «должно иметь место толкование распространительное»[2].

Толкование-разъяснение представляет собой совокупность выработанных государственными органами, общественными организациями и гражданами рекомендаций и пояснений, направленных на раскрытие подлинного смысла и содержания закона и его норм. В отличие от толкования-уяснения толкование-разъяснение «работает» не «для себя», а «для других». Оно не имеет обязательного характера по отношению к каждому закону или каждой норме. Необходимость в нем возникает лишь тогда, когда в процессе толкования-уяснения обнаруживаются

---

[1] См.: *Хабриева Т. Я.* Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. М., 1938.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Указ. соч. С. 115.

в содержании закона или норм неясности, «нестыковки» либо противоречия.

В зависимости от *юридических последствий,* которые наступают в результате толкования-разъяснения, его подразделяют на два вида: официальное и неофициальное.

Особенность *официального толкования-разъяснения* заключается в том, что оно осуществляется компетентными в этой области государственными органами или уполномоченными на то общественными организациями. Официальное толкование облекается в специальную юридическую форму (постановление, инструкция и пр.) и имеет обязательный характер. Для исполнителей толкуемой нормы и правоприменителей оно является обязательным даже тогда, когда они выражают несогласие с толкованием. Основная цель официального толкования-разъяснения — обеспечить единообразное понимание содержания норм права и достижение их одинакового применения.

В зависимости от *субъектов,* толкующих норму права или же в целом нормативно-правовой акт, официальное толкование подразделяется на аутентичное и легальное. Эти виды толкования различаются не только особенностями государственных органов, производящих толкование, их местом и ролью в структуре государственного аппарата, но и различной силой принимаемых при этом актов толкования.

Аутентичное толкование осуществляется теми же органами, которые издают данный нормативно-правовой акт. Оно дается не в правоприменительном, а в законодательном порядке. Однако акт толкования издается для разъяснения уже существующих норм права, а не для создания новых норм.

Акт аутентичного толкования облекается, как правило, в ту же внешнюю форму и наделяется такой же юридической силой, как и сам толкуемый акт. Сила аутентичного толкования, писал Г. Ф. Шершеневич, заключается не в его убедительности, а в его обязательности. «Хотя бы толкование законодателя шло вразрез с логикой, оно все же обязательно для всех, как закон»[1].

Особенность официального *легального толкования* заключается в том, что оно производится не самим органом, издавшим толкуемый акт, а другими государственными органами в рамках предоставленных им полномочий. Последние могут иметь либо постоянный, либо разовый характер. Акты легального толкования имеют обязательную силу лишь для тех лиц и объединений, которые подпадают под юрисдикцию органа, осуществляющего толкование. Это могут быть судебные, финансовые, налоговые и иные органы.

Неофициальное толкование-разъяснение осуществляется негосударственными органами и организациями, различными научными и учебными заведениями, группами специалистов-юристов, отдельными гражданами. Оно выражается в форме устных или письменных советов, пояснений, рекомендаций. Такого рода акты не имеют обязательного характера и не влекут за собой каких бы то ни было юридических последствий.

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 726.

Их моральная сила и влияние основываются на профессиональном авторитете граждан, учреждений и организаций, разъясняющих содержание тех или иных норм или отдельных нормативно-правовых актов.

Среди различных видов неофициального толкования следует выделить *обыденное толкование*, осуществляемое гражданами в их повседневной жизни, в быту, а также *профессиональное (компетентное) толкование* специалистами в области государства и права (судьями, адвокатами и др.) в процессе их повседневной деятельности.

Особо выделяется *доктринальное (научное) толкование*. Оно выражается в подготовленных учеными-юристами комментариях к действующему законодательству, книгах, лекциях, брошюрах, научных статьях.

В Древнем Риме и ряде других государств доктринальное толкование, равно как и другие виды неофициального толкования, в частности консультативная практика юристов, по существу имели не только моральное, но и юридическое значение. Римские юристы благодаря своему весьма высокому положению в обществе и высокому качеству своих правовых толкований и консультаций имели огромный авторитет и влияние на развитие законодательства.

По справедливому замечанию специалистов в области римского права, римские юристы, не имея законодательной власти, тем не менее своей консультативной практикой непосредственно влияли на развитие права авторитетом своих научно-практических заключений. Придавая своими толкованиями закона определенный смысл отдельным нормам, они фактически создавали нормы, приобретавшие затем авторитетность, граничащую с обязательностью[1].

В современном мире доктринальному толкованию придается гораздо меньшее значение. Тем не менее оно существует, применяется в разных странах и играет в их правовых системах определенную теоретическую и практическую роль.

При рассмотрении различных форм официального и неофициального толкования следует особо выделить так называемое *казуальное толкование*. Эта форма толкования в равной мере используется и при официальном, и при неофициальном толковании. Осуществляется она как уполномоченными на то государственными органами (суд, исполнительные органы и др.), так и негосударственными организациями и лицами (научные учреждения, адвокаты, эксперты и др.).

Особенность казуального толкования заключается в том, что оно осуществляется лишь в связи с рассмотрением конкретного дела (казуса). Его необходимость возникает, в частности, тогда, когда нижестоящие правоприменительные органы, по мнению вышестоящих, неправильно применяют нормы права к конкретным делам, допускают нарушения законодательства. Казуальное толкование (официальное) имеет юридическую силу лишь по отношению к конкретному случаю или делу. Неофициальное казуальное толкование такой силой вообще не обладает.

