

КРАТКИЕ УЧЕБНЫЕ КУРСЫ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

ТЕОРИЯ ПРАВА
И ГОСУДАРСТВА

ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК

Академический правовой университет

В. С. Нерсисянц

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Краткий учебный курс

НОРМА
ИНФРА-М
Москва • 2013

УДК 340.1(075.8)
ББК 67.0я73
Н54

Н54 **Нерсисянц В. С.** Теория права и государства. — М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. — 272 с. — (Краткие учебные курсы юридических наук).

ISBN 978-5-89123-489-5 (Норма)
ISBN 978-5-16-004219-0 (ИНФРА-М)

В учебном курсе, написанном академиком РАН, профессором, доктором юридических наук, изложены основные вопросы теории права и государства, предусмотренные вузовской программой. Все темы освещены в нем с позиций разработанной автором либертарно-юридической теории права и государства.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов.

УДК 340.1(075.8)
ББК 67.0я73

ISBN 978-5-89123-489-5 (Норма)
ISBN 978-5-16-004219-0 (ИНФРА-М) © Нерсисянц В. С., 2001

Содержание

Раздел I. Теория права и государства как общеюридическая дисциплина

Предисловие IX

Глава 1. Предмет и метод теории права
и государства 1

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

Глава 2. Понятийно-правовое единство
предмета и метода юриспруденции 6

1. Соотношение, взаимосвязи и единство предмета
и метода юридического познания 6
2. Основные функции юридического метода 7
3. Преемственность и новизна в развитии
теории права и государства 8

Глава 3. Место и значение теории
права и государства в юриспруденции 9

1. Теория права и государства
в системе юридических наук 9
2. Теория права и государства и развитие
междисциплинарных связей юриспруденции 11

Раздел II. Сущность, понятие и ценность права и государства

Глава 1. Основные концепции правопонимания
и понимания государства 13

1. Типология правопонимания и понимания государства 13
2. Легизм 14
3. Юснатурализм 16
4. Либертарно-юридический тип правопонимания 18

Глава 2. Сущность, понятие и ценность права
и государства 23

VI	Содержание	
1. Сущность и понятие права и государства		23
2. Ценность права и государства		30
3. Место и роль права и государства в социальной регуляции		33
Раздел III. Общество, право, государство		
Глава 1. Первобытнообщинный строй.		
Происхождение права и государства		38
1. Основные характеристики родового строя		38
2. Концепции происхождения права и государства		40
Глава 2. Типология права и государства.		
Основные исторические типы права		
и государства		49
1. Античные концепции типологии		49
2. Историко-формационный подход Гегеля: концепция духовных формаций		50
3. Марксистский историко-формационный подход: концепция экономических формаций		51
4. Культурологические и цивилизационные подходы		52
5. Либертарно-юридическая концепция типологии права и государства		53
Глава 3. Форма государства		57
1. Форма правления		57
2. Форма государственного устройства		62
3. Форма государственного (политического) режима		65
Глава 4. Функции и механизм государства		67
1. Функции государства		67
2. Механизм государства		69
Глава 5. Правосознание и правовая культура		72
1. Правосознание		72
2. Правовая культура		76
Глава 6. Гражданское общество и государство		78
1. Различение и соотношение гражданского общества и государства		78
2. Общественные объединения		80
Глава 7. Правовое государство:		
история и современность		83
1. История идей правового государства		83
2. Правовое государство в постсоветской России		90

Содержание	VII
Глава 8. Перспективы постсоциалистического развития общества, права и государства:	
концепция цивилизма	100
1. Проблема выбора постсоциалистического пути развития	100
2. Гражданская собственность, цивилитарное право, цивилизм	105
3. Место цивилизма в историческом прогрессе свободы и права	110
Раздел IV. Доктрина и догма позитивного права: основные понятия и концепции	
Глава 1. Доктрина и догма права:	
понятие и типы	114
1. Понятие доктрины и догмы права	114
2. Типы правовых доктрин	116
Глава 2. Норма права	119
1. Норма права как основная категория доктрины и догмы позитивного права	119
2. Понятие и структура нормы права	123
3. Признаки нормы права	127
4. Виды норм права	129
Глава 3. Источники права	132
1. Понятие и виды источников права	132
2. Источники права в Российской Федерации	139
Глава 4. Правоустановление (правотворчество)	150
1. Понятие правоустановления и виды правоустановительной деятельности	150
2. Принципы правоустановительной деятельности	154
3. Основные стадии правоустановительного процесса	157
4. Юридическая техника	161
Глава 5. Система права и систематизация законодательства	166
1. Понятие и структура системы права	166
2. Объект, предмет и метод правового регулирования	171
3. Основные отрасли российского права	176
4. Система права и законодательство	180
5. Систематизация правоустановительных актов	183

Глава 6. Типология систем права: основные “правовые семьи” современности	185
1. Классификация систем права	185
2. Романо-германская правовая семья	188
3. Социалистические системы законодательства	195
4. Правовая семья “общего права”	197
5. Индусское право	201
6. Мусульманское право	204
7. Обычное право Африки	207
Глава 7. Действие права	209
1. Понятие, механизм и эффективность действия права	209
2. Действие права во времени, в пространстве, по сфере регуляции и по кругу лиц	211
3. Реализация норм права	214
4. Применение норм права	215
5. Пробелы в праве. Аналогия закона и аналогия права	220
Глава 8. Толкование норм права	223
1. Понятие толкования норм права. Объект, метод и предмет толкования	223
2. Способы (приемы) толкования норм права	224
3. Виды толкования-уяснения норм права	228
4. Виды толкования-разъяснения норм права	229
Глава 9. Правовое отношение	232
1. Понятие правоотношения. Объект и предмет правоотношения	232
2. Юридические факты	233
3. Содержание правоотношения	235
4. Субъекты (участники) правоотношения. Физические и юридические лица	236
5. Виды правоотношений	241
Глава 10. Правонарушение и юридическая ответственность	243
1. Понятие и юридический состав правонарушения	243
2. Виды правонарушений	246
3. Понятие юридической ответственности	248
4. Виды юридической ответственности	250
5. Принципы юридической ответственности	253
Глава 11. Правовой порядок и правовая законность	256
1. Понятия правового порядка и правовой законности	256
2. Свойства, принцип и гарантии правовой законности и правопорядка	258

Предисловие

В учебнике изложены все темы по вузовской программе теории права и государства. Он написан с позиций разработанной нами либертарно-юридической теории права и государства, в основе которой лежит понимание и понятие права и соответствующее правовое понимание (и понятие) государства как форм выражения принципа формального равенства, а именно как всеобщих и необходимых форм свободы, равенства и справедливости в общественной жизни людей.

Учебник состоит из четырех разделов.

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

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

Общетеоретические темы учебного курса, относящиеся к проблематике происхождения и развития права и государства, их типологии, характеристике их форм и функций, соотношению гражданского общества и правового государства, изложены в третьем разделе.

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

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

Раздел I. Теория права и государства как общеюридическая дисциплина

Глава 1. Предмет и метод теории права и государства

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

Теория права и государства занимает фундаментальное место в системе юридических наук. Эта основополагающая юридическая дисциплина по своим задачам, функциям, предмету и методу имеет **общенаучное значение для юриспруденции в целом**. В ней сконцентрированы все наиболее существенные достижения научно-теоретической мысли о праве и государстве, все теоретически наиболее важное и значимое в совокупном знании о праве и государстве.

В рамках теории права и государства выявляется, определяется и разрабатывается вся общенаучная (общетеоретическая) проблематика предмета и метода юриспруденции в целом, ее научной концепции и понятийного аппарата, ее системы и структуры, ее онтологических, гносеологических и аксиологических характеристик, ее места и роли в системе других наук.

Основная общенаучная задача теории права и государства состоит в определении и обосновании предмета и метода всей юриспруденции как отдельной самостоятельной науки. В этом прежде всего заключается существо предмета и метода самой теории права и государства. Определить предмет и метод теории права и государства — это означает определить предмет и метод юриспруденции в целом, т.е. той науки (и научной системы юридических дис-

циплин), общей теорией и общенаучной основой которой и является данная теория права и государства.

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

2. Дуализм объектов и единство предмета юриспруденции

Каждая наука — это определенный способ производства и организации знаний о тех объектах, изучением которых она занимается. В этом смысле **юридическая наука является определенным способом производства и организации юридических знаний, т.е. научных знаний о таких объектах, как право и государство.**

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

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

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

В весьма упрощенном виде можно сказать, что объект науки — это то, что мы о нем знаем *до* его научного изучения, а предмет — это изученный объект, то, что мы

знаем о нем *после* научного познания. Речь по существу идет о различении познаваемого объекта и идеи (теоретического смысла, мыслительного образа, логической модели и т.д.) познанного объекта.

Приведенные положения об объекте и предмете науки в целом относятся и к юридической науке. Поэтому в общем виде можно сказать, что **объектами юридической науки являются право и государство, а ее предметом — основные сущностные свойства права и государства.** Иначе говоря, предметом юридической науки являются понятие права и понятие государства, поскольку сущностные свойства объекта в соответствии с требованиями научного (теоретического) познания можно адекватно выразить лишь в такой высшей познавательной форме, как понятие.

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

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

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

История и теория юриспруденции как единой юридической науки о праве и государстве свидетельствуют о том, что в рамках данной науки дуализм понятия права и

понятия государства преодолевается и необходимое понятие-предметное единство достигается именно на основе и с позиций определенного понятия права, включающего в себя и соответствующее правовое понятие государства, т.е. сущностные (с позиций этого понятия права) правовые свойства государства.

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

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

Иначе проблема единства предмета юриспруденции решается легистами (позитивистами)¹. Показательна в этом плане позиция **Г. Кельзена** как автора наиболее последовательной концепции легизма — неопозитивистского “чистого учения о праве”. С одной стороны, для Кельзена, как и для всех легистов (позитивистов и неопозитивистов), право — это приказ власти (с любым произвольным содержанием), принудительное установление и продукт государства, словом, “принудительный порядок”². С другой стороны, он с помощью формально-нормологического метода интерпретирует право (т.е. позитивное право, установленное государством) как систему норм должностования, восходящих к гипотетической “основной норме” (а не к государству!), и с этих позиций трактует любое государство как “правопорядок”, как “правовое государство”³. При этом под “правовым государством” Кельзен имеет в виду позитивно-правовое (легистское) государство и потому отвергает “правовое

¹ Противоположность юридического (от *ius* — право) и легистского (от *lex* — закон) подходов освещается во II разделе.

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М.: ИНИОН АН СССР. 1987. С. 50.

³ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М.: ИНИОН АН СССР. 1988. С. 111, 146.

государство” в общепринятом смысле, которое, по его оценке, исходит из ложных естественноправовых представлений.

Такая правовая (позитивно-правовая) трактовка государства, по мысли Кельзена, позволяет преодолеть “традиционный дуализм государства и права” и добиться единства предмета юриспруденции (в ее неопозитивистской версии): “предмет познания — это только право”¹. Под правом при этом имеется в виду любое произвольное и принудительное установление самого государства.

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

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

¹ Там же. С. 109, 146.

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

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

Глава 2. Понятийно-правовое единство предмета и метода юриспруденции

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

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

В специфике предмета юридической науки выражена и специфика ее метода.

Единство предмета и метода юридической науки (и самой теории права и государства), обобщенно говоря, состоит

в следующем: специфическое понятийно-юридическое знание (т.е. юридико-теоретическое, понятийно-правовое знание о праве и государстве) — это одновременно и предмет научно-юридического познания права и государства, и метод их юридического познания (тип, форма, результат юридического метода познания данных объектов).

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

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

2. Основные функции юридического метода

Процесс конкретизации нового понятия права, его выражения и оформления в виде целостной юридической теории, включая и общую теорию права и государства, осуществляется посредством юридического метода. В этом смысле **юридическая теория является формой выражения юридического метода в действии**, в созидании новой системы юридических знаний на основе и с позиций единого понятия права.

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

Таким образом, познавательные возможности юридического метода, как и любого другого метода, заданы творческим (эвристическим) потенциалом самого нового понятия права и ограничены его смысловыми рамками, границами его теоретического смысла, сферой предмета данной юридической теории.

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

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

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

3. Преемственность и новизна в развитии теории права и государства

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

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

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

Новое понятие права означает и соответствующий новый подход к изучению, пониманию и трактовке как самих эмпирически данных объектов юридической науки (права

и государства), так и уже накопленных теоретических знаний о них.

В развитии юридического знания и соответствующей общей теории права и государства **момент новизны тесно связан с моментом преемственности**. Новое (новое понятие права, новая теория, новая концепция и т.д.) здесь, как и везде, возникает лишь на основе старого (всей совокупности прежних юридических знаний) как познавательное более глубокая, более содержательная и более адекватная форма постижения и понимания права и государства. И новое понятие права не перечеркивает прежние понятия права и соответствующие теории, а сохраняет научно значимые результаты предшествующей юридической мысли и на новом, более высоком уровне юридического познания развивает их дальше с более глубоких теоретических позиций и в более широком и адекватном смысловом поле и контексте.

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

1. Теория права и государства в системе юридических наук

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

Существуют различные классификации этих юридических дисциплин. **В системе юридической науки имеются следующие группы дисциплин**: 1) юридические науки теоретического и исторического профиля (теория права и государства, история политических и правовых учений, всеобщая история права и государства, отечественная история права и государства и др.); 2) отраслевые юридические науки (конституционное право, административное право, гражданское право, гражданское процессуальное право, уголовное право, уголовно-процессуальное право, трудовое право, семейное право, предпринимательское право, сельскохозяйственное право, экологическое право, международное право и др.); 3) специальные юридические

науки (правовая статистика, криминалистика, криминология, судебная медицина, судебная психиатрия и др.).

Юридикто-теоретическими исследованиями занимается не только теория права и государства, но также и все остальные юридические науки (исторические, отраслевые, специальные). Поэтому теория права и государства в широком научном смысле, т.е. теоретические знания о праве и государстве, в полном, систематически развернутом и конкретизированном виде представлена в юридической науке в целом.

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

Единство предмета и метода всех юридических наук включает в себя два момента. Во-первых, это единство предполагает, что все юридические дисциплины представляют собой различные формы конкретизации (различные аспекты преломления и выражения) понятия права. Это означает, что юридические дисциплины в познавательном плане имеют понятийно-правовой статус и характер и, следовательно, являются научными формами юридическо-го познания, формами выражения юридикто-теоретического знания. Во-вторых, рассматриваемое единство предполагает, что все юридические дисциплины являются различными формами (асpekтами) конкретизации и преломления одного и того же понятия права. А это означает концептуальное единство (с точки зрения определенного понятия права) соответствующей юридической науки в целом и всех ее структурных частей — отдельных юридических наук.

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

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

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

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

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

2. Теория права и государства и развитие междисциплинарных связей юриспруденции

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

Юридическая наука (как и всякая иная наука) может использовать знания других наук не прямо и непосредственно, а косвенно и в опосредованном виде, лишь преломляя их под специфическим понятийно-правовым углом зрения своего предмета и метода, только преобразуя их в составные моменты юридического знания и юридического способа познания.

В юридической науке успешно применяются такие философские и общенаучные методы, как методы и приемы логики, системного и структурно-функционального анализа, моделирования, экспериментирования и т.д. Эффективность использования в юриспруденции этих и других методов, способов, приемов и средств исследования

зависит от надлежащей конкретизации (юридизации) их теоретико-познавательного потенциала и возможностей под специфическим углом зрения целей и задач юридического познания, смысла и требований юридического метода.

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

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

Раздел II. Сущность, понятие и ценность права и государства

Глава 1. Основные концепции правопонимания и понимания государства

1. Типология правопонимания и понимания государства

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

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

Определяющая роль типа правопонимания обусловлена научно-познавательным статусом и значением понятия права (и соответствующего понятия государства) в рамках любой последовательной, систематически обоснованной, развитой и организованной юридической теории. Как в семени дано определенное будущее растение, так и в поня-

тии права в научно-абстрактном (сжатом и концентрированном) виде содержится определенная юридическая теория, теоретико-правовой смысл и содержание определенной концепции (и типа) юриспруденции. Если, таким образом, **понятие права — это сжатая юридическая теория, то юридическая теория — это развернутое понятие права.** Ведь только юридическая наука в целом (как совокупное понятийно-теоретическое знание о праве и государстве) и есть систематическое и полное раскрытие понятия права и соответствующего правового понятия государства в виде определенной теории.

Типологию правопонимания, т.е. определенную классификацию различных видов трактовки права и их разбивку на однотипные (однородные) группы, можно проводить по разным основаниям (критериям). С точки зрения сформулированного нами определения предмета теории права и государства существенное значение имеет выделение следующих трех типов правопонимания: легистского, естественноправового и либертарно-юридического.

2. Легизм

Для легистского типа правопонимания характерно отождествление права (как определенной объективной сущности, независимой от воли и произвола официальной власти) и закона (как принудительно-обязательного установления власти). Право, согласно легизму, — это произвольный продукт государства, его приказ (принудительное установление, правило, акт, норма).

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

В новое время легистский подход обосновывал Т. Гоббс, апологет абсолютистского государства-Левиафана. “Правовая сила закона, — подчеркивал он, — состоит

только в том, что он является приказанием суверена”¹. Под “законом” при этом имеется в виду все действующее (позитивное) право. В дальнейшем такое правопонимание было взято на вооружение представителями различных направлений так называемого “юридического позитивизма” (и неопозитивизма), который по существу является не юридическим, а именно легистским позитивизмом (и неопозитивизмом).

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

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

Один из видных представителей английской аналитической юриспруденции Д. Остин в своем труде о “философии позитивного права” характеризовал право как “агрегат правил, установленных политическим руководителем или сувереном”, и подчеркивал: “Всякое право есть команда, приказ”². Так же и Ш. Амос утверждал, что “право есть приказ верховной политической власти государства с целью контроля действий лиц в данном сообществе”³. **Г. Ф. Шершеневич** придерживался аналогичных воззрений. “Всякая норма права, — писал он, — приказ”⁴. Право, по его оценке, — это “произведение госу-

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

² Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. L., 1873. P. 89, 98.

³ Amos Sh. A systematic View of the Science of Jurisprudence. L., 1872. P. 73.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910. Вып. 1. С. 281.

дарства”, а государственная власть характеризуется им как “тот начальный факт, из которого исходят, цепляясь друг за друга, нормы права”¹.

Своим приказом государственная власть порождает право — таково **кредо** данного типа правопонимания. С этой точки зрения **все, что приказывает власть, есть право**. Отличие права от произвола тем самым в принципе лишается объективного и содержательного смысла и имеет для приверженцев такого подхода лишь субъективный и формальный характер: явный произвол, санкционируемый определенным субъектом (органом государства) в определенной форме (в форме того или иного акта — закона, указа, рескрипта, постановления, циркуляра и т.д.), признается правом.

Широкое распространение в легистской литературе получило определение понятия права как системы норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных его принудительной силой. То, что положения (нормы) официально действующего (позитивного) права установлены государством и обеспечены государственным принуждением, верно, но этого **недостаточно** для надлежащего понятия права, для трактовки подобных официально-властных установлений (норм) как именно правовых явлений (явлений правовой сущности), как права вообще, поскольку в таком легистском определении нет никакого критерия для того, чтобы отличить право от произвола, правовую норму — от произвольного установления власти, правовой закон — от антиправового закона.

3. Юснатурализм

Определяющее значение для различных концепций естественноправового (юснатуралистского) типа правопонимания имеет различие естественного права и позитивного права.

Авторы различных естественноправовых концепций по-разному представляют себе конкретное содержание естественного права. При этом как естественное право трактуются такие различные феномены, как природное равенство и свобода всех людей, естественное право на неравенство и привилегии, естественное право людей на достоинство, те или иные неотчуждаемые права и свободы человека (от

отдельных таких прав и свобод до современных мировых стандартов в этой области) и т.д.

Позитивное право, напротив, рассматривается юснатуралистами как отклонение (как игнорирование, искажение, отрицание и т.д.) от естественного права, как искусственное, ошибочное или произвольное установление людей (официальных властей).

Естественноправовому подходу присущи как **достоинства** теоретического и практического порядка (поиски объективной сущности права, провозглашение естественной свободы и равенства всех людей, неотчуждаемых прав и свобод человека, идей правового государства и т.д.), так и **недостатки** (смещение права с неправовыми явлениями — моралью, нравственностью, религией и т.д., формально-правового — с фактически-содержательным, отсутствие четкого формализованного критерия отличия права от всего неправового, невнимание к позитивному праву и отсутствие необходимой взаимосвязи между естественным и позитивным правом и т.д.).

Существенный недостаток естественноправового подхода состоит в неверной трактовке ключевой проблемы теории права — различения и соотношения сущности и явления в праве.

То, что юснатуралисты говорят об объективной сущности права, — это сущность не государственно устанавливаемого позитивного права, а лишь их версии естественного права, которому к тому же произвольно приписываются свойства реального, фактически действующего правового явления.

Естественное право, таким образом, — это не только естественно данное, но и естественно действующее право. Отсюда и присущий естественноправовым концепциям **правовой дуализм** — представление о двух одновременно действующих системах права (права естественного и права официального).

В естественноправовых учениях по сути дела игнорируются специфический смысл и особенности соотношения сущности и явления в праве, особый (публично-властный) характер процесса позитивации (государственного признания, выражения и установления) сущности права в виде официально действующего в данном месте и в данное время правового явления (закона, позитивного права).

¹ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 314.

Представителей юснатурализма интересует не столько совершенствование официально действующего (подлинного) позитивного права и превращение его в подлинное позитивное право в духе их понимания смысла и свойств естественного права, т.е. не достижение такого позитивного права, которое выражало бы определенные сущностные свойства естественного права, сколько само по себе естественное право, которое как единственное подлинное право воплощает правовую сущность, а потому и непосредственно (естественно) действует как реальное правовое явление.

Поэтому в юснатурализме отсутствует свое понятие **правового закона**, т.е. позитивного права, воплощающего сущность права.

4. Либертарно-юридический тип правопонимания

В основе либертарно-юридического типа правопонимания лежит принцип формального равенства.

Либертарно-юридическое правопонимание включает в себя не только понимание права (как сущности права, так и правового явления в форме правового закона), но и правовое понимание государства как институционально-властной формы выражения и действия принципа формального равенства, как правовой формы организации всеобщей публичной власти.

Основанием (и критерием) правового уравнивания различных людей является **свобода индивида** в общественных отношениях, признаваемая и утверждаемая в форме его правоспособности и правосубъектности.

Формальное равенство как сущность и принцип права включает в себя три взаимосвязанных, взаимодополняющих и взаимно предполагающих (подразумевающих друг друга) составных компонента, **три сущностных свойства права**: 1) всеобщую равную меру (норму), 2) формальную свободу всех адресатов этой равной регулятивной меры (нормы) и 3) всеобщую справедливость этой одинаково равной для всех формы регуляции.

В либертарно-юридической теории правопонимания преодолены присущие юснатурализму и легизму антагонистические крайности и недостатки при трактовке проблем

различения и соотношения правовой сущности и правового явления, права и закона.

В рамках либертарно-юридического подхода **взаимосвязь сущности и явления в праве носит необходимый и закономерный характер**: объективная правовая сущность (формальное равенство) — это сущность определенного реального правового явления (устанавливаемого государством общеобязательного закона, выражающего свойства и требования принципа формального равенства), а правовое явление (общеобязательный закон, выражающий свойства и требования принципа формального равенства) — это явление (проявление) именно и только данной определенной сущности (формального равенства). Правовая сущность (формальное равенство) проявляет себя в общеобязательном законе (правовом явлении действительности), а правовое явление (общеобязательный закон) проявляет, выражает во внешней реальной действительности правовую сущность (формальное равенство).

Только на основе и с учетом такой необходимой связи между правовой сущностью и правовым явлением возможно достижение их искомого единства в виде **правового закона**, т.е. устанавливаемого государством и официально действующего общеобязательного позитивного права, выражающего в нормативно-конкретизированной форме свойства и требования принципа формального равенства. С позиций легизма и юснатурализма такое единство правовой сущности и правового явления в виде правового закона недостижимо.

Данное принципиальное обстоятельство свидетельствует о том, что либертарно-юридический подход выражает теоретически более развитую, чем юснатурализм или легизм, концепцию правопонимания и трактовки предмета теории права.

Данный тип правопонимания и соответствующую концепцию юриспруденции мы называем **юридико-либертарной** (или **либертарной**), поскольку, согласно нашей трактовке, **право — это всеобщая и необходимая форма свободы людей**, а свобода (ее бытие и реализация) в социальной жизни возможна и действительна лишь как право, только в форме права.

Право, подразумеваемое либертарным правопониманием, — это лишь **необходимый правовой минимум**, то,

без чего нет и не может быть права вообще, в том числе и правового закона.

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

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

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

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

Правовое равенство и правовое неравенство (равенство и неравенство в праве) — однопорядковые (предполагающие и дополняющие друг друга) правовые определения, характеристики и понятия, в одинаковой степени противостоящие фактическим различиям и отличные от

них. Принцип правового равенства различных субъектов предполагает, что приобретаемые ими реальные субъективные права и юридические обязанности будут неравны. **Благодаря праву хаос фактических различий преобразуется в правовой порядок равенств и неравенств, согласованных по единому основанию и общей норме.**

Признание различных индивидов формально равными — это признание их равной правоспособности, возможности приобрести те или иные права на соответствующие блага, конкретные объекты и т.д., но это не означает равенства уже приобретенных конкретных прав на индивидуально-конкретные вещи, блага и т.д. При формальном равенстве и равной правоспособности различных людей их реально приобретенные субъективные права и юридические обязанности неизбежно (в силу различий между самими людьми, их реальными возможностями, условиями и обстоятельствами их жизни и т.д.) будут неравными. Такое различие в приобретенных правах и обязанностях у разных лиц является необходимым результатом как раз соблюдения, а не нарушения принципа формального (правового) равенства этих лиц, их равной правоспособности. Различие в приобретенных правах и обязанностях не нарушает и не отменяет принципа формального (правового) равенства.

Какой-либо другой формы бытия и выражения свободы в общественной жизни людей, кроме правовой, человечество до сих пор не изобрело.

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

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

В контексте различения права и закона это означает, что справедливость входит в понятие права, что право

по определению справедливо, а справедливость — внутреннее свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не внеправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т.д.).

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

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

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

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

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

Например, те или иные **требования так называемой “социальной справедливости”** с правовой точки зрения имеют рациональный смысл и могут быть признаны и удовлетворены лишь постольку, поскольку они согласуемы с правовой всеобщностью и равенством и их, следовательно, можно **выразить в виде требований самой правовой справедливости** в соответствующих областях социальной жизни.

И то, что именуется “социальной справедливостью”, может как соответствовать праву, так и отрицать его. Это различие и определяет позицию и логику правового подхода к соответствующей “социальной справедливости”.

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

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

Глава 2. Сущность, понятие и ценность права и государства

1. Сущность и понятие права и государства

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

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

свойств и характеристик права — равенства, свободы и справедливости.

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

Различные определения понятия права, представляющие собой разные направления конкретизации смысла принципа правового равенства, выражают единую (и единственную) сущность права. Причем каждое из этих определений предполагает и другие определения в общесмысловом контексте принципа правового равенства. Отсюда и внутренняя смысловая равноценность таких внешне различных определений, как: **право — это формальное равенство, право — это всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей, право — это всеобщая справедливость** и т.д. Ведь всеобщая формально-равная мера так же предполагает свободу и справедливость, как последние — первую и друг друга.

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

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

определенное время и в определенном социальном пространстве.

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

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

Реальный процесс “позитивации” права, его превращения в закон, наряду с необходимостью учета объективных свойств и требований права, зависит от многих других объективных и субъективных факторов (социальных, экономических, политических, духовных, культурных, собственно законотворческих и т.д.). И несоответствие закона праву может быть следствием правоотрицающего характера строя, антиправовой позиции законодателя или разного рода его ошибок и промахов, низкой правовой и законотворческой культуры и т.д.

В борьбе против правонарушающего закона в процессе исторического развития свободы, права и государственности сформировались и утвердились специальные институты, процедуры и правила как самой законотворческой деятельности (и в целом процесса “позитивации” права), так и авторитетного, эффективного контроля за соответствием закона праву (разделение властей, система сдержек и противовесов в отношениях между различными вла-

стями, общесудебный, конституционно-судебный, прокурорский контроль за правовым качеством закона и т.д.).

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

Из смысла излагаемой либертарно-юридической концепции различения и соотношения права и закона вытекает, что даже самая краткая дефиниция общего понятия такого позитивного права (правового закона) должна включать в себя, как минимум, два определения (две характеристики), первое из которых содержало бы одну из характеристик права как сущности (т.е. права в его различении с законом), а второе — характеристику права как явления (т.е. права как государственно-обязательного, официально-властного явления).

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

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

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

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

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

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

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

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

Согласно либертарно-юридической трактовке соотношения сущности и явления в праве, выражение правовой сущности в виде правового закона (как правового явления) — это нормативно-правовая конкретизация требований принципа формального равенства в ходе практической правоустановительной (законотворческой) деятельности государства, т.е. в процессе государственно-властной позитивации права в виде общеобязательного закона (различных источников и норм позитивного права). Такая необходимая связь общезначимой правовой сущности (формального равенства) и общеобязательного правового явления (закона) демонстрирует понятийно-правовое единство права и государства, выявляет правовую природу и выражает правовую необходимость государства как всеобщей формы власти для установления и действия права в качестве общеобязательного закона.

В процессе выражения правовой сущности в виде правового явления официально-властная легализация (от *lex* — закон) права сочетается с юридизацией (от *ius* — право) и юридической легитимацией самой этой правоустанавливающей (законодательной) власти в качестве всеобщей (публичной) государственной власти. И юридикологически, и исторически именно в процессе официально-властного правоустановления (выражения всеобщей и общезначимой правовой сущности в виде всеобщего и общеобязательного закона) соответствующая правоустанавливающая (а следовательно, и правоохраняющая, правоприменяющая) власть проявляет себя, конституируется и функционирует как государство, т.е. как общая (публичная) правовая власть, действующая на основе и в пределах общеобязательных правовых законов.

Государство, таким образом, выступает и утверждает как правовая форма общей (публичной) власти, устанавливающей и защищающей определенный, законодательно закрепленный правопорядок, в рамках которого **прямое насилие** (со стороны всех субъектов, включая и власть) **запрещено**, а допускаемое правом применение силы в социальной жизни преобразовано в правовое (государственно-правовое) **принуждение в форме и в границах санкции узаконенного права** (правового закона).

Как правовая форма общей (публичной) власти **любое государство — это (в меру развитости права в соответствующую социально-историческую эпоху) правовое государство, и оно принципиально отличается от всех видов деспотизма (тирании, диктатуры, тоталитаризма и т.д.),** который представляет собой доправовую, неправовую и антиправовую (отрицающую равенство, свободу и справедливость) форму выражения, организации и деятельности официальной власти.

Подобное противопоставление государства (как правовой формы власти свободных людей) деспотизму (как насильственной власти и господства одних над другими) имеет давние традиции в истории политико-правовой мысли (Аристотель, Цицерон, Августин, Фома Аквинский, Локк, Кант, Гегель и др.) и подкреплено не только историческим опытом далекого прошлого, но и практически реальными тоталитаризма в XX в. как новейшей деспотической формы насильственного властвования и радикального отрицания начал права и государственности.

Приведенную трактовку любого государства (в его принципиальной противоположности к правоотрицающему деспотизму) как правового государства не следует, конечно, смешивать с **современным пониманием правового государства**, под которым имеется в виду специальная, соответствующая современному уровню развития права и государства, конструкция правовой организации публичной власти с набором особых свойств и характеристик (конституционное закрепление современных мировых стандартов в области основных прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека, разделение властей и т.д.).

Современное правовое государство — это исторически наиболее развитая форма существования государства, которое и на предшествующих исторических этапах своего суще-

ствования представляло собой правовое государство в его менее развитых формах. Поэтому на всех этапах своего исторического бытия любое государство (в отличие от деспотического типа власти) как правовая форма общей (публичной) власти — это **определенная организационно-властная форма выражения, конкретизации и реализации принципа формального равенства**, его смысла и требований. Именно поэтому право и государство являются **необходимыми всеобщими формами** нормативного и институционно-властного выражения равенства, свободы и справедливости в социальной жизни людей. Эта свобода индивидов выражается прежде всего в том, что они выступают как формально равные лица — как субъекты права и субъекты государства.

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

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

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

2. Ценность права и государства

Согласно юридико-либертарной аксиологии, ценность действующего (позитивного) права и реально наличного государства определяется по единому основанию и критерию, а именно с **позиций правовых ценностей (права как ценности)**. Причем речь идет именно о правовых ценнос-

тях (в их формально-юридических значениях и определениях), а не о моральных, нравственных, религиозных и иных неправовых ценностях. Ведь только таким образом определенные правовые ценности — в силу абстрактной всеобщности права (принципа формального равенства, правовой формы отношений) — носят по определению всеобщий и общезначимый (и в этом смысле абсолютный, а не относительный) характер.

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

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

Данная концепция правовой (формально-правовой) трактовки **фундаментальных ценностей человеческого бытия** (равенства, свободы, справедливости) в качестве основных моментов правовой формы долженствования четко очерчивает и фиксирует ценностный статус права (круг, состав, потенциал права как ценности, специфику права как ценностно-должного в общей системе ценностей и форм долженствования и т.д.). С этих позиций правовых ценностей может и должно определяться ценностное значение всех феноменов в корреспондиру-

ющей и релевантной праву (праву как должному, как цели, как основанию требований, источнику правовых смыслов и значений) сфере сущего.

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

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

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

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

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

3. Место и роль права и государства в социальной регуляции

Право и другие виды социальных норм (моральные, нравственные, корпоративные, эстетические, религиозные и др.) представляют собой те основные формы и средства, с помощью которых осуществляется регуляция поведения и общественных отношений людей.

В процессе взаимодействия и взаимовлияния различных видов социальных норм (правовых, этических, эстетических, религиозных и т.д.) каждый из них, сохраняя свою специфику, выступает в качестве регулятора особого рода.

Так, отличительная особенность всякой **религии** состоит в вере в бога как сверхъестественное существо. Эта особенность религии как формы общественного сознания определяет специфику религиозных норм и их своеобразие в качестве социального регулятора. Отсюда и такие характеристики религиозных предписаний и запретов, как их божественное происхождение (их данность непосредственно богом или пророками, служителями культа и т.д.), религиозные средства их защиты (посредством сверхъестественных наград и наказаний, религиозно-церковных кар и т.п.).

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

Сложившиеся в данной культуре формы, типы и образы прекрасного и безобразного (по преимуществу — в области искусства, но также и в сфере быта и труда, в религии, идеологии, политике, морали, праве и т.д.), приобретая нормативное значение (в качестве положительно-го и возвышенного или, наоборот, негативного и низменного образца и примера), оказывают существенное воспи-

тательное и регулятивное воздействие на чувства, вкусы, представления, поступки и взаимоотношения людей, на весь строй и образ их личной и публичной жизни.

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

В этических явлениях присутствуют два момента:

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

Особым видом социальных норм являются **корпоративные нормы**, т.е. нормы, принимаемые общественными объединениями и корпорациями.

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

Корпоративные нормы (по своему регулятивному значению, сфере действия, кругу адресатов и т.д.) — это **групповые нормы внутриорганизационного характера**. У них нет всеобщности и общезначимости права и общеоб-

зательности закона. По своей сути корпоративные нормы — это **форма и способ использования и реализации конституционных прав граждан на объединение**, причем создание и деятельность общественных объединений, включая их нормотворчество, должны осуществляться на основе и в рамках закона, в соответствии со всеобщими требованиями права и правовой формы общественных отношений (соблюдение принципа правового равенства, добровольности, взаимосвязи прав и обязанностей и т.д.).

Показательно в этой связи, что, согласно Федеральному закону от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ “Об общественных объединениях”, члены и участники общественных объединений — физические и юридические лица — имеют равные права и несут равные обязанности. Нарушение общественным объединением этих и целого ряда иных требований закона может повлечь за собой (по решению суда) приостановление его деятельности и даже его ликвидацию.

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

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

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

Любая социальная власть (моральная, религиозная, государственная и т.д.) — это определенный нормативный порядок организации силы (психической или физической) и применения соответствующего принуждения для управления общественными отношениями в данной социальной общности (группе, объединении, обществе и

т.д.). Особенности такого нормативного порядка определяются спецификой соответствующих социальных норм (моральных, религиозных, правовых и т.д.).

