

Институт государства и права  
Российской Академии Наук  
Академический правовой университет

---

**В.А.ЧЕТВЕРНИН**

**ВВЕДЕНИЕ  
В КУРС ОБЩЕЙ ТЕОРИИ  
ПРАВА И ГОСУДАРСТВА**

Учебное пособие

Москва, 2003

**Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства.** Учебное пособие. – М.: Институт государства и права РАН, 2003. – 204 с.

В учебном пособии излагаются концептуальные положения курса лекций по теории права и государства, который автор читает в Академическом правовом университете при Институте государства и права РАН и других юридических вузах. В основу курса лекций положена либертарно-юридическая теория права и государства, разработанная В.С.Нерсесянцем – ведущим ученым в области философии права, теории права, истории правовых и политических учений, действительным членом Российской Академии Наук.

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

© В.А.Четвернин, 2003

## **СОДЕРЖАНИЕ**

### **Глава 1. Правопонимание 8**

#### **1.1. Предмет общей теории права и государства 8**

#### **1.2. Типы правопонимания 12**

1.2.1. Позитивистский тип правопонимания 12

1.2.2. Юридический тип правопонимания 15

#### **1.3. Основы либертарного правопонимания 16**

1.3.1. Право и свобода 16

1.3.2. Право и закон 18

1.3.3. Право и права человека 19

1.3.4. Право и государство 21

#### **1.4. Методология теории права и государства 23**

### **Глава 2. Понятие права 29**

#### **2.1. Позитивистские интерпретации права 30**

2.1.1. Понятие права в легистских концепциях 30

2.1.2. Понятие права в позитивистской социологической концепции 33

2.1.3. Морально-этическая интерпретация права 37

#### **2.2. Понятие права в либертарно-юридической концепции 39**

2.2.1. Право в системе соционормативной регуляции 40

2.2.2. Право как всеобщая форма и равная мера свободы 45

2.2.3. Запреты и дозволения в праве 52

2.2.4. Критерий различения правовых и правонарушающих законов 55

### **Глава 3. Понятие государства 59**

#### **3.1. Феномен государства: уровни рассмотрения 59**

#### **3.2. Публичная политическая власть 60**

**3.3. СИЛОВОЕ (“СОЦИОЛОГИЧЕСКОЕ”) ПОНЯТИЕ ГОСУДАРСТВА 62**

**3.4. ЛЕГИСТСКОЕ ПОНЯТИЕ ГОСУДАРСТВА 65**

**3.5. ПОНЯТИЕ ГОСУДАРСТВА В СОВРЕМЕННОЙ ЛИБЕРТАРНО-ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ 69**

3.5.1. ГОСУДАРСТВО КАК ПРАВОВОЙ ТИП ПУБЛИЧНОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ 69

3.5.2. ГОСУДАРСТВО И ДЕСПОТИЯ 72

3.5.3. ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И АВТОРИТАРНОЕ ГОСУДАРСТВО 75

**ГЛАВА 4. ПРОИСХОЖДЕНИЕ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА 77**

**4.1. ПРАВОПОНИМАНИЕ И КОНЦЕПЦИИ ПРОИСХОЖДЕНИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА 77**

4.1.1. ПРИМИТИВНЫЕ КОНЦЕПЦИИ 77

4.1.2. ТЕОРИЯ НАСИЛИЯ 80

4.1.3. СОВРЕМЕННЫЕ ПОЗИТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ 81

4.1.5. ДОГОВОРНАЯ (ЕСТЕСТВЕННОПРАВОВАЯ) ТЕОРИЯ 87

**4.2. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ДЕСПОТИЧЕСКОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЩЕСТВА 90**

4.2.1. ПЕРЕХОД ОТ ПЕРВОБЫТНООБЩИННОГО СТРОЯ К ОБЩИННОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ 91

4.2.2. ФОРМИРОВАНИЕ ДЕСПОТИЧЕСКОГО МЕХАНИЗМА ВЛАСТИ 96

**4.3. ИСТОРИЧЕСКИЙ ГЕНЕЗИС ПРАВА И ГОСУДАРСТВА 99**

4.3.1. ПРАВОГЕНЕЗ И СОБСТВЕННОСТЬ 100

4.3.2. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ГРАЖДАНСКОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ 101

4.3.3. ПРАВОГЕНЕЗ И ПОЛИТОГЕНЕЗ 104

4.3.4. МЕХАНИЗМ ПРАВООБРАЗОВАНИЯ. ЧАСТНОЕ ПРАВО И ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО 105

**ГЛАВА 5. ИСТОРИЧЕСКИЕ ТИПЫ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА 111**

**5.1. ПРАВОПОНИМАНИЕ И ТИПОЛОГИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА 111**

5.1.1. ФОРМАЦИОННАЯ ТИПОЛОГИЯ В ТЕОРИИ КЛАССОВОГО НАСИЛИЯ 112

5.1.2. О ТАК НАЗЫВАЕМОМ ЦИВИЛИЗАЦИОННОМ ПОДХОДЕ К ТИПОЛОГИИ ГОСУДАРСТВА 117

**5.2. ЛИБЕРТАРНО-ЮРИДИЧЕСКАЯ ТИПОЛОГИЯ 120**

5.2.1. ИСТОРИЧЕСКИЙ ПРОГРЕСС СВОБОДЫ – КРИТЕРИЙ ТИПОЛОГИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА 120

5.2.2. ХАРАКТЕРИСТИКА ОТДЕЛЬНЫХ ИСТОРИЧЕСКИХ ТИПОВ ПРАВА И

ГОСУДАРСТВА 122

## **Глава 6. Правовая культура 128**

### **6.1. Правовой и неправовой типы культуры 128**

6.1.1. Многозначность термина “ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА” 128

6.1.2. Типы культуры и доминирующие типы личности 130

### **6.2. Правовое сознание – феномен правовой культуры 134**

6.2.1. Понятие и функции правосознания 134

6.2.2. Классификация правосознания 136

### **6.3. Правовой нигилизм 140**

6.3.1. Понятие и виды правового нигилизма 140

6.3.2. Коммунистический правовой нигилизм 143

## **Глава 7. Феноменология права 145**

### **7.1. Виды правовых явлений 145**

### **7.2. Содержание правовых явлений 146**

7.2.1. Правовые нормы 146

7.2.2. Правовая норма и субъективные права. Первичные и вторичные нормы 148

7.2.3. Правовая норма и правовой статус 149

### **7.3. Социальное бытие правовой нормы (онтология права) 151**

7.3.1. Способы бытия социальных норм 151

7.3.2. Правовая норма и правоотношение 156

7.3.3. Правовая норма и правосознание 157

### **7.4. Форма права (правовых явлений) 159**

7.4.1. Официальный индивидуальный акт и договор частных лиц 160

7.4.2. Обычай и официальный нормативный текст 161

7.4.3. Формы и способы бытия правовых норм 163

## **Глава 8. Доктринальные принципы права 165**

### **8.1. Общие доктринальные принципы 166**

8.1.1. Все, что не запрещено, разрешено 166

- 8.1.2. ВСЕ, ЧТО НЕ РАЗРЕШЕНО, ЗАПРЕЩЕНО 167
- 8.1.3. ДОГОВОРЫ ДОЛЖНЫ СОБЛЮДАТЬСЯ 168
- 8.1.4. СУБЪЕКТИВНОМУ ПРАВУ ВСЕГДА СООТВЕТСТВУЕТ ЮРИДИЧЕСКАЯ ОБЯЗАННОСТЬ 169
- 8.1.5. ВСЯКОЕ ПРАВОНАРУШЕНИЕ ПРЕДПОЛАГАЕТ ЮРИДИЧЕСКУЮ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ 170
- 8.2. ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВОВОГО ЗАКОНА 171**
  - 8.2.1. ПОСЛЕДУЮЩЕЕ ОТМЕНЯЕТ ПРЕДЫДУЩЕЕ 171
  - 8.2.2. ПРИОРИТЕТ СПЕЦИАЛЬНОГО ЗАКОНА ПО ОТНОШЕНИЮ К ОБЩЕМУ ЗАКОНУ 172
  - 8.2.3. НЕЗНАНИЕ ЗАКОНА НЕ ОСВОБОЖДАЕТ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ 172
  - 8.2.4. НЕОПУБЛИКОВАННЫЕ ЗАКОНЫ НЕ ПРИМЕНЯЮТСЯ 173
  - 8.2.5. ОТЯГЧАЮЩИЙ ЗАКОН ОБРАТНОЙ СИЛЫ НЕ ИМЕЕТ 174
- 8.3. ПРИНЦИПЫ НАДЛЕЖАЩЕЙ ПРАВОВОЙ ПРОЦЕДУРЫ 174**
  - 8.3.1. НИКТО НЕ МОЖЕТ БЫТЬ ЛИШЕН ЖИЗНИ, СВОБОДЫ ИЛИ ИМУЩЕСТВА ИНАЧЕ КАК ПО РЕШЕНИЮ СУДА 174
  - 8.3.2. НИКТО НЕ МОЖЕТ БЫТЬ СУДЬЕЙ В СВОЕМ ДЕЛЕ 176
  - 8.3.3. ПУСТЬ БУДЕТ ВЫСЛУШАНА И ДРУГАЯ СТОРОНА 179
  - 8.3.4. НЕЛЬЗЯ НАКАЗЫВАТЬ ДВАЖДЫ ЗА ОДНО И ТО ЖЕ 180
  - 8.3.5. ОБВИНЯЕМЫЙ СЧИТАЕТСЯ НЕВИНОВНЫМ, ПОКА ЕГО ВИНОВНОСТЬ НЕ ДОКАЗАНА 180
  - 8.3.6. ОБВИНЯЕМЫЙ НЕ ОБЯЗАН ДОКАЗЫВАТЬ СВОЮ НЕВИНОВНОСТЬ 182
  - 8.3.7. НИКТО НЕ ОБЯЗАН СВИДЕТЕЛЬСТВОВАТЬ ПРОТИВ СЕБЯ 183

## **ГЛАВА 9. СИСТЕМА ПРАВА И СИСТЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА 185**

- 9.1. ПОНЯТИЕ СИСТЕМЫ ПРАВА 185**
- 9.2. ОТРАСЛЕВАЯ СТРУКТУРА ПРАВА 188**
  - 9.2.1. ОТРАСЛИ ПРАВА 188
  - 9.2.2. ОТРАСЛИ ПРАВОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА 190
- 9.3. ТРУДОВОЕ ПРАВО 196**
  - 9.3.1. ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРУДА 197
  - 9.3.2. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА 199
  - 9.3.3. ПРИВИЛЕГИИ, ДОГОВОРЫ И ПРИНЦИП *IN FAVOREM* 200
- 9.4. СОЦИАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО 204**
- 9.5. СИСТЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА 205**



## **ПРАВОПОНИМАНИЕ**

### **1.1. ПРЕДМЕТ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА**

Общая теория права и государства (для краткости – теория права и государства) занимает фундаментальное место в системе юридических наук и учебных дисциплин. Предмет теории права и государства – право и государство как абстракции, их сущностные свойства.

Общая теория не занимается изучением специфики отдельных отраслей права, что является задачей отраслевых юридических наук (гражданского права, конституционного, уголовного, административного, процессуального, трудового и т.д.). При этом теория права и государства использует знания и особенно теоретические (объяснительные) положения, накопленные отраслевыми юридическими науками.

Теория рассматривает право и государство не в отдельно взятой стране, не в конкретную историческую эпоху, а в их сущности, в общих чертах и в историческом развитии. Но, прежде всего, теория ориентируется на современные, наиболее развитые формы права и государственности.

Теория права и государства использует идеальные понятия, выражающие сущность правовых и государственных явлений. Она стремится абстрагироваться, отвлечься от конкретных различий между этими явлениями в отдельных странах. В ее задачу не входит описание специфики права и государства в отдельной стране, например, в России. Она не занимается страноведением и сравнительным анализом. Последнее входит в предмет юридической компаративистики (сравнительного правоведения) и отраслевых сравнительных дисциплин, таких как конституционное право зарубежных стран (сравнительное конституционное право), сравнительное частное право и т.д. Но теория получает новое знание, пользуясь данными сравнительного правоведения, и в рамках учебной дисциплины общетеоретические рассуждения иллюстрируются конкретными примерами, а поскольку настоящий учебник рассчитан



на российского читателя, то российская государственно-правовая действительность чаще служит материалом для иллюстраций общих понятий. Правда, право и государство и в России находятся на стадии посттоталитарного развития, а поэтому российские примеры нередко показывают исключения из общего правила и подчеркивают неразвитость российской правовой системы.

Теория права и государства фиксирует исторические различия между правовыми системами прошлого и современности, выделяет исторические типы права и государства. Но ее не интересует конкретное историческое развитие права и государства в отдельных странах. Это предмет истории права и государства.

Современная теория как наука и особенно как учебная дисциплина постоянно обращается к историческому наследию в области правовой мысли, использует государственно-правовые идеи, понятия, теоретические конструкции, выработанные в юриспруденции начиная со времен греко-римской античности. Но юридические учения прошлого в учебном курсе теории права и государства систематически и подробно не излагаются. Они составляют предмет особой науки и учебной дисциплины – истории правовых и политических учений.

Теория как дисциплина *объясняет*, что такое право и государство. Примерно тем же самым занимается философия права. Однако это разные науки и учебные дисциплины. Если определить специфику философии права в первом приближении, то можно сказать, что она объясняет сущность права (и государства) в общем и целом, выражает его смысл, назначение, ценность, роль в жизни человека, общества и государства, а также объясняет, каким должно быть право (и государство) с точки зрения сегодняшнего знания о наиболее развитых правовых системах<sup>1</sup>. Теория права и государства изучает те же объекты (право и государство), но в отличие от философии права теория анализирует их более подробно, развернуто, раскрывает сущность права и государства не только в общем и целом, а в многообразии ее проявлений. Например, теория изучает официальные источники права, его систему и структуру, его действие и применение, нарушение и восстановление и т.д. И все же различие предметов теории и философии права относительно. Теория опирается на положения философии права, и учебный курс теории права и государства включает в себя философско-правовые вопросы о типах правопонимания и основных концепциях права и государства, о ценности права и другие.

Среди наук, близких к теории права и государства следует называть социологию права и политологию включающую себя социо-

---

<sup>1</sup> О предмете философии права см.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С.7–9.

логию государства. Они отличаются от теории и, особенно от философии права тем, что они не интересуются вопросами о том, какими должны быть право и государство об идеальных типах права и государства. Они изучают примерно те же объекты, что и теория, но своим способом. Они анализируют правовые и государственные явления как данные, доступные познанию в их конкретном эмпирическом выражении. Это прикладные науки и дисциплины, тесно связанные с практикой. Они изучают не только право и государство, но и все общественные и политические явления и процессы, которые связаны с правом и государством. Например, социология права не интересуется вопросом о сущности права, а изучает многообразие конкретных правовых явлений и, прежде всего, правоотношения, поведение людей под воздействием правовых норм и т.д. Политология не рассматривает государство с правовой точки зрения. Она интересуется всем, что связано с политикой, политической властью и рассматривает государство в рамках своего предмета как один из политических институтов. Теория права и государства в своих абстракциях учитывает выводы социологии права и политологии.

Теория права и государства как наука и как учебная дисциплина изучает два *объекта* – право как систему норм и государство как политико-правовую организацию, политико-правовые институты. Вместе с тем она имеет *единый предмет* – сущностные свойства права и государства в их единстве<sup>2</sup>.

Право и государство взаимосвязаны, и одно не существует без другого. Поэтому и теоретические вопросы права и государства, в сущности, связаны друг с другом. Исследователь должен рассматривать понятие права и понятие государства как два необходимых взаимодополняющих компонента единого общего понятия права и государства. Отсюда с необходимостью вытекает *единство предмета* науки и учебной дисциплины “теория права и государства”.

Однако есть разные интерпретации права и государства, их сущностного единства – юридическая, т.е. собственно правовая, и неправовые интерпретации права и государства (силовые, морально-этические и другие).

В юридической интерпретации право объясняется как самостоятельный социальный регулятор (особый способ соционормативной регуляции), а государство с его законами – как правовая организация власти, как власть, которая обеспечивает правопорядок, защищает право.

Таким образом, в юриспруденции (системно целостной науке о

---

<sup>2</sup> О единстве предмета и дуализме объектов в юриспруденции см.: *Нерсесянц В.С.* Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С.58–74.

праве) государство интерпретируется как правовое явление. В *юридической* теории права и государства единство ее предмета обеспечивается юридическим объяснением государства.

В юриспруденции логически первичным, базовым, предмето-образующим является понятие права, а понятие государства является вторичным, зависимым от понятия права<sup>3</sup>. В едином юридическом понятии права и государства предполагается правовое понятие государства. Такова юридическая парадигма (теоретико-смысловая модель) права и государства.

Из неправовых наиболее распространена силовая (потестарная) интерпретация сущностного единства права и государства. В этой интерпретации государство предстает как верховная социальная сила, которая устанавливает общеобязательные нормы – право. Государственная власть первична, а право вторично, производно от силы, воплощенной в государстве. Право – это приказ, властное веление, “продукт” властно-приказной деятельности, проявление той же силовой сущности. Такова силовая парадигма государства и права.

Именно в рамках силовой парадигмы строилась теория государства и права в бывшем СССР – и как наука, и как учебная дисциплина. При советской власти официально признавалась и допускалась лишь одна теория – марксистская. Главное в ней – учение о классовой борьбе, о классовом насилии и о так называемой диктатуре пролетариата. В советской теории государство и право объединялись понятием классового насилия: государство – это организация (аппарат) классового насилия, право – инструмент классового насилия<sup>4</sup>. В постсоветской России марксистская идеология в науке открыто уже почти не признается.

Принципиальное различие юридической интерпретации и всех иных, неюридических интерпретаций права и государства можно обозначить как два типа правопонимания – юридический и позитивистский<sup>5</sup> (от лат. *positio* – установление). В последнем правом считается все, что официально установлено, предписано, офици-

<sup>3</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Юриспруденция. С.60.

<sup>4</sup> Согласно этой теории, общество в ходе исторического развития разделяется на классы – большие группы людей, связанных общим отношением к средствам производства. Это собственники и не собственники средств производства, классы эксплуататорские и эксплуатируемые. Между ними существуют антагонистические, непримиримые противоречия, которые выливаются в классовую борьбу. Класс эксплуататоров является экономически господствующим. Он создает государство – организацию политического насилия над эксплуатируемым классом. Воля господствующего класса, выраженная через государство – это право, т.е. инструмент классового насилия (см. 4.1.2.).

<sup>5</sup> В.С.Нерсесянц называет позитивистский тип правопонимания легистским, т.е. законническим (см.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М., 1999. С.28).

ально признано в качестве права, и только это.

Правопонимание (определенный тип правопонимания) – это, прежде всего, решение (определенный вариант решения) вопроса о соотношении права и закона, права и власти, права и силы.

Правопониманием определяется предмет, и даже порядок слов в названии теоретической дисциплины. Наука и соответствующая дисциплина, преподававшаяся в советский период, называются теорией *государства* и права, поскольку в этой теории понятие государства первично, а то, что эта теория признает правом (приказы верховной власти, законы), вторично, производно от государства (верховой власти).

Если же наука или дисциплина обозначается как теория *права* и государства, то это подчеркивает первичный характер понятия права в едином понятии права и государства. Такая теория не объясняет право через понятие закона, установленного государством, а исходит из различения права и закона и объясняет государство через право. Любая *юридическая*, т.е. правовая в собственном смысле, теоретическая дисциплина различает право и закон, право и власть, право и силу, государство и деспотию. Только на такой основе можно объяснять государство *юридически* – как силу, защищающую право, как власть, которая своими законами должна обеспечивать и не должна нарушать право.

## 1.2. ТИПЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ

### 1.2.1. ПОЗИТИВИСТСКИЙ ТИП ПРАВОПОНИМАНИЯ

В позитивистском понимании право – это законы и другие официальные установления *независимо от их содержания*. Такая позиция является *отождествлением права и закона*. (В данном контексте термин “закон” употребляется для простоты и означает не только закон в собственном смысле слова (высший нормативный акт, изданный парламентом или иным законодателем), но и любые официальные властные акты – указы, декреты, правительственные постановления, регламенты, судебные прецеденты и т.д.)

Законы обеспечиваются властным принуждением, образуют в обществе принудительный, репрессивный порядок. Поэтому позитивисты утверждают, что сущность права – это властное веление, принуждение.

Если право – любые властно установленные нормы, и только такие нормы, то получается, что (1) право есть исключительно проявление силы, что именно сила делает нормы правовыми, что

(2) право произвольно устанавливает тот, кто обладает достаточной для этого силой.

Иначе говоря, позитивисты не различают право и силу, право и произвол. Так, в одном из современных позитивистских трактатов говорится о “праве сильного”, “кулачном праве”, “праве власти” и поясняется, что при таком “неразвитом праве” в том или ином виде господствует *сила*<sup>6</sup>.

Позитивисты определяют право как официальные властные веления, обладающие принудительной силой и поэтому общеобязательные. В этом они видят отличие права от морали и других социальных норм. Моральная норма не обладает силой официальных установлений; но если ее установить в форме закона, подкрепить властно-принудительной силой, то, с точки зрения позитивистов, она станет общеобязательной и превратится в правовую норму. Если религиозные нормы обеспечиваются властным принуждением, то такие нормы позитивисты называют религиозным правом.

Позитивисты не допускают никаких прав человека, не вытекающих из закона. Для них *естественные* права человека – это моральные, т.е. не юридические (в их понимании) притязания. Когда они комментируют официально признанные, законодательно закрепленные права человека, они отрицают неотчуждаемый, неотъемлемый характер этих прав и объясняют их как октроированные, т.е. права, дарованные верховной властью, установленные правителями, законодателями. Получается, что властное признание прав человека – случайность, не закономерное, а случайное совпадение произвольных законов и свободы.

Позитивизм как методология (см. 1.4.) – это всегда апология существующего порядка, существующей власти, существующих законов. Позитивисты всегда согласны с мнением законодателя (властных субъектов) о том, что нужно считать правом. Поэтому власть заинтересована в том, чтобы в науке преобладало позитивистское правопонимание. Причем авторитарная власть с ее произвольным законодательством всячески поддерживает науку позитивистскую и враждебно относится к критической науке.

При социализме, т.е. в условиях несвободы, в общественном сознании культивировалось отождествление права и силы. Официальная доктрина объясняла право как узаконенное насилие. Понятно, что советская власть допускала только позитивизм.

В постсоветской научной и учебной литературе продолжается дискуссия о соотношении права и закона. В рамках этой дискуссии встречаются утверждения, что якобы во всем мире право отождествляется с властными установлениями. Например, М.Н.Марченко

<sup>6</sup> Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С.129.

полагает, что “в правотворческой и правоприменительной деятельности государственных органов России и других стран доминирующими являются идеи единства, неделимости права и закона; между правом и законом не проводится никакого различия”<sup>7</sup>.

Что касается России, то российское посттоталитарное правосознание отягощено потестарным наследием и коммунистическим правовым нигилизмом, и здесь, в правотворческой и правоприменительной деятельности, действительно преобладает отождествление права и закона. Правда, оно противоречит Конституции Российской Федерации 1993 г., которая утверждает, что у человека есть природные права, и эти права суть критерий правового характера законов. Конституция прямо требует подчинять правам человека деятельность всех органов власти, запрещает издавать и применять правонарушающие законы. Эта правовая интенция Российской Конституции отражает перелом, наметившийся в постсоветском правосознании. Но она опережает уровень правосознания многих современных российских законоведов и даже конституционалистов (об этом с позиции либертарного правопонимания пишет судья Конституционного Суда РФ Г.А. Жилин<sup>8</sup>).

Что же касается различия права и закона в других странах, то можно воспользоваться свидетельством авторитетного французского ученого Рене Давида: “Советские авторы порицают независимость, проявляемую судьями буржуазных стран по отношению к закону. Можно усомниться в их истолковании этого факта, но не в самом факте. Судьи в странах романо-германской правовой семьи действительно обладают известной независимостью по отношению к закону, потому что в этих странах право и закон не отождествляются ... право по традиции ставится выше

<sup>7</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Отв. ред. М.Н.Марченко. – Т.2. Теория права. М., 1998. С.22.

<sup>8</sup> По собственному утверждению судьи Г.А.Жилина, он исходит из различия права как объективного регулятора общественных отношений и закона как формы выражения права. Причем законы не всегда адекватно выражают право, в связи с чем от правовых необходимо отличать неправовые законы, которые законодателем не должны приниматься, а судами – применяться. Такая посылка, подчеркивает Г.А.Жилин, непосредственно вытекает из положений действующей Конституции, которая подразумевает право как форму равенства, свободы и справедливости. Но закрепленному в Конституции юридическому правопониманию в теории и судебной практике противостоит легизм, отождествляющий право и закон и рассматривающий право как систему общеобязательных норм, охраняемых силой государственного принуждения, безотносительно к содержанию нормативных установлений. Это тормозит формирование правового государства и совершенствование правовой системы страны. Принимаются правонарушающие законы, право явно отождествляется с законодательством, что есть все тот же легизм и правовой нигилизм (Жилин Г. Соотношение права и закона // Российская юстиция. 2000. № 4).

политики”<sup>9</sup>.

### 1.2.2. ЮРИДИЧЕСКИЙ ТИП ПРАВОПОНИМАНИЯ

Юридический тип включает в себя направления правовой мысли, в которых проводится *различение права и закона*. Не нужно усматривать в таком теоретическом различении непременно противопоставление права и закона как неких самостоятельных явлений, хотя известны и такие варианты различения права и закона.

Различение права и закона – это, прежде всего, понимание права в качестве законов, которые содержат правовые нормы. Далее, это объяснение, что правовые нормы – это особые социальные нормы, и они отличаются от неправовых норм по содержанию, а не по официальной форме их выражения (официальное признание и выражение могут иметь как правовые, так и иные нормы). Наконец, это возможность оценивать законы как правовые и неправовые или противоправные.

К позитивистскому типу относятся и древние, достаточно примитивные учения о естественном праве (юснатурализм), и современный юридический либертаризм. Либертарным называется правопонимание, которое признает высшей правовой ценностью *свободу* индивида.

Со времен возникновения права и государственных законов в сознании людей (в правовом сознании) существуют представления о *естественном праве*, которое якобы предшествует закону (“позитивному праву”). Одни сторонники юснатурализма считают, что естественное право идет от Бога или вытекает из природы человека, природы вещей. Другие – что оно является порождением человеческого разума или человеческой психики. Естественное право, мыслимое как совокупность дозаконных и незаконных принципов, норм, требований называют по-разному: естественное право или естественная справедливость, идея права, истинное право и т.д. В большинстве старых теорий и в некоторых концепциях XX в. естественное право изображается как должное быть право или идеальное право, а нормы законов (“позитивное право”) рассматриваются как искусственно созданное и поэтому несовершенное право, которое нуждается в постоянном совершенствовании в приближении к стандартам или требованиям естественного права<sup>10</sup>. В результате получается так называемый дуализм правовых систем – естественного права и законного права.

В реальной соционормативной регуляции нет никакого дуа-

<sup>9</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Пер. с фр. В.А.Туманова. М., 1997. С.92–93.

<sup>10</sup> См.: Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. М., 1988.

лизма правовых систем. Реальное право существует в официальной форме или в форме обычая, и помимо этого законного или обычного права никакого идеального, правильного или хорошего права не существует.

Современный юридический либертаризм ( либертарно-юридическая теория)<sup>11</sup>, преодолевающий недостатки и противоречия юснатурализма, рассматривает право как социальное явление, которое нельзя объяснить в рамках силовой или моральной парадигмы. Право – самостоятельный соционормативный регулятор со своей сущностью, причем сущность права не сводится к официальному принуждению или насилию. Либертаризм не противопоставляет право и закон, но различает правовые и неправовые (и противоправные) законы, правовые и неправовые нормы, выраженные в форме закона.

### 1.3. ОСНОВЫ ЛИБЕРТАРНОГО ПРАВОПОНИМАНИЯ

Противоположность либертарно-юридической интерпретации права и государства и позитивистских интерпретаций выражается в том, что они расходятся по четырем принципиальным позициям.

#### 1.3.1. ПРАВО И СВОБОДА

Либертарное правопонимание начинается с различения двух типов культур, или цивилизаций, проявившихся во всемирной истории. Есть культуры, в которых основным принципом социального бытия является свобода – правовые культуры, и есть неправовые культуры, где нет свободы и права, правового способа социальной регуляции, хотя есть политическая власть и законы, есть неправовое (силовое, моральное, религиозное и т.д.) социальное регулирование (см. 6.1.).

Далее юридический либертаризм утверждает, что право и государство суть необходимые формы свободы: правовые нормы – это нормативно выраженная свобода, а государство – властная

<sup>11</sup> К числу основных работ, в которых излагается современный юридический либертаризм относятся: *Нерсесянц В.С.* Право и закон. М., 1983; *Он же.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992; *Он же.* Право – математика свободы. М., 1996; *Он же.* Философия права. М., 1997; *Он же.* Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998; *Он же.* Общая теория права и государства. М., 1999; *Он же.* Теория права и государства. М., 2001.

Также см.: *Четвернин В.А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993; *Он же.* Понятия права и государства. М., 1997; *Энтин Л.М.* Разделение властей: опыт современных государств. М., 1995.



организация, обеспечивающая правовую свободу. Смысл государственно-правового регулирования – установить такие общеобязательные нормы и обеспечить такой порядок отношений, при которых обеспечивается всеобщая свобода (свобода для всех индивидов, которые признаются субъектами права и государства в определенном обществе в определенную историческую эпоху).

Всеобщая свобода, или свобода всех субъектов одного круга общения, возможна лишь постольку, поскольку все они *равны* в своей свободе. Из этого утверждения вытекает, что право, правовое общение предполагают равную свободу всех индивидов (равную свободу всех субъектов, относящихся к одному и тому же кругу правового общения). Правовые нормы, правовые запреты, обязывания и дозволения одинаковы для всех (см. 2.2.3.).

Равная свобода, равенство в свободе, или формальное равенство – это основополагающий принцип права, правового общения. Правовые нормы устанавливают меру свободы по принципу *формального равенства*. Можно определить право как систему общеобязательных норм, которые устанавливают равную свободу всех участников правового общения.

Позитивисты не отрицают, что правовые нормы определяют меру свободы. Понятно, что любые социальные нормы, так или иначе, устанавливают пределы свободы, или меру свободы. Но позитивистская трактовка соотношения права (закона) и свободы принципиально отличается от либертарно-юридической.

Позитивисты не отвергают ценность свободы вообще, но в своем правопонимании они не различают два типа культуры и не видят тождества права и свободы. Позитивисты называют правом законы любого содержания, а законы есть в культурах любого типа – там, где есть свобода, и там, где ее нет.

Поэтому, во-первых, позитивисты утверждают, что свобода не может быть признана высшей целью правового регулирования, точнее – целью того, что они называют правом. В частности, они полагают, что свобода может быть не только полезной, но и вредной для достижения целей общества, и что ради более высокой цели властно установленное “право” может произвольно ограничивать свободу – в той мере, в которой это угодно властным субъектам.

Юридический либертаризм отнюдь не опровергает тот факт, что в неправовых культурах ценность свободы, действительно, невысока. Но в контексте правовой культуры, в сообществе свободных людей *свобода есть высшая ценность*. Важно отметить, что с провозглашения этой аксиомы фактически начинается российская Конституция: “Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства” (ст.2 Кон-

ституции РФ).

Во-вторых, если юридический либертариизм объясняет правовое регулирование как обеспечение свободы, то позитивисты, наоборот, представляют правовое регулирование как режим несвободы. Правда, они путают правовую свободу и произвол.

Действительно правовое регулирование можно представить как ограничение свободы посредством общеобязательных правил. Право с его запретами, обязываниями и санкциями очерчивает пределы пользования свободой. Но отсюда позитивисты делают вывод, будто бы право – это несвобода, принудительные нормы, отнимающие свободу, что свобода остается за пределами правового регулирования и что смысл государственно-правового принуждения – установить режим несвободы.

Однако правовые нормы, ограничивая произвольное пользование свободой, запрещают не свободу как таковую, а лишь то, что нарушает свободу других, противоречит всеобщей свободе. Право запрещает произвол, не совместимый с равной свободой всех, запрещает каждому то, что нарушает свободу других участников правового общения.

Следовательно, правовые запреты, обязывания и санкции следует расценивать как обеспечивающие режим всеобщей свободы, равной для всех, кто признается субъектом права. Правовая свобода возможна только при условии запрета всего того, что не может быть всеобщей нормой свободы.

### 1.3.2. ПРАВО И ЗАКОН

Позитивистское отождествление права и закона означает, что закон, властное веление, является мерой права. Все, что установлено в законах, официально признано и обеспечено принудительной силой, и только это, считается правом. Любое правило, если оно сформулировано в законе, считается правовой нормой. Если правило существует в форме обычая, то это не правовая норма; но если обычай получает официальное признание, силу закона, то, по логике позитивистов, он становится правовым обычаем.

Юридический либертариизм, напротив, различает право и официальную форму признания и выражения права (и других социальных норм). Право – это особые социальные нормы, которые являются правовыми независимо от законной, официальной формы их выражения. Законы (указы, декреты, постановления, судебные прецеденты и другие официальные акты) служат лишь формой выражения правовых (и неправовых) норм.

Поэтому, прежде всего, следует различать правовые и неправовые законы. Не все, что официально установлено и обеспечено принуждением, является правом. Законы можно называть пози-

тивным (положительным) правом, если они обладают правовым содержанием, но не потому что они установлены, “положены” властью. Так называемое позитивное, или установленное, право – это *правовые* законы и другие официальные *юридические* акты.

Но наряду с правовыми существуют неправовые, и даже правонарушающие, законы.

Критерием различения правовых и правонарушающих законов служат фундаментальные принципы правовой свободы – естественные и неотчуждаемые права человека. Законы, нарушающие права человека, – это не позитивное право, а противоправные, правонарушающие законы (см. 2.2.4.).

Далее, юридический либертаризм объясняет, что правовые нормы, правовые отношения существуют именно как правовые независимо от законной формы выражения. Обычаи и договоры могут иметь правовое (и неправовое) содержание независимо от их официального признания, властного санкционирования.

Безусловно, право нуждается в официальной силе закона, в принудительной силе государства. Но не потому что законная форма делает нормы правовыми, а потому что правовые нормы общезначимы и обязательны для всех. Закон и стоящая за ним принудительная сила сами по себе не порождают право. Государственное принуждение в той или иной мере всегда присутствует в сфере права, но оно выполняет чисто инструментальную функцию. Оно необходимо ради защиты права от нарушений, т.е. ради обеспечения правовой свободы.

Таким образом, либертаризм не противопоставляет право и закон, а формулирует требование правовых законов, не отвергает ценность закона и законности для права, но требует правовой законности. В правовой культуре право должно быть законным, а законы должны быть правовыми и не должны быть правонарушающими.

### 1.3.3. ПРАВО И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Согласно либертарному правопониманию, право и права человека суть одно и то же (см. 2.2.4.). Право вообще – это нормативно выраженная свобода, а совокупность прав человека, достигнутых в конкретной правовой культуре, составляет тот объем правовой свободы, который в этой культуре признается необходимым для каждого индивида. В исторически неразвитых правовых культурах права человека существуют как сословные права – права “сословного человека”, разные для разных сословий. В исторически развитой правовой ситуации – это равные права каждого человека или каждого гражданина.

По своей природе права человека – это такие социально зна-

чимые притязания на некую меру свободы, которые совместимы с принципом формального равенства, которые могут быть *всеобщими* требованиями свободы.

Индивиды, свободные члены общества – это первичные, исходные субъекты права и государства. Правовое общение происходит между субъектами, которые признают друг друга обладающими равной свободой, одинаковыми исходными, первичными правами.

Эти основополагающие права (права и свободы) существуют не в силу закона, а в силу их взаимного признания внутри круга субъектов государственно-правового общения. В этом смысле фундаментальные права можно называть естественными, ибо они проявляются до и независимо от их официального признания. Они называются неотчуждаемыми, так как без них человек не может быть субъектом права и государства.

В современном мире основные права провозглашаются принадлежащими каждому человеку (гражданину). Они формулируются в международных декларациях, пактах, конвенциях, в конституциях отдельных государств. Права человека лежат в основе правового законодательства. Права человека – критерий, позволяющий различать правовые и правонарушающие законы.

Только либертарное правопонимание дает собственно *юридическую* интерпретацию естественных прав человека, в то время как в позитивистских теориях они объясняются как морально-этические, не юридические требования. В действительности права человека выражают именно юридические требования – требования правовой свободы, равной свободы каждого человека или гражданина. Что касается морально-этических притязаний, то такие притязания, даже официально признанные и законодательно закрепленные, к *правам* человека не относятся.

Позитивизм в рамках своей силовой парадигмы вполне допускает такое “право”, которое исключает свободу отдельного человека или нарушает права человека. Позитивисты полагают, что никакие требования свободы не могут связывать законодателя (носителя верховной власти), творящего право.

Напротив, юридический либертаризм объясняет, что официально признаваемое и защищаемое право (позитивное право) не может противоречить правам человека. Право, правовые законы – это законы, соответствующие правам человека.

Права человека можно называть естественными в том смысле, что они не зависят от усмотрения властных субъектов. Права человека, как и право вообще, возникают и развиваются по мере исторического прогресса свободы, и законодатели лишь фиксируют этот процесс (см. 4.3.4.; 5.3.3.).

Разумеется, права человека, как и любые правовые притязания,

нуждаются в силе закона. Правовые законы и другие юридические официальные акты защищают и конкретизируют права человека. Но это не значит, что права человека порождаются волей или мудростью законодателей. Законодатели не могут “творить” права человека даже силой официальных установлений. Закон может защищать или нарушать права человека, но он не может их “породить”.

#### 1.3.4. ПРАВО И ГОСУДАРСТВО

Право и государство взаимосвязаны. С одной стороны, государство формулирует правовые нормы в законах, устанавливает и применяет санкции за их нарушение. С другой стороны, государственные органы и должностные лица государства действуют в соответствии с нормами права, не только издают, но и сами, хотя и не всегда, соблюдают правовые нормы, выполняют правовые предписания. Следовательно, государство (властная социальная организация) и право (общеобязательные социальные нормы) подчиняются одному и тому же принципу, имеют одно и то же начало. Иначе говоря, право и государство имеют единую сущность. В частности, было бы абсурдно утверждать, что государство – это *неправовая* организация власти, которая, тем не менее, устанавливает *правовые* нормы.

В логически последовательных, непротиворечивых позитивистских концепциях<sup>12</sup> тоже признается тезис о сущностном единстве права и государства. Причем в позитивистской потестарной парадигме это сущностное единство означает силу, произвол верховной власти. Для позитивистов правовая сущность государства и силовая сущность права – одно и то же. Государственная власть и право оказываются воплощением одного и того же произвола (воли господствующего класса, политической элиты или иной организованной силы, создающей стабильный порядок).

Если право тождественно силе, то такая “правовая” (она же – произвольная, силовая) сущность государства допускает любой законодательный и незаконный произвол верховной власти. По-

<sup>12</sup> Нередко позитивисты по разным причинам утверждают, что право и государство – это, в сущности, разные явления, и что между ними существует якобы противоречие: высшая власть государства ничем не ограничена, следовательно, воплощает в себе верховный произвол, а законы, установленные этой властью, – это не произвол, а право; т.е. произвольно установленные законы нельзя называть произволом.

Подобные суждения лишены логики. Если власть, устанавливающая право, произвольна, то и право воплощает в себе тот же произвол. Если же право (законы) – это не произвол, то и правоустанавливающую власть нельзя считать произвольной.

этому у позитивистов получается, что государственная власть есть сила, которая произвольно творит право и сама этому праву не подчинена. Когда позитивисты говорят, что государственная власть может быть подчинена праву (своим законам), то они добавляют, что государство может произвольно изменить или отменить свое право. В любом случае право, в позитивистском понимании, – это то, что находится в распоряжении государственной власти.

Но если право – это не узаконенный произвол, тогда и государство нельзя считать воплощением произвола, ибо государство устанавливает и защищает право. Ошибочно думать, что законы, выражающие принцип формального равенства, являются случайным результатом произвольной государственно-властной деятельности. Нельзя одновременно утверждать, что государство – это силовая, в сущности произвольная организация власти и что государство с его произвольным законодателем, пусть даже современное государство, должно признавать, соблюдать и защищать права человека.

Следовательно, сущностное единство права и государства (в либертарном понимании) означает, что право и государство суть воплощения одного и того же принципа формального равенства, равной свободы (см. 3.5.1.). Государство – необходимый и важнейший компонент правовой свободы.

В то же время юридический либертаризм различает *государство* и *деспотию* (см. 3.5.2.). Государство – властная организация *правового типа*, обеспечивающая принуждением правовую свободу, порядок правового общения<sup>13</sup>. Деспотия – организация власти *силового типа*, устанавливающая принудительный порядок в условиях несвободы.

Таким образом, государство есть не везде, где существует властная организация, а только в правовых культурах, цивилизациях правового типа. Государство – особый тип политической организации, который совместим не с любым социальным строем, а только с таким, при котором есть свобода.

Такое употребление термина “государство”, различение государства и деспотии непривычно для российского политического сознания (см. 3.5.1.). Тем более для сознания, сформировавшегося под влиянием позитивистских и особенно марксистских пред-

---

<sup>13</sup> “Государство, по смыслу юрико-либертарного правопонимания, выступает как правовой институт, как правовая организация публичной власти, необходимая для возведения общезначимого права в общеобязательный закон с надлежащей санкцией, для установления и защиты определенного правопорядка. Насилие, согласно данной концепции, правомерно лишь в форме государственной санкции узаконенного права (правового закона)” (*Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С.77*).

ставлений о государстве, либертарно-юридическая трактовка государства покажется по меньшей мере спорной.

Ибо в позитивистском понимании, государство по существу не отличается от деспотии (деспотия – это “такое государство”). Так, позитивисты определяют государство как совокупность властных институтов, которые устанавливают принудительный порядок. Причем свобода не считается целью этого принудительного порядка. Государственный порядок, полагают позитивисты, следует оценивать как эффективный или неэффективный, но бессмысленно оценивать его с точки зрения свободы: для эффективного принуждения свобода не нужна. Свобода не считается признаком государства в его позитивистской трактовке. Поэтому позитивисты допускают и такое “государство”, в котором нет свободы (“деспотическое государство”). Государство, утверждают позитивисты, может быть либеральным, свободным, но может быть и деспотическим. Таким образом, в рамках позитивизма невозможно различать государство и деспотию.

Завершая сопоставление юридического либертариизма и позитивизма, следует коснуться и вопроса о *правовом государстве*.

Понятие правового государства возникло в Новое время и сегодня означает государство, в котором власть, прежде всего, максимально связана правами человека (см. 3.5.3.). Позитивисты же считают права человека октроированными, возникающими в силу закона. Поэтому для позитивистов понятие правового государства оказывается бессмысленным: власть, произвольно устанавливающая “право”, не может быть жестко связана этим “правом”; власть, дарующая права, не может быть ограничена этими правами.

О государстве, связанном правами человека, можно говорить лишь в том случае, если можно объяснить, что права человека не зависят от усмотрения властных субъектов. Поэтому понятие правового государства можно объяснить только в рамках либертарного правопонимания.

#### **1.4. МЕТОДОЛОГИЯ ТЕОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА**

Своеобразие каждой науки определяется не только ее предметом, но и ее методологией, точнее – единством предмета и методологии. Один и тот же объект можно изучать разными методами. Это значит, что один и тот же объект могут изучать разные науки, создавая при этом разные предметы.

Метод науки – способ исследования объекта познания – вытекает из ее предмета, т.е. зависит от того, какие свойства некоего

объекта изучает наука. В то же время методология как учение о методе, или выбор метода, определяется целями, задачами исследования. В этой роли методология задает рамки, в которых конструируется предмет науки – понятие, выражающее существенные свойства изучаемого объекта.

Если классифицировать науки о праве и государстве (юридические науки) с точки зрения методологии, то, прежде всего, следует различать науки описательные (прикладные) и объяснительные (теоретические, прескриптивные). Первые регистрируют, анализируют и систематизируют относящиеся к определенному объекту факты, события и явления. Они воспринимают факты, или феномены, как *данные*, не нуждающиеся в объяснении их сущности. Они накапливают первичные знания об объекте.

Вторые выясняют причинно-следственные связи между фактами, выявляют закономерности, имманентные развитию событий или явлений, объясняют эти факты как необходимые или случайные, полезные или вредные, желательные или нежелательные с точки зрения целей общественного развития. Тем самым они устанавливают существенные свойства изучаемого объекта и формируют предмет юридической науки – общий или особенный. На основе первичных данных об объекте теоретические науки создают из конкретного материала абстрактные понятия о праве и государстве, а прикладные науки используют, применяют эти понятия для анализа новых конкретных данных.

Например, наука уголовного права складывается из двух взаимодействующих частей – описательной (прикладной) и теоретической (прескриптивной). Прикладная наука уголовного права описывает, анализирует и систематизирует существующие нормы уголовного закона и практику их применения судом. Она не рассматривает эти нормы с позиции знания о том, какими должны быть нормы уголовного права (закона). Она принимает их как данные.

Теоретическая часть науки уголовного права (отраслевая теоретическая наука) объясняет сущность и предназначение уголовного права. Она разрабатывает понятия преступления и наказания, состава преступления, вины, необходимой обороны и множество других понятий, сформулированных в общей части уголовного кодекса. Исходя из этих понятий, она моделирует уголовное законодательство, т.е. объясняет и предписывает, какими должны быть и какими не должны быть нормы уголовного законодательства.

Далее, различаются науки эмпирические (аналитические) и нормативные (критические). Первые воспринимают объект исследования как нечто *данное*, знание о котором можно получить исключительно путем опытного, чувственного познания. В рамках чисто эмпирической науки не может быть поставлен вопрос о



том, каким должен быть объект познания в целом или отдельные его свойства. Объект эмпирического познания *есть*, а не *должен быть*; не может быть эмпирического знания о том, что должно быть. Поэтому эмпирические науки исключают любые оценочные суждения, нормативно-критический подход к объекту исследования.

Некоторые науки могут быть только эмпирическими. К ним относится большая часть естественных наук. Например, география может быть только эмпирической наукой. Здесь невозможны ценностно-критические суждения. Так, вопрос о том, хорошо или плохо то, что река Волга берет свое начало на Валдайской возвышенности, является просто бессмысленным.

Общественные науки принципиально отличаются от естественных. Естественные науки изучают объекты, которые существуют помимо воли и сознания людей, т.е. такие, которые не находятся в распоряжении познающего субъекта. Конечно, критический подход к таким объектам невозможен. Общественные же науки имеют дело с человеческим поведением, с результатами общественной деятельности людей, т.е. с такими объектами, которые не являются результатом действия непреодолимых сил. Поэтому возможен не только эмпирический, но и нормативно-критический подход к общественным событиям и явлениям.

Нормативные (критические) науки исходят из уже существующего знания, или предзнания, об объекте и его существенных свойствах. Поэтому они способны судить об эмпирических данных с позиций знания о том, каким может быть эмпирически познаваемый объект или каким он должен быть с точки зрения нормы или идеала. Как нормативные, они обладают знанием о нормальном и ненормальном в объектах исследования. Как критические, они подвергают факты, относящиеся к их предмету, критической оценке.

Например, правовые нормы можно рассматривать как некий объект, данный исследователю в законах. В таком случае, эти нормы будут объектом науки законоведения, которая получает свое знание путем эмпирического исследования законов. В рамках этой науки невозможно оценивать содержание законов как правовое или неправовое. Поэтому в рамках такого законоведения понятия права и закона будут тождественны. Представители такой науки полагают, что они изучают право “как оно есть”, но не “как оно должно быть”. В действительности они изучают законы “как они есть”, поскольку изначально ограничивают свой предмет суждением: право дано в законах (велениях власти), и любые законы суть право.

Если же допустить, что законы содержат не только право, и рассматривать право как нормы, которые существуют независимо

от их законной формы, то в этом случае закон становится объектом нормативной юридической науки. Последняя вырабатывает теоретическое знание о праве и правовом законе и, с позиции этого знания, она способна оценивать содержание законов, различать правовые и правонарушающие законы.

Существует ошибочное мнение, что эмпирические науки – это науки о сущем, а нормативные – о должном, о нормах, о правилах должного. Законы, официальные тексты – это сущее, которое может быть и предметом эмпирического законоведения, и объектом нормативного, оценочного подхода. Точно так же наука о нормах, правилах должного может быть и нормативной, и эмпирической.

Если наука оценивает нормы закона с позиций знания о нормах права, то это *нормативная* наука о нормах. Если она воспринимает нормы закона как данные, не подлежащие оценке с какой-либо незаконной позиции, то это *эмпирическая* наука о нормах. М. Вебер, рассуждая о методологии, подчеркивал: “В тех случаях, когда нечто нормативно значимое становится объектом *эмпирического* исследования, оно в качестве объекта лишается своего нормативного характера”<sup>14</sup>.

Таким образом, нормативная наука, различающая право и закон, обладает теоретическим знанием о праве и критически подходит к закону с позиции этого знания.

Теперь перейдем непосредственно к теории права и государства.

Позитивизм ориентируется исключительно на методологию естественных наук и полагает, что истинно научная, или “чистая”, теория может быть только эмпирической (аналитической), свободной от любых ценностных суждений – идеологических, моральных, философско-правовых и т.п. Но теория – это объяснительная наука. Это значит, что эмпирическая теория, полагающая закон единственным объектом, пригодным для научного познания права, тем не менее, должна объяснить, почему право – это законы. Либо эмпирическая теория все же знает, почему именно законы и подобные властные предписания нужно считать правом, либо она гносеологически несостоятельна – подменяет теоретическое объяснение и выяснение специфики права выполнением приказа верховной власти, предписывающей считать правом исключительно мнение законодателя. В последнем случае истинное знание о праве и властно-приказное мнение суть одно и то же<sup>15</sup>.

Сторонники позитивистской эмпирической теории утверждают, что они придерживаются некоего *конвенционального* понятия,

<sup>14</sup> Макс Вебер. Исследования по методологии науки. М., 1980. Ч.1. С.190.

<sup>15</sup> См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 35–37.

согласно которому между правом и законом не проводится никакого различия, а поэтому они не нуждаются в каком бы то ни было объяснении тождества права и закона.

Но по существу эмпирическая теория (точнее – теория, претендующая на “чистоту” эмпирической методологии) просто *отказывается* объяснять свою исходную познавательную позицию. В то же время она неспособна объяснять правовые явления за пределами законов, властных установлений (например, неспособна объяснять исторический прогресс права, права человека). В этом отношении она является вульгарной, сводящей теорию до уровня прикладной науки о законе. А главное – в своем упрощении объекта она отказывается от познания сущности правовых явлений, а поэтому не может различать законы правовые и произвольные.

В действительности теория – как объяснительная наука – не может быть чисто эмпирической или чисто нормативной. Теория именуется нормативной не потому, что она претендует на исключительность нормативного подхода, а потому что она защищает его научную ценность. Теория же, претендующая на чистоту эмпирического подхода, фактически выполняет *апологетическую* функцию по отношению к существующим законам и выраженной в них воле властных субъектов. Одновременно она занимает негативную критическую позицию к любым дозаконным и незаконным правовым требованиям и в этом смысле может быть названа консервативно-нормативной.

Любая нормативная теория, в конечном счете, опирается на результаты эмпирического познания. Нормативная теория права объясняет, каким должно быть содержание правовых законов. Знание об этом она получает не чисто спекулятивным, умозрительным путем, а на основе эмпирических данных, полученных исторической наукой и отраслевыми юридическими науками.

Либертарно-юридическая нормативная теория в многообразии правовых (государственно-правовых) явлений усматривает проявление принципа формального равенства и рассматривает его как их сущностное свойство, как основное, закономерное, только им присущее и отличающее их других социальных явлений. Принцип формального равенства и разработанный на его основе юридический понятийный аппарат дают нормативные критерии для оценки государственных и правовых явлений, существующих в конкретных странах и культурах, в конкретные исторические периоды. А именно: не для оценки этих явлений как должных или не должных быть, а для их оценки как развитых или неразвитых с позиции эмпирического знания о наиболее развитых формах права и государственности.

Таким образом, нормативная теория – это не теория должного права и государства, а теория, оценивающая многообразные исто-

рические и культурные проявления права и государства как более или менее развитые. Причем, по мере исторического прогресса новое эмпирическое знание корректирует, совершенствует, обогащает содержание нормативных критериев, ибо оно порождает новые представления о наиболее развитых, прогрессивных феноменах права и государства.

Исторический прогресс права и государственности выражает исторический прогресс свободы, бесконечный процесс. Ибо свобода – это абсолютная ценность человеческого общества, и в своей абсолютности она представляет недостижимый идеал, к которому можно лишь бесконечно приближаться.

Итак, нормативная теория выполняет объяснительную и оценочную функции, во-первых, в отношении закона как властно-политической формы, которая может быть наполнена и правовым, и неправовым содержанием; во-вторых, в отношении права как социально-исторически обусловленного явления, в отношении всех существовавших и существующих правовых культур и форм государственно-правового общения. Она позволяет не только противопоставлять правовое и правонарушающее законодательство, но и различать развитые и неразвитые государственно-правовые системы.

В описании своего предмета на уровне абстракций либертарно-юридическая нормативная теория, руководствуясь законами диалектики, оперирует противоположностями, парными категориями, например: свобода и власть, право и произвол, право и привилегии, государственность и тоталитаризм, правовое государство и полицейское, либерализм и этатизм, демократия и авторитаризм и т.д.

## ПОНЯТИЕ ПРАВА

Понятие права (и соответствующее понятие государства) представляет собой научное объяснение сущности права в его взаимосвязи с государством. Определение права – простое перечисление его сущностных свойств.

Разные интерпретации права (права и государства) означают разные *представления о сущности* и соответственно разные понятия (концепции) права. Но это не значит, что у права действительно есть разные сущности или множество сущностей. Просто есть ошибочные интерпретации, искажающие сущность права или отрицающие наличие у права самостоятельной сущности.

Например, в позитивистских концепциях правом считаются любые нормы, за которыми стоит организованная социальная сила, или законы, посредством которых организованные группы, обладающие силой, осуществляющие власть, подчиняют своей воле поведение всех остальных. В такой интерпретации право в сущности не отличается от незаконных проявлений социальной силы: право – это всего лишь особое проявление социальной силы, выражение власти, организованное и упорядоченное принуждение. Право (и государство) “вписываются” в силовую парадигму осмысления социальных явлений: помимо силы никакого права не существует, а то, что называется правом, есть лишь разновидность силы, разновидность принуждения.