Наиболее распространенными видами казуального толкования являются *судебное* и *административное толкование*.

---

[1] *Новицкий И. Б.* Римское право. М., 1993. С. 24.

Глава XXIII

ПРАВОМЕРНОЕ ПОВЕДЕНИЕ И ПРАВОНАРУШЕНИЯ

§ 1. Правомерное поведение: понятие, общественная значимость

Правомерное поведение является одной из разновидностей социального поведения людей. В условиях существования правового государства и гражданского общества оно выступает как ведущая разновидность всей совокупности социально значимых действий, поступков людей.

Главная особенность правомерного поведения — строгое и неуклонное следование содержащимся в нормах права требованиям и велениям. О правомерности или неправомерности поведения можно судить на основании того, согласуются ли действия, поступки людей с правовыми предписаниями или не согласуются. Это же касается и деятельности различных государственных и негосударственных органов и организаций, а также издаваемых ими юридических актов.

Наряду с констатацией факта правомерности поведения есть все основания говорить о различной степени ее в отношении того или иного деяния. Критерием определения степени правомерности служит степень соответствия действий людей заложенным в нормах права поведенческим моделям.

На основе сказанного правомерное поведение можно определить как такое поведение людей, которое в полной мере согласуется со всеми требованиями норм права.

Если то или иное деяние лица хотя бы в незначительной степени нарушает существующие правовые предписания, его нельзя относить к правомерному. То же касается правомерности действий государственных органов и должностных лиц. Они являются правомерными лишь в той мере, в какой согласуются с установленными законом их правовым статусом, компетенцией, процедурой принятия тех или иных решений, а также формой и характером этих решений. Все иные действия государственных органов и должностных лиц следует относить к неправомерным.

Важная особенность правомерного поведения состоит в том, что оно является *общественно необходимым* и *общественно полезным поведением*. Оно создает основу стабильности и организованности общества, формирует предпосылки для его развития и совершенствования. Правомерное поведение способствует укреплению законности и конституционности.

Однако если любое правомерное поведение является общественно необходимым и полезным, то это вовсе не означает, что любое общественно необходимое и полезное деяние автоматически считается право-

мерным. Правомерным может быть лишь то общественно полезное и необходимое деяние, которое связано с осуществлением вытекающих из содержания норм права субъективных прав и юридических обязанностей. Все другие общественно полезные и общественно необходимые деяния, не урегулированные правовыми нормами, не могут рассматриваться в качестве правомерных. Они могут оцениваться лишь под углом зрения их соотношения с нормами морали, религиозными нормами, нормами, содержащимися в актах партийных органов и общественных организаций, обычаями и др.

Не могут подвергаться правовой оценке на предмет установления правомерности или неправомерности поведения также деяния лиц, обладающих правоспособностью, но не имеющих дееспособности. Деяния несовершеннолетних лиц или невменяемых, несмотря на то, что они урегулированы нормами права, не будут иметь юридических последствий в силу указанных причин.

Исключение составляют деяния несовершеннолетних, оговоренные в законе. Так, согласно ст. 28 (п. 2) Гражданского кодекса Российской Федерации малолетние в возрасте от 6 до 14 лет вправе самостоятельно совершать мелкие бытовые сделки; сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды, не требующие нотариального удостоверения либо государственной регистрации; сделки по распоряжению средствами, предоставленными законным представителем или с согласия последнего третьим лицом для определенной цели или для свободного распоряжения.

В данном случае действия несовершеннолетних в области гражданско-правовых отношений следует рассматривать с точки зрения их соответствия или несоответствия правовым велениям, на предмет определения их правомерности или неправомерности. Однако в случае неправомерности действий несовершеннолетних, причинивших ущерб другому лицу, имущественная ответственность по сделкам лежит на их родителях, опекунах или усыновителях.

Исключение, согласно российскому законодательству, составляют также некоторые действия лиц, ограниченных судом в дееспособности вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами. О правовой оценке их самостоятельного поведения можно говорить лишь применительно к совершению ими мелких бытовых сделок, которые им разрешается заключать в соответствии с законом (ст. 30 ГК РФ). Только об этих деяниях можно говорить как о правомерных или неправомерных, но не о каких-либо иных.

Правомерное поведение *неразрывно связано с различными формами реализации права.* Правомерное поведение (действия, поступки, согласующиеся с правовыми предписаниями) в зависимости от характера может выступать в формах соблюдения, использования, исполнения или применения права. В юридической литературе вполне обоснованно утверждается, что соблюдение запретов, исполнение обязанностей, использование предоставленных прав, применение права государственными органами и должностными лицами составляют суть правомерного поведения.

При этом *мотивы* такого поведения могут быть самыми разнообразными. Диапазон их широк: от глубокого осознания и понимания необходимости правомерного поведения в интересах всего общества, тех или иных его слоев или лиц до вынужденного следования правовым велениям в силу потенциально существующей угрозы государственного принуждения.

Добровольность следования правовым велениям в значительной мере обусловливается уровнем развития правового сознания в обществе, культуры людей и их пониманием важности и необходимости выполнения правовых требований для укрепления правопорядка и законности. В не меньшей мере добровольность зависит от самих нормативно-правовых актов: их соответствия или несоответствия интересам всего или хотя бы основной части общества.