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

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

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

Именно в русле такого подхода легисты сводят право к закону и трактуют властную принудительность как

сущность права и его отличительную особенность. По такой логике получается, что посредством принуждения (принудительной санкции) официальная власть может неправо (и вообще все неправовые социальные нормы) по своему усмотрению и произволу превратить в право.

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

Особо широко распространенными продолжают оставаться ошибочные представления о том, будто право должно быть моральным, нравственным (в подобных этических требованиях к праву мораль и нравственность, как правило, отождествляются). Но подобное требование означает, по сути дела, что право должно быть не правом, а моралью, что содержание закона (позитивного права) должно быть не правовым, а моральным.

Такое **моральное правопонимание** неизбежно деформирует существо не только права, но и морали, поскольку **морализация права неизбежно сопровождается юридизацией морали**. И в том, и в другом случаях праву и морали приписывается произвольное содержание и значение.

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

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

Раздел III. Общество, право, государство

Глава 1. Первобытнообщинный строй. Происхождение права и государства

1. Основные характеристики родового строя

Исходной основой возникновения и существования первобытнообщинного строя является **род** (родовая община), который объединял людей **по кровно-родственному принципу**. Производство и потребление продуктов труда членов родовой общины, как и весь уклад их жизни, носили коллективистский характер. Все усилия сородичей были направлены на сохранение рода, его выживание и продолжение. С этим связано как подчинение действий всех членов общины общим интересам рода, так и защита каждого из них всем родом, включая и кровную месть за убийство сородича чужаком.

Управление жизнью и делами рода представляло собой общинное самоуправление и носило **коллективный общественный характер**. Общественный порядок в первобытном обществе поддерживался общеобязательными нормами сложившихся обычаев и институтами общественной власти.

Различные виды социальной власти (родовая власть, государственная власть и т.д.) отличаются друг от друга видом тех социальных норм (типом нормативности), которые определяют соответствующий порядок организации общественной силы и осуществления официального принуждения. Так, организация и применение общественной силы **в виде государственной власти определяются правом** (принципом и нормами права) как формой свободы индивидов — членов государства. Власть в первобытном обществе — это власть рода в целом, а не власть индивидов — членов рода. Эта родовая власть определяется, обобщенно гово-

ря, **родовой нормативностью** (комплексом родовых норм, обычаями рода и т.д.), **верховным принципом** которой является **выживание, сохранение и продолжение** данного рода. Как сам этот принцип, так и нормы родового строя и соответствующая родовая власть носят **родоохранительный характер**.

Основным институтом власти в родовой общине было **родовое собрание**, на котором взрослые сородичи решали все основные вопросы жизни общины. Родовое собрание избирало **вождя (старейшину)** рода, а также ряд других должностных лиц — военачальника, руководителя по делам охоты и т.д.

Роды объединялись в **племя**, а некоторые племена — в **союз племен**. При этом **совет старейшин племени**, куда входили старейшины (вожди) объединившихся родов, избирал вождя племени и других должностных лиц племени — военачальника племени и т.д. Аналогичным образом совет вождей объединившихся племен избирал вождя союза племен, военачальника и других должностных лиц такого союза племен.

Властные полномочия всех этих должностных лиц опирались на авторитет и доверие общества, на согласие и поддержку членов родовых общин. Вместе с тем назначение и функции этих должностных лиц, как и правила поведения всех остальных членов общества, были жестко подчинены **устоявшимся непререкаемым обычаям**, нарушение которых влекло суровые кары.

Формировавшееся социальное сознание и представления о социальных нормах повсеместно в примитивных обществах носили мифологический характер. Мифологическая система социальной регуляции ориентировала всех членов общества на соблюдение общих представлений о надлежащем и запрещенном (затабуированном) и безусловно отвергала отрыв и отклонения индивидуального от общеколлективного. В поддержании единства и стабильности социума, принятого типа социального поведения существенную роль играли **многообразные запреты (табу)**, относящиеся к различным сферам жизни (половым, трудовым, брачным, бытовым и т.д.). На весьма ранних этапах становления социальной жизни табуируются каннибализм, инцест и убийство (членов данного социума).

2. Концепции происхождения права и государства

Переход от доправового и догосударственного состояния к праву и государству осуществлялся в условиях разложения первобытнообщинного строя и знаменовал собой существенные изменения во всей системе социальной жизни людей.

Существует множество различных теорий (прошлых и современных), по-разному объясняющих смысл и характер этих изменений, условия и причины возникновения права и государства. Разнообразие этих теорий обусловлено как сложностью данной проблемы и пробельностью знаний о той далекой эпохе генезиса права и государства, так и существенным различием исходных позиций авторов соответствующих теорий, различием их мировоззрения, идеологии, социально-политических взглядов и устремлений, разным пониманием самой сущности, назначения и судеб права и государства.

Мифологические и религиозные концепции. В основе этих концепций лежат представления о надчеловеческом, сверхъестественном (небесном, божественном) первоисточнике и происхождении как самого человека, так и надлежащего порядка в совместной жизни людей, включая соответствующие общеобязательные правила поведения и общую власть.

Подобные представления, появившиеся еще во времена формирования первобытных человеческих сообществ, в той или иной форме сохраняли свое познавательно-объяснительное значение и после возникновения права и государства.

По древнеиндийской мифологии риту — общекосмический и земной порядок, его закон и обычай — установил бог Индра. Он же и поддерживает этот порядок и закон.

Согласно древнекитайской мифологии, порядок в Поднебесной (т.е. в Китае), включая организацию власти, правила поведения и т.д., порожден и обусловлен волей божественного Неба. Император (верховный правитель Поднебесной) при этом характеризуется как “сын Неба”.

Божественное происхождение своей власти и своих законов настойчиво подчеркивали шумерийские и вавилонские правители.

Древние евреи, согласно ветхозаветным преданиям, находились с Богом в особых договорных отношениях. Так, еврейским праотцам Аврааму, а затем и Исааку Бог дал обетование (обет, клятву) умножить их род и сделать их потомство избранным народом, если они, со своей стороны, будут строго выполнять завет Бога и надлежащим образом почитать его. На горе Синай этот Бог дал Моисею “скрижали завета”, содержавшие заповеди и законы, по которым должны жить евреи (Исх. 20—23).

Идеи божественного происхождения всякой власти присущи и **христианской теологии**. Так, уже апостол Павел утверждал: “Всякая душа да будет покорна высшим властям, ибо нет власти не от Бога; существующие же власти от Бога установлены. Посему противящийся власти противится Божию установлению... Ибо начальник есть Божий слуга, тебе на добро... И потому надобно повиноваться не только из страха наказания, но и по совести” (Рим. 13, 1—5).

Такого же подхода придерживался и крупнейший авторитет христианской теологии **Фома Аквинский** (1225—1274), правда, с оговоркой: всякая власть именно по своей сущности — божественна и от Бога; по способу же своего приобретения и использования власть может быть богопротивной и тиранической. Сходные мысли о божественном первоисточнике государственной власти в XX в. развивают и многие другие современные приверженцы теологических учений.

Теологические трактовки происхождения права и государства получили широкое распространение и на почве ислама.

Государство (имамат) при этом рассматривается как опора ислама, форма его защиты и реализации в земной жизни.

Патриархальные и патерналистские концепции. Согласно различным патриархальным (от патриарх — родоначальник) и патерналистским (от патер — отец) воззрениям, общество и государство возникают из семьи, а общественная и государственная власть — из власти отца семейства.

Так, **Конфуций** (VI—V вв. до н.э.), в духе древнекитайских традиций трактуя императора как “сына Неба” и исполнителя воли Неба, вместе с тем уподоблял власть императора власти главы семейства, а государство —

большой семье. “Сын Неба” здесь, таким образом, предстает как отец Поднебесной.

В развернутом виде патриархальная теория происхождения государства представлена в произведениях яркого английского роялиста **Р. Филмера** (XVII в.). Свою теорию он обосновывает ссылками на положения Библии о божественном сотворении Адама, на библейскую заповедь “почитай отца своего” и т.д. Отсюда он делает выводы о том, что первочеловек Адам как родоначальник человечества был первым отцом и первым монархом, а исходной формой правления, установленной Богом и основанной на божественном праве, является монархия.

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”.

В теоретическом плане основной недостаток патриархально-патерналистских воззрений состоит в отрицании специфики государства и государственной власти, их качественного отличия от семьи и отцовской власти.

Органические концепции. Представления об обществе и государстве как **живом организме** и об их органическом происхождении восходят к глубокой древности.

Согласно подобным органическим представлениям, общество и государство тоже являются организмами, совокупностью взаимосвязанных органов. Место, значение и власть каждого сословия и института в иерархической системе организации общественной и государственной жизни определяются функцией и ролью соответствующего органа в живом организме. В этом смысле более важному органу соответствует более высокий статус и более значительная власть в органической системе общества и государства, которая носит иерархически-ранговый характер.

Аналогии между государством и организмом широко использовали мыслители древности (Платон, Цицерон и др.) и Нового времени (Т. Гоббс, Ж. Ж. Руссо, Г. В. Ф. Гегель и др.).

Органические представления об обществе, государстве и праве получили обстоятельную разработку в трудах основателей позитивистской социологии (О. Конта и

Г. Спенсера) и их последователей. Определенное влияние на их воззрения оказали идеи социального дарвинизма.

Представители органической школы в социологии (А. Шеффле в Германии, Р. Вормс во Франции, П.Ф. Лилиенфельд в России и др.) пошли значительно дальше своих предшественников в биологизации социальных и политических явлений. Так, согласно Лилиенфельду, правительство осуществляет функции головного мозга, а торговля — функции кровообращения и т.п.

Естественноправовые концепции общественного договора. Различные естественноправовые представления о договорном происхождении государства и закона встречаются уже в древности (Мо-цзы, Эпикур и др.).

Идеи договорного происхождения государства и права получили широкое распространение в Новое время.

Эти идеи развивались такими представителями раннебуржуазной политико-правовой мысли, как Г. Гроций, Т. Гоббс, Б. Спиноза, Дж. Локк, Ж. Ж. Руссо, И. Кант, А. Н. Радищев и др.

На идеи общественного договора опирались американские мыслители (Т. Джефферсон, Т. Пейн и др.) XVIII в. при обосновании суверенного права народа США на независимость от Великобритании и на формирование своего самостоятельного государства. Эти идеи нашли свое выражение и первое в истории официальное закрепление в Декларации независимости США (1776).

В целом следует отметить, что договорные концепции государства и права сыграли заметную прогрессивную роль в развитии либерально-правовых и демократических представлений о сущности и назначении государства, о правовой организации государственной жизни, неотчуждаемых правах и свободах человека и т.д.

Концепции насилия. Представители данного направления трактуют возникновение государства и права как результат насилия (внутреннего или внешнего).

Представления о **внутреннем насилии** в качестве причины возникновения государства и права развивал **Е. Дюринг**. Насилие одной части первобытного общества над другой, по Дюрингу, — это тот первичный фактор, который порождает политический строй (государство). В результате такого насильственного порабощения одних другими возникают также собственность и классы.

Представления о **внешнем насилии** как определяющем факторе возникновения государства и права развивали **Л. Гумплович**, **К. Каутский** и др. "Никогда и нигде, — писал Гумплович, — государства не возникали иначе, как через порабощение чужих племен одним или несколькими союзными и объединенными племенами"¹. Во многом сходными были и взгляды **К. Каутского** о роли завоевания. Он считал, что "всюду возникновение первых классов и государств связано с завоеванием"². Государство возникает как аппарат принуждения завоевателей (победившего племени) над побежденными. И уже в рамках насильственно объединенной общности победителей и побежденных из победившего племени формируется господствующий класс, а из побежденного племени — класс эксплуатируемых.

Психологические концепции. Представители данного подхода усматривают истоки и основу общества, права и государства в психике людей (индивидуальной или коллективной).

Так, согласно **Т. Тарду**, вся история человечества, включая переход от первобытного состояния к государственному и дальнейшее развитие социальных и политико-правовых институтов, определяется такими первичными факторами, как открытие (изобретение) и подражание. Психологический подход развивал и **Ф. Гиддинг**, согласно которому первичным социальным фактом является сознание породы. Под этим Гиддинг понимал такое состояние сознания, в котором любое существо готово признать любое такое же разумное существо одной с ним породы. Внутри самих этих пород и рас сознание породы является основой группировки индивидов в этнические и политические союзы, классовых делений, возникновения общественных и политических сообществ.

Как результат психического единения людей трактовал общество и государство **Н. М. Коркунов**. Согласно его психологическому подходу, власть есть сила, обусловленная не волею властвующего, а сознанием зависимости подвластного. Соответственно и государственная власть —

¹ Гумплович Л. Основы социологии. СПб., 1899. С. 184.

² Каутский К. Материалистическое понимание истории. Т. 2. Государство и развитие человечества. М.—Л., 1931. С. 89.

это, по Коркунову, не чья-либо воля, а сила, вытекающая из психических представлений граждан об их зависимости от государства.

Как психические переживания трактовал право и государство **Л. И. Петражицкий**. Государство и официальное законодательство рассматриваются при этом как "проекции" правовых переживаний, как "фантазмы" психики.

Марксистская концепция. Марксистская концепция происхождения государства и права опирается на историко-материалистическое учение об обществе и общественном развитии, на классовую трактовку государства и права.

Государство, согласно марксизму, возникает в результате естественно-исторического процесса развития первобытнообщинного строя (постепенное развитие производительных сил, разделение труда, появление частной собственности, имущественная и социальная дифференциация общества, его раскол на эксплуататоров и эксплуатируемых и т.д.) как аппарат принудительной власти экономически господствующего, эксплуататорского класса над неимущим, эксплуатируемым классом.

Основные положения этой марксистской концепции изложены в произведениях **К. Маркса**, **Ф. Энгельса**, **В. И. Ленина** и других марксистов.

Проблема возникновения государства специально исследуется в работе Ф. Энгельса "Происхождение семьи, частной собственности и государства"¹. Энгельс исследует три формы возникновения государства в процессе разложения родового строя. Самой чистой, наиболее классической формой, по оценке Энгельса, является возникновение Афинского государства: здесь государство возникает непосредственно и преимущественно из классовых противоположностей, развивающихся внутри самого родового общества. В Риме государство возникает в борьбе между аристократией родового общества и бесправным плебсом, находившимся вне этого общества; победа плебса взрывает родовой строй и на его развалинах возникает государство, в котором вскоре растворяются и родовая аристократия, и плебс. У германских победителей Римской империи государство возникает как непосредственный результат завоевания обширных чужих территорий, для гос-

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21. С. 23—178.

подства над которыми родовой строй тогдашних германцев не давал никаких средств.

Основными признаками государства, отличающими его от родовой организации, по Энгельсу, являются: 1) разделение подданных государства по **территориальным делениям** и 2) учреждение **публичной власти**, которая уже не совпадает непосредственно с населением, организующим самое себя как вооруженная сила. К тому же для содержания этой публичной власти, замечает Энгельс, необходимы **налоги**, которые не известны родовому обществу.

В подходе В. И. Ленина к рассматриваемой теме акцент делается на антагонизме классов и на классовой природе государства: "Государство, — подчеркивал он, — есть продукт и проявление *непримиримости* классовых противоречий. Государство возникает там, тогда и постольку, где, когда и поскольку классовые противоречия объективно *не могут* быть примирены... И наоборот: существование государства доказывает, что классовые противоречия непримиримы"¹. В этом же духе он характеризовал государство как "машину для поддержания господства одного класса над другим", как "машину для угнетения одного класса другим"².

Либертарно-юридическая концепция. Та или иная трактовка проблемы возникновения права и государства выражает определенный аспект понимания их сущности. Каково понимание сущности права и государства (и, следовательно, их понятие), таково и соответствующая концепция их происхождения и назначения, соответствующая трактовка процесса их возникновения и развития.

Согласно либертарно-юридической теории права и государства, право и государство возникают, функционируют, развиваются и до сих пор существуют и действуют как две взаимосвязанные составные части единого по своей сущности способа, порядка и формы бытия, признания, выражения и осуществления свободы людей в их социальной жизни.

Исторически свобода (свободные индивиды) появляется в процессе разложения первобытного общества и дифференциации его членов на свободных и несвободных

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 7.

² Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 39. С. 73, 75.

(рабов). Право и государство, пришедшие на смену нормам и институтам власти первобытного общества, как раз и представляют собой всеобщую и необходимую (и пока что до сих пор единственно возможную) форму нормативного и институционального признания, выражения и защиты этой свободы в виде правосубъектности и государствосубъектности индивидов в частных и публично-властных делах и отношениях. Последующий всемирно-исторический прогресс свободы (от рабства к феодализму и капитализму, а затем и — в виде объективной возможности — к постсоциалистическому и посткапиталистическому цивилизму) — это одновременно и прогресс соответствующих правовых и государственных форм бытия, закрепления и осуществления этой свободы.

Таким образом, свобода появляется и существует в этом мире в государственно-правовой форме, а возникновение права и государства как раз знаменует собой это бытие свободы в жизни людей, наличие свободных индивидов — формально равных субъектов права и членов государства. Ведь появление свободы и качественно нового (по сравнению с предшествующей эпохой) деления людей на свободных и несвободных (рабов) можно выразить лишь в государственно-правовой форме — в форме признания одних (свободных) субъектами права и власти, а других (рабов) — соответственно объектами права и власти первых.

В первобытном обществе именно потому нет права и государства, что там нет свободы, свободных индивидов (и соответственно их противоположности — несвободных, рабов). И в тех первобытных обществах, где развитие (все равно по каким причинам — духовным или материальным) не дошло до общественно значимой дифференциации людей на две принципиально противоположные группы (свободных и рабов), т.е. везде там, где свобода еще не вызрела в своей несовместимой противоположности к несвободе рабства, там и не произошло перехода к праву и государству. В таких неразвитых обществах на смену первобытнообщинному строю пришел деспотический строй.

Деспотизм (при всем историческом многообразии форм деспотизма — от древневосточной деспотии до современного тоталитаризма) — это строй без свободы, без права и без государства, строй, который держится на

насилии властвующих (одного деспота или деспотической клики) над подвластными. Поэтому неверно трактовать переход от первобытного строя к деспотизму как возникновение государства и права. Деспотическое государство, деспотическое право — это такой же нонсенс, такое же внутренне противоречивое словосочетание, словом, такое же “деревянное железо”, как и тиранический правопорядок, тоталитарное право, тоталитарное государство и т.д.

Конец первобытного строя вовсе не везде сопровождался возникновением права и государства. Это было, скорее, исключением, чем правилом. К числу таких исключений уверенно можно отнести историю возникновения права и государства у древних греков, римлян, германцев, заложивших основы будущей европейской государственности и права, да и всего современного понимания того, что есть, собственно говоря, право и государство.

Либертарно-юридическая концепция возникновения права и государства не отрицает познавательную значимость целого ряда положений, имеющих в других подходах к этой проблеме. Данная концепция исходит из условия, минимально необходимого для возникновения права и государства. Таким абсолютно необходимым условием (и, можно сказать, финальной причиной) возникновения права и государства как формы свободы является само наличие свободы (социально значимой группы свободных индивидов в ее принципиальной противоположности к несвободным, к рабам). Здесь существенно именно то, что **ни свобода без права и государства, ни право и государство без свободы невозможны.**

По сравнению с такой финальной причиной все остальные причины (мифологические, религиозные, органические, психологические, силовые, договорные, экономические, классовые и т.д.), излагаемые в других концепциях, носят, в лучшем случае, подготовительный, вспомогательный, сопутствующий характер.

Либертарно-юридическая концепция исходит из того, что право и государство возникают не как аппарат организованного насилия и не для насилия (с чем гораздо лучше справляется деспотизм), а для признания, утверждения и защиты свободы в той форме и мере, в какой это вообще было возможно в те времена. Это под-

тверждается и всем последующим прогрессом свободы в исторически развивавшихся государственно-правовых формах, вплоть до правовой государственности наших дней.

Глава 2. Типология права и государства. Основные исторические типы права и государства

Типология исторически известных видов права и государства — это их классификация по единому критерию, их деление на **однородные (однотипные) группы.**

В литературе (прошлой и современной) имеются разные варианты такой классификации.

1. Античные концепции типологии

Античные мыслители (Сократ, Платон, Аристотель, Цицерон и др.) делили различные формы государства на две группы: правильные и неправильные. К группе **правильных форм государства** они при этом относили те формы, где власть осуществляется на основе законов и в общих интересах, а к **неправильным формам** — те, где власть не опирается на законы и служит интересам лишь правителей.

Опираясь на такой подход, Платон выделял три правильные формы: царскую власть (законную монархию, т.е. правление одного лица на основе законов), аристократию (законную власть немногих) и законную демократию (власть демоса на основе законов) и соответственно три неправильные формы: тиранию (незаконную власть одного), олигархию (незаконную власть немногих) и незаконную демократию (власть демоса не на основе законов).

С тех же позиций Аристотель писал, что тремя правильными формами являются царская власть, аристократия и полиция (правление большинства на основе законов), а тремя неправильными формами — тирания, олигархия и демократия (правление демоса, большинства не на основе законов).

Данный подход к типологизации государств, основанный на критерии законности и противопоставлении закон-

ного правления беззаконию, в той или иной форме широко использовался в последующей политико-правовой мысли и в определенной мере сохранил свое значение до наших дней.

2. Историко-формационный подход Гегеля: концепция духовных формаций

С позиций всемирно-исторического процесса развития духа свободы и его объективации в различных формах государства проблему типологии государств трактовал Гегель. «Всемирная история, — писал он, — есть необходимое только из понятия свободы духа, развитие моментов разума и тем самым самосознания и свободы духа — истолкование и осуществление всеобщего духа»¹. Формами такого осуществления мирового духа, по Гегелю, являются «четыре всемирно-исторических царства: 1) восточное, 2) греческое, 3) римское, 4) германское»². Эти царства, согласно Гегелю, представляют собой объективно-исторические формации (формообразования) мирового духа, т.е. развития идей разума и свободы во всемирной истории.

Со сменой этих всемирно-исторических царств (формаций мирового духа) происходит и смена соответствующих форм государства: восточному царству соответствует теократия (свобода одного, верховного правителя), греческому и римскому царствам — демократия или аристократия (свобода некоторых, т.е. части населения), германскому царству — монархия Нового времени с представительной системой (свобода всех). «Восток, — писал Гегель, — знает и знает только, что один свободен, греческий и римский мир знает, что некоторые свободны, германский мир знает, что все свободны»³. Под «германским миром» Гегель при этом имел в виду страны северо-западной Европы, а под монархией — конституционную монархию с системой представительства и разделением властей.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 370.

² Там же. С. 374.

³ Гегель Г. В. Ф. Философия истории. М.—Л., 1935. С. 98.

3. Марксистский историко-формационный подход: концепция экономических формаций

Учение об общественно-экономических формациях, разработанное К. Марксом и Ф. Энгельсом с материалистических, пролетарско-классовых, коммунистических позиций, лежит в основе марксистской типологии государства и права. Определяющую роль в социально-историческом развитии, по марксизму, играют экономические (производительные) отношения, составляющие базис общества, которым обуславливается и соответствующая ему надстройка, включая государство и право. Согласно такому подходу, вся история человечества делится на пять общественно-экономических формаций: первобытнообщинный строй, рабовладельческий строй, феодальный строй, капиталистический строй и коммунистический строй.

Трем классово-антагонистическим формациям (рабовладельческой, феодальной и капиталистической), основанным на частной собственности и классовом делении, соответствуют три типа государства и права: рабовладельческое государство и право, феодальное государство и право, буржуазное (капиталистическое) государство и право. При первобытном строе (первобытном коммунизме) еще нет государства и права, при коммунизме государство и право как классовые явления отомрут. Применительно к государственности и праву на первой фазе коммунизма (т.е. при социализме) Маркс говорил о диктатуре пролетариата и буржуазном «равном праве» для регуляции меры труда и потребления.

В дальнейшем в советской марксистской литературе — в очевидном расхождении с прогностическими положениями самих основоположников марксизма — стали выделять также и социалистический тип государства и права, что фактически демонстрировало отсутствие и несостоятельность предсказанного перехода от социализма к полному коммунизму без государства и права.

Экономические и классовые отношения, наряду с другими факторами (духовными, культурными и т.д.), имеют, несомненно, важное значение в процессе возникновения, изменения, развития государства и права. Однако гипертрофия их роли, характерная для всего марксизма, включая и марксистскую типологию государства и права, приводит к существенным порокам.

К числу таких пороков относится и в принципе негативный подход марксизма к государству и праву, трактовка их как инструментов классового насилия и угнетения, как машины господства и подавления.

В марксистском подходе тем самым игнорируется то принципиальное обстоятельство и тот очевидный факт всемирной истории, что свобода людей в этом мире появляется и развивается именно в государственно-правовых формах. Реальное историческое развитие и смена типов государства и права (от ранних государств до современного правового государства) свидетельствуют — 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.

Марксистское учение о государстве и праве, включая и соответствующую типологию права и государства, по своей сути отвергает любое положительное отношение к праву и государству как к определенной ценности, как к достижению в развитии человеческой культуры, свободы и т.д. Оно носит антигосударственный и антиправовой характер и в принципе не стыкуется с юриспруденцией и юридической трактовкой права и государства.

4. Культурологические и цивилизационные подходы

Определенное распространение в постсоветской юридической литературе получили и ссылки на так называемый цивилизационный подход к типологии государства и права. При этом имеется в виду учение о цивилизациях английского историка **А. Дж. Тойнби**¹ (1889—1975), находившегося под заметным влиянием идей **О. Шпенглера** и его книги “Закат Европы”. Вслед за Шпенглером, который отрицал единую общечеловеческую культуру и говорил о различных замкнутых культурах (причем творческая, органическая культура, по Шпенглеру, умирая, перерож-

¹ См.: Тойнби А. Дж. Постигание истории. М., 1991.

дается в бесплодную, механическую цивилизацию), Тойнби говорит о нескольких десятках локальных, замкнутых цивилизаций и отрицает цивилизационное единство в человеческой истории. Каждая цивилизация отличается своей спецификой, имеет свои социальные и политические ценности, воззрения и устремления, свои государственно-правовые формы и установления, словом, свои “ответы” на исторические “вызовы”.

Очевидно, что на основе подобного учения о различных автономных цивилизациях можно, в лучшем случае, говорить о разрозненных типах организации власти и нормативной регуляции в соответствующих локальных цивилизациях, но невозможно (даже со ссылкой на аналогию и повторяемость) обосновать **некую целостную типологию государства и права**, построенную на едином, общем для всех цивилизаций, критерии. Если такой единый общецивилизационный критерий и принцип возможен и есть, тогда следует признать (самоу Тойнби и его последователям) наличие в человеческой истории некой единой цивилизации, определенной концепции общечеловеческой цивилизации, компонентами и составными моментами которой являются самобытные цивилизации (и культуры) отдельных сообществ и народов.

Кроме того, в учении Тойнби о различных цивилизациях, как и в учении Шпенглера о различных культурах, нет какого-то специального исследования проблем государства и права, на основе которого в юриспруденции можно строить теоретически и общесторически значимую типологию государства и права.

5. Либертарно-юридическая концепция типологии права и государства

Согласно либертарно-юридической концепции, **типы права и государства — это основные исторические формы признания и организации свободы людей, выражающие этапы прогресса свободы**.

С позиций либертарно-юридического понимания и толкования права и государства как необходимых форм свободы людей, а свободного индивида — как субъекта права и субъекта государства (государственной власти)

принципиальное значение имеет типология права и государства по тем критериям (основаниям), которые определяют специфику различных исторических форм признания людей в качестве субъектов права и государства (государственной власти).

В государствах древнего мира индивид (люди) является свободным человеком и вместе с тем субъектом государства и права по **этническому критерию**. Так, афинскими гражданами и субъектами афинского права могли быть лишь члены афинских демов (родов), а членами римской гражданской общины (civitas), римскими гражданами и субъектами римского права (ius civile) — лишь квириты (исконные римляне). По своему типу государство и право древности было **этническим**.

Этот исходный тип государства и права выступает в качестве необходимой формы признания и закрепления факта деления людей на свободных и несвободных (по этническому основанию), причем отличие свободных от несвободных получает свое выражение и закрепление именно в том, что свободные — это субъекты права и государства, а несвободные (рабы) — это соответственно объекты права и государства. Иначе это различие невозможно и выразить.

Преодоление рабства ведет к становлению в средние века государства и права **сословного типа**. Прогресс свободы людей здесь состоит в том, что этнический критерий свободы (т.е. свобода одних и несвобода других) уступает место сословному критерию свободы. На этой ступени развития (европейский феодализм) рабов уже нет — в этом смысле все свободны, но мера этой свободы различна у представителей разных сословий. Свобода здесь носит характер сословных ограничений и привилегий.

При таком сословном **типе права и государства** каждый является субъектом права и субъектом государства именно в качестве члена определенного сословия. Внутрисословное равенство людей в их правосубъектности и государствовсубъектности сочетается с межсословным неравенством — неравенством государственно-правовых статусов разных сословий и их членов.

С преодолением феодализма на смену сословному строю в Новое время приходит **индивидуалистический** (индивидуально-политический, индивидуально-граждан-

ский) тип государства и права. При этом типе государства и права человек является субъектом права и государства как самостоятельный политический индивид (как отдельный гражданин), а не как член определенного этноса или сословия. Такая индивидуализация людей в качестве субъектов права и государства происходит в процессе разложения средневекового феодализма и преодоления сословного деления, в результате обособления сфер частной и политической жизни, формирования неполитического гражданского общества в его различении с политическим государством.

Современный (реально-исторически последний на настоящее время) тип права и соответствующего конституционно оформленного либерально-демократического правового государства (т.е. правового государства в смысле современного словоупотребления) — это смешанный (комбинированный) тип, сочетающий в себе два различных компонента: естественноправовой и позитивно-правовой. Этот современный тип права и правового государства условно можно назвать **естественно-позитивным** (или **гуманитарно-политическим**), поскольку он представляет собой результат прагматического согласования и сосуществования в виде определенного государственно-правового целого (в форме единой системы права, закрепленной и действующей в одном государстве) двух традиционно противоположных начал — частного (индивидуально-человеческого, гуманитарного) и публичного (политического, официально-властного) принципов, естественноправового и позитивно-правового подходов к праву и государству.

Естественный (естественноправовой, гуманитарный) компонент, определяющий существенную новизну данного типа, состоит в том, что здесь впервые в государственном порядке закрепляются (официально-властно санкционируются и позитивируются) определенные естественные права и свободы человека, им придается юридическая (государственно-принудительная) сила и признается их приоритет перед всеми другими источниками единого действующего позитивного права. В рамках данного типа конституционно закрепленные естественные права и свободы человека обязательны для государства. Они определяют

правовой характер и всего позитивного права, и государства.

Вместе с тем значение естественного права в рамках данного типа права и государства ограничено наличием других (кроме санкционированных естественных прав и свобод человека) источников единой системы действующего позитивного права, закрепляющих отличные от прав человека как частного субъекта особые права гражданина как публично-политического субъекта, члена государства, носителя специфических публично-властных прав и обязанностей.

Такое различие прав человека и прав гражданина означает, что человек как человек — это лишь частное лицо: человек является субъектом только естественных прав, но не прав гражданина. А гражданин как публично-политическое лицо — это и субъект естественных прав человека, и субъект особых публично-политических прав члена данного государства.

Права человека-гражданина в их соотношении с правами человека-негражданина (иностранца, лица без гражданства) представляют здесь государственно-правовые привилегии.

Подобные привилегии обусловлены индивидуальным характером каждого государства (и действующей в нем системы права) как определенного способа и формы жизни именно данной конкретной совокупности свободных людей, чья принадлежность к исторически определенному политико-правовому сообществу определяет и квалифицирует их в качестве субъектов особых публичных прав и обязанностей. Такая индивидуальность всех государств (и их правовых систем) лежит и в основе суверенитета государства во внутренних и внешних отношениях.

В целом современный естественно-позитивный тип права и государства представляет собой определенный компромисс между естественным и позитивным правом, между юснатурализмом и легизмом с соответствующими достоинствами и недостатками практического и теоретического характера. Внутренняя противоречивость данного типа (отсюда и различие прав человека и прав гражданина) обусловлена тем, что последовательное (не ограниченное официальной властью и официальным правом) естественное право предполагает и естественное государство

(типа единого космополитического государства стоиков, гражданами которого являются все люди, каждый человек). Юснатурализм по сути своей отрицает как особую правосубъектность гражданина, отличную от правосубъектности каждого человека, так и в целом политически ограниченную трактовку естественных прав человека (и естественного права вообще) как лишь частного права, как права лишь частного лица, лишенного прав члена публично-политического сообщества (государства). Так что принципиальная противоположность юснатурализма и легизма сохраняется и в тех формах их практически возможного на сегодня компромиссного сосуществования, которые характерны для современного типа права и государства.

Отмеченные типы права и государства — этнический, сословный, индивидуально-политический и естественно-позитивный — представляют собой исторически сменяющие друг друга формы и ступени роста в развитии человеческой свободы от древности до современности.

Продолжение прогресса свободы в будущем породит новые формы нормативно-правовой и институционально-властной организации свободы, новые типы права и государства.

Глава 3. Форма государства

Форма государства — это способ образования, организации и осуществления государственной власти. Форма государства как комплексная характеристика правового порядка формирования, распределения и действия государственной власти включает в себя три взаимосвязанных аспекта: форму правления, форму государственного устройства и форму государственного (политического) режима.

1. Форма правления

Форма правления — это способ организации и формирования верховной государственной власти.

Форма правления затрагивает вопросы о том, как построена верховная (суверенная) власть в государстве, ка-

кие органы и должностные лица наделены этой властью, каким образом она формируется и распределяется между ними и т.д.

По форме правления государства подразделяются на две основные группы: монархии и республики.

Монархия (от греч. monarchia — власть одного) — это форма правления, при которой верховная власть принадлежит одному лицу по принципу наследования.

Двумя основными разновидностями монархии являются абсолютная монархия и представительная монархия.

В **абсолютной монархии** верховная власть монарха (короля, царя, императора) не ограничена каким-либо представительным (законосовещательным или законодательным) органом. Абсолютными монархами были, например, французские короли (до французской революции 1789 г.), российские императоры (до формирования Государственной Думы в начале XX в.) и т.д.

В **представительной монархии** власть монарха ограничена властью представительного органа с определенными законосовещательными или законодательными полномочиями.

Двумя основными историческими формами представительной монархии являются сословно-представительная монархия и конституционная монархия.

При **сословно-представительной монархии** власть монарха ограничена законосовещательными полномочиями сословно-представительного органа, т.е. собрания представителей различных сословий — духовенства, дворянства и верхушки нарождающегося третьего сословия (купцов, ремесленников и т.д.). Подобные сословно-представительные собрания, созыв и объем полномочий которых зависели от воли самого монарха, характерны для эпохи перехода от феодальной раздробленности к абсолютным монархиям.

Конституционная монархия как форма правления исторически приходит на смену абсолютной монархии.

При конституционной монархии власть монарха на основе конституции (или определенных правовых актов конституционного значения) ограничивается законодательной властью парламента как органа народного представительства. При этом члены нижней палаты парламента (палаты депутатов) избираются населением, а верхняя палата,

как правило, формируется по принципу наследования, по назначению монарха и т.д.

На стадии неразвитой конституционной монархии, именуемой **дуалистической монархией**, вся исполнительная власть, включая право формировать правительство, назначать министров и других должностных лиц, принадлежит монарху. Он обладает также правом абсолютного вето и правом роспуска парламента по своему усмотрению. Полномочия парламента в дуалистической монархии ограничены вопросами законодательства и вотиования бюджета (его одобрения или отклонения). Такая форма правления имела место в ряде стран (Германия, Австрия, Италия и др.) в конце XIX — начале XX в.

В современной развитой конституционной монархии (в Англии, Бельгии, Испании, Нидерландах, Норвегии, Швеции, Японии и т.д.) полномочия монарха, являющегося главой государства, во многом носят номинальный характер. Правительство (из представителей партий, получивших большинство мест в парламенте) формируется парламентом и ответственно перед ним. Законодательная власть принадлежит парламенту, исполнительная власть — правительству, которое, кроме того, в порядке делегированного (парламентом) законодательства издает нормативно-правовые акты и в рамках права законодательной инициативы активно участвует в законодательной деятельности.

Республика (от лат. res publica — публичное, общественное дело) — это форма правления, основанная на принципе выборности на определенный срок высших органов государственной власти. Известно крылатое выражение Цицерона: "Respublica est res populi" (республика — дело народа).

Двумя основными формами **современной республики** являются парламентская республика и президентская республика. Они представляют собой различные варианты реализации принципа разделения властей в правовом государстве.