Иначе говоря, под названием “право” выступает некий объект (совокупность общеобязательных норм), который определяется в рамках *неправовой* парадигмы. Получается, что право – это объект, у которого нет самостоятельной, собственно *правовой* сущности.

Так происходит подмена понятия: вместо понятия права объясняется властно-приказной аспект социальной регуляции, но при этом используется термин “право”. Праву приписываются сущностные свойства смежных с правом, но неправовых явлений.

Между тем право обладает своей собственной сущностью, которая отличает его от других способов соционормативной регуляции. Поэтому может быть и есть только одно истинное понятие *права* как специфического социального регулятора, или аутентичное, “собственно правовое” понятие права. Оно объясняет, чем право в

сущности отличается от других, смежных объектов (других видов социальных норм), и не смешивает право с другими социальными регуляторами.

Понятие права обозначается через его определение. В определении перечисляются признаки, выражающие сущность права и ограничивающие его от других, неправовых регуляторов. Поэтому в одной и той же концепции возможно только одно определение права. Разные определения отражают разное понимание сущности права. Другое дело, что формулировки определения могут быть разными. Одно и то же определение у разных авторов или в разном контексте может иметь разное словесно-языковое выражение. Используемые для определения формулировки могут быть краткими и развернутыми, могут определять предмет более и менее точно, могут быть правильными и неправильными. Но все правильные формулировки должны, в сущности, одинаково определять (описывать предел, “определять”) один и тот же предмет. Например, формулировки “всеобщая и равная мера свободы” и “общеобязательные нормы, соответствующие требованиям формального равенства” дают, в сущности, одно и то же определение права.

## 2.1. ПОЗИТИВИСТСКИЕ ИНТЕРПРЕТАЦИИ ПРАВА

### 2.1.1. ПОНЯТИЕ ПРАВА В ЛЕГИСТСКИХ КОНЦЕПЦИЯХ

Термин “легизм” и производные от него формы происходят от латинского *lex – legis* (закон). В легистских концепциях правом считаются принудительные нормы (нормы законов и иных нормативных актов) независимо от их содержания.

Есть два основных варианта легизма – классический легистский позитивизм и в легистский неопозитивизм.

Теория классического легизма разработана в конце XIX в., но и поныне она сохраняет свое влияние в юриспруденции, особенно в России. Создателями легистского позитивизма были в Англии – Дж.Остин, в Германии – К.Бергбом, К.Гербер и П.Лабанд, в России – Г.Ф.Шершеневич и др.

*Легистский* позитивизм неверно называть позитивизмом *юридическим*. Название “юридический” происходит от латинского *ius – iuris* (право). Позитивисты же в своей интерпретации ограничиваются законом, отождествляют право и закон. Следовательно, это позитивизм не юридический, а легистский, законнический.

Легистский позитивизм объясняет правовые нормы как продукт властно-приказной деятельности государства и приписывает государственной власти, законодателю исключительную право-

творческую способность. Исключительно власть якобы порождает, творит право, является источником права.

Кредо легистского позитивизма наиболее точно выразил Остин: право есть приказ суверена, носителя верховной власти. От этого определения ничем, по существу, не отличается часто используемое в постсоветской учебной литературе: право есть совокупность принудительных, общеобязательных норм, установленных или санкционированных государством.

По логике легистского позитивизма, государство первично, а право вторично. Поэтому понятие права определяется через понятие государства. Причем используется так называемое социологическое (по существу – *силовое*) понятие государства (см. 3.3.). В этом понятии государство предстает как социальный организм, обладающий монопольной принудительной силой, как верховная власть, всесильная, ничем не ограниченная, способная эффективно устанавливать и поддерживать принудительный порядок. Отсюда вытекает, что право – это нормы и предписываемый ими порядок, которые следует соблюдать под угрозой государственно-властного принуждения и наказания.

Таким образом, в легистском позитивизме, во-первых, право рассматривается как нечто, производное от государства (без государства не может быть права). Во-вторых, государство мыслится как организация чисто силового типа. Следовательно, право интерпретируется как нормативное выражение и проявление силы властных субъектов.

Когда легисты говорят “право, как оно есть”, или “позитивное право”, они имеют в виду официальные установления любого содержания, даже абсурдные (например: о пожаре сообщать не позже чем за два часа до его начала). Законы считаются правом независимо от того, как их содержание оценивается с морально-этической, религиозной, теоретико-познавательной или какой-нибудь другой позиции. Право, говорят легисты, бывает хорошим и плохим, правильным и неправильным, справедливым и несправедливым, но все эти оценки не имеют никакого отношения к *понятию права*. Так, Остин писал: “Существование права – это одна вещь, а его достоинство или недостаток – это другая вещь. Существует право или не существует – это одно исследование; согласуется право с каким-либо стандартом или не согласуется – это другое исследование. Действующее право является правом, даже если оказывается, что оно нам не нравится или отличается от текста, который мы одобряем”<sup>1</sup>.

Это высказывание свидетельствует о гносеологической огра-

---

<sup>1</sup> Цит. по: Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1995. С.35.

ниченности легизма (и позитивизма вообще). Свою неспособность к познанию сущности права (правового закона) легисты приписывают и своим оппонентам, сводя всю проблему к тому, что законные установления кому-то нравятся, а кому-то – нет.

Отсюда ясно, что легизм и позитивизм в целом включают в себя элемент *апологии* существующего политического порядка и законодательства (властного регулирования): “право” (мнение законодателя о том, что нужно считать правом здесь и сегодня) можно лишь комментировать, анализировать, но нельзя подвергать критической оценке, нельзя оценивать закон с позиций знания о праве, правовых принципах, ценностях и т.д.

Любая версия легизма отрицает первичные права человека в государстве. С точки зрения классического легизма, человек существует в государстве не как свободный субъект, а как подчиненный объект власти, и у него есть только такие права и свободы, которые установлены (дарованы) законодателем, верховным правителем, сувереном. При этом считается, что соблюдение прав и свобод обязательно для частных лиц, но не для самого суверена. Суверен может и отменить дарованные права, ибо он соблюдает их по своей “доброй воле”. Если какой-либо официальный акт противоречит основным правам, то это не значит, что государство нарушает права граждан; суверен не обязан их соблюдать.

Марксистская (советская) концепция государства и права – это разновидность легистского позитивизма. Только эта концепция официально признавалась в СССР, и открытое отступление от нее преследовалось как преступление. И в постсоветское время многие российские правоведы, теоретическая позиция которых сформировалась при советской власти, являются сторонниками легистского позитивизма, включая его марксистскую версию.

В первой половине XX в. возникла теория легистского *неопозитивизма*. Ее основоположниками являются Г. Кельзен, австриец по происхождению, долгое время проживший в США, а также англичанин Х.Л.А.Харт.

Классический легистский позитивизм объяснял право (принудительные нормы) через силовое понятие государства, т.е. объяснял право как нечто вторичное по отношению к верховной власти. Неопозитивизм поставил задачу – объяснить право, не прибегая к силовому понятию государства, объяснить его “в чистом виде”, взяв его таким, “как оно есть”. При этом не подвергалось сомнению, что право, “как оно есть” – это законы и другие официальные акты независимо от их содержания.

Неопозитивизм, воспринимая законы как данность, предлагает следующее формалистическое объяснение права: это принудительные нормы, основанные на других принудительных нормах, составляющие в совокупности иерархическую систему предписа-



ний, снабженных санкциями. Закон в этой иерархии признается правом, потому что есть принудительная норма более высокого ранга – конституция, которая предписывает: законы должны соблюдаться. На вершину иерархии ставится *гипотетическая основная норма*, которая требует соблюдать конституцию.

В действительности никакой “основной нормы” нет<sup>2</sup>. Легистский неопозитивизм, отказавшись от силового понятия государства, объясняет закон через сам закон: один нормативный акт проистекает из другого нормативного акта. Государство же интерпретируется как властный порядок, установленный законами (см. 3.4.).

### 2.1.2. ПОНЯТИЕ ПРАВА В ПОЗИТИВИСТСКОЙ СОЦИОЛОГИЧЕСКОЙ КОНЦЕПЦИИ

Если в легистских концепциях правом называются официально установленные нормы, нормативные акты, то в позитивистской социологической концепции – официальные решения конкретных дел, споров, ситуаций. В этом отношении социологическая интерпретация противостоит легистской. В социологической “действительным правом” (“настоящим”, “живым”) считаются не нормы законов или судебных прецедентов, а субъективные права и обязанности, установленные судьями или администраторами в конкретных делах. Тем не менее, это разновидность позитивизма: право отождествляется с судебными (а также административными) решениями независимо от их содержания.

Социологическая концепция распространена, прежде всего, в США, а также в других странах *общего права* (от английского *common law*). Сюда входят Англия и бывшие английские колонии – Австралия, Канада, Индия и др.

К созданию позитивистской социологической юриспруденция причастны и российские правоведы, творившие на рубеже XIX–XX вв. – С.А.Муромцев, Н.М.Коркунов, Л.И.Петражицкий (создатель “психологической школы права”). Теоретиков социологической юриспруденции было немало и в других странах континентальной Европы – Э.Дюркгейм во Франции, Е.Эрлих в Австро-Венгрии, М.Вебер, Т.Гайгер и Н.Луман в Германии.

<sup>2</sup> В неопозитивистской теории познания понятие объекта считается тождественным самому объекту. Познание объекта здесь означает создание логически непротиворечивой мыслительной конструкции этого объекта. У Г.Кельзена гипотетическая основная норма логически вписывается в иерархию правовых норм, а поэтому вопрос о ее реальном существовании для него не имеет значения. Гипотетическая основная норма позволяет ему создать непротиворечивую мыслительную конструкцию права, с помощью которой можно объяснить любую правовую систему, не прибегая к социологическому понятию государства.

В США социологическая концепция права характерна не только для науки, но и для правосознания практикующих юристов. Что касается науки, то в США возникло особое направление социологической юриспруденции – так называемый американский правовой реализм (Дж.Ч.Грей, О.У.Холмс, Б.Кардозо, Дж.Фрэнк, К.Ллевеллин). В основе взглядов американских “реалистов” лежат характерные для англо-американской правовой культуры представления о том, что право рождается в процессе разрешения споров, возникающих в конкретных жизненных ситуациях. Большинство авторитетов американского “реализма” в свое время были судьями высших судов. В их теории отражаются особенности судебной практики в США.

Во всех странах общего права (не только в США) суды имеют возможность принимать решения *ad hoc* (исходя из обстоятельств данного дела), вырабатывать в процессе правосудия новые нормы. Например, суд может применить некий прецедент как подходящий для данного дела, но может и не применить его, установив, что прецедент для этого дела не подходит. Если суд не найдет подходящих прецедентов, то он примет решение *ad hoc*, и если это – авторитетный (высокий) суд, то решение станет прецедентом, обязательным для других судов. Также следует иметь в виду, что более или менее сложному делу могут быть релевантны несколько прецедентов, каждый из которых можно считать применимым или неприменимым к данному делу, а судья должен выбрать лишь один из них.

Связь социологической концепции именно с американской правовой системой объясняется тем, что американские суды всегда были связаны существующими прецедентами в меньшей мере, нежели английские суды. В противовес ортодоксальной английской доктрине, которая подчеркивает невозможность для судьи при рассмотрении дела давать новое толкование имеющегося прецедента, американская доктрина делает акцент на творческой миссии правосудия<sup>3</sup>.

При таком вольном обращении судов с законами и прецедентами может возникнуть впечатление, что любые официальные нормы (не только законы) “мертвы”, если они не применяются судом, и что они “оживают”, когда суд, применяя норму, устанавливает субъективные права и обязанности. Поэтому сторонники “правового реализма” противопоставляют “мертвый закон” и создаваемое правосудием “живое право”, т.е. права и обязанности, установленные в судебных решениях. Они считают, что законы – это лишь некие литературные тексты, сочинения на правовую тему и что законное “книжное право” (*law in books*) может быть весьма далеким

<sup>3</sup> Боботов С.В. Конституционная юстиция. М., 1994. С.17.

от жизни. Оно считается лишь предположением того, что в действительности будут делать суды.

Точно так же нельзя заранее утверждать, что суд в определенном деле, тем более – сложном, будет применять тот или иной прецедент. О применении прецедента можно говорить лишь с некоторой вероятностью. Следовательно, с такой позиции нельзя понимать право и как систему норм, установленных в судебных прецедентах. Тем более что есть множество судебных прецедентов, которые уже не применяются и фактически не будут применяться никогда, хотя формально их никто не отменял.

С такой позиции “реальное право” (*law in action*) – это то, что всякий раз творят суды и административные органы, когда они устанавливают субъективные права и юридические обязанности участников конкретных отношений. “Право – это то, что сказал судья” (О.У.Холмс) – в этом выражается кредо “реалистов”.

Причем “живое право” считается *правом* не потому, что судебные решения обладают особым, *правовым*, содержанием, а потому, что эти решения реально порождают обязательные последствия для тех, кому они адресованы.

Действительно, суды играют важную роль в формировании правопорядка в странах, где есть независимое правосудие. Особенно это относится к странам общего права, так как здесь допускаются судебные решения *praeter legem* (помимо, в обход закона) и даже *contra legem* (вопреки закону, опровергающие закон). В странах общего права наиболее предпочтительной *формой* правовых решений считается не статутное, а “судейское право”.

Но отсюда еще не следует, что судебная практика *по определению* порождает “истинное право” и что любое судебное решение является правовым по своему *содержанию*. Позитивистская социологическая концепция не дает содержательного критерия правовых решений, не позволяет отличать правовые решения от неправовых по их содержанию.

Вместе с тем, и в ошибочных интерпретациях права можно найти рациональное зерно. Так, в легистской интерпретации подчеркивается важность законной формы правовых норм. В социологической же, прежде всего, верно (см. 7.3.2.) отмечено, что не все законоположения играют регулируемую роль, а только те, которые применяются, реализуются в правоотношениях (законоотношениях).

Кроме того, следует согласиться с утверждением, что притязания, основанные на законе (“законные права”) или вытекающие из договора, могут быть *субъективными правами* лишь постольку, поскольку они защищаются судом. Это так называемая *юстициальность* субъективных прав. Иначе говоря, не может быть субъективного права, которое нельзя защитить в суде. Притяза-

ние, которое не признается судом, есть либо произвольное притязание, либо притязание правовое по существу, которое, тем не менее, в данной культуре (национальной правовой системе) не имеет (пока еще не имеет) официального признания и защиты.

Однако из юстициальности субъективных прав вовсе не следует, что *любые* притязания, защищаемые судами в определенной стране, являются правовыми независимо от их содержания. Сторонники же рассмотренной концепции утверждают, что в зависимости от общественного мнения и других меняющихся социальных факторов суды в разное время могут принимать противоположные решения, и все эти решения нужно считать правовыми.

Примером такого “меняющегося права” называют отношение Верховного суда США к расовой сегрегации. Первоначально, в соответствии с прецедентом Верховного суда по делу *Dred Scott v. Sandford* (1857), рабы не считались гражданами США и рассматривались как конституционно гарантированная собственность их хозяев. После отмены рабства было провозглашено политическое равноправие граждан независимо расы, цвета кожи и прежнего нахождения в рабстве. XIV поправка к Конституции США установила, что ни один штат не должен издавать законы, ограничивающие неприкосновенность граждан, и не может отказать гражданам в равной для всех защите закона. Однако многие штаты законодательно установили режим расовой сегрегации, который формально гарантировал раздельное (по расовому признаку) пользование равными правами, а фактически запрещал неграм и цветным пользоваться правами *наравне* с белыми.

В частности, законы штатов установили разделение по расам в системе народного образования, что можно расценивать как нарушение Конституции США. Но Верховный суд США в решении по делу *Plessy v. Ferguson* (1896) постановил, что расовая сегрегация не противоречит конституционному принципу равноправия, так как представители разных рас пользуются, хотя и раздельно, равными правами (“разделенные, но равные”).

Покуда общественное мнение выступало за сохранение расовой сегрегации, суды ссылались на прецедент 1896 г. Но когда в 1954 г. Верховный суд вновь столкнулся с проблемой конституционности расовой сегрегации в системе народного образования, общественное мнение уже выступало против расовой сегрегации. И Суд принял знаменитое решение по делу *Браун против Комитета по образованию*<sup>4</sup>, в котором признал сегрегацию неконституционной. Суд постановил, что разделение людей одинакового возраста и способностей по расовому признаку может нанести непоправимый психический вред. Это решение стало основанием

<sup>4</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954).

для запрета любой сегрегации и дискриминации, не только основанной на расовых предрассудках, но и по признакам пола, религии, национальности и т.д.<sup>5</sup>

С рассмотренной здесь социологической позиции, оба решения Верховного суда США – признающее расовую сегрегацию неконституционной и противоположное – являются одинаково “правовыми”. То, что имеет фактическую силу здесь и сегодня, считается правом.

Таким образом, позитивистская социологическая концепция права, в сущности, не отличается от легистских: в обеих интерпретациях правом называются обладающие фактической силой властные акты, независимо от их содержания.

### 2.1.3. МОРАЛЬНО-ЭТИЧЕСКАЯ ИНТЕРПРЕТАЦИЯ ПРАВА

Морально-этические представления о праве и законе в той или иной мере присутствуют в общественном сознании во всех правовых культурах и все времена.

Морально-этическая интерпретация права, на первый взгляд, отличается от позитивистских интерпретаций, выступает с претензией объяснить, какие законы следует считать противоправными. Однако это негодная попытка различения права и закона, она не выходит за пределы позитивизма и легизма. Правда, в легистской интерпретации вопрос о содержании законов вообще не включается в понятие права. В моральной этот вопрос ставится (можно ли считать правом любой закон?), но остается без ответа.

Сторонники моральной интерпретации права настаивают на том, что “право” (законы с произвольным содержанием) не может быть аморальным, безнравственным, но сами же себя опровергают, соглашаясь с тем, что мораль, разная у разных людей, не может быть критерием права. Они отдают решение вопроса о моральности права на усмотрение законодателей и судей. Поэтому моральная интерпретация, в конечном счете, остается в рамках

---

<sup>5</sup> Вот аналогичный пример: “Обратимся теперь к VIII поправке к Конституции, запрещающей налагать жестокие и необычные наказания. В 1972 году Верховный суд США объявил неконституционным закон одного из штатов, предусматривавший в качестве меры наказания смертную казнь. Печать разных стран приветствовала это решение, толкуя его как отмену смертной казни. Однако решение Верховного суда было принято большинством в один голос (5 против 4). Многие критиковали его, а подавляющее большинство избирательного корпуса Калифорнии вскоре после решения Верховного суда высказалось за сохранение смертной казни в штате. Учитывая такую реакцию, Верховный суд пересмотрел вопрос и в 1976 году решением, принятым большинством (7 против 2), признал не противоречащими Конституции законы штатов Флорида, Джорджия, Техас, предусматривающие в качестве меры наказания смертную казнь” (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С.303).

позитивистского типа правопонимания.

В морально-этической интерпретации права происходит *подмена понятия справедливости*. Справедливость интерпретируется как моральный принцип, но в действительности это – *юридическая* категория, выражающая сущность права (см. 2.2.2.).

Сторонники моральной трактовки справедливости утверждают, что несправедливый закон – это *уже* не право, но тут же добавляют, что справедливость, не возведенная в закон, – это *еще* не право. (Получается, что сама по себе справедливость есть нечто доправовое, внеправовое и, в конечном счете, неправовое). Они исходят из того, что в обществе существует плюрализм морально-этических воззрений и поэтому бытуют разные представления о справедливости. У разных социальных групп и даже у разных индивидов могут быть разные критерии справедливого и несправедливого, разное понимание справедливости. То, что справедливо для одних, несправедливо для других, а право должно быть одинаковым для всех. Отсюда делается вывод, что законодатель, для того чтобы создать право, должен находить и закреплять в законе компромисс представлений о справедливости.

Данная концепция, основанная на заблуждениях, крайне противоречива и не выдерживает никакой критики. Прежде всего, она лишена логики.

Допустим, суждения о справедливости относятся к сфере морали. Далее, допустим, что не может быть всеобщей, универсальной справедливости. Но в таком случае утверждение, что несправедливый закон – это не право, утрачивает всякий смысл. Ибо закон, несправедливый с одной морально-этической позиции, с другой оказывается справедливым. Кто же может авторитетно судить о справедливости закона? Сам законодатель? Тогда получится, что справедливость и мнение законодателя о справедливости – одно и то же.

Теперь допустим, что законодатель способен находить компромисс между разными этическими позициями и устанавливать законы, справедливые для всех или хотя бы для большинства. Но в этом случае опровергается второе суждение: справедливость, не возведенная в закон – это еще не право. Если эта “компромиссная” справедливость делает законы правовыми, то это – правовая справедливость. В сущности, она и есть право, или принцип права.

Но именно в рассматриваемой концепции такой вывод невозможен, ибо она основана на ложной посылке, будто бы понятие справедливости относится к сфере морали.

В действительности в ней речь идет не о справедливости и даже не о разных представлениях о справедливости, а о множестве существующих в общественном сознании заблуждений на счет справедливости. В рамках этих заблуждений справедливыми тре-

бованиями совершенно бесосновательно называется то, что кому-то желательно или выгодно, что соответствует частным, партикулярным, групповым потребностям и интересам, а то, что им противоречит, столь же бесосновательно оценивается как несправедливость. Само слово “справедливость” весьма привлекательно, а поэтому несправедливые притязания нередко возводятся в ранг требований “истинной справедливости”. Особенно это относится к представлениям о так называемой социальной справедливости. Здесь под видом справедливых требований выступают притязания на социальные блага со стороны тех, кто при распределении этих благ оказывается в невыгодном положении. Требования “социальной справедливости” – это обычно требования привилегий или уравниловки. Например, с точки зрения бедных, социальная справедливость требует установить высокие ставки налогов для богатых и низкие для бедных.

Моральная интерпретация права не позволяет понять собственно правовую природу естественных прав человека. В этой интерпретации получается, что естественные права – это лишь моральные, т.е. “доправовые” требования. Они становятся “юридическими” правами лишь тогда, когда они закрепляются законом. С таким объяснением прав человека согласятся все позитивисты.

Такая интерпретация приводит к тому, что к правам человека причисляются неправовые притязания, если они оправданы с какой-то моральной, религиозной, мировоззренческой, экономической или подобной позиции и если они получают официальное признание.

Моральная интерпретация права вносит путаницу в общественное правосознание и в теорию права, не способствует формированию юридического правопонимания.

## 2.2. ПОНЯТИЕ ПРАВА В ЛИБЕРТАРНО-ЮРИДИЧЕСКОЙ КОНЦЕПЦИИ

Современная либертарно-юридическая концепция развивает аутентичное понятие права, т.е. понятие права в собственном смысле. Она объясняет право как явление, имеющее свою собственную сущность, которая не сводится к властно-силовым установлениям, официальным актам или морально-этическим представлениям о должном содержании законов.

Право – это общеобязательные нормы, выражающие и обеспечивающие равную *свободу* индивидов в обществе и государстве. Правовое общение – это общение свободных и равных в своей

свободе людей.

Научные представления о праве как свободе и равенстве развиваются и обогащаются еще со времен Аристотеля. Современная юридическая теория опирается на классические учения таких мыслителей Нового времени как Дж.Локк и А.Смит, И.Кант и Г.В.Ф.Гегель, Ф.А.Хайек и др. В России во второй половине XIX в. и начале XX в. либеральная правовая мысль развивалась в трудах Б.Н.Чичерина, П.И.Новгородцева, Б.А.Кистяковского. Либертарно-юридическая концепция, разработанная В.С.Нерсисянцем, дает наиболее полное, на сегодняшний день, знание о праве и государстве как необходимых формах свободы, равенства и справедливости.

### 2.2.1. ПРАВО В СИСТЕМЕ СОЦИОНОРМАТИВНОЙ РЕГУЛЯЦИИ

В цивилизованном сообществе действуют разные соционормативные регуляторы, различные социальные нормы, правила поведения в разных социальных группах и в разных сферах общественных отношений. Это моральные (нравственные), религиозные, силовые (властно-приказные), правовые и другие нормы. Соотношение или преобладание тех или иных соционормативных регуляторов, их содержание определяются типом культуры и культурными особенностями конкретных народов.

Все виды соционормативного регулирования имеют свою сферу действия и различаются по содержанию. Так, *моральные нормы*, или *нравственность*, побуждают людей поступать, руководствуясь критериями добра и зла; они поддерживаются силой личных убеждений (совести), привычек, общественного мнения. *Религиозные нормы* также побуждают людей творить добро и избегать зла (греха), заставляют искупать грехи благодеяниями; но при этом, в отличие от морали, основным побудительным мотивом является вера человека в неизбежность наказания за грехи в реальном или загробном мире, страх наказания и, нередко, вера в награду за добродетели. Как будет показано ниже, и светская мораль, и религиозная этика побуждают людей так или иначе ограничивать свободу выбора при удовлетворении своих потребностей интересами других членов сообщества (коллектива, группы), к которому они сами принадлежат.

*Право* (правовой способ соционормативной регуляции) отличается от других видов социальных норм специфическим принципом регуляции, т.е. таким принципом, которого нет у других способов социальной регуляции. Это принцип формального равенства – равной свободы для фактически разных, неодинаковых людей. Правовые нормы устанавливают равную для всех (участников правового общения) свободу независимо от моральных убеж-



дений и религиозных верований, от фактической силы и других фактических различий между людьми.

Правовая свобода есть *формальная* свобода, т.е. такая, которая дает формальную возможность выбора безотносительно к реальным возможностям конкретного человека. Право абстрагируется от фактических возможностей, например, имущественного положения: каждый полноправный субъект, даже неимущий, вправе (в этом смысле он свободен) приобрести любое имущество, которое продается. Точно так же право абстрагируется от того, что в некоторых ситуациях люди, несмотря на формальную свободу выбора, фактически *вынуждены* совершать определенные действия. Например, безработный, находящийся в бедственном положении и фактически вынужденный согласиться на любую работу, не обязан (ибо он формально свободен) заключать трудовой договор на невыгодных для него условиях.

Есть два типа социальных систем и два типа цивилизации (цивилизированной культуры). В контексте соотношения индивида и социальной системы они обозначаются как *персоноцентристский* и *системоцентристский* типы цивилизаций<sup>6</sup>. Также их называют цивилизациями *гражданского* и *общинного* типов (см. 4.2.). С юридической точки зрения – это *правовой* и *неправовой*, *деспотический* типы цивилизации (см. 6.1.).

Системоцентристские культуры и цивилизации складываются тогда, когда человеческое сообщество формируется во враждебной географической (ландшафтной) или социальной среде, когда общество является формой борьбы за выживание не индивида, а рода, коллектива, общины. В цивилизованном сообществе такого типа существование отдельного человека подчинено интересам выживания всех, интересам сохранения системы как целого. В такой социальной системе интересы и даже жизнь отдельных людей, интегрированных в систему, не представляют ценности. (Например, в древних деспотических цивилизациях часть населения погибала при проведении ирригационных работ, необходимых для жизнедеятельности сообщества, системы). Отдельный человек здесь – не индивид, не самодостаточная личность, а исполнитель социальной функции, несущественный, по причине его малости, легко заменимый элемент огромного механизма, ничтожный в сравнении с бытием социального целого. Социальные регуляторы в системоцентристских цивилизациях (моральные, религиозные, властно-приказные) не оставляют человеку свободы и заставляют его поступать в соответствии с заданной социальной ролью, с отведенной ему функцией – в семье, производственном коллективе,

<sup>6</sup> См.: *Оболонский А.В.* Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994.

профессиональной или территориально-поселенческой группе, политически организованном сообществе.

В цивилизации персонистского типа нет таких факторов, которые делают социальное целое формой борьбы за выживание. В такой цивилизации члены сообщества могут свободно преследовать свои частные цели и конкурировать между собой, руководствоваться частными интересами и не учитывать интересы других – если все это не разрушает социальную систему. Разумеется, социальные нормы (право) устанавливают пределы для частной деятельности (одна часть системы не должна уничтожать другую, не должна разрушать систему в целом). Но главное – эти нормы позволяют человеку быть относительно независимым, т.е. свободным по отношению к другим членам сообщества и сообществу в целом. Это такая цивилизация, в которой свобода в ходе исторического развития все больше проявляется и признается как высшая ценность. В исторически развитой правовой культуре нормы права гарантируют максимально возможную свободу максимально возможного числа отдельных людей, составляющих социальную систему.

В начале цивилизованной истории господствовали цивилизации деспотического типа. Возникшая в Древней Греции и Древнем Риме цивилизация, ориентированная преимущественно на правовое развитие, была уникальной. Но по мере исторического прогресса деспотические цивилизации оказались неконкурентоспособными. Господствующее положение заняла персонистская европейская цивилизация с ее ценностями правовой свободы, естественных прав человека. Вместе с тем в XX в. деспотический тип цивилизации проявился в виде тоталитарных социальных систем.

Право как особый социальный регулятор характерно для персонистской культуры. (В преимущественно системистских цивилизациях тоже возможны проявления правовой свободы, но лишь постольку, поскольку в общественной жизни ценность правовой свободы конкурирует с преобладающим системистским началом. Причем эта конкуренция свидетельствует о разрушении системистской цивилизации.)

Иначе говоря, право – это регулятор персонистского типа. Напротив, нравственность и религия относятся к системистскому типу социальной регуляции. Конечно, нравственность и религия есть в цивилизациях любого типа, ибо никакая социальная система не обойдется без социальной регуляции по системистскому типу. Без нравственности и религии любая цивилизация дезинтегрируется, разрушится.

Если цивилизация однозначно относится к системистскому типу, то в ней есть *только* системистские регуля-

торы (моральные, религиозные, силовые), и в ней нет правовой свободы. Если же цивилизация относится к персонцентристскому типу, то в ней есть *не только* системоцентристские регуляторы, но и правовая свобода.

Любые социальные нормы определяют меру, пределы свободы человека в обществе. Однако нравственность и религия определяют пределы свободы не так, как это делает право.

При правовом способе регуляции человек (как субъект права, адресат правовых норм) – это автономный индивид, *формально независимый* от других членов правового сообщества, таких же автономных индивидов. Право абстрагируется от фактической зависимости людей в обществе, не учитывает их фактическое социальное положение.

Наоборот, нравственность и религия, даже в персонцентристской культуре, видят в человеке не формально независимого индивида, а фактического члена некоего сообщества, коллектива. В контексте такой регуляции человек выступает как субъект, который сам зависит от коллектива, от социального целого и других членов сообщества, и как субъект, от которого, в свою очередь, зависят другие члены сообщества. Именно фактическая взаимозависимость людей в обществе, ничего не значащая для права, при морально-религиозной регуляции имеет первостепенное значение. Поэтому морально-религиозные нормы ориентируют на ценности взаимопомощи, любви, сострадания, заботы, дружбы, добра по отношению к другим и ответственности за других.

В любой цивилизации люди интегрированы в разного рода сообщества, коллективы, социальные системы – семейные, кровнородственные, этнокультурные, профессиональные, производственные, корпоративные, конфессиональные, территориально-поселенческие, кастовые (в системоцентристской цивилизации) и т.д. При морально-религиозном регулировании отношений внутри этих систем на людей возлагаются так называемые позитивные обязанности: человек, интегрированный в некую социальную систему должен разделять сложившиеся в ней нравы, ценности, верования, правила поведения и обязан вести себя так, чтобы другие оценивали его позитивно. При морально-религиозном регулировании человек должен делать то, что одобряется, нравится другим или большинству, что ему положено по отведенной социальной роли, что полезно для социальной системы в целом. Он должен подчинять свои интересы или хотя бы соизмерять их с интересами других. Если он не разделяет ценности сообщества или не способен делать то, что от него требуется, то он будет подвергнут осуждению и даже исключению, изгнанию из сообщества. ( В системоцентристской цивилизации исключение человека из сообщества может происходить путем его умерщвле-

ния.)

Главное отличие морально-религиозной регуляции от правовой состоит в отрицании формального равенства. На разных членов сообщества возлагаются разные обязанности (например, богатые должны помогать бедным, сильные – заботиться о слабых), за людьми закрепляются разные социальные роли и статусы (члены одной касты обязаны нести военную службу, другой – заниматься торговлей, третьей – земледелием и т.д.). Морально-религиозные нормы “меряют” людей разной мерой, устанавливают для членов сообщества разную меру свободы, исходя из их фактической неодинаковости и разной ценности для сообщества<sup>7</sup>.

Правовой способ социальной регуляции и правовая свобода означают, прежде всего, что человеку запрещено то, что нарушает свободу других. Но при этом человек не обязан делать нечто позитивное в отношении других членов сообщества. Право позволяет человеку быть свободным от любой групповой морали (нравственности) и религиозной этики. Это называется свободой совести и вероисповедания.

Правовая свобода допускает эгоистическое удовлетворение интересов. Противоречие между отдельными эгоизмами преодолевается тем, что право дает всем (участникам правового общения) равную свободу, признает всех равными в свободе, или *формально равными* субъектами. Это значит, что свобода каждого “меряется” одной и той же мерой, что каждый формально может пользоваться правовой свободой так же, как и любой другой, и что каждый вправе делать только то, что вправе делать и все остальные субъекты права.

Равенство в свободе допускает, что один свободный индивид фактически добивается благополучия, а другой, столь же свободный, живет плохо. Причем у первого не возникает юридической обязанности помогать второму, ибо по праву они формально независимы, и благополучие – это личное дело каждого. Они фор-

---

<sup>7</sup> Здесь нужно сделать оговорку, что *чисто логически* принцип формального равенства можно рассматривать как нравственный принцип. Логика следующая: в разных культурах и социальных группах приняты разные нравственные нормы и ценности, причем в большинстве нравственных систем отрицается формальное равенство, равенство в свободе; но в некоторых нравственных системах оно признается высшей ценностью. Получается, что право с его принципом формального равенства – это лишь разновидность нравственности.

Однако такая абстрактная логика не учитывает специфику формального равенства. Право – это не “такие нравы”, когда всем или большинству нравится формальное равенство, а специфический способ социальной регуляции, при котором допускаются как формально равные и оцениваются по одинаковому масштабу *разные* нравы. Именно правовая свобода максимально обеспечивает плюрализм нравственных ценностей. Таким образом, формальное равенство – это более чем нравственный принцип.

мально равны – невзирая на то, что один может быть богатым, а другой – бедным.

Правовая свобода не знает, что такое “хорошо” и что такое “плохо” (свобода мнений и убеждений). Право не может запрещать одни нравы в угоду другим. Оно в равной мере признает любые групповые и общесоциальные нравы, ценности при условии, что эти нравы и ценности не противоречат всеобщей равной свободе.

Таким образом, от других социальных норм право отличается тем, что ставит людей-участников правового общения в положение формально равных и формально независимых друг от друга субъектов, т.е. в положение субъектов, равных в своей свободе.

Следовательно, нельзя считать, что правовые нормы отличаются от других социальных норм тем, что они установлены в законах. Во-первых, любую норму можно возвести в закон. Но моральные или другие социальные нормы не становятся правовыми вследствие того, что они приобретают официальную форму выражения<sup>8</sup>. Если считать, что моральная норма, возведенная в закон, становится правовой (или одновременно моральной и правовой), то это значит, что право по содержанию не отличается от морали. Во-вторых, если все же правовые нормы – это те, которые официально установлены, то почему одни нормы законодатель делает правовыми, а другие нет? Если законодатель знает, какие нормы годятся для того, чтобы официально стать правом, то и теория способна определить, чем право по содержанию отличается от иных норм. Иная позиция в этом вопросе означает агностицизм, отрицание способности науки определить сущность права и обоснование произвола законодателя<sup>9</sup>.

### 2.2.2. ПРАВОВАЯ СВОБОДА, СПРАВЕДЛИВОСТЬ И СОБСТВЕННОСТЬ

Из предыдущего изложения ясно, что право по своей сущности – это нормативная форма свободы, при которой участники правового общения равны в своей свободе. Сущность права, правового регулирования состоит в том, что фактически разные (неравные) люди в правовом общении выступают как равные и независимые

<sup>8</sup> В Конституции РФ 1993 г., которую в общем и целом можно характеризовать как относительнолиберальную в главе о правах и свободах человека и гражданина есть не только правовые, но и моральные нормы. Например, в ст. 38 говорится о том, что, с одной стороны, родители обязаны заботиться о детях, с другой стороны, трудоспособные дети, достигшие 18 лет, должны заботиться о нетрудоспособных родителях. Помещение этих моральных норм в текст Конституции не превращает их в правовые. Они остаются юридически бессмысленными

<sup>9</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Право и закон. М., 1983. С.347.

друг от друга, как свободные индивиды – субъекты права, а их действия измеряются и оцениваются по одинаковому масштабу<sup>10</sup>.

Возможно множество формулировок правового равенства. Например: правовое равенство есть равное обращение с разными людьми или применение одинакового масштаба к фактически неодинаковым субъектам. Если что-то запрещено по праву, то это запрещено в равной мере всем субъектам права; если некоему субъекту нечто дозволено по праву, то это дозволено всем остальным субъектам права.

Правовое (формальное) равенство означает такую *форму* свободы, при которой свобода каждого участника правового общения ограничена такой же свободой других. Или: “Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц” (ч.3 ст.17 Конституции Российской Федерации). Или: “Поступай так, чтобы максима твоего поведения могла быть вместе с тем и принципом всеобщего законодательства” (“категорический императив” И.Канта).

Противоположность правовой свободы – произвол. Последний означает господство силы: чем больше силы, тем больше свободы (воли). Поэтому произвол не может быть формой свободы всех членов общества. Если произвол становится принципом всего общества, то это уничтожает свободу вообще. Более слабые несвободны по отношению к более сильным, но последние в свою очередь несвободны по отношению к еще более сильным. В конечном счете, свободным будет только один – деспот, перед которым свобода всех остальных равна нулю. Следовательно, правовая свобода является единственной формой свободы для общества в целом и для всех членов общества.

Формальное равенство – это принцип справедливости. Поэтому понятия права и справедливости существуют в неразрывном единстве. Еще Аристотель объяснял, что справедливым является то, что делается по праву<sup>11</sup>. Латинское *jus* означает право, или справедливое притязание, а *justitia* – справедливость и правосудие. В Древней Греции и Древнем Риме понятия права и справедливости отождествлялись, в то время как закон считался таким творением человеческого разума, которое может быть произвольным, несправедливым.

Формальное равенство (принцип права и справедливости) можно пояснить на следующем примере.

---

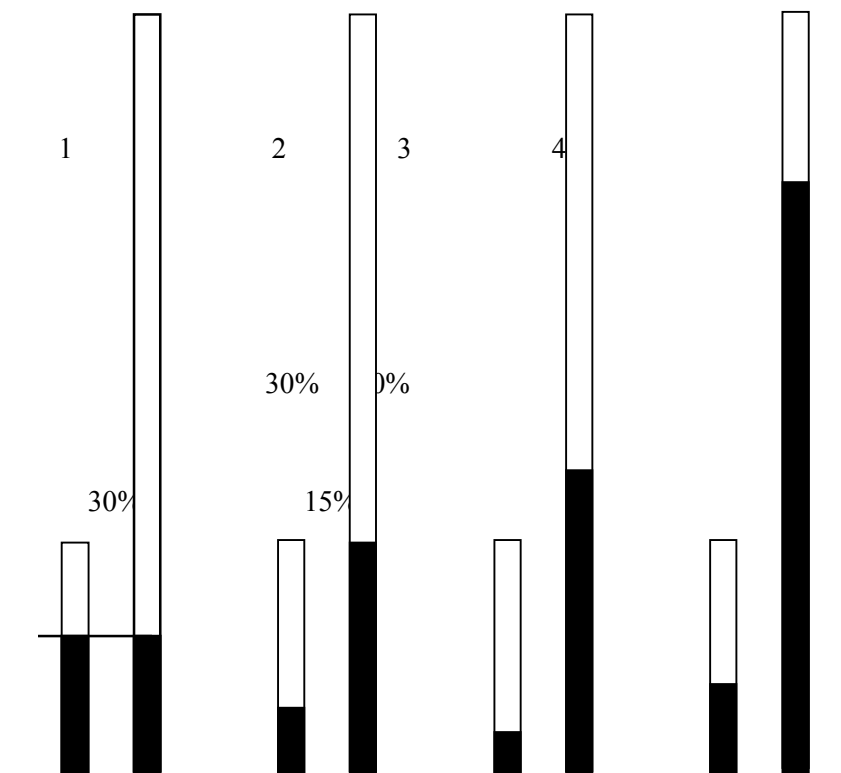
## ПРАВО

## УРАВНИЛОВКА

---

<sup>10</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Право – математика свободы. М., 1996. С.6.

<sup>11</sup> Анализ аристотелевского учения о справедливости см.: *Нерсесянц В.С.* Политические учения Древней Греции. М., 1979. С.205–212.



На рисунке показаны четыре варианта налогообложения, один из которых соответствует принципу формального равенства, т.е. является правовым, следовательно, справедливым. Малые и большие столбики означают низкие и высокие доходы налогоплательщиков.

В первом варианте низкие и высокие доходы облагаются налогом одинаково, бедные и богатые платят поровну в абсолютном исчислении. Во втором варианте они платят поровну уже в относительном исчислении (по 30% от величины дохода); в абсолютном исчислении бедные платят существенно меньше, чем богатые. В третьем варианте представлено дифференцированное налогообложение: процентные ставки налога для бедных меньше, чем для богатых; в абсолютном исчислении богатые платят во много раз больше, чем бедные. Наконец, в четвертом варианте налоги взимаются с таким расчетом, чтобы у всех оставшаяся часть дохода была примерно равной в абсолютном исчислении.

Уплачивая налоги, налогоплательщики участвуют в “общем де-

ле”. Государство расходует средства из казны на всех граждан, обеспечивает правовую свободу, предоставляет всем полицейскую и судебную защиту, оказывает социальные услуги и т.д. И если все граждане равноправны, то каждый вправе получить от государства столько же, сколько может получить любой другой гражданин-налогоплательщик. Поэтому правовым и *справедливым* является первый вариант налогообложения, при котором граждане выступают как формально равные абстрактные лица-налогоплательщики. Они неравны по имущественному положению, но к ним применяется одинаковый масштаб – и когда они платят налоги, и когда они пользуются государственной защитой. Второй вариант, при котором налоги взимаются пропорционально доходам, строго говоря, нельзя считать справедливым, так как государство защищает своих граждан не пропорционально их доходам, а в той мере, в которой они нуждаются в защите. Тем не менее, это “относительно справедливый” вариант, он ближе к справедливости, чем к несправедливости. Четвертый же вариант, уравнительный, является не просто несправедливым, но и антиправовым.

Между тем в современном мире повсеместно используется дифференцированное налогообложение. Более того, оно объявляется выражением некой “социальной справедливости”. В действительности дифференцированное налогообложение ближе к уравниловке, чем к справедливости и праву. Здесь социально слабым предоставляются привилегии, и фактически богатые платят за бедных. Причем именно последние являются основными потребителями социальных услуг современного государства. Но несправедливость дифференцированного налогообложения свидетельствует лишь о том, что право не является универсальным регулятором и применяется не во всех сферах общественной жизни.

Аристотель объяснял справедливость как *воздаяние равным за равное*. При этом он различал справедливость распределяющую и уравнивающую. *Распределяющая* справедливость означает принцип распределения общих благ *пропорционально* вкладу того или иного члена сообщества в общее дело. При неравном вкладе по справедливости должно происходить неравное наделение социальными благами (почестями, деньгами и т.д.).

Сегодня можно привести следующий пример: если два человека приобрели акции одного и того же акционерного общества, причем один – в сто раз больше, чем другой, то будет справедливо, если первый получит дивиденды (или понесет убытки) тоже в сто раз больше.

Несправедливость в распределительных отношениях может быть двоякого рода – наделение неравными благами людей, вносящих равный вклад в общее дело, и равными благами за неравный вклад.



В первом случае несправедливость выражается в *привилегиях* для всех, кто получает больше, чем пропорционально вкладу. Если кто-то получает больше, чем пропорционально, в то время как остальные – пропорционально вкладу, то в сравнении с ними он имеет привилегию. Если малоимущие не платят налоги, но получают пособия из государственной казны, они имеют привилегию за счет налогоплательщиков. Если безработные получают пособие по безработице, то это означает их привилегию за счет работающих. Если заработная плата не ниже установленного законом минимума гарантирована работнику независимо от прибыли работодателя (предпринимателя), то это означает привилегию работника в сравнении с работодателем.

Во втором случае несправедливость – это *уравниловка*, распределение поровну (примерно поровну) независимо от вклада. По существу уравниловка ничем не отличается от привилегий: при уравнительном распределении тот, чей вклад меньше, имеет привилегию по отношению тому, чей вклад больше.

Отсюда ясно, что так называемая социальная справедливость означает привилегии или уравниловку в распределительных отношениях. Любые потребительские привилегии, установленные из самых гуманных соображений, нарушают принцип формального равенства – принцип права и справедливости<sup>12</sup>.

С уравниловкой не нужно путать *уравнивающую* справедливость. Это справедливость в обменных отношениях. Она требует равенства (*эквивалентности*) предоставлений и получений при обмене социальными благами, соразмерности возмещения причиненному ущербу, наказания – преступлению и т.д. Латинское *aequitas* (от *aeque* – равно, одинаково, беспристрастно, справедливо) переводится в современном языке как соразмерность, пропорциональность, равенство перед законом, справедливость, равное, беспристрастное обращение с разными людьми.

Справедливый обмен – это эквивалентный обмен. Например, справедливый, или эквивалентный, товарообменом является такой, при котором цена товара (справедливая цена) складывается свободно, в зависимости от соотношения спроса и предложения.

<sup>12</sup> «Какого-либо другого регулятивного принципа, кроме правового, справедливость не имеет. Отрицание же правового характера и смысла справедливости приводит к тому, что в принцип справедливости начинают возводить какое-нибудь неправовое начало – требования уравниловки или привилегий, те или иные моральные, религиозные, мировоззренческие, эстетические, политические, социальные, национальные, экономические и тому подобные представления, интересы, требования. Тем самым правовое (т.е. всеобщее и равное для всех) значение справедливости подменяется неким отдельным, частичным интересом и произвольным содержанием, партикулярными притязаниями» (*Нерсесянц В.С. Право – математика свободы. М., 1996. С.11*).

Если некий производитель затрачивает на производство товара столько ресурсов, что себестоимость этого товара выше, чем свободно складывающаяся цена, то это не значит, что он вправе требовать большую цену, соответственно затратам. Это была бы несправедливая цена, ибо никто не обязан возмещать неэффективному производителю чрезмерные затраты. Справедливая цена эквивалентна потребительской ценности товара, а не затратам. Неэффективный производитель в справедливых отношениях находится в экономически невыгодном положении.

Обмен может быть не только позитивным, но и негативным. Так, возмещение вреда – это разновидность негативного обмена. Справедливость требует, чтобы возмещение вреда было полным. Даже если бедный неумышленно причиняет вред богатому, то справедливым, тем не менее, будет полное возмещение вреда. Возможность лишь частичного возмещения причиненного вреда означает привилегию.

Справедливым наказанием является такое, которое эквивалентно тяжести содеянного. В примитивных нормативных системах справедливость наказания определялась по принципу талиона: “око за око, зуб за зуб”. Затем в процессе цивилизованного развития общество нашло правовые эквиваленты, позволяющие “отмерять” наказание соразмерно тяжести содеянного для большинства преступлений – штраф и ограничение или лишение свободы на определенный срок.

Следует подчеркнуть, что свобода и право невозможны без собственности (частной собственности). Собственность есть выражение свободы и формального равенства<sup>13</sup>.

Человек может быть свободным в обществе лишь тогда, когда у него есть собственные, принадлежащие ему ресурсы жизнедеятельности, позволяющие удовлетворять потребности относительно независимо от интересов и потребностей других членов общества. Это возможно лишь в таком обществе, в котором ресурсы жизнедеятельности присваиваются отдельными членами общества. Это и называется собственностью. Точнее, собственность – такой порядок отношений в обществе, когда ресурсы жизнедеятельности присваиваются отдельными его членами. Понятно, что собственность возникает как частная собственность, и

---

<sup>13</sup> “Исторический прогресс свободы и права свидетельствует о том, что формирование и развитие свободной, независимой, правовой личности необходимым образом связаны с признанием человека субъектом отношений собственности, собственником средств производства. Собственность является не просто одной из форм и направлений выражения свободы и права человека, но она образует собой вообще цивилизованную почву для свободы и права. Где нет собственности, там не только нет, но и в принципе невозможны свобода и право” (*Нерсесянц В.С.* Право – математика свободы. С.16–17).

лишь после этого возможны публичная или какие-то иные формы собственности. В публичной собственности находятся объекты, которые не попадают в частную собственность и принадлежат всем вместе и никому в отдельности.

В условиях официального признания и защиты собственности реально свободными будут лишь те, кто реально обладает достаточными собственными ресурсами жизнедеятельности. Но право абстрагируется от фактических имущественных различий и гарантирует равную формальную свободу в имущественных отношениях всем, кому не запрещено быть собственником – независимо от фактически имеющихся или не имеющихся, реально приобретенных или не приобретенных правомочий собственника конкретного имущества.

Само существование частной собственности есть самая важная гарантия свободы, причем не только для тех, кто имеет собственные ресурсы социального благополучия, но и в той же мере для тех, кто таких ресурсов не имеет. Насильственное упразднение собственности порождает всеобщую несвободу, замену правового регулирования силовым уравнивательным регулированием (коммунистическая идеология называет это “освобождением труда”, “подлинной свободой”). Причем обобществление всех объектов экономики есть не замещение частной собственности какой-то более прогрессивной (социалистической) формой собственности, а уничтожение собственности вообще. Ибо публичная, государственная, общественная собственность возможны лишь тогда, когда есть частная собственность.

Равенство в свободе – это равноправие, равная правосубъектность, равенство в исходных, абстрактных правах, таких как право на свободу и неприкосновенность, право быть собственником и т.д. Это признание равной возможности приобретать конкретные права. Но при равенстве в исходных правах фактически неодинаковые индивиды неизбежно будут приобретать и иметь разные конкретные права на конкретные социальные блага. Например, абстрактное право быть собственником является равным для всех, но люди фактически неодинаковы, и поэтому приобретенные права собственности на конкретное имущество у всех разные.

Соответственно правовое равенство, признание людей формально равными субъектами предполагает имущественное неравенство в силу различия способностей фактически разных людей, обстоятельств их жизни и т.д. Наоборот, равенство людей в потреблении возможно лишь при уравниловке, при отрицании собственности и правового равенства<sup>14</sup>.

Формальное равенство – это принцип с исторически изменяю-

<sup>14</sup> См.: Нерсесянц В.С. Право – математика свободы. С.13.

шимся содержанием. Право – это *исторически обусловленная* мера свобода.

Исторически право возникает с появлением индивидуальной свободы (см. 4.4.). “Свободные индивиды – «материя», носители, суть и смысл права”<sup>15</sup>. Причем в доиндустриальном обществе существуют не только свободные или частично свободные (субъекты права), но и несвободные (объекты права). В этом обществе нет всеобщего правового равенства. Лишь в индустриальном обществе правовая свобода становится равной для всех (см. 5.2.1.).

Всеобщее равноправие является высшим историческим проявлением правового равенства. Его нормативным выражением служит положение, сформулированное в ч.2 ст.19 Конституции РФ: “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. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности”.

Равноправие не тождественно равенству перед законом. Равенство перед законом означает применение закона в равной мере ко всем его адресатам без исключения. Равенство перед правовым, справедливым законом есть одно из проявлений равноправия. Но если закон – правонарушающий, противоречащий принципу права, нарушающий равноправие, то и равенство перед таким законом есть нарушение равноправия. Равенство перед судом можно рассматривать как одно из проявлений формального равенства, равноправия, но, опять же, только в том случае, если суд правовой, справедливый, беспристрастный. Перед таким судом все формально равны.

### 2.2.3. ЗАПРЕТЫ И ДОЗВОЛЕНИЯ В ПРАВЕ

При любой соционормативной регуляции используются запреты и дозволения. Причем *правовое* регулирование требует определенного соотношения законодательных запретов и дозволений. Это соотношение позволяет различать правовой и неправовой (силовой) способы регуляции. А именно: равная для всех максимальная мера свободы законодательно очерчивается путем запретов, а мера власти (полномочия властных субъектов) устанавливается путем дозволения<sup>16</sup>. При правовом регулировании инди-

<sup>15</sup> Нерсесянц В.С. Право – математика свободы. С.15.

<sup>16</sup> См.: Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997. С.90–92.

виды действуют по принципу “незапрещенное разрешено”, а властные субъекты – “неразрешенное запрещено” (см. 8.1.1; 8.1.2.).

Напротив, при неправовом (силовом) регулировании все считается исходно запрещенным и допускается лишь то, что дозволено властью. И если поведение людей подчиняется принципу “неразрешенное запрещено”, то это неправовое регулирование.

При правовом способе регуляции люди выступают как субъекты права двух основных видов: как свободные индивиды, формально равные в отношениях между собой, и как носители властных полномочий – государственно-властные субъекты.

Разумеется, свободные индивиды не нуждаются в дозволении того, что они могут делать в силу своей свободы. Чтобы указать пределы правовой свободы, законы должны запрещать, а именно: запрещать все, что не совместимо с правовой свободой – равной свободой всех. Следовательно, исходным способом определения меры, объема правовой свободы являются не дозволения, а *запреты*. Такова логика правовой регуляции.

Вместе с тем в праве используются и дозволения, адресованные индивидам. Но правовые дозволения носят вторичный характер. Они конкретизируют правовую свободу в пределах незапрещенного и гарантируют минимум свободы.

Правовые запреты определяют *максимальную* меру свободы: индивидам разрешено все, что не запрещено. Это максимум юридически возможного, допустимого. Правовые дозволения определяют *минимальную* меру свободы (гарантированный минимум).

Например, в ст.503 ГК РФ говорится, что покупатель, которому продан товар ненадлежащего качества, вправе (т.е. ему дозволено) по своему выбору потребовать замены товара, уменьшения цены, устранения недостатков, возмещения расходов на устранение недостатков или возврата денег. Это минимум правовой свободы, гарантированный покупателю на тот случай, если купленный товар окажется ненадлежащего качества. Гарантируя этот минимум, закон устанавливает обязанность продавца выполнить одно из перечисленных требований покупателя. Таким образом, покупателю в отношениях с продавцом, во-первых, разрешено все, что не запрещено (максимум правовой свободы), и в договоре купли-продажи может быть любое условие, не запрещенное правом. Во-вторых, независимо от согласия продавца, покупателю дозволен любой из вариантов поведения, гарантированных в ст.503 ГК РФ (минимум правовой свободы).