Правомерное поведение, так же как и любое иное человеческое поведение, представляет собой неразрывное единство внешней (объективной) стороны деятельности лица — субъекта права и его внутренней (субъективной) стороны.

Объективная сторона активности как внешнее проявление правомерного поведения выступает в виде соответствующего правовым предписаниям действия или же бездействия лица. Разумеется, речь идет об общественно полезном и общественно необходимом, а не о каком бы то ни было ином действии или бездействии. Кроме того, в ряде случаев имеются в виду не только отдельные поступки или единичные, изолированные друг от друга действия, но и целые системы или комплексы правомерных действий. Например, руководство трудовыми коллективами, государственными и негосударственными органами и организациями, политическими партиями и др.

Субъективная сторона правомерного поведения характеризует психическое и духовное состояние лица, его отношение к существующим нормам права и к своему поведению, правовую оценку им своей собственной деятельности. Правомерность поведения различных субъектов права выступает как их осознанное положительное отношение к содержащимся в нормах права государственно-властным требованиям и велениям. В правомерном поведении при совпадении правовых требований и установок с интересами и потребностями того или иного субъекта права — лица зачастую проявляются его собственная инициатива и готовность строго следовать правовым велениям[1].

Существуют различные виды правомерного поведения. Их классифицируют по разным основаниям.

В зависимости от *характера внешнего проявления* правомерное поведение может выражаться в виде или активного *действия,* или же, наоборот, предусмотренного законом пассивного поведения — *бездействия.*

В зависимости от *принадлежности норм к различным отраслям права,* на основе которых совершаются правомерные деяния, последние

---

[1] См.: *Байниязов Р. С.* Правосознание и правовой менталитет в России. Введение в общую теорию. Саратов, 2001.

подразделяются на гражданско-правовые, административно-правовые, трудовые и иные.

Правомерное поведение может классифицироваться на различные виды в зависимости от *форм реализации правовых предписаний* — соблюдения, исполнения, использования или применения.

Возможны и иные критерии классификации правомерного поведения. Например, в зависимости от *сферы осуществления* правомерных деяний (политические, экономические, социальные и др.); от *субъекта правомерного поведения* (правомерные деяния граждан, должностных лиц, государственных и общественных органов, различных объединений).

Выделение и изучение различных видов правомерного поведения позволяет глубже понять его природу, мотивы, содержание, роль в общественной и государственно-правовой жизни, назначение.

§ 2. Правонарушения: понятие, их виды

В любом обществе правонарушение — это социальный и юридический антипод правомерного поведения. Существует множество различных определений правонарушения. В обобщенном виде они сводятся к тому, что *правонарушение представляет собой виновное, противоправное, наносящее вред обществу деяние правоспособного лица или лиц, влекущее за собой юридическую ответственность.*

Правонарушение имеет ряд характерных признаков, среди которых необходимо выделить следующие.

1. Любое правонарушение — это *всегда определенное деяние,* находящееся под постоянным контролем воли и разума человека. Это волевое, осознанное деяние, *выражающееся в действии или бездействии человека.*

Не могут рассматриваться в качестве признаков правонарушения, например, черты характера, образ мыслей или личные качества человека. Однако если они проявляются в конкретных противоправных деяниях — действиях или бездействии, то в этом случае наступают юридические последствия.

Суд не может карать за неугодные господствующим кругам суждения, за образ мыслей, политические, религиозные или иные воззрения. К. Маркс в связи с этим совершенно правильно отмечал, что «законы, которые делают главным критерием не *действия как таковые, а образ мыслей* действующего лица,— это не что иное, как *позитивные санкции беззакония*»[1]. Однако суд, вынося решение по конкретному делу, может карать и карает за обусловленное тем или иным образом мыслей противоправное деяние.

2. *Противоправность* — следующий важный признак правонарушения. Не всякое деяние — действие или бездействие — является пра-

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 14.

вонарушением, а лишь то, которое совершается вопреки правовым велениям, нарушает закон.

Конкретным выражением противоправности деяния могут служить либо нарушение запрета, прямо установленного в законе или в любом ином нормативно-правовом акте, либо невыполнение обязательств, возложенных на субъектов права законом или заключенным на его основе договором. Так, в ст. 309 Гражданского кодекса РФ особо оговаривается, что «обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями».

3. Одним из важнейших признаков правонарушения является наличие *вины*. Государственно-правовая теория и практика в России и других странах исходят из того, что не всякое противоправное деяние следует считать правонарушением, а лишь то, которое совершается умышленно или по неосторожности. Иными словами, происходит по вине лица.

Вина отражает психическое состояние лица и его отношение к совершаемому им противоправному деянию — действию или бездействию, а также к возникающим в результате такого деяния последствиям. Она означает понимание или осознание лицом противоправности (недопустимости) своего поведения и возникающих при этом последствий. Вот почему нельзя считать правонарушениями деяния несовершеннолетних лиц и лиц, признанных судом невменяемыми, даже если они противоречат праву, поскольку такие лица не способны осознавать и понимать противоправность своих действий.

Не считаются правонарушениями и так называемые *объективно противоправные деяния,* хотя они совершаются осознанно, по воле лица. Такого рода деяния совершаются в силу профессиональных или служебных обязанностей и не содержат в себе вины. Например, действия пожарника, причинившего вред имуществу во время тушения пожара, аналогичные действия спасателя, врача. Различают две формы вины: умысел и неосторожность. *Умысел* предполагает, что лицо, совершившее противоправное деяние, сознает общественно опасный характер своих действий или бездействия, предвидит их общественно опасные последствия и желает (либо допускает) их наступления.