Парламентская республика — это форма правления, при которой парламент (как высшая представительная и законодательная власть) формирует высшую исполнительную власть (правительство) и осуществляет парламентский контроль за ее деятельностью.

Глава государства (президент в парламентской республике) также избирается парламентом. Он обладает правом роспуска парламента, наделен полномочиями в вопросах формирования правительства (участие в процессе назначения главы правительства) и законодательной деятельности (подписывает законы, издает декреты и т.д.), является верховным главнокомандующим вооруженными силами страны и т.д.

Правительство формируется из представителей партий, обладающих парламентским большинством, и несет ответственность перед парламентом. Парламентское большинство может отправить правительство в отставку. В свою очередь правительство может при поддержке президента добиться роспуска парламента и проведения новых парламентских выборов.

Современными парламентскими республиками являются Греция, Италия, ФРГ и многие другие государства.

Президентская республика — это такая форма правления, при которой не только парламент (как высший законодательный и представительный орган), но и президент (как глава государства и глава исполнительной власти) избираются населением. При этом президент избирается либо непосредственно населением путем всеобщих прямых выборов (как, например, в России, во Франции), либо, как в США, путем косвенных выборов (население избирает выборщиков, а они — президента).

Существует несколько разновидностей президентской республики.

Так, президентская республика в США отличается классическим разделением властей: высшая законодательная власть находится у парламента (Конгресса, состоящего из Палаты представителей и Сената), высшая исполнительная власть принадлежит Президенту, высшая судебная власть — Верховному суду. Как глава исполнительной власти (при отсутствии должности премьер-министра) Президент является главой правительства — Кабинета, играющего при нем роль совещательного органа. Кабинет состоит из министров, которых назначает Президент по совету и с согласия Сената. Президент обладает обширными полномочиями в области внутренней и внешней политики, является верховным главнокомандующим, издает подзаконные акты, обладает правом отлагательного вето и т.д. Президент и

члены его Кабинета не подотчетны Конгрессу. Президент может быть отстранен от должности только в порядке импичмента.

Во французской модели президентской республики присутствуют определенные элементы парламентской республики. Здесь, кроме Президента, имеется и правительство — Совет Министров, возглавляемое Премьер-министром. Президент, помимо других широких полномочий в сфере законодательства и управления, назначает Премьер-министра и, по его предложению, других членов правительства, председательствует на заседаниях правительства, принимает отставку Премьер-министра и министров. Президент вправе (после консультаций с Премьер-министром и председателями палат парламента) распустить нижнюю палату парламента (Национальное собрание). В свою очередь парламента, состоящий из двух палат (Сената и Национального собрания), обладает правом контроля за деятельностью Правительства. Правительство ответственно перед Национальным собранием, которое большинством голосов может принять резолюцию порицания, обязывающую правительство подать в отставку.

Президентской республикой является и форма правления, предусмотренная действующей Конституцией Российской Федерации. От американской и французской моделей президентской республики она отличается рядом особенностей. Как и во французской модели, в российской модели, кроме Президента, есть Правительство, возглавляемое Председателем Правительства. Однако по российской Конституции Правительство (подобно Кабинету министров при Президенте США) не ответственно перед парламентом, и парламента не обладает правом контроля за Правительством (кроме бюджетного контроля). Недовереие Правительству или отказ в доверии Правительству со стороны Государственной Думы вовсе не обязывает российское Правительство (как это имеет место во французской модели) подать в отставку, поскольку, согласно Конституции Российской Федерации (ч. 3—4 ст. 117), Президент Российской Федерации в соответствующих случаях вправе как объявить об отставке Правительства, так и распустить саму Государственную Думу.

Таким образом, в российской модели президентской республики (и в российской конструкции соотношения исполнительной и законодательной властей) заметно присут-

ствуют как преимущества исполнительной власти из американской модели, так и слабости законодательной власти из французской модели. Вместе с тем в российской модели отсутствуют некоторые преимущества парламента из американской и французской моделей, которые дают законодательной власти необходимые ей сдержки и противовесы против мощной исполнительной власти (полномочий Президента и Правительства). Отсутствие надлежащего баланса (и уравновешенной системы взаимных сдержек и противовесов) во взаимоотношениях исполнительной и законодательной властей является одним из значительных недостатков российской модели президентской республики.

2. Форма государственного устройства

Форма государственного устройства — это способ территориальной (и национально-территориальной) организации распределения государственной власти и взаимоотношений между соответствующими субъектами государственной власти.

Этот аспект формы государства охватывает вопросы территориального устройства государства, устройства государственной власти на определенной территории.

По форме государственного устройства государства делятся на унитарные и федеративные. Формой союза суверенных государств является конфедерация.

Унитарное государство — это единое суверенное государство, на всей территории которого действует одна конституция, единые органы власти (представительной, исполнительной и судебной) и единое законодательство. Унитарное государство имеет единые вооруженные силы, единую налоговую и финансовую систему. Современными унитарными государствами являются, например, Португалия, Финляндия и Франция.

Федеративное государство — это единое суверенное союзное государство, субъекты которого в пределах своих территориальных и национально-территориальных образований и в рамках суверенитета единого федеративного государства обладают самостоятельным государственно-правовым статусом, имеют свои системы органов государственной власти и свое законодательство.

Существует множество разновидностей прошлых и современных федераций. К числу современных федераций относятся, например, Российская Федерация, США, Австрия, Австралия, Канада, ФРГ, Швейцария, Бразилия, Индия.

Различные виды федераций отличаются друг от друга способом их возникновения (путем договора о создании федерации, конституционного оформления уже сложившегося государственного единства и т.д.), принципом их построения (по территориальному или национально-территориальному признаку), характером разграничения государственно-властных полномочий между общегосударственными органами власти и органами власти отдельных субъектов федерации и т.д.

Общие черты различных федераций состоят в следующем. Суверенитет единого федеративного государства распространяется на всю его территорию, которая в качестве своих составных частей включает в себя территории отдельных субъектов федерации (республик, штатов, земель, кантонов и т.д.). Субъекты федерации не являются суверенными государствами. Конституция, уставы, законодательство отдельных субъектов федерации не должны противоречить общегосударственной конституции и законодательству. Полномочия в области внешней политики и основных вопросов внутренней политики государства принадлежат общегосударственным органам государственной власти. В общегосударственном парламенте верхняя палата (например, Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, Сенат в США, Бундесрат в ФРГ и т.д.) формируется из представителей субъектов федерации и выражает их интересы.

Российская Федерация — это конституционно-организованная федерация, сформированная по территориальному и национально-территориальному принципам. Согласно Конституции (ст. 1, 4—6, 65—79) Российская Федерация состоит из равноправных субъектов Федерации — республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов. Республики имеют свои конституции и законодательство, а края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа — свой устав и законодательство.

Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации.

Федеративное устройство Российской Федерации основано на ее государственной целостности, единстве системы государственной власти, разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, равноправии и самоопределении народов в Российской Федерации. Во взаимоотношениях с федеральными органами государственной власти все субъекты Российской Федерации между собой равноправны.

Гражданство Российской Федерации приобретается и прекращается в соответствии с федеральным законом, является единым и равным независимо от оснований приобретения. Каждый гражданин Российской Федерации обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет равные обязанности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации.

В Российской Федерации по Конституции (ч. 1 ст. 8) гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

Конфедерация — это не единое, суверенное государство, а союз (сообщество) суверенных государств, добровольно объединившихся для удовлетворения определенных общих интересов и целей политического, экономического или оборонного характера. Конфедерации, как правило, носят временный характер. Конфедеративный характер носили, например, союз северо-американских штатов (1781—1787 гг.), преобразованный затем в федерацию, Швейцарский союз и Германский союз в XIX в. и т.д.

Для осуществления совместных дел в конфедерациях формируются некоторые общие органы, состоящие из представителей субъектов конфедерации и реализующие их согласованные решения. При этом члены конфедерации сохраняют свой суверенитет, свою систему государственной власти, свое законодательство и свое гражданство.

3. Форма государственного (политического) режима

Форма государственного (политического) режима — это характер, свойство и качество правового порядка осуществления государственной власти. Основными здесь являются вопросы о том, как, каким способом, в какой форме осуществляется государственная власть.

Согласно либертарно-юридической трактовке государства как правовой формы организации и реализации публичной власти, любое государство в отличие от деспотизма (его прошлых и современных разновидностей — тирании, диктатуры, тоталитаризма и т.д.) осуществляет свою власть в рамках определенного правопорядка. Без этого нет и государства, а есть деспотизм с соответствующим антиправовым режимом — тираническим, диктаторским, военно-полицейским, фашистским, расово-нацистским, партийно-классовым, тоталитарным и т.д. Все это лишь разновидности деспотического режима.

Государственный (политический) режим — это по сути своей всегда **государственно-правовой режим**, определенный правовой порядок функционирования государства, те или иные правовые формы, процедуры, приемы, способы и методы осуществления государственной власти.

Различные формы государственного (политического) режима, будучи правовыми по своей сущности, вместе с тем отличаются друг от друга уровнем и степенью своей правовой развитости, характером и качеством соответствующего правового порядка, правовых приемов и процедур осуществления государственной (политической, публичной) власти.

В соответствии с таким правовым критерием государственных (политических) режимы делятся на **две группы**: либеральные и авторитарные. Эти режимы представляют собой два противоположных полюса (две типологизированные крайности) в правовом пространстве бытия и функционирования государства, способах и приемах осуществления государственной власти. Между этими крайними полюсами развитости и неразвитости правовых свойств и качеств государственного режима имеется, конечно, множество различных промежуточных (с точки зрения их правовой развитости) ступеней, форм и способов осуществления государственной власти, но принципиальное

значение имеют именно “пограничные ситуации” правового пространства и выражающие их противоположные типы государственно-правовых режимов.

Либеральный государственно-правовой режим — это форма, способ и порядок осуществления государственной власти в условиях современного правового государства и гражданского общества. Такой режим предполагает официальное признание и практическую реализацию основных прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека и широкого круга прав гражданина, господство правового закона, разделение властей (на законодательную, исполнительную и судебную), утверждение конституционализма, парламентаризма, идеологического и политического многообразия, многопартийности, осуществление суверенной власти народа в правовых формах референдума и свободных выборов, самостоятельное и эффективное функционирование институтов гражданского общества, форм и механизмов общественного контроля за деятельностью государственной власти.

Либеральный государственно-правовой режим включает в себя все ценные с точки зрения гражданского общества и правового государства аспекты демократии и прежде всего идею суверенитета народа в ее правовом (и государственно-правовом) понимании и применении. Поэтому, имея в виду именно **правовую демократию** (демократию в правовой форме), либеральный режим можно характеризовать как **либерально-демократический режим**.

Авторитарный государственно-правовой режим присущ всем остальным (кроме современного развитого правового государства) типам государства.

В том или ином виде авторитарный режим складывается везде там, где нет достаточно развитого гражданского общества и правового государства с присущими им формами, принципами, нормами, процедурами и механизмами утверждения господства права и правовой законности, гарантий защиты и осуществления прав и свобод человека и гражданина, пресечения и обуздания произвола государственной власти, постоянного и эффективного контроля за деятельностью государственных органов и должностных лиц.

Для государственных (политических) режимов на начальных этапах процесса формирования гражданского

общества и современного правового государства характерно сочетание элементов авторитаризма и либерализма.

Подобное сочетание авторитарных и либерально-демократических начал присуще и государственно-правовому режиму в современной России. Дальнейшее продвижение по пути к либерально-демократическому государственно-правовому режиму в нашей ситуации будет во многом определяться реальными успехами экономических реформ и активной, целенаправленной позицией формирующегося гражданского общества.

Глава 4. Функции и механизм государства

1. Функции государства

Функции государства — это основные формы деятельности государства, выражающие его сущность.

Сущность государства, которая проявляется в его функциях (в его функциональной деятельности), состоит в том, что государство — это правовая, суверенная организация публичной власти свободных людей. В этом смысле можно сказать, что правомерна только функциональная деятельность государства, т.е. такая деятельность государства, которая порождается его природой и соответствует его сущности. Действия же государства, его отдельных органов и должностных лиц, выходящие за рамки его сущностно обусловленных функций, т.е. все нефункциональные действия государственной власти, носят неправомерный и негосударственный характер.

Специфика, существо и смысл всей функциональной деятельности государства, всех его функций состоят в **организации, реализации и защите определенного (социально-исторически обусловленного) государственно-правового порядка жизни свободных людей.**

Отдельные функции государства — это лишь относительно самостоятельные аспекты целостной и единой по своей сути функциональной деятельности государства по созиданию, поддержанию и практическому осуществлению соответствующего государственно-правового порядка.

К числу таких отдельных **основных функций** государства относятся: правоустановительная функция, правореализаторская функция, правозащитная функция, внешнегосударственная функция.

В числе названных функций три первые являются **внутренними функциями** и связаны с осуществлением внутреннего суверенитета государства. Четвертая функция является **внешней функцией** государства и характеризует осуществление внешнего суверенитета государства.

Внутренние и внешняя функции государства тесно взаимосвязаны, дополняют и подкрепляют друг друга.

Правоустановительная функция — это деятельность государства по установлению всех источников и норм действующего права (издание законов и иных нормативно-правовых актов, установление прецедентов, санкционирование обычаев, официальное признание и закрепление приоритетного позитивно-правового значения естественных прав и свобод человека и т.д.).

Государство так же невозможно без права, как и право — без государства. Поэтому по своему внутреннему смыслу **правоустановительная функция** — это одновременно и **государствоустановительная функция**. Конституирование государства означает прежде всего его правовое оформление, т.е. определение правового положения людей и власти в условиях государственно-организованной жизни.

Правореализаторская функция — это деятельность государства по претворению в жизнь установленного права. Смысл этой функции состоит в том, чтобы установленное в государстве право постоянно и неуклонно действовало, чтобы право было подлинно **действующим правом**.

Вся деятельность государства (всех его органов и должностных лиц) носит характер правореализующих действий. Уже сама правоустановительная деятельность (законодательство и т.д.) представляет собой форму реализации правомочий соответствующих государственных органов и должностных лиц на издание в установленном порядке определенных нормативно-правовых актов и т.д. В форме реализации права протекает также исполнительно-распорядительная и правозащитная деятельность государства.

Правозащитная функция — это деятельность государства по защите прав и свобод человека и гражданина, утверждению законности и правопорядка во всех сферах общественной и политической жизни.

Важным аспектом правозащитной деятельности является борьба с правонарушениями и преступностью, осуще-

ствление соответствующих профилактических мероприятий.

Осуществление правозащитной функции — одна из главных обязанностей государства. Согласно Конституции Российской Федерации (ст. 2) “признание, соблюдение и защита прав и свобод человека — обязанность государства”.

Внешняя функция государства — это деятельность государства в качестве суверенного субъекта международных отношений.

Данная функция включает в себя многообразную деятельность государства по обеспечению обороноспособности страны и защиты населения от внешней агрессии, по организации и осуществлению сотрудничества (политического, экономического, научно-технического, культурного и т.д.) с другими государствами, защите прав и интересов своих граждан вне пределов страны, укреплению и развитию международного сообщества государств, преодолению войн и упрочению мира между народами.

Большой новизной (в плане и содержания, и развитости правовых форм и процедур осуществления государственных функций) отличается функциональная деятельность современного **правового государства**. Принцип разделения властей в правовом государстве дает основание для трактовки в качестве его основных внутренних функций **законодательную, исполнительную и судебную функции**.

Применительно к **социальному государству** в литературе принято в числе функций выделять и **социальную функцию**, под которой имеется в виду деятельность государства по социальной защите людей и обеспечению достойных условий жизни для всех членов общества. Определенные основания для этого содержатся и в Конституции Российской Федерации (ст. 7), которая гласит: “Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека”.

2. Механизм государства

Механизм (аппарат) государства — это система органов, учреждений и должностных лиц, которые в уста-

новленном правовом порядке наделены государственно-властными полномочиями и реализуют функции государства.

Под механизмом (аппаратом) государства имеется в виду организационная структура государственной власти, институциональная форма существования государства и осуществления государственной власти.

Государство — в его человеческом измерении и рациональном понимании — состоит из свободных индивидов — граждан государства. В этом смысле весь государственный механизм (аппарат), все государственные органы и учреждения (законодательные, исполнительные, судебные и т.д.) — это институционализированные (организованные) группы (соединения, совокупности) граждан, которые в определенном правовом порядке наделяются теми или иными государственно-властными полномочиями и осуществляют их.

В институционально-властном плане **государственный орган, учреждение, должность (должностное лицо)** — это структурная часть механизма (аппарата) государственной власти, наделенная определенным объемом государственно-властных полномочий (компетенцией).

Все государственные органы, учреждения, должности и т.д., составляющие механизм (аппарат) государства, образуются и действуют в установленном правовом порядке. Их государственно-властные полномочия, порядок, формы и процедуры реализации ими своих полномочий и т.д. определяются и регламентируются законами и иными нормативно-правовыми актами.

Система государственных органов строится по иерархическому принципу подчинения нижестоящих органов вышестоящим. Это обусловлено необходимостью выражения суверенной власти государства в виде соподчиненных компетенций различных государственных органов, возглавляемых высшими органами, которые наделяются суверенными государственно-властными полномочиями.

В иерархизированной системе государственных органов, учреждений и должностных лиц каждый орган (учреждение, должностное лицо) наделен своей компетенцией, соответствующей его месту в данной системе и согласованной с компетенцией других органов.

Компетенция государственного органа (учреждения, должностного лица) — это совокупность его государствен-

но-властных полномочий, т.е. его права и обязанности. Причем права государственного органа (учреждения, должностного лица) — это вместе с тем и его обязанность действовать в соответствии с данными ему правами, совершать соответствующие государственно-властные действия. В свою очередь, обязанности, возложенные в установленном правом порядке на государственный орган (учреждение, должностное лицо), означают и его право совершать (в установленном порядке) соответствующие действия государственно-властного характера.

Система государственных органов, их компетенция и т.д. в существенной мере зависят от типа и формы государства.

Механизм (аппарат) современного правового государства строится и функционирует по принципу разделения государственной власти на три самостоятельные ветви власти — на законодательную, исполнительную и судебную власти.

При этом **законодательную власть** осуществляет представительный орган — парламент (однопалатный или двухпалатный).

Исполнительную власть осуществляют глава государства (президент, конституционный монарх и т.д.), правительство, различные министерства и другие центральные учреждения (комитеты, комиссии, ведомства, инспекции, службы, бюро и т.д.), местные государственные органы исполнительной власти.

В систему органов **судебной власти** входят суды общей юрисдикции, конституционные и арбитражные суды. Правосудие осуществляется только судом. Судьи независимы и подчиняются только конституции и закону. Законодательство в правовом государстве, как правило, предусматривает несменяемость и неприкосновенность судей.

Государственному аппарату повсеместно присуща тенденция к отчуждению от простых людей, народа и общества, к бюрократизму и корпоративизму, к злоупотреблению своим положением и игнорированию действующего законодательства, к подмене общегосударственных дел своими собственными аппаратными делами и интересами.

Отмеченные недостатки присущи и формирующемуся в России **постсоветскому государственному аппарату**.

Основными формами и направлениями борьбы против традиционных и новых пороков государственного аппарата являются: развитие правовых начал, форм и процедур в организации и деятельности всех звеньев государственного механизма; совершенствование процесса подготовки и переподготовки квалифицированных кадров для государственного аппарата; повышение уровня требований к профессиональным и нравственным качествам и правовой культуре государственных служащих; усиление мер юридической ответственности работников государственного аппарата за совершаемые ими правонарушения; повышение правовой активности граждан и их общественных объединений в борьбе за свои права и законные интересы; постоянное совершенствование форм и методов общественного и государственного контроля за деятельностью всех государственных органов, учреждений и должностных лиц.

Глава 5. Правосознание и правовая культура

1. Правосознание

Правосознание — это форма осознания права как специфического явления социальной действительности.

В правосознании тесно сочетаются и взаимодействуют три компонента: познавательный, оценочный и регулятивный. В соответствии с этим можно выделить три основные функции правосознания — познавательную, оценочную и регулятивную.

Познавательная функция правосознания состоит в осознании того, что есть право, и осуществляется в различных формах (чувственных, образных, логико-понятийных) обнаружения, выражения и осмысления отдельных правовых явлений и права в целом.

Оценочная функция правосознания состоит в формировании определенных ценностных представлений и идей о праве, исходя из которых субъект правосознания оценивает (позитивно или негативно) действующее право и реальную правовую действительность.

Регулятивная функция правосознания состоит в осознании, определении и реализации субъектом в конкретных

действиях (правомерного или противоправного характера) своей поведенческой позиции (модели поведения) по отношению к требованиям действующего права.

Специфика правосознания — в его соотношении с другими формами сознания (моральным, нравственным, религиозным сознанием и т.д.) — обусловлена спецификой самого права, для выражения которой правовое сознание оперирует соответствующими чувствами, образами, представлениями, символами, понятиями и категориями.

Так, уже на эмоциональном уровне у субъекта правосознания складываются различные **правовые чувства** — чувство справедливости, вины, чувство страха наказания и т.д.

Более осмысленный и обобщенный характер носят **правовые образы и представления**, выражающие итоги субъективного видения, восприятия и осознания тех или иных реальных или воображаемых правовых ситуаций, сцен, отношений (образные представления о правовых конфликтах, совершении преступлений и ответственности за него, задержании преступника, суде и т.д.).

Так, правовой принцип равенства нашел свое выражение в чувственно-материальных (телесно-физических) представлениях о равенстве между наказанием и преступлением по правилу талиона: око — за око, зуб — за зуб, смерть — за смерть. Показательно, что и в правосознании большинства современных людей доминирует представление о необходимости и справедливости смертной казни как равной меры (эквивалента) ответственности за умышленное убийство.

Значительную роль в правовом осознании действительности играют **правовые символы** — правовые образы, в обобщенном виде выражающие смысловое содержание множества других образных представлений о праве. Так, замечательным символом справедливости (правосудия) и вместе с тем справедливого права и государства является бессмертный образ богини справедливости (правосудия) Фемиды с равными для всех Весами Правосудия и защищающим справедливый правовой (государственно-правовой) порядок Мечом (символическим выражением справедливой высшей власти и справедливого наказания).

Теоретически развитое правосознание, наряду с перечисленными (чувственными и образными формами и средствами осознания и выражения права), использует

также и такие абстрактно-логические познавательные средства и формы, как **правовые понятия, категории, идеи, принципы, конструкции и т.д.**

Анализ правосознания показывает, что не только абстрактно-логические правовые понятия, категории и т.д., но и дотеоретические познавательные средства правосознания (правовые чувства, правовые образы, правовые символы и т.д.) являются формами осознания (оценки и т.д.) как права, так и государства (обязательной для всех правовой организации власти).

Поэтому в целом можно сказать, что правосознание на всех ступенях его развития и во всех формах его выражения — от правовых чувств до правовых понятий — это форма и средство выражения, осознания, оценки **не только права и правовых явлений** (их смысла, свойств, характеристик, функционально-регулятивных значений и т.д.), но **одновременно также и государства, государственно-властных явлений.**

Существуют различные **классификации правосознания.**

В структуре правосознания следует прежде всего выделить два различных познавательных уровня: уровень эмпирического правосознания и уровень теоретического (научного) правосознания. **Эмпирическое правосознание** осмысливает право в чувственно-образной форме, **теоретическое правосознание** — в логико-понятийной форме. Теоретическое правосознание представлено в юридической науке.

По субъектам правосознание делится на **индивидуальное, групповое и общественное.** При этом предполагается, что правовое сознание, как и сознание вообще, присуще лишь индивиду, а групповое и общественное правосознание — это обобщенное (на уровне отдельных групп или всего общества) выражение содержания и характера правосознания отдельных индивидов, образующих соответствующие группы и общество в целом.

По признаку правовой образованности субъектов (носителей) правосознания правосознание делится на два других вида: **обыденное (массовое) и профессиональное (юридическое) правосознание.**

По своему мотивационно-регулятивному характеру и волевой направленности правосознание делится на **законоодобряющее, законопослушное и закононарушающее.**

В **законоодобряющем** правосознании требования, цели и ценности закона (действующего права) осознаются и воспринимаются субъектом как безусловно необходимые и полезные (для него и для других, для общества в целом) и подлежащие реализации. Такая установочная позиция субъекта мотивируется прежде всего качественно-содержательными достоинствами действующего права (его справедливостью, ценностью, полезностью и т.д.), а не авторитетом закона (его общеобязательной силой, принудительным характером и т.д.).

Для **законопослушного правосознания** основным мотивирующим фактором является авторитет закона (действующего права). Установочная позиция субъекта такого правосознания является результатом целесообразного выбора на основе взвешивания и оценки достоинств и преимуществ (для себя, для других и всего общества) соблюдения закона и недостатков, невыгод, отрицательных последствий его нарушения. В этом смысле законопослушное правосознание является **прагматичным правосознанием.**

Закононарушающее правосознание тоже является прагматичным правосознанием, обусловленным представлениями субъекта о преимуществах и выгодах несоблюдения права и совершения преступлений.

Преступный образ жизни сопровождается деградацией личности и существенной деформацией правосознания, в котором доминирующие позиции начинают занимать антиобщественные “ценности” и криминальные установки так называемого “воровского закона” — своеобразного неписаного кодекса преступного мира.

Из приведенных классификаций правосознания видно, что в правосознании одного и того же индивида могут присутствовать определенные элементы (характеристики, свойства) из разных видов правосознания.

Профессиональное правосознание как групповое правосознание людей, получивших специальное юридическое образование, в той или иной форме включает в себя некоторые основные элементы теоретического (научного) правосознания, но эти различные виды правосознания, конечно, не следует отождествлять.

Само профессиональное (юридическое) правосознание — с учетом внутрипрофессиональных различий —

можно подразделить на **внутрипрофессиональные группы** (правосознание ученых-юристов и правосознание юристов-практиков) и **подгруппы** (правосознание судей, правосознание работников прокуратуры, правосознание работников милиции, правосознание адвокатов и т.д.).

От уровня развитости профессионального (юридического) правосознания, от содержания и характера присущих ему юридико-ценностных установок и ориентаций во многом зависит качество деятельности государственного аппарата и в целом надлежащее осуществление государственных функций.

2. Правовая культура

Правовая культура — это достигнутый уровень развития в правовой (и государственно-правовой) организации жизни людей.

Правовая культура представляет собой важную составную часть общей культуры.

История общечеловеческой правовой культуры — это прогрессирующее развитие права и государства от первоначальных примитивных форм до современных форм утверждения и господства права, правовой государственности, прав и свобод человека и гражданина.

Основными элементами структуры правовой культуры являются: правовые (государственно-правовые) воззрения, нормы, институты (учреждения) и поведенческие отношения.

Содержание, характер, качество правовых (и государственно-правовых) воззрений (представлений, идей, ценностей, знаний и т.д.), выражающихся в правосознании членов общества, являются существенными показателями как меры их культурно-правовой зрелости, так и степени их духовной подготовленности к практическому воплощению этих взглядов в виде соответствующих реальных (объективированных) форм действующего права, институтов (учреждений) государственной власти, поведенческих отношений людей (форм правового поведения, правовой деятельности) и т.д.

Современной правовой культуре присущи такие качественные характеристики, как: определяющее значение прав и свобод человека и гражданина в правовой органи-

зации общественной и государственной жизни; утверждение в массовом правосознании чувства уважения к закону и правопорядку, идей и ценностей господства права; практическая реализация принципов конституционализма и верховенства правового закона; согласованное и эффективное функционирование всех источников позитивного права и всех ветвей государственной власти; правовая активность граждан и их общественных объединений в осуществлении своих прав и надлежащем исполнении своих юридических обязанностей; активная законотворческая, правозащитная и правоприменительная деятельность (в рамках своих правомочий) всех звеньев государственного механизма; разветвленная система легализованных форм, средств и процедур воздействия гражданского общества на государство и контроль за его деятельностью.

Антиподом правовой культуры является **правовой нигилизм** в его многообразных проявлениях и формах — от недооценки и неуважительного отношения к праву до его полного игнорирования и отрицания. Правовой нигилизм — это всегда и **государственный нигилизм**, поскольку **отрицание права** включает в себя по существу и **отрицание государства** как правовой организации публичной власти.

Правовой нигилизм получил широкое распространение во многих странах. Глубокие корни правовой нигилизм пустил и в условиях российской действительности. Существенную роль при этом сыграли многовековые традиции всевластия деспотических правителей (от царей до большевиков) и бесправия народа.

В постсоветское время Россия вступила в новый период своего культурно-правового развития, основными целями и ориентирами которого являются конституционно закрепленные идеи и ценности прав и свобод человека и гражданина, принципы, нормы и институты гражданского общества и правового государства.

Однако в реальной действительности все еще сильны традиции правового нигилизма, усугубляемые и поддерживаемые в современных переходных условиях целым рядом негативных факторов. В числе этих факторов: недостатки проводимых социально-экономических преобразований, незавершенность правовой реформы, неэффективная работа всего аппарата государственной власти, массовое и повсеместное нарушение законодательства,

бездействие механизма правозащитной деятельности, особенно в сфере прав и свобод человека и гражданина, неспособность государства справиться с бурно растущей преступностью и т.д.

В целом преодоление правового нигилизма возможно лишь в общем русле успешного развития процесса постсоциалистических преобразований в стране и практической реализации идей и ценностей современной правовой культуры.

Глава 6. Гражданское общество и государство

1. Различение и соотношение гражданского общества и государства

При различении общества и государства под **обществом** имеется в виду неполитическая сфера жизни людей в качестве частных лиц, а под **государством** — политическая сфера их жизни в качестве публичных лиц (субъектов публично-политической общности и власти, граждан). Дифференциация этих двух сфер, отделение и относительно самостоятельное бытие частных и публичных, неполитических и политических явлений и отношений представляют собой результат длительного социально-исторического развития людей, форм и способов организации жизни свободных индивидов.

В условиях древности и средневековья (в эпохи этнического и сословного типов права и государства) публично-политическое (государственное) начало безусловно доминировало во всей социальной жизни людей, а те явления и отношения, совокупность которых принято называть античным или средневековым «обществом», носили политический характер и еще не созрели до обособления в независимую от государства самостоятельную сферу частных (неполитических) интересов, дел и отношений.

В Новое время круг частных интересов и самостоятельности частного лица все более расширяется и начинает постепенно охватывать отношения собственности, производства и распределения, товарно-денежный оборот, вопросы отношения к религии, свободы совести, свободы мысли и т.д. Вместе с тем этот расширяющийся круг частных дел и интересов все более высвобождается от прямо-

го воздействия сложившейся при феодализме политической власти и формируется в относительно самостоятельную сферу гражданского общества.

Идеология и устремления такого антифеодального гражданского общества и соответствующего ему государства и права нашли свое выражение и защиту в творчестве многих раннебуржуазных мыслителей (Н. Макиавелли, Ж. Бодена, Г. Гроция, Б. Спинозы, Дж. Локка, Ш. Л. Монтескье, Ж. Ж. Руссо, Д. Рикардо, А. Смита, Т. Пейна, Т. Джефферсона, И. Канта, Г. В. Ф. Гегеля и др.).

Большой вклад в последовательную теоретическую разработку проблем различения и соотношения гражданского общества и государства внес **Гегель**. Он прямо отмечает качественную новизну гражданского общества как социально-исторического явления и понятия и по существу трактует гражданское общество как буржуазное общество. «Гражданское общество, — писал Гегель, — создано, впрочем, лишь в современном мире, который всем определениям идеи предоставляет их право. Если государство представляют как единство различных лиц, как единство, которое есть лишь общность, то имеют в виду лишь определение гражданского общества. Многие новейшие специалисты по государственному праву не сумели прийти к другому воззрению на государство»¹.

Ряд положений гегелевского исследования проблем различения и соотношения гражданского общества и государства был воспринят марксизмом и перетолкован с материалистических и классово-коммунистических позиций. Согласно марксизму, именно общество является основой государства: общество первично, государство, право и т.д. — вторично. При этом под «обществом» имеются в виду материальные, базисные отношения, а под «государством» — явления надстроечного (обусловленного) характера.

Современное гражданское общество — это правовое, либерально-демократическое, плюралистическое, открытое общество, основным субъектом которого является свободный индивид, реализующий свои интересы в рамках единого для всех закона и общего правопорядка. Человек как член гражданского общества является полноправным и вместе с тем ответственным (соблюдающим

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1990. С. 228.

свои обязанности и уважающим права других) участником различных общественных отношений — экономических, духовных, информационных и т.д.

Система современного гражданского общества отличается развитой структурой. В эту систему входят следующие **основные компоненты (структурные части)**: 1) гуманитарный (человеческий состав общества — свободные индивиды); 2) социальный (социальное деление общества на социальные группы, слои, классы); 3) экономический (экономический строй общества — формы и отношения собственности, производства, обмена, потребления и т.д.); 4) духовный (наука, образование, культура, религия и т.д.); 5) информационный (средства и формы информации, общественное мнение и т.д.); 6) территориально-управленческий (местное самоуправление); 7) организационный (разнообразные формы общественных и групповых объединений).

2. Общественные объединения

Важным компонентом гражданского общества являются разнообразные **общественные объединения** — политические партии, профессиональные союзы, благотворительные организации и т.д.

Конституция Российской Федерации (ст. 30) закрепляет право каждого на объединение и гарантирует свободу деятельности общественных объединений. Никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем.

Существенное значение для формирования и деятельности общественных объединений имеют положения Конституции (ст. 13) о признании в Российской Федерации идеологического и политического многообразия и многопартийности, о равенстве общественных объединений перед законом. Запрещается создание и деятельность лишь таких общественных объединений, цели или действия которых направлены на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности Российской Федерации, подрыв безопасности государства, создание вооруженных формирований, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни.

В настоящее время активно действуют разнообразные общественные формирования (политические, профессиональные, научные, правозащитные, просветительские, экологические, потребительские, религиозные и т.д.).

В ст. 5 Федерального закона “Об общественных объединениях” понятие общественного объединения определяется следующим образом: “Под общественным объединением понимается добровольное, самоуправляемое, некоммерческое формирование, созданное по инициативе граждан, объединяющихся на основе общности интересов для реализации общих целей, указанных в уставе общественно-го объединения”.

Названный Закон (ст. 7) предусматривает следующие организационно-правовые формы общественных объединений: общественная организация; общественное движение; общественный фонд; общественное учреждение; орган общественной самостоятельности; политическая партия.

Общественная организация — это основанное на членстве общественное объединение, созданное на основе совместной деятельности для защиты общих интересов и достижения уставных целей членов объединения.

Общественное движение представляет собой состоящее из участников и не имеющее членства массовое общественное объединение, преследующее социальные, политические и иные общественно полезные цели, подерживаемые участниками общественного движения.

Общественный фонд — один из видов некоммерческих фондов, представляющий собой не имеющее членства общественное объединение, цель которого заключается в формировании имущества на основе добровольных взносов, иных не запрещенных законом поступлений и использовании данного имущества на общественно полезные цели. Учредители и управляющие имуществом общественного фонда не вправе использовать указанное имущество в собственных интересах.

Общественное учреждение — это не имеющее членства общественное объединение, ставящее своей целью оказание конкретного вида услуг, отвечающих интересам участников и соответствующих уставным целям данного объединения.

Орган общественной самостоятельности представляет собой не имеющее членства общественное объединение, целью которого является совместное решение различных социальных проблем, возникающих у людей по месту жительства, работы или учебы, направленное на удовлетворение потребностей неограниченного круга лиц, чьи

интересы связаны с достижением уставных целей и реализацией программ органа общественной самодеятельности по месту его создания.

Политическая партия — это общественное объединение, созданное в целях участия граждан Российской Федерации в политической жизни общества посредством формирования и выражения их политической воли, участия в общественных и политических акциях, в выборах и референдумах, а также в целях представления интересов граждан в органах государственной власти и органах местного самоуправления.

По территориальной сфере своей деятельности общественные объединения делятся на **общероссийские, межрегиональные, региональные и местные**.

Деятельность всех общественных объединений должна быть гласной и основываться на принципах добровольности, равноправия, самоуправления и законности.

Общественные объединения пользуются широким кругом прав, обеспечивающих их активное участие в общественной и политической жизни. Согласно ст. 27 названного Закона об общественных объединениях, для осуществления своих уставных целей общественное объединение имеет право: свободно распространять информацию о своей деятельности; участвовать в выработке решений органов государственной власти и органов местного самоуправления; проводить собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирование; учреждать средства массовой информации и осуществлять издательскую деятельность; представлять и защищать свои права, законные интересы своих членов и участников, а также других лиц в органах государственной власти, органах местного самоуправления и общественных объединениях; выступать с инициативами по различным вопросам общественной жизни, вносить предложения в органы государственной власти; участвовать в выборах и референдумах.