Правовое дозволение, адресованное некоему субъекту, всегда можно рассматривать как косвенный запрет, адресованный другим субъектам. Если в правовом законе прямо говорится, что нечто дозволено, тем самым косвенно запрещается препятствовать тому, что дозволено. Так, в предыдущем примере дозволение по-

купателю можно рассматривать как запрет продавцу не выполнять законное требование покупателя. Это специальный запрет, адресованный не всем субъектам права, а только тем, кто выступает в юридической роли продавца.

Но дозволяющая формулировка может выражать и общеправовой запрет. Например, право запрещает нарушать неприкосновенность частной жизни. Прямая формулировка этого запрета гласила бы: “никто не вправе нарушать неприкосновенность частной жизни”. Но в ч.1 ст.23 Конституции РФ этот запрет сформулирован не прямо, а косвенно: “каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни”. Разумеется, не нужно понимать Конституцию так, будто она позволяет свободным индивидам неприкосновенность частной жизни. Конституция не позволяет, а гарантирует неприкосновенность и запрещает кому бы то ни было ее нарушать.

Итак, правовая свобода индивидов означает возможность действовать по принципу “разрешено все, что не запрещено правом”. На властных субъектов этот принцип не распространяется. При правовом регулировании властеотношений законы, прежде всего, дозволяют властные полномочия и запрещают употреблять власть за пределами дозволенного.

Государственно-властные субъекты (государственные органы и должностные лица государства) законодательно наделяются властными *правомочиями*, т.е. только такой компетенцией, которая необходима для обеспечения правовой свободы. Поэтому государственно-властным субъектам запрещено все, что им не разрешено.

Следовательно, с юридической точки зрения, есть обязанность подчиняться власти лишь в пределах осуществления властных правомочий, дозволенных законом. Это одно из проявлений принципа формального равенства.

Конечно, в самих отношениях повеления-подчинения никакого равенства нет. Формальное равенство остается за пределами этих отношений. Если подчиняющийся обязан подчиняться лишь в пределах того, что право дозволяет повелевающему субъекту, то во всем остальном обычные члены общества и люди, выступающие от имени государства, формально равны.

Если же люди, занимающие государственно-властные должности, ставят себя выше остальных за пределами властных полномочий (особенно в экономической деятельности), то это означает привилегии, что характерно для неразвитых правовых культур. Если властные субъекты вообще не ограничены в своих полномочиях, то это организации власти силового типа, деспотия.

При силовом регулировании соотношение запретов и дозволений является принципиально иным. Во-первых, власть верховного правителя (деспота) ограничена лишь фактическими адми-

нистративно-силовыми ресурсами. Во-вторых, подвластные не-свободны, а несвободные могут делать только то, что предписано или дозволено; все остальное запрещено. Здесь есть множество специальных запретов – запретов деяний, которые признаются опасными для существующего порядка. Но эти запреты лишь дублируют исходный запрет на все, что не дозволено, и конкретизируют наказание.

#### **2.2.4. КРИТЕРИЙ РАЗЛИЧЕНИЯ ПРАВОВЫХ И ПРАВОНАРУШАЮЩИХ ЗАКОНОВ**

Итак, правовое регулирование требует определенного соотношения законодательных запретов и дозволений. Но остается вопрос о мере запрещаемого и дозволяемого. Если законодатель запрещает нечто в равной мере для всех, то это еще не значит, что получается непременно *правовой* запрет. И если осуществление власти подчинено требованию “неразрешенное запрещено”, то это еще не значит, что власть наделена *правомочиями*, ибо не любые дозволенные *законом* властные полномочия являются *правовыми*.

До какого же предела законы могут запрещать и дозволять, не превращаясь в правонарушающие? Что, с позиции правовой свободы, следует запрещать, и что нужно дозволять властным субъектам? И, наоборот, что, с точки зрения права, нельзя запрещать и соответственно дозволять?

Право не может определяться случайным мнением законодателя о целесообразности либо нецелесообразности тех или иных запретов или дозволений. Должен быть общезначимый критерий, который позволяет и законодателю, и всем остальным субъектам права одинаково судить о том, что по праву следует и что не следует запрещать или разрешать. Это критерий, позволяющий оценивать законы как правомерные или правонарушающие.

Как уже говорилось, правовые законы устанавливают запреты ради обеспечения правовой свободы: по праву может быть запрещено (и должно быть запрещено) то, что несовместимо с равной свободой всех, нарушает свободу других. Точно так же государственно-властные полномочия необходимы и должны дозволяться для обеспечения правовой свободы, в частности, для принуждения к соблюдению правовых запретов.

Правовая свобода существует лишь в таком социуме, в котором признается и властно обеспечивается хотя бы необходимый, неотъемлемый минимум исходных прав индивида. Это то, что сегодня мы называем “*естественные и неотчуждаемые права и свободы человека и гражданина*”. Без этих прав люди не могут быть субъектами права. Это то, без чего нет “материи” права. Если за-

кон не признает эти права, то он не допускает правовой свободы.

Следовательно, критерий, позволяющий различать правовые и правонарушающие законы, – это *минимальная неотъемлемая свобода*. Правовой закон не может запрещать то, что относится к минимальной неотъемлемой свободе. Точно так же закон не может позволять властным субъектам вторгаться в сферу минимальной неотъемлемой свободы. Закон не противоречит праву постольку, поскольку он не ограничивает минимально необходимую свободу, не нарушает права человека (неотъемлемые права свободных индивидов). Это необходимые и достаточные правовые требования, предъявляемые к законам.

Но это *формальные* требования. Дело в том, что в каждой правовой культуре есть свои представления о минимальной неотъемлемой свободе. Права человека разные в разных правовых культурах (см. 6.1.1.), и они развиваются по мере исторического прогресса свободы. Минимальная неотъемлемая свобода, права человека – это понятия с исторически изменяющимся содержанием (см. 5.2.1.).

Объем и содержание свободы, которая признается минимальной и неотъемлемой в конкретной культуре, определяются развитостью этой культуры. В неразвитой культуре не может быть всех тех прав человека, которые в развитой признаются неотъемлемыми правами. Например, в неразвитой правовой культуре может не быть свободы передвижения и поселения в ее современном понимании, свободы вероисповедания, избирательных и других политических прав и свобод.

Но в любой правовой культуре есть хотя бы *minimum minimumum* – абсолютный минимум правовой свободы. Сюда входят три компонента: личная свобода, собственность и обеспеченная государством безопасность. Личная свобода включает в себя свободу распоряжаться собой и своими способностями, неприкосновенность, право на частную жизнь. Собственность означает право быть собственником и право собственника свободно владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом. Безопасность подразумевает право на государственно-властную защиту от противоправных посягательств, особенно судебную защиту. Без этих прав (взаимосвязанных компонентов правовой свободы) нет свободы вообще.

То, что сегодня признается минимальной неотъемлемой свободой в наиболее развитых правовых культурах, по объему и содержанию существенно шире, чем названный *minimum minimumum*. В западноевропейской культуре сегодня признается даже неотъемлемое право на жизнь, что исключает смертную казнь.

Права человека возникают и развиваются по мере исторического прогресса свободы, независимо от их официального при-



знания, провозглашения и формулирования (разумеется, они нуждаются в таком признании и формулировании). Они существуют не в силу их установления неким властным субъектом, а в силу объективного процесса правообразования (см. 4.3.4.). Законодатели лишь фиксируют этот процесс. Кроме того, это права не приобретаемые, а первичные (онтологически предшествующие приобретаемым субъективным правам), образующие исходную правосубъектность индивида<sup>17</sup>.

Отсюда – характеристика прав человека как неотъемлемых и неотчуждаемых: человек не может быть лишен этих прав (человек может быть ограничен в пользовании этими правами в рамках юридической ответственности) и не может от них отказаться. В этом смысле права человека не находятся в его распоряжении. Он может не пользоваться ими, но не может их отчуждать.

По традиции права человека называются естественными, но это не значит, что они естественные в прямом смысле – природные, прирожденные или принадлежащие каждому от рождения. Права человека, как и право вообще, – это социокультурное, а не природное явление, и те или иные права принадлежат человеку не “от рождения *человеком*”, а от рождения в таком социуме (в силу нахождения в таком социуме), в котором эти права признаются за каждым человеком.

В современном юридическом языке термин *естественные* права человека сохраняется, поскольку он подчеркивает, что это права не октроированные, не “дарованные” верховной властью. Они не зависят от усмотрения властных субъектов, законодателей не только в негативном, но и в позитивном смысле. Законы в национальной правовой культуре не могут отменять или запрещать права человека, которые уже достигнуты этой культурой (законы могут их лишь нарушать). Но точно так же законы не могут порождать или учреждать права и свободы, которые еще не достигнуты в национальной правовой культуре.

Права человека в конкретной правовой культуре таковы, каков уровень развития свободы в этой культуре. Если законодательство (и государственные институты) отстает от этого уровня, то на смену старому законодательству революционным путем приходит новое, выражающее права человека в том объеме, который реально достигнут правовой культурой. Но если законодательство опережает этот уровень, то конституционные и законодательные формулировки о правах человека являются фикцией – в той мере, в кото-

<sup>17</sup> Индивиды и другие субъекты *вправе* (имеют первичные права) приобретать своими действиями (вторичные) субъективные права и юридические обязанности. Чтобы иметь некие вторичные, приобретаемые права, нужно иметь первичное право, позволяющее такие права приобретать. Совокупность первичных прав образует исходную правосубъектность, правовой статус (см. 7.2.3.).

рой они опережают реальный уровень развития правовой свободы. Объем и содержание прав человека в неразвитой правовой культуре не могут быть такими же, как и в развитой, пусть даже эти культуры существуют одновременно. И когда в стране с отсталой правовой культурой принимается конституция, в которой воспроизводятся формулировки о правах человека, достигнутых в наиболее развитых культурах, то отсталая культура от этого не становится развитой, и права человека не становятся реальностью. Можно перечислить в конституции все права и свободы, известные на сегодняшний день; но если подавляющее большинство населения не осознает их смысл, то конституционные положения о правах человека фиктивны. Конституционный каталог прав и свобод делает человека свободным не более, чем поваренная книга – сытым.

Исходя из всего сказанного, можно предложить следующее определение права. *Право – это система общеобязательных норм, определяющих меру свободы в обществе и государстве по принципу формального равенства.*

То же самое определение, сформулированное с учетом взаимосвязи права и государства, гласит: *“право – это соответствующая требованиям принципа формального равенства система норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных возможностью государственного принуждения”*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С.75.

## ПОНЯТИЕ ГОСУДАРСТВА

### 3.1. ФЕНОМЕН ГОСУДАРСТВА: УРОВНИ РАССМОТРЕНИЯ

Феномен государства можно рассматривать с разной “высоты” теоретического изучения, в разном контексте, в разном теоретическом приближении, “извне” и “изнутри”.

В *первом* приближении “извне”, в контексте международных отношений или с “высоты” международного права, государство выступает как совокупность людей (нация), проживающих на определенной территории и объединенных публичной политической властью. В таком виде государство предстает “внешнему наблюдателю”, который может различать в государственном целом лишь наиболее крупные его элементы – население государства, государственную территорию и организацию государственной власти.

Во *втором* приближении наблюдатель находится “внутри” публично-властной ассоциации – множества людей, объединенных публичной политической властью. Здесь он воспринимает государство в качестве повелевающей, властной организации, отличающейся от остального населения.

Иначе говоря, государство в этом контексте выступает не как население, объединенное публичной политической властью, а как организация, осуществляющая эту власть, или аппарат власти.

Наконец, в *третьем* приближении появляется возможность рассмотреть аппарат государственной власти как сложную систему, совокупность властных органов и учреждений, их отношения, связи между ними. В таком контексте, в частности, с “высоты” конституционного права, государство рассматривают как систему государственных институтов, органов законодательной, исполнительной и судебной власти. В этой системе связи между ее элементами – государственными органами и должностными лицами – определяются их компетенцией. Здесь изучают отношения субординации и координации “внутри” аппарата государственной власти.

Таким образом, термин “государство” употребляется в трех значениях, а именно обозначает (1) государственно-организованное сообщество, (2) аппарат государственной власти как целое

(для краткости в этом контексте говорят просто “государственная власть”) и (3) систему государственных органов.

Однако это еще не три разных понятия государства. Есть разные *концепции* государства. Каждая из этих концепций может учитывать все три значения термина “государство”, но при этом сущность государства в каждой концепции объясняется по-своему.

### 3.2. ПУБЛИЧНАЯ ПОЛИТИЧЕСКАЯ ВЛАСТЬ

Родовым понятием для всех вариантов понимания государства служит понятие публичной политической власти.

В обществе существуют различные виды личной и социальной власти – власть главы семьи, власть господина над рабом или слугой, экономическая власть крупных собственников, духовная власть (авторитет) церкви, власть организованного преступного сообщества и т.д. Все названные виды представляют собой либо индивидуальную, либо корпоративную, групповую власть. Она существует в силу личной зависимости подвластных, не распространяется на всех членов общества, не осуществляется именем народа, не претендует на всеобщность, не является публичной.

Власть же *публичная* – всеобщая – распространяется по территориальному принципу, ей подчиняются все, включая иностранцев (за редким исключением), кто находится на территории, которую эта власть способна контролировать.

Публичная власть есть власть *политическая*. Это власть, предназначенная решать общие дела, управляющая народом в интересах благополучия сообщества в целом, обеспечивающая стабильность и порядок. Ради этого она прибегает к *организованному принуждению вплоть до физического насилия* в отношении социальных групп и отдельных людей.

Публичная политическая власть осуществляется особыми группами людей, которые профессионально, на постоянной основе занимаются управлением и составляют аппарат власти. Этот аппарат подчиняет все социальные группы политической воле, выражаемой в законах и других публично-властных актах, приказах. Реально политическая воля (“общая воля”) выражается как воля правителя, парламентского большинства, политической элиты и т.д. Аппарат существует и функционирует за счет налогов с населения, которые устанавливаются и взимаются либо по праву – когда налогоплательщики являются свободными, либо произвольно, силой – когда они несвободны по отношению к власти и ее представителям. В последнем случае – это уже не налоги в собственном смысле, а дань или подати.

Аппарат публичной политической власти обычно включает в себя законодателя (им может быть и парламент, и единоличный правитель), правительство и бюрократию, суд, полицию, вооруженные силы, тюрьмы и другие карательные учреждения. Все высшие полномочия публичной политической власти могут быть соединены в одном лице или органе власти (монарх, деспот, диктатор и т.п.), но могут быть и разделены на самостоятельные ветви власти – законодательную, исполнительную и судебную.

Аппарат публичной политической власти обладает монополией на принуждение на всей подвластной территории и в отношении всего населения. Никакая другая социальная власть не может конкурировать с публичной политической властью и применять силу без ее разрешения. Это означает *суверенитет* публичной политической власти, т.е. верховенство на подвластной территории (внутренний суверенитет) и независимость от властных субъектов, действующих за пределами этой территории (внешний суверенитет). Только аппарат публичной политической власти может издавать законы и другие общеобязательные акты. Все приказы этой верховной власти обязательны для исполнения.

Таким образом, публичная политическая власть характеризуется следующими формальными признаками:

- объединяет население по *территориальному* принципу, создает сообщество, интегрированное публично-властными отношениями на некой территории;
- осуществляется специальным *аппаратом*, который как совокупность людей не совпадает с населением, со всем территориальным сообществом; аппарат действует за счет налогов;
- обладает *суверенитетом*, в частности, монополией на принуждение и прерогативой законоотворчества.

Есть два принципиально противоположных типа публичной политической власти: правовой (государственность) и силовой (от старого деспотизма до современного тоталитаризма). На такой позиции в понимании права и государства стоит либертарно-юридическая теория. Но в рамках позитивистского понимания права и государства (см. 1.3.4.) это сущностное различие двух типов публичной политической власти не учитывается. Поэтому в позитивистских концепциях государства (государства и права) сущность государственности (государственно-правового общения) искажается: сущность государства объясняется либо как монополярная принудительная сила, позволяющая произвольно устанавливать законы, либо как сила, действующая в рамках законов, содержание которых считается, опять же, произвольным.

### 3.3. СИЛОВОЕ (“СОЦИОЛОГИЧЕСКОЕ”) ПОНЯТИЕ ГОСУДАРСТВА

В “социологической” концепции государством называется организация публичной политической власти любого типа, независимо от формы и содержания. Общей чертой всех вариантов “социологической” концепции является отрицание юридической природы и абсолютизация силового начала государственной власти, рассмотрение государства как фактических отношений властвования (отсюда – так называемый социологизм этой концепции). По существу, это потестарная, силовая концепция.

В этой концепции сущность государства объясняется как организованное насилие, как политическая сила, которая не может быть ограничена правом и произвольно определяет свободу подвластных. При таком понимании государства и права допускается несвобода людей, составляющих политическое сообщество. Допускается неограниченная политическая власть, а поэтому в круг объектов, описываемых как “государство”, попадает и деспотия.

Определение государства в таком его понимании сводится к следующему: это наиболее действенная (самая сильная, верховная, суверенная) организация власти у определенного народа на определенной территории.

Силовое понятие государства использовалось в классическом легистском позитивизме для объяснения права (при отождествлении права и закона): право есть приказ государства, верховной власти. По этой логике, государство есть голая монополия силы, предшествующая праву (закону). Поэтому законная форма власти, ее наличие или отсутствие, не имеют значения в силовой концепции. Верховная, не ограниченная никакой иной силой власть может осуществляться и по закону, и вопреки закону – ибо она верховная. “Право” в таком понимании – это то, чего желает верховная власть. Поэтому в силовой концепции лишь допускается, что формирование и осуществление государственной власти может быть регламентировано законом, но при этом считается, что закон для государственной власти необязателен. Государство как суверенная социальная сила может соблюдать законную форму осуществления власти, но может и не соблюдать.

Разновидностью этой концепции является марксистская силовая концепция государства. Здесь сущность государства объясняется через классовое господство и классовое насилие. Согласно марксистскому учению, общество со времени утверждения частной собственности разделяется на антагонистические классы, а государство является политической организацией экономически

господствующего класса. Сущность государства – это диктатура, насилие господствующего класса для подавления других классов. Государственный аппарат, опираясь на насилие, управляет обществом так, как это выгодно и угодно господствующему классу, и в принципе может не считаться с интересами других классов. Диктатура класса означает несвязанность власти какими бы то ни было законами. Диктатура есть власть, опирающаяся непосредственно на насилие, не связанная никакими законами (В.И. Ленин).

Таким образом, марксизм-ленинизм объясняет государство как антиправовую властную организацию, природа которой такова, что она не может быть ограничена даже законом.

Силовая трактовка государства не позволяет различать *государство* и *деспотию*. Если сущность государства – монополярная принудительная сила, то вполне допустимо такое государство, в котором нет свободы, т.е. “деспотическое государство”. В таком понимании государство может быть демократическим, либеральным, диктаторским, деспотическим, тоталитарным, коммунистическим, и во всех случаях это будет в сущности одно и то же – *государство*. Верховную власть можно оценивать как хорошую или плохую, справедливую или несправедливую, более или менее деспотическую и т.д., но все эти оценки не имеют отношения к понятию государства в потестарной концепции.

В таком случае, чем, в сущности, отличается “государство” от большой разбойничьей шайки? Этот вопрос задавал еще в V в. один из отцов Церкви, Блаженный Августин, доказывая, что государственное сообщество (*civitas*) основывается на справедливости и что деспотические царства (*regnum*) язычников нельзя называть государством. “Что суть царства, лишённые справедливости – риторически вопрошал Августин – как не большие разбойничьи шайки?” В представлении христианского мыслителя, в языческих царствах нет государственно-правового общения, но в них, как в разбойничьих шайках, есть власть одного предводителя, которому никто не смеет прекословить, а “право” сводится к тому, что захваченная на войне добыча делится по установившемуся обычаю.

Через полторы тысячи лет Августину возразил Г. Кельзен: разбойничью шайку нельзя считать государством лишь потому, что на той же территории, на которой действуют разбойники, есть другая социальная сила, власть, более могущественная, чем власть разбойничьей шайки. Она-то и называется государством. Поэтому приказы уличных грабителей нельзя отождествлять с велениями государства, правовыми актами государственных органов. Но уж если порядок навязываемый бандой грабителей, будет на определенной территории наиболее действенным, то его следует считать правопорядком, а социум, организованный в рамках такого правопорядка, – государством. В качестве примера Кельзен ссылаясь на

“пиратские государства”, существовавшие в XVI–XIX вв. на северном побережье Африки (Алжир, Тунис, Триполи), а также на тоталитарный режим большевиков, отменивших в России частную собственность. Сначала, отмечал Кельзен, суды США не признавали акты большевистского режима государственно-правовыми актами, так как считали, что власть большевиков – это преступная власть банды гангстеров, и она скоро кончится; но когда стало очевидным, что большевистский режим устойчив и более эффективен, чем любая другая власть на территории СССР, американские суды признали его в качестве государственно-правового порядка.

Силовая концепция государства отрицает естественные права человека и понятие правового государства.

В силовой трактовке *суверенная* власть означает такую власть, которая не может быть связана какими-то правами человека или международным правом. Право здесь объясняется как приказы верховной власти, а основные права и свободы – как продукт законотворчества. Получается, что не государство связано правом, а наоборот: право – это то, что находится в распоряжении власти. Следовательно, в этой концепции “правовое государство” есть нонсенс: государство может быть и деспотическим, и каким угодно, только не правовым – в смысле связанности власти правовой свободой.

По логике силовой концепции, никакая сила не может ограничивать суверенную власть, ибо власть суверенная есть власть независимая и верховная, самая сильная. Если какая-то иная социальная сила способна ограничить суверенную власть неким “правом”, то суверенной следует считать не ту власть, которую можно ограничить, а ту силу, которая ограничивает других, но сама остается полновластной, неограничиваемой. По этой логике, невозможно объяснить природу конституционного права и международного права, устанавливающих пределы суверенной власти.

Вот рассуждения, типичные для силовой концепции, показывающие ее отношение к теории правового государства: “В научном отношении эта теория несостоятельна потому, что право по своей природе таково, что не может стоять над государством. К тому же совершенно необъяснимы по природе и неопределенны по содержанию те «абсолютные правовые принципы и начала», ... которые якобы должны стоять над государством, связывать его ... Буржуазная теория «правового государства» – лживая и фальшивая теория”<sup>1</sup>.

В современной России понятие правового государства провозглашено на уровне Конституции. Так что сегодня его уже нельзя

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М., 1971. С.193.



открыто объявлять лживым и фальшивым. Это порождает вопрос, неразрешимый для силовой концепции: что такое право, если право не тождественно приказу государства? Поэтому для сторонников силовой концепции понятие правового государства остается необъяснимым: "... основной недостаток теории правового государства конца XIX – начала XX вв. – неясность в вопросах о том, какое конкретно право должно связывать государство, кто является источником такого права, каков механизм связанности государства правом, – остается не устраненным и по настоящее время"<sup>2</sup>.

Отрицая понятие правового государства, силовая концепция, тем не менее, допускает понятие "государство законности". Последнее означает государство, "самоограничивающееся" своими законами, т.е. такое, в котором власть "связана" законами, но в то же время может, как власть суверенная, произвольно изменять законы. Получается конструкция государства, в котором власть связана собственным произволом: "Тот факт, что нормы права исходят от государства ... не противоречит положению о связанности органов государства этими нормами. Речь идет не о подчинении органов государства каким-то абсолютным правовым принципам, а о связанности государственных органов нормами действующего права (т.е. законами – *В.Ч.*) ... Конечно, высшие органы государственной власти вправе издавать любые юридические акты. Никакой ранее изданный закон не связывает органы государственной власти в том смысле, что любой закон, включая конституционный, в установленном порядке может быть отменен или исправлен"<sup>3</sup>. Такая конструкция государства законности в принципе не опровергает тезис Ленина о том, что государство есть диктатура, не связанная никакими законами.

### 3.4. ЛЕГИСТСКОЕ ПОНЯТИЕ ГОСУДАРСТВА

Легистская концепция государства возникла в Германии во второй половине XIX в. и доведена до логического завершения в теории Г.Кельзена в XX в. Сегодня она распространена в государствоведении в Западной Европе.

В этой концепции феномен государства отождествляется с требованиями законов, регламентирующих формирование и осуществление государственной власти. Сами легисты называют эту

---

<sup>2</sup> Сырых В.М. Теория государства и права. Учебник для вузов / Отв. ред. С.А.Чибиряев. (Без указ. места издательства). Былина, 1998. С.409.

<sup>3</sup> Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. С.189.

концепцию “юридической”, т.е. “правовой”. Но правильно называть ее именно легистской, т.е. законнической.

Легистское понятие государства подразумевает законную организацию публичной политической власти, законную компетенцию властных органов. Фактически государство отождествляется с предписаниями конституционного и административного законодательства, законодательства о судеустройстве и т.д. Государством считается то, что предписывают законы о монархе, президенте, правительстве, суде, прокуратуре, полиции и других институтах власти (независимо от того, что именно предписывают эти законы). Содержание законов о власти может быть любым, произвольным. Государство определяется через законную форму власти, но не через содержание законов.

Легистская концепция государства претендует на изучение и объяснение государственности в качестве предмета юриспруденции (читай – легистики, законоведения), на “юридическое” (законническое) видение государства, на знание о государстве с позиции профессионального знания законов. Она не отрицает, что государство может быть предметом других социальных наук: пусть социологи и политологи изучают свой предмет – реальные властные отношения, пусть философы задаются вопросом об идеальном государстве, но у правоведов есть свое – “юридическое” – знание о государстве. Юристы, согласно этой концепции, должны изучать действующие законы; следовательно, для юристов-правоведов государство представляет профессиональный интерес только как содержание законов о государстве.

Действительно, законная форма является характерной чертой развитой государственности. Законы регулируют организацию и деятельность государственного аппарата, устанавливают порядок формирования и компетенцию государственных органов. И если реальные государственно-властные отношения совпадают с предписаниями законов, то знание об организации и функционировании государства можно черпать из законов. Но при этом не следует забывать, что предписания закона – это еще не само государство, что законы устанавливаются законодательной властью государства и что, наконец, реальные государственно-властные отношения могут отличаться от того, что предписано законом.

В легистской же концепции получается, что тексты законов – это источник самой государственной власти, а не только источник знания о государстве. Законы о государстве рассматриваются этой концепцией как некая данность. Возникает впечатление, что не государство в лице законодателя создает законы, а закон создает государство с его законодательной властью.

Если “социологическая” концепция государства ориентируется только на фактические отношения властвования и пренебрегает

законной формой власти, то легистская концепция, наоборот, абстрагируется от фактических властеотношений и изображает государство в виде законодательных предписаний о властеотношениях. То, что государство может функционировать и не так, как это предписано законом, в легистской концепции не учитывается.

Законнический способ понимания государства широко распространен в тех странах, где реальный порядок властеотношений мало чем отличается от требований конституции и законов. Например, для ученых-конституционалистов в этих странах характерна убежденность в том, что их *профессиональное* знание о государстве заключается в знании соответствующих законов. Если попросить такого государствоведа описать государство в определенной стране, то скорее всего он ограничится изложением конституции этой страны. А если возразить, что *на самом деле* в этой стране власть осуществляется не так, как предписывает конституция, он ответит, что его не интересует “то, что есть на самом деле”, и для него, как “юриста” (читай – законоведа), в отличие от социологов или политологов, профессиональный интерес представляет только то, что написано в официальных текстах, прежде всего – в конституции страны. И в определенном смысле он будет прав. Если конституция не фиктивная, а реальная, то из нее следует черпать знания о государстве.

Но конституции и законы могут быть и фиктивными. Деспотическая власть, не связывающая себя никакими законами, может прикрываться внешней государственно-правовой атрибутикой, создавать видимость конституционной законности, издавать конституции как пропагандистские документы, не рассчитанные на их применение. Фиктивными были, например, советские конституции. Они провозглашали демократию, власть рабочего класса, трудящихся, всего народа, но в действительности существовала жесткая диктатура, которая лишь имитировала государственно-правовые институты. В частности, советские конституции изображали некое федеративное устройство страны, а в действительности власть была сверхцентрализованной и не допускала никакой самостоятельности периферийных органов власти, и т.д.

Таким образом, легистская концепция государства оказывается явно несостоятельной применительно к политическим режимам с фиктивными конституциями. Но, с точки зрения самих легистов, это не так. Для них (в сфере их профессионального знания) как бы не существует никаких реальных отношений властвования, кроме тех, которые предписаны конституцией и законом. Их не интересует, в какой мере власть отклоняется от законодательных предписаний. Вообще для легизма характерны представления о первичности и самодостаточности законоположений и о вторичности общественно-политической жизни, о том, что в жизни все

должно быть так, как предписано официальными актами. Такие представления о соотношении закона и реальной жизни называются “легистский идиотизм”, или “легистский кретинизм”.

Легистское понятие государства, так же как и силовое, не позволяет различать государство и деспотию (например, тоталитарные системы XX в.). Если считать, что государство – это порядок властеотношений, предписанный законами, то получится, что деспотический насильственный порядок будет государственным только потому, что он отражен в законах.

С позиции легистской концепции государства невозможно объяснить, что такое правовое государство. В зависимости от того, что предписывают законы и как они описывают организацию власти, государство (в его легистском понимании) может быть названо либеральным, деспотическим, демократическим, республиканским, тоталитарным, фашистским, пиратским, каким угодно, но только не правовым. Понятие “правовое государство” становится в этой концепции бессмысленным, а сам этот термин представляет собой плеоназм (речевое излишество, добавление ненужного слова). Поскольку для легистов законы любого содержания – это “право”, а государство – это предписания законов, т.е. “правовые” предписания, то всякое государство является “правовым” установлением уже *по определению*; не бывает “неправового государства”. Любая организация власти произвольно-силового типа, по этой концепции, оказывается “правовой” в той мере, в которой она оформлена произвольными законами.

Легистская концепция государства неверна гносеологически, хотя некоторые ее положения следует оценивать позитивно. Так, во-первых, бесспорно, что в развитой правовой ситуации государство существует в законной форме. Столь же бесспорно и нормативно-законническое требование: государственная власть должна быть организована и должна осуществляться в строгом соответствии с законом. Но из того, что в определенной стране содержание государства в основном исчерпывается предписаниями законов о государственной власти, не следует, что общее понятие государства можно сводить к таким предписаниям.

Во-вторых, как будет показано ниже (см. 3.5.), за пределами ограничения силы правом кончается государственная форма свободы и начинается властный произвол. Но, согласно легистской концепции, право, устанавливающее пределы государственной власти, – это то, что предписано в законе, даже если предписано произвольно. Получается очередная конструкция “государства законности”. В “социологической” концепции считается, что верховная власть может по своей прихоти устанавливать (или не устанавливать) в законе пределы ее осуществления. В легистской же концепции властная организация, не связанная законом, не

признается государственной; но при этом допускается чисто произвольный характер законов, “связывающих” власть. Иначе говоря, в легистской концепции государством называют такую (и только такую) организацию политической власти, какую она сама предписывает себе в законах.

### **3.5. ПОНЯТИЕ ГОСУДАРСТВА В СОВРЕМЕННОЙ ЛИБЕРТАРНО-ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ**

#### **3.5.1. ГОСУДАРСТВО КАК ПРАВОВОЙ ТИП ПУБЛИЧНОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ**

Не следует полагать, что организация публичной политической власти правового типа складывается лишь в новейшее время и характерна лишь для современного государства. Государство как правовой тип публичной политической власти, как институциональная форма свободы существует столько, сколько существует правовой тип социальной регуляции. Поэтому и юридическое понимание государства, противопоставление государства и деспотии имеют древнюю традицию – начиная с древнегреческой политической мысли. В русле этой традиции сущность государства объясняется как соединение политической силы с правом или подчинение власти правовым законом. Уже Аристотель определял государство как совокупность граждан, т.е. лиц, обладающих политическими правами. В I в. до Р.Х. Цицерон, называвший государство (*respublica*) делом народа (*res populi*), объяснял, что народ – не просто множество подданных, а соединение многих людей, связанных между собою согласием в вопросах права. В XIII в. Фома Аквинский учил, что светской власти следует повиноваться, но лишь до тех пор, пока ее противоправный характер не становится нестерпимым; в отношении явно противоправной власти у подвластных есть естественное право на неповиновение. В XVII в. Джон Локк, один из основоположников либерализма, определял государство как политическое сообщество, созданное свободными индивидами в целях надежного обеспечения своих естественных прав, свободы, личной безопасности и собственности. В конце XVIII в. в Декларации независимости США и французской Декларации прав человека и гражданина было провозглашено, что люди создают государства для обеспечения своих естественных прав и имеют право изменить правительство, нарушающее естественные права и свободы граждан. И.Кант определял государство как множество людей, подчиненных правовым законам. Г.В.Ф.Гегель видел в го-

сударстве правовую форму политического принуждения, в истории государства – прогресс свободы.

В либертарно-юридическом понимании государство – это властная организация, обеспечивающая правовую свободу. Или: правовой тип и правовая форма организации и функционирования публичной политической власти. Или: правовая организация публичной политической власти свободных индивидов<sup>4</sup>.

Из такого определения вытекает, что государственно организованное сообщество состоит из свободных индивидов, образующих в качестве членов государства совокупность субъектов публичного права. Поэтому в государственно-властных отношениях повелевающие субъекты хотя бы минимально связаны хотя бы минимальной свободой подвластных.

Оговорка “хотя бы” предполагает, что государство в разных правовых культурах будет разным. Есть государство, максимально гарантирующее права человека, и есть государство, обеспечивающее лишь минимум правовой свободы. “Всякое государство связано правом в меру его цивилизованности, развитости права и правовой культуры у соответствующего народа и общества”<sup>5</sup>. Но мера связанности властеотношений правом является разной в архаичном аграрном и в современном индустриальном обществе, в государстве авторитарном и либерально-демократическом, в государстве с вековыми традициями конституционализма и в государстве посттоталитарном и т.д. (см. 3.5.3.).

Сущностное единство права и государства означает, что государство обеспечивает правопорядок и само (как властный порядок) является частью правопорядка. Ибо для любых общеобязательных норм требуются властные институты, обеспечивающие соблюдение этих норм. Для правовых норм нужна правовая организация власти. Поэтому государство – публично-властная организация, необходимая для права, система властных институтов (органов), способных принудительно обеспечить правопорядок. Право – нормативно выражаемая форма свободы, а государство – институциональная, организационная форма осуществления свободы людей в их социальной жизни<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М., 1999. С.78; *Он же.* Право – математика свободы. М., 1996. С.54–55.

<sup>5</sup> *Нерсесянц В.С.* Право – математика свободы. С.54.

<sup>6</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Юриспруденция. М., 1998. С.47.

“Сущностное и понятийное единство права и государства означает, что основные положения либертарно-юридического понимания и понятия права относятся также к пониманию и понятию государства. Из правового понимания государства следует, что правовой принцип формального равенства является одновременно и принципом государства ... По своей сущности государство как правовое явление и понятие – это организационно-властная форма выражения, конкретизации и реализации принципа формального равенства, его смысла и

Власть, обеспечивающая право, сама должна быть подчинена праву. Следовательно, государство можно рассматривать через призму *правового* законодательства, конституирующего государственные институты и отношения. Законы о *государственной* власти представляют собой необходимую нормативную форму обеспечения правовой свободы.

Но даже в развитой государственно-правовой ситуации конституция и законы дают лишь модель властеотношений, а реальное осуществление государственной власти всегда в некоторой мере отклоняется от заданной модели. Причем эти отклонения не сводятся к неконституционной или противоправной деятельности должностных лиц. Просто реальность государства богаче и многообразнее заданных правовых моделей<sup>7</sup>. Поэтому для полного знания о государстве, его типах, формах, функциях нужно знать не только законы, но и фактический порядок формирования и осуществления государственной власти. Однако эта оговорка никоим образом не затрагивает принципиальный тезис о правовой сущности государства.

Таким образом, государство представляет собой правовое явление, организацию публичной политической власти правового типа. В частности, государственный суверенитет означает, что суверенная власть государства, верховная и независимая, введена в правовые рамки. Это такой механизм политического принуждения, который, так или иначе, опосредован правом, действует в рамках властных *правомочий*.

Правовое понимание государства терминологически неочевидно в русском языке. Термин “государство” является производным от “государь” (“государь-ство” – это то, что принадлежит единоличному правителю, государево достояние). Напротив, в западноевропейских языках употребляются термины, возникшие в Новое время на основе латинского *status* (*stato, state, Staat, Etat* etc.), которые подразумевают властно организованное сообщество правового типа. В сущности, они означают то же, что и древнегреческие *πόλις, πολιτεία*, латинские *civitas, respublica* – не госу-

---

требований. Именно поэтому право и государство являются необходимыми всеобщими формами нормативного и институционально-властного выражения свободы людей. Эта свобода индивидов выражается прежде всего в том, что они выступают как формально равные лица – как субъекты права и субъекты государства” (*Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С.77–78*).

<sup>7</sup> Например, конституционная модель разделения властей на законодательную и исполнительную исключает подчинение парламента (законодательного органа) президенту (главе исполнительной власти). Но эта модель не учитывает и не может учитывать такую реальную ситуацию, когда парламентское большинство и президент принадлежат к одной политической партии. В этой ситуации президент как лидер правящей партии становится фактическим законодателем. Он законодательствует через формально независимый от него парламент.

дарево достояние, а публично-правовое объединение граждан.

Термин *stato* применительно к публично-правовому состоянию сообщества появился в научном языке в XVI в. Ранее в политическом языке использовались термины “республика”, “правление”, “империум”, а также “княжество”, “принципат” и другие терминологические формы, отражавшие феодальные политико-правовые формы, адекватно выраженные русским термином “государство”.

В итальянском языке *stato* (как и латинский термин *status*) означает состояние, положение, сословие и т.д., что выглядит достаточно нейтральным. Но термин *stato*, как и немецкий *Staat* или английский *state*, этимологически связан с такими терминами и понятиями, как “государь”, “царь”, “господин”, “властелин”, “правитель” и т.п. Термины, производные от *stato*, возникли в европейской гражданской цивилизации для обозначения сложившегося именно здесь особого типа организации публичной политической власти – правового типа<sup>8</sup>. И было бы неверно употреблять эти термины для обозначения деспотии (“деспотическое государство”) – политического агрегата иного типа, иной сущности, нежели πόλις, *civitas*, *stato*.

В русском же языке не появился аналогичный термин, обозначающий публично-правовое состояние сообщества, так как термин “государство” всегда был адекватен российской политической действительности. Но если, тем не менее, считать, что термин “государство” адекватно передает содержание, смысл, сущность терминов *state*, *Staat* etc., тогда следует признать, что “государство” в современном понимании означает публично-правовое состояние сообщества, организацию публичной политической власти правового типа.

### 3.5.2. ГОСУДАРСТВО И ДЕСПОТИЯ

В любой цивилизации существует публичная политическая власть. Однако типы публично-властной организации в деспотических и правовых цивилизациях противоположны (см. 4.2.). И если властная организация правовой цивилизации – это государство, тогда противоположный тип, деспотия является антигосударством.

Деспотия, деспотический способ интеграции сообщества исключают свободу человека по отношению к коллективу, сообществу. Здесь люди действуют не самостоятельно, а повинясь власти, в рамках отношений повеления-подчинения. Здесь все соци-

---

<sup>8</sup> “Государство (state) есть определенный тип властвования – властвование, при котором суверенитет ограничен конституцией, писаной или неписаной” (*Siedentop L. Democracy in Europe. London; New York; Ringwood (Victoria), 2000. P.81*).



альное бытие политизировано, власть управляет экономикой и культурой, власть определяет общественное развитие.

В цивилизации правового типа сообщество интегрируется не столько политической властью, сколько отношениями обмена, в которые вступают свободные индивиды – субъекты права. В таком сообществе хотя бы часть его членов свободна и может существовать относительно независимо от политической власти. Институты политической (государственной) власти создаются здесь для решения общих дел свободных членов сообщества – при этом у них остается некоторая сфера их частной жизни, хозяйственной и духовной, свободная от государственного управления.

Причем рабы и другие несвободные в исторически неразвитой цивилизации правового типа просто исключены из политических отношений, они представляют собой объекты собственности частных лиц, но не объекты государственно-политического управления. Политическое господство над несвободными как раз и означает деспотизм. Так, крестьяне-общинники, бывшие основной производительной силой в древневосточных деспотиях, были несвободны политически, но они не принадлежали частным лицам, не являлись объектами собственности. Их хозяйственная деятельность управлялась бюрократическим аппаратом.

Сущность государственно-организованного сообщества – это обеспечение личной свободы, безопасности и собственности. Сила государства заключается не в том, что власть способна ограничивать свободу, а в том, что она способна эффективно защищать свободу, действуя в пределах, установленных правовыми законами.

Различение государства и деспотии, как и различение правовых и правонарушающих законов, это отнюдь не изобретение Нового времени. Такое различие возникло еще в древности и существует постольку, поскольку теоретическая мысль отражает реальную противоположность двух типов властной организации – правового (государственно-правового) и силового. Так, еще древнегреческие мыслители не только различали так называемые правильные и неправильные формы государства, но и противопоставляли государство как достижение цивилизации античного полиса и деспотическую организацию власти в варварских странах.

При этом тирания как одна из неправильных форм в представлении греков не означала непременно социальное зло, в то время как в современном языке в понятие тирании однозначно вкладывается негативный смысл, и нередко тирания отождествляется с деспотией. В эпоху античного полиса тираном назывался правитель, который приобретал власть не по закону, правил вопреки законам, установленным до него, нарушал обычаи. Но при этом тиран мог установить и такой порядок, который граждане счита-

ли справедливым.

Одни античные мыслители считали лучшей формой государства монархию, другие – демократию, одни считали худшей тиранию, другие – охлократию. Но все это были формы публично-властного общения свободных (отношения свободных и несвободных раба и господина не включались в государственно-правовое общение). Даже при тирании подвластные оставались в той или иной мере свободными и свергали тирана, защищая свою свободу.

И совсем по-другому греки оценивали организацию власти у варваров: варварские народы в своем развитии не дошли до государственно-правового общения, до цивилизации и культуры греческого полиса. Они не знают, что такое политическая свобода, они несвободны и живут в условиях деспотии, у них нет государства. Власть деспота над подданными – это не государственная власть. У подданных деспота нет и не может быть прав по отношению к власти. Перед деспотом все равны, а именно равны нулю.

Цивилизации деспотического типа преобладали в эпоху доиндустриального, аграрного общества. Но в эпоху индустриального развития деспотия оказалась неконкурентоспособной по отношению к государственно-правовым системам. Правда, деспотизм умеет приспосабливаться к условиям индустриального общества. В XX в. возникла новая форма деспотизма – тоталитаризм. Вначале тоталитарные режимы установились в России, Италии и Германии – как реакция на кризис индустриального развития в этих странах, а затем и в некоторых азиатских странах – как модернизация традиционной деспотической власти. Странам Восточной Европы тоталитаризм был навязан Советским Союзом, занявшим их в ходе второй мировой войны, так что эти страны относительно легко избавились от тоталитаризма после крушения советской империи. В Германии и Италии тоталитарные режимы были уничтожены в ходе второй мировой войны западными державами-победительницами. Тоталитарные режимы, сохраняющиеся в более или менее жестком виде в Китае, в Северной Корее, на Кубе и в некоторых других странах, постепенно и закономерно разлагаются.

Тотальная (всеобъемлющая) власть является антиподом государственно-правовой власти. Так что не может быть “тоталитарного государства”. Например, так называемое Советское государство лишь имитировало государственно-правовые формы. Законодательство тоталитарных систем в общем и целом является неправовым, произвольным, силовым, хотя в некоторых сферах общественной жизни, в ограниченной мере может сохраняться или использоваться правовое регулирование. Но в любой момент тотальная власть способна отбросить любой закон и прибегнуть к открытому насилию, террору. Эта власть уничтожает свободу, и хотя она допускает “личную потребительскую собственность”

населения, не гарантирует ее<sup>9</sup>.

### 3.5.3. ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И АВТОРИТАРНОЕ ГОСУДАРСТВО

Понятие правового государства возможно только в рамках более общего юридического понятия государства. (Как уже говорилось, в силовых или в легистских концепциях правовое государство – это нонсенс или плеоназм).

Хотя государство вообще, государство как таковое представляет собой *правовой* тип власти, отсюда не следует, что правовое государство – плеоназм. Отсюда лишь вытекает, что государственное принуждение, государственно-властные институты обеспечивают правовую свободу.

И все же государство – это, прежде всего, *властная* организация, а власть всегда стремится вырваться из правовых рамок. Государственно-властные субъекты стремятся навязать свою волю остальным членам сообщества. При этом они нередко выходят за пределы государственных правомочий. Это явление – *авторитаризм* – более характерно для исторически неразвитой правовой ситуации. Но и в современных правовых культурах есть авторитарные явления, когда власть нарушает правовую форму.

Таким образом, в любом государстве есть не только правовое, но и авторитарное начало, и они конкурируют. Причем в неразвитых правовых культурах преобладает авторитарное начало, в развитых – правовое. В неразвитых правовых культурах властные институты минимально ограничены правовой свободой и авторитарно вмешиваются в общественную жизнь. В развитых правовых культурах, наоборот, власть максимально ограничена правовой свободой.

В таком контексте следует различать два типа государства – *авторитарное* государство и *правовое* государство. Неразвитой правовой культуре соответствует государство авторитарное (диктаторское, полицейское), власть которого минимально ограничена правовой свободой. Развитой правовой культуре соответствует правовое (либерально-демократическое) государство, в котором максимально обеспечиваются права человека.

Противопоставление двух типов государства применимо лишь к правовым культурам Нового времени. Древнюю и средневековую государственность следует рассматривать как исторически неразвитую, для которой авторитаризм характерен и закономе-

<sup>9</sup> Подробнее см.: *Нерсесянц В.С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму; *Он же.* Право – математика свободы; *Он же.* Философия права. С.113–338; *Четвернин В.А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию. С.43–53.

рен, хотя в ней прослеживается развитие отдельных компонентов правовой государственности.

Правовое государство – это идеал, идеальный тип государства, понятие с исторически изменяющимся содержанием. Ибо источником знания о том, что такое максимальная правовая свобода, служит исторически развивающаяся реальность государства. Представления о правовом государстве изменяются в ходе исторического прогресса свободы. То, что считалось максимальным ограничением власти правом в Германии в первой половине XIX в., когда возникло понятие правового государства (*Rechtsstaat*), сегодня уже таковым не считается. Знание о правовом государстве постоянно обогащается. Так что правовое государство как идеальный тип – это юридическая модель, отражающая уровень правовой свободы, уже достигнутый в наиболее развитых правовых культурах.

Иначе говоря, правовое государство – это государство, наиболее развитое с позиции сегодняшнего научного знания о правовой свободе.

Современные правовые культуры, отстающие в своем развитии, могут в той или иной мере ориентироваться на идеал правовой государственности. Но конституционное провозглашение государства правовым еще не означает, что оно в действительности является таковым. Например, государство, формирующееся в современной России, вопреки конституционно провозглашенному идеалу правовой государственности, ближе к полицейскому нежели правовому государству.

В авторитарном государстве есть хотя бы абсолютный минимум правовой свободы (см. 2.2.4.), но даже права, составляющие этот минимум, могут нарушаться законами или злоупотреблениями властью. Авторитарное государство не дает надлежащих гарантий правовой свободы. Здесь права более или менее защищены от нарушений со стороны частных лиц, но не от полицейского произвола.

Тем не менее авторитарное государство относится к правовому типу власти, поскольку здесь все же есть минимум правовой свободы. Само понятие “нарушение правовой свободы” предполагает ее наличие; в деспотических культурах нет нарушений правовой свободы, ибо здесь нет самой правовой свободы.

## ПРОИСХОЖДЕНИЕ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

### 4.1. ПРАВОПОНИМАНИЕ И КОНЦЕПЦИИ ПРОИСХОЖДЕНИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Множество существующих концепций происхождения права и государства объясняется разным правопониманием, разными понятиями и концепциями права и государства. По существу речь идет о разных предметах науки. Для силовых концепций, полагающих “право” (принудительные нормы) исключительно результатом властно-приказной деятельности, возникновение государства и права – это политогенез в его силовой трактовке. Например, в марксистской силовой концепции (теории классового насилия) утверждается, что государство и право возникли с появлением классов и классовой борьбы. В силовых концепциях, не связывающих сущность государства и права именно с классовым насилием, говорится, что государство и право возникли в архаичном обществе, в котором еще не было классов, и что в раннем государстве политическое насилие выполняло не классовые, а общесоциальные функции. В таких концепциях считается, что становление древней деспотической организации власти и соответствующего законодательства – это и есть историческое возникновение государства и права.

Напротив, с точки зрения либертарно-юридической теории, возникновение права и государства – это историческое становление нормативной и институциональной форм свободы.

Таким образом, каждая концепция возникновения права и государства отражает соответствующие понятия права и понятия государства, является одним из элементов соответствующего понятия<sup>1</sup>.

#### 4.1.1. ПРИМИТИВНЫЕ КОНЦЕПЦИИ

Представленные в современной учебной литературе концепции происхождения права и государства не равнозначны. Нельзя рас-

---

<sup>1</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М., 1999. С.232.

сма­три­вать их в одном ряду как вза­имодополняющие теории, ис­сле­ду­ю­щие раз­ные при­чи­ны и усло­вия воз­ник­но­ве­ния од­но­го и то­го же об­ъек­та. Не­ко­то­рые кон­цеп­ции, из­вест­ные в ис­то­рии пра­вых и по­ли­ти­че­ских учений, в на­шем кон­тек­сте не за­слу­жи­ва­ют боль­шо­го вни­ма­ния, так как со­от­вет­ст­вую­ют при­ми­тив­ным, с точ­ки зре­ния со­вре­мен­но­го на­уч­но­го зна­ния, пред­став­ле­ниям о су­щ­но­сти пра­ва и го­су­дар­ства.

Со­г­лас­но *тео­ло­гичес­кой* кон­цеп­ции го­су­дар­ствен­ная вла­сть, как и лю­бая дру­гая вла­сть, ус­та­нов­ле­на Бо­гом. В этой кон­цеп­ции пра­во, с од­ной сто­ро­ны, пред­стает как ес­те­ствен­ное пра­во – уни­вер­саль­ные прин­ци­пы че­ловечес­ко­го бы­тия, име­ю­щие бо­жест­вен­ное про­ис­хо­жде­ние. С дру­гой сто­ро­ны, за­ко­ны рас­сма­три­ва­ются как пра­во по­зи­тив­ное, ус­та­нов­лен­ное го­су­дар­ствен­ной вла­стью, не­со­вер­шен­ное в си­лу не­со­вер­шен­ства че­ловечес­ко­го ра­зума, в чем-то созвучное пра­ву ес­те­ствен­но­му, а чем-то ему про­ти­во­ре­ча­щее. Эта кон­цеп­ция не име­ет ни­ка­ко­го ра­ци­о­наль­но-тео­ре­ти­че­ско­го зна­че­ния, и оцен­ка ее со­дер­жа­ния – во­прос ве­ры.

*Пат­ри­ар­халь­ная* кон­цеп­ция (про­ис­хо­жде­ние го­су­дар­ства и пра­ва из се­мьи) объ­яс­няет, что го­су­дар­ствен­ная вла­сть воз­ни­кает и су­щ­е­ст­вует в об­ществе по­доб­но то­му, как в се­мье ес­те­ствен­ным об­ра­зом ус­та­нав­ли­ва­ется вла­сть гла­вы се­мей­ства – фи­гу­ры типа *pater familias*. Как до­мов­ла­ды­ка обя­зан за­бо­тить­ся обо всех чле­нах се­мей­ства, и в то же вре­мя впра­ве тре­бо­вать от них бес­пре­кослов­но­го под­чи­не­ния, во­лен каз­нить их и ми­ло­вать, так и еди­но­вла­ст­ный пра­ви­тель в го­су­дар­стве дол­жен за­бо­тить­ся и о го­су­дар­стве в це­лом, и о ка­ж­дом из сво­их под­дан­ных, да­вать им за­щи­ту и по­кро­ви­тель­ство, и под­дан­ные нуж­да­ются в та­кой “оте­чес­кой за­бо­те”. Вме­сте с тем, этот еди­но­вла­ст­ный пра­ви­тель (мо­нарх) впра­ве тре­бо­вать от под­дан­ных без­услов­но­го по­ви­но­ве­ния, а у под­дан­ных нет и не может быть ни­ка­ких пра­в по от­но­ше­нию к мо­нарху. Не­по­ви­но­ве­ние, со­про­тив­ле­ние, вос­ста­ние под­дан­ных столь же про­ти­во­ес­те­ствен­ны и пре­ст­уп­ны, как и не­по­ви­но­ве­ние от­цов­ской вла­сти или ху­же то­го – от­цеубий­ство.

Пат­ри­ар­халь­ная кон­цеп­ция в при­ми­тив­ной фор­ме от­ра­жает ус­та­нов­ле­ние древ­них мо­нар­хий, но при этом из­вра­ща­ет су­щ­ность го­су­дар­ства. Она от­ри­ца­ет пра­вовую сво­бо­ду че­ловечес­ко­го ин­ди­ви­ду­ума. Она оправ­ды­ва­ет неог­ра­ни­чен­ное на­си­лие и да­же деспоти­че­ское гос­под­ство не­со­вер­шен­ством че­ловечес­кой при­ро­ды, пси­хо­ло­гичес­кой по­треб­но­стью лю­дей в “ро­ди­тель­ско-вла­ст­ной” опе­ке. По­это­му с пат­ри­ар­халь­ной кон­цеп­цией тесно свя­зана со­ци­аль­но-по­ли­ти­че­ская иде­о­ло­гия *па­тер­на­лиз­ма*. По­след­няя от­ри­ца­ет по­ли­ти­че­скую сво­бо­ду и са­мо­сто­ятель­ность ин­ди­ви­ду­ума в оп­ре­де­ле­нии жиз­нен­ных по­треб­но­стей, цен­ност­ных при­ори­те­тов, це­лей ин­ди­ви­ду­аль­но­го и со­ци­аль­но­го су­щ­е­ст­во­ва­ния: не са­ми под­дан­ные, а вер­хов­ная вла­сть дол­жна оп­ре­де­лять “ис­тин­ные” ин­те­ре­сы под­

данных и сообщества в целом. Здесь считается, что власть обязана заботиться об удовлетворении потребностей отдельных людей и общества в целом, а в необходимых случаях – дополнять заботу принуждением с целью заставить подданных жить так, как они “действительно хотели бы жить”, если бы осознавали свои “подлинные интересы”. Например, тоталитарная идеология приписывает верховной власти “отеческую заботу” о гражданах, а у граждан с рождения воспитывается убежденность в том, что они находятся под защитой “отца народов” (вождя, фюрера, дуче, великого кормчего и т.п.), который позаботится обо всех и о каждом, решит все проблемы и т.д. Так воспитывается психология социально-политического инфантилизма – обратная сторона патернализма, холопски-благодарное и холопски-просительное сознание человека, отчужденного от аппарата власти и беспомощного перед ней. В инфантильном общественном сознании “отеческая забота” самодержавного монарха, “вождя” или иного “первого лица” должна компенсировать бесправное и негарантированное положение социальных низов<sup>2</sup>.