В том случае, когда лицо, сознавая общественно опасный характер совершаемого им деяния, предвидит возможность и неизбежность его вредных последствий и желает их наступления, имеет место *прямой умысел.* Если же лицо понимает общественную опасность своего деяния и его последствий, но не желает их наступления, хотя и допускает такую возможность или безразлично относится к ним, имеет место *косвенный умысел.*

Неосторожность как одна из форм вины бывает двух видов: самонадеянность и небрежность.

Самонадеянность (легкомыслие) предполагает, что лицо предвидит общественно опасные последствия своего поведения, но легкомысленно рассчитывает их избежать.

Небрежность означает, что лицо не предвидит общественно опасных последствий своих деяний, но может и должно их предвидеть. Небрежность указывает прежде всего на безответственное и пренебрежительное отношение лица к выполнению возложенных на него обязанностей, к интересам общества и другого лица (лиц).

4. Правонарушение совершается людьми *деликтоспособными*, т. е. способными контролировать свою волю и свое поведение, отдавать отчет в своих действиях, осознавать их противоправность и быть в состоянии нести ответственность за их последствия.

Деликтоспособность определяется в законах и других нормативно-правовых актах. Деликтоспособными признаются все вменяемые лица, достигшие определенного возраста. Например, в гражданском и уголовном праве России полная деликтоспособность наступает с 18 лет. В то же время за отдельные преступления ответственность наступает с 14 лет, за административные проступки и нарушения трудового права — с 16 лет.

5. К основным отличительным признакам правонарушения отечественные и зарубежные юристы относят наличие вреда, причиненного лицу или организации другим лицом или организацией, и наличие причинной связи между противоправным деянием и причиненным вредом.

Что касается *наличия вреда*, то не все авторы разделяют эту точку зрения. Ссылаясь на действующее законодательство, они вполне резонно замечают, например, что ряд норм уголовного и некоторых других отраслей права определяют как правонарушения такие действия или бездействие, которые со всей вероятностью могут повлечь за собой вредные последствия, но еще не повлекли их. В качестве примера можно сослаться на нарушения правил техники безопасности на АЭС, шахтах, заводах, которые могли бы повлечь трагические последствия; на нарушения условий труда, требований санэпидемслужб и т. д., которые тоже могли бы привести к трагическим последствиям.

Из сказанного вытекает, что правонарушениями следует считать не только такие противоправные деяния, которые уже повлекли за собой вредные последствия, но и такие, *которые могут причинить* обществу, лицу или государству вред.

Причинение вреда имеет два аспекта — юридический и фактический. *Юридическая сторона* заключается в том, что нарушаются субъективные права участников правоотношений или же создаются такие условия, которые препятствуют исполнению субъектами права возложенных на них юридических обязанностей. *Фактическая же сторона* правонарушения состоит в причинении участнику правоотношения материального либо морального ущерба. Материальные и нематериальные интересы (блага) граждан и их объединений в равной мере охраняются действующим в России и других странах законодательством. Так, согласно Гражданскому кодексу РФ нематериальные блага (жизнь, здоровье, честь, доброе имя, достоинство, деловая и иная репутация и т. д.) защищаются в соответствии с настоящим Кодексом и другими законами в случаях и в порядке, ими предусмотренных, а также в тех случаях и тех пределах, в каких использование способов защиты граж-

данских прав вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения (ч. 2 ст. 150).

Защита материальных и нематериальных благ, находящих свое юридическое выражение в гражданских правах физических и юридических лиц, осуществляется, в частности, путем: признания права; восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности; присуждения к исполнению обязанности в натуре; возмещения убытков; взыскания неустойки; компенсации морального вреда; прекращения или изменения правоотношения; иными способами, предусмотренными законом (ст. 12 ГК РФ).

Когда мы говорим о таком признаке правонарушения, как *наличие причинной связи* между противоправным деянием и причиненным вредом, то, во-первых, речь идет о прямой, а не о какой бы то ни было иной связи. Вредные последствия должны быть прямым результатом нарушающих существующее законодательство действий или бездействия. Никакие посредствующие звенья между ними не допускаются. Во-вторых, имеется в виду, что причинная связь должна быть не случайной, а вполне закономерной, обусловившей наступление вредных последствий.

Названные признаки правонарушения основные, но отнюдь не исчерпывающие. Кроме них существуют другие, хотя и менее важные. Все они обобщаются в выработанном юридической наукой понятии «состав преступления», с помощью которого группируются и описываются признаки последнего по схеме: объект, субъект, объективная и субъективная стороны правонарушения.

Объектом правонарушения являются те урегулированные и охраняемые правом общественные отношения, которым противоправными действиями или бездействием причиняется ущерб. Совершая правонарушение, лицо наносит определенный вред не только сложившемуся в обществе правопорядку, но и правосознанию граждан, а также их субъективным правам.

Субъектами правонарушения признаются физические и юридические лица, обладающие способностью и возможностью нести юридическую ответственность за свои противоправные деяния (деликтоспособность).