Существенную связующую и объединяющую роль в отношениях между гражданским обществом (как неполитической сферой) и государством (как политической сферой) призваны сыграть **политические партии**.

Выражая разнообразные потребности и интересы гражданского общества (индивидов, социальных групп, слоев, классов и т.д.) в политической форме (в виде опре-

деленных политических целей, идей, программ, требований, установок, проектов решений, мероприятий и т.д.), они как организованные представители общества тем самым выражают и право гражданского общества на формирование государственной власти, участие в ее осуществлении и т.д.

Выразить частные интересы и волю членов гражданского общества в политической форме означает найти их надлежащее место и значение на уровне и в контексте всеобщих интересов и общей воли всего населения, всего народа, т.е. в конечном счете выразить их в той **всеобщей правовой (и государственно-правовой) форме**, в которой вообще могут быть учтены и удовлетворены те или иные частные (индивидуальные, групповые, классовые и т.д.) интересы. Поэтому борьба различных партий за власть, как и в целом их политическая деятельность, должна вестись легально, в рамках требований Конституции и действующего законодательства, словом, в **правовой форме**.

Согласно либертарно-юридической трактовке общества, права и государства, **политика — это осуществляемые в правовой форме общественные отношения легальных субъектов по приобретению и реализации государственной власти**. Такими легальными субъектами, по действующему российскому законодательству, являются народ в целом в качестве суверена, представители государственной власти (государственные органы, должностные лица), отдельные граждане, политические партии.

Глава 7. Правовое государство: история и современность

1. История идей правового государства

Современное правовое государство — как определенная теоретическая концепция и соответствующая практика — имеет долгую и поучительную историю.

Сам термин **"правовое государство" (Rechtsstaat)** возник и утвердился в немецкой юридической литерату-

ре в первой трети XIX в. (в трудах К. Т. Велькера, Р. фон Моля и др.)¹, а в дальнейшем получил широкое распространение.

При всей своей новизне теоретические концепции правовой государственности Нового времени (разработанные в трудах Дж. Локка, Ш. Л. Монтескье, Дж. Адамса, Дж. Мэдисона, Т. Джефферсона, И. Канта, Г. В. Ф. Гегеля и др.) опирались на опыт прошлого, на достижения предшествующей социальной, политической и правовой теории и практики.

Различные аспекты влияния идей античных мыслителей (софистов, Платона, Аристотеля, Полибия, Цицерона и др.) на последующую теорию правового государства группируются вокруг тематики **правового опосредования и оформления политических отношений**. Эта тематика включает в себя прежде всего такие аспекты, как справедливость устройства полиса (античного города-государства), его власти и его законов, разумное распределение полномочий между различными органами государства, различие правильных и неправильных форм правления, определяющая роль закона в полисной жизни, в процессе взаимоотношений государства и гражданина, значение законности как критерия классификации и характеристики различных форм правления и т.д.

Уже в древности зарождается **идея необходимости соответствия действий власти требованиям справедливости**. В дальнейшем процессе углубления представлений о праве и государстве довольно рано сформировалась идея о разумности и справедливости такой политической формы общественной жизни людей, при которой право благодаря признанию и поддержке публичной власти становится общеобязательным законом, а публично-властная сила (с ее возможностями насилия и т.д.), признающая право, упорядоченная и, следовательно, ограниченная и оправданная им одновременно, — справедливой (т.е. соответствующей праву) государственной властью.

¹ См.: *Welcker K. T.* Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. Giesen, 1813. S. 25, 71 u.a.; *Mohl R.* Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. Bd. 1—2. Tübingen, 1832—1833. В англоязычной литературе этот термин не используется; в известной мере его эквивалентом является "правление права" (rule of law).

Идеи и конструкции античных авторов получили свое дальнейшее развитие в творчестве мыслителей европейского средневековья (Фомы Аквинского, Марсилия Падунского, средневековых юристов).

Средневековая политико-правовая мысль сыграла важную связующую роль между идеями античности и Нового времени, в том числе и в плане теоретической подготовки основ для последующих учений о неотчуждаемых естественных правах человека, о разделении властей, представительной системе и правовой государственности вообще.

Идеи правовой государственности в Новое время развивались в русле достижений предшествующей политико-правовой мысли и прежде всего естественноправовых представлений о свободе и правах человека, о приоритете естественного права перед позитивным правом и государством, о правовых формах и пределах осуществления государственной власти, о разграничении властных полномочий различных органов государства и т.д.

Ряд положений, существенных для теории и практики правовой государственности, был обоснован английским мыслителем **Дж. Локком** (1632—1704). В его трактовке идея господства права предстает в виде государства, в котором верховенствует гражданский закон, соответствующий вечному и всеобъемлющему закону природы. В таком государстве провозглашены постоянные (конституционные) законы, признаются неотчуждаемые естественные права и свободы индивида, осуществлено разделение властей на законодательную, исполнительную и федеративную (внешнюю исполнительную власть). Подобное государство, обеспечивающее жизнь, свободу и собственность людей, он противопоставляет деспотической власти. Государственная власть ограничена общественным благом.

Концепция разделения властей получила свою последовательную и систематическую разработку в творчестве французского юриста **Ш. Л. Монтескье** (1689—1755). Различая в каждом государстве три рода власти — законодательную, исполнительную и судебную, — он отмечает, что для предотвращения злоупотреблений властью необходим такой порядок вещей, при котором различные власти могли бы взаимно сдерживать друг

друга. “Если, — замечает он в сочинении “О духе законов”, — власть законодательная и исполнительная будут соединены в одном лице или учреждении, то свободы не будет, так как можно опасаться, что этот монарх или сенат станет создавать тиранические законы для того, чтобы также тиранически применять их. Не будет свободы и в том случае, если судебная власть не отделена от власти законодательной и исполнительной. Если она соединена с законодательной властью, то жизнь и свобода граждан окажутся во власти произвола, ибо судья будет законодателем. Если судебная власть соединена с исполнительной, то судья получает возможность стать угнетателем. Все погубило бы, если бы в одном и том же лице или учреждении, составленном из сановников, из дворян или простых людей, были соединены эти три власти: власть создавать законы, власть приводить в исполнение постановления общегосударственного характера и власть судить преступления или тяжбы частных лиц”¹.

Существенный вклад в развитие теории и практики правовой государственности внесли (под заметным влиянием идей Дж. Локка и Ш.Л. Монтескье) и такие деятели американской революции, как Т. Джефферсон, Т. Пейн, А. Гамильтон, Дж. Адамс, Дж. Мэдисон и др.

Идеи правового государства уже в конце XVIII в. нашли свое закрепление в таких официальных актах, как Декларация независимости США (1776), Конституция США 1787 г., французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г.

С глубоким философским обоснованием либеральной теории правового государства в конце XVIII в. выступил И. Кант.

Благо государства, по Канту, состоит в высшей степени согласованности государственного устройства с правовыми принципами, и стремиться к такой согласованности нас обязывает разум через категорический императив. Этот категорический императив разума в сфере права выступает в виде требования всеобщего закона, гласящего: “Поступай внешне так, чтобы свободное проявление

¹ Монтескье Ш. Л. Избранные произведения. М., 1955. С. 290—291.

твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом”¹. Смысл требований категорического императива в сфере государственности предстает у Канта как необходимость правовой организации государства с разделением властей (законодательной, исполнительной и судебной). В соответствии с наличием или отсутствием принципа разделения властей Кант различает и противопоставляет две формы правления: республику (это и есть, по существу, правовое государство) и деспотию.

Правовое государство (республика) выступает в трактовке Канта не как эмпирическая реальность, а как та идеально-теоретическая конструкция (модель), которой следует руководствоваться как требованием разума и целью наших усилий в практической организации общественной и государственно-правовой жизни.

Если у Канта правовое государство — это должностное, то у Гегеля оно — действительность, т.е. практическая реализованность разума в определенных формах обыденного существования людей. Действительность (включая и государственно-правовую действительность), по Гегелю, разумна, а разумное — действительно. Такую разумную (правовую, свободную) действительность он называет идеей права, которую не следует смешивать с идеалом.

В конкретно-историческом плане Гегель как мыслитель начала XIX в. считал, что идея свободы достигла наибольшего практического осуществления именно в конституционной монархии, основанной на принципе разделения властей (государя, правительства и законодательной власти). Надлежащее разделение властей в государстве Гегель считал “гарантией публичной свободы”². С этих позиций он резко критиковал деспотизм — “состояние беззакония, в котором особенная воля как таковая, будь то воля монарха или народа (охлократия), имеет силу закона или, вернее, действует вместо закона”³.

¹ Кант И. Соч. Т. 4. Ч. II. С. 140.

² Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 309.

³ Там же. С. 318.

Осмысление гегелевской концепции государства в контексте опыта и знаний XX в. о тоталитаризме позволяет понять враждебную и взаимоисключающую противоположность между государственностью и тоталитаризмом. В этом смысле можно уверенно сказать: **этатизм против тоталитаризма.**

Легистские (позитивистские) концепции правового государства XIX в. (К. Гербер, А. Дайси, Г. Еллинек, Р. Иеринг, Н. И. Коркунов, П. Лабанд, А. Эсмен и др.) обосновывали ту или иную конструкцию **самоограничения государства им же самим созданным позитивным правом.**

Пороки старого позитивизма в XX в. пытался преодолеть неопозитивист **Г. Кельзен.** Согласно его нормативистскому “чистому учению о праве”, “всякое государство и есть *правовое государство*”¹. При этом под “правом” имеется в виду именно позитивное право (закон). “С точки зрения последовательного правового позитивизма, — подчеркивал Кельзен, — право, как и государство, не может быть понято иначе, нежели как принудительный порядок человеческого поведения, что само по себе еще никак не характеризует его с точки зрения морали или справедливости. Тогда государство может быть понято в “юридическом смысле” не в большей и не в меньшей мере, чем само право”².

В концепциях представителей как старого, так и обновленного позитивизма речь, по существу, идет не о правовом государстве, а, скорее, о “государстве законов” или “государстве законности” (как нередко именуют их и сами авторы соответствующих конструкций). Причем этим законам и законности, как и соответствующему государству, не хватает как раз главного — объективного критерия их правомерности и правового характера, их отличия от форм произвола и несвободы.

История учений о правовой государственности — богатый арсенал идей и концепций, без знания которых, учета их сильных и слабых сторон, достоинств и недостатков невозможна сколько-нибудь серьезная теоретическая разработка проблем современного правового государства.

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 146.

² Там же. С. 153—154.

Согласно либертарно-юридическому пониманию государства как правового явления и института, **любое государство — это правовое государство** в том смысле, что всякое государство (в отличие от деспотизма, деспотического типа и формы правления) представляет собой правовую организацию публично-политической власти свободных (т.е. одновременно правосубъектных и государстvosубъектных) индивидов. Именно поэтому всякое государство (независимо от типа и степени его социально-исторической развитости) — это необходимая форма выражения, бытия и осуществления свободы людей.

Тем самым эта либертарно-юридическая трактовка любого государства как правового государства принципиально отличается от словесно одинаково звучащей кельзеновской характеристики, поскольку под “правом” в нашей трактовке имеется в виду не любое произвольное установление (приказ) официальной власти (как у Кельзена и других легистов), а право в его различении и соотношении с законом (позитивным правом), право как отрицание произвола, как принцип формального равенства в его нормативной (правовой закон) и институционально-властной (правовое государство) конкретизации и выражении.

Правовое же государство в его современном общераспространенном смысле — это, как мы уже неоднократно отмечали, **специальная государственно-правовая конструкция новейшего времени**, особая (соответствующая условиям и потребностям гражданского общества) модель реализации идеи господства права в публично-политической сфере, специальная, новая форма (и новый тип) развитой правовой организации публично-политической власти свободных индивидов как официально признанных субъектов прирожденных и неотчуждаемых (естественных) прав человека и одновременно субъектов прав и свобод гражданина.

Отличительными свойствами такого правового государства как специальной государственно-правовой конструкции и нового типа государства являются следующие компоненты: гуманитарно-правовой (официально закрепленные прирожденные и неотчуждаемые права и свободы

человека); нормативно-правовой (верховенство правового закона) и институционально-правовой (или организационно-правовой — разделение властей на законодательную, исполнительную и судебную).

Подобная специальная государственно-правовая конструкция (т.е. современное правовое государство) предполагает современный уровень в прогрессе свободы людей и соответствующую степень развитости гражданского общества, права и государства.

2. Правовое государство в постсоветской России

Идеи и ценности правовой государственности стали одним из главных ориентиров для всего процесса постсоциалистических преобразований.

В Конституции Российской Федерации 1993 г. нашли свое признание и нормативное закрепление все **три основных компонента (аспекта, характеристики и свойства) современной правовой государственности**: гуманитарно-правовой (права и свободы человека и гражданина); нормативно-правовой (господство правового закона) и институционально-правовой (система разделения и взаимодействия властей).

Согласно Конституции (ч. 1 ст. 1), Российская Федерация — Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления. Кроме того, Конституция определяет Российскую Федерацию как “социальное государство” (ч. 1 ст. 7) и как “светское государство” (ч. 1 ст. 14).

Носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации по Конституции (ч. 1 ст. 3) является ее многонациональный народ. Суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию, а сама российская Конституция и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации (ст. 4).

В качестве основ конституционного строя Конституция (в гл. 1) закрепляет и целый ряд других принципиальных положений, определяющих новизну общественного и государственно-правового устройства постсоветской России.

Для утверждения начал правовой государственности определяющее значение здесь имеют прежде всего положения Конституции о высшей ценности человека, его прав и свобод (ст. 2), о разделении властей (ст. 10), о прямом действии Конституции и конституционно-правовых характеристиках источников действующего права (ст. 15).

Основы формирования в стране гражданского общества закреплены в конституционных нормах о признании и защите в Российской Федерации равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (в том числе на землю и другие природные ресурсы), о едином экономическом пространстве, поддержке конкуренции, свободе экономической деятельности и т.д. (ст. 8, 9).

Основные федеративные черты и свойства российской правовой государственности выражены в конституционных положениях о равноправии субъектов Российской Федерации, равноправии и самоопределении народов в Российской Федерации, о едином гражданстве Российской Федерации, ее государственной целостности и единстве системы государственной власти, о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Федерации и ее субъектов (ст. 5, 6, 11).

Идеологические и политические характеристики конституционного строя включают в себя признание идеологического и политического многообразия, многопартийности, равенства общественных объединений перед законом (ст. 13).

Новая Конституция Российской Федерации в своей регламентации основных положений постсоветского строя опирается на **естественноправовые идеи о прирожденных и неотчуждаемых правах и свободах человека**.

В качестве одной из основ нового конституционного строя Конституция (ст. 2) провозглашает: “Человек, его права и свободы являются высшей ценностью”. При этом Конституция исходит из прирожденного и неотчуждаемого (естественного) характера основных прав и свобод человека. В духе этих естественноправовых идей в Конституции (ч. 2 ст. 17) утверждается: “Основные права и сво-

боды человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения”.

Конституция (гл. 2) предусматривает широкий круг личных, политических, экономических, социальных и культурных прав и свобод человека и гражданина, соответствующий современным международным стандартам и высокому уровню конституционных требований в этой сфере в развитых либерально-демократических странах.

Закрепленные в Конституции права, свободы и обязанности человека и гражданина в своей совокупности образуют конституционно-правовой статус индивида.

Под **правами и свободами человека** Конституция, по существу, имеет в виду прирожденные и неотчуждаемые права и свободы каждого индивида — как гражданина Российской Федерации, так и гражданина другого государства и лица без гражданства, т.е., пользуясь традиционной терминологией, естественные права человека.

В конституционных положениях о правах и свободах человека наряду со словом “человек” в качестве его синонима используются также слова “каждый”, “все”, “лицо”, “никто” (в общеотрицательном смысле). Например: “Каждый вправе определять и указывать свою национальную принадлежность. Никто не может быть принужден к определению и указанию своей национальной принадлежности” (ч. 1 ст. 26); “Все равны перед законом и судом” (ч. 1 ст. 19); “Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц...” (ст. 25).

Под **правами гражданина** в Конституции имеются в виду соответствующие права гражданина Российской Федерации. Например: “Граждане и их объединения вправе иметь в частной собственности землю” (ч. 1 ст. 36).

В основе дифференциации прав индивида на права человека и права гражданина, впервые официально закрепленной во французской Декларации прав человека и гражданина (1789 г.), лежит различие гражданского общества и государства и соответственно различие прав индивида как члена гражданского общества (правосубъектности человека как человека, как частного лица) и как члена публично-политического сообщества, государ-

ства (правосубъектность индивида как публично-политического лица, как гражданина).

Конституционно-правовой статус индивида представляет собой определенную систему, включающую в себя в качестве своих структурных частей следующие группы однородных (по сфере и предмету регуляции) прав индивида: личные (индивидуально-человеческие) права, политические права, экономические права, социальные права, культурные права.

Личные (индивидуально-человеческие) права и свободы — это права и свободы, признающие и защищающие человека как отдельное природное и духовное существо, как свободную личность. К таким личным правам и свободам, по Конституции, относятся такие прирожденные и неотчуждаемые права человека, как право на жизнь (ч. 1 ст. 20); охраняемое государством достоинство личности (ч. 1 ст. 21) и др.

Гражданские политические права и свободы — это права и свободы индивида как гражданина на участие в политической жизни и осуществлении государственной власти. К этим правам, по Конституции, относятся право сохранять свое гражданство или изменить его (ч. 3 ст. 6); право на объединение (ч. 1 ст. 30), включающее в себя (по смыслу положения ч. 3 ст. 13 Конституции о многопартийности) и право на политическое объединение и т.д.

Экономические права — это права индивида (человека и гражданина) как независимого субъекта экономических (товарно-денежных, производственных, рыночных) отношений. К экономическим правам, по Конституции, относятся: право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34); право частной собственности и др.

Социальные права — это права человека по обеспечению и защите его потребностей и интересов в различных сферах социальной жизни людей. В Конституции закреплены следующие социальные права: право каждого на труд в условиях, отвечающих требованиям безо-

пасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда, а также право на защиту от безработицы (ч. 3 ст. 37); право каждого на социальное обеспечение (ст. 39); право каждого на жилище (ст. 40); право каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь (ст. 41); право каждого на благоприятную окружающую среду (ст. 42) и др.

Конституция (ст. 7) характеризует Российскую Федерацию как социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

Культурные права и свободы — это права и свободы человека в сфере творческой деятельности, участия в культурной жизни и пользования ее благами. К этим правам и свободам, по Конституции, относятся: свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания (ч. 1 ст. 44); право каждого на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, на доступ к культурным ценностям (ч. 2 ст. 44).

Важной составной частью конституционно-правового статуса индивида являются его **конституционные обязанности**. К числу таких обязанностей Конституция относит: обязанность соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы (ч. 2 ст. 15); обязанность платить законно установленные налоги и сборы (ст. 57); обязанность сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58); обязанность гражданина защищать Отечество (ч. 1 ст. 59) и др.

В Конституции Российской Федерации предусмотрены необходимые гарантии защиты прав и свобод человека и гражданина.

Государство, по Конституции (ст. 19), гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

Конституция запрещает любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности.

Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации.

Конституция (ст. 46) гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод.

• Ряд статей Конституции (ст. 47—54) посвящен уголовно-правовым и процессуальным гарантиям прав и свобод человека и гражданина. При этом Конституция гарантирует право каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено. Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения. Существенное значение имеет закрепление в Конституции (ч. 1 ст. 49) принципа презумпции невиновности.

Гарантом Конституции Российской Федерации, прав и свобод человека и гражданина является, по Конституции (ч. 2 ст. 80), **Президент Российской Федерации**.

Осуществлением мер по обеспечению прав и свобод граждан, по Конституции (ч. 1 ст. 114), должно заниматься **Правительство Российской Федерации**.

Важную роль в деле защиты прав и свобод человека и гражданина и их соблюдения на практике призван сыграть **Уполномоченный по правам человека**, назначаемый Государственной Думой (ч. 1 ст. 103).

Конституция (ч. 4 ст. 125) предусматривает, что **Конституционный Суд Российской Федерации** по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

Существенную роль в деле защиты прав и свобод человека и гражданина играют **суды общей юрисдикции**.

Важное значение имеют и **международно-правовые формы защиты прав и свобод человека**.

Положения Конституции о правах и свободах человека по логике и смыслу естественноправового типа правопонимания имеют **двойное значение**: эти положения значимы не только в плане проблем индивидуальной правоспособности и правосубъектности, но в качестве исходных правовых начал имеют одновременно и всеобщее регулятивное значение и выступают как общеобязательный правовой стандарт и конституционное требование к правовому качеству официальных нормативных актов, к организации и деятельности всех ветвей государственной власти и должностных лиц. Существенное положение об этом содержится в ст. 18, согласно которой права и свободы человека и гражданина «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечивают правосудие». Если данная статья в позитивной форме содержит **требование правового закона**, правового характера (соответствия праву) деятельности всех ветвей государственной власти и органов местного самоуправления, то в другой статье Конституции (ч. 2 ст. 55) содержится прямой **запрет антиправового (правонарушающего) закона**: «В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина». Важная в этом плане норма содержится и в ч. 3 ст. 15 Конституции: «Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения».

Присущая новой российской Конституции концепция правопонимания включает в себя в целом и правовое понимание государства и, соответственно, правовую организацию государственной власти. В институционально-правовом плане это нашло свое выражение в **конституционном закреплении определенной системы разделения властей** в рамках общей концепции российской правовой государственности.

Сам принцип разделения властей сформулирован в Конституции (ст. 10) следующим образом: «Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны».

Дальнейшая конкретизация этих общих положений о разделении властей дана в соответствующих главах Конституции, определяющих статус и полномочия Президента Российской Федерации (гл. 4), Федерального Собрания (гл. 5), Правительства Российской Федерации (гл. 6), судебной власти (гл. 7).

Конституция наделяет Президента весьма широким кругом прав, который, по существу, охватывает все сферы и направления организации и осуществления в стране государственной власти.

Президент Российской Федерации является главой государства и гарантом Конституции. В соответствии с Конституцией и федеральными законами он «определяет основные направления внутренней и внешней политики государства» (ч. 3 ст. 80), «обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти» (ч. 2 ст. 80). «Исполнительную власть Российской Федерации осуществляет Правительство Российской Федерации» (ч. 1 ст. 110).

Из содержания и характера конституционной регламентации полномочий Президента и Правительства можно сделать вывод о том, что президентская власть, помимо исключительных прав Президента, включает в себя, по существу, и весь комплекс решающих полномочий исполнительной власти.

Представительным и законодательным органом Российской Федерации, по Конституции (ст. 94), является Федеральное Собрание, состоящее из двух палат — Совета Федерации и Государственной Думы.

В Конституции (ст. 118) закреплено положение о том, что «правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом». Согласно Конституции (ч. 1 ст. 120), «судьи независимы и подчиняются только Конституции и федеральному закону». Судебная власть осуществляется по-

средством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Создание чрезвычайных судов не допускается. Конституция (ст. 120—122) закрепляет принципы независимости, несменяемости и неприкосновенности судей.

Судопроизводство, согласно Конституции (ст. 123), осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон. В случаях, предусмотренных федеральным законом, судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей.

Конституция (ст. 125—128) определяет основные полномочия и новый порядок формирования Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

Важным шагом в развитии судебной реформы стало принятие Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ “О судебной системе Российской Федерации”.

В целом, однако, судебная реформа осуществляется медленно и непоследовательно, в условиях мощного сопротивления со стороны разного рода консервативных сил и бюрократических структур.

В складывающихся условиях чрезвычайно важно, чтобы так трудно обретаемая независимость суда и судей от прежнего партийно-административного диктата и контроля не обернулась дурной “независимостью” от всего и вся, сословной “свободой” для себя, кастовой автаркией судебной власти, ее превращением в непрозрачное и бесконтрольное “государство в государстве”. Иначе наше общество, столь долго ждущее независимого суда, окажется в феодальной зависимости от него.

В современных условиях судебная власть может и должна утверждаться и развиваться лишь в русле нового конституционного правопонимания, на основе и в границах строгого и последовательного соблюдения принципа разделения властей и требований конституционно-правовой законности. При этом необходимо подчеркнуть, что **судебная практика — не “источник права”** (в смысле судебного правотворчества), а реальность

действия, применения и защиты права¹. Это важно как само по себе, так и для совершенствования и развития права. Судебная практика, не будучи правотворчеством, является одним из важных источников для правотворчества. Но последнее относится к полномочиям других властей.

Суд не законодательствует и не управляет. Он применяет право. Судейское же правотворчество — это опасный симбиоз судьи и законодателя в одном лице. Против подобных опасностей как раз и направлен принцип разделения властей в правовом государстве.

Конституционная модель российского правового государства в полном объеме все еще не осуществлена на практике. Поэтому первоочередной задачей (и для законотворческой практики, и для юридической теории) является доведение до конца процесса формирования всех конституционных институтов, конструкций и процедур, принятие всех предусмотренных Конституцией федеральных конституционных и федеральных законов, словом, довершение конституционной модели российской государственно-правовой системы (в ее статике и динамике) на всех уровнях (общефедеральном, на уровне субъектов Федерации и на местном уровне).

Параллельно с претворением в жизнь конституционной модели российского правового государства должна вестись систематическая работа (практическая и научно-юридическая) в плане преодоления внутренних недостатков самой этой модели.

Речь прежде всего идет о таких недостатках, как несбалансированное разделение властей, отсутствие надлежащей эффективно действующей системы сдержек и противовесов во взаимоотношениях различных властей, противоречия и неопределенности в конструкции исполнительной ветви власти и в ее взаимоотношениях с представительной властью (раздвоение исполнительной власти на президентскую и правительственную, усугубленное независимостью правительства от парламента), чрезмерная асимметрия в федеративном устройстве единой российской государственности, отсутствие необходимой ясности в

¹ См.: Нерсисянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 43—41.

распределении полномочий между Федерацией в целом и ее субъектами, отсутствие четкой иерархии источников действующего в стране права, неопределенность статуса прокуратуры (она упомянута в главе о судебной власти, хотя должна быть отнесена к исполнительной власти), внутренняя противоречивость негосударственной концепции местного самоуправления с фактическим наделением его государственно-правовыми полномочиями, чрезмерная жесткость (и практическая нереализуемость даже в интересах сохранения самой Конституции) порядка принятия конституционных поправок и т.д.

В целом в плане совершенствования и реализации конституционной модели российской правовой государственности — с учетом российского опыта и нынешнего трудного пути к конституционализму и правовой демократии — наиболее острой и сложной остается проблема разумного сочетания исполнительной (т.е., по существу, президентской) власти с надлежащей представительной властью, полномочия которой соответствовали бы смыслу, идеям и требованиям разделения властей и правовой государственности.

Глава 8. Перспективы постсоциалистического развития общества, права и государства: концепция цивилизма

1. Проблема выбора постсоциалистического пути развития

Мы все сегодня, на Востоке и на Западе, — современники больших изменений во всемирной истории. Прежний миропорядок и само направление всемирно-исторического развития определялись в XX в. антагонизмом между капитализмом и социализмом, борьбой между коммунистической и буржуазной идеологиями. С радикальным изменением одного из этих полюсов неизбежны существенные трансформации и на другом полюсе, а вместе с тем и во всем мире. Глобальное значение в этой связи приобретает проблема постсоциализма. Здесь мы имеем дело с диалектикой всемирной истории. И логику движе-

ния от социализма к постсоциализму можно адекватно уяснить лишь в контексте всемирно-исторического прогресса свободы и права.

Сова Минервы, говорил Гегель, начинает свой полет в сумерки — во времена, когда на смену старому строю идет новый. В конкретно-историческом плане для Гегеля речь шла о преодолении “старого режима” и победе нового строя, основанного на частной собственности и признании формально-правового равенства всех, т.е. о переходе от феодализма к капитализму. Для него всемирная история как прогресс свободы, по существу, кончается этим (капиталистическим) строем, поскольку, согласно его концепции, уже невозможно ничего принципиально нового в развитии и формообразованиях свободы (сверх свободной частной собственности, всеобщего формально-правового равенства и соответствующих им гражданско-общества и правовой организации государства).

В условиях современного краха социализма идея конца истории (в русле гегелевской ее трактовки) получила как бы практическое подтверждение и вместе с тем новое дыхание¹.

Примечательно, что и, согласно марксизму, присущие капитализму формы свободы (формальное равенство и свобода индивидов, частная собственность, гражданское общество и правовое государство) — последняя ступень в историческом прогрессе права (а именно буржуазного права как наиболее развитого и исторически последнего типа права, согласно марксизму): после капитализма (т.е. при коммунизме) право и государство “отмирают”, частная (любая индивидуализированная) собственность на средства производства, “буржуазный индивидуализм” и т.д. отрицаются.

И Гегель, и Маркс — при всем радикальном различии их позиций — одинаково отрицали дальнейший

¹ Этим обусловлено и широкое распространение статьи Ф. Фукуямы, который (со ссылкой на Гегеля и неогегельянца А. Кожева) дает гегельянское “добро” нынешнему процессу капитализации социализма и в целом капиталистическому (в духе, как говорят, современного западного либерального, рыночного и т.д. строя) концу мировой истории и человеческой цивилизации. — См.: Фукуяма Ф. Конец истории? // Вопросы философии. 1990. № 3. С. 134—148.

прогресс права, саму возможность послебуржуазного типа права, т.е. возможность развития правовой формы свободы, появления более содержательной формы права, новой формы права, выражающей большую меру свободы индивидов, более высокую ее ступень. Поскольку для Гегеля прогресс свободы в социальной истории в принципе возможен лишь в правовой форме, лишь как прогресс права (и государства как правового института), он и связывал конец истории с уже достигнутым (буржуазным) типом права. По Марксу, напротив, прогресс свободы продолжится в неправовой (и в безгосударственной) форме, и настоящая свобода начнется после капитализма, с преодолением буржуазного права и государства. И вполне последовательно Маркс (и вслед за ним Энгельс и Ленин) ни о каком послебуржуазном праве (о "пролетарском праве" или о "социалистическом праве") не говорил, допуская лишь на первой фазе коммунизма (т.е. при социализме) так называемое "буржуазное право" (буржуазное "равное право") для осуществления равной потребительской оплаты за равный труд¹.

Главная проблема постсоциализма связана с тем или иным ответом на вопрос о том, куда и как можно идти дальше от социалистического принципа отсутствия "экономического неравенства" — назад, к восстановлению "экономического неравенства" (т.е. частной собственности, буржуазного права и т.д.) или вперед, к новому, большему равенству в экономике, праве и т.д.

Сложность нашего пути к настоящей собственности (а вместе с тем к праву, свободе и т.д.), состоит в том, что от обезличенной социалистической собственности "всех вместе" необходимо перейти к индивидуализированной

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 19. С. 18—19; Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 94—99. Термин "пролетарское право" получил широкое распространение вскоре после революции (в работах П. И. Стучки, Д. И. Курского, Н. В. Крыленко и др.). Термин же "социалистическое право" появился в литературе (в статье Е. Б. Пашуканиса) в середине 30-х годов. См.: Пашуканис Е. Государство и право при социализме // Советское государство. 1936. № 3. С. 4.

собственности, но вместе с тем это не может быть возвратом к частной собственности.

В силу буржуазности и частнособственнической основы всякого до сих пор известного права получается, казалось бы, совершенно тупиковая и неразрешимая ситуация: с одной стороны, жизненно необходимо от неправового, тоталитарного социализма перейти к правовому строю, но, с другой стороны, всякое движение в направлении к праву может вести лишь к буржуазному праву и, следовательно, к частнособственническим отношениям, словом — к капитализму. На этом тупиковом пути к праву (и всему остальному, что связано с правом и невозможно в условиях бесправия) оказались и мероприятия по преобразованию социализма в капитализм. Здесь, кстати говоря, коренятся глубинные причины неудач многолетних попыток осуществить их.

Избранный курс преобразований (на путях "разгосударствления" и приватизации бывшей социалистической собственности) ведет пока что не к капитализму, а к весьма неразвитым, докапиталистическим (добуржуазным) социальным, экономическим, политическим и правовым формам и отношениям.

Глубинные причины, в силу которых мы в результате проводимых прокапиталистических реформ неизбежно оказываемся в **докапиталистической (можно сказать, неофеодальной) ситуации**, кроются в природе складывающихся у нас общественных и политических отношений, в типе собственности и права. Эта типология predeterminedena **постсоциалистическим огосударствлением собственности**, т.е. созданием такой собственности, которая еще не свободна от государственной власти, и такой государственной власти, которая еще не свободна от собственности. В социально-историческом измерении подобная ситуация характерна для феодальной стадии, когда экономические и политические явления и отношения в силу их неразвитости еще не отделились друг от друга и не образовали две различные сферы относительно независимого, самостоятельного бытия. Такой симбиоз власти и собственности, политики и экономики означает, что общественно-политическое целое еще не созрело до

дифференциации на гражданское общество и правовое государство.

Феодальная природа исходного начала “власть-собственность” по-феодальному деформирует и власть, и собственность, и отношения между ними.

Подобная отягощенность формирующейся государственности (на всех уровнях — общегосударственном, региональном, местном) собственностью развязывает мощную и долгосрочную центробежную тенденцию к самостоятельности и феодальному дроблению страны. Утверждению единого государственного суверенитета в России препятствует именно государственная собственность в руках Федерации в целом и ее субъектов. Государство-собственник мешает государству-власти утвердиться в качестве суверенной организации, поскольку суверенитет по своей природе — это организация власти, а не собственности. И в этом можно увидеть своеобразную расплату за неправомерное огосударствление общественного достояния (бывшей социалистической собственности) и ее приватизацию в пользу узкого слоя общества за счет всех остальных граждан, имеющих равное право на одинаковую долю от социалистического наследства, т.е. равное право на гражданскую собственность. Вместо того чтобы наконец-то стать общим делом народа, посттоталитарное государство из-за деформирующей его собственности оказывается во многом частным делом федеральной и региональной бюрократии, новых политико-экономических элит в центре и на местах.

Но если невозможно просто вернуться к буржуазному праву и частной собственности, то к какому же тогда праву и к какой собственности вообще можно идти от социализма?

Этот вопрос можно сформулировать и по-другому. Возможно ли такое право, которое признавало бы принцип всеобщего формального равенства (т.е. необходимый принцип всякого права, права вообще) и вместе с тем не было бы буржуазным правом? С данным вопросом неразрывно связан и другой вопрос: возможна ли такая индивидуализированная собственность на средства производства, которая вместе с тем не была бы частной собственностью?

Положительные ответы на эти вопросы означали бы преодоление представлений о капитализме как “конце истории”, принципиальную возможность (при наличии соответствующих объективных условий) послебуржуазного прогресса свободы, права, государства, собственности и т.д. и вместе с тем небуржуазные ориентиры и перспективы для постсоциалистического строя.

2. Гражданская собственность, гражданское право, цивилизм

Природа коммунизма (и коммунистического отрицания капитализма) как идеи и как практики (в виде реального социализма XX в.) такова, что его действительно (социально-исторически) можно преодолеть и оставить в прошлом лишь адекватным экономико-правовым удовлетворением коммунистических требований в их рационализированном виде, согласуемом с опорными ценностями, институтами, формами и нормами цивилизации. Речь, следовательно, идет о правовой форме удовлетворения требований и вместе с тем преодоления коммунизма, о правовом способе перехода от неправового социализма к постсоциалистическому правовому строю. Суть и новизна правового подхода здесь в том, что всеобщий принцип правового равенства должен быть последовательно применен прежде всего в отношении социалистической собственности, в процессе преобразования этого основного итога социализма в настоящую индивидуализированную собственность на средства производства. Отрицание необходимо преобразовать в утверждение с учетом итогов истории, на более высоком уровне.

С позиций права все граждане — наследники социалистической собственности в равной мере и с равным правом. И за каждым гражданином должно быть признано право на равную для всех граждан долю во всей де-социализируемой собственности. Социалистическая собственность тем самым должна быть преобразована в индивидуализированную гражданскую собственность, и каждый гражданин станет обладателем реального субъективного права на равный для всех минимум собственности.

Помимо и сверх этого нового права каждый будет иметь право на любую другую собственность — без ограничительного максимума.

Новый, постсоциалистический строй с такой гражданской (цивильной, цивилитарной) собственностью мы в отличие от капитализма и социализма называем цивилизмом, цивилитарным строем (от латинского слова *civis* — гражданин)¹.