*Патримониальная (patrimonium* – наследственное имение, вотчина) концепция объясняет происхождение государства и права возникновением отношений собственности на землю. Эта концепция в архаической форме отражает становление отношений сюзеренитета–вассалитета и феодальных монархий. Это уже заметный шаг вперед в сравнении с патриархальной концепцией, ибо здесь уже говорится о юридических обязанностях сюзерена и о правах вассалов. Вместе с тем государственная власть и государственно-правовое общение отнюдь не исчерпываются отношениями сюзеренитета–вассалитета, и, конечно, патримониальная концепция не может претендовать на универсальность. К тому же следует иметь в виду, что государство возникает тогда, когда происходит разделение частного владения (*dominium*) и публичной власти (*imperium*). Следовательно, государственная территория и население государства не являются собственностью правителя, хотя ему они могут казаться его вотчиной.

---

<sup>2</sup> “ Патриархально-патерналистские воззрения имели широкое распространение у всех народов. Глубокие корни они пустили и в русской политической истории, традиционным компонентом которой стала вера широких слоев населения в “царя-батюшку” и во всякое начальство как в “отца родного”. Эти настроения на протяжении веков насильственно внедрялись в сознание народа правящей деспотической властью (от “помазанника божьего” Ивана Грозного до “отца народов” Сталина). Поэтому неудивительно, что и сегодня монархисты справа и сталинисты слева, – каждый по-своему переживая Эдипов комплекс постдеспотической безотцовщины, – откровенно и настойчиво отвергают либерально-демократический конституционный строй современной России” (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С.211).

#### 4.1.2. ТЕОРИЯ НАСИЛИЯ

Концепции насильственного происхождения государства и права (теория насилия) соответствуют классическому легистскому позитивизму. Они относятся к силовому понятию государства и рассматривают право как нормы, установленные принудительной властью в форме закона. Поэтому считается, что в догосударственном (первобытном) обществе не может быть права: право (законы, нормативные судебные прецеденты) возникает тогда, когда возникает государство.

В трактовке сторонников теории насилия право не возникает в процессе развития общества, а создается господствующей верхушкой государства с целью подавления сопротивления и эксплуатации народных масс. Оно навязывается обществу силовым путем, с помощью войны и принудительного умиротворения.

Например, согласно теории *этнического насилия*, один народ покоряет другой (другие народы) и, дабы удержать покоренных в повиновении, создает постоянно действующий аппарат принуждения (насилия) – постоянное войско, полицию, тюрьмы и т.д. Иначе говоря, господствующий этнос политически организуется в борьбе за жизненные ресурсы и образует правящий класс, а побежденные и порабощенные народы составляют низший класс. Постоянно действующий аппарат насилия нужен правящему классу постольку, поскольку нужна сила, обеспечивающая мирный и устойчивый порядок, угодный правящему классу. Нормы, обеспечивающие такой порядок, – это и есть право, и оно всегда выступает как право сильного.

В постсоветской России наиболее известна *теория классового насилия*. Это марксистская теория, развивавшаяся в рамках классического легистского позитивизма. Ее основные положения содержатся в работе Ф.Энгельса “Происхождение семьи, частной собственности и государства” (1884).

В этой теории сущность государства и права объясняется как классовое насилие: государство – это “машина”, созданная экономически господствующим, эксплуататорским классом для угнетения и подавления эксплуатируемого класса; право – это “инструмент” классового насилия, нормы, выражающие волю экономически и политически господствующего класса.

Государство и право, согласно этой теории, возникают в результате исторического перехода от первобытного к классовому (классово-антагонистическому) обществу. В первобытном обществе с его примитивным коммунизмом (доклассовое общество) не было классовых антагонизмов и не было нужды в аппарате классового насилия. Классы появились в ходе развития производительных сил общества. В будущем появится бесклассовое об-



щество. Так что государство и право – это исторически преходящие явления (см. 5.1.1.).

Классообразование и политогенез в этой теории изображаются по следующей схеме. Развитие производства порождает избыточный продукт и его присвоение отдельными членами общества. Так возникает собственность. Начинается имущественная и социальная дифференциация, общество делится на имущих и неимущих. В результате общество раскалывается на классы собственников и несобственников средств производства, эксплуататоров и эксплуатируемых. Между этими классами возникают антагонистические противоречия, которые порождают классовую борьбу, грозящую уничтожить все общество. По мысли Энгельса, для разрешения этих противоречий необходима новая сила – государство. Эта сила встает над антагонистическими противоречиями, умеряет классовую борьбу, вводит ее в цивилизованные рамки. С одной стороны, она действует в интересах общества в целом, но, с другой – эту силу может создать только экономически господствующий, эксплуататорский класс. Тем самым он превращается в класс, господствующий не только экономически, но и политически.

Внутреннее противоречие марксистского учения о государстве и праве и об их происхождении заключается в следующем. С одной стороны, Маркс и Энгельс верно обозначили объект исследования – западную персонистскую цивилизацию. Они искали истоки государства и права именно там, где зародились эти явления, а не в восточном деспотизме. С другой стороны, идеологический интерес, стремление обосновать классовое насилие и диктатуру пролетариата заставляли их интерпретировать этот объект не как воплощение свободы, а как совокупность явлений силового типа.

#### 4.1.3. СОВРЕМЕННЫЕ ПОЗИТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ

Современные сторонники *классического легистского позитивизма*, сохраняющие преемственность с марксизмом, стремятся модернизировать это учение и объяснить генезис государства и права, не прибегая к рассуждениям о классовой борьбе и классовом насилии. Так, в русле модернизации марксистской доктрины предлагается так называемая *кризисная теория*. Эта концепция не столько преодолевает, сколько продолжает марксистско-ленинскую традицию.

Смысл кризисной теории состоит в следующем утверждении: первоначально люди существовали в условиях присваивающей экономики, и, пока сохранялось экологическое равновесие, могли получать все необходимое от природы в готовом или почти гото-

вом виде. Экологический кризис (неблагоприятные изменения климата, исчезновение мегафауны) заставил людей искать новые ресурсы существования. Он породил производящую экономику, которая на том уровне развития производства могла сформироваться и функционировать лишь благодаря всеобъемлющей организации публичной политической власти. Согласно кризисной теории, эта тотальная организация есть некое “первичное государство”, из которого позже выросли те государственные формы, возникновение которых описывал Энгельс. “Первичное право” изображается в этой концепции как издававшиеся “первичным государством” властно-приказные акты, регулировавшие всю деятельность человека в условиях производящей экономики, прежде всего, производственную деятельность, обмен, накопление и распределение продуктов<sup>3</sup>.

Ниже будет показано, что эта кризисная концепция описывает причины, условия и механизм возникновения *деспотической* организации власти, а вовсе не государства и права (см. 4.2.).

Либертарно-юридическая теория ни коим образом не опровергает историко-фактическую основу кризисной концепции. Речь идет исключительно об интерпретации исторических фактов в соответствии с определенным пониманием сущности права и государства. А именно, эта концепция не позволяет различать политическое общение правового и силового типов. Исторические процессы, которые надлежит рассматривать как возникновение деспотических цивилизаций, интерпретируются в этой концепции как возникновение государства и права.

Кризисная концепция объясняет, что государство возникло в великих цивилизациях древности (Месопотамия, Китай, Египет и т.д.) тогда, когда еще не было классов в марксистском понимании. Эти цивилизации характеризуются как “раннеклассовые”. В так называемом раннеклассовом обществе, которому приписывается раннеклассовое государство, основными классами считаются, с одной стороны, управленцы, заведовавшие всей жизнедеятельностью общества (по существу – прототип тоталитарной бюрократии XX в.), с другой – общинники-земледельцы, которых нельзя приравнивать к рабам. Общинники составляли основную социальную и производительную силу раннеклассовых обществ. Они не были свободными. Но их зависимость (несвобода) состоит в том, что “земледелец имеет дело непосредственно с государством, применяющим свою неограниченную власть для организации и использования экономики страны в интересах правящего класса”<sup>4</sup>. (Здесь напрашивается аналогия с советским колхозным

<sup>3</sup> Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 1998. С. 25–80.

<sup>4</sup> Венгеров А.Б. Указ. соч. С. 37–38.

строим).

Такое “раннеклассовое государство” объявляется в кризисной теории первичным и универсальным, имманентным производящей экономике. Оно и закономерно вырастающая из него деспотия противопоставляются рабовладельческому государству Греции и Рима, которое объявляется уникальным явлением<sup>5</sup>.

В теоретическом отношении кризисная концепция делает шаг назад в сравнении с марксизмом, который искал истоки права и государства в греко-римской цивилизации, а не в восточном деспотизме. Что же касается “уникальности” греко-римской цивилизации, то, действительно, во времена преобладания деспотических политических форм рабовладельческое государство выглядело уникальным. Но в XIX в. во многих регионах мира уже господствовали государственно-правовые формы, выросшие отнюдь не из китайского деспотизма, а из древней цивилизации Греции и Рима. Поэтому именно в этой цивилизации Энгельс усматривал корни государственности и права. Другое дело, что он интерпретировал государственно-правовое общение как классовое насилие. Но отсюда вовсе не вытекает, что историческим первоисточником права следует считать древнейшую разновидность деспотизма, называемую раннеклассовым государством.

Кризисная концепция может последовательно использоваться лишь как составной момент антиюридической и антигосударственной теории, которая видит корни права в древнейшем деспотизме.

Для *социологического позитивизма* сегодня характерны представления о возникновении права не в государственно-организованном, цивилизованном, а уже в первобытном обществе. Это так называемое *архаическое право* (оно же – примитивное, традиционное, обычное, первобытное и т.п.). Появление такого права рассматривается как элемент *социогенеза* – становления общества (первобытного общества). Поэтому такие теоретические представления можно назвать *теорией социогенеза*.

Согласно теории социогенеза, в первобытном обществе есть некая архаическая “политическая организация” и “архаическое право” – совокупность общеобязательных социальных норм, которые поддерживаются этой “политической организацией”. “Архаическое право” расценивается как первый исторический тип права<sup>6</sup>. Оно не похоже на современное право, во многом про-

<sup>5</sup> Для современной учебной литературы в России характерны представления об особом, “восточном пути” возникновения государства, отличном от “западного пути”, о первичном возникновении государства в условиях “древневосточного землевладения”, “азиатского способа производства”, о доклассовых древневосточных деспотических государствах Египта и Малой Азии и т.д.

<sup>6</sup> Об “архаическом праве” как о якобы первом историческом типе права см.:

тиворечит сегодняшним правовым стандартам, но, тем не менее, его следует считать именно правом.

Как было сказано выше, любая концепция происхождения права составляет лишь один из элементов определенного понятия права. В рассматриваемой теории правом называются нормы, *независимо от их содержания*, общеобязательные в некоем сообществе людей (в частности, в родоплеменном сообществе) и обеспеченные принуждением со стороны органов управления этого сообщества. Причем “право” изображается как универсальный социальный регулятор, который существовал всегда и во всех культурах, как в цивилизованном, так и в доцивилизационном состоянии общества. Государство (в смысле силового понятия государства) не считается здесь неперенным условием существования “права”, так как в любом, даже нецивилизованном обществе с необходимостью должен быть какой-то механизм управления или самоуправления, а нормы могут быть общеобязательными (“правовыми”) в силу обычая, который поддерживается любым социальным авторитетом. Например, в примитивном обществе действие “правовых” норм поддерживается авторитетом общего собрания женатых мужчин или советом старейшин (“старших мужчин”) и т.п.

Главное в таком понимании права – утверждение, что право может иметь любое содержание. Считается, что право создает стабильный порядок удовлетворения потребностей человека в рамках любого сообщества. Причем такой порядок допускает как свободу, так и несвободу членов сообщества. Здесь прямо говорится, что “в организации, призванной удовлетворять разнообразие материальных и духовных нужд людей, свобода никоим образом не может быть признана в качестве высшей цели нормативного регулирования”<sup>7</sup>. Не свобода, а удовлетворение потребностей есть высшая цель политически организованного сообщества, а свобода может быть лишь средством для достижения этой цели. “Более того, сама по себе политическая свобода может быть не только полезной, но даже и явно вредной для претворения в жизнь верховной цели политики”<sup>8</sup>. Имеется в виду, что иногда политическая свобода несет в себе такие ограничения для политической власти, которые препятствуют деятельности “руководящих органов” по всестороннему удовлетворению потребностей населения<sup>9</sup>.

---

Проблемы теории государства и права. Учебное пособие / Под ред. М.Н.Марченко. М., 1999. С. 299–309 (автор главы – И.Ф.Мачин).

<sup>7</sup> Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1995. С.91.

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Там же.

“Архаическим правом” называются, по существу, *доправовые* и *неправовые* соционормативные регуляторы. В частности, это так называемые монономы примитивных обществ (кочевых охотников-собирателей), которые еще не знают права, еще не “доросли” до права в социальном и в рационально-интеллектуальном смысле.

Разумеется, исторически право не возникает “в чистом виде” (отдельно от других соционормативных регуляторов), и на ранней стадии исторического развития правовое регулирование еще смешано с неправовым, с примитивными доправовыми обычаями. Однако следует подчеркнуть, что право не возникает из неправовой регуляции, а, наоборот, разрушает и вытесняет примитивные доправовые соционормативные регуляторы.

Основные черты первобытной соционормативной регуляции (“архаического права”) – это, во-первых, несвобода отдельного человека как объекта такой регуляции, во-вторых, *иррациональность* норм и процедур.

Первая черта свидетельствует о том, что примитивные соционормативные системы регулируют отношения, в которых отдельный человек еще не выделился из коллектива и вступает в отношения не как индивид, а как носитель свойств семейной, половозрастной, родоплеменной или иной подобной группы. В первобытном обществе только коллективы выступали субъектами социального взаимодействия. Здесь еще не появилось индивидуальное сознание человека. Отсюда вытекают следующие характеристики “архаического права”: коллективная ответственность; зависимость прав и обязанностей человека от его принадлежности к семье, большой семье, клану, половозрастной группе и т.д.; множественность социальных статусов и, как следствие, ярко выраженное всеобщее формальное неравенство; подчиненное положение человека по отношению к коллективу и, как следствие, общее преобладание обязанностей над правами; невозможность изменить традиционный статус личными усилиями<sup>10</sup>.

Вторая черта также свидетельствует о несвободе человека – о том, что “архаическое право” ставит его в зависимое положение от сверхъестественных сил. Так, сами сторонники теории социогенеза подчеркивают, что “по своей природе архаическое право – продукт коллективного интуитивного приспособления” и что оно связано с “особой юридической ментальностью (дологической, мистической)”.

Бесспорно, есть некая “особенность” ментальности примитивного человека, которая, однако, делает эту ментальность не-

<sup>10</sup> См.: *Супатаев М.А.* Культурология и право (на материале стран Тропической Африки). М., 1998. С. 41–51.

юридической или доюридической. Например, для “архаического права” характерны представления о “юридической ответственности” животных, неодушевленных предметов, родственников и соседей нарушителя и т.п.

Далее, для этого “права” характерны иррациональные процессуальные формы разрешения споров (поединки, ордалии, магия и т.д.). Причем речь идет не только о таких процедурах как “божий суд”, при которых, как предполагают участники процедуры, исход зависит от высших сил, а не от усилий самих сторон. В частности, процедура может иметь форму словесного поединка, по итогам которого победа, т.е. “право”, отдается не тому, на чьей стороне *правда*, а тому, кто продемонстрирует лучшие ораторские способности – выдвинет больше обвинений, пусть даже клеветнических или абсурдных. Иначе говоря, “архаическое право” допускает в качестве аргумента в споре заведомую ложь, но в ритуальном виде. Кроме того, большое значение в “архаическом праве” имеют правила табу, запреты, действующие на подсознательном или бессознательном уровне: нечто запрещено неизвестно почему, и никому не приходит в голову задуматься о причине запрета и тем более нарушить его. За нарушение табу (например, пищевого запрета) может быть предусмотрено умерщвление нарушителя, хотя такое действие объективно не может нести в себе какой-либо социальной опасности.

Понятно, что “архаическим правом” называют регуляцию системноцентристского типа. В условиях первобытного общества любой социальный обмен, включая эквивалентные обменные связи, направлен на выживание социальной системы, на консолидацию сообщества, коллектива и не допускает свободу человека по отношению к коллективу. Право же предполагает не просто эквивалентный обмен, а эквивалентный обмен между свободными субъектами-собственниками. Поэтому наличие в первобытном обществе эквивалентного обмена еще не может служить доказательством *правового* общения.

Важно подчеркнуть, что в разных исторических и цивилизационных условиях действуют и конкурируют разные социальные регуляторы. И нет никакой необходимости называть все эти регуляторы термином “право”. Если “архаическое право” – это все же право, то и современное право, и “архаическое право” должны быть явлениями, выражающими одну и ту же сущность. Но “архаическое право” – это соционормативный регулятор, который отрицает свободу. Задача этого “права” – обеспечивать социальный мир, устойчивость, сплоченность коллектива. Наоборот, право (и современное, и древнее) – это регулятор, обеспечивающий свободу индивида от коллектива, дающий ему защиту от воли большинства. Таким образом, теория социогенеза либо из-

вращает сущность права, либо допускает множество произвольно определяемых сущностей права.

#### 4.1.4. ДОГОВОРНАЯ (ЕСТЕСТВЕННОПРАВОВАЯ) ТЕОРИЯ

Хотя естественноправовая договорная теория Нового времени формировалась в XVII–XVIII вв., по уровню теоретического осмысления права и государства она стоит выше и марксизма, и современного позитивизма. Любой вариант договорной теории сводится к следующему. В естественном состоянии люди свободны и не знают над собой никакой власти (естественная свобода). Затем в силу различных причин они заключают договор, по которому они учреждают органы государственной власти и тем самым отказываются в пользу этой власти от естественной свободы – полностью или частично.

Договор об учреждении государства – это юридическая или идеологическая фикция, которая позволяет усматривать источник государственной власти и силы законов в естественной свободе. Многие сторонники договорной теории, например Дж.Локк, понимали идею такого договора не как реальный акт, а как теоретическую конструкцию, объясняющую смысл исторического становления государственности и права. Эта конструкция иносказательно объясняет сущность перехода от догосударственного состояния к государственному, подчеркивает юридическую природу государственной власти. Поэтому бессмысленно упрекать сторонников договорной теории в том, что в реальности таких договоров не было.

Есть две традиции договорной теории, имеющие в своей основе две противоположные концепции “додоговорного” общества – “золотой век” и, наоборот, дикость и состояние всеобщей вражды<sup>11</sup>. В Новое время два соответствующих варианта договорной теории представлены в учениях Дж.Локка и Т.Гоббса. Именно локковская концепция являет собой образец естественноправовой теории, предшествующей современному либертарно-юридическому правопониманию.

Что касается гоббсовской концепции, то она предшествует классическому легистскому позитивизму. Гоббс рассматривал естественное состояние общества как “состояние войны всех против всех”. Иначе говоря, он мыслил естественную свободу не как правовую свободу, а как господство силы, *произвол*. Согласно его теории, разум заставляет людей заключить договор и отказаться от своего произвола в пользу учрежденного ими государства. Отчуждая частный произвол в пользу создаваемой организации

<sup>11</sup> См.: Утченко С.Л. Политические учения древнего Рима. М., 1977. С.140.

публичной власти, люди тем самым создают произвольную организацию власти. Поэтому получившуюся в результате силовую организацию – государство – Гоббс уподоблял библейскому Левиафану. Правда, он не изображал государство в виде деспотии, тем не менее, объяснял государственный суверенитет как неограниченный, позволяющий произвольно устанавливать законы.

Напротив, в учении Локка гипотетическое догосударственное состояние изображается как естественноправовое общение, как состояние *правовой свободы*. Это некое подобие “золотого века”, когда господствовало равенство, и люди свободно распоряжались собой и своим имуществом. В догосударственном обществе люди регулировали свои отношения договорами, т.е. признавали друг друга формально равными субъектами. Но в естественном правовом состоянии не может быть надлежащих гарантий правовой свободы. Ибо договоры могут нарушаться, и для их защиты нужен беспристрастный суд, которого не может быть при безгосударственном правовом общении. Поэтому люди якобы заключили договор о создании властных органов, которые должны соблюдать и защищать правовую свободу.

Современная интерпретация локковской конструкции общественного договора выглядит следующим образом. По этому договору, все люди отчуждают часть своей естественной (правовой) свободы в пользу учреждаемой государственной власти и обязуются ей повиноваться лишь в той мере, в которой они отчуждили свою свободу. Оставшаяся у человека *неотчужденная* свобода состоит из *неотчуждаемых* прав и свобод (жизнь, свобода, собственность и т.д.) и других прав, которые еще могут быть отчуждены в пользу государственной власти. Отчуждение свободы происходит путем точного установления в законах компетенции государственных органов. Объем отчужденной свободы эквивалентен объему этой компетенции. Отсюда вытекает принцип правового ограничения власти, или принцип государственно-властных правомочий: государственным органам дозволено лишь то, на что они управомочены законами, не нарушающими права человека. Или: властным субъектам неразрешенное правом запрещено.

Отсюда же вытекает право на сопротивление тиранической власти (право на гражданское неповиновение вплоть до восстания). Если правительство выходит за пределы того, что дозволено правом, то граждане (подданные) не обязаны подчиняться такой тиранической власти. Ибо они обязались подчиняться лишь в той мере, в которой они отчуждают свою свободу.

Такая теоретическая модель, в принципе, верно объясняет правовой смысл учреждения государств в цивилизации, где права человека признаются основой государственности. Но если применить эту модель для описания реального исторического про-



цесса становления права и государственности, то получится описание “с точностью до наоборот”. По этой концепции становление государственности и позитивного права (правовых законов) происходит как ограничение изначально полной естественной свободы. В действительности же картина противоположная: свобода, а также право и государственность как формы свободы возникают “из точки”. Историческому появлению права и государства предшествует несвобода, и после их появления, в древнем обществе несвобода одних служит условием свободы других.

Эта теоретическая модель как *юридическая фикция* используется в современных либеральных конституциях. Так, в преамбуле российской Конституции 1993 г. сказано: “Мы, многонациональный народ, ... утверждая права и свободы человека, ... возрождая суверенную государственность России, ... принимаем Конституцию Российской Федерации”. Далее, в ст.2 Конституции права человека объявлены высшей ценностью. Иначе говоря: “мы, российский народ”, учреждаем государство и при этом провозглашаем права и свободы человека как основу государства, как минимальную *неотъемлемую* свободу человека в государстве. В ст.17 Конституции права человека называются неотчуждаемыми и прирожденными. Во второй главе Конституции эти права перечисляются, и в ч.1 ст.55 говорится, что перечисление в Конституции неотчуждаемых прав не должно толковаться как отрицание или умаление *других* общепризнанных прав и свобод. Указание на *другие* права означает, что за пределами перечисленных прав и свобод есть некая сфера свободы, государственное вмешательство в которую запрещено.

Таким образом, принятие Конституции РФ можно интерпретировать в следующих положениях: выразив согласие с Конституцией на референдуме, будущие граждане нового российского государства учредили его путем отчуждения части своей свободы. Оставшаяся, *неотчужденная* свобода состоит из перечисленных (неотчуждаемых) прав и других, о которых говорится в ч.1 ст.55.

Эти другие права не названы в Конституции, ибо она строится на презумпции естественноправовой свободы: у человека сохранилась та часть свободы, которая не была отчуждена в пользу органов учрежденного государства.

Такое отчуждение свободы произошло путем установления в Конституции компетенции Президента РФ, Федерального Собрания (российского парламента), Правительства РФ, федеральных судов и других государственных органов. Объем отчужденной свободы эквивалентен объему правомочий государственной власти, закрепленных в Конституции и основанных на ней законах. Следовательно, пределы государственной власти установлены в

Конституции не путем описания минимальной неотъемлемой свободы (запретной сферы для государственно-властного вмешательства), а путем установления компетенции государственных органов, подчинением властных субъектов требованию “неразрешенное запрещено”.

Конечно, в действительности учреждению нового российского государства предшествовало не естественное свободное состояние российского “многонационального народа”, а его прежнее государственное состояние. Но изложенная выше естественно-правовая конструкция учреждения государства объясняет юридическую природу государственности и юридический характер обязанности повиноваться государственной власти, а также правовые пределы повиновения.

## **4.2. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ДЕСПОТИЧЕСКОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЩЕСТВА**

Либертарно-юридическая теория исходит из различения двух типов цивилизации (культуры) и политического сообщества. Соответственно необходимо различать вопросы о возникновении политической власти вообще и о возникновении политического сообщества определенного типа, о возникновении древних системостранствистских цивилизаций и о возникновении персоностранствистской цивилизации с ее феноменом правовой свободы. Или: о возникновении гражданской цивилизации, права и государства и о возникновении общинной цивилизации и деспотизма с его, неправовым, властно-приказным регулированием.

Говоря о возникновении политической власти вообще, следует иметь в виду многовариантность, альтернативность цивилизационного и политического развития. Первоначально возникают локальные общности людей исключительно системостранствистского типа. Но далее, под воздействием разных факторов, эти общности либо образуют общинную цивилизацию, либо же превращаются в цивилизацию персоностранствистского типа – гражданскую.

Современная наука<sup>12</sup> установила, что в любой период истории с начала цивилизованной жизни всегда одновременно существовали

---

<sup>12</sup> См.: *Синха Сурия Пракаш*. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс / Пер. с англ. М., 1996. С. 10–13.

Индийский ученый Синха Сурия Пракаш – один из тех современных исследователей, которые при объяснении природы права подчеркивают, что право не является универсальным социальным регулятором, действующим во всех цивилизациях и культурах.

три или четыре цивилизации. Каждая из них характеризуется единым жизненным стилем, охватывающим большой географический регион и длящимся долгий период времени каждой цивилизации. В каждой цивилизации можно выделить наиболее фундаментальный принцип жизни и социальной организации. Для западной цивилизации таким принципом является право (правовая свобода), но этого нельзя сказать о других цивилизациях.

Цивилизационный плюрализм и неуниверсальность основных принципов социальной организации имеют большое значение для объяснения природы и происхождения права и государства.

История западной цивилизации началась с древней Греции. В древнегреческой полисной культуре человек интегрированный в эту культуру (прежде всего свободный грек), осознавал себя в качестве субъекта, который от природы наделен разумом, свободой выбора и способностью самостоятельно принимать решения. Поэтому он жил для самого себя, а не для того, чтобы служить какому-нибудь высокопоставленному человеческому существу или сверхъестественной силе. Это первое историческое проявление индивидуализма. Поэтому именно в древней Греции основным принципом социальной организации становится право (правовая свобода).

В более ранних цивилизациях (шумерской, древнеегипетской, древнеиндийской и т.д.) правовая свобода не стала и не могла стать принципом социальной организации. В тех условиях, в которых формировались эти цивилизации, конкурентоспособными были только системоцентристские сообщества с деспотической политической организацией.

#### **4.2.1. ПЕРЕХОД ОТ ПЕРВОБЫТНООБЩИННОГО СТРОЯ К ОБЩИННОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ**

Формированию цивилизации, независимо от типа, предшествовала длительная борьба человека за выживание *как биологического вида*. Непременным условием такого существования была родоплеменная организация, в которой интересы коллектива всегда стояли выше интересов отдельного человека. Родоплеменные группы “вписывались” в природную среду (ландшафт), т.е. входили в определенный биоценоз, и тем самым ограничивались в своем размножении. Родоплеменная организация в условиях присваивающей экономики регулировала численность популяции таким образом, чтобы сохранить равновесие в биоценозе. Поэтому ни о какой свободе или собственности в родоплеменном коллективе говорить нельзя. Задачей родоплеменной организации было выживание человечества как биологического вида, сохранение и продолжение рода как необходимой формы существования людей, а не выжива-

ние отдельного человека. Соционормативная система в родоплеменном сообществе и обеспечивающая ее организация потестарной власти имели “родоохранительный характер”<sup>13</sup>.

При переходе от родоплеменных отношений кочевых охотников-собираателей к общинным отношениям, свойственным оседлым земледельцам, сохранилось подчиненное положение отдельного человека в коллективе. Прimitивные формы земледелия заставляли ограничивать прирост населения, контролировать численность популяции в общинных поселениях. Интересы отдельного человека полностью “растворялись” в интересах общины. Такой системоцентризм определял и последующее формирование общинной цивилизации. Для первых локально-цивилизационных общностей было характерно безусловное подчинение человека интересам своей семьи, общины, касты и, наконец, политического сообщества<sup>14</sup>.

Общинные цивилизации возникли в результате аграрной революции. До аграрной революции примитивная производящая экономика несущественно отличалась от присваивающей: в процессе эксплуатации природы люди первоначально не изменяли, а лишь использовали существующий ландшафт. Основным фактором аграрной революции стало то, что люди научились изменять природу (ландшафт) и тем самым создавать новый биоценоз, благоприятный для развития человечества. После аграрной революции появился избыточный продукт, что породило “демографический взрыв” – быстрый рост человечества, необходимый для существования и развития цивилизаций.

Аграрная революция, породив общинную цивилизацию, по существу ничего не изменила в общинном способе существования. Здесь либо не было отношений собственности на средства производства (в аграрном обществе – это собственность на землю), либо они оставались неразвитыми и полностью зависели от политической власти<sup>15</sup>. То, что применительно к такой цивилизации называется общинной или государственной “собственно-

<sup>13</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. С. 191–192.

<sup>14</sup> См.: *Гумилев Л.Н.* Этносфера: История людей и история природы. М., 1993. С. 65–67; *Валентей С.Д.* Развитие общества в теории социальных альтернатив. М., 1994. С. 71–75.

<sup>15</sup> Так, в древнем Шумере возникли так называемые города-государства, похожие на классический античный полис. Здесь были зачатки отношений собственности, экономической и политической свободы членов высшего сословия. Но Месопотамии не было суждено стать колыбелью свободы, права и государственности. Шумерская полисная культура оказалась неконкурентоспособной и была уничтожена новой месопотамской цивилизацией – цивилизацией общинного, деспотического типа, созданной семитскими племенами. Уже в Шумеро-аккадском деспотическом царстве, а затем в Вавилоне и Ассирии отношения собственности утратили экономическое значение.

стью”, на самом деле означает такой порядок, когда индивидуальное присвоение не допускается, и отдельный человек или семья не могут быть субъектами товаропроизводящей собственности. Например, “государственная” или общинная земля принадлежала всем вместе и никому в отдельности. Такая форма землепользования означает не форму собственности, а отсутствие собственности как таковой. О государственной или общинной *собственности* на землю можно говорить лишь тогда, когда уже есть частная собственность и, следовательно, можно различать землю общины и землю, принадлежащую отдельным лицам.

Здесь, как правило, не было частного рабовладения, и рабы не составляли социально значимую группу. В той мере, в которой можно говорить о рабстве в общинной цивилизации, следует подчеркнуть, что рабы принадлежали не частным лицам, а общинам или политическому сообществу в целом. Управляли использованием рабов, фактически владели и распоряжались ими публично-властные субъекты.

Труд рабов не играл заметной роли в масштабе общества. В этой цивилизации основной производительной силой были крестьяне-общинники. Причем их труд был более производительным, чем труд рабов, так что эта цивилизация и не нуждалась в массовом использовании рабской рабочей силы. Необходимый уровень концентрации рабочей силы для ирригационных и прочих видов деятельности обеспечивала общинная организация труда – правда, если она подкреплялась деспотической политической властью.

Появление избыточного продукта само по себе не порождает отношения собственности и рыночный (свободный) обмен между производителями продукта. Там, где для выживания сообщества при производстве потребляемого продукта необходимы совместные усилия всех его членов, там нужен общесоциальный контроль за его расходованием, и преобладают перераспределительные обменные связи. В таком обществе производимые блага “текут” от производителей к некой центральной власти и затем перераспределяются этой властью целей по всему обществу<sup>16</sup>. Там, где нет такой необходимости, доминируют рыночные обменные связи между собственниками продукта.

Первоначально избыточный продукт не присваивался и не мог присваиваться отдельными членами общины. Он принадлежал общине, и в интересах всей общины им распоряжались носители потестарной власти (старейшины, вожди, жрецы и т.п.). Тем не менее, именно получение избыточного продукта, его производство (организация производства), учет, распределение и контроль за его расходованием породили политическую власть общинной

<sup>16</sup> Дробышевский С.А. Указ. соч. С.98.

цивилизации – *деспотическую власть*.

Избыточный продукт обеспечивал прирост населения, что, однако, сокращало запасы избыточного продукта. Такое развитие могло происходить лишь на основе постоянного роста производства – хотя бы экстенсивного. Но возможности экстенсивного роста были ограничены существующим ландшафтом. Более того, примитивный уровень производства позволял получать относительно большой урожай лишь в таких плодородных районах, которые, вместе с тем, были районами рискованного земледелия, т.е. там, где тот же природный фактор, который обеспечивал высокий урожай, мог привести и к потере всего урожая. Если урожай обеспечивался разливом реки, то недостаточный разлив или, наоборот, наводнение могли уничтожить посеvy. Поскольку избыточный продукт поглощался ростом населения, то несколько неурожайных сезонов подряд могли привести к гибели локально-цивилизационной общности. Чтобы избежать гибели, нужно было проводить ирригационные работы, причем в условиях борьбы за выживание. Для этого понадобилась социальная власть, организующая экономику и способная путем жесткого силового принуждения мобилизовать все население на постоянное проведение широкомасштабных работ. Такую организацию могла дать лишь такая политическая форма, которая называется деспотией.

Деспотия – это *непременное условие* формирования и развития общинной цивилизации. Там, где в древнейших системоцентристских общностях возникла деспотическая организация власти, там на основе ирригационных работ были созданы великие цивилизации древности. Там, где этого не произошло, ранние цивилизационные общности погибли<sup>17</sup>. Отсюда можно сделать вывод о неразрывной связи общинной цивилизации с широкомасштабными ирригационными работами и деспотией.

<sup>17</sup> Вот как описывает Л.Н.Гумилев формирование китайской цивилизации в среднем течении Хуанхэ: «...главными врагами людей здесь были реки. В сухое время года они сильно мелели, но стоило пройти дождям в горах, как они вздувались и выходили из берегов. Разлившись, они теряли скорость течения и откладывали наносы... Примитивным земледельцам приходилось сооружать дамбы, чтобы спасти себя и свои поля от наводнений, и все же дамбы прорывались в среднем один раз в 2½ года... Часть древних насельников Китая отступала от свирепых вод в горы и продолжала заниматься охотой – от них там и следа сейчас не осталось; другие – «сто черноголовых семейств», пришедшие в Шаньси с запада, – бросились на борьбу с рекой – это были предки китайцев. Им пришлось отказаться от прежней дикой воли и привить себе дисциплину, жесткую организацию и принять деспотические формы правления, но зато побежденная природа щедро вознаградила их, предоставив возможности интенсивного размножения и средства для создания оригинальной культуры... Те же, кто отступил от трудностей земных работ и угрозы водной стихии в горы... довольствовались теми плодами природы, которые она им уделяла добровольно, и поэтому у них не возникло потребности в организации» (Гумилев Л.Н. Указ. соч. С.71).

Цивилизованная история человечества началась примерно в 3500–3000 гг. до Р.Х. в трех цивилизационных центрах, поглотивших древнейшие локально-цивилизационные общности. Это Египет (долина Нила), Месопотамия (долина Тигра и Евфрата) и Китай (долина Хуанхэ). Эти три цивилизации дают классические примеры преобразования природы путем проведения ирригационных работ (несколько позже подобные процессы происходили в долине Инда)<sup>18</sup>. Лишь тысячу лет спустя цивилизация начинает продвигаться из речных долин на земли, орошаемые дождем<sup>19</sup>.

Таким образом, все великие древние цивилизации Старого Света возникли в долинах крупных разливающихся рек: Тигра и Евфрата, Нила, Хуанхэ и других<sup>20</sup>. Это объясняется, во-первых, тем, что уже сами по себе земли в долинах этих рек позволяли получать существенно больший урожай (природный фактор). Во-вторых, для получения гарантированных урожаев потребовалось проведение ирригационных работ, что повлекло за собой развитие орудий труда, производственных процессов, материальной культуры и общественно-политической организации.

На такой основе К.А.Виттфогель разработал так называемую ирригационную теорию, изложенную в работе “Восточный деспотизм”. Он убедительно показал обусловленность древних деспотических форм необходимостью ширококомасштабных работ, строительства гигантских ирригационных сооружений в восточных аграрных регионах Старого Света. Эта необходимость породила систему жесткого территориально централизованного управления, внеэкономического принуждения во всех сферах общественно-политической жизни, систему бюрократического учета, контроля и распределения, а также многочисленный социальный слой чиновников, управляющих производственными процессами, осуществляющих учет, контроль, распределение и т.д.

Теорию Виттфогеля обычно критикуют за то, что она верно характеризует лишь процесс становления “государства и права” при “азиатском способе производства”, в то время как в других регионах и культурах государство и право возникли на основе иной производственной деятельности.

Такая критика неуместна. Критики ирригационной теории не видят разницы между государством и деспотией, в то время как

<sup>18</sup> См.: Гумилев Л.Н. Указ. соч. С. 69–71.

<sup>19</sup> Сурия Пракаш С. Указ. соч. С. 7–8.

<sup>20</sup> Но и крупные древние цивилизации Нового Света, существовавшие не в долинах разливающихся рек, тем не менее, возникали (в районах рискованного земледелия) в результате ширококомасштабных работ, подобных ирригационным. Проведение этих работ имело ту же цель, что и в Старом Свете – создание нового ландшафта. Но в Месоамерике и Горном Перу эта цель достигалась путем перенесения на высокогорные поля плодородного ила из рек и озер.

Виттфогель объясняет происхождение именно деспотизма, а не государства и права. Деспотическая власть всегда обусловлена организацией общественного производства на основе силового принуждения. В конкретных географических условиях формирования древних цивилизаций такое общественное производство требовало именно ирригационных работ.

#### 4.2.2. ФОРМИРОВАНИЕ ДЕСПОТИЧЕСКОГО МЕХАНИЗМА ВЛАСТИ

Деспотия генетически связана с общинным способом существования человечества. Общинный принцип социального бытия проявляется в общинной этике и психологии, в общинной системе ценностей. Он означает безусловное подчинение человека интересам своей семьи, общины, касты и, наконец, политически организованного сообщества как целого. Этому требуют общеобязательные нормы, обеспечиваемые принуждением со стороны общины и ее органов управления.

Любые правила взаимодействия людей, позволяющие им удовлетворять свои потребности в рамках некоего сообщества, должны быть обязательны для всех членов этого сообщества. Поэтому люди, признающие эти правила, создают органы управления сообществом, призванные формулировать такие правила и обеспечивать их реализацию. Каждое организованное сообщество может функционировать только благодаря своим органам, т.е. благодаря деятельности особых субъектов или групп людей, поддерживающих этот порядок<sup>21</sup>.

В процессе формирования цивилизованного сообщества вырабатываются социальные нормы, обязательные в этом сообществе, и складываются поддерживающие их политические институты. Происходит политогенез – переход к профессиональному политическому управлению определенного типа, силового или правового.

Системцентристские социальные нормы требуют силовой организации социального управления. Причем по мере роста и усложнения общинной системы все больше проявляется силовой, деспотический принцип интеграции и управления системой.

Как уже сказано, аграрная революция привела к радикальному росту численности общества, организованного по общинному типу. Локально-цивилизационные сообщества в сотни раз превосходили родоплеменные межобщинные объединения. Этот рост привел к тому, что система в сфере управления перешла *информационный барьер*, за которым прежняя (потестарная) организация власти уже не справлялась с управлением системой. Старая

<sup>21</sup> См.: Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 77–78.



система общинного типа, не имевшая постоянного, профессионального аппарата управления, дошла до предела роста. Для того чтобы превзойти этот предел, нужно было перейти к качественно новому управлению системой, т.е. должна была произойти трансформация старой системы в новую систему того же типа. Именно так и произошло: при сохранении общинного типа системы произошел переход к регулированию посредством *постоянного аппарата управления*, который ведал, прежде всего, производством и распределением. Возник профессиональный аппарат, планирующий, организующий и контролирующий всю жизнедеятельность сообщества.

Переход информационного барьера (и кризис управляемости родоплеменной системы) был *первой причиной* перехода к политическому управлению посредством профессионального бюрократического аппарата. В социальной системе общинного типа стали складываться аппарат и организация публичной политической власти. К началу формирования этой организации популяции оседлых земледельцев существовали уже как население, проживающее и осуществляющее хозяйственную жизнь на определенной территории. Поэтому аппарат публичной политической власти, управлявший производством и распределением, структурировался не по родовому, а по территориально-поселенческому принципу. Возникла территориальная организация власти, при которой родовые структуры постепенно утрачивали социальную значимость в сравнении с территориально-поселенческой организацией населения.

*Вторая причина* – необходимость организовать совместную производственную деятельность населения на основе *внеэкономического (силового) принуждения*. Поэтому понадобилась организация публичной политической власти *силового типа*, способная, ради сохранения системы, мобилизовать население для решения производственных или оборонительных (либо захватнических) задач и при этом не считаться с массовыми людскими потерями. Иначе говоря, выжить в борьбе за существование могли в тех условиях только те локально-цивилизационные общности, в которых формировалась *деспотическая* организация власти. Там, где такая организация власти не возникла, социальная система погибла или была поглощена более сильной, деспотически организованной системой.

Профессиональный аппарат управления возник из разделения общественного труда в процессе крупномасштабного производства. При таком разделении труда аппарат управления выступает как необходимый организатор, руководитель и основной субъект производства и распределения.

Производящая экономика общинного типа требовала тотальной регламентации всего комплекса отношений, связанных с производ-

ством, накоплением, распределением и потреблением. Она объективно нуждалась в регламентировании хозяйственных процессов во властной организации производства, хранения и распределения избыточного продукта. Она породила новые управленческие функции. Так, возникла необходимость нормировать и учитывать трудовой вклад каждого члена общества, результаты его труда, его участие в создании общественных форм, выдачи ему из общественных фондов. В процессе нового разделения общественного труда появились группы организаторов производства, руководителей и производителей работ, надзирателей, учетчиков труда и распределения его результатов (тотальное управление на основе силового принуждения требует тотального учета и контроля), а также должностные лица, контролирующей и обеспечивающей соблюдение норм, которыми регламентировались все общественные процессы. Соответственно возникли властные органы, наказывающие за проступки и исполняющие наказание, охраняющие порядок и обеспечивающие безопасность сообщества. Столкновения локально-цивилизационных общностей в борьбе за людские и природные ресурсы потребовали постоянного многочисленного войска.

Основополагающая роль аппарата управления в общественном производстве и распределении позволяла осуществлять публично-властную деятельность без налогов в обычном смысле. В процессе распределения, часть распределяемого продукта оставалась в структурах аппарата и распределялась для выполнения публично-властных функций и личного потребления. Происходил обмен труда по управлению обществом на часть общественного продукта. Некоторая доля распределяемого продукта поступала в виде дани или военной добычи, но это, конечно, нельзя считать налоговыми поступлениями.

В социальной структуре деспотической цивилизации выделяются две основные группы – общинники-земледельцы и чиновничество, управляющее всей жизнедеятельностью общества. Внутри этих основных групп существовала дробная кастово-сословная структура.

Чиновничество в целом имело иерархическую структуру, а различия в статусе отдельных групп бюрократии определяли их более или менее выгодное положение в системе распределения. Причем обычно продвижение в этой иерархии наверх было затруднено или даже невозможно (сословно-кастовый принцип).

Эту иерархию венчала обожествляемая фигура деспотического правителя, перед которым все равны, а именно: равны нулю. Так, в древнем Китае все земли страны считались принадлежащими императору, а чиновники были лишь его слугами, управляющими императорским имуществом. Несмотря на гигантскую роль, которую чиновничество играло в функционировании деспотически

организованной системы, все чиновники находились в положении императорских лакеев, сколь бы высоко они ни стояли на бюрократической лестнице.

Вместе с деспотической организацией власти возникло и официальное нормотворчество, законодательство. Официальные нормы устанавливали социальную иерархию, тщательно регламентировали процессы труда и распределения, закрепляли формальное неравенство как в сфере позитивного, официально одобряемого поведения, так и в наказаниях за нарушение официальных предписаний. Характерная черта деспотического законодательства – его жестокость. Оно не защищало индивидуальные или групповые интересы и ценности, но охраняло социальную систему в целом. Любые нарушения официально установленного или санкционированного порядка расценивались и наказывались как неповиновение власти, как посягательство на систему, но не как посягательство на жизнь, здоровье или имущество отдельных людей или коллективов.

Итак, из родовой общины в результате аграрной революции закономерно возникает общинная, системоцентристская цивилизация, в которой нет свободы, права и государства. Исторически первый тип публичной политической власти – деспотия, организация власти силового типа. Она возникает из разделения общественного труда при проведении широкомасштабных работ на основе всеобщего внеэкономического принуждения.

### **4.3. ИСТОРИЧЕСКИЙ ГЕНЕЗИС ПРАВА И ГОСУДАРСТВА**

Право и государство возникают как взаимосвязанные и единые в своей сущности формы свободы. Этот тезис раскрывается, в основном, в трех положениях. Во-первых, правовая свобода как способ социального бытия достигается при переходе первобытного общества к отношениям собственности. Во-вторых, частное право складывается как регулятор отношений обмена, в которые вступают отдельные свободные индивиды – собственники. В-третьих, публичное право формируется как совокупность норм, обеспечивающих свободу человека в политическом сообществе.

По мере становления публичного права происходит политогенез правового типа (формирование государственности). А именно: происходит замещение общинной потестарной власти властными институтами и отношениями правового типа. Формируются публично-правовые сообщества (*πόλις*, *civitas*), в которых властные

субъекты обязаны действовать в целях обеспечения права и выполнения общих дел субъектов права (граждан, подданных).

#### 4.3.1. ПРАВОГЕНЕЗ И СОБСТВЕННОСТЬ

В системе регуляции первобытного общества не было какого бы то ни было “раннего права”, которое впоследствии трансформировалось в право цивилизованное. В этом обществе человек не существовал как индивид (отдельный человек, личность), был “растворен” в коллективе, а сам коллектив существовал как часть природы, естественной среды обитания. Действовали доправовые регуляторы, поддерживавшие баланс в отношениях человеческих популяций с природой. Первые соционормативные системы жестко регламентировали взаимоотношения человеческих общностей с природной средой обитания и отношения между коллективами и внутри коллективов по поводу добычи и потребления естественных продуктов<sup>22</sup>. Право же возникло тогда, когда человек стал создавать особый, отделенный от природы мир своего существования – цивилизованную культуру. Причем такую культуру, в которой человек мог быть свободным, относительно независимым и от природы, и от других представителей своего вида, рода, общины, коллектива. Возникновение права породило и соответствующий тип публичной политической власти – государство.

Право и государство возникают постольку, поскольку есть свободные индивиды, и тогда, когда свободные становятся социально значимой группой. Поэтому говорить об историческом генезисе права можно лишь применительно к цивилизации персонистского типа.

Свободные как социально значимая группа возможны только в обществе, в котором существует собственность (см. 2.2.2.). Следовательно, исторический генезис права обусловлен возникновением собственности (частной собственности). Собственность же исторически возникает тогда, когда избыточный продукт, производимый в обществе, присваивается отдельными членами общества. Последнее возможно постольку, поскольку отдельные чле-

<sup>22</sup> “Мононормы первобытного общества во многом представляли собой не социальные нормы в собственном смысле слова, а естественные (аналогичные техническим) правила взаимодействия человека с живой и неживой природой и себе подобными. Мононормы, предписывающие порядок действий при охоте, сборе плодов, обработке шкур, распределении пищи, защите территории рода и т.д., не порождали у первобытного человека сомнений в необходимости им следовать, ибо не существовало объективной возможности их нарушения. Так должно быть, потому что так было, потому что только так и могло быть. За любое отступление от «установленного порядка» с неотвратимостью мстила сама природа” ( *Варламова Н.В.* Правотворчество и правообразование // *Правотворчество и законность*. М., 1999. С.97).

ны общества самостоятельно используют средства производства (в аграрном обществе – это земля).

Собственность есть необходимое условие и важнейший компонент свободы. Люди могут быть свободными (от других членов сообщества) лишь тогда, когда в обществе официально признаются и защищаются отношения собственности. Собственность позволяет членам общества, присваивающим часть производимого в обществе продукта, быть относительно независимыми в удовлетворении потребностей. Как свободные, они лишь *формально* независимы друг от друга. Фактически они нуждаются друг в друге, в социальных ролях и качествах друг друга, в товарах и услугах, которые сами не производят, и поэтому вступают в отношения обмена.

В процессе разложения первобытной общины *реально* свободными, поначалу становятся лишь реальные собственники. Далее происходит разделение сообщества на имущих и неимущих, попадающих в имущественную, а затем и личную зависимость от реальных собственников. Когда имущие становятся социально значимой группой (в марксистской терминологии – имущим, эксплуататорским *классом*), они конституируют себя уже в качестве *формально* свободных, в качестве тех, кто имеет право быть собственником – в отличие от тех, кому теперь это не дозволено. Они устанавливают такой порядок, при котором остальным запрещено быть собственниками. В этом качестве они отделяют себя от иных социальных групп, прежде всего – рабов.

В отношениях свободного обмена сталкиваются частные интересы субъектов, признающих друг друга собственниками обмениваемых благ. Для регулирования этих коллизий требуется новый соционормативный регулятор, новые социальные нормы. Эти нормы складываются в отношениях эквивалентного обмена, в которые вступают субъекты-собственники, признающие друг друга равными (формально равными).

Таким образом, право возникает как социальный регулятор, который упорядочивает взаимодействие свободных субъектов в отношениях эквивалентного социального обмена. Это нормы, которые, во-первых, гарантируют свободу, формальную независимость человека в обществе и, во-вторых, признают *равную* свободу формально независимых друг от друга субъектов.

#### 4.3.2. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ГРАЖДАНСКОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ

На рубеже II и I тысячелетий до Р.Х. возникли земледельческие общины, а затем и локально-цивилизационные общности (античные полисы), относящиеся к цивилизации персонцентристского типа (греко-римская гражданская цивилизация). Здесь

главной ценностью, определявшей основные черты цивилизации, стала свобода граждан полиса. Здесь сложились отношения собственности и нормативная форма свободного общения – право, образовалась институциональная форма свободы – полисное государство (города-республики).

Зарождение гражданской цивилизации выглядит случайным в эпоху господства общинных цивилизаций. Но у этой случайности есть объяснение. В ландшафтно-климатических условиях северного средиземноморья для создания культурного ландшафта, обеспечивавшего сельскохозяйственное производство, не требовалось проведения широкомасштабных ирригационных работ. Здесь преобладало парцеллярное земледелие. Потребляемый продукт производился малыми производственными коллективами, раздробленными мелкими и мельчайшими земельными хозяйствами<sup>23</sup>. Именно это сделало возможным присвоение производимого продукта и собственность.

Присвоение производимого продукта происходит тогда и постольку, когда и поскольку для получения этого продукта не требуются совместные усилия всех членов локального сообщества. Если достаточно усилий семейно-производственного коллектива, то возникает локально-цивилизационная общность, в которой эти коллективы становятся собственниками получаемого продукта. В отношениях обмена, в которые вступают эти коллективы, в роли собственника обмениваемых благ выступает глава коллектива (фигура типа *pater familias*). Так появляется фигура индивидуального субъекта-собственника, основного субъекта права.

В гражданской цивилизации нет нужды в тотальной власти, которая регламентировала бы производство и обменные связи. Субъектами экономической жизни здесь выступают свободные индивиды, которые действуют по правилам эквивалентного обмена и создают органы управления, обеспечивающие соблюдение этих правил. Так формируются право и государство.

В общинной цивилизации деспотическая власть необходима для организации крупных производственных коллективов в качестве социальной системы и для удовлетворения всего комплекса

<sup>23</sup> «На рубеже I и II тыс. до н.э. Западную Европу захватили и заселили воинственные народы, умевшие ковать железо – кельты, латины, ахейцы и др. Они создали множество мелких земледельческих общин и, обработав девственную почву, изменили ландшафт. Почти тысячу лет в Европе не возникало больших государств, потому что каждое племя умело постоять за себя, и завоевание было делом трудным и невыгодным. Племена скорее давали себя перебить, чем соглашались подчиниться. Достаточно напомнить, что ни Спарта, ни Афины не могли добиться власти над Элладой, а латинские и самнитские войны Рима проходили более тяжело, чем все последующие завоевания. В первую половину I тыс. парцеллярное земледелие с интенсивной обработкой участков было институтом поддерживающим созданный культурный ландшафт» (Гумилев Л.Н. Указ соч. С.169).

потребностей человека в рамках этой системы. Здесь публично-властные связи пронизывают всю систему, опосредствуют отношения обмена. Без этих властных связей система разрушится.

В гражданской же цивилизации взаимодействуют свободные субъекты, интегрированные в социальную систему преимущественно рыночными отношениями. В этом контексте можно рассматривать право как социальный регулятор, который обеспечивает удовлетворение потребностей без обязательного публично-властного опосредования. Здесь существуют связи (частноправовые отношения), интегрирующие систему без непосредственного участия политической власти, дающие свободу выбора при удовлетворении потребностей.

Деспотическая власть обеспечивает всеобщее внеэкономическое принуждение к труду и организует необходимое разделение труда. Благодаря этому, даже при низком развитии производительных сил, производится достаточный продукт.

На ранней стадии гражданской цивилизации (в аграрном обществе) тоже используется внеэкономическое принуждение. Но это принуждение – в отношении несвободных (рабов), составляющих лишь часть населения. Свобода одних обеспечивается несвободой других. Ибо низкий уровень развития производительных сил в аграрном обществе не обеспечивает материальную базу для свободного существования всех членов сообщества. Несвободные вовлекаются в общественное производство силовым путем, и при этом они потребляют минимально необходимую долю производимого продукта. За счет этого другие существуют как свободные члены сообщества. Причем силовое принуждение рабов не является общим делом граждан и не может быть *публично-властным* принуждением (насилием “эксплуататорского государства” над “эксплуатируемыми массами”). Здесь несвободные являются объектом не публичной власти, а частной собственности и частной власти. Иначе говоря, первоначально в аграрном обществе свободу обеспечивает институт *частного рабовладения*.

Свобода исторически возникает в процессе дифференциации сообщества на свободных и несвободных, благодаря разделению на свободных и рабов и достигается постольку, поскольку рабовладение укладывается в отношения частной собственности. Точно так же в эпоху феодализма свобода одних была возможной лишь благодаря частичной несвободе других.