Объективная сторона правонарушения представляет собой его внешнюю характеристику, внешнее описание совершенного лицом противоправного деяния. В качестве элементов, составляющих объективную сторону правонарушения, обычно рассматривают: а) само противоправное действие или бездействие; б) вред, причиненный данным действием или бездействием для общественных отношений; в) наличие причинно-следственных связей между совершенным противоправным деянием и наступившим вредом; г) время, место и иные обстоятельства, при которых было совершено противоправное деяние; д) приемы и средства совершения правонарушения.

Субъективная сторона правонарушения указывает на психическое состояние лица в момент совершения им правонарушения. Содержание

ее составляет *одна из форм вины* (умысел или неосторожность) субъекта противоправного деяния, являющаяся обязательным условием или основанием привлечения его к юридической ответственности.

Вина — важнейшая составная часть субъективной стороны правонарушения. В качестве ее дополнительных элементов в научной и учебной литературе рассматривают *цель и мотивы* совершения правонарушения. Их называют факультативными, иными словами, не всегда необходимыми для признания того или иного деяния правонарушением элементами.

Примером использования таких элементов может служить квалификация ряда преступлений, совершаемых в экономической, финансовой и некоторых других сферах жизни общества. В частности, для квалификации по французскому уголовному законодательству вымогательства, шантажа, мошенничества и некоторых других преступлений требуется в обязательном порядке установление корыстной цели. Для признания такого, например, противоправного деяния, как обман лица «путем использования вымышленного имени или вымышленной должности или положения, либо путем злоупотребления подлинной должностью или положением, либо путем использования обманных действий», в качестве мошенничества требуется помимо всего прочего наличие корыстной цели. Она заключается в том, «чтобы побудить это лицо в ущерб себе или в ущерб третьим лицам передать денежные средства, ценности или какое-либо имущество, оказать услугу или предоставить какой-либо документ, содержащий обязательство или освобождение от обязательства»[1].

Правонарушения классифицируются по разным основаниям: в зависимости от характера правонарушений, степени их вредности и опасности для общественных отношений, а также от *характера применяемых санкций* за их совершение. Согласно данному критерию все правонарушения делятся на преступления и проступки.

Преступлениями называются запрещенные уголовным законом общественно опасные, виновные деяния, наносящие существенный вред общественным отношениям и сложившемуся в обществе правопорядку. За любые преступления применяются наиболее строгие меры государственного принуждения — уголовно-правовые санкции, устанавливающие значительные ограничения на поведение и правовой статус лиц, виновных в их совершении.

По своему характеру преступления всегда являются уголовными правонарушениями. Государственно-правовая теория и практика большинства стран исходят из того, что за пределами противоправных деяний, предусмотренных уголовным законодательством, правонарушений, квалифицируемых как преступления, нет и не может быть.

Проступки представляют собой виновные противоправные деяния, которые характеризуются меньшей по сравнению с преступлениями степенью общественной опасности и влекут за собой применение не уголовно-правовых санкций, а мер административного, дисциплинарного или гражданско-правового воздействия.

---

[1] Новый Уголовный кодекс Франции. Ст. 313-1.

В зависимости от сферы общественных отношений, которым противоправным поведением причиняется вред, и от характера применяемого при этом взыскания все проступки подразделяются на административные, дисциплинарные и гражданско-правовые (деликты).

Особенность *административных проступков* заключается в том, что они совершаются в сфере деятельности исполнительных органов власти государства и за их совершение предусматривается административная ответственность. Она может выражаться в вынесении предупреждения, наложении штрафа, лишении права управления транспортными средствами и др.

Согласно российскому законодательству повторность одного и того же административного правонарушения в ряде случаев может повлечь за собой трансформацию административной ответственности в уголовную.

Дисциплинарные проступки представляют собой вредные для общественных отношений противоправные деяния физических лиц, направленные на нарушение внутреннего распорядка предприятий, объединений и учреждений, а также на нарушение трудовой, служебной, учебной, воинской и иной дисциплины. Ответственность за совершение дисциплинарных проступков предусматривается в различных ведомственных (уставах, положениях, инструкциях) и локальных (решениях местных органов государственной власти и др.) нормативно-правовых актах. Устанавливаются различные меры административного воздействия и в текущем законодательстве. Скажем, Трудовой кодекс Российской Федерации предусматриваются такие дисциплинарные взыскания за нарушение трудовой дисциплины, как выговор, строгий выговор, замечание, перевод на нижеоплачиваемую работу, увольнение.

Гражданско-правовые проступки (деликты) понимаются как правонарушения, совершаемые в сфере имущественных и неимущественных отношений, имеющих интеллектуальную ценность как для конкретных лиц, так и для всего общества[1]. Свое внешнее выражение гражданские правонарушения находят в причинении гражданам или их организациям имущественного вреда, неисполнении договорных обязательств, распространении сведений, порочащих честь и достоинство гражданина, заключении незаконных сделок, нарушении гражданских прав тех или иных лиц либо организаций.

Гражданское право России, равно как и других стран, устанавливает, наряду с общими принципами гражданско-правовой ответственности, конкретные санкции, применяемые за те или иные гражданские правонарушения. Среди них: возмещение убытков, взыскание неустойки, компенсация морального вреда и др. При этом в Гражданском кодексе России закрепляется принцип, в соответствии с которым, в частности, «уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором» (п. 1 ст. 396).