Переход от социалистической собственности к гражданской собственности, например, применительно к Российской Федерации можно выразить в следующей **юридико-нормативной (или, точнее говоря, юридико-нормографической) форме**.

Вся бывшая социалистическая собственность в Российской Федерации бесплатно индивидуализируется в пользу всех граждан по принципу равного права каждого гражданина на гражданскую собственность — одинаковую долю от всей преобразуемой социалистической собственности. Все объекты бывшей социалистической собственности становятся объектами права общей собственности всех граждан как равных собственников, владельцев равных индивидуализированных долей собственности в рамках данной общей собственности. Гражданская собственность у всех без исключения граждан одинакова. Арифметический размер доли каждого гражданина-сособственника в общей собственности всех граждан с учетом числа граждан Российской Федерации, тенденций в динамике народонаселения и необходимости резервного фонда гражданской собственности устанавливается (например,

¹ Подробнее см.: *Нерсисянц В. С.* Закономерности становления и развития социалистической собственности // Вестник АН СССР. 1989. № 9. *Он же.* Концепция гражданской собственности // Советское государство и право. 1989. № 10. *Он же.* Прогресс равенства и будущность социализма // Вопросы философии. 1990. № 3. *Он же.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992. *Он же.* Продолжение истории: от социализма — к цивилизму // Вопросы философии. 1993. № 4. *Он же.* Право — математика свободы. М., 1996. *Он же.* Философия права. М., 1997. *Он же.* Национальная идея России во всемирно-историческом прогрессе равенства, свободы и справедливости. Манифест о цивилизме. М., 2000.

в пределах 5-летнего срока) в виде 1/160 000 000 доли общей собственности всех граждан. Юридический статус и титул каждого гражданина в качестве субъекта гражданской собственности официально удостоверяется надлежащим правовым документом о праве собственности. **Право на гражданскую собственность носит личный, прижизненный и неотчуждаемый характер.** Ни один гражданин не может быть лишен права на гражданскую собственность. Гражданская собственность отдельных граждан не подлежит изъятию из общей собственности всех граждан. Право на гражданскую собственность не может быть полностью или частично передано другому лицу. Для каждого гражданина открывается личный счет гражданской собственности, на который в централизованном порядке поступает равная для всех доля от всех доходов, получаемых от общей собственности всех граждан в результате всех форм рыночно-хозяйственного использования объектов этой собственности.

За государством признается лишь право на налоги, но не на доходы от объектов десоциализируемой собственности. Полное отделение государства от бывшей социалистической собственности является необходимым условием для окончательного раскрепощения населения, для формирования свободных собственников и свободного рынка, настоящих экономических и правовых отношений, независимого от политической власти гражданского общества и формирования на такой основе правовой государственности. **Обществу с гражданской собственностью нужно и соответствующее его сути, целям и интересам государство.** И не общество должно принаровляться к государству, а государство — к обществу и потребностям его членов.

Поскольку арифметический размер доли каждого гражданина в общей собственности зависит от общего числа всех граждан, то применительно к Российской Федерации на сегодня этот размер равняется около 1/150 000 000 доли общей собственности. Завышение числа граждан на 10 млн. продиктовано задачами обеспечения стабильности этой доли (скажем, в течение 5 лет) и формирования необходимого резервного фонда. Но, разумеется, размер доли можно определить и на более короткие сроки (допустим, на 1 год), в этом случае величина доли будет, конечно, больше, а резервный фонд — меньше.

Юридически говоря, гражданская собственность — это **идеальная доля** каждого собственника в общей собственности всех граждан. Каково действительное содержание такой идеальной доли, покажет лишь рынок — по мере вовлечения объектов этой общей собственности в товарно-денежные отношения. Фактически владелец гражданской собственности будет получать лишь соответствующую его идеальной доле часть денежных доходов от объектов общей собственности. Эти денежные поступления на специальные счета каждого юридически можно обозначить как **реальную долю** владельца гражданской собственности, которой он может распоряжаться по своему усмотрению. Сама же гражданская собственность в виде идеальной доли по природе своей не может быть изъята из общей собственности и не может быть предметом какой-либо сделки. Она носит персонально определенный, неотчуждаемый характер и принадлежит гражданину от рождения до смерти. Будущие новые граждане (из числа тех, кто родится или получит гражданство по иным основаниям), как и все прежние граждане, будут иметь одинаковое право на равную гражданскую собственность.

Равенство в собственности ограничено пределами ранее социализированных средств производства и возможно лишь как право на равную гражданскую собственность. В концепции равной гражданской собственности речь, таким образом, идет именно о **признании и закреплении права каждого на равную долю в десоциализируемой собственности, а вовсе не о вульгарном физическом делении поровну между гражданами самих объектов социалистической собственности**, что, помимо всего прочего, в принципе невозможно, поскольку равенство вообще (в том числе и в отношениях собственности) возможно лишь в правовой форме.

В принципе после признания гражданской собственности к платной приватизации могут быть допущены все объекты общей собственности граждан (включая и землю), за исключением объектов общенационального значения. При этом определенная часть некоторых из допущенных к обороту объектов (например, часть земли, полезных ископаемых и т.д.) должна оставаться в общей собственнос-

ти граждан, т.е. не продаваться, а, скажем, сдаваться в аренду и т.д. Иначе говоря, **в общей собственности всех граждан должна оставаться определенная часть наиболее ценных объектов, необходимая и достаточная для экономически эффективного и результативного функционирования исходной конструкции гражданской собственности.**

Сверх минимума гражданской собственности допускаются и все другие виды собственности, так что физические и юридические лица могут в меру своих возможностей и без всякого ограничения приобретать по правилам рынка себе в собственность любой из объектов, находящихся в товарно-денежном обороте.

Все эти виды собственности, допускаемые сверх гражданской собственности, можно было бы для простоты назвать “частной собственностью” (индивидуальной, групповой и т.д.), но в строгом социально-экономическом смысле это не частная собственность, точно так же, как и “приватизация” после признания гражданской собственности принципиально отличается от нынешней приватизации (т.е. создания частной собственности), которая проводится до и без признания гражданской собственности. Дело в том, что частная собственность (от античной до наиболее развитой, буржуазной) предполагает наличие несобственников, деление общества на собственников и несобственников. **Наделение всех гражданской собственностью радикально меняет все отношения собственности и сам тип общественного строя:** одно дело — антагонизм между собственниками и несобственниками, и совсем другое дело — отношения между владельцами большей и меньшей собственности в условиях неотчуждаемого права каждого на минимум собственности.

Право на гражданскую собственность — это не просто обычное формальное право, абстрактная правоспособность индивида (в духе буржуазного права) иметь (или не иметь) собственность на средства производства, а уже **приобретенное, наличное и неотчуждаемое субъективное право на реальную собственность.**

Таким образом, **цивилитарное право** — это новое, **послебуржуазное и постсоциалистическое правообразование.** Оно сохраняет принцип любого (в том числе и бур-

жуазного) права, т.е. принцип формального равенства, и вместе с тем содержательно дополняет и обогащает его **качественно новым моментом — равным правом каждого на одинаковый для всех минимум собственности.**

Подобно тому, как гражданская собственность — это настоящая, юридически индивидуализированная собственность на средства производства, но уже не буржуазная частная собственность, так и право на гражданскую собственность — настоящее право, но уже не буржуазное право. **Цивилитарное право, таким образом, по своему содержанию и уровню развитости стоит выше предшествующих типов права и, следовательно, в правовой форме воплощает бoльшую меру свободы людей и выражает более высокую ступень в историческом прогрессе свободы в человеческих отношениях.**

Можно допустить, что и видимый дальнейший прогресс свободы будет осуществляться по **цивилитарной модели** обогащения и дополнения опорного принципа формально-правового равенства новыми неотчуждаемыми субъективными правами.

3. Место цивилизма в историческом прогрессе свободы и права

В контексте объективно-исторической возможности перехода от социализма к цивилизму все остальные варианты преобразования реально сложившегося социализма неизбежно предстают как отклонения от вектора исторического прогресса и в этом смысле как исторически регрессивные, как обесмысливание исторических усилий прошлого, неспособность воспользоваться их результатами и, оставаясь на острие истории, продолжать ее дальше, словом, как выход из истории на пенсию и отдых.

Концепция цивилизма показывает, что социализм — не историческая ошибка и не впустую затраченное время, что беспрецедентные жертвы нескольких поколений наших предшественников и соотечественников не пропали даром, что при социализме впервые созданы предпосылки (в виде социалистической собственности) для перехода к более высокой, более справедливой, более гуманной ступени развития общечеловеческой цивилизации.

Идея гражданской собственности — главный вывод из всего предшествующего социализма. Коммунистическое требование “фактического равенства” отвергает ценности и достижения общецивилизационного процесса. Гражданская собственность — это исторически подготовленная форма удовлетворения и вместе с тем одновременно преодоления этих разрушительных требований в категориях самой цивилизации, т.е. в форме права собственности. Цивилизация при этом развивается благодаря тому, что она обогащается **новым формообразованием свободы — неотчуждаемым правом каждого на гражданскую собственность.**

Концепция цивилизма обладает регулятивным потенциалом и для капитализма. Это регулятивно-ориентирующее значение идеи цивилизма (в качестве **нового категорического императива**¹) можно в общем виде сформулировать так: от капитализма к цивилизму, минуя социализм. Более конкретно это означает: **каждому — неотчуждаемое право на гражданскую (цивилитарную) собственность.**

Концепция постсоциалистического цивилизма уже содержит адекватный **правовой ответ коммунистическим требованиям масс.** Этим ответом может (и объективно будет вынуждено) воспользоваться и капиталистическое общество, чтобы избежать мук реального социализма. Но для этого сложившихся социальных услуг бедным и так называемого “шведского социализма” в пользу несобственников окажется мало: необходимо будет каждого наделить неотчуждаемым правом на достаточный минимум собственности на средства производства, т.е. на персонально определенную равную долю в рамках общей собственности всех. Понятно, что размер этого минимума и самой общей собственности всех граждан будет зависеть от соотношения сил, претензий и интересов в соот-

¹ У Канта, чье понятие мы здесь используем, отсутствует, разумеется, идея равной гражданской собственности, появление которой исторически и логически возможно лишь после социализма. Это, кстати говоря, очень хорошо демонстрирует апостериоризм реального содержания максим его категорического императива, ограниченного социально-историческими границами буржуазного права и частной собственности.

ветствующем обществе, степени его богатства, уровня жизни населения и целого ряда иных факторов, которые в своей совокупности определяют конкретное содержание соответствующего **“общественного договора” о гражданской собственности**.

При всех различиях между ними **постсоциалистический цивилизм и посткапиталистический цивилизм обладают принципиальным единством и типологической общностью благодаря их единой основе — неотчуждаемому праву каждого на гражданскую собственность**. Лишь на такой принципиально новой основе может быть преодолен и снят антагонизм между коммунизмом и капитализмом. Коммунизм и капитализм могут встретиться и примириться лишь на базе цивилизма, т.е. на почве и в условиях будущего принципиально нового строя. Концепция цивилизма тем самым демонстрирует **ошибочность и иллюзорность представлений о конвергенции между капитализмом и социализмом**. Речь на самом деле должна идти не о конвергенции капитализма и социализма, а о **преодолении и социализма, и капитализма, о переходе и от социализма, и от капитализма к цивилизму**.

Социализм как переходный строй между капитализмом и цивилизмом — такова диалектика всемирной истории и тот всемирно-исторический контекст, в рамках которого только и можно адекватно уяснить координаты российской истории XX в., понять, откуда и куда мы идем, какая будущность нас ждет, каковы предпосылки и условия нашего перехода к праву, к экономически, юридически и морально свободной личности, гражданскому обществу, товарно-рыночным отношениям, правовому государству, каково, наконец, отклонение нашего реального движения от наших объективных возможностей идти к цивилизму.

Как идейно-теоретический итог российского опыта XX в. цивилизм (в своей непосредственной причастности к судьбам России и российской истории) является современным выражением (в общезначимых для цивилизации категориях всемирно-исторического прогресса свободы и права) того, что традиционно именуется **русской национальной идеей**.

В концепции постсоциалистического цивилизма прошлое и будущее России приобретают взаимосвязанный и

осмысленный характер как ступени единого, прогрессивно развивающегося исторического процесса. Только благодаря этому можно концептуально, а не голословно утверждать, что у России есть не только прошлое, но и будущее, что у нее есть **своя история**, которая имеет собственное продолжение. **Именно в России проделана вся черновая работа всемирной истории**, связанная с реализацией и практической проверкой общечеловеческой коммунистической идеи. Ответ найден — **цивилизм с неотчуждаемым правом каждого на гражданскую собственность**. Это и есть национальная идея России сегодня и на будущее, российский вклад во всемирно-исторический прогресс свободы и равенства людей.

Диалектика всемирной истории и всемирно-исторического прогресса свободы, права и справедливости продолжается. Концепция цивилизма, таким образом, демонстрирует ошибочность возврата назад — к социализму или капитализму.

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

Глава 1. Доктрина и догма права: понятие и типы

1. Понятие доктрины и догмы права

Под **догмой права** традиционно имеются в виду общепринятые в юриспруденции (в правовой доктрине той или иной юридической школы, направления и т.д.) исходные основные положения о позитивном праве, его установлении и действии.

Учение о догме права (разработка и обоснование ее общей концепции, системы в целом и отдельных положений) принято именовать **доктриной права** (доктриной позитивного права). «Доктрина права» — это собирательное понятие для обозначения всей совокупности юридико-научных трактовок и суждений о позитивном праве, составляющих основы догмы права.

Доктрина права разрабатывает и обосновывает определенные юридико-познавательные формы (принципы, понятия, термины, конструкции, способы, средства, приемы и т.д.), трактовки позитивного права (его источников, системы и структуры, его действия и применения, его нарушения и восстановления и т.д.). Совокупность таких юридико-познавательных форм трактовки позитивного права и составляет содержание догмы права.

С помощью этих юридико-познавательных форм доктрина права логически упорядочивает противоречивый и хаотичный эмпирический материал действующего права в виде целостной и внутренне согласованной системы позитивного права (с соответствующими структурными элементами, их взаимосвязями и т.д.). Доктрина, таким образом, создает определенную **юридико-логическую (мыслитель-**

ную) модель позитивного права — модель (логико-теоретическую конструкцию, схему, способ и метод) как для надлежащего доктринального понимания и толкования позитивного права, так и для его фактического установления и действия в реальной действительности.

Такая модель позитивного права формулируется с помощью специфического **доктринально-юридического словаря**, т.е. определенной системы логически взаимосвязанных специальных понятий, категорий, терминов, словесных конструкций, дефиниций и т.д.

Долгое время доктрина права (так называемое «право юристов») являлась в различных системах права (например, в римском праве, в системах романо-германского права, в мусульманском праве) одним из основных, а в ряде случаев и главных, источников действующего (позитивного) права. И сегодня она продолжает играть существенную роль во всем процессе установления и применения позитивного права, а в некоторых системах права она и официально признается в качестве источника действующего права.

В целом доктрина права своей юридико-логической трактовкой позитивного права не только отражает, но и выражает, определяет его, т.е. активно соучаствует в процессе его создания и осуществления. Без правовой доктрины нет и определенной системы позитивного права, и даже там, где правовая доктрина официально не является источником действующего права, ее положения фактически присутствуют в содержании позитивного права, во всех формах его действия и применения.

Отсюда вытекает существенное значение и догмы права как совокупности общепринятых доктринальных положений о позитивном праве. Под такой «общепринятостью» имеется в виду традиционная формула: «*communis opinio doctorum*» («общее мнение докторов», т.е. учителей, профессоров, ученых-юристов). При этом имеется в виду «общее мнение» (согласие) по существу доктрины и ее основных положений — при всех прочих разнотолках, различиях в подходах и т.д.

Та или иная правовая доктрина (и соответствующая догма права) разрабатывается применительно к конкретной системе действующего права и отражает присущие ей особенности. Отсюда и различия между разными правовы-

ми доктринами (и догмами права), каждая из которых имеет в виду прежде всего трактуемую в ней определенную систему права.

Правовые доктрины (и соответствующие догмы права) некоторых современных национальных систем права во многом идентичны (в силу общих исторических корней этих систем права, сходных условий их эволюции и т.д.). Такое доктринальное единство является одним из важных критериев для объединения нескольких однородных систем права в определенную группу (так называемую “правовую семью”), например в романо-германскую (континентально-европейскую) правовую семью, правовую семью общего права и т.д.¹

2. Типы правовых доктрин

Любая доктрина позитивного права и соответствующая догма позитивного права выражают определенную концепцию правопонимания, то или иное общее понятие права.

Проблемы, связанные с доктриной и догмой позитивного права, в основном разрабатывались и продолжают разрабатываться **представителями различных школ и направлений легистского (позитивистского) правопонимания**. В центре их внимания всегда стояли вопросы юридико-догматической трактовки и анализа действующего права, изучения его источников, их комментирования, толкования, систематизации и т.д.

Основы правовой доктрины и догмы разработали римские юристы. Дальнейшее развитие доктрины и догмы права связано с деятельностью средневековых юристов (глоссаторов, а затем и представителей гуманистической школы права). Заметный след в истории юридической догматики оставили представители исторической школы права. Так, Г. Гуго рассматривал “юридическую догматику” как одну из трех составных частей юриспруденции (наряду с философией позитивного права и историей права). При этом под “юридической догматикой” он имел в виду сочетание доктрины и догмы позитивного права и с позитивист-

¹ См. гл. 6 разд. IV.

ских позиций трактовал “юридическую догматику” как “юридическое ремесло”, для которого достаточно эмпирического знания об источниках действующего права. В дальнейшем (особенно со II половины XIX в.) проблемы юридической догматики занимают центральное место в юриспруденции — как в теоретических, так и в отраслевых юридических дисциплинах.

В русле юридико-догматической трактовки права сформировалась и аналитическая юриспруденция (Д. Остин, Ш. Амос и др.). Идеи этого направления получили дальнейшее развитие в трудах неопозитивистов в XX в. (Г. Кельзен, Г. Харт и др.). Наиболее последовательно неопозитивистская концепция правовой доктрины и догмы представлена в “чистом учении о праве” Г. Кельзена.

В целом позитивистские разработки правовой доктрины и догмы внесли значительный вклад в развитие юриспруденции, в обогащение ее понятийного словаря и методологического арсенала. Своими исследованиями в области доктрины и догмы позитивного права они оказали большое влияние на процесс рационализации и совершенствования действующего права в духе соответствующих доктринальных положений об источниках, системе и структуре позитивного права, способах его толкования, унификации и систематизации, о надлежащих формах правотворчества, правоприменительной деятельности и т.д. Разработанные ими юридико-технические конструкции, способы и приемы анализа действующего права сохраняют свое познавательное значение для представителей всех направлений доктринальной трактовки права.

Представители естественноправовой мысли весьма мало занимались доктринальными проблемами позитивного права и, за редким исключением (в лице, например, средневековых юристов Павийской школы, постглоссаторов, Г. Гроция, некоторых представителей “возрожденного естественного права” в XX в.), не разрабатывали со своих позиций каких-либо специальных учений о позитивном праве. Их основное внимание было сосредоточено на трактовке естественного права и естественноправовой критике позитивного права, но не на вопросах теории позитивного права.

В современных условиях необходимость разработки проблем доктрины и догмы позитивного права с позиций

юридического правопонимания диктуется уже не только общетеоретическими соображениями, но и существенными изменениями в самом позитивном праве, которые связаны с закреплением в конституциях многих стран основных естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека. Причем речь идет не только о признании этих естественных прав и свобод в качестве позитивных прав, но и о необходимости соответствия всего позитивного права этим естественным правам и свободам. Кроме того, эти конституции признали также и общепризнанные принципы и нормы международного права приоритетной составной частью своей национальной системы позитивного права.

Однако эта радикальная модернизация смысла и содержания современного позитивного права не нашла еще своего адекватного отражения ни в традиционных позитивистских доктринах и догмах позитивного права (при всем пиетете позитивистов ко всему официально установленному), ни в соответствующих естественноправовых разработках доктринальных проблем позитивного права (при всем восхвалении юснатуралистами идей естественного права).

В нашей юридической литературе (научной и учебной) доктринальная проблематика позитивного права (как в основном и вся теория права) освещается в целом с традиционных легистских (позитивистских) позиций. Новые, конституционно признанные и закрепленные приоритетные части действующего позитивного права (прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека, общепризнанные принципы и нормы международного права), по существу, остаются вне этих легистских доктринальных представлений о позитивном праве, его источниках, системе и т.д.

Между тем ясно, что в любой доктринальной трактовке современного российского позитивного права должны быть надлежащим образом учтены названные конституционные положения, смысл которых состоит в признании **двух новых приоритетных источников позитивного права** — 1) природенных и неотчуждаемых прав и свобод человека (т.е., по существу, естественных прав человека) и 2) общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации. Причем основные права и свободы человека по смыслу

конституционных положений являются не только реальными, уже приобретенными субъективными правами каждого индивида, но имеют также исходное общеправовое (критериально-правовое) значение, так что все остальные нормы позитивного права должны соответствовать (и не должны противоречить, нарушать) основным правам и свободам человека.

Исходной основой и принципом либертарно-юридической концепции доктрины и догмы позитивного права является принцип формального равенства (как синтеза и триединства всеобщей равной меры, свободы и справедливости), нормативная конкретизация которого представлена в системе позитивного права, во всех формах и процедурах его установления, действия и реализации. В рамках либертарно-юридического подхода под доктриной и догмой позитивного права мы имеем в виду доктрину и догму позитивного права, соответствующего принципу формального равенства, доктрину и догму правового закона.

Поэтому во всем нашем дальнейшем изложении проблем доктрины и догмы позитивного права предполагается правовой смысл, правовой характер закона (позитивного права в целом, включая все его системно-структурные элементы и т.д.), всех способов, форм, процедур и приемов его установления, изменения, действия, толкования и применения.

Глава 2. Норма права

1. Норма права как основная категория доктрины и догмы позитивного права

Норма права — одно из основополагающих понятий для всех тех доктрин права (независимо от различий в типах правопонимания), которые трактуют право нормативно, т.е. понимают и определяют право в целом через норму, считают, что право как таковое состоит из норм.

То, что принято называть позитивным правом, фактически (как реальное эмпирическое явление) представляет собой неопределенное множество различных официальных документов (законов, постановлений, приказов, судеб-

ных прецедентов и т.д.), в которых содержатся разного рода общеобязательные положения (установления, требования, запреты, предоставления, указания, констатации, определения, характеристики, оценки, наказания, поощрения и т.д.). Эти положения текстуально выражаются в виде статей, параграфов, пунктов, частей, разделов того или иного официального документа общего характера (закона, указа, постановления и т.д.) или в виде конкретного судебного решения (в системах прецедентного права) и т.д.

Весь этот фактический материал сам по себе — без его научно-юридического осмысления, без его доктринальной трактовки — носит, как и все фактическое, весьма хаотичный, неопределенный, фрагментарный характер.

Одна из основных задач юриспруденции в целом и правовой доктрины в особенности состоит в научной разработке, упорядочении и систематизации этого фактического официального материала в качестве определенным образом согласованного единства и целостности различных явлений, которые в своей совокупности именуются “позитивным правом” (“действующим правом”).

Для рационального упорядочения этого официально-материала и придания ему системного единства логически необходимо, чтобы и искомая система в целом, и ее составные элементы строились по одной и той же регулятивной модели, имели одну и ту же регулятивно значимую структуру. Такой единой регулятивной моделью, согласно доктрине и догме права, является норма права. Причем норма права как доктринальная юридико-логическая конструкция (регулятивно-правовая модель) представляет собой такую систему, внутренняя структура которой состоит из трех взаимосвязанных регулятивно значимых компонентов (элементов) — диспозиции, гипотезы и санкции.

На основе такого юридико-логического понимания нормы права доктрина права трактует весь официальный материал общеобязательного характера как определенное системо-регулятивное целое, как право, представляющее собой систему норм права.

Трактовка права как системы норм права, по существу, означает и вообще логически допустима лишь при условии, что прежде всего само право в целом (право как

системное нормативно-регулятивное целое) мыслится как единая норма права и именно как позитивно-правовая норма (с соответствующими структурными компонентами — диспозицией, гипотезой и санкцией). Понимание (и понятие) права в целом как единой (основополагающей исходной и вместе с тем предельной, всеобщей, высшей, генеральной, основной) позитивно-правовой нормы логически предшествует пониманию (и понятию) отдельной нормы права в качестве системного элемента права. Понятие права в целом как единой нормы права составляет юридико-логическую основу понимания права как системы норм права и включает в себя понятие отдельной нормы права как элемента этой системы.

В смысле такой первичности права в целом в его соотношении с отдельными правилами (нормами) права следует понимать и известное суждение римского юриста Павла: “Не из правила (regula) выводится право, но из существующего права должно быть создано правило” (D.50.17.1)¹.

Но последовательная юридико-логическая трактовка нормативности права показывает, что из существующего права можно создать правило (норму) лишь в том случае, если все это существующее право само концептуально понимается как единое исходное основополагающее правило (норма).

Такого последовательного концептуального понимания нормативности права, включающего в себя понимание исходной юридико-логической основы этой нормативности — понятия права в целом как единой нормы, нет не только у римских юристов, но и у современных нормативистов. Показателен в этом плане нормативизм Г. Кельзена². Трактую право как систему норм, он видит основание нормативности позитивного права и “действительности всех норм” не в самом позитивном праве (не в том, что само право в целом — это единая норма права), а вне позитивного права — в некой трансцендентально-логически постулируемой “основной норме”, которая не является нормой позитивного права.

¹ См.: Перетерский И. С. Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 69.

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М., 1988. С. 69.

Но отдельные нормы позитивного права обладают юридической силой и являются юридически (а не чисто логически) должными не по трансцендентально-логическим, а по позитивно-правовым основаниям и характеристикам, что выражено уже в самой специфической юридико-логической конструкции правовой нормы как системного единства диспозиции, гипотезы и санкции. Если бы такими специфическими нормативно-правовыми свойствами и характеристиками не обладало в целом само право (т.е. если бы все право в целом не обладало специфическими свойствами и характеристиками общеобязательной нормы позитивного права), то вообще нельзя было бы говорить и об отдельных юридически должных (официально обязательных) нормах права как элементах системы права в целом. Ведь не право в целом как система норм права получает свое специфическое нормативно-правовое значение и силу от отдельной нормы права, а наоборот.

Поэтому нормативность права означает **прежде всего специфическую юридическую нормативность всего права в целом** и лишь на этой исходной основе (позитивное право в целом как единая основная позитивно-правовая норма) — юридическую нормативность его системных элементов (отдельных норм позитивного права). И именно в силу такой общеправовой своей природы и смысла **норма права выступает в качестве общего основания и единого критерия** для специфической юридико-логической интерпретации (осмысливания, трактовки, характеристики, оценки, упорядочения, системной организации и т.д.) всех юридически значимых явлений — как отдельных положений самого позитивного права, так и регулируемых им общественных отношений.

Норма права (как основная доктринальная категория и конструкция) выступает в качестве исходной **юридико-смысловой модели** и для всех других доктринальных понятий и конструкций (правоспособности, правосубъектности, правоотношения, правонарушения, правового акта и т.д.), которые производны от нормы права. Их позитивно-правовое содержание и нормативно-регулятивное значение определяются с помощью нормы права — посредством их нормативно-правовой трактовки и оценки,

выявления характера их связи с нормой права и определения способа и формы присутствия в них нормативно-го начала, словом — их **нормативно-правовой модальности**.

На основе нормативно-правовой интерпретации различных общественных отношений и соответствующих форм их позитивно-правовой регуляции осуществляется вся правоустановительная, правозащитная, правотолковательная и правоприменительная деятельность.

Норма права — это не только доктринально трактуемое **правило самого права** (правило правовой регуляции), но вместе с тем и **доктринально-методологическое правило работы с материалом позитивного права** (его текстом, положениями и т.д.), универсальное средство “юридического ремесла”, смысловая основа и конструктивный принцип юридико-догматического творчества.

Но **нормативно-правовая интерпретация**, как и доктрина в целом, не изменяет, конечно, сам фактический материал позитивного права (его официально установленную форму и содержание), который остается таким же, как и до его доктринальной трактовки. Изменяется понимание этого фактического материала (его текста): согласно доктрине, регулятивно-правовой смысл и значение этого официального материала (текста) состоят в том, что в нем есть нормы права — правила правовой регуляции. Согласно такому доктринальному пониманию (интерпретации, толкованию), положения этого фактического материала (текста) имеют правовой смысл и значение лишь в качестве содержания структурных элементов нормы права — как единой, основной, высшей нормы права (права в целом), так и отдельных норм права (системных элементов права в целом).

2. Понятие и структура нормы права

В качестве доктринальной конструкции норма права представляет собой определенную **юридико-логическую модель позитивного права** в целом как особого нормативного регулятора внешнего поведения людей.

Эта логика (логическая модель) правовой регуляции и права как регулятора выражена в доктринальной трактовке нормы права как системы из трех структурных элементов — диспозиции, гипотезы и санкции.

Норма права — это общее правило регулирования общественных отношений, согласно которому его адресаты должны при определенных условиях (гипотеза) действовать как субъекты определенных прав и обязанностей (диспозиция), иначе последуют определенные невыгодные для них последствия (санкция).

Диспозиция нормы права — это взаимные права и обязанности участников (сторон) отношения, регулируемого нормой. У каждой стороны есть и права, и обязанности. Причем право одной стороны — это обязанность другой стороны и наоборот. Благодаря такой взаимосвязи (взаимности) прав и обязанностей норма права и право в целом носят двусторонний, **предоставительно-обязывающий (атрибутивно-императивный) характер**. Предоставление права лишается своего регулятивного смысла без соответствующего обязывания.

Права и обязанности сторон отношения (по своему регулятивному значению, объему и т.д.) должны быть согласованы между собой таким образом, чтобы правам и обязанностям одной стороны точно соответствовали (корреспондировали) обязанности и права другой стороны. Такая взаимная корреспонденция прав и обязанностей является непременным требованием правовой регуляции общественных отношений. Диспозиция (от лат. *dispositio* — расположение) нормы как раз и выражает требование такого взаимно согласованного расположения (установления) прав и обязанностей сторон.

Гипотеза нормы права — это условия действия прав и обязанностей, предусмотренных диспозицией нормы.

Санкция нормы права — это негативные (невыгодные для нарушающей стороны) последствия нарушения требований диспозиции и гипотезы, т.е. нарушения прав и обязанностей, предусмотренных диспозицией, и условий их действия, предусмотренных гипотезой.

Существенное значение для понимания юридико-логического смысла и значения структурных элементов нормы права в их соотношении с фактическими положениями действующего права имеет различие формы и содержания правовой нормы.

Форма правовой нормы — это теоретико-доктринальная, юридико-логическая конструкция (мысленный образ, модель) в виде системы из трех элементов (гипотезы, диспозиции и санкции).

Содержание же нормы права (т.е. содержательный состав этих трех элементов нормы) состоит из соответствующих положений позитивного права (из правовых положений, закрепленных в различных статьях, параграфах, пунктах, частях того или иного источника позитивного права).

Позитивное право (текстуальное содержание его источников) составлено и выражено не в форме норм права, а в форме статей, параграфов, пунктов и т.д. того или иного его источника (закона, указа, постановления и т.д.). Это обусловлено потребностями четкого и экономного изложения содержания позитивного права без ненужных повторов одних и тех же положений в разных частях его текста.

Ввиду таких различий между формой правовой нормы и формой текстуального выражения положений позитивного права позитивно-правовое содержание разных элементов нормы права закреплено (выражено) не в какой-то одной статье, пункте и т.д. того или иного источника позитивного права, а, как правило, в разных статьях, пунктах, частях одного источника, а нередко и различных источников позитивного права. Поэтому **норму права нельзя смешивать и отождествлять с тем или иным отдельным положением и фрагментом текста позитивного права, с его статьями, параграфами и иными составными частями**.

Приемы, способы и характер выражения в позитивном праве трех структурных компонентов нормы права зависят как от своеобразия регулируемых отношений, так и от особенностей самого регулятора (от методов, средств, задач и целей позитивно-правовой регуляции).

Поэтому в тексте позитивного права в одних случаях прямо сформулированы правоположения по всем элементам нормы права, а в других случаях такая прямая позитивно-правовая формулировка того или иного элемента нормы права отсутствует ввиду его явной очевидности для всех. Во всяком случае смысл отсутствующей (прямо не сформулированной в тексте позитивного права) части

нормы права должен со всей определенностью подразумеваться, однозначно и бесспорно вытекать из наличного текста позитивного права.

Ряд особенностей в соотношении между элементами нормы права и положениями текста позитивного права обусловлен спецификой сферы правовой регуляции.

Так, основная масса положений уголовного закона (позитивного уголовного права) относится к гипотезе (конкретные составы преступлений) и санкции (меры наказания за совершение соответствующих преступлений). Это диктуется логикой законодательной регламентации отношений в данной сфере и соответствует известному прогрессивному принципу: "Нет преступления, нет наказания без закона" (т.е. без предварительного их установления в законе).

Положения же, относящиеся к диспозиции уголовно-правовой нормы (т.е. права и обязанности государства, с одной стороны, и соответствующие обязанности и права лица, совершившего преступление, с другой стороны), формулируются в статьях общей части уголовного закона.

Примерно так же обстоит дело и в административном законодательстве.

Во многих других отраслях законодательства (например, в конституционном, гражданском, семейном, трудовом, земельном законодательстве и т.д.) основная часть законодательных положений относится к диспозиции нормы (права и обязанности сторон в соответствующей сфере отношений), и лишь небольшая их часть содержит прямые формулировки положений, относящихся к гипотезе и санкции нормы.

Процессуальное законодательство (уголовно-процессуальное, административно-процессуальное, гражданское процессуальное законодательство и т.д.) тоже в основном состоит из положений, относящихся к гипотезе (основания процессуальных действий) и к диспозиции процессуально-правовой нормы (процессуальные права и обязанности участников соответствующего процесса). Положения же, прямо относящиеся к санкции процессуальной нормы, занимают в процессуальном законодательстве незначительное место.

Подлинное нормативно-регулятивное значение тех или иных положений позитивного права (действующего за-

конодательства) можно четко выявить и установить лишь при толковании этих позитивно-правовых положений (в их соотносительности со структурными элементами нормы права) применительно к конкретному правовому делу, когда **реальный спор о праве актуализирует все юридически значимые аспекты фактических отношений и регулятивные моменты действующего права.**

Этим во многом определяются как достоинства прецедентного (судебного) права, так и в целом значение правовой (особенно судебной) практики для правоустанавливающей и правоприменительной деятельности.

3. Признаки нормы права

При рассмотрении и оценке свойств и признаков нормы права следует учитывать черты и характеристики как ее доктринальной (юридико-логической) формы, так и ее позитивно-правового содержания.

Как доктринальная форма (конструкция) первичного элемента позитивного права норма права — это **мера права, общеправовой масштаб.**

Основными признаками нормы права как формы (меры, масштаба) являются общий характер, системность, формальная определенность.

Общий характер нормы права означает, что она является постоянно действующим правилом правовой регуляции определенного вида общественных отношений. Действие нормы права не исчерпывается ее однократным применением.

Общий характер нормы права по-разному выражается и проявляется в разных системах права. Так, в системах права романо-германской правовой семьи, в рамках которой развивается и российское право, под нормой права имеется в виду общее правило абстрактного характера, позитивно-правовое содержание которого в абстрактно-всеобщем виде (без связи с тем или иным конкретным случаем, регулируемым нормой) выражено в действующем законодательстве (позитивном праве).

В системах же "общего права" (прецедентного права) под нормой права имеется в виду общее правило прецедентного (казусного) характера, позитивно-правовое содержание которого выражено в решении одной из высших судеб-

ных инстанций по конкретному делу. Такая прецедентная норма тоже носит общий характер, поскольку подлежит применению при решении всех других сходных дел.

Системность нормы права наиболее четко и последовательно выражена в нормах абстрактного характера, которые представляют собой систему из трех структурных элементов (диспозиции, гипотезы и санкции). Причем такая системная конструкция абстрактной нормы права является общей моделью и системообразующим началом для всего позитивного права как системы норм.

Системное значение норм прецедентного характера проявляется в том, что именно такие нормы, согласно доктрине систем общего (судебного) права, рассматриваются как “собственно право” в этих системах, составляют их основную часть и служат образцом для действующих в их рамках абстрактных норм.

Формальная определенность нормы права абстрактного характера представлена в ее системной конструкции (из диспозиции, гипотезы и санкции), которая выражает логику правовой регуляции и, следовательно, является юридико-логически определенной формой.