Итак, гражданская цивилизация начинается как рабовладельческая цивилизация. Это не значит, что право и государство возникают из разделения на свободных и рабов – для регулирования отношений между свободными и несвободными. Использование рабской рабочей силы представляет собой неправовую форму отношений. Но первоначально эта неправовая форма служит усло-

вием существования правовой свободы.

#### 4.3.3. ПРАВОГЕНЕЗ И ПОЛИТОГЕНЕЗ

Возникновение государственности не достаточно рассматривать как всего лишь переход сообщества к профессиональному управлению и объяснять такой переход усложнением социальной системы. Свобода субъектов, действующих в социальной системе, означает, что некоторые процессы в этой системе, например в экономике, протекают как саморегулирующиеся процессы и не нуждаются в публично-властном опосредовании. Это делает систему более простой для управления, так как ограничивает сферу и функции управленческой деятельности. Поэтому сам по себе рост такой системы не влечет за собой необходимость постоянно действующего и, тем более, силового политического регулятора.

В условиях становления правовой свободы одновременно происходит *политогенез правового типа*. Было бы абсурдным предполагать, что правовая свобода возникает при силовом политическом господстве или что в условиях правовой свободы возникнет организация политической власти неправового, силового типа.

Как было сказано выше, любые общеобязательные социальные нормы требуют авторитетных социальных институтов, которые обеспечивают нормативный порядок. Причем *правовые* нормы требуют властных институтов, подчиненных *праву*.

Необходимость поддерживать правовой порядок заставляет создавать постоянно действующие властные органы, призванные формулировать правовые нормы и обеспечивать их реализацию. Иначе говоря, правогенез порождает государство. В правовом сообществе выделяется совокупность поддерживающих правопорядок властных субъектов, а их полномочия и функции определяются нормами права.

В зачаточном виде право может существовать и до образования государства. Но исторический процесс формирования права с необходимостью влечет за собой формирование государства – систему постоянно действующих властных органов, обеспечивающих правовую свободу и обладающих монополией на принуждение к соблюдению правовых норм.

Первоначально правовые нормы в какой-то мере могут поддерживаться институтами родоплеменного сообщества. Но правогенез разрушает родоплеменные структуры.

Институты потестарной власти подчиняли человека интересам родоплеменного сообщества и тем самым интегрировали общину. С появлением собственности эгоистические частные интересы разрушают целостность и жизнеспособность старого сообщества. Поэтому в прежнем своем качестве имеющиеся властные инсти-



туты непригодны для обеспечения правового общения. Нужны властные институты, которые действовали бы в интересах свободных субъектов-собственников. Прежде всего, должна измениться функция властной организации сообщества. Функциональное изменение влечет за собой и структурные изменения в организации власти, появление новых органов власти, изменение роли правителей и народного собрания и т.д.

Политогенез изменяет *форму права* (см. 7.4.). Если первоначально нормы права закрепляются в форме обычая, то по мере формирования государственных институтов обычай не только санкционируется властным авторитетом, но и дополняется а затем и вытесняется официальной формой выражения права. Причем сначала преобладает прецедентная официальная форма: суды и другие властные органы, разрешая конкретные споры о праве, формулируют нормы, которыми они пользуются в дальнейшей практике. Законная же форма права преобладает уже в относительно развитых правовых системах, например в классическом римском праве.

Итак, во-первых, в ходе политогенеза правового типа формируются властные органы, встающие над родоплеменным сообществом, обеспечивающие правовую свободу. Во-вторых, правовые нормы, связывающие субъектов права в гражданское сообщество типа *πόλις*, предполагают формирование центрального аппарата управления, авторитетно формулирующего правовые нормы и охраняющего правопорядок.

#### 4.3.4. МЕХАНИЗМ ПРАВООБРАЗОВАНИЯ. ЧАСТНОЕ ПРАВО И ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

В контексте генезиса права необходимо различать *правообразование* и *официальное правотворчество*. Первое – независимый от законодателя, и в этом смысле объективный, процесс формирования права. Правообразование происходит по мере исторического прогресса свободы и проявляется в виде новых форм свободного взаимодействия людей. Второе – сознательно-волевая процедура формулирования правовых норм в законах и других официальных актах<sup>24</sup>.

Говоря об *объективном* процессе формирования права, не следует полагать, что это процесс чисто стихийный и что правовые нормы возникают помимо воли и сознания субъектов права. Правовые нормы вырабатываются правосознанием, складываются в сознательно-волевых отношениях между свободными индивидами, признаются сообществом субъектов права и формулируются властными субъектами, законодателями. Другими словами, не су-

<sup>24</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Право – математика свободы. М., 1996. С.18.

существует какого-то идеального объективного права.

В ходе исторического процесса правообразования постепенно обособились две взаимосвязанные сферы правового общения – сфера частного права и сфера публичного права.

*Нормы частного права* – это нормы, регулирующие отношения частных лиц. Точнее, это нормы отношений обмена, сторонами которых являются свободные индивиды и другие частные лица, выступающие в этих отношениях как формально равные и формально независимые друг от друга субъекты. В этих отношениях нет повеления и подчинения сторон. Государственные органы, если они участвуют в частноправовых отношениях, выступают в этих отношениях как субъекты частного права, т.е. не обладают здесь властными полномочиями. Нормы частного права сначала складываются в отношениях частных лиц, а затем официально выражаются, формулируются как признанные, гарантированные государством образцы (модели) поведения.

В случае нарушения нормы частного права лишь потерпевшее частное лицо вправе заявить о совершении правонарушения (деликта). Причем на ранней исторической стадии правогенеза в случаях нарушения нормы частного права полномочия преследования, принуждения и даже наказания правонарушителя принадлежали самому потерпевшему. Правомерность действий потерпевшего в отношении правонарушителя санкционировалась и контролировалась тем коллективом субъектов права, к которому принадлежали обе стороны.

По мере формирования государства (с возникновением судов и органов исполнительной власти, с утверждением государственной монополии на принуждение) реагирование на частноправовой деликт, юридическое преследование, принуждение и, тем более, наказание правонарушителя превратились в публично-правовую функцию. Однако и в исторически развитой правовой ситуации правопорядок позволяет потерпевшему частному лицу самому потребовать от правонарушителя соблюдения нормы частного права, угрожая принуждением со стороны государства.

*Нормы публичного права* регулируют отношения, в которых хотя бы одной стороной выступает публично-властный субъект (государство, государственный орган), осуществляющий властные полномочия. К публичному относятся конституционное, уголовное, административное, процессуальное право (см. 9.2.1.).

Публично-правовые нормы складываются или вырабатываются в процессе осуществления государственной власти. При установлении новых норм публичного права законодатели или суды руководствуются требованиями обеспечения правовой свободы, выраженными в общественном правосознании.

Нормы публичного права содержат предписания определен-

ного поведения, обязательные для адресатов нормы. При нарушении этих норм полномочия принудительного их осуществления, преследования и наказания правонарушителей принадлежат не потерпевшим от деликтов, а компетентным государственным органам.

Но в начале правоге­неза *еще не было разделения* частного и публичного права. Так, нормы, предшествовавшие современным нормам уголовного права о преступлениях против личности и собственности, первоначально могли функционировать по той же схеме, что и нормы частного права: потерпевший или его родственники требовали компенсации или мстили преступнику, если он находился в их власти, причем мера воздаяния за преступление контролировалась коллективом субъектов права и его органами. Если же преступник был недостижим для потерпевшего, то последний обращался за защитой к коллективу и его органам. Конечно, нормы, наказывающие за преступления против коллектива (против общественной безопасности и порядка), всегда применялись самим коллективом или его органами.

По мере формирования государства применение санкций уголовного права превратилось в монополию компетентных государственных органов. Но у индивида как частного лица сохранилось право на самозащиту от преступных посягательств вплоть до причинения вреда посягающему лицу.

Нормы (новые нормы) частного права даже в развитых правовых системах складываются, как правило, в форме обычая, а затем выражаются в официальной форме. Официальной форме публичного права, особенно в исторически неразвитых культурах, тоже предшествуют публичноправовые обычаи. Но по мере развития законодательства и судебной практики публичноправовой обычай становится анахронизмом; например, сохранение в Великобритании некоторых конституционных норм в форме обычая – это один из архаизмов британской правовой системы. В сфере публичного права сознательно-волевая, творческая роль законодателя (официальное правоустановление) играет гораздо большую роль, нежели в сфере частного права.

Правогенез начинается в сфере обмена, в отношениях товарообмена (обмена социальными благами). Обмен может быть эквивалентным (равное обменивают на равное) и произвольным (например, тот, у кого больше силы, навязывает другому условия обмена). Субъекты, участвующие в отношениях свободного обмена, являются собственниками обмениваемых благ и признают друг друга таковыми. В отношениях свободных субъектов-собственников произвол неприемлем: либо тот, кому навязывают невыгодные условия, не будет участвовать в таком обмене, либо

прекратятся отношения собственности<sup>25</sup>. Поэтому *нормальные* отношения обмена между свободными субъектами-собственниками возможны лишь как отношения эквивалентного, справедливо-го обмена, как отношения формального равенства, договорные отношения. Это и есть *правовые отношения*, в которых складываются *частноправовые* нормы, иначе – нормы эквивалентного обмена (купли-продажи, мены, займа, найма, дарения, перевозки, хранения, поручительства, брачно-семейные нормы и т.д.). Имеются в виду дозаконные правоотношения, нормы которых закрепляются в форме обычая, а затем официально признаются и формулируются судьями и законодателями.

Таким образом, во-первых, частное право формируется в отношениях свободного обмена, или товарообмена. Во-вторых, участники этих отношений, товаровладельцы выступают как свободные субъекты, формально равные и формально независимые друг от друга. В-третьих, в отношениях свободного обмена достигается эквивалентность обмениваемых социальных благ, или уравнивающая справедливость<sup>26</sup>.

Нормы частного права в какой-то мере могут соблюдаться без принуждения – например, в той мере, в которой субъекты отношений обмена считают полезным придерживаться принципа эквивалентности. Но между собственниками неизбежно существуют противоречия и конфликты. Для регулирования этих коллизий сообщество создает государственные органы, задача которых – обеспечение правовой свободы. В процессе формирования и развития этих органов вырабатываются нормы публичного права,

<sup>25</sup> Любой участник социального обмена предполагает, что он может выиграть от неэквивалентного обмена с партнерами, присвоив часть обмениваемых благ безвозмездно. И хотя участники обмена в примитивном обществе нередко на добровольных началах приходят к равновыгодному обмену результатами деятельности друг друга, в основу которого неизбежно закладывается принцип эквивалентности, возможен и иной вариант, когда социально сильные субъекты обеспечивают себе односторонние преимущества. Но, в конечном счете, выигрыш оказывается иллюзорным. Социально сильные всегда вынуждены пользоваться продуктами деятельности остальных. Если первые навязывают вторым невыгодные условия обмена, причиняют им ущерб, то это не дает последним возможности воспроизводить их силы для обслуживания нужд своих партнеров, что отрицательно сказывается на потребителях их продукции. В такой ситуации ни паразитирующие потребители, ни угнетаемые производители не имеют стимулов к наращиванию производства. Паразитирующие стремятся совершенствовать методы изъятия, а производители, если они не могут устранить подобную систему иными способами, работают столько, чтобы продуктов труда хватало лишь им самим на самую скромную жизнь. Фонд потребления в обществе, где господствует принцип неэквивалентного обмена, неизмеримо меньше и хуже по качеству, чем в аналогичном по масштабам обществе с преимущественно эквивалентным обменом (подробнее см.: Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 99–100).

<sup>26</sup> См.: Мамут Л.С. Право как отношение // Wahrheit und Wahrhaftigkeit in der Rechtsphilosophie. В., 1987. S. 264–266.

в соответствии с которыми действуют эти органы.

Более подробно взаимосвязь частного права и публичного права можно объяснить следующим образом.

Для нормальных отношений обмена необходимо публично-властное признание и обеспечение правовой свободы. Люди могут быть субъектами частного права (владеть, пользоваться и распоряжаться обмениваемыми социальными благами), когда обладают необходимым для этого, гарантированным объемом (количеством) свободы. Иначе говоря, они должны обладать исходным *правовым статусом*, который необходим для самостоятельного участия в правоотношениях. Этот статус взаимно признается внутри круга правового общения и гарантируется властными органами. В исторически неразвитых правовых культурах этот статус отличает субъектов права, или полноправных субъектов, от иных категорий населения.

Такой исходный правовой статус проявляется в виде набора первичных прав. В условиях разделения на свободных и несвободных, полноправных и неполноправных это права полноправных граждан или сословные права-привилегии. Первоначально это права, составляющие лишь абсолютный минимум правовой свободы (см. 2.2.4.).

В основе первичных прав лежат притязания участников обмена на признание их *правосубъектности*. Эти притязания суть не произвольные желания, а притязания на такую меру индивидуальной свободы, которая уже объективно возможна в конкретной культуре. Они – результат субъективного осознания этой объективной возможности.

С одной стороны, эти права, или правопритязания, взаимно признаются субъектами обмена, когда они заключают договоры и устанавливают взаимные права и обязанности. С другой стороны, эти права должны официально признаваться и защищаться институтами публичной власти.

Последнее не означает, что древние законодатели составляли “каталоги” основных прав и свобод или хотя бы формулировали эти права в отдельных законах. Официальное провозглашение основных прав не является непременным условием их существования. Для того чтобы фундаментальные правовые притязания имели официально-властное признание, выражение и защиту, не обязательно перечислять их в специальном законе. Они гарантируются уже постольку, поскольку законы и другие официальные акты защищают правовую свободу. В этих актах принципы правовой свободы конкретизируются применительно к различным социальным ситуациям, “развертываются” в систему правил поведения<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> См.: Варламова Н.В. Указ. соч. С.102.

Как уже было сказано, в структуре публичного права различаются нормы конституционного, уголовного, административного и процессуального права. Причем эта структура проявляется уже на ранней стадии правообразования.

Ранние нормы конституционного права (как и все нормы права, они возникают в форме обычая) определяют круг полноправных субъектов, способных вступать в отношения обмена, участвовать в народном собрании (собрании полноправных субъектов), занимать властные должности, пользоваться судебной защитой и нести юридическую ответственность. Для защиты нормальных отношений обмена нужны нормы уголовного права, которые угрозой наказания охраняют жизнь и здоровье, свободу и личную неприкосновенность, имущество полноправных субъектов, а также иных субъектов права. Для пресечения правонарушений требуются полиция и нормы административного (полицейского) права, в соответствии с которыми действует полиция. Наконец, для разрешения споров о праве и наказания правонарушителей нужны суды и нормы процессуального права, регламентирующие судебную процедуру (см. 9.2.1.).

Такова логика объективного процесса правообразования.

## ИСТОРИЧЕСКИЕ ТИПЫ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

### 5.1. ПРАВООПОНИМАНИЕ И ТИПОЛОГИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Историческая типология права и государства – это их *основная* классификация. Она объясняет исторические проявления сущности права и государства. Все остальные классификации (по форме права, по форме государства, в зависимости от политического режима или социальной структуры и т.д.) касаются отдельных сторон права и государственности.

Теоретические представления об историческом развитии права и государства, как и концепции их происхождения, определяются соответствующими понятиями права и государства. Так, в позитивистской типологии речь идет, по существу, не только и не столько о типах права и государства, сколько о типах политической власти, политической организации общества. При этом разные по своей сущности объекты, тем не менее, обозначаются как исторические типы государства. Либертарно-юридическая же типология строится на основе различия правового (государственно-правового) и силового (деспотического) способов социальной регуляции и политической организации.

Также эти представления отражают определенную философию истории, концепцию всемирного исторического развития, в которую они вписываются как один из ее аспектов. Если всемирная история объясняется как общественный прогресс (развитие по восходящей линии), то отдельные этапы прогрессирующего государственно-правового развития рассматриваются в теории как исторические типы права и государства.

Например, согласно философии истории Гегеля, всемирная история представляет собой поступательный процесс развития духа свободы. Поэтому исторические типы государства выступают, в гегелевской интерпретации, как проявления свободы в ее развитии – от свободы лишь одного правителя при несвободе всех остальных (восточная теократия) к свободе некоторых (демократия

или аристократия в греко-римском мире) и, наконец, к свободе всех в западноевропейской конституционной монархии.

Наиболее известные варианты позитивистской типологии – это так называемые формационный (марксистская типология) и цивилизационный подходы к типологии государств. Оба варианта типологии относятся к классическому легистскому позитивизму. В обоих вариантах объекты типологии группируются на основе силового понятия государства. Поскольку государство (верховная власть) объявляется источником и творцом права, то в позитивистской типологии основное внимание уделяется именно типам государства (политического господства).

### **5.1.1. ФОРМАЦИОННАЯ ТИПОЛОГИЯ В ТЕОРИИ КЛАССОВОГО НАСИЛИЯ**

С точки зрения марксизма, общественный прогресс определяется развитием экономики. При этом марксизм рассматривает историю *цивилизованного* человечества как историю классов и классовой борьбы, классового насилия. (Классы в данном контексте – это большие группы людей, связанных общим отношением к средствам производства). Соответственно историческое возникновение и развитие государства и права объясняются классовым насилием и борьбой исторически сменяющихся друг друга классов.

Согласно марксовой философии истории, общество развивается от доклассового (архаическая формация) через классовое (экономическая формация) к бесклассовому (коммунистическая формация). Причем государство и право появляются, существуют и развиваются лишь в классовом обществе. В доклассовом (первобытном) обществе государства и права еще нет, а в бесклассовом (коммунистическом) обществе государство и право “отомрут”, будут заменены ненасильственными формами социального управления.

По марксизму, история классов и классовой борьбы началась с возникновением собственности на средства производства и завершится после упразднения собственности. Причем собственность (следовательно, право и государство) оценивается в марксизме как неизбежное зло: до тех пор, пока общественное производство не в состоянии удовлетворять любые потребности всех членов общества, сохраняются собственность на средства производства и присвоение собственником продукта, произведенного чужим трудом. Но когда производство позволит удовлетворять потребности всех, и собственность на средства производства исчерпает свою “положительную сущность”, она будет упразднена насильственным или мирным путем.



Иначе говоря, согласно марксизму, на определенном историческом этапе собственность необходима, но она порождает насилие, угнетение, страдания трудящихся масс и вообще все социальное зло, включая государство и право как формы классового насилия.

Отсюда ясно, что марксизм (коммунистическая пролетарско-классовая идеология) есть разновидность правового нигилизма (см. 6.3.). Марксистское понимание исторического смысла собственности (и свободы) приводит к отрицанию ценности права и государства. В марксизме общественный прогресс объясняется как историческое движение к коммунистическому обществу, в котором человечество освободится от угнетения и насилия, сбросит с себя “оковы” государства и права. При таком понимании собственности и свободы ценность права и государства определяется тем, что они “отомрут”. В марксистской трактовке право и государство суть, хотя и неизбежное но все же исторически переходящее зло.

В сталинской интерпретации марксизма история предстает как последовательная смена общественно-экономических формаций – исторических эпох, или исторических состояний общества. Каждая формация определяется способом производства. Развитие производительных сил и производственных отношений изменяет способ производства, что и приводит к смене формаций.

Маркс называл пять способов производства – азиатский, античный, феодальный, буржуазный и коммунистический. Сталин выбросил из этого ряда азиатский способ производства (и связанный с ним восточный деспотизм), так как этот способ плохо укладывается в историю сменяющихся друг друга формаций, а к тому же он похож на сталинский колхозный строй. Далее, Сталин разделил историю не на три, а на пять формаций – первобытнообщинную, рабовладельческую, феодальную, буржуазную (капиталистическую) и коммунистическую. Все эти формации проявляются (или *должны* проявиться) в ходе мировой истории, но не в истории каждого конкретного народа.

Рабовладельческий строй, феодализм и капитализм – это классовые (классово-антагонистические) формации. Им соответствуют *три исторических типа* государства и права – рабовладельческий, феодальный и буржуазный (капиталистический).

В каждой классовой формации действуют два основных класса, борьба которых, по марксистской версии, определяет ход истории. При этом экономически господствующий класс создает государство и право (инструменты классового насилия) и, тем самым, конституирует себя как класс, политически господствующий. Следовательно, типы государства и права суть три исторических типа силового классового господства.

Сущность государства и права в марксистском понимании –

организованное классовое насилие ( диктатура) эксплуататорского класса по отношению к классу эксплуатируемому – остается неизменной в каждом из трех исторических типов. Сменяются лишь основные классы и формы классового насилия. Так, сущность рабовладельческого типа государства и права – диктатура класса рабовладельцев по отношению к эксплуатируемому классу рабов; сущность феодального типа – диктатура феодалов по отношению к крепостным крестьянам и т.д.

Капитализм считается исторически последней классовой формацией. По марксистской версии истории, в наиболее развитых капиталистических странах должна победить пролетарская ( социалистическая) революция, после которой будет упразднена собственность на средства производства и общество вступит в эпоху коммунизма. Но настоящий, или полный, коммунизм непосредственно из капитализма получиться не может. Между капитализмом и полным коммунизмом должен быть переходный период – социализм.

В марксистской утопии, которая называется “ научный коммунизм”, считалось, что государство и право будут отмирать лишь по мере приближения полного коммунизма. Но в переходный период, при социализме они сохранятся. При этом возникнет новый исторический тип государства – социалистический (диктатура пролетариата). Социалистическое государство будет властным инструментом создания (построения) коммунизма.

Социалистическое государство рассматривалось в “ научном коммунизме” как государство принципиально иного типа, как “полугосударство”, или “отмирающее государство”. Его отличие от всех прежних типов государства объяснялось следующими соображениями: государство (и право) имеет эксплуататорскую природу и выражает диктатуру эксплуататорского меньшинства по отношению к эксплуатируемому большинству; наоборот, социалистическое государство, якобы, имеет антиэксплуататорскую природу и выражает диктатуру бывшего эксплуатируемого большинства по отношению к свергнутому эксплуататорскому меньшинству. Эти соображения позволили Ленину сформулировать новый софизм: диктатура пролетариата неизмеримо демократичнее любой буржуазной демократии (= диктатуры класса буржуазии).

Праву в “научном коммунизме” отводилась иная судьба. В отличие от Сталина и современных сторонников марксизма, Маркс и Ленин признавали, что никакого социалистического права, т.е. послебуржуазного типа права, быть не может. Полагая буржуазное право высшим историческим типом права, при котором достигаются всеобщее формальное равенство, Маркс не допускал формального равенства при социализме. Он лишь говорил о со-

хранении и использовании при социализме принципа буржуазного права для контроля за мерой труда и мерой потребления (“от каждого – по способности, каждому – по труду”). Согласно Марксу и Ленину, при социализме вне сферы потребления нет права<sup>1</sup>.

Но впоследствии, в СССР, социалистическим правом стали называть властно-приказные, силовые по своей сущности, акты советского тоталитарного режима.

Современные марксисты, творчески развивая теоретическое наследие классиков марксизма-ленинизма, выделяют в рамках формационной типологии уже пять типов государства и права. С одной стороны, эта модернизированная типология ставит в начало ряда уже не рабовладельческий, а восточный, или древневосточный, тип “государства и права” (“государство азиатского способа производства”). С другой стороны, незыблемая вера в неизбежную победу коммунизма позволяет марксистам утверждать, что в XXI в. будут преобладать “государство и право социалистического типа”<sup>2</sup>.

Между тем, никакого коммунистического “освобождения” человечества от государства и права нет и пока не предвидится. Насильственное “освобождение” от собственности при социализме, силовое замещение государственности и права тоталитарной организацией общества оказались лишь эпизодом в эпоху индустриального развития. Как искусственная (навязанная насильственным путем) и поэтому нежизнеспособная деспотическая форма, тоталитаризм был инородным телом в цивилизации персонистского типа. Тоталитаризм относительно быстро разрушается, и в посттоталитарном обществе восстанавливаются правовая регуляция и государственность.

В контексте формационной типологии наиболее ярко проявляются марксистское извращение сущности государственно-

<sup>1</sup> Подробнее см.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С. 122–130).

<sup>2</sup> “Реставрация Бурбонов во Франции в начале XIX в. не означала того, что буржуазное государство и право потеряли какие бы то ни было исторические перспективы, стали ненужными. Падение Парижской Коммуны не остановило, а усилило рабочее движение, наиболее серьезным достижением которого явилось создание системы социалистических государств. Ничего не меняет в общем историческом развитии и утрата рабочим классом России своего государства, поскольку остается нерешенным главное противоречие капиталистического способа производства – противоречие между общественным способом производства и частнокапиталистическим способом присвоения результатов труда. Это противоречие неизбежно будет решено в пользу трудящихся, а его решение возможно только в рамках социалистического общества. Историческую миссию, с которой в силу определенных субъективных и объективных причин не справился рабочий класс России, успешно выполнит рабочий класс другой страны, а впоследствии и рабочий класс России. Эпоха социализма столь же неизбежна, как и ныне господствующий капиталистический строй” (*Сырых В.М.* Теория государства и права / Отв. ред. С.А. Чибиряев. М., 1998. С. 466).

правового общения и коммунистический правовой нигилизм. Изображая сущность государства и права как организованное насилие над угнетенным классом, марксизм намеренно игнорирует очевидную связь государственно-правовой формы социума и свободы<sup>3</sup>. Оставаясь исключительно в рамках силовой парадигмы осмысления государственно-правовых явлений, марксизм отождествляет право и государство с насилием, угнетением, подавлением и противопоставляет им коммунистическое “освобождение” человечества от собственности, права и государства.

С точки зрения коммунистической, классово-пролетарской идеологии, свобода одних (имущих) – это всегда угнетение других. Поэтому формальную (правовую) свободу пролетариата марксисты считают мнимой свободой и говорят лишь о замене внеэкономического принуждения угнетенных на принуждение экономическое. С такой позиции, нет существенной разницы между угнетенными классами в буржуазной и добуржуазных формациях. Марксизм не видит различия в государственно-правовом положении свободных и несвободных подчиненных классов, не придает этому различию принципиального значения.

В результате игнорируется и то обстоятельство, что в обществе, разделенном на свободных и несвободных, в государственно-правовых отношениях участвовали только свободные, а социальные группы, обозначенные в марксизме как подавляемые классы, исключались из сферы государственно-правовых отношений. Получается, что в добуржуазных формациях несвободные (объекты частной собственности) были объектами публично-властного, “правового” воздействия. Например, право феодального типа совершенно серьезно рассматривается в современной марксистской литературе как “кулачное право”, которое признавало насилие источником права, давало широкий простор для произвола над крепостными крестьянами и “не предусматривало преград на пути угнетения и эксплуатации трудящихся масс”<sup>4</sup>.

Может показаться, что формационная типология допускает и деспотическое насилие как особый государственный тип – “деспотическое государство”. Но деспотия никак не вписывается в

<sup>3</sup> “ В марксистском подходе ... игнорируется то принципиальное обстоятельство и тот очевидный факт всемирной истории, что свобода людей в этом мире появляется и развивается именно в государственно-правовых формах. Реальное историческое развитие и смена типов государства и права (от ранних государств до современного правового государства) свидетельствует – вопреки марксистским представлениям и оценкам – о прогрессе свободы людей (о расширении сферы и меры свободы, увеличении числа свободных и т.д.), а вовсе не о прогрессе насилия, подавления и господства одних классов над другими и т.д.” (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 239–240).

<sup>4</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Отв. ред. М.Н.Марченко. – Т.1. Теория государства. М., 1998. С.140.

типологию, построенную по признаку *классового* насилия, ибо в условиях деспотии нет классов и классовой борьбы в марксистском понимании. Поэтому неуместны попытки дополнить формационную типологию “восточным государством”, которое изображается как самостоятельный тип, исторически предшествующий рабовладельческому государству, или как первая стадия рабовладельческого государства.

Формационная типология, ее модернизированные варианты преобладают в постсоветский период, что свидетельствует о неспособности ее интерпретаторов выйти за пределы марксистской и вообще силовой трактовки государственности и права.

### **5.1.2. О ТАК НАЗЫВАЕМОМ ЦИВИЛИЗАЦИОННОМ ПОДХОДЕ К ТИПОЛОГИИ ГОСУДАРСТВА**

В рамках силовой трактовки государственности и права для типологии используется и так называемый цивилизационный подход. Имеется в виду созданное О.Шпенглером, А.Дж.Тойнби, С.Хаттингтоном и другими историками и политологами учение о самобытных, замкнутых локальных цивилизациях (культурах), не подчиненных в своем развитии какому-то общему, универсальному началу.

Согласно этому учению, многовариантный процесс исторического развития породил множество различных культур (цивилизаций) со специфическими политическими формами. Их нельзя рассматривать как некие последовательные формации единого всемирно-исторического процесса. Кроме того, развитие каждой отдельно взятой цивилизации не укладывается в марксистское учение о смене исторических формаций. В истории не было такой цивилизации, в которой происходила бы последовательная смена всех способов производства или формаций – хотя бы трех “классовых” формаций. Даже две последовательные формации в одной цивилизации – это исключение, наблюдаемое лишь в истории Европы. Так, западноевропейская феодальная формация не “выросла” из рабовладельческой, ибо последняя была уничтожена германцами. Западная средневековая культура развивалась тысячу лет, прежде чем она стала восприимчивой к культурному наследию греко-римского античного мира, и началась эпоха Возрождения. Историю существующей ныне западноевропейской цивилизации можно рассматривать (в категориях марксизма) как последовательную смену только двух формаций – феодальной и буржуазной. Наконец, из того, что в марксизме называется азиатским способом производства, не “вырастают” рабовладельческая и феодальная формации, а культура современного азиат-

ского капитализма существенно отличается от современной европейской культуры.

Из такого рода рассуждений делаются следующие выводы. Во-первых, в истории разных народов (культур, цивилизаций) нет последовательной смены одних и тех же, общих для них формаций. Во-вторых, локальные или особенные цивилизации (культуры) могут быть никак не связаны между собой. История знает множество автономных цивилизаций, не “вырастающих” одна из другой. Следовательно, у каждой цивилизации своя история, и развитие цивилизаций не подчиняется единому формационному или какому-то иному общецивилизационному принципу. Цивилизации рождаются, развиваются и умирают. На месте прежней цивилизации возникает новая цивилизация. Но “на месте прежней” не означает “из прежней”. Умершая цивилизация сама по себе уже ничего не порождает<sup>5</sup>.

При оценке такой философии истории следует различать два ее аспекта, выделенные в предыдущем абзаце. С одной стороны, действительно, история отдельно взятых народов может и не подчиняться одним и тем же закономерностям. Но, с другой стороны, существует единая всемирная история, в ходе которой отдельные самобытные цивилизации возникают и погибают не просто как случайные проявления многовариантности исторического развития, а как проявления единого принципа всемирной истории. Только в случае признания такого принципа возможна историческая типология – классификация цивилизаций как исторических проявлений одного и того же принципа. Но “цивилизационный” подход как раз отрицает наличие такого принципа, а поэтому он не может использоваться для какой-либо исторической типологии.

С позиции современного юридического либертариизма, таким принципом является свобода как способ социального бытия. Всемирная история есть развитие свободы. Возникновение, процветание, гибель, смена цивилизаций демонстрируют всемирно-исторический переход от несвободы (принципа доцивилизованного бытия) к свободе (принципу исторически развитых цивилизаций). В процессе этого перехода сначала преобладают цивили-

---

<sup>5</sup> Различаются следующие локальные цивилизации в каждой из которых была своя особая организация политической власти: древнеегипетская шумерская (месопотамская), индская, древнейшие китайские цивилизации, ассири-вавилонская иранская, японская, эгейская цивилизации доколумбовой Америки и др. Далее, на их месте возникли более крупные и менее разобщенные, но все же самостоятельные (особенные) цивилизации – индийская, китайская, исламская, буддийская, западноевропейская, восточноевропейская, латиноамериканская и др. Предполагается, что на месте всех этих цивилизаций возникнут одна или несколько новых цивилизаций

зации системоцентристского типа, воспроизводящие несвободу на уровне цивилизованного бытия, но затем они постепенно вытесняются цивилизациями персоноцентристского типа.

Встречающиеся в постсоветской литературе попытки типологии государства на базе “цивилизационного подхода” – это реакция на несостоятельность формационного учения (особенно в его сталинской версии), но – с позиции того же силового понятия государства. Ибо формационная типология в ее сталинской версии не оставляет места для “деспотического государства”, а при последовательной силовой трактовке государственности и права именно деспотия считается *типичным* проявлением сущности государства.

В итоге современная силовая трактовка государства оказывается вульгарной в сравнении с учением Маркса, так как последний считал *типичным* государственно-правовым явлением отнюдь не восточную деспотию, а государственность и право, порожденные европейской цивилизацией. Современная же силовая трактовка с ее “цивилизационным подходом” принижает значение европейской цивилизации. При этом даже подчеркивается, что именно неевропейские цивилизации и присущие им деспотические политические формы составляют глобальное явление – в том смысле, что они существовали повсеместно и даже сохраняются до сих пор в Азии и Африке. Правда, делается оговорка, что деспотия – исторически неразвитая форма “государственности”. Зато универсальная! По этой логике, европейские неразвитые формы государственности (рабовладельческие, феодальные) уникальны, они проявились только в одной особенной цивилизации, которая по этой причине не может претендовать на ведущую роль во всемирной истории права и государства.

Предлагаемая в рамках “цивилизационного подхода” типология – это не историческая типология *государства*, а классификация всех исторически известных форм политической организации цивилизованного сообщества. Критерий, положенный в основу такой типологии, – соотношение публичной политической власти и общества. На такой основе различаются цивилизации первичные и вторичные<sup>6</sup>.

Первичными цивилизациями (древнеегипетская, шумерская и т.д.) называются такие, в которых “государство” (аппарат политической власти) – первично, а общество – вторично. Здесь всеильное “государство” определяет весь комплекс общественных отношений, всю социально-экономическую и культурную жизнь власт-

<sup>6</sup> См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. М., 1998. С. 113–114; Теория государства и права / Под ред. В.К.Бабаева. М., 1999. С.64.

но интегрированного сообщества. Это – “первичное государство”.

Считается, что во вторичных цивилизациях (эгейская, буддийская, западноевропейская, восточноевропейская и т.д.) аппарат политической власти определяет уже не всю социально-экономическую и культурную жизнь. Здесь как минимум культурно-религиозная жизнедеятельность общества первична по отношению к политической власти. В более поздних вторичных цивилизациях организация государственной власти, ее функции во многом предопределяются социально-экономическими и культурными потребностями общества. Такая организация власти характеризуется как “вторичное государство”.

Нетрудно заметить, что различие “первичного” и “вторичного” типов аналогично различению деспотического и государственно-правового типов цивилизаций. Соответственно “первичным государством” называется деспотия. Другое дело, что понятием “вторичное государство” обозначаются не только государственно-правовой тип, но и, например, такая разновидность деспотии, в которой верховный правитель подчинен религиозным нормам.

Как бы то ни было, в рамках “цивилизационного подхода” предлагается не типология *государства*, а различие двух типов публичной политической власти. Вместе с тем этот подход, предполагающий изучение всего многообразия отдельных цивилизаций и присущих им политических форм, объективно позволяет показать на множестве примеров *противоположность двух типов власти* – силового и правового.

## 5.2. ЛИБЕРТАРНО-ЮРИДИЧЕСКАЯ ТИПОЛОГИЯ

### 5.2.1. ИСТОРИЧЕСКИЙ ПРОГРЕСС СВОБОДЫ – КРИТЕРИЙ ТИПОЛОГИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

В основу либертарной типологии положено учение о всемирно-историческом прогрессе свободы: прогресс свободы есть условие и критерий прогресса права и государственности. При этом либертарно-юридическая теория подчеркивает, что в процессе всемирно-исторического развития сущность права и государства как необходимых форм свободы *остаётся неизменной*. Следовательно, смена исторических типов права и государства демонстрирует различие исторических проявлений *одной и той же сущности*. (Если же считать, что сущность явлений, обозначаемых как право и государство, исторически меняется, то речь должна идти не о смене типов одного и того же социального регулятора, а о разных



предметах, об исторической смене разных по своей сущности типов социальной регуляции).

В легистских конструкциях исторической типологии, с одной стороны, тоже говорится, что сущность “права” (т.е. принуждение) неизменна, а меняется лишь его историческое содержание. С другой стороны, почему-то допускается, что “право” может быть не только выражением деспотического произвола, но и формой свободы. Отсюда – представления легистов о том, что исторический прогресс права, состоит в переходе от чисто “силового права” или “кулачного права”, от “права”, порожденного силой приказа (исторически неразвитого “права”), к “праву, основанному на правах человека” (исторически развитому “праву”).

По логике легистов, якобы один и тот же способ социальной регуляции (право) в равной мере допускает и произвольное политическое насилие, и законы, подчиненные требованию признавать и соблюдать права человека. Получается, что право исторически проявляется и как голая сила (“исторически неразвитое право”), и как запрет произвольного насилия (в исторически развитой ситуации) – и при этом сущность права якобы не меняется. Наконец, получается, что право и права человека – в сущности разные явления, которые исторически могут не совпадать: “древнее право” исключало свободу и было выражением голой силы, и только современное право гарантирует свободу, официально выражает прирожденные права человека.

Действительно всемирно-исторический прогресс свободы включает в себя не только историческую линию перехода от меньшей свободы к большей, но и – в более широком историческом контексте – переход от несвободы к свободе. Однако право (и государство) есть форма именно свободы. Поэтому исторический прогресс *собственно права* есть прогресс свободы – переход от меньшей правовой свободы к большей правовой свободе. Переход от несвободы к свободе – это не прогресс права, а переход от доправового способа к правовому способу социальной регуляции.

Не следует полагать, что права человека являются элементом лишь исторически развитого права – как будто в древнем праве прав человека еще не было, а в современном праве они появились. Без свободных индивидов с их исходными правами невозможно никакое право. Если в некоем “древнем праве” не было прав человека (свободного индивида), то это не право, а иной, неправовой способ социальной регуляции.

Другое дело, что в исторически неразвитых правовых системах первичные права не признавались правами каждого человека, правами *человека как такового*. Свобода здесь выступала как *привилегия* по отношению к тем, кто несвободен и исключен из

правового общения<sup>7</sup>. В дальнейшем исторический прогресс свободы проявился как переход от правового неравенства к всеобщему равноправию, от полной правосубъектности лишь некоторых к полной и равной правосубъектности всех.

Сущность права как *необходимой формы свободы* не меняется в процессе его исторического развития. Меняется (расширяется) круг субъектов правового общения, возрастают объем и содержание правовой свободы, но сущность права – формальное равенство – остается неизменной. Иначе говоря, *правовые нормы* – это всегда (в любой исторический период) нормы, посредством которых обеспечивается свобода тех, кто признается субъектом права. Если субъектом права признается не каждый, не человек вообще, а лишь представитель определенной группы (представитель этноса, сословия, обладатель определенного имущества, гражданин государства и т.д.), то и права человека существуют как групповые права, а равенство в свободе гарантируется лишь в рамках группы. Если же субъектом права признается каждый человек независимо от социальных и иных различий между людьми, то и права человека существуют как равные права каждого человека.

Либертарно-юридическая типология исследует исторические проявления правовой свободы и, следовательно, охватывает цивилизации лишь правового типа. Тем самым она остается в рамках предмета юриспруденции и вовсе не “упраздняет” историю цивилизаций деспотического типа (“большую часть истории государства и права” – как полагают позитивистские критики юридического либертаризма), а просто рассматривает исторические проявления деспотизма отдельно от типов права и государства. Критерием выделения типов права и государства служит исторический прогресс свободы – распространение правовой свободы на все более широкий круг субъектов и возрастание объема правовой свободы.

Таким образом, *исторические типы права и государства – это основные этапы прогрессирующего исторического проявления правовой свободы.*

### **5.2.2. ХАРАКТЕРИСТИКА ОТДЕЛЬНЫХ ИСТОРИЧЕСКИХ ТИПОВ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА**

В первом приближении различаются два этапа исторического прогресса свободы – неравенство в свободе (этническое, сословное) при формальном равенстве внутри больших групп и всеобщее формальное равенство.

Правовое неравенство характерно для правовых культур *доиндустриального* (аграрного) общества, в котором не было и не

<sup>7</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. С.108.

могло быть равной правовой свободой всех. Всеобщее формальное равенство соответствует *индустриальному* обществу Нового времени, когда постепенно достигается равная свобода всех, независимо от социально-сословных, религиозных, имущественных, половых и других фактических различий между людьми.

В исторически неразвитых правовых культурах (в доиндустриальном обществе) субъектами права и государства не могли быть все члены общества. Значительная часть населения – несвободные или частично свободные – были полностью или частично исключены из сферы государственно-правового общения. Несвободные (рабы) были не субъектами права, а объектами права собственности. Для субъектов государственно-правового общения было характерно множество неравных правовых статусов. Внутри больших групп (классов, сословий, цехов и т.д.) существовало формальное равенство, но между этими группами – формальное неравенство.

В правовых культурах индустриального общества достигается всеобщее формальное равенство. Здесь отдельный человек, индивид выступает как субъект права и государства наравне с другими индивидами. Правда, сохраняются различия в статусах человека-гражданина и человека-негражданина: граждане государства обладают в своем государстве большей правовой свободой, чем иностранцы (граждане других государств) и лица без гражданства. Помимо равноправия здесь достигаются разделение частного права и публичного права, сферы собственности и сферы публичной власти, гражданского общества и политического государства.

Итак, в первом приближении можно различать два исторических типа права и государства: первый соответствует доиндустриальному обществу, второй – индустриальному. Они различаются по следующим соображениям: в первом – неравные правовые статусы, во втором – всеобщее равноправие.

Но при более подробном рассмотрении развитие правовой свободы в доиндустриальном обществе можно разделить еще на два этапа – этнический и сословный. В Древности (в греко-римской цивилизации) правовые культуры создавались отдельными этносами. В таких этно-правовых культурах представители иноэтничных групп не признавались субъектами права, не считались достойными свободы. Миросозерцание эллинов и римлян и, в частности, их правовое сознание убеждало их в том, что варвары от природы предназначены к рабству. В эпоху Средневековья положение изменилось. Этнический признак перестал быть критерием, определяющим разделение на свободных и несвободных. Христианская религия, утверждающая, что перед Богом нет разницы между иудеем и эллином, стала важнейшим культурным фактором объединения европейских народов в рамках такого су-

перэтнуса, в котором правовое положение человека зависело от его сословной, но не этнической принадлежности. Вместо деления на свободных и несвободных общество стало делиться на сословия свободных. Причем сословная принадлежность постепенно утратила связь с этнической принадлежностью.

Кроме того, индустриальное общество с его всеобщим формальным равенством не является концом исторического развития цивилизаций правового типа. В наиболее развитых современных странах достигнуто постиндустриальное общество. В этих странах, с одной стороны, гарантируется всеобщая равная свобода и возрастает объем правовой свободы, гарантированный каждому индивиду. Но, с другой стороны, здесь устанавливаются и реально удовлетворяются потребительские привилегии для низших социальных групп. Это позволяет говорить о новом этапе исторического проявления правовой свободы: всеобщее формальное равенство дополняется (и нарушается) привилегиями для тех, кто в отношениях эквивалентного обмена реально не может удовлетворять минимальные потребности.

Потребительские привилегии для социально слабых – это социальное обеспечение, бесплатное жилье, бесплатное медицинское обслуживание и т.п. Формально такого рода привилегии может получить каждый. Но фактически их получают только те, у кого нет достаточных ресурсов жизнедеятельности; они удовлетворяют свои потребности за счет всех остальных.

Такова “спираль” исторического прогресса свободы. В ходе этого исторического процесса возрастает общий объем правовой свободы. В то же время происходит исторический переход от привилегий для высших групп через всеобщее формальное равенство к привилегиям для низших групп. Когда-то пользование некоторыми социальными благами было привилегией высших сословий. Затем было достигнуто всеобщее формальное равенство в доступе ко всем социальным благам. Это означало для социально слабых формальную возможность, но не исключало фактическую невозможность пользоваться многими благами, иногда даже необходимыми. Ныне представители низших групп вправе пользоваться необходимыми социальными благами по общим, равным для всех правилам и вдобавок могут воспользоваться установленными для них потребительскими привилегиями.

Таким образом, история демонстрирует четыре основных этапа прогрессирующего развития свободы. На первом этапе есть деление на свободных (субъектов права) и несвободных (бесправных). На втором – свободны все, но в разной мере. На третьем – все свободны в равной мере. На четвертом всеобщее формальное равенство нарушается потребительскими привилегиями низших групп. Этим этапам соответствуют четыре исторических типа права и го-

сударства. По терминологии В.С.Нерсесянца это этнический, сословный, индивидуалистический и гуманитарный (гуманитарно-правовой) типы права и государства<sup>8</sup>.

Все государства (государственно-правовые системы) создавались и создаются этносами (или суперэтносами). В исторически *развитой* правовой ситуации этническая принадлежность не имеет значения; здесь этнические различия между членами одного и того же государства, “снимаются” правом, не имеют юридического значения. Но в исторически *неразвитой* правовой ситуации Древнего мира именно принадлежность человека к государствообразующему этносу определяла его способность быть субъектом права и субъектом государства.

Поэтому исторически первый тип права и государства следует считать *этническим* типом. В древних государствах деление на свободных и несвободных, полноправных и неполноправных, граждан и неграждан осуществлялось по этническому критерию. Гражданами (полноправными субъектами) могли быть только люди, относящиеся к этническому сообществу, образовавшему данное государство. Обладателем прирожденных прав (“правовым человеком”) считался только свободный человек, принадлежащий к государствообразующему этносу<sup>9</sup>.

Территориальное расширение древнего государства, вхождение в его состав иноэтничного населения не разрушало этнический принцип государственной принадлежности. Представители тех иноэтнических групп, которые не уничтожались и не обращались в рабство, тем не менее, не могли быть полноправными субъектами, пока они сохраняли свою этническую самобытность и тем самым противопоставляли себя доминирующему этносу. Как правило, государствообразующий этнос ассимилировал иноэтнические группы, остававшиеся в сфере его расселения и властвования. В первую очередь ассимилировались или уничтожались верхние, образованные слои таких групп, которые могли сохранять память о прошлой политической независимости своего этноса. В результате ассимилируемые этносы превращались в локальные культурные группы, в этнический субстрат, который постепенно растворялся в доминирующем, государственно-господствующем этносе. Вбирая в себя иноэтнические группы, он прививал им сознание общей этнополитической принадлежности.

Следующим историческим типом права и государства стал

<sup>8</sup> См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 243–244.

<sup>9</sup> “Так, афинскими гражданами и субъектами афинского права могли быть лишь члены афинских демов (родов), а членами римской гражданской общины (civitas), римскими гражданами и субъектами римского права (ius civile) – лишь квириты (исконные римляне). По своему типу государство и право древности было *этническим*” (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 243).

средневековый *сословный* тип, который в наиболее чистом виде проявился в условиях европейского феодализма. Здесь уже не было рабства и рабовладения, но не было и равной правовой свободы. Этнический критерий деления на свободных и несвободных, полноправных и неполноправных сменился сословным критерием определения меры свободы. Неравноправие сословий выражалось, в частности, в том, что члены низших сословий, хотя и признавались субъектами права и обладали минимальной правосубъектностью тем не менее, не могли участвовать в формировании и осуществлении государственной власти. Занятие высших должностей и вообще участие в делах государственного управления было привилегией аристократии. Неравноправие сословий проявилось и в сословно-представительных монархиях, характерных для позднего европейского средневековья. Представительствосословий в парламенте (совещательном или одобряющем монаршие решения собрания) было непропорциональным. Все сословия, так или иначе причастные к формированию и осуществлению государственной власти, были допущены к власти формально *в разной мере*.

В Средние века первичные права существовали в виде прав-привилегий разных сословий. Это были, по терминологии В.С.Нерсисянца, “сословные права человека”, или “права сословного человека”. Это не личные или фамильные привилегии, даруемые за заслуги, и не потребительские привилегии социально слабых – вроде “права на социальное обеспечение” или “права на бесплатное жилье”. Это сословные права, гарантирующие равный объем свободы каждому члену одного и того же сословия, но разный для разных сословий. При этом права представителей высшего сословия были привилегией, т.е. большим объемом свободы по сравнению с правами низшего сословия.

Правовое различие сословий выражалось не только в отсутствии общих правовых норм и статусов, общего для всех сословий правопорядка. В сословном государстве не было единой правовой системы, каковой в Новое время стало общегосударственное законодательство (в Англии – “общее право”). Средневековое королевское законодательство имело ограниченную сферу действия и конкурировало с другими правовыми системами. Внутрисословные а иногда и межсословные отношения регулировались самостоятельными корпоративными сословно-цеховыми правовыми системами, среди которых выделялись основанное на классическом римском каноническом праве, феодальное (поместное, ленное, манориальное) право, торговое право, городское право и др.<sup>10</sup>

<sup>1010</sup> См.: Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. С. 139–194; Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994.; Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. М., 2000. С.306–339.

В Новое время преодоление феодализма и буржуазные революции привели к упразднению сословных правовых различий и утверждению всеобщего правового равенства. Возник третий исторический тип права и государства – *индивидуалистический*. При этом типе источником правосубъектности становится уже не сословная принадлежность человека, а индивид как таковой. Каждый человек признается субъектом права наравне с другими. Все индивиды признаются равноправными членами общества (гражданского общества), а все граждане (подданные) – равноправными субъектами государства. Права человека и права гражданина провозглашаются естественными и неотчуждаемыми. Они определяют деятельность законодателя, исполнение законов и обеспечиваются правосудием.

В это же время возникает понятие *правового государства*. Нужно подчеркнуть, что правовое государство – это не самостоятельный реальный исторический тип государственности, а идеальный тип, характеристики которого разрабатываются доктриной по мере продолжающегося прогресса права и государства.

В XX в., особенно после второй мировой войны, начинается формирование четвертого исторического типа права и государства, который В.С.Нерсисянц называет *гуманитарно-правовым*. Этот тип соответствует постиндустриальному обществу и складывается в странах, наиболее развитых в экономическом отношении.

Независимо от того, как называть этот тип (можно называть просто новейшим), его содержание сводится к следующему: правовая свобода (прежде всего, собственность) ограничивается уравниловкой, государство занимается перераспределением национального дохода в пользу социально слабых. Здесь развивается социальное законодательство, устанавливающее потребительские привилегии (см. 9.4.).

Государственность этого типа описывается понятием *социального правового государства*. Имеется в виду, что такое государство обеспечивает права человека, и в этом смысле выступает как правовое государство, но в то же время устанавливает потребительские привилегии, которыми может воспользоваться тот, кто в условиях правового равенства оказывается в экономически невыгодном положении. Таким образом, здесь конкурируют правовой и уравнилительные способы социальной регуляции.

## ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА

### 6.1. ПРАВОВОЙ И НЕПРАВОВОЙ ТИПЫ КУЛЬТУРЫ

#### 6.1.1. МНОГОЗНАЧНОСТЬ ТЕРМИНА “ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА”

Выражение “правовая культура” используется в юриспруденции в нескольких значениях.

Во-первых, правовая культура рассматривается как особый тип *культуры*. Имеется в виду культура как искусственный, создаваемый людьми мир, противостоящий естественному состоянию человека и природной среде обитания. Правовая (государственно-правовая) культура, или культура *правового типа*, – это такой тип культуры (социокультуры), при котором достигается и для которого характерна правовая свобода.

В этом смысле различаются правовой и неправовой типы *мировой культуры*. Различение обозначенных таким образом типов культуры, по существу, тождественно различению двух типов цивилизации (цивилизация – это культура обществ с производящей экономикой, принципиально развитая в сравнении с примитивной культурой первобытного общества). С точки зрения юриспруденции, правовая культура характеризует цивилизации персонистского (гражданского) типа, а цивилизации системистского (общинного) типа следует рассматривать как неправовой тип культуры.

В каждой цивилизации можно выделить центральный принцип ее социальной организации. В западной цивилизации таковым является право, но этого нельзя сказать о других цивилизациях. Государственно-правовая действительность и правовая мысль развивались на почве западной культуры, а не китайской, индийской, японской или африканских культур. Это произошло не из-за того, что право означает какое-либо превосходство в области духовных или интеллектуальных достижений, или из-за некоего культурного превосходства Запада, но потому, что право и его институты играли центральную роль в специфической исторической действительности Запада, в то время как в других культурах



эта роль принадлежала другим принципам<sup>1</sup>.

Во-вторых, термином “правовая культура” обозначаются отдельные культуры прошлого и современности (в отдельных цивилизациях, локальных цивилизационных общностях), различаемые в рамках правового типа культуры. В этом смысле правовая культура формируется отдельным народом (особенная правовая культура) или несколькими народами, близкими по своей культуре (общая правовая культура).

В этом контексте можно, например, различать правовые культуры древности, средневековья и Нового времени или говорить о развитых и неразвитых правовых культурах. Так, римское право во времена кодификации Юстиниана свидетельствует о развитой для того времени правовой культуре – особенно в сравнении с эпохой XXII таблиц или в сравнении с неразвитой в правовом отношении культурой германцев, захвативших Западную Римскую империю. Но, с сегодняшней точки зрения, правовая культура Древнего Рима относится к исторически неразвитым правовым культурам.

Сравнение современных правовых культур показывает разный уровень их развитости, разную степень развития правовой свободы у разных народов. С одной стороны, заметны правовые культуры, определяющие международные стандарты прав человека (западноевропейская, североамериканская правовые культуры). С другой стороны, есть правовые культуры, в которых ценность правовой свободы принижена. Современная российская правовая культура (и культура большинства посттоталитарных стран), во многих отношениях является отсталой и неразвитой в сравнении с западноевропейской правовой культурой.

В-третьих, речь идет уже не о культуре и ее разновидностях, а о праве – о сходстве и различиях национальных правовых систем, об особенностях права в разных странах. При этом выражение “правовая культура” используется как характеристика национальной правовой системы или нескольких национальных правовых систем, имеющих сходные черты.

В этом контексте предпочтительно использовать термин не “правовая культура”, а “правовая семья”, хотя в этом вопросе нет устоявшейся терминологии. В этом значении можно говорить о континентальной европейской правовой семье (культуре) или о семье (культуре) общего права, имея в виду общие черты правовых систем в соответствующих странах.

В третьем значении правовая культура включает в себя: 1) особенности правовых норм и институтов, действующих в одной или нескольких странах; 2) особенности правосознания, правовой

---

<sup>1</sup> Подробнее см.: Сурия Пракаш С. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс / Пер. с англ. М., 1996.

идеологии и правовой психологии, юридического мышления в стране (странах); 3) уровень развитости юридической науки, особенности правовой доктрины и разрабатываемых ею правовых понятий; 4) характерные для национальной правовой системы (правовой семьи) источники права; 5) особенности юридической практики, способы правоустановления и реализации права, особенности юридической техники.