---

[1] См.: Гражданское право. Т. 1. 5-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2000. С. 484—485.

Глава XXIV

ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

§ 1. Понятие и основные признаки юридической ответственности

Юридическая ответственность является одной из форм, или разновидностей, общесоциальной ответственности. Последняя включает в себя также политическую, национальную, моральную, историческую, партийную и многие другие разновидности ответственности[1].

В отечественной и зарубежной юридической литературе нет общего представления, а тем более единого определения юридической ответственности. В одних случаях она понимается как «мера государственного принуждения, основанная на юридическом и общественном осуждении поведения правонарушителя и выражающаяся в установлении для него определенных отрицательных последствий в форме ограничений личного и имущественного порядка». В других случаях — как «регламентированное нормами права общественное отношение между государством в лице его специальных органов и правонарушителем, на которого возлагается обязанность претерпевать соответствующие лишения и неблагоприятные последствия за совершенное правонарушение». В ряде же случаев юридическая ответственность рассматривается как применение к лицам, совершившим правонарушения, предусмотренных законом мер принуждения в установленном для этого процессуальном порядке.

Несмотря на широкий разброс мнений и определений этого понятия «юридическая ответственность», в отличие от других видов ответственности, *всегда связана с государственным принуждением,* с практическим применением к правонарушителю установленных законом санкций. Юридическая ответственность всегда влечет за собой не только общественное, но и *государственно-правовое осуждение* поведения лица, нарушившего закон. Она сопровождается *наступлением отрицательных последствий для правонарушителя* в виде ограничений личного или имущественного порядка. Наконец, юридическая ответственность всегда выступает *в форме общественного отношения,* которое устанавливается *между государством* в лице уполномоченных на то органов (суд, прокуратура, полиция и др.) и *правонарушителем или правонарушителями.* Государство при этом является управомоченной стороной, а правонарушитель — обязанной.

Названные, равно как и другие неразрывно связанные с ними, признаки юридической ответственности являются широко признанными, но не общепризнанными.

В научной юридической литературе существуют и иные мнения. В частности, рядом авторов высказываются суждения относительно

[1] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. С. 332.

того, что в общем понятии юридической ответственности как разновидности социальной ответственности необходимо выделять два других самостоятельных вида (подвида) юридической ответственности: позитивную (перспективную) и негативную (ретроспективную) юридическую ответственность.

При этом общая юридическая ответственность понимается как «обязанность всех граждан, должностных лиц и организаций соблюдать предписания правовых норм, а в случае неисполнения обязанности претерпевать предусмотренные правом лишения личного или имущественного характера»[1].

Что же касается возникающих на базе общего понятия юридической ответственности понятий позитивной и негативной ответственности, то они определяются следующим образом. Позитивная ответственность рассматривается как «долг, обязанность субъекта действовать в соответствии с требованиями социальных норм», а негативная — как «обязанность субъекта претерпевать лишения за нарушение предписаний социальных норм»[2].

Предполагается, что позитивная ответственность, имея созидательный характер, играет в обществе и государстве согласно своему названию не только положительную, но и главенствующую роль. В то же время считается, что негативная ответственность, будучи «временным явлением» и возникая «в связи с нарушениями требований социальных норм», играет негативную роль[3].

Подразделение юридической ответственности на позитивную и негативную, несомненно, имеет свои определенные преимущества по сравнению с представлением о ней как о едином и неделимом явлении и соответствующем ему понятии. Данный дифференцированный подход позволяет более глубоко и разносторонне исследовать юридическую ответственность.

Однако при этом возникает ряд вопросов, которые ставят под сомнение саму возможность, а главное — правомерность и обоснованность подразделения юридической ответственности на позитивную и негативную.

В частности, сомнительной по своему характеру и содержанию представляется позитивная, «положительная» ответственность. Согласно традиционному, адекватно отражающему реальную действительность представлению о юридической ответственности последней всегда придавался и придается определенный негативный оттенок, ассоциирующийся с нарушением тех или иных законов, подзаконных актов, правовых обычаев, правовых договоров и других юридических актов.

Когда же юридической ответственности пытаются придать позитивный оттенок и при этом определяют ее как «долг» или обязанность следовать различным предписаниям, то при этом, как представляется,

---

[1] *Хачатуров Р. Л., Ягутян З. Г.* Юридическая ответственность. Тольятти, 1995. С. 52.

[2] Там же. С. 14.

[3] Там же. С. 18.

допускается неправомерное смещение юридической ответственности со служебным или гражданским долгом, моральной обязанностью соблюдать те или иные сложившиеся в обществе обычаи, традиции и другие социальные нормативы.

Кроме того, как справедливо отмечается в научной литературе, при таком «расширительном» подходе к понятию юридической ответственности с неизбежностью теряется сама «специфика юридического понимания ответственности» и возникает потребность во введении в оборот нового, дополнительного термина, обозначающего собственно юридическую ответственность, т. е. ответственность в юридическом, а не в моральном или каком-либо ином смысле.

§ 2. Основания возникновения и принципы юридической ответственности

Для возникновения и осуществления на практике юридической ответственности требуются определенные, предусмотренные законом *основания и условия*. Согласно российскому законодательству, основанием юридической ответственности является совершение правонарушения. Отсутствие в поведении лица хотя бы одного из признаков правонарушения снимает вообще вопрос о наступлении юридической ответственности.