Форма правовой нормы (системное единство ее элементов) не зависит от фактического материала позитивного права (от его конкретных положений), составляющего содержание ее структурных элементов. Напротив, эта нормативная форма (как постоянная и неизменная юридико-логическая конструкция) придает разнородному материалу позитивного права формальную определенность в качестве содержания своих составных элементов. Это означает, что положения позитивного права осуществляют свою регулятивную роль в нормативно определенной форме — в форме системных взаимосвязей диспозиции, гипотезы и санкции. Такая нормативная форма требует четкой увязки предусмотренных в позитивном праве определенных прав и обязанностей с определенными условиями их осуществления и определенными невыгодными последствиями их нарушения.

В прецедентном праве действуют свои общие правила о прецедентном значении определенных судебных решений и их применении. Это придает формальную определенность нормам прецедентного характера.

Официально-обязательный характер нормы права как обязательного правила регуляции обусловлен позитивно-пра-

вовым содержанием ее составных частей (диспозиции, гипотезы и санкции). Содержание конкретной нормы права конструируется (составляется) — по общей системной модели нормы права — из конкретных позитивно-правовых положений, которые по своему регулятивному значению соответствуют юридико-логическому смыслу диспозиции, гипотезы и санкции (в их системных взаимосвязях и единстве).

Из различения формы и содержания правовой нормы видно, что норма права может быть формой выражения положений любого (по его правовому качеству) позитивного права, т.е. положений как правового, так и антиправового закона (действующего позитивного права). Поэтому норма права может служить формой для выражения разного содержания, может быть как мерой равенства, свободы и справедливости, так и мерой произвола, насилия и привилегий.

Представители **легизма** используют логически “чистую” (и всеядную) форму правовой нормы для оправдания любого произвольного содержания позитивного права.

В рамках **либертарно-юридической трактовки** под нормой права имеется в виду **норма правового закона**, т.е. позитивного права, положения которого соответствуют требованиям принципа формального равенства. В таком либертарно-юридическом смысле норму права можно определить как юридико-логическую форму конкретизации требований принципа формального равенства в виде положений правового закона (позитивного права, соответствующего принципу формального равенства). И только такую норму права (и норму такого права) можно характеризовать как **меру свободы, равенства и справедливости**. Сама же по себе трехчленная логическая конструкция нормы права не может ни изменить правовое качество положений действующего позитивного права, ни придать им собственно правовые свойства равенства, свободы и справедливости.

4. Виды норм права

Нормы права осуществляют различные по характеру, содержанию, задачам и целям регулятивные функции. Этим обусловлено наличие различных видов правовых норм.

Выделение тех или иных видов норм права зависит от **основания (критерия) их группировки, классификации**.

В литературе существует множество подобных классификаций, каждая из которых опирается на определенную **нормативно-регулятивную особенность**, присущую той или иной группе норм права.

По отраслевому критерию нормы права делятся на различные виды по своей принадлежности к соответствующей **отрасли права** — на правовые нормы конституционного, гражданского, уголовного, семейного, трудового права и т.д.

Ввиду деления отраслей права на отрасли материального права (например, отрасли уголовного права, гражданского права и т.д.) и отрасли процессуального права (например, отрасли уголовно-процессуального права, гражданского процессуального права и т.д.) выделяются такие разновидности норм, как **материально-правовые нормы** (нормы материального права) и **процессуально-правовые нормы** (нормы процессуального права). Нормы материального права — это нормы первичной правовой регуляции общественных отношений, а нормы процессуального права регулируют процессуальный порядок и процедуры практической реализации и исполнения уже установленных норм материального права, и в этом смысле (но никак не в смысле второстепенности!) они являются нормами вторичной правовой регуляции. Существенное значение норм процессуального права состоит в том, что они устанавливают определенный правовой порядок действия самого права. Чем более развито право, тем больше в нем процессуальных норм и отраслей.

Нормы делятся на разные виды и в зависимости от **форм выражения их регулятивного воздействия, от модальности их регулятивной силы**.

Так, уже римский юрист Модестин отмечал: «Действие (сила) права: повелевать, запрещать, разрешать, наказывать»¹. Цицерон, соответственно, говорил о таких формах действия права, как веление и запрет, а юрист Квинтилиан — о воздаянии, ограничении, наказании, запрещении и дозволении.

Согласно нормативистскому учению Г. Кельзена, норма права как долженствование приказывает (предписывает), позволяет (дозволяет) или уполномочивает (управомочивает)².

¹ См.: *Перетерский И. С.* Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 106.

² См.: *Чистое учение о праве Ганса Кельзена*. Вып. 1. М., 1987. С. 12.

По рассматриваемому критерию широко распространено деление норм права на запрещающие, обязывающие, управомочивающие, поощрительные.

Под запрещающими нормами при этом имеются в виду нормы, содержащие запрет совершать те или иные противоправные действия (проступки или преступления). Такие нормы характерны прежде всего для уголовного права и административного права, значительная часть положений которых определяет запрещенные деяния (соответственно — преступления и административные проступки). Но запрещающие нормы есть и в других отраслях права. Так, п. 4 ст. 19 ГК РФ запрещает (не допускает) приобретать права и обязанности под именем другого лица.

К обязывающим нормам относятся нормы, предписывающие субъекту права обязанность совершать определенные правомерные действия. Так, согласно абз. 2 п. 3 ст. 922 ГК РФ, банк обязан осуществлять контроль за доступом в помещение, где находится предоставленный клиенту сейф.

Управомочивающая норма содержит положение, предоставляющее субъекту права определенное правомочие (возможность совершить определенное юридически значимое действие). Так, п. 1 ст. 502 ГК РФ содержит управомочивающее положение, согласно которому покупатель вправе в течение четырнадцати дней с момента передачи ему недовольственного товара, если более длительный срок не объявлен продавцом, обменять купленный товар на другой аналогичный товар, произведя в случае разницы в цене необходимый перерасчет с продавцом.

Поощрительные нормы содержат положения, стимулирующие различные виды правомерного, общественно полезного поведения. Так, ст. 191 Трудового кодекса РФ предусматривает ряд мер поощрения (объявление благодарности, выдача премии и т.д.) за добросовестное исполнение трудовых обязанностей.

В зависимости от степени определенности правовоположений, составляющих позитивно-правовое содержание элементов нормы права, правовые нормы делятся на **абсолютно определенные, относительно определенные и бланкетные**.

Содержание абсолютно определенных норм носит однозначный характер и допускает лишь один вариант пове-

дения. Содержание относительно определенных норм допускает разные варианты поведения — в виде прямого перечня альтернативных вариантов поведения или в виде разрешения сторонам самим определить свой вариант поведения.

Особенность позитивно-правового содержания бланкетной нормы состоит в том, что в нем имеется общая ссылка на то или иное специальное правило без раскрытия его конкретного содержания. Так, ст. 249 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за нарушение ветеринарных правил и правил, установленных для борьбы с болезнями и вредителями растений, но в самой статье не приводится содержание этих правил, установленных в других актах.

В зависимости от условности или безусловности своего позитивно-правового содержания нормы права делятся на **диспозитивные** и **императивные**.

Диспозитивной, согласно ст. 491 ГК РФ, является норма, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное. Стороны могут своим соглашением исключить применение такой нормы либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. Применение положений императивной нормы категорически обязательно для сторон, и последние не вправе изменять их (см. ст. 422 ГК РФ).

Выделяются и некоторые другие виды норм. Так, **дефинитивными нормами** называются нормы, которые содержат легальное (позитивно-правовое) определение тех или иных юридических понятий или явлений. Например, ст. 14 УК РФ содержит легальное определение понятия преступления.

К **коллизийным нормам** относятся такие нормы, которые содержат правило разрешения противоречий между различными позитивно-правовыми положениями. Так, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотрено законом Российской Федерации, то применяются правила международного договора.

Глава 3. Источники права

1. Понятие и виды источников права

В юридической литературе выражение “источник права” используется в двух различных значениях — в значе-

нии “материального источника права” (источника права в материальном смысле) и в значении “формального источника права” (источника права в формальном смысле).

Под “**материальным источником права**” при этом имеются в виду причины образования права, т.е. все то, что, согласно соответствующему подходу, порождает (формирует) позитивное право, — те или иные материальные или духовные факторы, общественные отношения, природа человека, природа вещей, божественный или человеческий разум, воля бога или законодателя и т.д.

Под “**формальным источником права**” имеется в виду форма внешнего выражения положений (содержания) действующего права.

В данной главе речь идет о “формальных источниках права”, которые в литературе обозначаются также термином “форма права”.

Источники (формы) права — это официально определенные формы внешнего выражения содержания права.

Официально-властная (государственная) определенность тех форм, в которых содержание действующего права находит свое внешнее выражение, объективацию и существование, придает источникам права и праву в целом **институциональную определенность** и упорядоченность. Это означает, что нормы действующего права (его нормативное содержание) содержатся лишь в определенных (официально признанных) источниках права, которые представляют собой официально определенные (институционализированные) формы закрепления и существования норм права.

Каждая система права имеет свои конкретно определенные источники права.

В целом (применительно к разным системам права) известны следующие **основные виды источников (форм) позитивного права**: правовой обычай (обычное право), судебный прецедент, юридическая доктрина (так называемое “право юристов”), религиозный памятник (“священные книги” различных религий), нормативно-правовой договор, нормативно-правовой акт, естественное право.

Правовой обычай (обычное право) — это фактически сложившиеся в течение длительного времени правила регулирования поведения людей (общественных отношений), которые официально признаны (санкционированы государством) в качестве общеобязательных норм права.

Государственное санкционирование обычая и превращение его в правовой обычай, т.е. в источник позитивного права, может осуществляться различными способами. Возможно, например, фактическое (устное, молчаливое) санкционирование тех или иных обычаев, когда различные государственные органы (суд, администрация, представительный орган) в течение длительного времени в своей практической деятельности рассматривают и применяют соответствующие обычаи как нормы действующего права. Государственное санкционирование обычаев зачастую осуществляется в официальной письменно-документальной форме — путем признания в нормативно-правовых актах позитивно-правового значения соответствующих обычаев.

Но возможно и иное соотношение между действующим правом и обычаем, когда в нормативно-правовых актах прямо формулируются конкретные правовые положения, которые непосредственно воспроизводят содержание тех или иных сложившихся обычаев. В этом случае мы имеем дело не с санкционированием обычая в качестве самостоятельного источника права (в виде обычного права), а с нормой нормативно-правового акта как источником права другого вида. Аналогичным образом обстоит дело и тогда, когда в системе прецедентного права обычай кладется в основу судебного решения и тем самым приобретает официальное значение судебного прецедента как источника прецедентного права.

Судебный прецедент — это судебное решение по конкретному делу, имеющее значение общеобязательного правила для такого же решения всех аналогичных дел. Право принимать решения, имеющие значение прецедента, имеют лишь высшие судебные инстанции (в соответствии с установленными правилами прецедента). Судебный прецедент является основным источником права в национальных системах права, относящихся к правовой семье общего (прецедентного) права.

Юридическая доктрина как источник права — это разработанные и обоснованные учеными-юристами положения, конструкции, идеи, принципы и суждения о праве, которые в тех или иных системах права имеют обязательную юридическую силу. Обязательные доктринальные правовоположения принято называть “правом юристов”. Юридическая доктрина была основным источ-

ником континентально-европейского (романо-германского) права со времен римского права до XIX в., когда место основного источника занял закон (государственное нормотворчество). Но и после этого юридическая доктрина остается одним из источников в системах романо-германской правовой семьи. Значительную роль юридическая доктрина как источник права играет в мусульманском праве. Определенное правовое значение она имеет и в системах общего права.

Религиозный памятник в качестве источника права — это священные книги различных религий, положения которых имеют общеобязательное значение в соответствующих системах религиозного права (христианского канонического права, индуистского права, иудаистского права, мусульманского права). Так, Коран и сунна (изречения пророка Мухаммеда) являются двумя главными источниками мусульманского права.

При этом необходимо иметь в виду, что соответствующее религиозное право (мусульманское, индуистское и т.д.) — это право соответствующей религиозной общины (право, регулирующее поведение членов общины верующих), а не национально-государственная система права. Поэтому нельзя смешивать, например, индуистское право с национально-государственной системой права Индии, а мусульманское право — с системой права того или иного государства, население которого исповедует ислам.

Нормативно-правовой договор как источник права — это договор, содержащий новые нормы действующего права. Такие договоры имеются как в сфере частного, так и публичного права.

Нормативно-правовой акт — это письменный правоустановительный акт государства, содержащий новые нормы действующего права. Своим правоустановительным характером (установлением новых норм права) нормативно-правовой акт отличается как от всех других правовых актов (от индивидуальных актов применения норм права и от актов толкования норм права), так и от разного рода официальных государственных актов (заявлений, обращений и т.д.) неправового характера.

Нормативно-правовые акты являются основным источником права в системах права романо-германской правовой семьи, к которой относится и правовая система России.

Существует множество видов нормативно-правовых актов. Но в своей совокупности они как отдельный источник права в рамках той или иной национальной системы права образуют определенную **иерархическую систему актов** различной юридической силы.

По своей **юридической силе** нормативно-правовые акты делятся на законы и подзаконные акты.

Во главе иерархической системы нормативно-правовых актов стоит **закон** — прежде всего Конституция как основной, высший закон, а после Конституции (и ниже ее) стоят остальные законы.

Наивысшей юридической силой в системе нормативно-правовых актов обладает **Конституция**. Она принимается особым путем — посредством референдума (всенародного голосования), Учредительным (или Конституционным) собранием или высшим представительным органом (парламентом) в специальном (усложненном) порядке.

Законы принимаются, как правило, парламентом (высшим представительным и законодательным органом страны). Некоторые законы принимаются путем референдума.

В странах романо-германской правовой семьи закон выступает в качестве основного и главного нормативно-правового регулятора общественных отношений. Объектами законодательной регуляции здесь являются наиболее важные и существенные общественные отношения, имеющие основополагающее значение для жизни общества и устанавливаемого в нем правопорядка.

Подзаконные нормативно-правовые акты (декреты, указы, ордонансы, постановления, приказы, инструкции и т.д.) принимаются различными органами исполнительной власти и должностными лицами в установленных законом пределах их нормотворческой компетенции. Подзаконный характер нормативных актов по общему правилу означает, что они должны приниматься на основе и во исполнение действующих законов и прежде всего — конституции страны.

Соотношение различных подзаконных нормативных актов также строится по принципу иерархии — с учетом различной юридической силы разных видов подзаконных актов. При этом юридическая сила и сфера действия подзаконных нормативно-правовых актов определяется зако-

нодательно установленным местом и властно-функциональным значением соответствующего государственного органа (или должностного лица) в общей системе исполнительной ветви власти. Поэтому подзаконные нормативно-правовые акты нижестоящих государственных органов должны соответствовать нормативно-правовым актам вышестоящих органов государственной власти.

Естественное право как источник позитивного права — это официально признанные государством и закрепленные в его конституции и законах естественные, прирожденные и неотчуждаемые права человека и права народа.

Уже римские юристы считали естественное право (наряду с правом народов и гражданским правом) составной частью действующего права и олицетворением его справедливости. Говоря о различных смыслах слова “право”, юрист Павел (Д.1.1.11) писал: “Во-первых, “право” означает то, что всегда является справедливым и добрым, — каково естественное право”¹. Подобная трактовка правового смысла и значения естественного права была существенным компонентом римской юридической доктрины (“права юристов”), которая в свою очередь являлась одним из основных источников римского позитивного права.

Во многом так же обстояло дело и в последующей истории западноевропейского позитивного права (в средние века и в Новое время), одним из основных источников которого всегда была юридическая доктрина, в той или иной форме включавшая в себя (помимо чисто легистских концепций) идеи и принципы естественного права.

Существенные изменения и в этом плане происходят в период буржуазных преобразований и формирования новых национально-государственных систем права. В этих новых социально-исторических условиях естественные права человека и права народа получают прямое закрепление в законах (в декларациях, иных учредительных актах, конституциях и т.д.), приобретают официальную общеобязательную юридическую силу и становятся самостоятельным источником национально-государственной системы действующего позитивного права.

Впервые такое прямое официальное признание и законодательное закрепление естественных прав человека и

¹ См.: Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 25.

прав народа нашли свое выражение в “Декларации независимости США” (от 4 июля 1776 г.), в которой, в частности, содержатся следующие положения: “Мы считаем очевидными следующие истины: все люди сотворены равными и все они одарены своим Создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежат: жизнь, свобода, стремление к счастью. Для обеспечения этих прав учреждены среди людей правительства, заимствующие свою справедливую власть из согласия управляемых. Если же данная форма правительства становится губительной для этой цели, то народ имеет право изменить или уничтожить ее и учредить новое правительство...”¹.

Процесс такой законодательной позитивации (официального признания и закрепления) естественных прав получил свое дальнейшее развитие во французской “Декларации прав человека и гражданина” (от 20 августа 1789 г.), в которой закреплены следующие естественные права человека: “Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах... Цель каждого государственного союза составляет обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека. Таковы свобода, собственность, безопасность и сопротивление угнетению”².

В этом русле развивалось и последующее (особенно в XX в.) конституционное признание и закрепление естественных прав человека и прав народа в качестве основополагающего источника действующего национального права.

Так, ст. 1 “Основного закона ФРГ” (от 23 мая 1949 г.) гласит: “Человеческое достоинство ненаруσιμο. Уважать и защищать его — обязанность всякой государственной власти. Немецкий народ в силу этого признает неприкосновенные и неотчуждаемые права человека как основу всякого человеческого общества, мира и справедливости в мире. Нижеследующие основные права обязывают законодательство, исполнительную власть и правосудие как непосредственно действующее право”³.

Естественные (прирожденные и неотчуждаемые) права и свободы человека в качестве непосредственно дей-

¹ См.: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 182.

² Там же. С. 208.

³ Там же. С. 170—171.

ствующих, имеющих приоритетное значение во всей системе позитивного права и обязательных для государства в целом (всех ветвей и органов власти), нашли свое официальное признание и закрепление и в Конституции Российской Федерации 1993 г. (см. ст. 2, 17, 18 и сл.).

Естественные (прирожденные и неотчуждаемые) права и свободы человека, официально признанные и закрепленные в конституции и иных правоустанавливающих государственных актах, занимают высшее место в иерархии источников действующего позитивного права данного государства и обладают высшей юридической силой. В случае коллизий они обладают приоритетом по отношению ко всем остальным нормам всех других источников позитивного права, которые должны соответствовать (как минимум — не противоречить и не нарушать) официально признанным естественным правам и свободам человека. Также и нормы конституции государства не должны противоречить признанным и закрепленным в ней естественным (прирожденным и неотчуждаемым) правам и свободам человека.

Естественное право (естественные права и свободы человека), приобретая посредством конституционного признания позитивно-правовую силу, **продолжает одновременно оставаться естественным правом**, которое, по логике его соотношения с позитивным правом и по юридическому смыслу соответствующих конституционных положений, имеет исходное и приоритетное правовое значение.

2. Источники права в Российской Федерации

Каждая национальная (национально-государственная) система права, наряду с другими особенностями, отличается и своеобразием источников действующего (позитивного) права. Вместе с тем различные национальные системы права, входящие в ту или иную правовую семью, имеют и некоторые общие черты, которые присущи соответствующим источникам права. В российской системе права, как и в других системах права, относящихся к романо-германской правовой семье, в современных условиях основным источником права являются **нормативно-правовые акты** (законы и подзаконные акты).

Определенную роль в качестве источников российского права играют также **нормативно-правовой договор и обычное право** (санкционированные государством обычаи).

Приоритетное значение в системе источников современного российского права имеют официально признанные и закрепленные в Конституции РФ **естественные (прирожденные и неотчуждаемые) права и свободы человека**.

Хотя в самой Конституции РФ не используется понятие "естественное право", однако закрепленные в ней основные права и свободы человека являются именно естественными правами и придают конституционному правопониманию естественноправовой характер. Об этом свидетельствуют, в частности, положения ст. 2 Конституции о человеке, правах и свободах человека как "высшей ценности" и ч. 2 ст. 17 о том, что "основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения".

Позитивно-правовое значение и приоритетный характер основных прав и свобод человека закреплены в целом ряде статей Конституции РФ (ст. 2, гл. 2). Так, ст. 18 Конституции гласит: "Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием".

Конституция РФ закрепляет широкий круг прав и свобод человека, соответствующий современным мировым стандартам и положениям международных пактов о правах человека. К числу таких прав и свобод человека относятся, в частности, право каждого человека на жизнь, право на личное достоинство, право на свободу и личную неприкосновенность, право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, свобода совести, свобода вероисповедания, свобода мысли и слова, право частной собственности, право свободно распоряжаться своими способностями к труду, право на охрану здоровья и медицинскую помощь, право на образование, свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания, право на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры и др.

Согласно ч. 1 ст. 55 Конституции РФ, "перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина". Это означает конституционное признание позитивно-правового значения всех общепризнанных в современном международном праве и международных пактах естественных прав и свобод человека.

В целом присущее Конституции РФ новое (естественно-правовое) правопонимание подразумевает и означает, что признанные и гарантированные в ней основные права и свободы человека имеют исходное, определяющее и приоритетное значение по отношению ко всем остальным источникам (и нормам) действующего в РФ позитивного права, включая и правоположения самой Конституции РФ. Согласно Конституции РФ (ст. 2, 17, 18, 55), все действующее в РФ позитивное право, вся правоустановительная, правозащитная и правоприменительная деятельность государства должны определяться требованиями признания и соблюдения прав и свобод человека, соответствовать этим требованиям, не противоречить им.

В этом и состоит основной правовой смысл закрепленной в Конституции РФ своеобразной **естественноправовой концепции правового закона в условиях правового государства**.

Соотношение между естественными правами человека как источником действующего права и **Конституцией РФ как основным и главным нормативно-правовым актом РФ** определяется следующим образом. С одной стороны, конституционное признание и гарантирование естественных прав и свобод человека **придает им позитивно-правовое значение** в рамках системы действующего в РФ позитивного права, причем именно исходное, приоритетное и определяющее правовое значение (в соотношении прав человека с другими источниками и нормами позитивного права). С другой стороны, эти конституционно признанные и гарантированные естественные права и свободы человека (в силу конституционного признания их исходного приоритетного и определяющего правового значения) **приобретают высшую юридическую силу** в системе источников и норм всего действующего в РФ позитивного права, в которую входят и положения самой Конститу-

ции РФ. В позитивно-правовом плане это, согласно самой Конституции РФ, означает, что общепризнанные естественные права и свободы человека обладают приоритетом (т.е. более высокой юридической силой) в случае их коллизий с другими положениями Конституции РФ и нормами всех других источников действующего в РФ позитивного права.

Конституция РФ как нормативно-правовой акт обладает **высшей юридической силой в системе всех нормативно-правовых актов** страны и вместе с тем является **главным правоустанавливающим нормативным актом**, определяющим основы системы источников действующего в стране позитивного права.

В Конституции РФ установлены основы конституционного строя и федеративного устройства страны, сформулированы фундаментальные принципы общественной и государственной жизни, закреплены права и свободы человека и гражданина, определены система и полномочия государственных органов, регламентированы основные вопросы местного самоуправления, предусмотрен порядок внесения поправок в действующую Конституцию и принятия новой Конституции. В Конституции (во II разделе "Заключительные и переходные положения") урегулированы также некоторые другие важные вопросы, связанные с вступлением в силу Конституции 1993 г. и прекращением действия прежней Конституции.

Все нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты) должны соответствовать Конституции РФ. Важную роль в плане обеспечения этого требования играет Конституционный Суд РФ. Согласно Конституции (ч. 6 ст. 125), правовые акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу; не соответствующие Конституции РФ международные договоры РФ не подлежат введению в действие и применению.

В системе нормативно-правовых актов после Конституции РФ наибольшей юридической силой обладают **общефедеральные законы**.

Законодательная власть в РФ (право издавать общенациональные законы) принадлежит Федеральному Собранию (парламенту) РФ — высшему представительному и законодательному органу РФ. Федеральное Собрание состоит из двух палат — Совета Федерации и Государственной Думы.

Общенациональные законы делятся на два вида — федеральные законы и федеральные конституционные законы.

Федеральные законы принимаются Государственной Думой простым большинством голосов от общего числа ее депутатов и в течение пяти дней передаются на рассмотрение Совета Федерации. При этом закон считается одобренным Советом Федерации, если за него проголосовало более половины от общего числа его членов либо если в течение четырнадцати дней он не был рассмотрен Советом Федерации. В случае отклонения федерального закона Советом Федерации и несогласия Государственной Думы с решением Совета Федерации закон подлежит повторному рассмотрению Государственной Думой. В этом случае федеральный закон считается принятым, если при повторном голосовании за него проголосовало не менее двух третей от общего числа депутатов Государственной Думы.

Принятый федеральный закон в течение пяти дней направляется Президенту РФ для подписания и обнародования. Президент РФ в течение четырнадцати дней подписывает федеральный закон и обнародует его. Но в отношении федеральных законов Президент РФ обладает правом отлагательного вето, и он может отклонить принятый федеральный закон. В этом случае Государственная Дума и Совет Федерации в установленном порядке вновь рассматривают данный закон. Если при повторном рассмотрении федеральный закон будет одобрен в ранее принятой редакции большинством не менее двух третей голосов от общего числа депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации, он подлежит подписанию Президентом РФ в течение семи дней и обнародованию.

Федеральные законы делятся на кодификационные законы (кодексы) и обычные (некодификационные) законы. **Кодекс** — это закон интегративного характера, который содержит внутренне согласованный комплекс общих принципов и конкретных норм, необходимых для целостной и единообразной правовой регуляции всех основных отношений в определенной области общественной жизни. Как правило, кодексы носят отраслевой характер и включают в себя совокупность принципов и норм одной отрасли права. В качестве примера можно сослаться на Гражданский кодекс РФ (часть первая — от 30 ноября 1994 г., часть вторая — от 26 января 1996 г.), Семейный кодекс РФ (от

29 декабря 1995 г.), Уголовный кодекс РФ (от 13 июня 1996 г.), Воздушный кодекс РФ (от 19 марта 1997 г.) и др.

Основную массу федеральных законов составляют обычные (некодификационные) законы, регулирующие отдельные, наиболее важные общественные отношения (или определенную взаимосвязанную совокупность таких отношений). К таким законам относятся, например, федеральные законы от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ “Об общественных объединениях”, от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” и др.

Федеральные конституционные законы принимаются по вопросам, предусмотренным самой Конституцией РФ. Часть из них уже принята (например, федеральные конституционные законы о Конституционном Суде РФ, о Правительстве РФ), а некоторые другие (например, федеральные конституционные законы о Конституционном Собрании, об изменении статуса субъекта РФ и др.) еще предстоит принять.

Федеральные конституционные законы обладают более высокой юридической силой, чем федеральные законы: федеральные законы, согласно Конституции РФ (ч. 4 ст. 76), не могут противоречить федеральным конституционным законам. Конституция РФ (ч. 2 ст. 108) устанавливает и более сложный (чем это предусмотрено для федеральных законов) порядок принятия федеральных конституционных законов. Федеральный конституционный закон считается принятым, если он одобрен большинством не менее трех четвертей голосов от общего числа членов Совета Федерации и не менее двух третей голосов от общего числа депутатов Государственной Думы. Применительно к федеральному конституционному закону у Президента РФ нет права на отлагательное вето. Поэтому принятый федеральный конституционный закон в течение четырнадцати дней подлежит подписанию Президентом РФ и обнародованию.

К подзаконным нормативно-правовым актам РФ относятся нормативные указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, приказы, инструкции и иные нормативные акты федеральных министерств и ведомств РФ.

Среди подзаконных нормативно-правовых актов РФ наибольшей юридической силой обладают **нормативные**

указы Президента РФ. Такие нормативные указы Президента РФ (как и его ненормативные указы и распоряжения), согласно Конституции РФ (ч. 3 ст. 90), “не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам”. Нормативные указы Президента принимаются по широкому кругу вопросов общественной и государственной жизни. Они, как и ненормативные указы и распоряжения Президента РФ, обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации.

Правительство РФ, осуществляя исполнительную власть, издает постановления и распоряжения, которые обязательны к исполнению на всей территории Российской Федерации. При этом распоряжения Правительства РФ издаются по оперативным вопросам и являются, как правило, актами индивидуального характера (не устанавливают норм права). **Постановления Правительства РФ** принимаются по основным направлениям осуществления федеральной исполнительной власти и носят нормативный характер. В качестве примера можно сослаться на постановление Правительства РФ от 4 января 1999 г. “О прогнозе развития государственного сектора экономики Российской Федерации”. Постановления Правительства РФ (как и его ненормативные распоряжения) издаются, согласно Конституции РФ (ч. 1 ст. 115), “на основании и во исполнение Конституции Российской Федерации, федеральных законов, нормативных указов Президента Российской Федерации”. В случае их противоречия указанным актам постановления и распоряжения Правительства РФ могут быть отменены Президентом РФ.

Центральные органы исполнительной власти в Российской Федерации (федеральные министерства, государственные комитеты и ведомства) наделены правом в случаях и пределах, установленных актами вышестоящих органов, издавать различные нормативно-правовые акты — **приказы, инструкции, положения, уставы** и т.д. К числу таких актов относится, например, приказ Министерства юстиции РФ “Об утверждении Положения о следственном изоляторе уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Российской Федерации” от 25 января 1999 г. № 20 (зарегистрирован в Минюсте РФ 19 февраля 1999 г., регистрационный номер 1712). Эти нормативно-

правовые акты подлежат государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ и публикации в установленном порядке, если они затрагивают права и законные интересы граждан или носят межведомственный характер. Правительство РФ может отменить акты (нормативные и ненормативные) центральных органов исполнительной власти в случае их противоречия Конституции РФ, законам РФ, указам и распоряжениям Президента РФ, постановлениям и распоряжениям Правительства РФ.

Нормативно-правовые акты субъектов Российской Федерации составляют значительную часть действующих в стране нормативных актов. Согласно Конституции РФ (ст. 76), субъекты РФ издают свои нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты) как по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ, так и по вопросам, находящимся вне пределов ведения РФ и вне пределов совместного ведения РФ и субъектов РФ (см. ст. 72 Конституции РФ).

При этом законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам ведения РФ (см. ст. 71 Конституции РФ) и предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ (см. ст. 72 Конституции РФ). В этих случаях при противоречиях между федеральным законом и актами субъектов РФ действует федеральный закон.

Вне пределов ведения РФ и совместного ведения РФ и субъектов РФ все субъекты РФ (республики, края, области, города федерального значения, автономная область и автономные округа) осуществляют собственное правовое регулирование, включая принятие законов и иных нормативно-правовых актов. В этих случаях при противоречиях между федеральным законом и нормативно-правовым актом субъекта РФ действует нормативно-правовой акт субъекта РФ.

Нормативно-правовые акты субъектов РФ действуют лишь в пределах территории соответствующего субъекта РФ.

В республиках, входящих в состав РФ, принимаются такие нормативно-правовые акты, как конституции соответствующих республик, законы, акты главы исполнительной власти в республике, постановления республиканского правительства, акты республиканских министерств и ведомств.

В иных субъектах РФ (краях, областях, городах федерального значения, автономной области, автономных округах) принимаются следующие нормативно-правовые акты: уставы соответствующих субъектов РФ, законы, акты главы администрации и других органов исполнительной власти в этих субъектах РФ.

В круг нормативных актов как источников права входят и **нормативно-правовые акты органов местного самоуправления**, издаваемые ими в соответствии с действующим законодательством. Хотя органы местного самоуправления, согласно Конституции РФ (ст. 12), не входят в систему органов государственной власти, но они наделены законодательно (в порядке делегированного государством нормотворчества) отдельными государственными полномочиями, в том числе и правом на издание ряда нормативно-правовых актов по вопросам местного значения. Так, представительным органом местного самоуправления или непосредственно населением принимается **устав муниципального образования**. В нем, в частности, определяются виды, порядок принятия и вступления в силу других нормативно-правовых актов органов местного самоуправления — **актов представительного органа и должностных лиц местного самоуправления**.

Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации" (ч. 6 ст. 44) предусматривает государственную регистрацию устава муниципального образования в органах юстиции в порядке, установленном федеральным законом. Основаниями для отказа в государственной регистрации устава муниципального образования могут быть: противоречие устава Конституции РФ, федеральным законам, принимаемым в соответствии с ними конституциям (уставам) и законам субъектов РФ; нарушение установленного Федеральным законом "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации" порядка принятия устава. Отказ в государственной регистрации устава, а также нарушение установленных сроков его регистрации могут быть обжалованы гражданами и органами местного самоуправления в судебном порядке.

В качестве одного из самостоятельных источников права в РФ выступает **нормативный договор**, т.е. договор, содержащий нормы права. Такие нормативные договоры

могут быть как международного, так и внутригосударственного характера. Согласно Конституции РФ (ч. 4 ст. 15), общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Причем если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Заметную роль в качестве источника действующего права играют и внутригосударственные договоры. Так, согласно Конституции РФ (ч. 3 ст. 11), разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ осуществляется как самой Конституцией РФ, так и Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий. В случае несоответствия положениям Конституции РФ положений Федеративного и иных договоров о разграничении предметов ведения и полномочий, согласно Конституции РФ (раздел II — «Заключительные и переходные положения»), действуют положения Конституции РФ.

К разновидностям нормативного договора как источника права относятся и различные **коллективные договоры** между работодателями и работниками в области трудового права, а также **нормативные договоры в области гражданского права**.

Обычный договор в области гражданского права определяется в ст. 420 ГК РФ как «соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». Такой обычный договор — это акт реализации действующих норм права, имеющий индивидуальный характер и значимый лишь для конкретно определенных лиц, а не акт установления новых норм права. Подобные договоры являются актами индивидуального, а не нормативного (нормоустанавливающего) характера, и поэтому они не являются источниками права.

Нормативно-правовое значение (в смысле договорного источника права) имеет так называемый **публичный договор в области гражданского права**, который определяется в ГК РФ (п. 1 ст. 426) как «договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности

по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.)». Положения такого публичного договора (его условия и т.д.) распространяются на неопределенное множество лиц и обязательны для сторон всех конкретных договоров, которые могут быть заключены на основе общих положений (норм) соответствующего публичного договора.

По существу под публичным договором имеется в виду **типовой или примерный договор**, содержащий общие положения (нормы), обязательные для всех конкретных договоров в рамках данного типа договоров. Согласно п. 4 ст. 426 ГК РФ, «в случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.)». Примерные условия подобных нормативных договоров «могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия» (ст. 427 ГК РФ), и опубликованы в печати.

В ряде случаев в качестве источника права в Российской Федерации выступает **обычное право**, т.е. санкционированные государством обычаи. Так, по российским законам (Консульскому уставу, Кодексу торгового мореплавания) признается правовое значение некоторых международных обычаев, например сложившихся портовых обычаев о порядке и продолжительности погрузки и разгрузки судов и т.д. В сфере гражданского права правовое значение обычаев делового оборота признано действующим ГК РФ. Так, п. 5 ст. 421 ГК РФ гласит: «Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон». При этом под «обычаем делового оборота», согласно ГК РФ (ст. 5), имеется в виду сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующе-

го отношения положениям законодательства или договору, не имеют правового значения и не подлежат применению.

Глава 4. Правоустановление (правотворчество)

1. Понятие правоустановления и виды правоустановительной деятельности

Правоустановление — это форма (и направление) государственной деятельности, связанная с официальным выражением и закреплением норм права, которые составляют нормативно-правовое содержание всех действующих источников позитивного права.

Понятие “правоустановление” точнее выражает смысл и содержание той специфической деятельности, которая обычно именуется “**правотворчеством**”. Легистско-позитивистское отождествление права и закона (позитивного права) сопровождается смещением (и отождествлением) понятий “законотворчество” (“законодательство”) и “правотворчество”.

С позиций либертарно-юридического правопонимания очевидно, что государство (соответствующие государственные органы) действительно осуществляет законотворческую (законодательную) деятельность, создает (и в этом смысле — творит) законы, но это вовсе не означает, будто государство творит (порождает) само право как такое. Право как объективное социальное явление (особый регулятор, специфическая форма общественных отношений), принципом которого является формальное равенство, — это не творение государства и не продукт государственно-властной воли, а особая духовная форма выражения совокупных итогов сложного и многофакторного социально-исторического процесса общественной жизни людей, результат достигнутой соответствующим обществом (и народом) ступени развития в общецивилизационном прогрессе равенства, свободы и справедливости в человеческих отношениях. Кстати говоря, и само государство как правовая форма публичной власти является продуктом этого социально-исторического процесса.