В-четвертых, этим термином обозначается то, что иначе можно назвать правовой культурностью. Это мера приобщенности людей к существующей правовой культуре, уровень их правовой развитости и просвещенности, юридической образованности. Этот уровень можно характеризовать, например, как высокую или низкую правовую культуру индивида или социальной группы.

### 6.1.2. ТИПЫ КУЛЬТУРЫ И ДОМИНИРУЮЩИЕ ТИПЫ ЛИЧНОСТИ

Социокультура есть устойчивая система духовного производства. В сфере социокультуры человечество производит духовные ценности, духовные стандарты, нормы общественной жизни и социально-политической организации. Право и государство производятся такой социокультурой, в которой вырабатываются стандарты свободного бытия человека. Правовой тип культуры означает особую разновидность социокультуры и важнейшую составную часть персонцентристской социокультуры.

Система ценностей современной правовой культуры выражена в идеологии естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека и гражданина. Приоритеты этой системы определены в следующем суждении: человек, его права и свободы – высшая ценность.

Историческое развитие правовой культуры порождает такой доминирующий тип личности (социально-этический и социально-психологический феномен), для которого высшей ценностью является свобода. Это правовой тип личности, или индивид.

Поскольку свобода в сообществе возможна лишь как *равная* свобода каждого (равная – в пределах определенного круга свободных), то для правового типа личности характерна ментальная установка на уважение свободы других, подчинение своей свободы общей норме. Правовой менталитет заставляет человека, осознающего свою свободу в рамках некоего сообщества (территориальной общины, группы, сословия, общества, государства), видеть в других членах сообщества субъектов, равных ему в свободе.

Человек, сформировавшийся как личность в условиях правовой культуры, относящийся к правовому типу личности, ценит нормативный порядок свободы (и властные институты, обеспечивающие этот порядок). Он готов защищать свою свободу от произвольного вмешательства частных лиц или публично-властных

субъектов, но в то же время он готов ограничивать свою свободу по общим для всех правилам. Ибо свобода возможна лишь тогда, когда каждый, осуществляя свои права, не нарушает такие же права других.

В развитой правовой культуре законопослушность не означает конформизм. Человек, достаточно осознающий свои права, обычно не смиряется с нарушением его прав властными субъектами и отстаивает права всеми законными средствами, что влечет за собой негативные последствия для должностных лиц государства, нарушающих права. Поэтому в условиях развитой правовой культуры, во-первых, выработаны институты и процедуры, позволяющие эффективно защищать нарушаемые права, а, во-вторых, для должностных лиц государства, даже для рядовых полицейских, характерна относительно высокая правовая культурность.

В правовой культуре собственность (частная собственность) имеет столь же высокий ценностный статус, как и любые другие аспекты правовой свободы (личная свобода, политическая и т.д.). Частная собственность является необходимым условием правовой свободы в целом и составляет экономическую основу, на которой формируется правовой тип личности. Поэтому в либеральных конституциях XIX в. частная собственность провозглашалась священной и неприкосновенной. В развитой правовой культуре сфера отношений собственности образует неполитическое гражданское общество, отделенное от политической сферы, государства.

Институциональным выражением развитой правовой культуры служат либеральная демократия и правовое государство. Только в этих государственно-правовых формах достигается и максимально реализуется политическая свобода, а государственный аппарат, контролируемый избирателями, действительно занимается общими делами граждан.

Атрибутом правового типа личности является правосознание. Феномен правосознания в собственном смысле существует только в правовой культуре. В неправовых культурах существует не правосознание, а *иное* общественное сознание (моральное, религиозное, потестарное и т.д.), для которого характерен *правовой нигилизм*.

В цивилизациях системоцентристского типа преобладают неправовые способы социальной регуляции, прежде всего – силовой способ. В этом смысле общую культуру системоцентристских цивилизаций следует определять как неправовой тип культуры. Эта культура порождает соответствующий доминирующий тип личности.

Для неправовой культуры характерны коллективизм, безусловное подчинение приказам (непременное условие коллективизма) и ограничение личной инициативы, нивелирование отдельных инди-

видов, уравнительность, солидарность, высокая мобилизационная способность населения, особенно в кризисной ситуации. Неправовой тип личности отвергает ценность свободы в пользу общинности, коллективизма, тотальной властной организации общественной жизни, которая дает ощущение стабильности бытия.

Неправовому типу личности присуща рабская покорность в ответ на деспотическое насилие или угрозу его применения. Деспотизм и сервиллизм (раболепство, прислужничество, рабская угодливость) – это два проявления одной и той же сущности: человек, не знающий свободы, не уважающий достоинство личности в самом себе, радостно демонстрирующий свою преданность хозяину (вождю, хану, царю, генеральному секретарю, баши, президенту или иному “первому лицу”), в то же время стремится унижить человеческое достоинство и даже уничтожить, растоптать личность того, кто окажется в его власти, особенно если тот мнит себя свободным.

Собственность (частная собственность) в неправовой культуре имеет низкий ценностный статус. Ибо, во-первых, возможность индивидуального присвоения порождает противоречия интересов индивида и коллектива, разрушает общинный строй. Во-вторых, и это вытекает из первого обстоятельства, здесь собственность – в той мере, в которой она допускается легально или полуполюгально – не гарантирована даже для представителей высших, элитных групп<sup>2</sup>.

Общая культура России – традиционная и современная – занимает срединное положение между культурами Европы и Азии, Запада и Востока. Соответственно, ее нельзя однозначно характеризовать как культуру правового или неправового типа<sup>3</sup>.

С одной стороны, за тысячелетнюю историю России был всего лишь полувековой период (от шестидесятых годов XIX в. до 1917 года), когда не было социальной несвободы. Поэтому для российской культуры характерен коллективизм в самых разнообразных исторических формах: общины, артели, колхоза, трудового коллектива предприятия, коммунистической партии, тоталитарно организованного советского народа и т.д. В современной России

---

<sup>2</sup> Например, в императорском Китае чиновники полуполюгально присваивали часть собираемых ими налогов. “Полуполюгально” – так как, с одной стороны, такое присвоение являлось хищением, но, с другой стороны, чиновники получали заведомо недостаточное жалованье из императорской казны – очевидно, с расчетом на то, что они непременно будут воровать. Понятно, что такое положение делало статус, да и саму жизнь чиновников, абсолютно не гарантированными: любой из них мог быть казнен, а имущество конфисковано.

<sup>3</sup> Подробнее см.: Дзодзиев В. Проблемы становления демократического государства в России. М., 1996. С. 89–136; Оболонский А.В. Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994.

сохраняются невысокий ценностный статус частной собственности, негативное отношение большинства к индивидуализму. Посткоммунистическая российская культура демонстрирует такие явления неправового типа культуры как покорность перед властью имущими, сервиллизм, унижение человеческого достоинства, слабое осознание прав личности, декларированных в конституции и законах (Россия – “ страна рабов, страна господ”). В российском массовом сознании свобода традиционно понимается как *воля* – анархия, отсутствие внешних ограничений, “озорничество”, но не как правовая свобода, не как формально равная возможность выбора в рамках общих для всех правил.

Что касается российской государственности, то здесь никогда не было даже подобия либеральной демократии. Для российской политической культуры характерны авторитаризм и патернализм. В российском массовом сознании государство (аппарат государственной власти) закономерно воспринимается как нечто отдаленное, отчужденное от “остального народа”, от “общества”. Сохраняется и вера в “доброе царя”, способного защитить народ от произвола “злых бояр”.

С другой стороны, в истории России были периоды, когда страна в своем развитии поворачивалась в сторону правовой культуры, после которых, однако, всегда наступала антиправовая реакция.

В этом отношении российская история в XX в. особенно трагична. Демократическая революция 1917 г. произошла во время тяжелейшей войны, а поэтому любые демократические правовые преобразования в этот момент были обречены на провал. Для сохранения политического порядка в условиях войны, для выхода революционной страны из войны с наименьшими потерями была нужна диктатура. И такую диктатуру закономерно установили не разрозненные демократически ориентированные элиты, а политическая сила, отвергающая правовую свободу, наиболее последовательная в осуществлении диктатуры – большевики. Они сумели использовать коллективистское начало российской культуры, доведя его до крайней, гипертрофированной формы, превратили все общество в огромный деспотически организованный коллектив – жесткую тоталитарную систему, функционирующую на основе коммунистической идеологии. Сталин воспитал людей, не имевших даже представлений о свободе (“народ, не сознающий своего рабства”). Поэтому и сегодня коммунизм с его преступлениями против человечества не оценивается большинством населения страны как однозначно негативное явление.

В период посттоталитарного развития в России произошел качественный переход от принципиально неправовой культурно-политической ситуации к принципиально правовой, от системы,

которая в принципе отрицала правовую свободу, к системе, которая в принципе допускает правовую свободу. Но, несмотря на этот переход, правовой тип личности отнюдь не стал и не мог стать доминирующим. (Моисей водил свой народ по пустыне сорок лет, пока не произошла необходимая смена поколений и люди, духовно сформировавшиеся в условиях несвободы, не перестали доминировать). Незрелость российской правовой культуры объективно сдерживает процесс формирования в стране демократического правового государства.

## **6.2. ПРАВОВОЕ СОЗНАНИЕ – ФЕНОМЕН ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ**

### **6.2.1. ПОНЯТИЕ И ФУНКЦИИ ПРАВОСОЗНАНИЯ**

Правосознание – это способ бытия права (бытие права в сознании). Правосознание формируется как психическое отражение правовой действительности. Но правовая действительность не существует помимо воли и сознания субъектов права. Именно правосознание позволяет субъектам права воздействовать на эту специфическую социальную действительность, изменять ее, создавать новую правовую действительность, вырабатывать новые правовые нормы в процессе взаимодействия с другими субъектами права.

Правовые нормы (правила правового общения) возникают как продукт сознательно-волевой деятельности индивидов, вырабатываются правосознанием – сознанием взаимодействующих субъектов права, объективируются в общественном правосознании (см. 4.3.3.). В этом контексте правосознание не есть нечто внешнее по отношению к праву: право – это объект, порождаемый сознанием и существующий в сознании субъектов права.

Однако правовые нормы объективируются не только в правосознании, но и в правоотношениях и в официальных текстах (невозможно право, объективированное лишь в сознании людей). Правовые нормы – это общеобязательные правила, существующие в форме обычая или закона (позитивное право). В этом качестве они возникают и существуют как специфическая социальная действительность и являются объектом познания для субъектов права. И если рассматривать соотношение права (правовых норм) и правосознания в этом контексте, то уже не правовые нормы оказываются продуктом правосознания, но правосознание выступает как результат познания, осознания, осмысления отдельных

правовых норм, правовых явлений и права в целом.

Правосознание следует отличать от *правопознания*. Правосознание формируется на основе правопознания, в процессе и в результате познания права, осознания сущности правового общества. Функцию познания права выполняет сознание как таковое, хотя и в контексте правовой культуры. Вне правовой культуры правопознание невозможно.

Бытие права в сознании – это представления о праве, а также о государстве (правовой организации власти). Более точно – это представления, существующие в сознании субъектов права. Поскольку таковыми являются, прежде всего, свободные индивиды, то правосознание – это представления о праве *свободных*. В сознании несвободных либо, вообще, нет места для правосознания, либо существуют искаженные представления о праве. У рожденных несвободными и не знающих, что такое свобода, не может быть адекватных представлений о праве. Точно так же не может быть правосознания в условиях неправовой культуры, деспотии. Правосознание людей, сформировавшихся как личности в условиях тоталитарного режима, является ущербным. Им непонятны идеология прав человека, смысл частной собственности.

Правосознание складывается из нескольких компонентов. По меньшей мере, это знание (информация) о существующем праве, оценка существующего права и установки на определенное поведение в соответствии с этой оценкой, а также представления о должном быть праве. Все эти компоненты взаимосвязаны. Так, с одной стороны, оценка существующего права предполагает некую нормативную позицию оценивающего субъекта, выражающую его представления о должном быть праве. С другой стороны, такая нормативная позиция вырабатывается на основе знания о существующем праве. Нормативно-*правовая* позиция не может быть выработана на основе каких-то *неправовых* ценностных устремлений, убеждений и ориентаций.

Эти компоненты позволяют говорить о трех функциях правосознания – информативной, регулятивной и правоформирующей. Вряд ли можно говорить о самостоятельной оценочной функции правосознания, ибо оценочный элемент присутствует и в регулятивной, и в правоформирующей, и даже в информативной функции, когда индивиды оценивают информацию как имеющую или не имеющую юридическое значение, нужную или ненужную, воспринимают или отвергают, отбирают, сортируют информацию в соответствии со своими ценностными установками.

*Информативная функция* правосознания позволяет знать право, иметь представления о существующем праве. Сюда входят представления о действующих правовых нормах и о субъективных правах и юридических обязанностях, которые существуют у

субъектов права или возникают в правовых ситуациях. Причем это не только рациональное знание, но и чувственные представления, ощущения, мнения, образы. Все эти представления могут быть более или менее адекватными, истинными или ложными.

*Регулятивная функция* осуществляется под воздействием, прежде всего, информативной функции правосознания. Она ориентирует, настраивает индивида в конкретных правовых ситуациях в соответствии с его знанием права и ценностными ориентирами. Имея информацию о существующем праве и оценивая его с позиции своих интересов (а иногда и с позиции представлений о должном быть праве), индивиды вырабатывают установки на определенное юридически значимое поведение. Причем это могут быть установки не только на правомерное, но на противоправное поведение.

*Правоформирующая функция* осуществляется в процессе взаимодействия индивидов в масштабе национальной правовой культуры. Осознание сущности, смысла правовой регуляции и, на этой основе, оценка законов и существующих норм права позволяет индивидам трансформировать их интересы в ценностно-нормативные суждения о правовой действительности, т.е. в представлениях о должном быть праве. Сюда входят, правовые идеи, ожидания, требования официального признания некой меры правовой свободы и т.д. Причем эти оценки, ожидания, требования могут быть обоснованными и безосновательными.

### 6.2.2. КЛАССИФИКАЦИЯ ПРАВОСОЗНАНИЯ

Правосознание принято структурировать и классифицировать по различным основаниям.

По субъектам различаются *индивидуальное, групповое и общественное* правосознание. Разумеется, реальными субъектами (носителями) правосознания являются только индивиды, но не коллективные субъекты (группы, сословия, народы и т.д.). Групповое правосознание и общественное правосознание – это обобщенная характеристика правосознания отдельных индивидов, образующих социальные группы и, соответственно, население страны. В том же смысле можно говорить о правосознании, характерном для определенной исторической эпохи или правовой культуры.

Групповое правосознание – это представления о праве, характерные для определенных социальных групп, демонстрирующие различия и специфику правосознания этих групп. При этом имеются в виду реальные социальные группы (местные сообщества, общественные формирования, формальные и неформальные коллективы), а также условные группы, различаемые наукой именно по причине различий правосознания (разные половозрастные



группы, служащие правоохранительных органов и правонарушители, работодатели и наемные работники, группы с существенно разным уровнем доходов и т.п.).

Общественным (по существу – национальным) правосознанием называются представления о праве, присущие большинству членов общества, точнее – большинству индивидов, интегрированных в государство и соответствующую национальную правовую культуру. Правовые нормы объективированы в правосознании не просто отдельных индивидов, а множества людей, формирующих национальную правовую культуру (национальную правовую систему).

По уровню юридической образованности, информированности принято различать *массовое*, или *обыденное*, и специализированное правосознание, в частности, *профессиональное* правосознание юристов. По существу речь идет о групповом правосознании – в больших условных группах. Массовое правосознание формируется в повседневной жизни при недостатке точной информации о праве. Поэтому в массовом правосознании, особенно в неразвитой правовой культуре, существуют заблуждения относительно права и государства, безосновательные мнения, требования, ожидания, неточные и даже искаженные представления о правовых нормах. Для профессионального правосознания юристов такие заблуждения не характерны, хотя они возможны даже в развитой правовой культуре (*errare humanum est*).

В зависимости от характера правообразования различаются *эмпирический* и *теоретический* уровни правосознания.

Теоретическое (научное, доктринальное) правосознание формируется путем научного изучения права и государства. Оно накапливает и систематизирует знание о праве и государстве, выражается в виде юридических понятий, теорий, доктрин и т.п. Понятно, что теоретическое правосознание не может проявляться как общественное правосознание. Оно может быть индивидуальным или групповым – общим в рамках одной научной школы. В то же время в доктринальном правосознании выработаны правовые принципы, общие для всех правовых культур (см. 8.1.; 8.2.; 8.3.).

Эмпирическое, практически ориентированное правосознание складывается в процессе практической деятельности субъекта и служит ему повседневным средством ориентации в его культурной среде. Оно формируется в процессе переживания и осмысления *конкретных* юридически значимых ситуаций, правовых отношений, в которых участвуют индивиды. При этом источником информации о праве обычно являются не нормативные тексты, а индивидуальные акты, юридически значимые действия (правомерные и неправомерные). Иначе говоря, субъект, постигающий

право эмпирическим путем, вырабатывает представления о праве преимущественно на уровне представлений о субъективных правах и юридических обязанностях в типичных ситуациях, точнее – в ситуациях, которые он считает типичными. Поэтому для эмпирического правосознания характерно ситуативное, конкретное правовое мышление, ориентированное на ситуации, с которыми у субъекта связаны определенные переживания.

Кроме того, в структуре правосознания различаются *правовая идеология* и *правовая психология*. Правовая идеология – это рациональные, логико-понятийные представления о праве, в основе которых лежат правовые знания и навыки правового общения. В сфере правовой идеологии вырабатываются и используются абстрактно-логические правовые понятия, принципы, конструкции и т.д. Правовая психология – чувственно-эмоциональное восприятие права и, соответственно, иррациональные представления о праве, слагающиеся из ощущений, переживаний, образов, символов, настроений. В неразвитом правосознании преобладает восприятие права на уровне правовой психологии. Однако и теоретически развитое правосознание включает в себя не только правовую идеологию, но и элементы правовой психологии – чувственно-образное отражение права.

В контексте регулятивной функции различают *законоодобряющее*, *законопослушное* и *закононарушающее* правосознание<sup>4</sup>.

Законоодобряющее правосознание существует тогда, когда представления о должном быть праве в общем и целом совпадают с представлениями о существующем (официально выраженном, законном праве). Для носителей законоодобряющего правосознания типичны установки на правомерное поведение. При этом авторитет закона или страх наказания не играют определяющей роли.

В условиях развитой правовой культуры должностные лица, применяющие законы, особенно судьи, воспринимают законы как должное быть право. Например, судья, применяющий законы, должен быть убежден в том, что его представления о надлежащем праве в общем и целом совпадают с представлениями законодателя. В противном случае судья должен уйти в отставку, и, уже как частное лицо, он может требовать изменения законов.

Законопослушное – это прагматичное правосознание, в котором установки на законопослушное поведение вырабатываются в силу привычки, под влиянием авторитета закона и страха наказания. При этом положительные или отрицательные оценки содержания конкретных законов (существующего права) не имеют большого значения для установки на законопослушное поведение. В отдель-

<sup>4</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М., 1999. С. 270–271.

ных случаях носители законопослушного правосознания могут совершать правонарушения, даже серьезные, – если, с одной стороны, интересы такого субъекта в конкретной ситуации вызывают у него соблазн нарушить право, а, с другой стороны, он почему-либо убежден, что в этой ситуации он останется безнаказанным.

Закононарушающее – это правосознание, в котором вырабатываются установки на закононарушающее поведение. Есть множество вариантов закононарушающего правосознания.

Во-первых, законы могут отставать от уровня развития национальной правовой культуры, от прогрессивных правовых требований большинства социальных групп. Такое возможно в предреволюционной ситуации, когда представления о должном быть праве (истинные или ложные) могут существенно расходиться с оценками существующих законов (противопоставление права и закона).

Во-вторых, законы могут опережать уровень национальной правовой культуры, уровень правосознания большинства социальных групп. Такое возможно при трансферте развитого правового законодательства в неразвитые правовые культуры. В результате многие законоположения оказываются фиктивными, не акцептируются правосознанием большинства населения. В этом варианте правосознание выступает как закононарушающее постольку, поскольку оно еще “не доросло” до законодательства развитых правовых культур. Причем закононарушающие мотивы присутствуют и в массовом правосознании, и в официально-должностном (специальном) правосознании. Например, в России некий уровень корпорации воспринимается правосознанием большинства групп как фактическая норма, в пределах которой законы не действуют.

В-третьих, в условиях нормального правового развития, когда законы в общем и целом соответствуют уровню правовой культуры, всегда есть маргинальные группы с отклоняющимся, девиантным правосознанием. Это люди, почему-либо не вписывающиеся в существующую общую правовую культуру, или просто люди с низкой правовой культурой. Если выполнение правовых предписаний существенно противоречит их интересам, они совершают правонарушения. Причем, взвешивая возможные преимущества и недостатки, выгоды и невыгоды, положительные и отрицательные последствия законопослушного и закононарушающего поведения, эти люди все-таки выбирают последнее. Здесь тоже может быть противопоставление права и закона, но на основе девиантных или просто ложных представлений о праве и справедливости.

Закононарушающее *правосознание* маргиналов нельзя отождествлять с *правовым нигилизмом*, характерным для особых маргинальных групп – криминальных. Поскольку закононарушающее правосознание – это все же правовое сознание, в нем непременно присутствуют хоть какие-то правовые ценности. Человек может

мотивировать собственное закононарушающее поведение своей якобы исключительностью и в то же время считать действующее право обязательным для всех остальных, ценить собственную правовую свободу и хотя бы в этом усматривать ценность права.

Криминальное маргинальное сознание – это тоже закононарушающее сознание, но это уже не *правосознание*, а разновидность *правового нигилизма*. В криминальном сознании отрицаются ценность права вообще, ценность человеческой жизни, собственности, неприкосновенность личности и другие правовые ценности.

### 6.3. ПРАВОВОЙ НИГИЛИЗМ

#### 6.3.1. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ПРАВОВОГО НИГИЛИЗМА

Понятие правового нигилизма отражает явления, выступающие антиподом правовой культуры. Правовой нигилизм – это отрицание правовой регуляции в пользу иных способов социальной регуляции, отрицание ценности права, неприятие правовой свободы и правового равенства, правовой культуры. Это отрицание ценности права целыми культурами или субкультурами, отдельными индивидами или группами.

Нигилистическое отношение к праву и государству проявляется тогда, когда некая культура или субкультура, столкнувшись с феноменом правовой свободы, отвергает эту свободу как ненужную или даже враждебную ей. Поэтому некорректно говорить о правовом нигилизме применительно к доправовым, примитивным культурам.

Термин “правовой нигилизм” имеет два значения. В первом – это принцип социальной организации неправовых культур.

Правовой нигилизм в этом смысле характерен, прежде всего, для традиционных неправовых культур, которые в том или ином виде до сих пор сохраняются во многих странах Азии и Африки. Господствующие здесь социальные доктрины (идеология, этика, религиозные доктрины) принижают ценность индивидуальной свободы и утверждают ценности коллективизма, солидарности, моральной ответственности, обязанности по отношению к Богу, общине, семье и т.п. В этих странах традиционная соционормативная регуляция, которая включает в себя моральные, религиозные и силовые компоненты, направлена на сохранение существующей социальной системы. Право же с его формальной свободой считается несовершенным или даже непригодным способом социальной регуляции, так как правовая свобода позволяет людям действовать, руководствуясь эгоистическими частными интересами, вопреки

интересам сохранения традиционной системы. В этих культурах правовое равенство считается безнравственным и недопустимым, ибо оно разрушает традиционный порядок. Действительно, такие культуры постепенно разрушаются под влиянием современной правовой культуры, идеологии прав человека – в той мере, в которой они допускают проникновение чуждой им правовой культуры.

Нигилистическое отношение к праву и государству характерно и для тоталитаризма с его силовым, властно-приказным социальным регулированием. Тоталитаризм (современная разновидность деспотизма) отвергает правовой способ соционормативной регуляции в пользу регулирования силового типа.

Не следует отождествлять правовой нигилизм с нарушениями законности, несоблюдением и неисполнением законов властными субъектами. В неправовых культурах само законодательство служит формой проявления правового нигилизма.

Правовой нигилизм во втором значении – это проявление маргинальной субкультуры в условиях преобладания культуры правового типа (по существу такая субкультура – это антикультура, негативная культура, противопоставляющая себя господствующей культуре). Правовой нигилизм в этом смысле представляет собой девиантное индивидуальное или групповое сознание и соответствующее антиправовое поведение отдельных индивидов и групп, не способных интегрироваться в правовую культуру. Носителями такой антиправовой субкультуры выступают, во-первых, организованные криминальные сообщества, противопоставляющие себя государству (государственно-правовому сообществу), и, во-вторых, люмпенские слои населения. Последние образуют социальную базу для криминальных сообществ, а в некоторых исторических ситуациях – для антиправовых политических сил (политических движений и организаций, политических режимов).

При правовом способе социальной регуляции люмпенские слои населения находятся в экономически невыгодном положении. Это порождает в индивидуальном и групповом сознании люмпенства ложные, коммунистические представления о несправедливости существующего общественного строя с его государством и правом и требования “социальной справедливости” (по существу – требования уравниловки и силовой социальной регуляции). В раннем индустриальном обществе, когда в производстве используется в основном неквалифицированная или малоквалифицированная рабочая сила, массы наемных работников образуют люмпенские социальные группы. Это люди, социальное положение которых таково, что правовая свобода и государственно-правовой порядок, собственность и другие права человека не имеют для них ценности. Они готовы к революции с целью коммунистического переустройства общества, т.е. к ликвидации пра-

вовой свободы (см. 9.3.1.).

По мере индустриального развития, с одной стороны, промышленный труд становится более квалифицированным и оплачивается выше, с другой стороны, организуется государственное перераспределение национального дохода в пользу групп, находящихся в экономически невыгодном положении (см. 9.4.). Экономическое люмпенство утрачивает массовый характер, хотя остаются отдельные маргинальные группы с люмпенской, антиправовой субкультурой. Именно эта субкультура служит питательной средой и для организованной преступности, и для коммунистических или фашистских партий, иных террористических организаций.

Однако в индустриально неразвитой ситуации, в условиях резких социально-экономических изменений люмпенские группы с их правовым нигилизмом могут стать преобладающей частью городского населения (за счет разорения мелких собственников и миграции разорившейся части сельского населения). В таких условиях может быть установлена национал-социалистическая, фашистская или коммунистическая диктатура, заменяющая право силовой социальной регуляцией.

Для правового нигилизма как маргинальной субкультуры характерны: 1) неспособность носителей этой субкультуры понять смысл правовой свободы, осознать смысл прав и свобод личности, юридическая некомпетентность (отсутствие правовых знаний); 2) негативное отношение к праву и государству; 3) распространенность навыков и стереотипов неправового и противоправного поведения.

Нигилистическое отношение к праву и государству присутствует и в России. Оно существовало в традиционной российской культуре и было многократно умножено в форме коммунистического правового нигилизма. В посткоммунистической России, с одной стороны, в социальной структуре преобладает экономическое и духовное люмпенство, с другой стороны, правящие бюрократические элиты воспроизводят в новых условиях неправоновые методы социальной регуляции и грубо нарушают конституционно провозглашенные права человека. Уровень коррупции таков, что иногда трудно определить, где кончается государство и начинается организованная преступность. В такой обстановке процветают криминальные группировки, фактически противопоставившие себя государственно-правовому строю, и формируются радикальные политические движения национал-социалистической и коммунистической ориентации.

Преодоление правового нигилизма в такой стране как Россия – длительный исторический процесс. Необходимой предпосылкой к этому является изменение социальной структуры, существенное снижение доли экономического люмпенства в составе населения,

возрастание доли индивидов-собственников. Лишь на такой основе возможно становление правового типа личности доминирующим. Лишь при таких условиях возможны осознание большинством населения смысла правовой свободы и реализация ценностей современной правовой культуры, переход от декларирования прав человека к их практическому осуществлению, формирование правового государства.

### 6.3.2. КОММУНИСТИЧЕСКИЙ ПРАВОВОЙ НИГИЛИЗМ

Коммунизм – это идеология рабов, неимущих, люмпенов и вообще тех, кто почему-либо не способен осуществить абстрактную возможность быть собственником и в силу этого не способен понимать смысл, сущность, ценность правовой свободы. В этом смысле марксистское (коммунистическое) негативное отношение к свободе не является исключением. Марксизм в своем идеологическом аспекте сформировался в середине XIX века как идеология промышленного пролетариата (экономического и духовного люмпенства).

В коммунистической идеологии подчеркивается то обстоятельство, что правовая свобода и правовое равенство (в частности, равная возможность быть собственником) означают лишь формально равные возможности для имущих и неимущих. Далее марксизм утверждает, что в условиях правовой свободы неимущие фактически попадают в зависимость от имущих, становятся объектом эксплуатации. С марксистской точки зрения, формально равная свобода есть реальная свобода для имущих, свобода, позволяющая угнетать неимущих (пролетариат); поэтому для “реального освобождения” пролетариата нужно создать такое общество, в котором не будет правовой свободы, не будет собственности, права и государства.

Иначе говоря, если правовая свобода оказывается свободой угнетать других, так пусть никто не будет юридически свободным! Не использование государственно-правовой формы свободы для удовлетворения потребностей максимально возможного числа людей, а уничтожение правовой свободы – такова *классовая* позиция экономического и духовного люмпенства.

Такое общество, где не будет права, коммунисты полагают царством “подлинной свободы”, ибо здесь якобы не будет эксплуатации человека человеком. Однако такая коммунистическая “свобода” невозможна как *свобода* ни логически, ни, как показала история социализма, практически<sup>5</sup>.

Действительно, в таком обществе человек как частное лицо не

<sup>5</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С.133.

сможет подчинять себе других, так как здесь не будет частных лиц – свободных индивидов. Здесь отдельный человек будет поглощен организацией тотальной (деспотической) власти.

Коммунистическая “свобода”, запрещающая собственность (присвоение ресурсов жизнедеятельности), означает, что человек не может удовлетворять свои потребности формально независимо от других, от “всех”, ибо ресурсы жизнедеятельности принадлежат всем вместе и никому в отдельности. Распоряжаться (от имени “всех”) этими ресурсами, их производством, накоплением, распределением и потреблением, будет всеобъемлющая организация власти, которая и логически, и практически может быть властью только деспотической, чисто силовой.

Когда социально слабые требуют сверхсильной политической власти, которая защитит их от социально сильных (эксплуататоров, капиталистов, “олигархов” и т.п.), когда они требуют уравнилельного распределения, они тем самым отказываются от свободы и требуют власти деспотической. Но деспотическая власть не гарантирует ничего и никому. Так что отказ от свободы не дает никакой социальной защищенности. Здесь уместно напомнить высказывание Б.Франклина: народ, готовый променять хоть толику своей свободы на защищенность, не достоин ни свободы, ни защищенности.

Таким образом, марксистское пролетарско-классовое негативное отношение к государству и праву проистекает из непонимания, неприятия и извращения сущности правовой свободы. Коммунистическая идеология видит в праве и государстве лишь насилие над неимущими, эксплуатируемыми в интересах имущих, эксплуататоров. Ради “подлинной свободы” нужно, по марксистской терминологии, “освободить будущее человечество от государства и права, от любых форм государственно-правового давления и принуждения, сделать всех в высшей мере сознательными и свободными”<sup>6</sup>. Многие современные марксисты признают эту “благородную” цель утопической, но это не меняет их негативного отношения к праву и государству как “насилию”, “угнетению”, “подавлению” и т.п.

---

<sup>6</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Отв. ред. М.Н.Марченко. – Т.1. Теория государства. М., 1998. С.156.



## ФЕНОМЕНОЛОГИЯ ПРАВА

### 7.1. ВИДЫ ПРАВОВЫХ ЯВЛЕНИЙ

При рассмотрении вопроса о понятии права (права и государства) основное внимание уделялось уяснению сущности права, которая раскрывается через принцип формального равенства. Феноменология права рассматривает правовые (государственно-правовые) явления, т.е. социальные явления которые возникают при правовом способе социальной регуляции. Правовые явления – это такие социальные феномены (социальное сущее), в которых и через которые выражается правовая свобода.

Правовые явления классифицируются следующим образом: (1) поведение, подчиненное праву; (2) проявления права в сознании; (3) авторитетные тексты, в которых формулируется право и, прежде всего, официальные юридические тексты – правовой “продукт” публично-властной деятельности.

Других видов правовых явлений не существует. В частности, нормы права – это не самостоятельный вид правовых явлений, а правила должного, которые проявляются посредством правовых явлений, объективируются в правовых явлениях. Правовые явления – это способы бытия правовых норм.

Итак, все многообразие правовых явлений сводится к трем видам. Во-первых, это правоотношения, т.е. отношения, подчиненные правовым нормам; сюда входит поведение субъектов, связанных субъективными правами и юридическими обязанностями, а также действия и решения, направленные на установление правоотношений. Во-вторых, это правосознание, т.е. представления о праве, существующие в сознании субъектов права. В-третьих, это источники или носители информации о праве – авторитетные юридические тексты, письменные и устные, к которым относятся и авторитетные высказывания о праве, и официальные юридические документы (законы, судебные решения и т.д.), и оформленные договоры частных лиц.

Может возникнуть впечатление, что существуют и другие правовые явления: например, субъект права, правовые обычаи, правовые процедуры (правовой порядок приобретения прав и обязанностей, разрешения споров о праве), правовая доктрина и т.д. Но это не самостоятельные виды, а лишь частные проявления,

элементы или сочетания названных видов правовых явлений. Так, субъект права – это субъект, обладающий качеством правосубъектности (способный участвовать в правоотношениях) и участвующий в правоотношениях. Субъект права не существует вне правоотношения. Субъект права и субъект правоотношения суть одно и то же. Правовые процедуры суть особые, процессуальные правоотношения. Правовая доктрина представляет собой одно из проявлений правосознания (теоретическое правосознание). Правовой обычай (правовые нормы в форме обычая) как явление означает обычные правоотношения – отношения, подчиненные нормам, сложившимся в обыденном правосознании.

Государство – это тоже правовое явление (институциональная форма правовой свободы людей). В этом смысле государство можно рассматривать и как систему публичноправовых отношений (властеотношений), и как феномен правосознания (представления о формах и содержании властеотношений, о пределах властвования и подчинения), и как систему публичноправовых законов.

## 7.2. СОДЕРЖАНИЕ ПРАВОВЫХ ЯВЛЕНИЙ

### 7.2.1. ПРАВОВЫЕ НОРМЫ

Содержание правовых явлений, или содержание права, можно представить как (1) субъективные права и юридические обязанности, (2) правовые статусы и (3) правовые нормы. Причем, как будет показано ниже, в развитых правовых системах нормы права, заключают в себе почти всю информацию о содержании правовых явлений.

*Субъективное право* – это индивидуальная мера свободы, позволяющая определенное поведение управомоченного субъекта либо позволяющая ему требовать определенного поведения от обязанного субъекта. Субъективные права и корреспондирующие им юридические обязанности суть *простейшие элементы* содержания всех правовых явлений. Совокупность исходных, первичных субъективных прав и юридических обязанностей, определяющих правовое положение субъектов в обществе и государстве, называется правовым статусом. *Правовой статус* – это тоже содержательная характеристика правовых явлений.

*Правовые нормы* – это правила должного (правила поведения), в которых абстрактно описываются субъективные права и юридические обязанности. Принцип формального равенства выражен, прежде всего, в особом характере правовых норм. Иначе го-

вора, правовые нормы – это правила должного, описывающие права и обязанности, которые установлены по принципу формального равенства.

Право, или так называемое объективное право, – это особый *соционормативный регулятор*. Любая развитая регулирующая система состоит из норм (правил должного), выражающих определенный принцип регулирования, т.е. развитая регулирующая система есть система неких норм. Таким образом, объективное право – это особые нормы, которым подчиняется социально значимое поведение людей (регулировать – подчинять правилу), а именно: нормы, регулирующие по принципу формального равенства.

Следовательно, правовые явления суть такие явления, в которых не просто проявляется принцип формального равенства, а в которых объективируются (проявляются) нормы права. Если есть правовая норма, она должна проявляться через содержание правовых явлений. Другое дело, что для существования правового явления наличие правовой *нормы* не обязательно (см. 7.3.2.). Например, частноправовое отношение – это отношение, стороны которого (частные лица) связаны правами и обязанностями, установленными по принципу формального равенства. Причем возможны такие частноправовые отношения, в которых права и обязанности сторон не предусмотрены существующими нормами права. Так, по мере исторического развития частного права сначала возникают новые правоотношения, а затем уже закрепляются соответствующие нормы права. Но в исторически развитых правовых системах почти все существующие права и обязанности достаточно полно описываются нормами права.

Следует еще раз отметить, что норма права сама по себе – это еще не (правовое) явление. Ибо любая социальная *норма* – это не *явление*, а правило должного, модель, эталон социальных явлений (социального сущего). Так, норма права, сформулированная в законе, тем самым *объективируется* – обретает способ своего бытия, внешнего выражения. Но правовым *явлением* в данном случае будет не само правило должного, а особая разновидность социального сущего – закон, содержащий формулировку правовой нормы, нормативно-правовой текст закона.

Нормы права *объективируются* в правовых явлениях. Они составляют содержание правовых законов и правовых обычаев. Они содержатся в правосознании. Они описывают (и предписывают) содержание правоотношений, воплощаются, реализуются в их содержании, и в этом смысле они содержатся в правоотношениях.

### 7.2.2. ПРАВОВАЯ НОРМА И СУБЪЕКТИВНЫЕ ПРАВА. ПЕРВИЧНЫЕ И ВТОРИЧНЫЕ НОРМЫ

Существует два типа (две основные разновидности) правовых норм – первичные и вторичные. Они различаются по характеру субъективных прав, описываемых нормами. Есть вторичные права, которые субъекты права *могут приобретать* в соответствии с правовыми нормами, и есть права первичные, которые *исходно существуют* у субъектов в силу их признанной или установленной правосубъектности. Соответственно есть правовые нормы, которые предусматривают возможность возникновения (изменения или прекращения) субъективных прав (и обязанностей) у конкретных субъектов. Но есть и такие правовые нормы, которые описывают субъективные права, уже существующие у субъектов определенного вида, например, у каждого человека.

Так, в соответствии с нормами гражданского права любой конкретный человек может приобрести (или утратить) *конкретное* субъективное право собственности на определенное имущество. Иначе говоря, в ситуации, которая предусмотрена нормой, у человека могут возникнуть (измениться, прекратиться) права собственника конкретного имущества.

В то же время у каждого человека (абстрактного человека) есть субъективное право (абстрактная возможность) быть собственником вообще – независимо от того, является ли он реально собственником какого бы то ни было имущества. Это не конкретное, а *абстрактное* субъективное право – право быть собственником вообще. Оно описывается нормой “каждый вправе иметь имущество в собственности”. Это не такое субъективное право, которое может возникнуть или возникает у человека в определенной ситуации. Оно относится к числу неотчуждаемых прав, которые признаются существующими у каждого человека в силу его правовой свободы. Это *первичное* субъективное право конкретизируется во множестве вторичных правовых норм, устанавливающих правила приобретения, возникновения, изменения и прекращения (вторичного) субъективного права собственности на определенное имущество. То же самое следует сказать обо всех остальных естественных неотчуждаемых правах – первичных, абстрактных субъективных правах.

Другой пример. В правовой статус (компетенцию) Президента РФ входит первичное, абстрактное субъективное право (полномочие) издавать указы и распоряжения. Оно установлено в первичных нормах ст.90 Конституции РФ. Далее, Конституция и федеральные законы устанавливают вторичные нормы, конкретизирующие абстрактное право издавать указы. Например, эти нормы

предусматривают ситуации, в которых у Президента возникает вторичное, конкретное субъективное право (и обязанность) издавать указы – о назначении Председателя Правительства РФ, федеральных судей, выборов в Государственную Думу, о роспуске Думы, о структуре федеральных органов исполнительной власти и другие. Иначе говоря, у Президента всегда есть абстрактное право издавать указы – акты особой юридической силы, но реализовать эту абстрактную возможность Президент вправе и обязан лишь в соответствии с правилами (вторичными нормами), установленными в Конституции и федеральных законах.

Следовательно, есть правовые нормы *первичные*, в которых формулируются первичные, абстрактные субъективные права, и *вторичные*, устанавливающие правила приобретения, возникновения, изменения и прекращения всех остальных (вторичных, конкретных) субъективных прав и юридических обязанностей.

Причем субъективные права и юридические обязанности, составляющие содержание типичных (нормальных) правовых явлений, всегда можно *обобщить* в виде правовых норм – будь то первичных или вторичных. С известной оговоркой<sup>1</sup> можно сказать, что существующие правовые нормы в обобщенной форме заключают в себе почти все многообразие существующих и возможных прав и обязанностей. Поэтому и содержание правовых явлений может быть описано и описывается нормами права.

### 7.2.3. ПРАВОВАЯ НОРМА И ПРАВОВОЙ СТАТУС

В юриспруденции используется понятие правового статуса. *Правовой статус* – это юридически закрепленное постоянное положение субъекта определенного вида в обществе и государстве. Правовой статус складывается из *первичных* субъективных прав и юридических обязанностей. Иначе говоря, права и обязанности, составляющие правовой статус субъекта, – это такие права и обязанности, которые постоянно, всегда существуют у каждого субъекта определенного вида.

Правовым статусом обладают не только индивиды, но и юридические лица – предприятия, общественные объединения, органы государства, органы местного самоуправления и другие институциональные субъекты. Правовой статус органа государства или местного самоуправления – это его *компетенция*.

Правовой статус нельзя отождествлять с правовой ролью, в ко-

<sup>1</sup> Даже в исторически развитой правовой ситуации в качестве исключения возникают такие единичные правоотношения, в которых *ad hoc* установлены права и обязанности, не предусмотренные нормами права. Эти права и обязанности сторон правоотношения не вытекают из существующих норм права, хотя и не противоречат этим нормам.

торой может оказаться каждый субъект права<sup>2</sup>. Например, нет правового статуса продавца, а есть права и обязанности, которые может приобрести любой субъект, которому его правовой статус позволяет выступать в *правовой роли* продавца и приобретать соответствующие права и обязанности. Права и обязанности, составляющие содержание правовой роли, суть *вторичные* и описываются *вторичными* нормами права.

Особое значение в праве имеет *общий правовой статус человека и гражданина*. Это правовой статус, который принадлежит каждому человеку (каждому гражданину), а не правовой роли, которую человек “играет” в обществе или в которой он оказывается в определенной социальной ситуации. Правовые нормы, фиксирующие общий правовой статус, прежде всего, описывают субъективные права, которые есть у каждого индивида – естественные и неотчуждаемые права и свободы человека и гражданина. Основная обязанность, которая входит в общий правовой статус – это обязанность быть законопослушным, соблюдать конституцию и законы.

Таким образом, нормы права описывают либо права и обязанности, которые принадлежат каждому субъекту определенного вида (первичные нормы), либо права и обязанности, которые являются принадлежностью правовой роли и приобретаются субъектом в соответствующей социальной ситуации. Понятием правового статуса охватывается то же самое *содержание правовых явлений*, которое описывается первичными нормами права.

Итак, содержание правовых явлений в исторически развитых правовых системах практически всегда можно обобщить или выразить в нормах права – правилах, определяющих (описывающих, формулирующих, фиксирующих и т.д.) субъективные права и юридические обязанности (в том числе – права и обязанности, составляющие правовые статусы). Причем через нормы права можно объяснить и описать содержание *всех* правовых явлений

---

<sup>2</sup> Вторичные правовые нормы предусматривают субъективные права и обязанности индивидов и других субъектов права, выступающих в правовой роли – должника или кредитора, нанимателя или наймодателя, наследодателя или наследника, врача или пациента, работодателя или наемного работника, жалобщика или полицейского начальника, истца или ответчика, судьи или подсудимого и т.д. Этим ролям присущи субъективные права и обязанности, которые могут быть приобретены любым индивидом или другим субъектом права.

Например: согласно ст.454 Гражданского кодекса РФ, по договору купли-продажи продавец обязан передать вещь в собственность покупателю, а покупатель обязан принять ее и уплатить за нее цену. Эта норма предусматривает ситуацию, в которой может оказаться человек или иной субъект права. Но в этой ситуации он будет выступать уже не как субъект права определенного вида, не как носитель общего или специального правового статуса, а как субъект, выполняющий определенную правовую роль, а именно – продавец или покупатель.

за некоторыми исключениями, о которых речь пойдет ниже. Так, правовые нормы составляют содержание правовых законов, правовых прецедентов, правовых обычаев. Субъект права как правовое явление – это субъект, обладающий определенной мерой свободы, или правосубъектностью, а содержание правосубъектности описывается первичными правовыми нормами. Нормы права раскрывают содержание правоотношений, правовых процедур и т.д.

### 7.3. СОЦИАЛЬНОЕ БЫТИЕ ПРАВОВОЙ НОРМЫ (ОНТОЛОГИЯ ПРАВА)

#### 7.3.1. СПОСОБЫ БЫТИЯ СОЦИАЛЬНЫХ НОРМ

Норма права, как и всякая социальная норма, есть правило должного (модель, эталон поведения), а правило должного не обладает самостоятельным (идеальным) бытием<sup>3</sup>. Способы бытия социальных норм – это объективирование (проявление) нормы в общественном сознании, общественных отношениях и авторитетных текстах, в частности, в церковных канонических текстах или официальных текстах, изданных органами государственной власти.

Социальные нормы возникают постольку, поскольку определенное содержание общественных отношений (сущее) признается должным быть, оценивается в общественном сознании как нечто *нормальное*<sup>4</sup>. Нормы вырабатываются и фиксируются общественным или хотя бы групповым сознанием. Получаются мыслительные конструкции нормального поведения, модели нормальных отношений. В процессе обмена информацией они приобретают словесно-знаковую форму выражения. Получается текст нормы – устный или письменный. Текст социальной нормы формулируется авторитетными, в частности официальными, властными выра-

<sup>3</sup> Такое самостоятельное бытие приписывается нормам права только в концепции естественного права, построенной на основе объективного идеализма (см.: Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. М., 1988).

<sup>4</sup> «Норма фокусирует в себе общественные отношения и общественное сознание. Общественные отношения.. нормативно структурированы являются предпосылкой и способом бытия социальных норм. Нормативность.. характерна и для различных форм сознания – политического, правового, морального, эстетического. Общественное сознание на основе практической деятельности вырабатывает общие принципы, ценности, оценки, суждения, которые вплетаются в реальные общественные отношения, выступая регулятором поведения людей. Известно, что вне регулирующей роли сознания деятельность невозможна. Поэтому норма является сплавом общественных отношений и сознания..» (Теория права и государства / Под ред. Г.Н. Манова. М., 1995. С. 113 [автор раздела – Е.А. Лукашева]).

зителями общественного (или хотя бы группового) сознания, например законодателями. Авторитетно (официально) сформулированная норма не просто *фиксирует* некое сущее как нормальное, но и *требует*, чтобы поведение людей соответствовало сформулированному правилу.

Я особенно подчеркиваю, что любые социальные нормы, в том числе и правовые, нельзя рассматривать в отрыве от отношений, регулируемых этими нормами. Когда норма складывается, то определенное содержание отношений, фиксируемое сознанием как должное быть, выступает как предпосылка этой нормы. Норма – это правило должного, которое отражает определенное сущее; в своей основе правила должного исходят из сущего – полезного, ценного, привычного, традиционного или устоявшегося. Само понятие социальной нормы предполагает *нормальное социальное сущее*. Нормы не порождают, а фиксируют определенное сущее с модальностью долженствования. Если же законодатель предписывает новое правило должного, которое еще не действует в общественной жизни, то это еще не социальная норма, а просто воля законодателя. Когда пожелание законодателя воплотится в общественных отношениях, тогда и можно будет говорить о норме, а до тех пор это будет нечто предполагаемое, желаемое, требуемое, но еще не *нормальное*. Если законодатель повелел считать нечто нормальным, то это еще не значит, что он действительно создал или сформулировал норму. Ибо возможно, что в ситуациях, предусмотренных законом, в действительности будет происходить – как правило – не то, что предписано законодателем, а нечто иное.

Когда норма уже существует, то нормальные общественные отношения выступают как способ социального бытия нормы. Это способ бытия нормы, равнозначный ее бытию в общественном сознании и авторитетном тексте (в законе). Норма – это не просто авторитетно или официально сформулированное правило, не просто предписанная модель поведения, а такой эталон поведения, который реализуется в общественных отношениях. Если норма существует, то она не только объективируется в сознании людей, не только воплощается в предписаниях закона, но и проявляется (“живет”) в содержании регулируемых этой нормой отношений.

Следовательно, социальные нормы (модели, эталоны, правила поведения) существуют в трех “ипостасях”: как определенное содержание общественных отношений, признаваемое нормальным; как содержание общественного сознания, вырабатывающего и хранящего норму; как содержание устного или письменного авторитетного текста, в котором сформулированы нормы (в частности, содержание официального текста, закона).

Не может быть таких социальных норм, которые объективируются посредством лишь одного или двух способов бытия.



Во-первых, социальная норма не может объективироваться только в общественном сознании. В противном случае это будет не норма, а идея, установка, пожелание, ожидание, мечта и т.п.

Во-вторых, абсурдно говорить о норме ( правиле должного), проявляющейся только в фактических общественных отношениях. Если в них и проявляются некие объективные закономерности (т.е. такие, которые не зависят от воли и сознания участников отношений), то это – не социальные нормы, а некие “правила сущего”, аналогичные законам природы. Так, социальное поведение людей подчиняется не только социальным нормам, но и естественным, т.е. инстинктивным, генетически запрограммированным диспозициям поведения<sup>5</sup>. Причем эти диспозиции могут противоречить правовым нормам цивилизованного общества, и тогда они выступают как одна из причин правонарушений, преступности.

В-третьих, любая социальная норма предполагает ее формулирование в авторитетном устном или письменном тексте ( авторитетном для адресатов нормы). Иначе нормативные представления в общественном сознании не будут иметь достаточной определенности – а норма не может быть неопределенной по содержанию. Следовательно, должны быть авторитетные субъекты, определенно формулирующие норму и поддерживающие ее своим авторитетом. Степень авторитета и авторитетности текста нормы может быть разной, но без них нет нормы. Авторитетными выразителями нормы могут быть просто люди, уважаемые в круге лиц, в котором действует норма. Что касается общесоциальных норм, то с возникновением публичной политической власти почти все общесоциальные нормы, обязательные для всех членов властно объединенного сообщества, формулируются в официальных текстах, издаваемых публично-властными субъектами.

Однако если некое правило предписано официальным текстом, например законом, но при этом оно отвергается общественным сознанием или не отвергается, но и не реализуется, или, наконец, никак не проявляется ни в общественном сознании, ни в общественных отношениях, то это – не норма, а авторитетное требование нормы, которое не стало нормой и, возможно, никогда не станет нормой. Если приказ законодателя о новом правиле так и остается на бумаге, то нет никаких оснований утверждать, что законодатель создал социальную норму. В этом случае была неудавшаяся попытка законодателя создать социальную норму<sup>6</sup>,

<sup>5</sup> См.: Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. С.91–96.

<sup>6</sup> Этот аспект социального бытия нормы хорошо исследован в позитивистской социологической теории. В частности, ему придается принципиальное значение в социологической интерпретации права. Так, знаменитый теоретик марксистско-ленинской школы Е.Б.Пашуканис писал: “Норма как таковая, т.е. логическое со-

или можно говорить о псевдонорме и даже о “притворной норме” – законодательном установлении без намерения создать норму, о котором заранее известно, что выполнить его нельзя. Тем не менее у всех народов встречаются официальные предписания, которые они обходят или открыто нарушают, но отказываются отвергнуть. В таком случае нормой является не официальное предписание, а его нарушение<sup>7</sup>. Например, закон может обещать неким категориям граждан бесплатное жилище, и в общественном сознании (в сознании представителей большинства социальных групп) это законодательное установление будет восприниматься как должное быть; но если общество и правительство объективно не в состоянии обеспечить бездомных социальным или бесплатным жильем, то на практике сформируются фактические нормы другого содержания, в соответствии с которыми граждане, претендующие на такое жилье, будут распределяться по очередям на получение жилья.

В то же время возможны такие законоположения, которые первоначально отвергались общественным сознанием, противоречили ценностным установкам большинства, поддерживались только принуждением, но стали нормами. Законоположения могут быть реализованы в общественной практике чисто силовым путем, насилием или угрозой его применения. Ибо власть может быть столь сильной (например, в тоталитарном обществе), что она способна заставить выполнять любой приказ.

И все же социальные нормы не могут держаться только на силе. Либо норма, вводимая силовым путем, так и не станет социальной нормой в собственном смысле и прекратит свое существование, как только ослабнет поддерживающая ее сила. Либо она постепенно изменится, адаптируется к установкам общественного сознания. Либо изменится само общественное сознание.

Итак, любые социальные нормы одновременно объективируются в общественном сознании, общественных отношениях и ав-

---

держание, или прямо выводится из существующих уже отношений или, если она издана как государственный закон, представляет собой только симптом, по которому можно судить с некоторой долей вероятности о возникновении в ближайшем будущем соответствующих отношений. Но для того, чтобы утверждать объективное существование права, нам недостаточно знать его нормативное содержание, но нужно знать, осуществляется ли это нормативное содержание в жизни, т.е. в социальных отношениях. . . Если известные отношения действительно сложились, значит, создано соответствующее право, если же был только издан закон или декрет, но соответствующее отношение на практике не возникло, значит, была попытка создать право, но эта попытка не удалась” (*Пашуканис Е.Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства М., 1980. С.79–80).

<sup>7</sup> Также см.: *Спиридонов Л.И.* Теория государства и права. М., 1996. С.89–93.  
<sup>8</sup> См.: *Дробышевский С.А.* Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1995. С. 89–90.

торитетных текстах. Соответственно правовые нормы объективированы в правосознании, правоотношениях и авторитетных юридических текстах.

Правовые нормы, не сформулированные в официальном тексте (хотя и зафиксированные в иных авторитетных текстах, устных) – это нормы в форме обычая; они не имеют официальной формы. В развитых правовых системах почти все правовые нормы формулируются в официальной форме законов, прецедентов и т.д. Но социальное бытие официально установленных норм права не сводится к правовым законам. Не может быть правовой нормы, которая установлена в законе, но не объективирована в правосознании и правоотношениях.