Важно также при решении вопроса о характере и степени юридической ответственности наличие в действиях лица или группы лиц всего состава правонарушения — объекта, субъекта, субъективной и объективной сторон правонарушения. Учет каждого из элементов позволяет избежать ошибки при установлении самого правонарушения, а также при определении меры ответственности за его совершение.

Все действия участников правоотношения, возникающего в результате совершения правонарушения, строго регулируются законом и должны совершаться только в рамках закона. В особенности это касается действий, устанавливающих виновность того или иного лица в совершении противоправного деяния, а также определяющих характер и меру юридической ответственности за его совершение.

По своему содержанию юридическая ответственность проявляется в виде либо возложения на виновное лицо *штрафных, карательных санкций за совершенное правонарушение, либо вменения ему в обязанность восстановления там, где это возможно, незаконно нарушенных прав и ранее существовавших общественных отношений.*

Карательные и восстановительные санкции предусмотрены различными отраслями права. Однако в некоторых из них (например, в уголовном или административном праве) основной акцент делается на штрафные, карательные санкции, в то время как в других (например, в гражданском или коммерческом праве) — на правовосстановительные санкции. В частности, в Гражданском кодексе Российской Федерации, равно как и в аналогичных актах других стран, особо предусматривается такая правовосстановительная санкция, как возмещение убытков. Например, ст. 15 ГК РФ устанавливает, что «лицо, право которого нару-

шено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере».

Статьей 16 ГК предусматривается также возмещение убытков «Российской Федерацией, соответствующим субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием», если они были причинены гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, «в том числе издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления».

Штрафная или карательная юридическая ответственность в зависимости от характера и видов совершаемых правонарушений подразделяется на уголовную, административную и дисциплинарную ответственность. Правовосстановительная же ответственность выступает, как было отмечено, преимущественно в виде гражданско-правовой ответственности.

В государственно-правовой теории и практике давно подмечено, что *различные виды юридической ответственности могут осуществляться и действительно осуществляются в одной и той же форме.* Например, и уголовно-правовая ответственность, и гражданско-правовая могут быть реализованы путем рассмотрения соответствующих дел в суде. И наоборот, один и тот же вид юридической ответственности может осуществляться в различных формах. Например, гражданско-правовая ответственность реализуется как в судебном порядке, путем применения санкций, так и в административном порядке. Данное положение оговаривается и закрепляется в законодательстве. Так, ст. 11 ГК Российской Федерации специально предусматривает, что защита нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляется, с одной стороны, в соответствии с подведомственностью дел судом арбитражным или третейским судом, а с другой — в случаях, предусмотренных законом, уполномоченными на то административными органами в административном порядке.

Юридическая ответственность независимо от ее видов реализуется в строгом соответствии с установленными в рамках той или иной правовой системы *принципами.* Среди них общепризнаны такие, как законность, обоснованность, справедливость, неотвратимость, целесообразность и недопустимость повторной или двойной (например, одновременно уголовной и административной) ответственности за совершение одного и того же правонарушения. Существуют и другие принципы юридической ответственности, которые не имеют, однако, столь важного, глобального значения.

СОДЕРЖАНИЕ

Введение 3

Глава I. ПРЕДМЕТ, МЕТОД И МЕТОДОЛОГИЯ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА 7

§ 1. Необходимость установления предмета и объекта изучения теории государства и права 7
§ 2. Содержание предмета теории государства и права 9
§ 3. Развитие предмета теории государства и права 10
§ 4. Объект изучения теории государства и права и соотношение его с предметом 11
§ 5. Методологический характер задач, решаемых теорией государства и права 13
§ 6. Метод и методология теории государства и права. Классификация методов 15
§ 7. Основные принципы познания государства и права 19

Глава II. МЕСТО И РОЛЬ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В СИСТЕМЕ ДРУГИХ НАУК 21

§ 1. Политико-юридический характер теории государства и права . 21
§ 2. Место и роль теории государства и права в системе гуманитарных наук 27
§ 3. Соотношение теории государства и права с другими юридическими науками 38

Глава III. ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ ГОСУДАРСТВА 48

§ 1. Определение понятия государства 48
§ 2. Основные признаки государства 54

Глава IV. ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ ПРАВА 62

§ 1. Проблемы правопонимания на различных этапах развития общества 62
§ 2. Определение понятия права 76
§ 3. Основные признаки права 85

Глава V. ПРОИСХОЖДЕНИЕ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА 97

§ 1. Необходимость исследования проблем происхождения государства и права 97
§ 2. Причины разнообразия теорий происхождения государства и права 105
§ 3. Естественно-правовая теория 113
§ 4. Договорная теория 129
§ 5. Теория насилия 139
§ 6. Другие теории происхождения государства и права 149

Глава VI. ТИПОЛОГИЯ ГОСУДАРСТВ И ПРАВОВЫХ СИСТЕМ 151

§ 1. Типология и ее необходимость 151

§ 2. Рабовладельческое государство и право. Социально-экономическая основа и сущность рабовладельческого государства 159
§ 3. Что представляло собой рабовладельческое право? 165
§ 4. Феодальное государство и право 167
§ 5. Капиталистическое государство и право 175
§ 6. Социалистическое государство и право 181