Одной из важных форм правоустановления (т.е. “правотворчества”, понимаемого как установление норм дей-

ствующих источников позитивного права) является **прямое государственное нормотворчество** — издание соответствующих государственным органами нормативно-правовых актов (законов и подзаконных нормативных актов).

Но нормативно-правовые акты — это лишь один из источников позитивного права, а **принятие (установление) законов и подзаконных актов** — лишь одна из форм правоустановления, один из видов (одно из направлений) правоустановительной деятельности. Причем следует иметь в виду, что нормативно-правовые акты (и прежде всего закон) являются основным источником права лишь в системах права романо-германской правовой семьи. К тому же во всех этих системах романо-германского права, кроме нормативно-правовых актов, действуют и иные источники права, правовое значение и содержание которых выражается и закрепляется в других формах правоустановительной деятельности.

Понятие “правоустановление” включает в себя **различные виды правоустановительной деятельности**, которые отражают особенности процесса выражения и закрепления нормативно-правового характера и содержания разных источников действующего права — нормативно-правовых актов, судебного прецедента, нормативно-правового договора, обычного права, юридической доктрины и т.д.

Специфика этих различных видов правоустановительной деятельности (и форм правоустановления) обусловлена своеобразием соответствующих источников позитивного права, особенностями самого источника, его нормативно-правовой природы, характера и содержания.

Так, своеобразие естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека в качестве особого источника позитивного права определяет и особенности соответствующей правоустановительной деятельности государства. Характер и содержание правоустановительной деятельности в этой сфере состоят не в создании самих общепризнанных естественных прав и свобод человека (поскольку они уже есть и предданы государству), а в их **официальном конституционном признании и гарантировании** в качестве норм действующего в данном государстве позитивного права (см. ч. 1 ст. 17 Конституции РФ).

Нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты) как источник права принимаются (устанавливаются) в основном соответствующими представительными и испол-

нительными государственными органами (в процессе их прямой нормотворческой деятельности), а в некоторых случаях — всенародным голосованием (путем референдума).

Создание **судебного прецедента** как источника права осуществляется в форме правоустановительной деятельности определенных высших судебных органов государства.

Нормативно-правовой договор как источник права устанавливается в форме заключения соглашений между различными государствами (международный договор), между различными государственными органами или между государственными и негосударственными органами (внутригосударственные договоры публично-правового характера), между различными субъектами частного права (нормативные договоры гражданско-правового характера). Все эти договорные формы и направления установления норм права (в сфере публичного и частного права) определены и регламентированы действующим законом и в этом смысле официально санкционированы государством в качестве особого источника позитивного права. В отношении международных договоров применяется и такая специальная процедура их признания (государственного санкционирования) в качестве источника действующего права, как **ратификация** договора высшим представительным (законодательным) органом государства.

В форме законодательного признания правового значения, места и роли обычая в системе действующего права осуществляется **государственное санкционирование тех или иных обычаев в качестве правовых обычаев**, т.е. их установление в качестве источника права.

В признании **юридической доктрины** (так называемого **“права юристов”**) в качестве официального источника действующего права определяющую роль играет правовая (государственно-правовая) практика — фактическое использование в правоприменительной (и особенно судебной), а нередко и в правотворческой деятельности соответствующих доктринальных положений, концепций, конструкций, идей и принципов. В некоторых случаях значение положений юридической доктрины в качестве источника действующего права закреплялось в законодательном порядке. Так, законом Валентинана III (426 г.) о цитировании юристов положениям пяти наиболее влиятельных римских юристов (Гая, Паниниана, Павла, Ульпиана и Модестина)

была придана законная сила. Кроме того, данный закон признавал правовое значение положений также и ряда других римских юристов (Сабина, Сцевола, Юлиана, Марцелла и др.), сочинения которых цитировались в трудах названных пяти юристов. В кодификации Юстиниана (VI в.) было закреплено правовое значение положений тридцати восьми римских юристов (с I в. до н.э. — по IV в. н.э.).

В процессе признания и легитимации юридической доктрины как официального источника права в рамках религиозных систем права (мусульманского права, индуистского права, иудаистского права, христианского канонического права) существенное значение имело то обстоятельство, что сама эта доктрина формировалась и развивалась на основе соответствующих религиозных верований (и их священных первоисточников) в виде их составной части, в качестве определенного религиозно-теологического учения о праве. Для членов самой общины верующих соответствующая религиозная доктрина права непосредственно обладала высшей санкцией господствующей религии и для своего практического действия в качестве правового регулятора не нуждалась в дополнительной санкции со стороны государственной власти. Там же, где определенная община верующих со своим религиозным правом оказывалась в условиях господства другой системы права, требовалось специальное санкционирование соответствующей государственной властью данного религиозного права (включая и его доктрину) в качестве официально действующего источника права для членов этой религиозной общины.

При всех присущих им особенностях различные виды деятельности по установлению действующих источников национальной системы позитивного права носят официально-властный (государственный) характер. Это, конечно, не означает, будто естественные права и свободы, обычай, юридическая доктрина (светская или религиозная), договор создаются самим государством, но их признание и закрепление в качестве действующих (т.е. обладающих обязательной юридической силой) источников в рамках соответствующей национальной (национально-государственной) системы позитивного права носит официально-властный (государственный) характер и относится к правоустановительной компетенции государства.

2. Принципы правоустановительной деятельности

Правоустановительная деятельность государства обусловлена объективной необходимостью правового урегулирования и упорядочения поведения людей в основных сферах, направлениях и отношениях их общественной и государственной жизни. Содержание, характер, цели и результаты правоустановительной деятельности определяются большим и сложным комплексом объективных и субъективных, материальных и духовных факторов. Существенное значение при этом имеют прежде всего такие факторы, как достигнутая ступень социально-исторического, цивилизационного и общеправового развития соответствующего народа, общества и государства; сложившиеся тип и форма государства и права (форма правления, форма государственного устройства, форма и характер политико-правового режима); опыт и традиции государственно-правовой жизни данного народа; уровень политической и правовой культуры населения; социально-политическое и духовное состояние общества (соотношение социально-политических сил, место и роль независимого общественного мнения в общественной и политической жизни, мера социально-политического, идейно-мировоззренческого и правового согласия в обществе в качестве основы для надлежащего выражения в законе общей воли и общих интересов, социальной легитимации устанавливаемых норм и т.д.); степень развитости юридической доктрины (состояние юридико-научных основ правоустановительной деятельности, связь теории и практики в этой сфере, уровень юридической культуры субъектов правоустановительной деятельности и т.д.); цели, содержание и характер правоустановительной и в целом правовой политики общества и государства и т.д.

Учет всех этих факторов в их взаимосвязи и взаимодействии является необходимым условием и предпосылкой для успешной и продуктивной правоустановительной деятельности, высокого правового качества и эффективного действия всей системы устанавливаемых норм и источников позитивного права.

Развитая (в правовом и общесоциальном смысле) деятельность государства по установлению норм позитивного права должна соответствовать ряду основополагающих требований, которые можно сформулировать в виде сле-

дующих **основных принципов правоустановительной деятельности.**

1. Правовой прогресс. Данный принцип требует, чтобы вся правоустановительная деятельность государства была в максимально возможной степени направлена на дальнейшее развитие и совершенствование действующего позитивного права в русле общецивилизационных достижений в области прав и свобод человека и гражданина, утверждения и усиления начал господства права, правового закона и правовой государственности.

2. Правовая легитимность. Смысл этого принципа состоит в том, что сама правоустановительная деятельность должна соответствовать основным требованиям права, протекать в надлежащих правовых формах и процедурах, в строгом соответствии с законодательно установленными полномочиями (компетенцией) субъектов правоустановительной деятельности.

3. Общесоциальная легитимность. Этот принцип требует, чтобы правоустановительная деятельность государства опиралась на широкую базу социального ожидания, согласия и поддержки правоустановительных преобразований и решений, на активное участие членов общества и различных общественных объединений в обсуждении, подготовке и принятии таких решений, на либерально-демократические формы и процедуры опроса, выявления и учета общественного мнения по вопросам права, на открытый, общедоступный, публичный характер всего правоустановительного процесса. Социальная легитимация правоустановительных решений — это одно из существенных требований суверенитета народа и вместе с тем необходимое условие социально-политического и правового согласия и единства в обществе, существенная предпосылка и важный фактор эффективности устанавливаемых правовых новелл и всего действующего права.

4. Научная обоснованность. Правоустановительная деятельность должна опираться на научно осмысленный отечественный и зарубежный опыт в этой сфере, на результаты научного изучения современного состояния действующего права и тенденций его развития, на идеи, концепции и практические рекомендации современной юридической науки по вопросам совершенствования правоустановительного процесса и системы позитивного права.

5. Системность. Принцип системности правоустановительной деятельности требует как учета системного характера позитивного права, так и системной организации самой деятельности по изменению, обновлению и совершенствованию действующего права. В силу системности права все вновь устанавливаемые нормы должны быть надлежащим образом согласованы со всей действующей системой норм, чтобы занять в этой системе свое особое место и осуществлять соответствующую регулятивно-правовую функцию. Для достижения этого необходимо, чтобы и вся правоустановительная деятельность носила системно-упорядоченный и планомерно-организованный характер. Необходимы согласованность и единство в целях, планах и действиях всех субъектов правоустановительной деятельности, наличие соответствующих юридических механизмов и государственно-правовых институтов, обеспечивающих системную упорядоченность правоустановительного процесса, соответствие его хода и результатов действующим правовым нормам и процедурам.

Нарушение этих требований ведет к деформации и разрушению системы норм позитивного права и надлежащей иерархии его источников, порождает существенные коллизии в нормативно-правовом материале, наносит значительный ущерб правовой регуляции в целом.

6. Профессионализм. Правоустановление (правотворчество, законотворчество, нормотворчество) — это особый вид творческой работы, связанный с поиском, формулированием и официальным закреплением в соответствующих источниках общеобязательных правовых норм, определяющих правила и порядок жизни и взаимоотношений всех членов общества. Огромная социальная значимость и существенное предметно-содержательное своеобразие этой деятельности требуют ее осуществления на высоком профессиональном уровне. Это предполагает высокий профессионализм в вопросах нормотворчества прежде всего самих субъектов правоустановительной деятельности, понимание ими ее смысла и назначения, ее содержательно-правовых и юридико-технических аспектов и т.д. Дилетантизм здесь столь же недопустим, как и в других сферах профессиональной деятельности, и к тому же чреват несомненно более существенными негативными социальными последствиями. Конечно, профессиональные недостат-

ки субъектов правоустановительной деятельности в какой-то мере могут быть сглажены путем учета рекомендаций ученых-юристов, помощи квалифицированных специалистов, участвующих в подготовке правоприменительных решений и т.д. Но все это, разумеется, не снимает проблемы профессионального уровня самих субъектов правоустановительной деятельности, который прямо и непосредственно отражается на правовом качестве и юридико-технических характеристиках нормотворческого процесса и принимаемых норм.

3. Основные стадии правоустановительного процесса

Процесс установления новой нормы права (издания нормоустанавливающего акта) состоит из нескольких последовательных стадий — от осознания потребности в издании соответствующей нормы до ее принятия и официальной публикации.

Характер и содержание правоустановительной деятельности на различных стадиях ее осуществления, как и само значение подобных стадий в рамках правоустановительного процесса, во многом зависят от особенностей соответствующего источника права, к которому относится устанавливаемая норма. В системах общего (прецедентного) права, где основным источником права является судебное решение, стадии правоустановительного процесса, по существу, совпадают с основными стадиями рассмотрения и разрешения конкретных дел в соответствующих судебных инстанциях, устанавливающих нормы прецедентного права.

В системах права романо-германской правовой семьи, где основным источником права является нормативно-правовой акт и где также и все другие источники права в том или ином виде получают свое официальное признание и закрепление в соответствующих нормативно-правовых актах, стадии правоустановительного процесса обусловлены логикой и процедурой подготовки и принятия того или иного нормативно-правового акта (закона или подзаконного акта).

Подзаконные нормативно-правовые акты готовятся и принимаются соответствующими органами исполнительной власти в пределах их правоустановительной компетен-

ции, установленной Конституцией РФ и действующим законодательством.

Так, **разработка проектов** нормативных указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ, а также вносимых по их инициативе в Государственную Думу законопроектов осуществляется аппаратом соответствующих государственных органов с привлечением к данной работе заинтересованных (профильных) министерств и ведомств. Аппаратный порядок подготовки проектов нормативных актов действует и в нормотворчестве различных министерств, ведомств и государственных комитетов.

Порядок принятия подзаконных нормативно-правовых актов зависит от типа и характера соответствующего органа исполнительной власти. Нормативно-правовые акты коллегиальных органов исполнительной власти (например, постановление Правительства РФ, постановление Правительства субъекта РФ и др.) принимаются простым большинством голосов членов соответствующей коллегии. Нормативно-правовые акты органов исполнительной власти, действующих на началах единоличного руководства (указы Президента РФ, приказы министра, акты глав исполнительной власти в субъектах РФ и т.д.), принимаются в порядке единоличного решения соответствующего должностного лица.

Более сложной и детализированной является законодательная процедура. В целом законотворческий процесс состоит из следующих **основных стадий**: 1) принятие соответствующим компетентным органом (самим правоустановительным органом или субъектом правоустановительной инициативы) решения об издании определенного нормативно-правового акта; 2) разработка и предварительное обсуждение проекта этого акта; 3) рассмотрение данного проекта правоустановительным органом; 4) принятие нормативно-правового акта; 5) официальное опубликование принятого нормативно-правового акта.

Инициатива принятия соответствующего нормативного акта может исходить как от самого правоустановительного органа, так и от других субъектов, обладающих правом на такую инициативу.

Так, в Российской Федерации в законотворческом процессе (на федеральном уровне) **право законодательной инициативы**, согласно ч. 1 ст. 104 Конституции РФ, при-

надлежит Президенту РФ, Совету Федерации, членам Совета Федерации, депутатам Государственной Думы, Правительству РФ, законодательным (представительным) органам субъектов РФ. Право законодательной инициативы по вопросам их ведения принадлежит также Конституционному Суду РФ, Верховному Суду РФ и Высшему Арбитражному Суду РФ.

Все законопроекты вносятся в Государственную Думу.

Право законодательной инициативы означает, что проект закона, внесенный субъектом такого права в Государственную Думу, подлежит обязательному рассмотрению самой Государственной Думой. Конечно, свои законопроекты могут направить в Государственную Думу также отдельные граждане, общественные объединения и другие субъекты, не обладающие правом законодательной инициативы. Такие законопроекты Государственная Дума не обязана рассматривать.

Разработка законопроекта осуществляется субъектом законотворческой инициативы (соответствующими структурами, подчиненными данному субъекту) или по поручению Совета Государственной Думы — одним из ее комитетов.

В отношении внесенного в Государственную Думу законопроекта Совет Государственной Думы назначает соответствующий комитет Государственной Думы ответственным по законопроекту (так называемый ответственный комитет) и принимает решение о включении законопроекта в примерную **программу законопроектной работы** Государственной Думы на текущую либо на очередную сессию. Одновременно законопроект направляется в комитеты, комиссии и депутатские объединения Государственной Думы, Президенту РФ, в Совет Федерации, в Правительство РФ, а также в Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ — по вопросам их ведения для подготовки и представления отзывов, предложений и замечаний.

На этой **стадии предварительного обсуждения** законопроекта он может быть направлен ответственным комитетом в государственные органы, научные и общественные организации для подготовки отзывов, предложений и замечаний, а также для проведения научной экспертизы. Правовое управление аппарата Государственной Думы

осуществляет правовую и юридико-техническую экспертизу законопроекта, а в ряде случаев — и лингвистическую экспертизу.

Обсуждение законопроекта в комитетах Государственной Думы проходит открыто, с приглашением представителя субъекта права законодательной инициативы и может освещаться в средствах массовой информации.

Законопроект может обсуждаться и на парламентских слушаниях с участием широкого круга заинтересованных лиц, общественности, представителей средств массовой информации.

На основе всех этих предварительных обсуждений в законопроект вносятся необходимые исправления и уточнения. Законопроект, подготовленный к рассмотрению, направляется ответственным комитетом в Совет Государственной Думы для внесения на рассмотрение Государственной Думы.

Рассмотрение законопроектов Государственной Думой осуществляется в трех чтениях. В первом чтении обсуждается концепция, актуальность и значимость законопроекта и вносятся в него поправки. Во втором чтении обсуждаются внесенные поправки к законопроекту и принимается решение об их принятии или отклонении. Третье чтение назначается для голосования в целях **принятия законопроекта в качестве закона**.

Принятые Государственной Думой законы в течение пяти дней передаются на рассмотрение Совета Федерации. **Одобренный Советом Федерации закон** в течение пяти дней направляется Президенту РФ, который в течение четырнадцати дней подписывает **федеральный закон** и обнародует его.

Официальное опубликование принятого нормативно-правового акта осуществляется в специальных печатных изданиях. Так, федеральные конституционные и федеральные законы, акты палат Федерального Собрания официально публикуются в "Парламентской газете", "Российской газете" или в "Собрании законодательства Российской Федерации". В этих же изданиях в течение десяти дней после их подписания публикуются акты Президента РФ и Правительства РФ.

Неопубликованные законы, согласно Конституции РФ (ч. 3 ст. 15), не применяются. Любые нормативно-правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности

человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

Нормативно-правовые акты федеральных органов исполнительной власти, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливающие правовой статус организаций или имеющие общий (межведомственный) характер, подлежат официальной публикации в "Российской газете" в течение десяти дней после их государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ, а также в Бюллетене нормативных актов федеральных органов исполнительной власти.

Официальное опубликование актов субъектов РФ осуществляется в специальных местных печатных изданиях. В местных средствах массовой информации публикуются и акты органов местного самоуправления.

4. Юридическая техника

Важной составной частью юридической доктрины являются разработанные в юриспруденции и применяемые в государственно-правовой практике правила внешнего выражения в тексте различных правовых актов (правоустановительного, правоприменительного или правотолковательного характера) определенного нормативно-правового содержания, конкретных правоположений. Совокупность таких правил принято называть "**юридической техникой**", подобно тому как юридическая догматика в целом нередко трактовалась как "**юридическое ремесло**" (в смысле юридического умения, мастерства, искусства).

Под "**текстом**" правового акта при этом имеется в виду письменный текст, поскольку речь идет о писаном праве в условиях письменной культуры. Но в принципе можно говорить о юридической технике и применительно к устному тексту правового акта (например, к устному тексту неписаного обычного права или к устному тексту правового акта в современную эпоху писаного права, когда текст правового акта выражается в форме устного правоустановления — в виде устной речи, устного обнародования содержания правового акта по радио, телевидению и т.д.).

Юридическая техника — это совокупность принципов, правил, средств, приемов и методов адекватного

выражения определенного нормативно-правового содержания в форме текста правового акта.

Правовыми актами являются официально-властные акты (нормативного и индивидуального характера), имеющие общеобязательную юридическую силу, — правоустановительные и правоприменительные акты, а также акты официального толкования и систематизации действующего права.

В отличие от правовых актов, которые содержат общеобязательные **правоположения**, во всех других текстах (теоретического или практического характера) по правовой тематике содержатся лишь те или иные **правосуждения** (суждения, высказывания о праве), не имеющие юридической силы. И адекватность правосуждений (теоретических или практических) следует оценивать с позиций соответственно критериев научной истины или прагматической пользы, а не правил юридической техники. Возможны, правда, случаи, когда те или иные правосуждения представителей юриспруденции (например, римских или более поздних юристов) являются частью юридической доктрины, официально признанной источником действующего права; **такие доктринальные правосуждения являются одновременно и общеобязательными правоположениями.**

Принципы, правила, приемы и методы юридической техники относятся ко всем правовым актам, но применительно к различным видам правовых актов (к актам правоустановительным, правоприменительным, правотолковательным или правосистематизирующим) они получают специфическое преломление, обусловленное своеобразием правового содержания соответствующего вида акта, юридико-техническими особенностями текстуальной формы выражения данного правового содержания и т.д.

Таким образом, **юридическая техника включает в себя**, кроме законодательной техники (и более широко — правоустановительной техники), также и юридическую технику надлежащего оформления нормативно-правового содержания актов в сфере правоприменения, правотолкования и систематизации права.

Основные требования юридической техники можно сформулировать в виде следующих положений.

1. Правила юридической техники требуют, чтобы текстуальное оформление всех правовых актов было в мак-

симальной степени подчинено **выражению и изложению их нормативно-правовых свойств** и значений, т.е. того главного в содержании разных актов, что определяет их правовую специфику, регулятивно-правовой смысл и юридическую силу. Это требование должно найти свое конкретное воплощение в тексте всех правовых актов с учетом нормативного своеобразия и особенностей различных видов актов: актов установления новых норм права, актов применения норм права, актов толкования норм права, актов систематизации норм права. Надлежащее выражение в тексте акта **специфики его нормативности** (особого нормативного статуса акта, его **нормативной модальности**) является одновременно и основанием юридико-содержательной правомерности данного акта, и существенным показателем его юридико-технической культуры.

2. Текстуальная форма акта, согласно требованиям юридической техники, должна выразить **специфику правового регулирования** (и вместе с тем — правовой трактовки, оценки, квалификации и т.д.) общественных отношений. Эта специфика, согласно юридико-доктринальной трактовке права как системы норм, состоит в том, что правовое регулирование осуществляется по юридико-логической модели (схеме, образцу) нормы права, представляющей собой системное целое трех взаимосвязанных составных элементов — диспозиции, гипотезы и санкции. **Построение текста акта по принципу и схеме юридико-логических связей между элементами нормы права** означает, что отдельные части и фрагменты текста акта (и весь акт в целом) имеют юридическое значение лишь как формы выражения отдельных элементов нормы права в их взаимосвязи с текстуально выраженными другими ее элементами. Все, что в тексте акта не является выражением элементов нормы права и не связано с ними, засоряет текст акта, нарушает юридическую логику его построения, затрудняет понимание и применение его нормативно-правовых положений и подлежит устранению.

Оптимальная форма правового акта — это возможный минимум его текста при возможном максимуме его нормативного содержания. **Принцип минимизации текста** акта имеет свои пределы, обусловленные тем, что в тексте акта должны быть явно сформулированы или с бесспорной определенностью предполагаться все элементы (в их систем-

ной взаимосвязи) устанавливаемых, применяемых, толкуемых или систематизируемых норм права. В свою очередь пределы **принципа максимализации нормативного содержания акта** обусловлены тем, что в его тексте не следует формулировать те элементы правовой нормы, которые носят очевидный характер.

3. Текстуальное оформление правового акта должно осуществляться в соответствии с **системным характером права** в целом, с местом и значением выраженного в нем нормативно-регулятивного содержания в системе всего действующего права. Изменения, вносимые новыми правовыми актами в действующее право, должны быть направлены на его совершенствование, на преодоление имеющихся в нем несогласованностей и противоречий, а не порождать новые коллизии. Новые правовые акты не должны дублировать содержание уже имеющихся актов по тому же самому вопросу. **Минимизация количества правовых актов** по одному и тому же предмету нормативно-правовой регуляции является одним из основных требований юридической техники и одним из главных направлений совершенствования всей системы действующего права. С этим связана и общеправовая значимость юридико-технических средств и приемов систематизации действующих норм права как эффективного средства повышения качества и регулятивной роли всего права.

4. Текст правового акта должен быть надлежащим образом структурирован. **Юридико-технические правила структурной организации текста акта как единого целого** требуют последовательного, согласованного, непротиворечивого, экономного и доступного (для обозрения, понимания и применения) текстуального выражения нормативно-регулятивных целей и положений соответствующего акта. Структура текста (его разбивка на разделы, части, статьи, параграфы, пункты, абзацы и т.д.) должна в максимальной степени содействовать адекватному выражению в тексте акта юридической логики нормативной регуляции, относящейся к предмету данного акта.

Ряд юридико-технических требований касается порядка **очередности изложения** материала правового акта.

Так, некоторые особо значимые нормативно-правовые акты (конституции, основополагающие законы и т.д.) начинаются с преамбул, в которых излагаются главные

цели данного акта. По правилам юридико-технической очередности в нормативно-правовом акте сперва излагаются общие нормы (нормы общей части акта), а затем более конкретные нормы (нормы особенной части акта). Изложение норм материального права предшествует изложению норм процессуального характера. Структурные части текста (разделы, подразделы, статьи, пункты и части статьи и т.д.) нумеруются. Для упорядочения текста акта и облегчения пользования им некоторые части акта (разделы, подразделы, статьи) имеют соответствующие заголовки (наименования).

Значительные особенности также и в этом плане присущи правоприменительным актам. Так, структура текста судебного решения по гражданским делам состоит из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей. Приговор суда по уголовному делу состоит из вводной, описательной и резолютивной частей.

Правовой акт как единое целое должен иметь соответствующие **реквизиты** (название акта, наименование принявшего его органа, дата и место его принятия, регистрационный номер, подписи соответствующих должностных лиц и т.д.), удостоверяющие его подлинность в качестве официального юридического документа.

5. Существенное значение имеют **требования юридической техники, относящиеся к языку правовых актов**. Язык правового акта — это одновременно и материя его текста, и средство выражения его нормативно-регулятивного смысла. Правила юридической техники требуют ясности, простоты и доступности языка правового акта, необходимости и однозначности используемых в нем понятий, терминов, формулировок, словесных конструкций и дефиниций. В тексте правового акта элементы профессионального языка юриспруденции, специальные юридические понятия, термины, конструкции и т.д. (например, правоотношение, субъект права, исковая давность, законодательная инициатива, компетенция, состав преступления, эксцесс исполнителя, невменяемость и т.д.) должны органически сочетаться с общеупотребительными словами и словесными выражениями современного литературного языка, а также с профессиональной терминологией неюридического характера (типа: биологические агенты и токсины, эпизотия, информация на машинном носителе и т.д.).

В тексте правового акта не должны использоваться словесные архаизмы и неологизмы, различные образные выражения, аналогии, метафоры, двусмысленные обороты речи и т.д. Правила юридической техники требуют экономии (по принципу необходимости и достаточности) словесных средств в процессе подготовки и оформления текста правового акта.

В целом правовой акт должен обладать **единством стиля**, соответствующего целям, содержанию и значению официального документа, который обладает юридической силой.

Официально-юридический стиль правового акта требует профессиональной четкости, деловой сухости, властной строгости, смысловой однозначности и надлежащей лаконичности. В правовом акте не следует использовать как канцеляризмы и аппаратно-бюрократические словесные штампы, так и различные выражения из просторечия. Не должно быть в правовом акте и разного рода рассуждений, намерений, сомнений, призывов и пожеланий.

Глава 5. Система права и систематизация законодательства

1. Понятие и структура системы права

Система права — это юридико-доктринальная категория и конструкция, которая включает в себя нормы права и объединяющие их правовые институты и отрасли права.

Доктринальная трактовка права как системы норм означает, что единственным системным (и системно-структурным) элементом права является норма права. Система права включает в себя множество различных норм, регулирующих разные общественные отношения. При этом существуют **определенные закономерные взаимосвязи** между спецификой регулируемых отношений и особенностями их нормативно-правовой регуляции: **однородные отношения регулируются однопорядковыми нормами.** На этой основе нормы права внутри системы права группируются в правовые институты и отрасли права.

Правовой институт — это совокупность однопорядковых норм, регулирующих определенный вид общественных отношений. Например, правовой институт собственности в гражданском праве представляет собой группу взаимосвязанных норм одного вида, регулирующих отношения собственности. По такому же критерию выделяются и другие институты гражданского права (лица, представительство, исковая давность и т.д.). Аналогичным образом обстоит дело и в других отраслях права. Так, правовыми институтами в уголовном праве являются, в частности, преступление, наказание, уголовная ответственность несовершеннолетних, преступления против личности и т.д. В семейном праве имеются такие правовые институты, как заключение и прекращение брака, права и обязанности супругов, алиментные обязательства членов семьи и др.

Отрасль права — это совокупность однопорядковых норм, регулирующих определенный род общественных отношений. Правовые институты одной отрасли права выражают, таким образом, видовое различие между отдельными относительно самостоятельными группами норм в рамках однородной совокупности норм определенной отрасли права.

Различаются **отрасли материального права и отрасли процессуального права.** Так, к отраслям материального права относятся гражданское право, трудовое право, уголовное право и ряд других отраслей права. К отраслям процессуального права относятся гражданское процессуальное право и уголовно-процессуальное право.

Нормы (и соответствующие отрасли) материального права закрепляют исходные права и обязанности субъектов права в определенной сфере правовой регуляции общественных отношений, а нормы (и соответствующие отрасли) процессуального права определяют порядок и процедуры реализации норм материального права, права и обязанности субъектов процессуально-правовых отношений.

Процессуальные нормы (институты, подотрасли и отрасли) права придают необходимую юридическую определенность взаимоотношениям различных субъектов права на всех стадиях правоустановительной, правоохранительной и правоприменительной деятельности. Процессуально-правовые формы и процедуры являются важной юридической

гарантией реальности прав и свобод личности и необходимым условием эффективного действия всего права. **Мера процессуализированности права** — существенный качественный показатель **степени развитости права в целом**.

В рамках ряда отраслей права формируются подотрасли права. Так, в некоторых отраслях материального права (например, конституционного, административного права и т.д.) постепенно складываются соответствующие подотрасли процессуального права (конституционно-процессуального права, административно-процессуального права и т.д.). Возможно также формирование в рамках той или иной отрасли материального права подотрасли материального права, например в отрасли трудового права — подотрасли (а в ряде национальных систем права — и новой отрасли) социального права (права социального обеспечения).

Подотрасль права — это крупная составная часть отрасли права, объединяющая группу однородных правовых институтов. Складываясь первоначально на основе одного или нескольких правовых институтов, подотрасль права при наличии определенных условий (объективные потребности в правовом регулировании соответствующих новых сфер общественных отношений, существенное обновление основ и принципов самой правовой регуляции и т.д.) постепенно развивается в направлении к обособлению в качестве новой самостоятельной отрасли права.

В связи с делением права на публичное право и частное право в юридической литературе принято различать **отрасли публичного права** (например, конституционное право, административное право, уголовное право, гражданское процессуальное право, уголовно-процессуальное право и т.д.) и **отрасли частного права** (наиболее распространенный пример — гражданское право).

Также и международное право делится на международное публичное право и международное частное право.

Деление права на публичное и частное восходит к римским юристам. «Изучение права, — писал Ульпиан (Д. 1.1.1), — распадается на две части: публичное и частное (право). Публичное право, которое (относится) к положению римского государства, частное, которое (относится) к пользе отдельных лиц; существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении. Пуб-

личное право включает в себя святыни, служение жрецов, положение магистратов. Частное право делится на три части, ибо оно составляется или из естественных предписаний, или (из предписаний) народов, или (из предписаний) гражданских¹.

Выделение в общей структуре права публично-правового компонента соответствовало основополагающей концепции римской юриспруденции, предмет которой, наряду с познанием права вообще, включал в себя и соответствующее правовое учение о публичной власти (правовое понимание и толкование государства). Представление о публичном праве развивало и конкретизировало этот юридический подход к государству и придавало ему соответствующую институционально-правовую основу и определенность.

Признание публичного права (в его различении и соотношении с частным правом) по сути дела ставило государство (его организацию и деятельность, полномочия государственных органов и т.д.) под действие права и означало, что у государства в целом и у отдельных государственных органов нет какого-то своего особого «права» для себя, что государство, его органы и должностные лица подчиняются, как и остальные субъекты права (частные лица), требованиям единого права и должны действовать в соответствии с его общими правилами.

Однако сами римские юристы не трактовали действующее право в доктринальном плане как совокупность публично-правовых и частно-правовых отраслей права. Такое деление отраслей права на отрасли публичного права и отрасли частного права складывалось в последующей европейской юриспруденции и прочно утвердилось в доктрине права в буржуазную эпоху — в условиях деполитизации сферы частной жизни и резкого разграничения сфер частных и публично-политических отношений, отделения гражданского общества от государства (политической общности), различения прав частного субъекта (члена гражданского общества) и прав публичного субъекта (гражданина, члена публично-политической общности).

Подобные представления о наличии чисто публично-правовых и чисто частно-правовых отраслей являются

¹ Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 23.

доктринальным преувеличением и не соответствуют реалиям и действительному смыслу права как всеобщей формы общественных отношений по единому принципу формального равенства во всех (публичных и частных) сферах и отраслях правовой регуляции. **Любая норма права в любой отрасли права**, — если речь идет не о произвольном установлении, а действительно о норме права как конкретизации требований принципа формального равенства, — **объединяет в себе (и по смыслу общеправового принципа формального равенства должна объединять в себе) оба начала: публично-правовое и частно-правовое** или, говоря словами Ульпиана, “полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении”.

Смысл деления права на публичное и частное состоит не в том, чтобы в одних нормах и отраслях права (например, в конституционном или уголовном праве) выразить отдельно только “полезное в общественном отношении” (общественную пользу, благо, интерес и т.д.), а в других нормах и отраслях права (например, в гражданском, семейном или предпринимательском праве) выразить отдельно только “полезное в частном отношении” (частную пользу, благо, интерес), а, напротив, в том, чтобы во всех нормах (и отраслях) права надлежащим образом учесть и выразить **правовое значение и общественной пользы, и частной пользы (общественного и частного благ, интересов) в их взаимосогласованном единстве.**

Представленная в норме права и в праве в целом **общая воля (общее благо, общий интерес)** — это и есть правовой способ и правовая форма учета, согласования, сочетания публичных и частных интересов в соответствующей сфере и отрасли нормативно-правовой регуляции. Правомерный интерес, т.е. признаваемый и защищаемый правом интерес, — это результат согласования и компромисса различных конфликтующих интересов на основе критерия их соответствия требованиям общеправового принципа формального равенства (и выражающих требования этого принципа конкретных норм права). Такой правомерный интерес — это и есть с точки зрения права **общий интерес (общее благо)** в том смысле, что включает в себя все правомерное (т.е. согласуемое с правом) из всех конфликтующих интересов (частных, групповых, публичных и т.д.) всех соответствующих субъектов (индивидов,

объединений, госорганов, государства в целом). Так что правомерные частные и публичные интересы защищаются (и должны защищаться) всеми нормами, нормами всех отраслей права. В этом смысле ясно, что, например, закрепленные в Конституции РФ права человека выражают защищенный правом **общий интерес** (т.е. правомерные интересы и отдельной личности, и государства в целом) и не противоречат конституционно-правовой концепции суверенитета государства и т.д.

Таким образом, при характеристике системы права с позиций различения публично-правовых и частно-правовых аспектов права речь, по существу, должна идти не об отдельных, принципиально отличных друг от друга, “чистых” нормах и отраслях публичного права и частного права, а о **публично-правовом и частно-правовом компонентах (составных моментах) во всех нормах и отраслях права.** Специфический характер и особенности сочетания этих компонентов в отдельной норме и в нормах той или иной отрасли права определяются своеобразием регулируемых общественных отношений, целями и задачами правовой регуляции, особенностями предмета и метода правового регулирования различных сфер общественной жизни.

2. Объект, предмет и метод правового регулирования

Каждая отрасль права имеет свой особый объект, свой особый предмет и свой особый метод правового регулирования в пределах общего объекта, общего предмета и общего метода правовой регуляции.

Общей теоретико-методологической основой для осмысления и успешного решения проблем правовой регуляции (определения его объекта, предмета и метода и т.д.) является концепция предмета и метода юриспруденции в целом, определяющая специфику права, особенности юридического (понятийно-правового) познания социальной действительности и регулятивно-правового воздействия на нее.

Любое отраслевое право (конституционное, гражданское, уголовное, семейное право и т.д.) по своим сущностным свойствам и предметно-методологическим характеристикам представляет собой **форму конкретизации** (приме-

нительно к особенностям регулируемых общественных отношений) **общего понятия права в целом**, лежащего в основе общей концепции предмета и метода юридической науки.

Поэтому **основополагающим принципом правового регулирования** как особого типа социальной регуляции является принцип формального равенства (и конкретизирующие его нормы), который выражает сущностные свойства права и определяет специфику всей правовой регуляции, качественное своеобразие ее предмета и метода.

Общим объектом правовой регуляции являются общественные отношения, точнее говоря, — сознательно-волевые аспекты общественных отношений, т.е. определяемое сознанием и волей людей их внешнее поведение (действия и бездействие).

Правовое регулирование (от лат. *regula* — правило) общественных отношений — это соответствующая требованиям принципа формального равенства форма упорядочения этих отношений путем официально-властного установления различных общеобязательных правил (норм) поведения людей и их взаимоотношений.