Здесь нужно сделать следующую оговорку. Законодатель может не только регулировать (пытаться регулировать) повседневные отношения, но и предусматривать регулирование гипотетических социальных ситуаций – таких, которые могут возникнуть (но могут и не возникнуть) в будущем. Если законодатель связывает установленное им правило с возникновением обстоятельств, которые встречаются в повседневной жизни, то законоположение, чтобы быть нормой, *должно быть* реализовано в повседневной жизни. Но если законодатель имеет в виду обстоятельства, которых еще не существует, или случаи, которые возникают редко (например, отрешение президента от должности или принятие новой конституции), то он предписывает правило, которое *может быть* реализовано постольку, поскольку соответствующие обстоятельства *могут* возникнуть в будущем. Вместе с тем такое правило *должно* быть реализовано при наступлении соответствующих обстоятельств. В отношении таких законов действует презумпция нормотворчества законодателя<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Если законодатель предписывает некую модель отношений которые должны существовать в настоящее время, а в действительности происходит нечто иное, то это значит, что законодатель установил псевдонорму. Но если закон имеет в виду отношения которые могут или должны возникнуть в будущем, и нет оснований считать, что это невозможно то до тех пор, пока не произошло нечто иное, следует полагать, что законодатель установил норму. Например ст.135 Конституции РФ предусматривает возможность принятия новой Конституции Конституционным Собранием или всенародным голосованием. До тех пор, пока действует Конституция 1993 г., следует полагать, что при наступлении условий указанных в ст.135, будет создано Конституционное Собрание и возникнут правоотношения предусмотренные этой статьей Конституции. Пользуясь терминологией социологической концепции права, можно сказать, что до этих пор конституционные положения ст.135 останутся «мертвым текстом». Однако нет оснований считать, что они не «оживут», если начнется ревизия Конституции 1993 г., и понадобится либо подтвердить неизменность действующей Конституции либо создать новую Конституцию. Кроме того, пока нет таких изменений Конституции которые происходили бы в нарушение ст.135. Можно считать, что ст.135 содержит нормы, эффективно защищающие неизменяемое ядро Конституции (положения глав 1, 2 и 9 Конституции).

Еще раз подчеркну, что правовые законы, правовые отношения и правосознание – это правовые явления, которые следует рассматривать как равнозначные способы бытия правовых норм.

Однако из того, что правоотношения и правосознание являются собой способы бытия правовых норм, не следует, что *все содержание* этих правовых явлений сводится исключительно к правовым нормам.

### 7.3.2. ПРАВОВАЯ НОРМА И ПРАВООТНОШЕНИЕ

В правоотношении его участники (стороны) связаны субъективными правами и юридическими обязанностями. Совокупность типичных правовых отношений, множество правоотношений с одинаковым содержанием – это одно из проявлений, или один из способов бытия правовой нормы<sup>9</sup>.

Правовая норма заключает в себе общую модель единичных правоотношений и реализуется в них. Норма содержит требование, дозволение или признание отношений, соответствующих модели, или запрещает отношения, отклоняющиеся от этой модели.

Вместе с тем возможны такие правоотношения, содержание которых не описывается существующими правовыми нормами. Точнее – не всегда правоотношения возникают постольку, поскольку есть норма права. Правоотношение возможно даже тогда, когда нет нормы. Имеется в виду, что нет не только соответствующего закона (нормативного установления), но и обычая.

Так, частноправовое отношение (правоотношение между частными лицами, формально равными субъектами) обычно возникает в результате заключения правового договора. Договор заключается в результате согласования воли субъектов, сторон отношения. Договором устанавливаются права и обязанности сторон. Договор, как правило, заключается на основе правовой нормы, зафиксированной в законе или существующей в форме обычая. Однако в отношениях частных лиц действует принцип “все, что не запрещено правом, разрешено” (см. 8.1.1.). Поэтому даже в развитых правовых системах возможны и нетипичные, ранее не встречавшиеся и в этом смысле “ненормальные” договоры. Такие

<sup>9</sup> Подобную антилегистскую концепцию правоотношения развивает профессор Ю.И.Гревцов (см.: *Гревцов Ю.И.* Правовое отношение и осуществление права. Л., 1987). В частности, обращается внимание на такой процесс формирования права (правообразования), при котором норма права сначала складывается в рамках фактических типичных отношений, а затем происходит официальное признание уже сложившейся нормы и придание ей официального статуса путем издания нормативного акта или судебного решения (*Общая теория государства и права / Под ред. М.Н.Марченко. Т.2. М., 1998. С.273–274 [автор главы – Ю.И.Гревцов]*).

договоры могут предшествовать появлению новой нормы права – обычной или официальной.

Кроме того, для возникновения правоотношений нередко требуются официальные правоустановительные акты (судебные или административные решения). Это не нормативные, а индивидуальные акты (приказы, распоряжения, приговоры, постановления и т.д.). Их издают государственно-властные субъекты, которые, в силу своего законного правового статуса, компетентны устанавливать права и обязанности сторон правоотношения.

Индивидуальные акты должны быть *нормоприменительными*, должны быть актами, основанными на норме права. Порожденное нормоприменительным актом правоотношение представляет собой реализацию правовой нормы.

Но возможно и издание индивидуального акта (принятие правового решения) *ad hoc*. Это означает установление прав и обязанностей, исходя лишь из обстоятельств самого административного или судебного дела, по которому принимается решение. Решения *ad hoc* принимаются тогда, когда нет соответствующей нормы права. Поэтому такие решения характерны для исторически неразвитых правовых систем. В развитых правовых системах, особенно в континентальной европейской правовой семье, издание индивидуальных актов *ad hoc* допускается как редкое исключение из общего правила. В то же время решение *ad hoc* может стать нормативным прецедентом, т.е. может привести к появлению новой нормы. В странах общего права решениями *ad hoc* являются креативные судебные прецеденты.

Таким образом, правоотношения и порождающие их официальные акты и договоры – это правовые явления, содержание которых должно быть предусмотрено правовыми нормами. Но есть исключения – акты, изданные *ad hoc*, и “ненормальные” договоры. Причем (1) и те, и другие не характерны для развитых правовых систем, и (2) обычно они предшествуют появлению новой нормы права или даже создают новую норму (в виде прецедента). Следовательно, и здесь понятие правовой нормы остается ключевым для объяснения содержания правовых явлений.

### 7.3.3. ПРАВОВАЯ НОРМА И ПРАВОСОЗНАНИЕ

Правосознание можно определить, в частности, как представления субъектов права о правовых нормах. Однако нормы права не являются чем-то внешним по отношению к правосознанию. Не следует полагать, что нормы права реально существуют только как правила, сформулированные в законах, а правосознание является лишь отражением этих официальных установлений (в этом случае речь должна идти о правовом законосознании). Правосоз-

вание – один из способов бытия правовых норм наряду с текстами правовых законов и правовыми отношениями.

В нормах права фиксируются нормальные, полезные, юридически ценные модели поведения субъектов права. Они устанавливаются постольку, поскольку правосознание оценивает содержание тех или иных отношений как юридически должное, нормальное или, наоборот, юридически вредное, ненормальное. Поэтому правовые нормы, закрепленные законом или обычаем, выражают содержащуюся в общественном правосознании и в правосознании законодателей оценку предшествующего опыта правового общения.

Вместе с тем правосознание – многомерное явление, и его содержание не исчерпывается нормами права (см. 6.2).

В частности, правосознание включает в себя знание о действующих правовых нормах. Но это знание производно от правового опыта конкретных индивидуальных и групповых субъектов, от их знания правовых законов, от уровня их правовой культуры и т.д. В правосознании отдельных групп и, тем более, индивидов реально существующие нормы права могут искажаться. Для некоторых же групп характерна правовая неграмотность.

Кроме того, индивидуальное, а иногда и групповое, правосознание выражает эмоции, настроения, чувства и другие проявления субъективно-иррационального восприятия права, которые могут не иметь никакого нормативно-правового характера.

Наконец, наиболее прогрессивное индивидуальное или групповое правосознание может выражать притязания на такую правовую свободу, ее объем и содержание, которые еще не достигнуты и не стали нормой в существующей правовой культуре. Речь идет именно о *правовых* притязаниях – требованиях свободы, равной для всех. Так, в Новое время в западноевропейской правовой культуре в правосознании третьего сословия постепенно вызревали фундаментальные правовые притязания, которые сегодня признаны европейскими стандартами правовой свободы (в 1950 г. они были сформулированы в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). Но сначала эти групповые правопритязания (на равноправие независимо от религиозных и сословных различий, на государственное признание и защиту равной для всех личной свободы, безопасности и собственности, на политическую свободу) опережали уровень развития общей правовой культуры и не могли определять государственно-правовую действительность. Пока они оставались революционным правосознанием части общества, они не могли быть всеобщей нормой.

Периодически возникающие в любой правовой культуре новые притязания на официальное признание и защиту большей право-

вой свободы служат проявлением исторического прогресса права и государства. Это нормативные притязания, т.е. такие, содержание которых может и должно трансформироваться в систему правовых норм. Но первоначально они существуют только в правосознании, следовательно, еще не существуют как социальные (правовые) нормы.

#### 7.4. ФОРМА ПРАВА

Формой права называются формы, или способы, установления (внешнего выражения) правовых норм, субъективных прав и юридических обязанностей. Различаются официальная и неофициальная формы права.

Официальная форма права – это официальные государственно-властные акты, нормативные или индивидуальные. Право может быть выражено и должно выражаться в форме государственно-властного акта – в форме акта волеизъявления государственно-властного субъекта, каковым может быть законодательный орган, суд и даже народ (совокупность граждан), если официальный акт принимается путем референдума. При таком способе установления право подкрепляется принудительной силой государства.

Эта официальная форма распространяется и на правовые нормы (издаются официальные акты нормативного характера), и на конкретные права и юридические обязанности субъектов права (издаются индивидуальные официальные акты).

Неофициальная форма включает в себя обычай и договор частных лиц. Правовая норма может быть выражена в форме обычая – в форме согласия некоего круга субъектов права относительно правил их поведения, в форме признания и одобрения субъектами права определенного круга некой общей для всех модели поведения. В этом случае сила права держится лишь на общем одобрении в отношении тех, кто нарушает обычай, что тоже является принудительной силой, причем не менее действенной, чем государственное принуждение. Тем не менее обычай характерен для ранних, исторически неразвитых правовых культур, и по мере исторического развития он вытесняется официальной формой.

Конкретные субъективные права и юридические обязанности могут быть выражены в форме договора – в форме согласия двух или нескольких субъектов-частных лиц, вступающих в правоотношения, взаимно выполнять некие юридические обязанности, в форме взаимного признания и одобрения этими субъектами некой модели поведения в их отношениях. Сила договора, прежде всего, в том, что договоры должны соблюдаться, а иначе они бес-

смысленны. В случае же нарушения договора санкции к нарушителю должны применять государственно-властные субъекты, если они признают договор действительным, не противоречащим праву. (В исторически неразвитой правовой ситуации договорные санкции могла применять и пострадавшая сторона – если у последней было достаточно для этого силы).

#### 7.4.1. ОФИЦИАЛЬНЫЙ ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ АКТ И ДОГОВОР ЧАСТНЫХ ЛИЦ

Как уже говорилось, простейший элемент содержания права – это субъективные права и юридические обязанности. Права и обязанности, которыми связаны стороны единичных правоотношений, устанавливаются и непосредственно выражаются в актах, порождающих эти правоотношения. Это либо официальные индивидуальные акты, либо договоры частных лиц.

Первичные (абстрактные) субъективные права (прежде всего, права человека) и соответствующие правовые статусы не устанавливаются в индивидуальных актах и договорах, а формулируются в первичных нормах права. Следовательно, они выражаются в той же форме, в которой выражаются нормы права.

Договор частных лиц и официальный индивидуальный акт – это простейшая форма права. Форма выражения правовых норм – это уже более сложная форма права. В нормах права абстрактно описываются права и обязанности. Следовательно, форма выражения правовой нормы (например, закон) – это одновременно форма выражения прав и обязанностей, абстрактно описанных в этой норме.

Нормы права реализуются и конкретизируются в индивидуальных актах и договорах. В этом смысле индивидуальные акты и договоры представляют собой *форму реализации норм права*. Например, если в договоре установлены права и обязанности, предусмотренные нормой закона, то закон – это форма, в которой норма установлена, а договор – форма, в которой норма реализуется и конкретизируется в единичном правоотношении.

Но индивидуальные акты *ad hoc* и нетипичные (“ненормальные”) договоры уже нельзя рассматривать как форму реализации правовых норм. Отсюда ясно, что права и обязанности могут устанавливаться в индивидуальных актах и договорах независимо от наличия нормы. Следовательно, эти акты представляют собой самостоятельную форму права. В форме индивидуальных актов и договоров может быть установлено право, не предусмотренное законами или обычаями.

Причем в индивидуальном акте *ad hoc* (например, в судебном



прецеденте), во-первых, устанавливаются права и обязанности субъектов, которым этот акт адресован, и, во-вторых, одновременно может быть сформулировано правило, которым следует руководствоваться в подобных случаях, в аналогичных делах. Таким образом, индивидуальный акт может быть одновременно формой субъективных прав и юридических обязанностей и способом (формой) установления новой нормы права.

Договор частных лиц не может быть способом установления новых норм права. В особых договорах частных лиц, предусмотренных законом, например, в коллективных соглашениях о труде (см. 9.3.3.), могут лишь конкретизироваться нормы права, уже установленные в официальной форме.

#### **7.4.2. ОБЫЧАЙ И ОФИЦИАЛЬНЫЙ НОРМАТИВНЫЙ АКТ**

Есть две формы выражения социальных норм (включая правовые нормы) – обычай и официальная форма (официальный нормативный акт).

Обычай – это устоявшаяся практика, фактические отношения, сложившиеся в обществе, в определенном круге субъектов. Обычай означает некое типичное поведение, типичные, повторяющиеся отношения – отношения, ставшие нормой. Субъекты этих отношений действуют осознанно, сознательно подчиняют свое поведение сложившимся правилам. Обычные нормы не устанавливаются каким-либо авторитетным социальным институтом, органом власти, хотя они непременно поддерживаются неким социальным авторитетом (хотя бы мнением большинства членов сообщества). Нормы обычаев вырабатываются в практике тех же субъектов, отношения которых регулируются этими нормами. Субъекты, вырабатывающие обычай, и субъекты, соблюдающие обычай, совпадают. Следовательно, нормы, установленные в форме обычая и не получающие официального властного выражения, действуют постольку, поскольку большинство в соответствующем круге субъектов желает следовать обычаю.

Нормы частного права, как правило, сначала устанавливаются в форме обычая, а затем приобретают официальную форму выражения в виде судебного решения или закона. Обычай может быть формой выражения не только частного, но и публичного права. Например, некоторые нормы конституционного права в Великобритании сложились (и до сих пор существуют) в форме обычая. Они возникли на основе конституционных соглашений между высшими органами государственной власти, и эти соглашения формально нигде не зафиксированы, не выражены в форме законов или прецедентов. Это нормы, укоренившиеся в правосознании, описанные в конституционной доктрине, объективированы в

конституционно-правовых отношениях, в конституционной практике. Но они не имеют официальной формы выражения<sup>10</sup>.

Официальная форма выражения правовых норм означает государственно-властное формулирование нормы в официальном тексте. Она предполагает письменный текст, хотя в исторически неразвитых правовых системах официальной формой правовых норм служили и устные тексты (например, в Древнем Риме эдикты преторов, в которых формулировались нормы, применявшиеся при отправлении правосудия).

С точки зрения легистов, форма выражения правовых норм – это только официальные государственно-властные акты, в которых властно устанавливаются нормы. Легисты не признают самостоятельной неофициальной формы права и единственно возможной формой права считают законы, нормативные прецеденты и другие официальные акты нормативного характера. У этих актов в юриспруденции есть другое название – *источники права* в формальном смысле. По существу, легисты отождествляют форму права с источниками права в формальном смысле<sup>11</sup>. Они сводят форму права к *официальной форме* признания, установления или выражения социальных норм. Обычай они признают формой права лишь тогда, когда он складывается в процессе осуществления власти или когда он официально санкционирован. Они считают правовым любой официально признанный обычай независимо от его содержания. Неправовой, но властно признанный обычай они назовут правовым обычаем<sup>12</sup>. Наоборот, если обычай не санкционирован, то легисты не признают его формой права.

---

<sup>10</sup> Если норма обычного права, воспроизведена в законе или судебном решении, имеющем силу нормативного прецедента то эта норма получает не просто официальное признание, а официальную форму выражения – с момента установления такого закона или прецедента. Многие обычные нормы конституционного права Великобритании впоследствии приобрели официальную прецедентную форму. Следовательно это уже нормы не обычного а прецедентного права.

<sup>11</sup> См., например: Общая теория права. Курс лекций / Под ред. В.К.Бабаева. Н.Новгород, 1993. С.247–265.

<sup>12</sup> Легисты считают, что нормы обычая превращаются в правовые нормы, когда они признаются судами и когда судебные решения, в которых применяются эти нормы, принудительно реализуются властью государства. Но до того, как обычай признается судами и тем самым официально санкционируется, он не является правовым, поскольку его сила держится лишь на общем неодобрении в отношении тех, кто его нарушает. В то же время нормы, созданные посредством законодательства, легисты считают правовыми уже тогда, когда они изданы законодателем, до того, как на них будут ссылаться суды (см.: Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1995. С.207).

### 7.4.3. ФОРМЫ И СПОСОБЫ БЫТИЯ ПРАВОВЫХ НОРМ

Не следует путать форму права (способы установления правовых норм) со способами социального бытия нормы, с отдельными видами правовых явлений. Так, правосознание – это не “правовая норма в форме общественного сознания”. Правовая норма не может быть установлена в “форме сознания”. Она может быть установлена в форме закона или может сложиться, установиться в фактических общественных отношениях, т.е. в форме обычая. Но в обоих случаях норма права будет проявляться всеми тремя способами. Норма права, установленная в законе, существует и проявляется не только в виде правового законоположения (официального юридического текста), но в содержании правосознания и правоотношений. Норма права, сложившаяся в фактических отношениях, не только существует и проявляется в виде обычных правоотношений, но и “живет” в правосознании и авторитетном тексте обычая.

Как уже отмечено выше, официальное установление (веление законодателя) само по себе не порождает норму. Его может быть недостаточно, для того чтобы говорить о наличии нормы, установленной в официальной форме. Если закон предписывает то, чего еще нет в социальной жизни (во всяком случае, это не типично, не распространено), то об официальном установлении новой нормы можно говорить лишь тогда, когда предписанное законом усваивается сознанием и реализуется на практике. Наоборот, понятие обычая всегда предполагает фактическую сторону дела. Так что, когда говорят, что есть обычай, то это значит, что действительно есть норма. Но когда говорят, что есть законоположение, что закон устанавливает нечто, то это еще не значит, что действительно есть норма, или что норма такова, как она описана в законе.

Если норма обычая приобретает официальную форму, формулируется в официальном тексте, то ее новая форма как бы “снимает” прежнюю. Например, правила обычая могут быть воспроизведены в законе, после чего можно считать, что субъекты соответствующих отношений руководствуются уже не обычаем, а законом. Но официальное признание обычной нормы, придание ей официальной формы не “снимает” ее бытие в общественном сознании и общественных отношениях.

Далее, не следует путать форму права и правовое явление. Например, форма правовой нормы – это закон, а не правовой закон. Наоборот, один из видов правовых явлений – *правовые* законы, а не просто законы. *Правовой* закон – это содержательная характеристика закона, но это не форма права. Нечто *правовое* не может быть формой *права*. В данном случае форма права – это закон,

т.е. закон как таковой, официальный акт. Причем сам по себе официальный акт может иметь и неправовое содержание, может быть формой выражения властного произвола.

Точно так же формой права является обычай, а не правовой договор, а не правовой договор, и т.д.

Форма выражения характеризует все способы бытия социальных норм. Так, закону соответствуют *законоотношения*, обычай означает *обычные* отношения. Иначе говоря, если норма установлена в *законе*, то, с формальной точки зрения, отношения, которые регулируются этой нормой (регулируются законом), суть *законоотношения*. Отношения, в которых объективированы нормы *обычаев*, суть *обычные* отношения.

Правовому закону соответствуют правовые законоотношения, правовому обычаю – обычные правоотношения. Таким образом, не все правоотношения, в которых реализуются нормы права, являются законоотношениями. Но и не всякое законоотношение является правовым отношением. *Правовое* законоотношение – это отношение, в котором реализуется норма *правового* закона.

Аналогичные рассуждения применимы и к сфере правосознания (см. 6.2.2.). Правосознание, отражающее нормы закона, – это правовое *законосознание*. Но не все компоненты правосознания производны от знания правовых законов, не всякое правосознание можно рассматривать как *законосознание*. Если субъекты права руководствуются, главным образом, нормами обычного права (в исторически неразвитой правовой культуре), то их правосознание следует характеризовать как *обычное* (обыденное, традиционное).

Не всякое *законосознание* является *правовым* сознанием. В неправой культуре, в условиях деспотии, тоталитаризма, правового нигилизма знание законов и *законосознание* не означают и не порождают правосознание (*правовое* *законосознание*).

## ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВА

Доктринальные принципы права – это выработанные правовой доктриной нормативные правовые положения – основополагающие суждения о праве, на которых строятся большие группы правовых норм. Это принципы общие для разных национальных правовых систем. Часто их называют аксиомами права, поскольку многие из них принимаются в юридической практике без доказательств, как само собой разумеющиеся<sup>1</sup>. Истинность доктринальных принципов права подтверждена тысячелетней юридической практикой, а их сознательные нарушения в публично-властной деятельности равноценны правовому нигилизму. Наиболее важные из них обычно формулируются в конституции и законе. Но они применяются в юридической практике независимо от их законодательного закрепления. В тех случаях, когда суд (особенно в странах общего права) сталкивается с правонарушающим законом, он может принять решение *contra legem* и признать закон недействительным, сославшись на соответствующий доктринальный принцип права (см. 8.3.2.).

Следует различать терминологически и содержательно схожие понятия: “принцип права (правового способа социальной регуляции)” и “доктринальный принцип (принципы) права”. В первом случае речь идет о формальном равенстве – принципе особого способа социальной регуляции, который отличает право от других социальных регуляторов. В этом смысле принцип права (формальное равенство, справедливость) – это наиболее абстрактное выражение сущности права. Что касается доктринальных принципов права, то они конкретизируют это наиболее абстрактное суждение о правовом способе социальной регуляции. С терминологической точки зрения было бы удачнее именовать доктринальные принципы права иначе, например аксиомами права, но не все они представляются достаточно аксиоматичными.

Следует различать общие (общеправовые) и специальные (ча-

---

<sup>1</sup> “Правовая аксиома – положение, которое принимается в юридической науке и законодательстве без доказательств, в силу его убедительности, истинности” (Общая теория права. Курс лекций / Под ред. В.К.Бабаева. Н.Новгород, 1993. С.100).

стные) доктринальные принципы права<sup>2</sup>. Специальные вытекают из общих как частные формулировки и характеризуют отдельные виды правовых явлений, отдельные сферы юридической практики (например, источники права, правовые процедуры). Ниже приводятся наиболее известные доктринальные принципы права.

## 8.1. ОБЩИЕ ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПРИНЦИПЫ

### 8.1.1. ВСЕ, ЧТО НЕ ЗАПРЕЩЕНО, РАЗРЕШЕНО

В отношениях, стороны которых формально равны, все, что не запрещено правом, разрешено. По существу, этот принцип представляет собой конкретизацию принципа формального равенства. Ибо правовое регулирование, во-первых, означает, что равные в свободе (индивидуальные или коллективные субъекты) вправе делать все то (и только это), что не нарушает права других субъектов. Во-вторых, все то, что нарушает права других, должно быть запрещено.

Далее, этот принцип означает презумпцию правомерности всего, что не запрещено законом. А такая презумпция оправдана тогда, когда законы запрещают все неправомерное, правонарушающее.

“Незапрещенное разрешено” – это основополагающий принцип частного права (см. 9.1.). Он допускает *свободу договора* и означает, что в договоре частных лиц (формально независимых друг от друга, равноправных субъектов) может быть установлено все, что не запрещено законом. При этом закон не должен запрещать то, что относится к правам человека. Пример – условия договора найма рабочей силы по гражданскому праву и по трудовому законодательству (см. 9.3.2.).

Данный принцип не применяется к государственно-властным субъектам – даже в тех случаях, когда эти субъекты вступают в отношения координации, а не субординации. Например, когда органы государственной власти заключают так называемые публично-правовые договоры (международные или федеративные), то они вправе заключать такие договоры лишь в рамках своей компетенции. Компетенция же означает, что властным субъектам “все, что не разрешено, запрещено”.

---

<sup>2</sup> Манов Г.Н. Аксиомы в советской теории права // Сов. государство и право. 1986. № 9. С.29–36.

### 8.1.2. ВСЕ, ЧТО НЕ РАЗРЕШЕНО, ЗАПРЕЩЕНО

Государственно-властным субъектам запрещено все, что прямо не разрешено правом (правовым законом). Или: публично-властные правомочия осуществляются по принципу “неразрешенное запрещено”. Этот принцип тоже является одним из конкретных выражений формального равенства.

С юридической точки зрения, государственные органы создаются сообществом свободных индивидов и наделяются властными правомочиями – полномочиями, которые *дозволяются* сообществом свободных ради обеспечения правовой свободы. Граждане, образующие аппарат государства и выступающие в роли государственно-властных субъектов, представляют собой лишь часть сообщества свободных и равных в свободе. С юридической точки зрения, у них нет и не может быть властных правомочий кроме тех, которые им дозволены. За пределами этих правомочий индивиды, выступающие как государственно-властные субъекты и как “рядовые” граждане, формально равны.

При правовом способе соционормативной регуляции, когда публичная власть введена в рамки права (и в той мере, в которой она введена в рамки права), властные полномочия принадлежат государственной должности, а не человеку, который находится на должности и исполняет должностные обязанности<sup>3</sup>. Гражданин, находящийся “при должности”, за пределами должностных обязанностей выступает уже не как должностное лицо государства, а как частное лицо. В таком качестве и гражданин-президент республики и любые частные лица формально равны.

Формальное равенство означает применение одинакового масштаба ко всем индивидам, включая тех, которые выступают как носители государственно-властных полномочий, и то, что запрещено правом, запрещено в равной мере всем<sup>4</sup>. В частности, не доз-

<sup>3</sup> “Государственные органы на авансцене общественной жизни предстают как коллективы конкретных людей или отдельные люди, имеющие, кроме должности, имена, биографии, личные особенности и т.д. В результате может сложиться представление будто решения органов – личные решения лиц, в них служащих. Конечно же, это представление – заблуждение. Властные правомочия принадлежат лишь государственному органу независимо от личных качеств и особенностей лиц, занимающих в нем те или иные должности. Полномочия чиновника не суть его личные полномочия. Они – свойство принадлежности должности, которую занимает данный чиновник в силу тех или иных причин, случайных для исторического процесса. Решение принимает не Дж. Буш, М.С. Горбачев или Б.Н. Ельцин, а президент Буш, президент Горбачев или президент Ельцин” (Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 1996. С. 68–69).

<sup>4</sup> Например, в ноябре 2003 г. СМИ сообщали, что в Норвегии компетентный административный орган запретил использование специального автомобиля, предназначенного для премьер-министра страны, так как вес автомобиля превышал (незначительно) допустимый по закону.

воленное правом применение силы запрещено и частным лицам, и государственно-властным субъектам. Следовательно, произвольное использование власти, злоупотребление властью, применение силы за пределами дозволенного правом – это, хотя и организованное, но, по существу, такое же преступное насилие, как и неправомерное применение силы частными лицами.

Тем не менее, возможны так называемые дискреционные полномочия, т.е. полномочия определенных законом государственных органов действовать в определенных законом ситуациях по своему усмотрению. Но, во-первых, дискреционные полномочия – это не *правомочия*. Во-вторых, с точки зрения права, дискреционные полномочия могут быть предусмотрены законом лишь как *чрезвычайные* – в условиях чрезвычайного положения, которое может вводиться в государстве в соответствии с конституцией и законом.

Нормальные полномочия государственных органов должны быть прямо предусмотрены правом (правовым законом). В правовом государстве, в принципе, не должно быть так называемых скрытых полномочий органов исполнительной власти. (Имеются в виду, например, полномочия президента, которые прямо не предусмотрены конституцией, но считаются вытекающими из его общей конституционной компетенции). Лишь в исключительных случаях (когда существует пробел в праве – см. 18.1.) “скрытые полномочия” могут быть признаны правомочиями соответствующего органа, если компетентный суд признает их необходимыми для обеспечения правовой свободы. Так, согласно ч.2 ст.80 Конституции РФ Президент РФ является гарантом прав и свобод человека и гражданина. Можно предположить, что в этом положении Конституции уже заложены (“скрыты”) некие полномочия Президента, не конкретизированные в других положениях Конституции и в законах, но необходимые ради защиты прав и свобод человека и гражданина. Однако таковыми их может признать только Конституционный Суд РФ – при условии, что такие правомочия необходимы и не входят в чью-либо компетенцию.

### 8.1.3. ДОГОВОРЫ ДОЛЖНЫ СОБЛЮДАТЬСЯ

*Pacta sunt servanda* – это положение является самоочевидным, ибо утверждать противное бессмысленно. Само понятие договора утрачивает смысл, если считать, что выполнять договоры не обязательно. Следовательно, нельзя считать, что договоры частных лиц обладают обязательны *inter partes* постольку, поскольку государство защищает их своей принудительной силой. Наоборот: права, вытекающие из договора, защищаются государством, поскольку это прямая обязанность государства.



Стороны вправе заключить и обязаны соблюдать даже такой договор, который является (или представляется) заведомо невыгодным для одной из сторон. Однако в случае, когда в силу фактической зависимости сторон договора одна сторона, по существу, принуждает другую заключить договор на заведомо невыгодных для нее условиях, суд вправе признать такой договор недействительным.

Данный принцип действует как в частном, так и в публичном праве – в той мере, в которой право допускает публичноправовые договоры. На этом принципе строится все международное публичное право. Выступающие в качестве субъектов международного права суверенные государства подчиняются нормам международного права постольку, поскольку эти нормы установлены международными договорами, в которых участвуют эти государства.

Из данного принципа вытекают коллизионные нормы типа ч.4 ст.15 Конституции РФ.

#### **8.1.4. СУБЪЕКТИВНОМУ ПРАВУ ВСЕГДА СООТВЕТСТВУЕТ ЮРИДИЧЕСКАЯ ОБЯЗАННОСТЬ**

Этот принцип объясняет формальный аспект правового общения, правовых отношений. Нормы права суть правила должного, поэтому в любой правовой ситуации (социальной ситуации, регулируемой правом) всегда есть не только управомоченный, но и, прежде всего, обязанный субъект. Правовая норма должна быть сформулирована так, чтобы эта формулировка достаточно четко и определенно описывала меру должного поведения обязанного субъекта.

Субъективное право, которому не соответствует юридическая обязанность, невозможно логически. Оно возможно лишь постольку, поскольку есть субъект, обязанный не нарушать это право или выполняющий иную обязанность по отношению к управомоченному. Любые субъективные права – первичные (абстрактные) и вторичные (конкретные) – определяют меру свободы управомоченного субъекта в отношениях с обязанным субъектом.

В качестве обязанного может выступать определенный круг субъектов, и тогда говорят об “относительных правах и обязанностях”, которыми связаны субъекты “относительного правоотношения”.

Но есть и такие правовые требования, которые адресованы неопределенному кругу обязанных субъектов. Например, субъективное право собственности на конкретное имущество несет в себе требование не нарушать правомочия собственника, адресо-

ванное неопределенному кругу лиц; в этом случае говорят об “абсолютном субъективном праве” (и “абсолютном правоотношении”), которому корреспондирует обязанность неопределенного круга субъектов не нарушать это субъективное право.

Если закон провозглашает нечто как субъективное право, но этому декларированному “праву” не соответствует чья-либо юридическая обязанность, то это – юридически бессмысленное установление. Например, не может быть “права на труд”. Ибо нет и не может быть юридической обязанности частных лиц нанимать кого-либо на работу только потому, что желающие работать по найму имеют “право на труд”. Если же правительство, обязанное действовать в интересах всех граждан, берет на себя обязанность создавать (за счет государственной казны) рабочие места для безработных, то оно действует противоправно: за счет налогов, взимаемых с одних граждан, оно создает рабочие места для других.

#### **8.1.5. ВСЯКОЕ ПРАВОНАРУШЕНИЕ ПРЕДПОЛАГАЕТ ЮРИДИЧЕСКУЮ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ**

Классическая римская формула гласит: *quot delicta, tot poena* – сколько преступлений (правонарушений), столько и наказаний. Это одно из требований справедливости. Отсюда вытекает, что, во-первых, за любое деяние, которое признается правонарушением, должна быть установлена юридическая ответственность и, во-вторых, юридическая ответственность должна наступать в каждом случае правонарушения.

Поскольку юридическая обязанность всегда корреспондирует какому-либо субъективному праву, то невыполнение юридической обязанности – это всегда нарушение права, противоправное деяние, и оно должно предусматриваться законом как правонарушение. Следовательно, наличие юридической обязанности предполагает установление ответственности за ее невыполнение или ненадлежащее выполнение. В тех случаях, когда законы устанавливают некие обязанности, но не предусматривают ответственность за их невыполнение (*leges imperfectae*), этих обязанностей в юридическом смысле не существует.

То, что юридическая ответственность *должна* наступать в каждом случае правонарушения, не означает так называемую неотвратимость ответственности. Правовые нормы, как и любые социальные нормы, – это правила должного. Они действуют с модальностью долженствования, но не с модальностью необходимости (неотвратимости, неизбежности и т.п.). Однако так называемое избирательное применение закона в сфере юридической ответственности не просто противоречит справедливости, но раз-

рушает сам правовой способ социальной регуляции.

## 8.2. ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВОВОГО ЗАКОНА

### 8.2.1. ПОСЛЕДУЮЩЕЕ ОТМЕНЯЕТ ПРЕДЫДУЩЕЕ

*Posterior potior est priori* – этот принцип относится ко всем официальным юридическим актам. В этом контексте формулируется следующее правило: из двух правовых актов, изданных одним и тем же государственным органом по одному и тому же вопросу, действует акт, принятый в более позднее время. Это правило применяется и к нормативным актам, и к судебным прецедентам. В частности, если по одному и тому же вопросу есть два прецедента, установленных одним и тем же судом, прецеденты которого обязательны для нижестоящих судов, то нормативное значение имеет прецедент, установленный позднее.

Другое дело, что ни закон, ни прецедент, установленный в более позднее время, сами по себе формально не отменяют соответствующие законы и прецеденты, установленные ранее. Точнее, новый закон может специально определять, какие из прежних законоположений утрачивают силу. Все остальные старые законоположения формально сохраняются, но не действуют, не применяются судом.

Что же касается судебного прецедента, то в общем праве само по себе судебное решение, содержащее нормативный компонент, имеет силу лишь *inter partes*. Оно носит нормативный характер, оно обязательно для нижестоящих судов и для самого суда, создавшего прецедент, но все же это решение по конкретному судебному делу. Понятно, что решение по одному делу не может отменять решение по другому делу. Следовательно, один прецедент формально не может отменить другой прецедент. По существу, суд может отказаться от правовой позиции, выраженной в его прежнем прецеденте; но формально суд, меняющий правовую позицию, может изобразить рассматриваемое дело так, как будто его обстоятельства существенно отличаются от всех ранее решавшихся дел, а поэтому к нему неприменимы существующие прецеденты, и следует создать новую норму (установить новый прецедент). Фактически же такая ситуация будет означать существование двух (или нескольких) прецедентов по одному и тому же вопросу, установленных одним и тем же судом. Разумеется, нижестоящие суды будут ссылаться на поздний прецедент.

В то же время высший суд в стране общего права (палата лордов в Великобритании, Верховный суд США), равно как и верховный или конституционный суд в стране континентального европейского права, даже формально не может быть абсолютно связан своими прецедентами. Например, Конституционный Суд РФ на пленарном заседании может решить вопрос о необходимости отказаться от правовой позиции, выраженной в прежних решениях Суда (ст. 73 Федерального конституционного закона о Конституционном Суде РФ). Причем такая возможность не мешает Конституционному Суду рассматривать сложное дело как принципиально новое и фактически создавать новый прецедент, формально не отказываясь от прежней правовой позиции.

### **8.2.2. ПРИОРИТЕТ СПЕЦИАЛЬНОГО ЗАКОНА ПО ОТНОШЕНИЮ К ОБЩЕМУ ЗАКОНУ**

По предмету действия различаются законы (законоположения) общие и специальные. Специальный закон детализирует общее правило, устанавливает исключения или особенности регулирования некоторых отношений, которые входят в предмет регулирования общего закона. Отсюда вытекает принцип: *lex speciali derogat legi generali* – если есть специальный закон, то общий не применяется.

Предполагается, что общий и специальный законы (законоположения) установлены одним и тем же законодательным органом. Например, специальный закон, принятый до вступления в силу Конституции РФ 1993 г. (закон СССР, закон РСФСР, закон РФ), не может применяться после того как вступит в силу новый общий закон (федеральный закон или федеральный конституционный закон), принятый новым законодательным органом – Федеральным Собранием РФ. Если в таком общем законе ничего не говорится о действии специальных законов, принятых прежним законодателем, то следует руководствоваться принципом “последующее отменяет предыдущее”.

Если нормативные акты, содержащие общую и специальную норму находятся в иерархической соподчиненности, то акт низшей силы может устанавливать специальные нормы лишь в том случае, если это прямо предусмотрено актом высшей силы.

При наличии общей нормы закона подзаконные нормативные акты применяются тогда, когда общий закон прямо предусматривает установление специальных норм именно в подзаконных актах – например, в постановлениях правительства.

### **8.2.3. НЕЗНАНИЕ ЗАКОНА НЕ ОСВОБОЖДАЕТ ОТ**

### ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Это само собой разумеющееся утверждение, ибо противное невозможно. Правовое регулирование требует применения ко всем одинакового масштаба. Следовательно, все, кто ссылается на незнание закона, без исключения, либо не должны освобождаться, либо должны освобождаться от ответственности за нарушение закона. Но последнее, по существу, означает невозможность привлечения к ответственности за нарушение закона, ибо каждый будет ссылаться на незнание закона.

Древнеримская сентенция по этому вопросу гласит: *ignorantia iuris nocet* – незнание права только вредит. В частности отсюда вытекает, что именно незнание закона может привести к правонарушению; но незнание не может быть причиной освобождения от юридической ответственности.

#### 8.2.4. НЕОПУБЛИКОВАННЫЕ ЗАКОНЫ НЕ ПРИМЕНЯЮТСЯ

Из предыдущего принципа с необходимостью вытекает, что любой закон должен быть опубликован для всеобщего сведения, прежде чем можно будет его применять и, в частности, привлекать к юридической ответственности на основании этого закона. Нельзя привлекать к ответственности за нарушение закона, которого не просто не знают, но и, по общему правилу, не могут знать.

Этот само собой разумеющийся правовой принцип включен в основы конституционного строя Российской Федерации: “Законы подлежат официальному опубликованию. Неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения” (ч.3 ст.15 Конституции РФ). В этом контексте следует обратить внимание на то, что не бывает нормативных *правовых* актов, не опубликованных для всеобщего сведения. Если нормативный акт, тем более – затрагивающий права, свободы и обязанности, не опубликован, то он не является правовым, не имеет *юридической силы*. Публичность нормативных актов – это одно из требований господства права в формальном смысле.

Опубликование закона для всеобщего сведения является заключительной стадией законодательного процесса в современном демократическом конституционном государстве. Закон вступает в силу с момента его опубликования, если иное не установлено в самом законе.

Следует также отметить, что применение неопубликованного

закона, особенно если закон управомочивающий или смягчающий ответственность, давало бы преимущество тем, кто знает закон, в сравнении с теми, кто его не знает и не может знать. Это противоречит принципу формального равенства, справедливости, требованию равного обращения со всеми субъектами права.

### **8.2.5. ОТЯГЧАЮЩИЙ ЗАКОН ОБРАТНОЙ СИЛЫ НЕ ИМЕЕТ**

Этот принцип объясняет действие нормативных правовых актов во времени. Закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет, т.е. действует на будущее (*ex tunc*) и не применяется к деяниям, которые были совершены до его вступления в силу. Наоборот, смягчающий закон имеет обратную силу, т.е. применяется к деяниям, совершенным до его принятия. Поэтому ч.2 ст.54 Конституции РФ определяет: “Никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением. Если после совершения правонарушения ответственность за него устранена или смягчена, применяется новый закон”.

Если закон устраняет ответственность, т.е. устанавливает, что соответствующее деяние не является правонарушением, то он должен применяться *ex tunc* – ко всем деяниям, которые были совершены с момента принятия прежнего закона. Все наказанные по прежнему закону должны быть реабилитированы. Если же закон не устраняет, а только смягчает юридическую ответственность, т.е. не отрицает, что деяние является правонарушением, то он должен применяться, по меньшей мере, к тем уже совершенным деяниям, ответственность за которые еще не наступила (например, наказание еще не назначено).

## **8.3. ПРИНЦИПЫ НАДЛЕЖАЩЕЙ ПРАВОВОЙ ПРОЦЕДУРЫ**

### **8.3.1. НИКТО НЕ МОЖЕТ БЫТЬ ЛИШЕН ЖИЗНИ, СВОБОДЫ ИЛИ ИМУЩЕСТВА ИНАЧЕ КАК ПО РЕШЕНИЮ СУДА**

Злоупотребления властью можно реально ограничить лишь в том случае, если властное принуждение осуществляется не просто по закону, а в рамках четко регламентированной законом беспристрастной процедуры. Отсюда вытекает требование надлежащей правовой процедуры, которая должна соблюдаться, как минимум, во всех случаях, когда человеку по закону грозит лишение жизни,

личной свободы или имущества. Надлежащая правовая процедура – это судебная процедура, которая является беспристрастной постольку, поскольку суд независим не только от сторон, участвующих в деле, но и от любых институтов власти, и любые стороны перед лицом суда формально равны.

В западноевропейской правовой традиции первое официальное формулирование надлежащей правовой процедуры обычно связывают с Великой хартией вольностей (1215 г.). Глава 39 Хартии предписывала королю дать обещание, что “[ни один] свободный человек не будет взят, помещен в тюрьму или лишен права владеть недвижимым имуществом... или объявлен вне закона, или сослан, или иным образом уничтожен, и мы не накажем его и не пошлем наказать его, кроме как по законному решению его пэров или по праву земли”, а также, что “[н]икому мы не продадим, никому не откажем в праве или правосудии и не для кого не отсрочим их”<sup>5</sup>.

Общее требование надлежащей правовой процедуры сформулировано во многих конституциях. Так, в Пятой поправке к Конституции США говорится, что никто не должен лишаться жизни, свободы или имущества без законного судебного разбирательства. В более полном виде требование надлежащей правовой процедуры, действующее в общем праве, гласит: “никто на законном основании не может быть подвергнут наказанию или же претерпеть ущерб в отношении своей физической свободы и собственности иначе как в случае совершения правонарушения, факт которого установлен по общим правилам обычным судом страны”.

В частности, из этого требования вытекает правило, согласно которому любое административное (полицейское) ограничение прав и свобод допустимо лишь при условии предварительного или последующего судебного контроля за законностью и обоснованностью полицейских действий. Это так называемое правило *habeas corpus*, официально сформулированное в Англии в знаменитом *Habeas corpus*-Акте (1679 г.).

Общее требование надлежащей правовой процедуры и правило *habeas corpus* установлены в Европейской конвенции о защите

<sup>5</sup> Цит. по: Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека. М., 1997. С.436.

Ср. современный перевод “Ни один свободный человек не может быть схвачен, заключен в тюрьму, или лишен своего имущества или отвержен законом, или подвергнут изгнанию, или в любом виде уничтожен также мы не можем преследовать его или пытаться арестовать его, за исключением случаев, когда вынесено правовое решение его согражданами или законодательством государства.”

Никому не будет продано, никому не может быть отказано или отсрочено его право на правосудие [Magna Charta, nos.39 & 40 (1215) (numbers omitted)]” (цит. по: Верховенство права: Сборник. М., 1992. С.21, 49).

прав человека и основных свобод (1950 г.) как обязательные стандарты соблюдения прав человека в европейском правовом сообществе государств<sup>6</sup>.

Конституция РФ допускает смертную казнь (по европейским стандартам в области прав человека смертная казнь должна быть отменена) в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни и лишь при условии, что обвиняемому предоставлено право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей (ч.2 ст.20 Конституции). До тех пор, пока правосудие с участием присяжных заседателей не введено в России повсеместно, смертная казнь назначаться не может.

В ч.2 ст.22 Конституции РФ установлено, что арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению, и что до судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов. Ч.3 ст.35 Конституции РФ гарантирует, что никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Кроме того, Конституция гарантирует, что ограничения неприкосновенности жилища и права на тайну коммуникаций допускаются только на основании судебного решения.

### 8.3.2. НИКТО НЕ МОЖЕТ БЫТЬ СУДЬЕЙ В СВОЕМ ДЕЛЕ

Надлежащая правовая процедура предполагает беспристрастный суд. Отсюда вытекает принцип, сформулированный еще в римском праве: *nemo iudex in propria causa*. Это требование можно

---

<sup>6</sup> Статья 5 Конвенции гласит:

“1. Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом:

законное содержание лица под стражей на основании признания его виновным компетентным судом;

...

законный арест или задержание лица, произведенные с тем, чтобы оно предстало перед компетентным судебным органом по обоснованному подозрению в совершении правонарушения или в случае, когда имеются основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения; ...

3. Каждое арестованное в соответствии с положениями пункта 1 (с) данной статьи лицо незамедлительно доставляется к судье..., имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. . .

4. Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство, в ходе которого суд безотлагательно решает вопрос о законности его задержания и выносит постановление о его освобождении, если задержание незаконно...” (Цит. по: *Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э.* Указ. соч. С.549–550).



рассматривать как одну из частных формулировок справедливости, или формального равенства (всеобщего принципа права), применительно к спорам о праве. А именно: для того, чтобы спор решался в рамках права, стороны спора (частные лица, должностные лица государства, государственные органы) должны быть формально равны в процедуре рассмотрения спора. В частности, если спор возникает между частным лицом и должностным лицом (государственным органом), то последнее не вправе разрешать этот спор. В противном случае оно будет и судьей, стороной в споре. Судья должен быть беспристрастным, не заинтересованным в исходе спора. Но суд не может считаться таковым, если, например, судья ранее принимал участие в деле или функции стороны обвинения и суда фактически не разграничены. Последнее обстоятельство весьма важно: полномочие судьи возбуждать уголовное дело и формулировать по нему обвинение противоречит требованию справедливого разбирательства беспристрастным судом. Если суд полномочен возбуждать дело по своей инициативе, то он выступает как судья в своем деле<sup>7</sup>.

Если закон ставит кого-либо в положение судьи в своем деле, то это правонарушающий закон. Сталкиваясь с такими законами, суды в странах общего права применяют принцип *nemo iudex in*

<sup>7</sup> Между тем в посттоталитарной России такое положение сохранялось даже после принятия новой Конституции. Лишь в конце 1996 г. Конституционный Суд РФ признал не соответствующими Конституции Российской Федерации положения УПК РСФСР, наделявшие судью полномочиями возбуждать уголовное дело по подготовленным в протокольной форме материалам о преступлении или отказывать в его возбуждении, а также устанавливающие обязанность судьи изложить формулировку обвинения. При этом Конституционный Суд установил, что судья, возбуждив в отношении конкретного лица уголовное дело и сформулировав обвинение, оказывается связанным такими своими решениями. Это затрудняет для судьи объективное исследование и правовую оценку обстоятельств дела, тем более что вынесение оправдательного приговора или иного решения в пользу подсудимого может восприниматься как свидетельство ошибочности его прежних выводов по данному делу. Возложение на суд полномочия возбуждать уголовное дело противоречит принципу состязательности судопроизводства. Этот принцип предполагает такое построение судопроизводства, при котором функция правосудия отделена от функций спорящих перед судом сторон. Суд обязан обеспечивать справедливое и беспристрастное разрешение спора, предоставляя сторонам равные возможности для отстаивания своих позиций, и не может принимать на себя выполнение их процессуальных функций. В уголовном судопроизводстве состязательность означает отграничение функции суда по разрешению дела от функций обвинения и защиты. Возбуждая дело и, особенно, формулируя обвинение против конкретного лица, суд неизбежно оказывается на стороне обвинения и начинает выполнять одновременно две функции – обвинения и разрешения дела, что порождает неравенство сторон в судопроизводстве и нарушает принцип состязательности (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1996 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края»).

*propria causa* как правовой критерий, позволяющий признавать законы недействительными. Прецедент такого рода был установлен в решении по делу *врача Томаса Бонхэма против Врачебной палаты* (1610 г.)<sup>8</sup>.

Содержание этого знаменитого дела сводится к следующему. В Англии существовала Врачебная палата – орган сословно-цехового самоуправления врачей. Палата рассматривала споры между врачами и жалобы на врачей. По закону Врачебная палата могла наложить на врача штраф, причем половина суммы штрафа поступала председателю Палаты. Врач Томас Бонхэм, приговоренный Палатой к уплате штрафа, счел решение необоснованным и обжаловал его в Суд королевской скамьи. Знаменитый английский судья Эдуард Коук (Sir [Lord] Edward Coke), рассмотрев дело, установил, что Врачебная палата не вышла за пределы своей законной компетенции. Однако, заявил судья, есть общеизвестный правовой принцип “никто не может быть судьей в своем деле”, и никакой парламент, никакой закон не могут отменить этот принцип. Если же закон нарушает этот принцип, то такой закон противоречит праву, а значит – является недействительным и не применяется судом. Закон (парламентский акт), позволяющий председателю Врачебной палаты получать в свое распоряжение половину суммы назначенного штрафа, ставит председателя и подчиненных ему судей Палаты в положение *судей в своем деле*. Ибо председатель и судьи Палаты прямо заинтересованы во взыскании штрафа, и в каждом подобном деле они фактически выступают не только как судьи, но и как сторона. Закон был признан недействительным, и тем самым был установлен судебный прецедент, в соответствии с которым, *любой* закон, противоречащий требованию “никто не может быть судьей в своем деле”, не применяется судом. Впоследствии суды в странах общего права неоднократно признавали законы, противоречащие этому требованию, недействительными со ссылкой на прецедент 1610 г.<sup>9</sup>

Между тем, в современной России требование *neto iudex in propria causa* нарушено в таком официальном акте, который должен быть чистым воплощением права, – Конституции РФ 1993 г. По Конституции, Правительство РФ несет ответственность только перед Президентом РФ, т.е. Правительство – это орган исполнительной власти, подчиненный, в конечном счете, Президенту. Но в соответствии с ч.4 ст.111 Конституции между Президентом

<sup>8</sup> *Dr. Bonham's Case* (1610) 8 Co. Rep. 114a, 117b–118b.

<sup>9</sup> Например, судья Хобарт (Chief Justice Hobart) в деле *Day v. Savage* (1614) и судья Холт (Chief Justice Holt) в деле *The City of London v. Wood* (1701), ссылаясь на прецедент 1610 г., объявляли правонарушающими парламентские акты, нарушающие принцип “никто не может быть судьей в своем деле” (см.: *Clinton R.L. Marbury v. Madison and judicial review*. Lawrence (Kans.), 1989. P.39).

и Государственной Думой может возникнуть спор по кандидатуре Председателя Правительства; причем, если Дума трижды отклонит предложенную Президентом кандидатуру, то Президент распускает Думу и назначает Председателя Правительства уже без ее согласия. Тем самым, по Конституции, Президент в этом споре с Думой оказывается судьей в своем деле. Можно предположить, что если бы такое же положение было включено в конституционный акт, изданный в Англии или другой стране общего права, то высший суд страны признал бы это положение (аналогичное ч.4 ст.111 Конституции РФ) недействительным.

### 8.3.3. ПУСТЬ БУДЕТ ВЫСЛУШАНА И ДРУГАЯ СТОРОНА

*Audiat et altera pars* – без соблюдения этого требования невозможно объективное решение по любому спору. До тех пор, пока одна из сторон по уважительной причине не может участвовать в процессе разбирательства – будь то гражданское, уголовное или иное дело – разрешение спора о праве невозможно.

Надлежащая правовая процедура предполагает, что суд или другой (квазисудебный) орган власти может принять решение, лишь уведомив заинтересованные стороны и дав им возможность высказаться; это императивный принцип общего права<sup>10</sup>. Европейское право (п.3 ст.6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод) гарантирует, что обвиняемый в совершении преступления в процессе разбирательства его дела компетентным судом выступает как активная сторона, формально равная обвиняющей стороне. В частности, он имеет право быть уведомленным на понятном ему языке и пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, а также имеет право допрашивать показывающих против него свидетелей и право на вызов и допрос его свидетелей (право обвиняемого на “равенство оружия”, или равенство средств защиты).

Надлежащая правовая процедура допускает рассмотрение судом гражданских дел в отсутствие ответчика, если исчерпаны все правовые средства, обеспечивающие явку ответчика в суд; в противном случае нарушалось бы право истца на разбирательство его дела. Но заочное разбирательство в суде уголовного дела противоречит требованию *audiat et altera pars* – даже тогда, когда обвиняемый скрывается от правосудия. Ибо уголовное дело – это дело обвиняемого, а не обвиняющей стороны (органа уголовного преследования). И если обвиняемый скрывается от правосудия, то это значит, что суд не может осуществлять *правосудие* в этом деле (до тех пор, пока обвиняемый не предстанет перед судом). Следова-

<sup>10</sup> См.: Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э. Указ. соч. С.436.

тельно, при заочном разбирательстве уголовного дела в любом случае не может быть вынесен *правосудный* приговор. Аналогично в суде второй инстанции разбирательство дела в отсутствие подсудимого противоречит требованию надлежащей правовой процедуры. Поэтому нельзя признать надлежащей формулировку ч.2 ст.123 Конституции РФ: “Заочное разбирательство уголовных дел в судах не допускается, кроме случаев, предусмотренных федеральным законом”. Никаких правовых оснований для заочного разбирательства судом уголовных дел не существует.

#### 8.3.4. НЕЛЬЗЯ НАКАЗЫВАТЬ ДВАЖДЫ ЗА ОДНО И ТО ЖЕ

Этот принцип известен со времен римского права: *non bis in idem*; или более точно: *bis de eadem re non sit actio*. Он подразумевает, что правовое наказание должно быть соразмерно правонарушению (преступлению), и если человек наказан *по праву*, т.е. соразмерно (справедливо), то повторно *по праву* он наказываться уже не может. Следовательно, по праву исключается и повторное судебное разбирательство.

Например, Пятая поправка к Конституции США устанавливает, что “никто не должен дважды отвечать жизнью или телесной неприкосновенностью за одно и то же преступление”. Более общее положение установлено в ч.1 ст.50 Конституции РФ: “Никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление”.

Наконец, наиболее полно этот вопрос излагается в Протоколе № 7 к европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Статья 4 (“Право не привлекаться к суду или повторному наказанию”) этого Протокола гласит:

“1. Никакое лицо не должно быть повторно судимо или наказано в уголовном порядке в рамках юрисдикции одного и того же государства за преступление, за которое оно уже было окончательно оправдано или осуждено в соответствии с законом и уголовно-процессуальным законодательством этого государства.