Глава VII. ГОСУДАРСТВО И ПРАВО ПЕРЕХОДНОГО ТИПА . . 188

§ 1. Некоторые особенности государства и права переходного типа . 188
§ 2. Основные задачи и направления деятельности государства переходного типа 201
§ 3. Особенности конституционного законодательства в переходный период 210

Глава VIII. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО МИРА . . 223

§ 1. Классификация национальных (внутригосударственных) правовых систем и ее значимость 223
§ 2. Основания классификации современных правовых систем. . . 231
§ 3. Характерные черты и особенности романо-германского права . . 241
§ 4. Основные черты и особенности англосаксонской правовой семьи 255
§ 5. Мусульманское право как разновидность религиозного права . . . 271
§ 6. Иудейское право как разновидность религиозного права . . . 280

Глава IX. ФОРМЫ ГОСУДАРСТВА 296

§ 1. Понятие и многообразие форм государства 296
§ 2. Непосредственная связь формы государства с государственной властью 298
§ 3. Особенности форм правления и их виды 299
§ 4. Формы правления современных государств. 304
§ 5. Особенности форм государственного устройства и их виды. . 306
§ 6. Форма государственного устройства современной России . . . 309
§ 7. Отличительные особенности конфедерации 316
§ 8. Государственный режим как составная часть формы государства 318

Глава X. ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВА 327

§ 1. Функции государства: понятие и основные признаки 327
§ 2. Виды функций государства 330
§ 3. Формы и методы осуществления функций государства 336

Глава XI. ГОСУДАРСТВЕННЫЙ АППАРАТ. 342

§ 1. Понятие государственного аппарата. 342
§ 2. Структура государственного аппарата 345
§ 3. Основные принципы организации и деятельности государственного аппарата 352
§ 4. Соотношение структуры госаппарата и национальной экономики 357

Глава XII. РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ В ГОСУДАРСТВЕННОМ МЕХАНИЗМЕ. 362

§ 1. Истоки, роль и назначение теории разделения властей. . . . 362

§ 2. Разнообразие взглядов на теорию разделения властей на Западе . . . 370
§ 3. Теория разделения властей и современные российские дилеммы . . . 383

Глава XIII. ГОСУДАРСТВО, ПРАВО И ЭКОНОМИКА . . . 394

§ 1. Соотношение государства и экономики в исторически различных социальных системах . . . 394
§ 2. Государственное регулирование экономики: понятие и пределы . . . 402
§ 3. Собственность как экономическая и правовая категория . . . 409

Глава XIV. ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО . . . 416

§ 1. Становление и развитие идеи правового государства . . . 416
§ 2. Развитие идей правового государства в России . . . 422
§ 3. Основные признаки и черты правового государства . . . 433
§ 4. Конституционный суд в политической системе общества . . . 442

Глава XV. ПРАВО В СИСТЕМЕ ДРУГИХ СОЦИАЛЬНЫХ НОРМ . . . 450

§ 1. Особенности и виды неправовых социальных норм . . . 450
§ 2. Право и мораль . . . 455
§ 3. Право и обычай . . . 462

Глава XVI. СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО И НАЦИОНАЛЬНОГО (ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО) ПРАВА . . . 467

§ 1. Относительно самостоятельный характер систем международного и национального права . . . 467
§ 2. Общие черты и особенности международного права и национальных правовых систем . . . 475
§ 3. Характер взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права . . . 486
§ 4. Соотношение международного и внутригосударственного права постсоветской России . . . 496

Глава XVII. ФОРМЫ (ИСТОЧНИКИ) ПРАВА . . . 504

§ 1. Понятие и виды форм (источников) права . . . 504
§ 2. Нормативно-правовые акты как источники права . . . 509
§ 3. Законы. Их виды и особенности . . . 514
§ 4. Действие нормативно-правовых актов во времени, в пространстве и по кругу лиц . . . 521
§ 5. Иные формы (источники) права . . . 528
§ 6. Судебная практика как источник российского права . . . 532

Глава XVIII. ПРАВОТВОРЧЕСТВО . . . 548

§ 1. Понятие правотворчества, его виды и принципы . . . 548
§ 2. Законодательная процедура и ее основные стадии . . . 552

Глава XIX. СИСТЕМА ПРАВА . . . 561

§ 1. Понятие и структура системы права . . . 561
§ 2. Критерии деления права на отрасли и институты . . . 564

Глава XX. НОРМЫ ПРАВА 569
§ 1. Понятие и основные признаки правовых норм 569
§ 2. Структура и формы изложения норм права 573
§ 3. Основные виды правовых норм 578
Глава XXIV. ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ 585
§ 1. Понятие, основные признаки и виды правоотношений 585
§ 2. Субъекты права и участники правоотношений 591
§ 3. Объекты правоотношений 597
§ 4. Юридические факты и юридические составы 601
Глава XXII. РЕАЛИЗАЦИЯ И ТОЛКОВАНИЕ ПРАВА 605
§ 1. Формы реализации норм права 605
§ 2. Применение права 607
§ 3. Толкование правовых норм 614
Глава XXIII. ПРАВОМЕРНОЕ ПОВЕДЕНИЕ И ПРАВОНАРУШЕНИЯ 621
§ 1. Правомерное поведение: понятие, общественная значимость . 621
§ 2. Правонарушения: понятие, их виды 624
Глава XXIV. ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ 630
§ 1. Понятие и основные признаки юридической ответственности 630
§ 2. Основания возникновения и принципы юридической ответственности 632