2. Положения предыдущего пункта не препятствуют пересмотру дела в соответствии с законом и уголовно-процессуальным законодательством соответствующего государства, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах или в предыдущем разбирательстве были допущены существенные ошибки, которые могли повлиять на исход дела...”<sup>11</sup>.

#### 8.3.5. ОБВИНЯЕМЫЙ СЧИТАЕТСЯ НЕВИНОВНЫМ, ПОКА ЕГО

<sup>11</sup> Цит. по: Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э. Указ. соч. С.574.

### ВИНОВНОСТЬ НЕ ДОКАЗАНА

Презумпция правомерности: обвинитель должен доказать, что обвиняемый совершил преступление, истец – что ответчик не выполнил обязательства или причинил вред. В административном процессе презумпция законности административных актов, изданных на основании и во исполнение закона: истец (заявитель) должен доказать, что административный акт не соответствует закону. В конституционном процессе презумпция конституционности закона, принятого после вступления в силу конституции: заявитель должен доказать, что закон не соответствует конституции. Понятие невиновности не сводится к отсутствию вины человека, обвиняемого в совершении преступления. Вина (сознательно-волевой компонент содеянного) – это лишь один из элементов состава преступления или состава правонарушения. В данном контексте невиновность означает не просто отсутствие вины, но признание человека не совершавшим преступление. Обвиняемый в совершении преступления считается не совершившим преступление, пока противное не установлено компетентным судом и обвинительный приговор не вступил в силу (презумпция невиновности).

Презумпция невиновности обвиняемого в уголовном деле (подсудимого) вытекает из самого принципа правового регулирования (формального равенства). Ибо уголовное дело – это спор о праве, формально равными сторонами которого выступают обвиняемый (подсудимый) и обвиняющая сторона в лице компетентного государственного органа. С точки зрения права заявление одной из сторон спора о совершении другой стороной преступления, даже если это официальное заявление компетентного государственного органа, имеет ту же юридическую силу, что и заявление другой стороны о том, что она не совершала преступления. Только независимый от сторон суд может установить виновность (постановить, что виновность доказана) или подтвердить невиновность обвиняемого. Противоположная точка зрения по этому вопросу означала бы, что обвиняющая сторона оказывается судьей в своем деле.

Аналогично в гражданском процессе лицо, против которого подан иск, не обязано доказывать, что оно не является надлежащим ответчиком. Оно признается надлежащим ответчиком лишь в том случае, если истец предъявит достаточные доказательства того, что лицо, привлеченное по данному делу в качестве ответчика, не выполнило обязательство или причинило вред. Однако в гражданском процессе не говорится о презумпции невиновности. Здесь нет обвиняемого и нет наказания за провинность. Речь идет лишь об обязанности надлежащего ответчика выполнить обязательство и

возместить убытки или возместить причиненный им вред. При этом предполагается вина лица, в отношении которого установлено, что оно нарушило обязательство или причинило вред.

Презумпция невиновности требует, чтобы члены суда не подходили к делу с заранее сложившимся мнением, что обвиняемый совершил те преступления, в которых его обвиняют. Обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока в отношении него не будет вынесен обвинительный приговор суда, вступивший в законную силу. Приговор суда вступает в силу по истечении срока его обжалования (опротестования), если он не был обжалован.

Из презумпции невиновности вытекает, что неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого (ч.3 ст.49 Конституции РФ). Неустранимое сомнение означает такое, которое не может быть устранено после исследования всех обстоятельств дела, представленных обвинением суду. Истолкование сомнений в пользу обвиняемого состоит в том, что в случае сомнений в доказанности обстоятельств против обвиняемого, эти обстоятельства считаются не установленными. Наоборот, если нет уверенности в противном, то оправдывающие или смягчающие обстоятельства признаются установленными.

В посттоталитарной России суды в случае возникновения сомнений вместо вынесения оправдательного приговора нередко направляют дело для проведения дополнительного расследования. Тем самым грубо нарушается презумпция невиновности.

При неправовом регулировании, в условиях деспотии, тоталитаризма, несвободы, презумпции невиновности нет. В неправовой ситуации для того, чтобы считать человека виновным, достаточно волеизъявления властной стороны. Так, при советской власти презумпция невиновности либо прямо отвергалась как буржуазный институт (т.е., по существу, как правовой институт), либо она формально провозглашалась, но фактически не действовала. Рецидивы фактического отрицания постсоветским «правосудием» презумпции невиновности показывают, что современная Россия является страной, неразвитой в правовом отношении. Но иного и не может быть в стране, в которой в течение 70 лет господствовал произвол, а суд был придатком карательной системы.

### **8.3.6. ОБВИНЯЕМЫЙ НЕ ОБЯЗАН ДОКАЗЫВАТЬ СВОЮ НЕВИНОВНОСТЬ**

Это частная формулировка презумпции невиновности: тот, кто считается невиновным, не должен доказывать свою невиновность. Бремя доказывания возлагается на обвинение, и недоказанность обвинения означает, что презумпция не опровергнута.

Этот принцип выражен в ч.2 ст.49 Конституции РФ.

Запрет возлагать доказывание невиновности на обвиняемого (подсудимого) не лишает обвиняемого права опровергать доводы обвинения и тем самым подтверждать свою невиновность. Обвиняемый может давать любые показания, может полностью отказаться от дачи показаний. Последнее не является основанием для обвинительного приговора. Непредставление обвиняемым доказательств своей невиновности не может расцениваться как доказательство его виновности.

Аналогично в гражданском процессе лицо, привлекаемое в качестве ответчика, не обязано доказывать, что оно не является должником, не выполнившим обязательство, или причинителем вреда.

Другое дело – доказательство вины ответчика. В гражданском деле лицо, уже признанное должником, не выполнившим обязательство, или причинителем вреда, обязано выполнить требования истца, либо доказать, что оно не обязано выполнять эти требования. Поэтому отсутствие вины, в частности, наличие непреодолимой силы или умысла потерпевшего, доказывается самим лицом, нарушившим обязательство или причинившим вред.

### 8.3.7. НИКТО НЕ ОБЯЗАН СВИДЕТЕЛЬСТВОВАТЬ ПРОТИВ СЕБЯ

Уже в римском праве было признано, что человек не может быть надлежащим свидетелем в своем деле (*nullus idoneus testis in re sua*). В частности, отсюда вытекает, что признание обвиняемого не может считаться достаточным свидетельством его виновности в совершении преступления. Следовательно, не может быть никаких юридических оснований для того, чтобы требовать от человека свидетельств против самого себя.

В Пятой поправке к Конституции США установлено, что “никто не должен принуждаться свидетельствовать против самого себя в уголовном деле”. Более широкое требование установлено в ч.1 ст.51 Конституции РФ: “Никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом”. Такое расширение круга субъектов имеет не только моральное, но и юридическое оправдание: если человек заявляет, что он не желает свидетельствовать против названных выше субъектов, то это значит, что он не желает быть свидетелем в своем деле.

В российской следственной практике нередко встречаются такие случаи, когда лица, на которых падает подозрение, и причастность которых к совершению преступления проверяется, процессуально не ставятся в положение подозреваемого и допрашиваются в качестве свидетеля, с предупреждением об обязанности

---

давать правдивые показания. Между тем, из текста ч.1 ст.51 следует, что даже привлеченный к участию в деле в качестве свидетеля вправе отказаться от дачи показаний, мотивируя это тем, что показания могут быть использованы против него.



---

**ГЛАВА 9**

---

**СИСТЕМА ПРАВА И  
СИСТЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА****9.1. ПОНЯТИЕ СИСТЕМЫ ПРАВА**

Совокупность правовых норм, действующих в определенной стране, составляет ее национальную правовую систему<sup>1</sup>. Национальные правовые системы различаются не только по содержанию действующих юридических норм, но и по видам источников права, особенностям правовой культуры и юридической практики. Международное право образует самостоятельную правовую систему с отраслевой структурой.

В правовой доктрине разработано понятие “система права”. Это доктринальная *научная категория*, на которую должна ориентироваться законотворческая практика<sup>2</sup>. Она объясняет внутреннее строение национальной правовой системы, ее структуру, взаимосвязь составляющих ее норм, соединение норм в группы. Ниже речь пойдет о системе права, характерной для национальных правовых систем, входящих в семью европейского континентального права.

Элементами системы права являются правовые нормы (система права – это система правовых норм). Системообразующим признаком, позволяющим отделить систему правовых норм от других социальных регуляторов, служит принцип права, т.е. формальное равенство (равенство в свободе, правовая форма свобо-

---

<sup>1</sup> В более широком смысле правовой системой называют всю совокупность правовых явлений, существующих в отдельной стране.

К элементам, взаимодействующим на разных уровнях правовой системы, относят: 1) действующие правовые нормы и систему источников права; 2) особенности правосознания и правовой культуры, правовые понятия, юридическую науку и правовую идеологию, правовую политику; 3) систему правоотношений, состояние правопорядка и законности; 4) юридическую практику; 5) юридическую технику (см.: *Общая теория права* / Под ред. В.К.Бабаева. Н.Новгород 1993. С.85–110). Примерно тот же набор элементов в западноевропейской литературе обозначается термином “правовая культура” (см. 9.2.).

<sup>2</sup> См.: *Проблемы общей теории права и государства* / Под ред. В.С.Нерсесянца М., 1999. С.337.

ды). Следовательно, неправовые нормы, даже установленные в законе, не входят в систему права. Например, нормы социального законодательства (см. 9.4.) противоречат принципу права и не могут быть элементами системы права.

В наиболее общем виде систему норм права можно представить как две подсистемы – частного (гражданского) права и публичного права (см. 4.3.4.). Частное право регулирует отношения обмена, участники которых выступают как формально равные, формально независимые субъекты. Это правила свободного (справедливого, эквивалентного) обмена<sup>3</sup>.

Нормы частного права не могут эффективно действовать без публичного права, которое устанавливает правосубъектность индивидов, обеспечивает правосубъектность и безопасность угрозой наказания для тех, кто посягает на жизнь, личную свободу, собственность и другие правовые ценности. Следовательно, требуются публично-властные институты, обеспечивающие правовую свободу и принуждающие к соблюдению правовых запретов. Соответственно требуются нормы публичного права, которые устанавливают правомочия этих властных институтов, необходимые для защиты правопорядка, для пресечения и наказания нарушений правовых запретов, для разрешения конфликтов. Наконец, нужны нормы, регулирующие участие индивидов-субъектов права в формировании и осуществлении государственной власти. Круг индивидуальных субъектов политического участия и степень их участия определяют, в какой мере государственно-властные субъекты будут признавать, соблюдать и защищать правовую свободу.

Различение подсистем частного и публичного права дает наиболее общее представление о *структуре* права, внутреннем строении системы правовых норм. Подсистемы – это наиболее крупные структурные подразделения в системе права. При более детальном рассмотрении в системе права (и составляющих ее подсистемах) различаются отрасли права и правовые институты. А именно: система правовых норм как целое (и составляющие ее подсистемы) подразделяется на отрасли права, которые в свою очередь подразделяются на подотрасли и правовые институты.

Отрасль права – это совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения определенного типа определенным

<sup>3</sup> Отношения обмена, выступающие как объект правового регулирования, можно понимать и в более широком смысле. Социальный обмен может быть не только позитивным (обмен социальными благами), но и негативным. Правовые нормы, устанавливающие юридическую ответственность, можно рассматривать как правила негативного обмена. Эти правила устанавливают меру воздаяния за совершение общественно вредных деяний: тот, кто совершает правонарушение (причиняет вред), должен “в обмен” понести эквивалентное наказание и/или возместить причиненный вред.

методом. В основе доктринального различения отраслей права лежат объективные различия предметов правового регулирования, т.е. типов общественных отношений, регулируемых правом. Своеобразие регулируемых отношений (предмет регулирования) определяет метод правового воздействия на них: то или иное сочетание запретов и дозволений, преимущественную диспозитивность или императивность законодательства, специфику санкций. Это не значит, что каждая отрасль права имеет свой уникальный метод регулирования общественных отношений. Но методы отраслей частного права и публичного права принципиально различаются.

Так, для частного, или гражданского, права более характерен *диспозитивный* метод регулирования. Официально признанные, сформулированные в законе нормы частного (гражданского) права часто лишь предлагают образец поведения в типичных ситуациях (диспозитивные нормы). Субъекты частного права, формально равные и независимые друг от друга, регулируют свои отношения договорами (так называемое автономное правовое регулирование). При этом они могут воспользоваться предлагаемым образцом, но могут установить в договоре иные права и обязанности, ибо они руководствуются принципом “все, что не запрещено правом, разрешено”. Но в частном праве есть и *императивные* нормы, нарушение которых влечет за собой недействительность договора.

Напротив, в отраслях публичного права – конституционного, уголовного, административного, процессуального – действуют только *императивные* нормы, запрещающие противоправное поведение или требующие безусловного выполнения определенных обязанностей. Например, конституционные, процессуальные и административно-правовые нормы, устанавливающие компетенцию государственных органов и полномочия должностных лиц, требуют осуществления этой компетенции и запрещают выходить за ее пределы. В публично-правовых отношениях государственные органы и должностные лица подчинены требованию “все, что не разрешено правом, запрещено”.

Отрасль (подотрасль) права делится на правовые институты – обособленные группы юридических норм, регулирующих однородные отношения. Наиболее тесная системная связь отдельных правовых норм существует в рамках институтов. Отраслевой правовой институт – это группа правовых норм, регулирующих однородные отношения в пределах отрасли права, самостоятельное подразделение отрасли права. Так, в гражданском праве существуют, например, институты собственности, наследования, обязательственного права, авторского права; в конституционном – институты гражданства, избирательного права и другие.

Кроме того, в науке принято выделять в рамках системы права межотраслевые правовые институты – конструкции, имеющие

познавательного-информационного и практического значения. При этом в отдельные межотраслевые институты объединяются сходные отраслевые институты: например, институт юридической ответственности в гражданском, уголовном, административном праве. Помимо этого в межотраслевой институт можно объединять нормы разных отраслей права, связанные с определенным отраслевым институтом. Так, в межотраслевой институт избирательного права включают нормы не только конституционного, но и административного и уголовного права, регулирующие отношения, связанные с выборами. В межотраслевой институт международного частного права включаются нормы гражданского, процессуального, а иногда и трудового права, регулирующие отношения с так называемым иностранным элементом (см. 9.2.2.).

## **9.2. ОТРАСЛЕВАЯ СТРУКТУРА ПРАВА**

Отраслевая структура права относится к числу доктринальных выводов юридической науки. Причем правовая доктрина различает отрасли права и отрасли правового законодательства. Отрасли (и подотрасли) права разграничиваются наукой (доктриной). Отрасли же правового законодательства разграничиваются законодателем по мере развития правовых систем в соответствии с выводами науки об отраслях (и подотраслях) права, об их соотношении и взаимодействии.

Совокупность отраслей права и совокупность отраслей правового законодательства охватывают один и тот же нормативно-правовой материал, но структурируют его по-разному. Различение отраслей правового законодательства дает более подробное и более сложное структурирование права.

### **9.2.1. ОТРАСЛИ ПРАВА**

Существует всего пять отраслей права. Во-первых, это частное, или гражданское, право: частное право как подсистема права включает в себя только одну отрасль; следовательно, отрасль права, именуемую гражданским правом, столь же уместно называть частным правом. Во-вторых, есть четыре отрасли публичного права – конституционное («государственное»), уголовное, административное и процессуальное. Отрасли права различаются по типу регулируемых отношений и методам регулирования. Они имеют объективное предназначение, их формирование и обособление не зависит от усмотрения законодателя. Нормы всех отраслей права существуют с того времени, когда возникает право. Последнее ут-

верждение относится и к нормам конституционного права – нормам, определяющим исходную правосубъектность индивидов.

Нормы *гражданского права* (частное право) описывают права и обязанности, характерные для типичных отношений свободного эквивалентного обмена, и гарантируют установление субъективных прав и юридических обязанностей по принципу “незапрещенное разрешено”. Субъекты гражданского права приобретают и осуществляют субъективные права своей волей и в своем интересе. Гражданское право регулирует, главным образом, имущественные отношения по принципу формального равенства, но оно не регулирует имущественные отношения, основанные на административном или ином властном подчинении одной стороны другой.

Предназначение *конституционного права* – установление общих правовых рамок публичной политической власти. В предмет конституционного права входят, прежде всего, отношения типа “индивид–государство”. Конституционное право определяет статус полноправных субъектов. Современные конституции, прежде всего, гарантируют первичные права индивида (общий правовой статус человека и гражданина). Далее, конституционное право устанавливает организацию государственной власти, необходимую ради правовой свободы. Когда законы или обычаи государства регламентируют правомочия высших государственных органов, они тем самым полагают правовые пределы власти.

Нормы, описывающие общий правовой статус человека и гражданина, тем самым косвенно запрещают кому бы то ни было, прежде всего – властным субъектам, нарушать пределы минимальной неотъемлемой свободы. Эти нормы гарантируют такую свободу, которая исключает публичное или частное вмешательство (*status negativus*), обеспечивают гражданам возможность участия в публичной жизни (*status activus*), позволяют требовать полицейской и судебной защиты прав и свобод (*status positivus*).

Другие нормы конституционного права определяют статус (правомочия) высших государственных органов, разграничивают их компетенцию, устанавливают разделение властей, препятствующее узурпации государственной власти и тирании. Если, вместо разделения властей, конституция закрепляет верховенство одного органа власти (“полновластие”), то это – фиктивная конституция, имитирующая ограничение власти.

Специфика конституционного права, в частности, заключается в том, что конституционно-правовые нормы не имеют санкций. Действие норм конституционного права защищается в первую очередь уголовным правом. Это одно из проявлений системной связи всех правовых норм.

Нормы *уголовного права* угрозой наказания охраняют ценности, гарантированные конституционным правом. Прежде всего,

они защищают индивида от посягательств на его жизнь и здоровье, личную свободу, честь и достоинство, собственность, защищают его неприкосновенность – духовную и физическую, неприкосновенность жилища, тайну частной жизни, тайну коммуникаций, а также защищают естественную среду обитания человека, общественную безопасность и общественный порядок, конституционный строй, порядок государственного управления и другие социальные блага.

Смысл *административного права* заключается в установлении полицейских полномочий, предназначенных для защиты тех же ценностей, которые гарантируются конституционным правом и охраняются правом уголовным. Это специфическая отрасль права – дозволенные правом полицейские полномочия, т.е. *правомочия*, позволяющие осуществлять публично-властное принуждение вплоть до насилия. Поскольку это – *правомочия*, а не произвольные установленные полномочия, они должны устанавливаться ради обеспечения и защиты правовой свободы, но не наоборот.

Административные (полицейские) правомочия государственных органов и должностных лиц устанавливаются в законе (дозволяются законом) по принципу “все, что не разрешено правом, запрещено”. Конкретно они предназначены для обеспечения правопорядка, пресечения и наказания правонарушений, а также для управления имуществом, находящимся в государственной собственности и вообще для исполнения законов, для осуществления исполнительно-распорядительной (подзаконной) деятельности.

Нормы *процессуального права* устанавливают надлежащую правовую процедуру разрешения споров, а также правила уголовного преследования и компетенцию органов, осуществляющих процессуальные действия. Несоблюдение процессуальных правил лишает судебные и полицейские решения юридической силы. Надлежащая правовая процедура разрешения споров препятствует произвольному ограничению свободы и собственности. Это судебная процедура: перед лицом суда формально равны любые субъекты, выступающие в качестве сторон спора, любые участники процесса.

### 9.2.2. ОТРАСЛИ ПРАВОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Нормы отраслей права официально формулируются в законах (законодательстве) и других источниках права. При этом отраслевая структура права не совпадает с отраслевой структурой правового законодательства, существующей в развитых правовых системах. Отрасль правового законодательства – это совокупность правовых норм, обособленных (систематизированных) законодателем в соответствии с доктринальным делением права

на отрасли и подотрасли и в соответствии с потребностями законодательного регулирования. В рамках отрасли законодательства нормы систематизируются путем кодификации (путем создания кодекса) или консолидации (объединения) нормативных актов, относящихся к одному предмету регулирования. Помимо правового существуют трудовое и социальное законодательство.

Одной отрасли права могут соответствовать как одна, так и несколько отраслей правового законодательства. Так, нормы конституционного права содержатся только в конституции и конституционно-правовом законодательстве, нормы уголовного права – только в уголовном законодательстве (обычно – в уголовном кодексе). Но другим отраслям права обычно соответствуют несколько отраслей законодательства.

По мере исторического развития национальных правовых систем происходит разветвление отраслей законодательства, соответствующих гражданскому, административному и процессуальному праву. При этом, во-первых, отдельные *подотрасли* гражданского, процессуального и административного права кодифицируются как самостоятельные отрасли правового законодательства. Во-вторых, формируются *комплексные отрасли* правового законодательства, состоящие, в основном, из норм гражданского и административного права.

Например, подотрасли гражданского права выделяются в отдельные отрасли законодательства, и существует несколько отраслей частноправового законодательства: “собственно гражданское законодательство” (гражданский кодекс), а также торговое и брачно-семейное законодательство, которые кодифицируются отдельно от гражданского кодекса. По существу, торговое и брачно-семейное законодательство – это подотрасли гражданского права. Кроме того, нормы гражданского права содержатся в комплексных отраслях законодательства, в которых они сочетаются с нормами административного права.

Разветвление отраслей правового законодательства – это не произвольное творчество законодателя, оно имеет объективные предпосылки. В ходе исторического развития усложняется структура общественных отношений, подлежащих правовому регулированию. Соответственно усложняется и отраслевая структура системы права: накапливается нормативный материал, и в рамках отраслей обособляются подотрасли права. Эти подотрасли приобретают самостоятельное значение, и законодатель может выделить их в самостоятельные отрасли правового законодательства. Отрасль законодательства, которая состоит из норм одной подотрасли права, имеет свой особенный предмет, выделяющийся из общего предмета соответствующей отрасли права. Комплексные отрасли правового законодательства не только имеют особенный

предмет, но и сочетают в себе методы регулирования, характерные для частного права и публичного (административного) права. Это отрасли *частно-публичного* правового законодательства.

История права демонстрирует разные варианты обособления *подотраслей* права в качестве самостоятельных отраслей законодательства. Так, для гражданского (частного) права характерно наличие основной отрасли законодательства – кодифицированного “собственно гражданского” законодательства, наряду с которым возможно самостоятельное торговое законодательство – нормы гражданского права, регулирующие торговые отношения, кодифицированные отдельно от гражданского кодекса. Кроме того, в XX в. во многих странах от “собственно гражданского” отделяется брачно-семейное законодательство, и во всех правовых системах с развитой отраслевой структурой некоторые институты гражданского права составляют основу комплексных отраслей правового законодательства (земельное, хозяйственное и т.д.)<sup>4</sup>. При этом гражданский кодекс выступает как основная законодательная форма гражданского права. В нем сосредоточены общие нормы и большая часть специальных норм гражданского права. Никакие нормы гражданского права не могут противоречить нормам гражданского кодекса.

Разделение “собственно гражданского” и торгового законодательства имеет исторические предпосылки<sup>5</sup>, но не является всеобщей закономерностью развития частного права. В XX в. “граж-

<sup>4</sup> Особый вопрос – о *международном частном праве*, его природе и месте в системе права. Это совокупность норм гражданского (включая торговое и семейное), процессуального и трудового права, которые в национальных правовых системах регулируют отношения с “иностраным элементом” – с участием иностранных граждан или юридических лиц, по поводу вещи, находящейся в другом государстве, и т.д. Кроме того, значительную часть международного частного права составляют так называемые *коллизийные* нормы; это, по существу, технические правила, которые указывают, право какой страны будет применяться к соответствующему отношению с “иностраным элементом”. Все эти нормы, включая коллизийные, нередко вначале устанавливаются в международных договорах, а затем вводятся в национальные правовые системы. Поэтому международное частное право не просто называется международным, но и может рассматриваться как отрасль *международного* права. Но оно никоим образом не может считаться *отраслью* или *даже подотраслью национального права*. Это и не комплексная отрасль правового законодательства. В национальной системе права нормы, объединяемые названием “международное частное право”, выделяются юридической наукой как *межотраслевой институт* (см. 9.1.). Правда, коллизийные нормы могут быть обособлены как отрасль законодательства. Но это будет не правовое, а техническое законодательство, нормы которого отсылают к праву соответствующей страны.

<sup>5</sup> Торговое право – это подотрасль гражданского права, которая исторически формировалась не на основе римского частного права, а на основе европейских торговых обычаев, которые затем были приведены в соответствие с нормами римского права.



данское право во всех экономически развитых государствах до такой степени слилось с торговым, что почти нет случаев, когда бы торговые обязательства регламентировались иначе, чем гражданские обязательства<sup>6</sup>. Иначе говоря, торговое законодательство как частноправовое, по существу, не отличается от “собственно гражданского” законодательства. Вместе с тем современное торговое законодательство уже не является только частноправовым; постепенно оно превращается в так называемое хозяйственное право – комплексное законодательство, в котором нормы гражданского права тесно переплетены с нормами административного права, регламентирующими налоговый режим, внешнюю торговлю, порядок и условия предоставления кредитов и т.д.<sup>7</sup>

В сфере процессуального права, напротив, нет основной, или “общепроцессуальной”, отрасли законодательства. Процессуальное право традиционно развивается в форме двух отдельных отраслей законодательства – уголовно-процессуального и гражданского процессуального. Кроме того, возможно формирование новых отраслей процессуального законодательства.

Процессуальное право является юридической формой публично-властного применения норм материального права – прежде всего, гражданского и уголовного. Соответственно процессуальное право состоит из подотраслей – гражданского процессуального<sup>8</sup> и уголовно-процессуального права. Разделение этих подотраслей заложено в самой природе процессуального права. В процессе исторического развития правовых систем сначала происходит накопление правовых норм, отдельно регулирующих гражданский процесс и уголовный процесс. Накапливающийся в каждой процессуальной области однотипный нормативный материал нуждается в унификации и обособлении<sup>9</sup>. Для этого требуется консолидация, а затем и кодификация норм гражданского процесса отдельно от норм уголовного процесса. В результате происходит разделение процедур применения норм гражданского права и уголовного права, и процессуальные подотрасли становятся самостоятельными отраслями процессуально-правового законодательства. Эти отрасли законодательства имеют важные различия. Например, сто-

<sup>6</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С.68.

<sup>7</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С.68–69.

<sup>8</sup> Гражданское процессуальное право регулирует публично-властное разрешение споров о праве между частными лицами, а не просто споры о праве между частными лицами. Следовательно, гражданское процессуальное право – это не процессуальная часть частного права, а часть публичного (процессуального) права.

<sup>9</sup> См.: Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Под ред. М.Н.Марченко. Т.2. Теория права. М., 1998. С.232.

роны гражданского процесса – истец и ответчик – формально равные, формально независимые друг от друга субъекты, между которыми возникает спор о праве. Стороны же уголовного процесса – это обвиняемый (подсудимый) и обвиняющая сторона, которая осуществляет уголовное преследование обвиняемого. Перед лицом суда обвинитель и подсудимый формально равны. Но в отношениях уголовного преследования такого равенства нет: это отношения повеления–подчинения. В уголовном процессе действует презумпция невиновности, а в гражданском такой презумпции нет.

Во второй половине XX в. в наиболее развитых правовых системах происходит обособление административного судебного процесса – судебной процедуры разрешения административно-правовых споров. Ранее разрешение таких споров – между частными лицами и административными органами – рассматривалось как особая разновидность гражданского процесса. Теперь же учредаются специализированные административные суды. Накапливаются нормы, регулирующие административный процесс, законодатель осуществляет их консолидацию и кодификацию, и таким образом формируется административно-процессуальное законодательство.

В тех странах, где создан конституционный суд, проверяющий конституционность нормативных актов и рассматривающий жалобы на нарушение конституционных прав и свобод, развивается конституционно-процессуальное право. Нормы, регламентирующие осуществление конституционного правосудия, содержатся в конституционно-правовом законодательстве. Однако конституционно-процессуальное право – это подотрасль не конституционного, а процессуального права.

Административное право в XX в. приобретает форму множества отраслей кодифицированного законодательства соответствующих подотраслям административного права. Отрасли административного правового законодательства – это законодательство об административных правонарушениях (административно-деликтное), об исполнительной власти, финансовое, налоговое, таможенное, уголовно-исполнительное<sup>10</sup>, экологическое и другие. Это не самостоятельные отрасли права; смысл правового регулирования во всех этих отраслях законодательства сводится к тому, что законодатель с одной стороны, устанавливает публично-правовые обязанности оп-

<sup>10</sup> Во избежание недоразумений следует подчеркнуть, что уголовно-исполнительное право – подотрасль не уголовного, а административного права. Предмет уголовного права ограничивается отношениями связанными с назначением уголовного наказания. Уголовно-исполнительное право регулирует административные отношения связанные с исполнением наказания, устанавливает права и обязанности лиц, отбывающих наказание, и административных органов, исполняющих наказание.

ределенного круга субъектов с другой – компетенцию административных органов, позволяющую требовать выполнения этих обязанностей, контролировать их выполнение, принуждать к их выполнению и т.д. Отдельные институты административного права (государственное регулирование земельных отношений, государственное управление хозяйственной деятельностью) развиваются в форме комплексного законодательства. Но в сфере административного права обычно нет основной отрасли законодательства, т.е. нет административного кодекса, содержащего основные общие и специальные нормы административного права. Полная, всеобъемлющая кодификация административно-правовых норм вряд ли возможна в принципе<sup>11</sup>. Возможны лишь отдельные крупные законы, раскрывающие общие положения административного законодательства.

*Комплексные* отрасли правового законодательства сочетают в себе нормы, которые, по сути, являются нормами гражданского права и административного права. В процессе их законодательного оформления происходит систематизация норм гражданского и административного права, одновременно регулирующих одни и те же группы отношений, связанные с определенным объектом (например, земля, природные ресурсы) или с определенной деятельностью (хозяйственная, банковская).

Появление в развитых правовых системах комплексных отраслей правового законодательства происходит вследствие расширения предмета административно-правового регулирования, распространения публичного права на некоторые подвиды отношений, традиционно составлявшие предмет частного права. Такая экспансия административного права не является результатом произвольного законотворчества. Она объективно необходима для защиты публично-правового интереса от произвола частных лиц в усложняющихся общественных отношениях.

Так, земля и другие природные ресурсы составляют особые объекты собственности. Это природные объекты, образующие среду обитания человека, естественную среду, в которой существует население государства, развивается общество. Поэтому земля и другие природные ресурсы являются объектом публичного интереса, выражаемого и защищаемого государством. Путем кодификации норм права, регулирующих отношения собственности на землю и другие природные ресурсы, а также отношения землепользования (использование природных ресурсов) законодатель создает комплексные отрасли земельного или природоресурсного правового законодательства. Специфика этого законодательства – административно-правовое регулирование землепользования (использования природ-

<sup>11</sup> *Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М.* Административное право Российской Федерации. М., 1997. С.68.

ных ресурсов) независимо от формы собственности. В частности, земельное законодательство устанавливает обязательные для всех собственников и землепользователей режимы использования земель разных категорий, земель, имеющих разное предназначение. Смысл земельного законодательства – ограничение правомочий собственности на землю по мотивам публичного интереса.

В XIX в., в эпоху свободной конкуренции, в условиях свободного рынка, экономические отношения регулировались только частным правом – торговым и “собственно гражданским” законодательством. В XX в., особенно в его второй половине, в развитых странах свободный рынок сменился государственно регулируемым. Иначе говоря, экономика стала предметом не только частного правового, но и публично-правового регулирования. Возникло предпринимательское (антимонопольное, хозяйственное, банковское, транспортное и т.д.) законодательство, объединяющее нормы гражданского права и административного права, регулирующие экономические отношения. Специфика предпринимательского законодательства заключается в том, что, с одной стороны, оно гарантирует свободу экономической деятельности, с другой – устанавливает различные формы административного контроля (разрешения, регистрация, лицензирование, квотирование, отчетность, проверки и т.п.). По существу, это законодательство ограничивает свободу предпринимательства по мотивам публичного, прежде всего – фискального, интереса.

### 9.3. ТРУДОВОЕ ПРАВО

Особое место в отраслевой структуре права занимает трудовое законодательство. Его нельзя однозначно относить ни к правовому, ни к социальному (неправовому) законодательству. Оно обладает своим особым содержанием, которое отличает его от всех остальных отраслей законодательства. Трудовое законодательство – это “полуправовое” законодательство, регулирующее трудовые отношения, т.е. отношения найма рабочей силы, отношения между работодателем и наемным работником.

На первый взгляд, трудовые отношения – как отношения найма – входят в предмет частного права<sup>12</sup>. Действительно, правовой компонент трудового законодательства предполагает именно частноправовое регулирование некоторых трудовых отношений.

<sup>12</sup> “Трудовое право иногда считается составной частью частного права, но в большинстве случаев его относят к области *sui generis*, которая не соответствует ни частному, ни публичному праву” (Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 1993. С.83).

Но главное в трудовом законодательстве, его сущность и предназначение – это его неправовой компонент, а именно: *привилегии* наемных работников в трудовых отношениях. Эти привилегии, прежде всего, обязывают работодателя, независимо от его дохода, устанавливать вознаграждение за труд не ниже определенного размера и обеспечивать условия труда и отдыха не ниже стандартов, установленных трудовым законодательством.

Объективные предпосылки для трудового законодательства с возникают только в развитом индустриальном обществе. В индустриально неразвитом законодательное установление привилегий для наемных работников, особенно для малоквалифицированной рабочей силы, будет сдерживать экономический рост.

### 9.3.1. ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРУДА

Отношения найма рабочей силы ( трудовые отношения), как и любые отношения найма, регулируются гражданским правом. Именно так они и регулировались в XIX в., в раннем индустриальном обществе. Трудовой договор (договор найма рабочей силы) считался разновидностью гражданско-правового договора найма. В трудовых отношениях действовал принцип свободы договора.

При таком регулировании трудовых отношений работники находятся в заведомо невыгодном экономическом положении<sup>13</sup>. Ибо в индустриальном обществе неизбежно и закономерно существует безработица: общественный спрос на рабочую силу, особенно малоквалифицированную, должен быть меньше, чем ее предложение<sup>14</sup>. Поэтому, несмотря на формальную свободу до-

<sup>13</sup> Именно такое неразвитое индустриальное общество анализировал К.Маркс в своем фундаментальном труде “Капитал”. Узкие исторические рамки исследования и радикальная идеологическая (коммунистическая) ориентированность не позволили Марксу-ученому предвидеть принципиальные изменения положения наемных работников в развитом индустриальном обществе. По Марксу, закономерное невыгодное положение малоквалифицированной рабочей силы неизбежно должно привести к революции, упраздняющей собственность на средства производства. В действительности же это положение обеспечивает экономический рост, и по мере этого роста, в развитом индустриальном обществе, становится возможным трудовое, а затем и социальное законодательство, которые существенно улучшают положение работников в системах общественного распределения и государственного перераспределения социальных благ.

<sup>14</sup> Если в определенной стране в определенный период повышается общественный спрос на рабочую силу, то растет ее цена и соответственно снижается рентабельность производства. В результате, с одной стороны, происходит разорение малоэффективных предприятий, с другой – начинается приток иностранной рабочей силы, и, как следствие этих процессов, восстанавливается такое выгодное для производителей положение, при котором спрос на рабочую силу существенно меньше, чем ее предложение.

говора между работодателем и наемным работником, фактически условия договора определяет работодатель.

В смысле гражданско-правового договора найма работодатель – это наниматель, а наемный работник – наймодатель. Свобода договора найма рабочей силы означает, прежде всего, что на рынке рабочей силы ее цена определяется соотношением спроса и предложения. Поскольку в раннем индустриальном обществе преобладает малоквалифицированная рабочая сила, и спрос на нее меньше предложения, то ее цена является минимальной. Наймодатель (наемный работник) вынужден сдавать в наем свою рабочую силу на любых условиях. Поэтому за малоквалифицированную рабочую силу наниматели платят лишь столько, сколько необходимо для воспроизводства рабочей силы. Благодаря этому наниматели получают прибыль, которая вкладывается в развитие производства. Другого способа развития экономики и накопления общественного богатства в раннем индустриальном обществе не существует. Пока эффективность производства невысока, экономическое развитие возможно лишь за счет дешевой рабочей силы.

Далее. В соответствии с гражданским правом риск случайной гибели предмета договора найма несет наймодатель, если иное не предусмотрено *договором*. Соответственно риск случайной гибели или утраты рабочей силы (не по вине нанимателя) несет наемный работник, если иное не установлено договором найма рабочей силы. Но в условиях безработицы иное и не может быть установлено договором найма рабочей силы, ибо условия договора фактически определяет наниматель. Отсюда вытекает, что при гражданско-правовом регулировании трудовых отношений риск несчастного случая на производстве несет сам работник, и наниматель не обязан заботиться о безопасности труда и, тем более, компенсировать работнику утрату им трудоспособности.

Кроме того, свобода договора найма рабочей силы означает, что наниматель всегда будет диктовать и такие условия договора, как продолжительность рабочего времени и времени отдыха, ответственность работника за вред, причиненный им нанимателю в процессе трудовой деятельности, и т.д.

При таком положении значительная часть промышленных рабочих представляет собой устойчивое экономическое люмпенство, или “пролетариат”, которому “нечего терять, кроме своих цепей” (К.Маркс, Ф.Энгельс). Это социальные группы, которые состоят из людей, не имеющих иного источника существования, кроме заработной платы, размер которой достаточен лишь для воспроизводства рабочей силы. Для экономического люмпенства правовая свобода, права человека, общество, основанное на частной собственности, и государство, защищающее частную собственность, не представляют никакой ценности. По-

этому в раннем индустриальном обществе время от времени происходят бунты, акции неповиновения промышленных рабочих – вплоть до вооруженных восстаний. Иначе говоря, пока трудовые отношения в индустриальном обществе регулируются гражданским правом, обществу грозят революции, способные уничтожить это общество с его правом и государством.

### 9.3.2. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В XIX в. революционные выступления жестко подавлялись государством, и это было необходимо ради индустриального роста. Но к концу XIX в. положение принципиально изменилось. С одной стороны, нарастающую угрозу революций уже нельзя было сдерживать только силой. С другой стороны, в результате уже достигнутого индустриального роста в экономически наиболее развитых странах появилась объективная возможность роста заработной платы и улучшения условий труда. С этого времени в индустриальном обществе развивается законодательство, регулирующее трудовые отношения в пользу наемных работников.

Так, во Франции в 1898 г. был принят закон об ответственности работодателей при несчастных случаях на производстве. В этом законе юридический акт найма рабочей силы впервые был признан особым соглашением – трудовым договором. Законодатель установил материальную ответственность работодателя независимо от вины – обязанность работодателя возмещать работнику утрату им трудоспособности. Это противоречило классическому пониманию договора найма, предполагающему, что риск случайной утраты трудоспособности несет наемный работник. Но законодатель установил, что трудовой договор не является договором найма в смысле гражданского права. Его нельзя рассматривать как соглашение формально равных лиц. Это особое – солидарное – соглашение, по которому работодатель разделяет бремя риска со своим работником, и работнику гарантируется, что при несчастном случае он непременно получит компенсацию<sup>15</sup>.

Данный пример показывает, что в трудовом законодательстве работодатель и отдельный работник не считаются формально независимыми друг от друга субъектами, которые вольны либо заключать, либо не заключать договор на тех условиях, которые выдвигает одна из сторон. Трудовое законодательство исходит из того, что отдельный работник находится в фактической зависимости от работодателя. Если их поставить в положение формально равных сторон, то работник окажется в заведомо невыгодном

<sup>15</sup> См.: *Ewald F. A concept of social law // Dilemmas of law in the welfare state / Ed. by G. Teubner. B.; N.Y., 1985. P.42–43.*

положении (особенно это относится к малоквалифицированной рабочей силе). При таком положении формальная свобода работника фактически означает жесткое экономическое принуждение к труду, отсутствие реальной альтернативы. В положении формально равных сторон работник и работодатель фактически столь неравны, что последний может диктовать условия трудового договора. Но, по существу, такое навязывание воли (вместо согласования воли) противоречит самой природе договора. И коль скоро при заключении договора работник фактически не может сам защищать свои экономические интересы, то, ради социальной стабильности, это должен делать законодатель. Иначе говоря, закон, регулирующий трудовые отношения, должен ставить работника в привилегированное положение.

В XX в. во всех индустриально развитых странах было признано, что в трудовых отношениях не может быть полной свободы договора. Но, в отличие от европейских стран, в США достаточно долго сохранялось регулирование трудовых отношений по принципу формального равенства и защищался принцип свободы договора в сфере труда. Верховный суд США в прецеденте по делу *Locher v. New York* (1905) постановил, что Конституция не допускает вмешательство штата в право работника свободно заключить контракт с работодателем. Штат не вправе отнимать работу у работника на том основании, что условия контракта слишком плохи для работника. Право работника заключать такой договор, который он согласен заключить было объявлено фундаментальным и конституционным. И лишь в 1937 г. в решении по делу *West Coast Hotel v. Parrish* Верховный суд аннулировал решение *Locher v. New York* и установил, что штат может регулировать договорные отношения между работником и работодателем<sup>16</sup>.

### 9.3.3. ПРИВИЛЕГИИ, ДОГОВОРЫ И ПРИНЦИП *IN FAVOREM*

По смыслу трудового законодательства работник при заключении трудового договора должен быть привилегированной стороной, которой государство гарантирует минимальные условия договора в ее пользу (привилегированный минимум). От этих условий можно отступать лишь в сторону их улучшения для работника. Таким образом, договоры о труде подчинены принципу *in favorem*, который в данном случае означает, что договор не может ухудшать положение работника по сравнению с законодательством.

Привилегированный минимум, устанавливаемый законом для наемных работников, включает в себя следующие привилегии. Ра-

<sup>16</sup> См.: *Осакве К.* Сравнительное правоведение в схемах. М., 2000. С.51.



ботодатель, независимо от его прибыли, обязан предоставить работнику гарантированный минимум зарплаты, достаточный для достойной жизни человека<sup>17</sup>. Рабочее время должно быть не больше установленного законом максимума, а время отдыха – не меньше установленного законом минимума. Работодатель обязан обеспечивать условия гигиены труда и техники безопасности, соответствующие требованиям закона. Риск случайной гибели или повреждения рабочей силы солидарно несут работник и работодатель кроме случаев, предусмотренных законом. Работодатель может расторгнуть трудовой договор по своей инициативе только по основаниям, не запрещенным законом, в то время как работник вправе расторгнуть договор по своему желанию. Работники имеют привилегию первоочередного обратного приема на работу, если они уволены вследствие сокращения рабочих мест, а затем работодатель вновь нанимает работников аналогичной квалификации. Особые привилегии устанавливаются для подростков и молодежи.

Трудовое законодательство отрицает свободу договора в том смысле, что договоры о труде не могут ухудшать положение работника по сравнению с законом. Но закон устанавливает лишь “неприкосновенный минимум трудовых прав” (привилегированный минимум). Все, что устанавливается в пользу работника сверх этого минимума, устанавливается уже на основе свободы договора<sup>18</sup> – индивидуальными и коллективными договорами о труде.

<sup>17</sup> Не будет преувеличением сказать, что трудовое законодательство начинается с установления минимума заработной платы, размер которого *существенно превышает* прожиточный минимум, т.е. оно начинается тогда, когда государство обязывает предпринимателя платить больше, чем необходимо для воспроизводства рабочей силы. Объективная возможность для этого достигается в развитом индустриальном обществе. Развитость трудового законодательства – это один из показателей развитости индустриального общества. В современной России общество еще не доросло до трудового законодательства. То, что в России называется минимальным размером оплаты труда, во много раз меньше прожиточного минимума для одного человека, не говоря уже о воспроизводстве рабочей силы. Минимум же заработной платы, который подразумевается трудовым законодательством, не может быть меньше хотя бы прожиточного минимума. Поэтому приходится констатировать, что пока в России, по существу, нет трудового законодательства. То законодательство о труде, которое формально существует, не имеет никакого смысла, ибо оно не гарантирует главного – минимальной заработной платы, размер которой соответствует назначению трудового законодательства. Это имитация трудового законодательства.

<sup>18</sup> “В последнее десятилетие ... принцип *in favorem* стал подвергаться нападкам как негативный фактор, препятствующий гибкости правового регулирования труда, адекватному отражению им реалий и потребностей рыночной экономики. А в некоторых странах (ФРГ, Франция, Греция) в законодательстве и судебной практике появилась тенденция к частичному отказу от него и допущению в определенных пределах принципа *in reus*, т.е. ухудшения положения работника по сравнению с законодательством, фиксируемого в коллективном соглашении или индивидуальном трудовом договоре. Еще одно проявление

Поэтому нельзя считать, что трудовое законодательство является неправовым. По существу, это “полуправовое” законодательство: с одной стороны, оно устанавливает привилегированный минимум для работника, с другой – гарантирует свободу сторон при определении условий договора по принципу *in favorem*.

Кроме того, трудовые отношения непосредственно регулируются не столько нормами закона, сколько нормами, установленными в коллективных трудовых договорах, имеющих силу закона. Сторонами, заключающими эти договоры, являются *коллективные* субъекты – коллективы работников и объединения работодателей (предпринимателей). Эти коллективные договоры предусмотрены законодательством как источники трудового права, которые могут лишь улучшать положение работника по сравнению с законом. Они имеют силу закона постольку, поскольку не нарушают принцип *in favorem*. Индивидуальный трудовой договор не может ухудшать положение работника, гарантированное трудовым законодательством и коллективными договорами.

Источниками договорного трудового права в национальных правовых системах являются, во-первых, так называемые крупномасштабные договоры (общенациональные соглашения и отраслевые договоры) и, во-вторых, заводские коллективные договоры<sup>19</sup>. Крупномасштабные договоры заключаются между объединениями профсоюзов и предпринимателей в рамках национальной промышленности в целом и в рамках ее отдельных отраслей. Стандарты, установленные этими договорами, имеют большую силу, чем стандарты, установленные трудовым законодательством. Заводские коллективные договоры заключаются между предпринимателем и коллективом работников, от имени которых выступают действующие на предприятии профсоюзы или органы представительства трудового коллектива. Стандарты, установленные заводскими договорами, имеют большую силу, чем стандарты, установленные общенациональными и отраслевыми соглашениями. В итоге получается, что привилегированный минимум, которому не могут противоречить индивидуальные трудовые договоры, устанавливается заводским коллективным договором.

Таким образом, трудовое законодательство не только гарантирует привилегии наемным работникам, но и создает условия для реального договорного (частноправового) регулирования трудовых отношений. С этой целью оно вводит в трудовые правоотношения (признает, учреждает) новый вид субъектов права –

---

отхода от принципа *in favorem* – запрет в некоторых случаях изменения в пользу работников законодательных норм в коллективных (или трудовых) договорах” (Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С.38).

<sup>19</sup> См.: Киселев И.Я. Указ. соч. С.242–255.

коллектив работников (трудовой коллектив), вступающий через своих представителей в коллективные переговоры и заключающий коллективные договоры. Этот субъект, не являясь юридическим лицом, тем не менее, вступает в частноправовые отношения с работодателем. Трудовой коллектив как неопределенное множество физических лиц, работающих на предприятии, не может быть субъектом гражданского права, ибо последнее признает договоры, которые заключаются только определенными лицами. Зато трудовой коллектив – это такой субъект, который действительно может выступать как формально равный в отношениях с работодателем, вступать в переговорные отношения и добиваться соблюдения экономических интересов работников.

Признавая трудовые коллективы и объединения профсоюзов субъектами переговорных и договорных отношений, трудовое законодательство “создает” такой вид субъектов права, которому ни отдельные работодатели, ни их объединения не могут диктовать условия договоров о труде. Кстати, профсоюзы в США были легализованы Актом Вагнера лишь в 1935 г., а до этого к ним в полной мере применялось антитрестовское законодательство (см. 9.4.2.).

Наконец, трудовое законодательство отличается от гражданского права тем, что гарантирует право работников на *коллективные* трудовые споры, включая право на забастовку как способ разрешения этих споров. С точки зрения гражданского права споры о праве возможны только между отдельными лицами, а коллектив, множество лиц не может быть субъектом спора о праве. Трудовое же законодательство, наряду с индивидуальными, признает и коллективные споры, так как фактическая зависимость отдельного работника от работодателя может сделать индивидуальный спор нереальным.

Смысл забастовки состоит в том, что работодатель не вправе уволить бастующих и нанять других, если забастовка не признана незаконной. С точки зрения гражданского права забастовка – это монополистическое (правонарушающее) ограничение свободы предпринимательства. Но в условиях безработицы только забастовка может эффективно побуждать предпринимателей учитывать интересы работников. Но ради соблюдения правового равенства в этом вопросе, трудовое законодательство гарантирует предпринимателям право на “оборонительный локаут” – приостановление работы предприятия в ответ на забастовку.

Признание коллективных субъектов частноправовых (договорных) отношений, коллективных споров о праве, гарантии права на забастовку и права на локаут – в этом заключается юридическая специфика трудового законодательства.

#### 9.4. СОЦИАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

В развитом индустриальном и, особенно, в постиндустриальном обществе важную роль играет социальное законодательство. Это законодательство о социальном обеспечении (пенсионное законодательство), законодательство о занятости, о здравоохранении, об образовании, о науке и культуре, а также часть жилищного и экологического законодательства.

Социальное законодательство – это, в сущности, неправовое, произвольное (в нейтральном смысле) законодательство. Оно регулирует перераспределение национального дохода в интересах общества в целом и, особенно, в пользу социально слабых. Государство, осуществляющее социально-экономические задачи (так называемое социальное государство), “исправляет недостатки” первоначального распределения национального дохода, которое происходит в процессе свободного эквивалентного обмена и в трудовых отношениях. А именно: социальное государство осуществляет уравнительное регулирование, т.е. отнимает в виде налогов значительную часть доходов у тех, кто их имеет, и распределяет полученные средства среди тех, кто не имеет доходов или терпит убытки. Социальное законодательство является инструментом такого распределения, средством государственного вмешательства в различные сферы общественной жизни с целью смягчения имущественного и потребительского неравенства. Сущность социального законодательства – это привилегии, льготы и преимущества, или так называемая позитивная дискриминация<sup>20</sup>.

Хотя многие акты социального законодательства содержат процедурные нормы административного права, защищающие граждан от произвола распределяющей бюрократии, все же главное в социальном законодательстве – это привилегии. Они устанавливаются для социально слабых и для тех, кто оказывается в экономически невыгодном положении. Эти привилегии различны для разных групп населения – в зависимости от их положения в системе рыночного распределения социальных благ. Но смысл этих привилегий одинаков для всех, на кого распространяется социальное законодательство. Это предоставление социальных благ бесплатно или на льготных условиях. Сюда относятся бесплатное образование, бесплатное или социальное жилье, предоставление медицинских услуг бесплатно или за доступную плату, пенсии и пособия, не связанные с какими бы то ни было заслугами, льготные кредиты, субсидии и т.д.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> См.: *Ewald F.* Op. cit. P.48–60.

<sup>21</sup> См.: *Aubert V.* The rule of law and the promotional function of law in the welfare state // *Dilemmas of law in the welfare state.* P.28–39; *Preus U.K.* The concept

Эти привилегии устанавливаются и реализуются произвольно. Например, нет и не может быть никакого объективного или правового критерия для определения минимального или надлежащего размера пособия по безработице или пенсии по инвалидности. Реализация социального законодательства, в частности, количество и качество социальных благ, распределяемых за счет государственного бюджета, зависит от объективных экономических возможностей общества и от социальной политики конкретного правительства.

Притязания социально слабых на получение от государства социальных благ производны исключительно от закона и правительственных программ. Причем государство в осуществлении своих социально-экономических задач не связано правом и действует вопреки праву; здесь законодатель и правительство руководствуются соображениями социальной солидарности, эгалитаризма, гуманизма, целесообразности, фактических возможностей и потребностей экономики. В этом смысле социальное законодательство – гуманное, моральное и т.п. – является произвольным.

К социальному иногда причисляют и трудовое законодательство. Но оно существенно отличается от социального. Трудовое гарантирует наемным работникам получение минимума социальных благ (и приемлемые условия труда) в отношениях социального обмена, в качестве вознаграждения за трудовые услуги. Социальное же законодательство гарантирует минимум социальных благ тем, кто не может полноценно участвовать в отношениях социального обмена (безработным, разорившимся, инвалидам, многодетным, неимущим, бездомным, больным и т.д.).

## 9.5. СИСТЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Системой законодательства принято называть иерархическую совокупность законов и подзаконных нормативных актов. Понятие “система законодательства” применяется, главным образом, к правовым системам, входящим в семью континентального европейского права.

В федеративном государстве система законодательства складывается из трех подсистем законодательства. Во-первых, по вопросам, которые относятся к ведению федерации, издаются только федеральные законы (и другие федеральные нормативные акты). Во-вторых, по вопросам совместного ведения федерации и субъектов федерации издаются не только федеральные законы,

но и законы субъектов федерации. В-третьих, по вопросам, которые относятся к ведению субъектов федерации, издаются только их законы.

Вертикальная структура (иерархия) системы законодательства включает в себя конституцию и международные договоры, имеющие силу конституционных положений; конституционные (органические) законы; имеющие силу закона международные договоры, обычные законы, принятые путем референдума и принятые органом законодательной власти; нормативные акты главы исполнительной власти и нормативные акты правительства.

Отраслевая (горизонтальная) структура системы законодательства отчасти совпадает с отраслевой структурой системы права, но одновременно формируется из соображений политической и иного рода целесообразности, выражает особенности национальной правовой системы. Отрасли законодательства могут быть моноотраслевыми, содержащими нормы одной отрасли или подотрасли права (например, уголовное законодательство содержит только уголовное право, финансовое законодательство содержит только нормы финансового права – подотрасли административного права), и комплексными. Внешним признаком отрасли законодательства, как правило, является кодификация составляющих ее норм.

В России в настоящее время выделяются следующие отрасли законодательства: конституционное, гражданское, семейное, жилищное, трудовое, уголовное, об административных правонарушениях, уголовно-процессуальное, гражданско-процессуальное, арбитражно-процессуальное, финансовое, налоговое, об исполнительной власти, о судебной системе, об адвокатуре и нотариате, об информации и средствах массовой информации, уголовно-исполнительное, об охране общественного порядка, об обороне и военной службе, о государственной безопасности, таможенное, о государственном регулировании и управлении хозяйственной деятельностью, земельное, водное, лесное, о недрах, об охране окружающей среды, о социальном обеспечении, об образовании, науке и культуре, о здравоохранении, о международных и внешнеэкономических отношениях.