Общий предмет правового регулирования — это официально устанавливаемый общий порядок в сфере всех регулируемых общественных отношений, т.е. вся система норм права, представляющая собой нормативную конкретизацию требований принципа формального равенства. Предмет правового регулирования, таким образом, — это не сами по себе объекты правовой регуляции (фактические общественные отношения), а определенный порядок, устанавливаемый в сфере объекта правовой регуляции.

Общий метод правового регулирования — это присущая праву в целом совокупность способов, приемов и форм использования регулятивных свойств и функций норм права.

Предмет и метод правового регулирования обладают понятийно-правовым единством и общим нормативно-правовым содержанием. Каждая отдельная норма права как нормативная форма конкретизации общеправового принципа формального равенства является одновременно и составной частью предмета правовой регуляции (устанавливаемого порядка), и компонентом соответствующего

этому предмету (правопорядку) метода правовой регуляции (способа регламентации поведения людей и воздействия на общественные отношения).

Принцип формального равенства, единый для всего права (и общего понятия права) и всей системы правовой регуляции, по-разному преломляется в различных областях общественной жизни, в разных сферах правового регулирования. Выяснение конкретного значения (форм конкретизации) общеправового смысла принципа формального равенства применительно к различным общественным отношениям и сферам правовой регуляции, а затем и выражение этого конкретного значения принципа формального равенства в виде отдельных норм права, их однородных совокупностей (отрасль права с соответствующими институтами) и всей системы норм права относятся к числу наиболее существенных проблем юриспруденции. Эти проблемы каждый раз требуют от юридической теории и практики творческого подхода для выявления подлинного конкретного смысла и значения права (принципа формального равенства) применительно к различным регулируемым (и не подлежащим правовой регуляции) общественным отношениям, адекватного определения общеправового и отраслевого предмета и метода правовой регуляции отдельных групп и сфер однородных общественных отношений, надлежащего выражения регулятивно-правового содержания предмета и метода правовой регуляции в соответствующих конкретных нормах права с учетом их общесистемных связей, отраслевой принадлежности и институционального профиля.

В процессе правовой регуляции должны быть решены три основных вопроса: 1) какие общественные отношения подлежат правовой регуляции, т.е. каков объект правовой регуляции? 2) какой порядок (правовой режим) в этой сфере правовой регуляции должен быть установлен, т.е. каков предмет правовой регуляции? 3) с помощью каких особых регулятивно-правовых средств, способов и приемов, присущих нормам права, установить соответствующий порядок (правовой режим), т.е. каков метод правовой регуляции?

Каждой отрасли права присущи свои отличительные свойства и характеристики, обусловленные спецификой объекта отраслевой правовой регуляции и соответствующи-

ми особенностями предмета и метода регуляции данного объекта.

Объект отраслевой правовой регуляции — это, как правило, большая группа однородных общественных отношений, составляющих отдельную, относительно самостоятельную сферу (область) общественной жизни. К таким группам однородных общественных отношений относятся, например, властно-управленческие, имущественные, семейные, земельные, финансовые, предпринимательские, экологические отношения, отношения в сфере социального обеспечения, преступления и наказания, судопроизводства, исполнения приговора и т.д.

Правовое регулирование этих различных объектов должно осуществляться с учетом особенностей соответствующих общественных отношений, специфики их фактического социального содержания, их особого места и значения в социальной жизни людей и системе общественных отношений в целом.

Предмет отраслевого правового регулирования — это устанавливаемый в сфере правовой регуляции особый правопорядок (правовой режим), который определяется совокупностью однопорядковых (по их регулятивно-правовым свойствам и характеристикам) норм права, составляющих право соответствующей отрасли.

Предмет отраслевого правового регулирования, отраслевой правопорядок, отраслевое право — составные части соответственно предмета общего правового регулирования, общего правопорядка и всей системы права в целом.

Точно так же метод отраслевой правовой регуляции (метод отрасли права) является составной частью общего метода правовой регуляции.

Метод отраслевого правового регулирования (метод отрасли права) — это совокупность приемов, способов и форм выражения специфических регулятивных свойств и функций, присущих нормам права данной отрасли.

Особенности отраслевых методов в значительной мере обусловлены **спецификой отраслевых механизмов нормативно-правовой регуляции**.

В общем виде, значимом для всех отраслей права, **механизм правовой регуляции** общественных отношений представляет собой системную связь трех структурных элементов нормы права — диспозиции, гипотезы и санк-

ции. В абстрактной форме это означает, что при определенных условиях (гипотеза) участники регулируемых отношений должны действовать как субъекты определенных взаимосвязанных, корреспондирующих друг другу прав и обязанностей (диспозиция), иначе наступят невыгодные для нарушителя требований нормы права последствия (санкция).

Этот общий механизм правовой регуляции получает различное содержательно-правовое наполнение и структурно-конструктивное выражение в нормах права разных отраслей и в целом в разных отраслевых механизмах правовой регуляции. Поэтому в разных отраслях права структурные элементы нормы права имеют различное регулятивно-правовое значение и выполняют разную роль в механизме правовой регуляции.

Так, в одних отраслях права (например, в конституционном, гражданском, семейном, предпринимательском, финансовом, земельном, гражданском процессуальном, уголовно-процессуальном праве и т.д.) определяющее значение в механизме правовой регуляции и, соответственно, в структуре отраслевых норм имеет прежде всего диспозиция нормы, максимально полно и детально регламентирующая и закрепляющая взаимные права и обязанности субъектов регулируемых отношений. В этой группе отраслей права специфика диспозиции норм (четкое закрепление за определенными субъектами определенных взаимных прав и обязанностей) уже в значительной мере предопределяет как регулятивно-правовое содержание и значение их гипотезы (т.е. условий действительности этих уже изложенных в диспозиции прав и обязанностей определенных субъектов), так и характер соответствующей санкции.

В некоторых других отраслях права (в уголовном праве, а также в той части административного права, где регулируются вопросы об ответственности за административные правонарушения) определяющее регулятивно-правовое значение имеет прежде всего гипотеза норм (исчерпывающее изложение конкретных составов преступлений и административных правонарушений) и во многом обусловленная данной гипотезой соответствующая санкция.

При этом метод каждой отрасли права внутри приведенных двух групп отраслей имеет свои отличительные

особенности. Эти особенности проявляются в характерных для данной отрасли специфических способах корреспонденции прав и обязанностей одних субъектов с обязанностями и правами других субъектов, приемах распределения регулятивно-правового содержания нормы права между его структурными элементами, формах выражения системных взаимосвязей между различными структурными элементами и т.д.

Целый ряд особенностей отраслевых методов связан с тем, что каждой отрасли права присущи свой особый порядок определения отраслевого состава субъектов права с особым содержанием их правосубъектности, правоспособности и дееспособности, свои особые условия (наличие определенных юридических фактов) и формы осуществления соответствующих прав и обязанностей, свои особые способы соединения публично-правовых и частно-правовых компонентов в нормах права данной отрасли, свои особые правила использования и приемы сочетания регулятивных свойств норм права различных видов (императивных и диспозитивных; запретительных, обязывающих, управомочивающих и т.д.).

К важным отличительным особенностям отраслевого метода относятся и те специальные отраслевые юридические принципы, понятия, термины, формулы, концепции и конструкции, с помощью которых выражается специфический регулятивный смысл отраслевых норм и содержательно-предметное своеобразие каждой отрасли права.

В целом предмет и метод как два компонента любой отрасли права представляют собой два взаимодополняющих аспекта осмысления и выражения регулятивно-правовых свойств и характеристик одной и той же совокупности однопорядковых отраслевых норм, регулирующих группу однородных общественных отношений.

3. Основные отрасли российского права

Основными отраслями современного российского права являются конституционное право, административное право, гражданское право, предпринимательское право, уголовное право, трудовое право, семейное право, финан-

совое право, земельное право, природоохранное право, гражданское процессуальное право, уголовно-процессуальное право, уголовно-исполнительное право.

Ведущую роль во всем комплексе отраслей права играет **конституционное право**. Эта отрасль права представляет собой совокупность норм, регулирующих основы общественного и государственного строя, закрепляющих основные права и свободы человека и гражданина, определяющих форму государства, компетенцию высших органов государственной власти и должностных лиц, конституционно-правовые основы местного самоуправления.

Административное право — это совокупность норм, регулирующих общественные отношения в сфере государственного управления. Нормами этой отрасли устанавливаются система, порядок и компетенция органов и должностных лиц исполнительной власти, закрепляются права и обязанности граждан в их отношениях с этими органами и должностными лицами, определяются понятие и виды административных правонарушений, соответствующие меры ответственности и т.д.

Гражданское право представляет собой совокупность норм, регулирующих договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Нормы гражданского права определяют правовое положение участников гражданского оборота (физических и юридических лиц), основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности).

Предпринимательское право — это совокупность норм, регулирующих предпринимательские (хозяйственные) отношения, т.е. отношения, складывающиеся при регулировании и осуществлении предпринимательской деятельности, а также внутрихозяйственные отношения¹. При этом предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск и под имущественную ответственность предпринимателя деятельность, направленная

¹ См.: Липтев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 17—25.

на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Уголовное право представляет собой совокупность норм, закрепляющих основание и принципы уголовной ответственности, определяющих понятие и виды преступлений, устанавливающих виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений. Основными задачами норм этой отрасли являются охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, конституционного строя от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений.

Трудовое право — это совокупность норм, регулирующих трудовые отношения между работодателями и работниками. Нормами этой отрасли права определяются основные трудовые права и обязанности работников, устанавливается порядок заключения и расторжения трудового договора, регулируются вопросы рабочего времени и времени отдыха, заработной платы, трудовой дисциплины, охраны труда и т.д.

Семейное право — это совокупность норм, регулирующих отношения в сфере брака и семьи. Нормы этой отрасли права устанавливают условия и порядок вступления в брак, прекращения брака и признания его недействительным, регулируют личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи (супругами, родителями и детьми, а также другими родственниками), определяют порядок и формы опеки и попечительства и т.д.

Финансовое право представляет совокупность норм, регулирующих финансовые отношения. Нормы финансового права определяют порядок формирования и распределения бюджетных средств, регулируют вопросы составления и утверждения бюджета, денежного обращения, взимания налогов и других обязательных платежей, устанавливают основания, формы и процедуры финансовой деятельности банков и т.д.

Земельное право — это совокупность норм, регулирующих земельные отношения. Нормы земельного права регулируют вопросы собственности на землю, определяют

условия и порядок землепользования, правовой режим земель различных категорий и т.д.

Природоохранное право является совокупностью норм, определяющих средства, формы и порядок охраны окружающей природной среды от всех видов вредного воздействия на нее. Нормы этой отрасли права закрепляют современные стандарты здоровой окружающей среды, защищают экологическое благополучие населения, обеспечивают право каждого на благоприятную окружающую среду.

Гражданское процессуальное право — это совокупность норм, которые определяют порядок гражданского судопроизводства. Нормы этой отрасли права устанавливают порядок рассмотрения дел по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, земельных, природоохранительных и административных правоотношений (дела по жалобам на неправильности в списках избирателей; по жалобам на действия, нарушающие права и свободы граждан; по жалобам на административные взыскания и т.д.). В порядке гражданского судопроизводства рассматриваются также дела особого производства (дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение; о признании гражданина безвестно отсутствующим и об объявлении гражданина умершим; о признании гражданина ограниченно дееспособным и недееспособным; о признании имущества бесхозным; об установлении неправильностей записей в книгах актов гражданского состояния; по жалобам на нотариальные действия или на отказ в их совершении; о восстановлении прав по утраченным документам на предьявителя).

Уголовно-процессуальное право — это совокупность норм, определяющих порядок производства по уголовным делам во время дознания, предварительного следствия и рассмотрения дела судом. Основными задачами уголовного судопроизводства являются охрана прав и свобод человека и гражданина, защита правопорядка, быстрое и полное раскрытие преступлений, объективное рассмотрение и разрешение уголовных дел на основе закона с тем, чтобы каждый совершивший преступление был подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден.

Уголовно-исполнительное право — это совокупность норм, регулирующих порядок и условия исполнения и от-

бывания наказаний, определение средств исправления осужденных, охрана их прав, свобод и законных интересов, оказание им помощи в социальной адаптации.

4. Система права и законодательство

Система права выступает как научная основа различных форм правоустановительной деятельности (законодательства, установления норм прецедентного права и т.д.), а также систематизации результатов такой деятельности (нормативно-правовых и иных правоустановительных актов).

В отличие от законодательства (и других форм и актов правоустановительной деятельности) **система права** — это определенная научно-доктринальная, юридико-логическая конструкция, выражающая результаты научного познания специфических закономерностей правового регулирования общественных отношений.

Отраслевой принцип построения системы права, концепция выделения различных отраслей права по критериям предмета и метода правовой регуляции, конструкция внутренней организации системы права и его составных частей (правовых норм, институтов и отраслей) и т.д. являются положениями юридико-доктринального учения о праве как регуляторе общественных отношений, о внутренне согласованной системе правовой регуляции (ее формах, механизме, средствах и способах), об особенностях правовой регуляции разнородных общественных отношений и т.д. Как доктринальная конструкция система права выражает научное понимание смысла, порядка, средств и правил надлежащей нормативно-правовой регуляции общественных отношений и соответствующих форм систематизации ее результатов (правоустановительных актов).

Система права, таким образом, является доктринальной юридико-логической моделью для реальной практики правоустановительной деятельности, издания соответствующих законодательных и иных правоустановительных актов, их рационально организованного учета и систематизации.

Согласно либертарно-юридической трактовке проблем системы права и законодательства, **системность** как

доктринальной конструкции системы права, так и соответствующего ей законодательства в конечном счете определяется тем, что в их основе лежит **единое понимание нормы права как юридико-логической формы нормативно-регулятивной конкретизации и выражения общеправового смысла и общеправовых требований принципа формального равенства.**

Соответствие регулятивно-правоустановительной деятельности различных государственных органов положениям системы права, осуществление законотворчества по юридико-отраслевому принципу (с учетом специфики предмета и метода соответствующей отрасли права, ее места и роли в системе права и т.д.) придает правовой регуляции и совокупности правоустановительных актов рациональность, юридико-логическую упорядоченность и системно-организованный характер. Отдельные правоустановительные акты и совокупность действующего законодательства в целом носят системный характер в той мере, в какой они учитывают и выражают требования системы права.

В условиях достаточно развитых форм права, государства и правовой культуры нормотворчество осуществляется в духе основных положений юридической доктрины, и отраслевая структура действующего законодательства в целом соответствует отраслевой структуре системы права. Но при этом между ними всегда остаются определенные различия и расхождения. Подобные расхождения обусловлены уже тем, что система права — это юридико-доктринальное построение, а законодательство (и все действующее позитивное право) — это официально-властное установление (эмпирическое явление, практическое образование), даже если оно последовательно следует рекомендациям юридической науки.

Система права как абстрактно-юридическая конструкция в обычных условиях эволюционного развития общества отличается большой структурной стабильностью и концептуальной консервативностью. Однако существенные изменения в общественных отношениях, в целях и задачах правовой регуляции и т.д. сопровождаются соответствующими корректировками концепции и преобразованиями структуры сложившейся системы права (появление **новых правовых отраслей и институтов**, исчезновение или преобразование прежних и т.д.).

Так, в современной российской системе права нет уже такой отрасли, как колхозное право, и вместе с тем появились некоторые новые правовые отрасли (например, предпринимательское право) и подотрасли (например, банковское право, конституционно-процессуальное право и т.д.). Значительные изменения наблюдаются в институциональной структуре многих традиционных отраслей права (появление многих новых правовых институтов, существенное обновление прежних и т.д.).

Существенно изменилась и **общая концепция** правовой регуляции и системы права. Важное значение в этом плане имеют прежде всего конституционное признание и закрепление позитивно-правового значения естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека в качестве приоритетного источника действующего права; конституционное признание общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ как составной части системы российского права; значительное усиление роли диспозитивных норм и в целом частно-правовых начал в правовой регуляции и т.д.

В силу своей непосредственной связи с социальной практикой законодательство (и в содержательном отношении, и в структурном плане) несравненно более чутко и оперативно, чем система права, реагирует на изменение в общественной жизни, на постоянно возникающие новые потребности в правовой регуляции. При этом нормотворческий процесс и соответствующие нормативно-правовые акты по своему отраслевому профилю нередко выходят за рамки отраслей системы права. Поэтому реально складывающаяся **структура законодательства в целом**, помимо отраслей законодательства, соответствующих отраслям системы права, включает в себя и некоторые другие отрасли законодательства, а также иные структурные части законодательства (отдельные законодательные комплексы и массивы).

Например, в современном российском законодательстве сложились такие **комплексные отрасли законодательства**, как законодательство об охране здоровья, образовании, науке, культуре, сельском хозяйстве и т.д. Эти комплексные отрасли законодательства, отражая процессы дифференциации и интеграции в правовом регулировании,

содержат в себе нормы разных отраслей права (административного, финансового, гражданского, предпринимательского и т.д.).

Интегративные процессы в законодательстве выражаются и в формировании отдельных крупных **законодательных массивов** в виде, например, совокупности нормативно-правовых актов, посвященных правовой регуляции вопросов борьбы с преступностью, проблем транспорта, информатизации и т.д.

Однако и при всех подобных несовпадениях и различиях между структурами системы права и законодательства главным и определяющим ориентиром и юридико-логической основой для всего правоустановительного процесса, упорядочения и интерпретации (толкования) всей совокупности нормативно-правового материала является система права.

5. Систематизация правоустановительных актов

Действующее право состоит из множества различных правоустановительных актов (нормативно-правовых актов, судебных решений прецедентного значения и т.д.), в которых выражено и представлено нормативно-правовое содержание различных источников позитивного права. Для надлежащей организации всего этого нормативно-правового материала (и внутри отдельных правоустановительных актов, и в рамках всей совокупности таких актов) и удобства практического пользования им применяются различные способы (виды) систематизации правоустановительных актов.

Наиболее простым способом систематизации нормативно-правовых и иных правоустановительных актов является **организация различных форм их учета** по определенному кругу вопросов, представляющих интерес для соответствующих пользователей правовой информации. Надлежащая организация такого учета включает в себя определенную **систему поиска** (ручного или автоматизированного) соответствующей правовой информации по интересующему вопросу.

Более развитыми способами систематизации правоустановительных актов являются их инкорпорация, консолидация и кодификация.

Инкорпорация — это способ систематизации, который состоит в собрании правоустановительных актов по определенному основанию (тематическому, хронологическому и т.д.) и кругу вопросов без внесения изменений в нормативно-правовое содержание соответствующих актов. В виде инкорпорации издаются (в официальном или неофициальном порядке) разного рода сборники или собрания действующих правоустановительных актов по определенному предмету и кругу вопросов правовой регуляции. При подготовке таких изданий в необходимых случаях осуществляется внешняя обработка текста публикуемого акта (изъятие из текста положений, утративших силу; внесение в текст уже ранее принятых новых правовых положений и т.д.). Но подобная обработка текста акта при инкорпорации не сопровождается изменением или редактированием действующих норм права, содержащихся в инкорпорлируемых актах.

Консолидация — это способ систематизации, состоящий в объединении нескольких различных однопорядковых правоустановительных актов в один новый акт. Этот новый консолидированный акт принимается в надлежащем порядке соответствующим компетентным правоустанавливающим органом государства. При этом все прежние консолидируемые акты с принятием нового акта утрачивают свою юридическую силу и перестают действовать. Консолидация (в отличие от инкорпорации) представляет собой форму официальной правоустановительной деятельности, поскольку включает в себя изменение и отмену устаревших норм, установление ряда новых норм и в целом принятие нового правоустановительного акта.

Кодификация — это способ систематизации, который состоит в существенной переработке, изменении и обновлении правовых норм определенной отрасли или подотрасли права и принятии нового кодификационного акта. К таким **кодификационным актам** относятся своды законов, кодексы, основы законодательства, уставы, регламенты, положения и т.д.

Кодификационный акт отличается качественной новизной содержащихся в нем нормативно-правовых положений. Это новый акт как по форме, так и по своему нормативно-правовому содержанию и характеру. Некоторые кодификационные акты, например Гражданский кодекс, Уголов-

ный кодекс, Семейный кодекс РФ и т.д., носят общетраслевой характер и включают в себя все основные нормы соответствующей отрасли права. Другие кодификационные акты объединяют нормы права определенной правовой подотрасли (например, Бюджетный кодекс, Таможенный кодекс РФ и т.д.) или института (например, Устав железных дорог, Устав патрульно-постовой службы и т.д.).

Свод законов — это особый вид кодификационного акта, имеющий общеправовой характер и включающий в себя все основные нормы права всех правовых отраслей соответствующей национальной системы права. Известными историческими примерами сводов законов являются, в частности, Свод законов Юстиниана (VI в.), а также подготовленный под руководством М.М. Сперанского и изданный в 1832 г. в пятнадцати томах “Свод законов Российской империи”. В настоящее время готовится Свод законов РФ.

В различных национальных системах права и “правовых семьях” имеются свои специфические концепции систематизации источников действующего права, свои особенности в понимании и использовании тех или иных способов и видов систематизации правоустановительных актов.

Глава 6. Типология систем права: основные “правовые семьи” современности

1. Классификация систем права

В каждой стране действует свое право — своя национальная (национально-государственная) система позитивного права, имеющая свою специфику и индивидуальные особенности. Вместе с тем эти различные национальные системы права можно объединить в ряд групп (правовых общностей, типов), каждая из которых включает в себя несколько “родственных” (близких по своему генезису и правовым характеристикам) национальных систем права.

Известный французский юрист-компаративист Р. Давид, специалист в области сравнительного права (сравнительного изучения права, сравнительного правоведения), подобные группы однородных национальных систем позитивного права обозначил как “правовые семьи”, “семьи

систем права"¹. Это наименование широко используется и в нашей литературе.

В своей классификации различных национальных систем позитивного права (и их объединения в соответствующие "правовые семьи", "семьи систем права") Р. Давид исходит из **двух критериев**, рассматриваемых и учитываемых в их совокупности: 1) юридико-технического критерия (источники права, структура действующего права, юридическая терминология, правовые принципы, концепции, конструкции, методы и практика работы юристов и т.д.) и 2) идеологического критерия (философские, политические и экономические принципы, мировоззрение и общественные идеалы, на которые опирается соответствующее национальное право). С учетом этих критериев им в начале 60-х годов была предложена следующая **классификация "правовых семей современного мира"**: 1) романогерманская правовая семья, 2) семья общего права, 3) семья социалистических систем права, 4) философские или религиозные системы.

Существуют и другие подходы к классификации различных национальных систем права. Так, К. Цвайгерт и Г. Котц в своей классификации исходят из такого критерия, как **"правовой стиль" национального права**, который определяется пятью факторами: происхождением и эволюцией соответствующей системы права, своеобразием юридического мышления, специфическими правовыми институтами, природой источников права и способами их толкования, идеологическими особенностями. Исходя из этого, они объединяют различные системы права, обладающие единством "правового стиля", в следующие **"правовые круги"** (группы): романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, исламский, индусский.

Существующие классификации опираются по преимуществу на критерии юридико-технического и идеологического характера. Такие критерии имеют, несомненно, важное значение для классификации исследуемых форм права. Однако подобные критерии не позволяют классифицировать и оценивать различные национальные системы

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 25, 34.

действующего права по уровню и характеру их собственно правовой развитости.

Между тем известно, что **право — исторически развивающееся явление со своими ступенями роста** — от примитивных форм права до более или менее развитых форм современного права. Поэтому **критерий уровня (и меры) правовой развитости** национальных систем позитивного права имеет существенное значение и для характеристики отдельных национальных систем права, и для их классификации в правовые группы ("семьи") различной степени развитости (на основе единой шкалы показателей правового развития), и для выявления общей картины современного состояния и тенденций развития права в отдельных странах, регионах и в мире в целом.

Исторически сложилось так, что право (как специфическое явление и понятие, особый тип регуляции, необходимая форма свободы индивидов и т.д.) получило наибольшее развитие первоначально в европейской части мира (сперва в Древней Греции, Древнем Риме, а затем в странах Западной Европы). В дальнейшем **европейское право** (в той или иной форме и мере) оказало существенное влияние на процесс правового развития во всем мире (в странах Америки, Азии, Австралии и Африки).

В силу **разновременности возникновения и развития права в разных странах и регионах мира**, а также целого ряда других факторов различные национальные системы права в современном мире отличаются различным уровнем правовой развитости, т.е. различной степенью и мерой наличия и выражения в них (с учетом национальной специфики, традиций, своеобразия культуры, состояния общества, экономики и т.д.) единых, общеправовых (по сути — европейско-правовых) начал и положений.

И сегодня национальные системы действующего права стран Западной Европы (и их модификации в целом ряде европоязычных стран — в США, Канаде, Австралии, Новой Зеландии и др.) отличаются **наиболее высоким уровнем правовой развитости**. Они все еще остаются ориентиром для остальных национальных систем права и продолжают определять направления дальнейшего развития права во всем мире.

Одним из существенных результатов происходивших в XX в. глобальных исторических преобразований во всем мире стало появление на правовой карте мира большого

числа государств, национальные системы права которых могут быть по уровню их развития в целом охарактеризованы как **среднеразвитые** (страны Латинской Америки, Восточной Европы, ряд азиатских стран — Индия, Япония, Южная Корея, Сингапур).

Значительные прогрессивно-правовые преобразования, связанные с переходом от архаичных и традиционных форм регуляции (локальные обычаи и т.д.) к общенациональным (общегосударственным) системам права, в XX в. были осуществлены и в группе **слаборазвитых в правовом плане стран** (большое число молодых государств Черной Африки и Азии).

Возможна, конечно, и более детальная классификация по группам различных систем и форм права на основе критерия уровня их правовой развитости.

Учет различных критериев классификации (в том числе и такого критерия, как уровень правовой развитости) расширяет спектр и обогащает содержание сравнительно-правовых характеристик и оценок изучаемых национальных форм и систем права и в целом углубляет процесс правового познания.

2. Романо-германская правовая семья

Романо-германская (континентальная) правовая семья включает в себя национальные системы права стран континентальной Европы — Франции, Германии, Италии, Испании, скандинавских стран и т.д. К этой правовой семье примыкают системы действующего национального права и ряда неевропейских стран, сформировавшиеся в русле основных идей и конструкций романо-германской правовой семьи.

Романо-германская правовая семья возникла на основе римского права и римской юриспруденции. Существенную роль в развитии этой правовой семьи сыграли кодификация Юстиниана (VI в.), процесс рецепции римского права (в средние века и в Новое время), юридические концепции и доктрины, разрабатывавшиеся в XII—XVI вв. в различных европейских университетах (Болонском, Падуанском, Парижском и др.), рационалистические учения о естественном праве XVII—XVIII вв. Заметное влияние

на идеи и концепции романо-германской правовой семьи оказали французская “Декларация прав человека и гражданина” 1789 г. и другие правовые акты послереволюционной Франции, особенно новые кодексы.

В Декларации 1789 г. была впервые официально закреплена новая концепция закона как выражения общей воли, определены его верховенство и ведущая роль во всех сферах общественной и государственной жизни. Эти идеи господства закона и законности опираются в Декларации 1789 г. на принципы конституционализма и неотчуждаемых прав человека. Характерна в этом плане ст. 16 Декларации, которая гласит: “Общество, в котором не обеспечено пользование правами и не проведено разделение властей, не имеет конституции”¹.

Эти **новые правовые идеи** (о законе, конституции и т.д.) были направлены против феодального произвола и привилегий и в целом против системы феодального права, в основном состоявшего из старого обычного права и актов исполнительной власти периода абсолютизма. Опиравшаяся на новые правовые идеи активная законотворческая и кодификационная деятельность сперва во Франции, а в дальнейшем постепенно и в других странах Европейского континента сопровождалась радикальным преобразованием прежних и формированием новых, более развитых национальных систем права, основанных на принципах конституционализма, верховенства закона, правового равенства всех людей, естественных и неотчуждаемых прав человека.

Единые исторические корни и основополагающие общие правовые принципы, присущие формам национального права, входящим в романо-германскую правовую семью, предопределили и целый ряд других важных аспектов их сходства и общности.

Так, согласно общей романо-германской юридической доктрине, входящие в эту правовую семью системы национального права имеют **идентичную структуру**. Право делится на частное и публичное. Различные национальные системы права включают в себя сходные отрасли права, которые делятся на близкие по своему содержанию пра-

¹ См.: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М., 1984. С. 209.

новые институты, объединяющие группу однородных норм права. Система законодательства в целом соответствует доктринальным положениям о системе права.

К числу существенных моментов единства разных национальных систем романо-германской правовой семьи относится одинаковое понимание природы, смысла и значения **нормы права как абстрактно-всеобщего правила поведения**, регулирующего однородную совокупность общественных отношений. Этой своей абстрактной всеобщностью норма романо-германского права отличается от казуистического правила (правила для данного казуса, отдельного случая), определяющего судебное решение по конкретному делу в системе прецедентного права (в правовой семье общего права).

Такое понимание природы и характера нормы права лежит и в основе **романо-германской концепции нормативно-правового акта, нормативно-правовой деятельности государства и соответствующей кодификации действующего права**. Романо-германские кодексы, другие законы и подзаконные акты — это определенным образом систематизированные (в той или иной степени) комплексы абстрактно-общих правовых норм, а не собрание казуистических правил общего права, не сборник судебных или административных прецедентов.

Благодаря своему абстрактно-нормативному содержанию действующее право стран романо-германской семьи отличается большой четкостью, определенностью, простотой, обозримостью и доступностью. Его можно легко реформировать и изменить в нужном направлении. Но у него есть и недостатки, обусловленные трудностями надлежащей конкретизации абстрактно-общего смысла нормы права применительно к отдельным случаям, подпадающим под действие соответствующей нормы. С этим связано то большое внимание, которое в теории и практике романо-германских систем права уделяется **проблеме толкования действующего права**.

Абстрактно-нормативный характер романо-германского права отчетливо проявляется и в **системе его источников**. Романо-германское право — это писаное право, состоящее в основном из письменно оформленных нормативно-правовых актов (законов и подзаконных актов).

Основной источник права во всех национальных системах права романо-германской правовой семьи — это

закон. Законы принимаются высшим представительным органом или путем референдума.

Высшей юридической силой в системе нормативных актов здесь обладает писаная **конституция** (основной закон государства), которая является правовой основой для всех остальных (конституционных и обычных) законов и подзаконных актов. Контроль за конституционностью обычных законов и подзаконных актов осуществляют специальные конституционные суды (Федеральный конституционный суд в ФРГ, Конституционный суд в Италии) или высшие общесудебные и иные государственные институты.

Традиционно важную роль в системе источников права в романо-германской правовой семье играют **кодексы** — кодифицированные нормативно-правовые акты отраслевого характера. Хотя они обладают юридической силой обычного закона, однако по существу они занимают центральное место и играют ведущую роль в соответствующей отрасли законодательства.

Большое влияние на всю последующую кодификационную деятельность в странах романо-германского права оказали наполеоновские кодексы (Гражданский кодекс 1804 г., Торговый кодекс 1807 г., Уголовно-процессуальный кодекс 1808 г., Уголовный кодекс 1810 г.). Принятые позже гражданские кодексы Бельгии и Люксембурга во многом соответствуют французскому образцу. Заметным своеобразием отличаются Германское гражданское уложение 1896 г. и Гражданский кодекс Швейцарии (1881—1907 гг.).

Значительную роль в качестве источника права в романо-германской правовой семье играют **нормативно-правовые акты**, принимаемые различными органами исполнительной власти (декреты, постановления, циркуляры, инструкции, регламенты и т.д.). Как правило, такие нормативные акты принимаются “во исполнение закона” и носят подзаконный характер. При этом осуществляется судебный контроль (всеми общими судами в ФРГ, специальными административными судами во Франции) для обеспечения соответствия подобных подзаконных актов закону.

К особому виду нормотворчества исполнительной власти относится так называемое **делегированное законодательство**, когда те или иные органы исполнительной власти наделяются полномочиями на самостоятельное норма-

тивно-правовое регулирование определенной сферы отношений. Так, согласно французской Конституции 1958 г., законотворческие полномочия парламента ограничены правом принимать законы, которыми устанавливаются общие принципы и нормы правовой регуляции. Наряду с этим признается автономная и не подчиненная законодательной власти парламента сфера нормотворческих полномочий (так называемой регламентарной власти) органов исполнительной власти. Контроль за соответствием таких актов конституционным принципам осуществляет Государственный совет Франции.

В ФРГ и многих других странах органы исполнительной власти не обладают правом на подобное автономное (неподзаконное) нормотворчество.

Обычай играет в системе источников романо-германского права в основном вспомогательную роль, дополняя в необходимых случаях действующее законодательство.

Суд в странах романо-германской правовой семьи действует на основе и в рамках закона. Здесь нет правила прецедента, присущего общему праву. Поэтому суд здесь не обладает правотворческими полномочиями, не имеет права создавать новые нормы права. Но он обладает большой свободой в толковании применяемых нормативно-правовых актов, благодаря чему судебная практика оказывает значительное влияние на правоприменительный процесс и развитие действующего права. Большое внимание при этом уделяется единообразию судебной практики. Значительную роль в этом плане играют решения и разъяснения высших судебных органов. В отдельных странах (например, в Португалии) положения, установленные Пленумом Верховного Суда, имеют нормативно-правовой характер.

Существенное значение в романо-германской правовой семье имеет **юридическая доктрина** (теория права, научные работы по общим и конкретным вопросам правотворчества и правоприменения). Это имеет давние исторические корни, поскольку именно университетская юридическая наука в XIII—XIX вв. разработала основные идеи, принципы и конструкции романо-германского права, и научная доктрина права (так называемое “право юристов”) в течение столетий в системах континентального права играла роль основного источника права, пока эта роль (с XIX в.) не перешла к закону.

И в современных условиях доктрина оказывает заметное влияние на весь процесс правопонимания и толкования действующего права, на трактовку общих принципов и целей права, приемов и методов уяснения смысла норм права, их применения и т.д. Это имеет большое практическое значение, поскольку в ряде стран романо-германской правовой семьи **общие принципы права** (идеи и ценности надпозитивного права и т.д.) имеют силу норм действующего права, а при коллизиях с последними — обладают приоритетом. Подобная роль общеправовых принципов опирается не только на традиции романо-германского права, но и на закрепленные в ряде современных конституций континентальных стран естественноправовые принципы и нормы о приращенных и неотчуждаемых правах человека, правовых ценностях и т.д.

По существу речь идет о том, что **конституционно признанное и закрепленное естественное право** (в виде принципов естественного права, естественных прав и свобод человека и т.д.) **действует как приоритетный источник позитивного права**.

Так, Конституционный суд ФРГ придерживается позиции, согласно которой Конституция ФРГ включает в себя не только изложенные в ее тексте нормы позитивного права, но и некоторые “общие принципы”, не конкретизированные автором Конституции в виде ее позитивных норм. Кроме того, Конституционный суд ФРГ признает **наличие и действие “надпозитивного права”**, которое ограничивает учредительную власть самого законодателя, принимающего конституцию страны. Таким образом, законодатель (автор конституции) не должен и не вправе все регулировать по своему усмотрению, нарушая требования надпозитивного права (“идеи права”). **В случае несоответствия позитивного конституционного права (позитивных норм конституции) требованиям “надпозитивного права” приоритет принадлежит “надпозитивному праву” (“идеи права”)**, и Конституционный суд должен с этих позиций оценить неправовой характер соответствующей позитивной нормы Конституции.

Каждой национальной системе права романо-германской правовой семьи присущи свои специфические черты. Заметным своеобразием отличаются **системы права скандинавских стран**, где римское право не имело такого

большого влияния, как во Франции, Германии, Италии и Австрии.

Еще в XVII—XVIII вв. в каждой скандинавской стране (в Дании в 1683 г., в Норвегии в 1687 г., в Швеции и Финляндии в 1734 г.) был принят один кодекс, включавший в себя все действующее право. В дальнейшем устаревшие части этих кодексов были отменены, но принятые вместо них новые крупные законодательные акты действовали автономно и не были включены в старые кодексы.

Скандинавские страны тесно сотрудничают между собой в плане сближения и унификации своих национальных систем права, особенно в области гражданского, торгового и морского права.

Для систем права этих стран характерно и то, что в них судебной практике уделяется большее значение, чем в других национальных системах права романо-германской правовой семьи.

Некоторые черты, характерные для систем романо-германской правовой семьи, присущи национальным системам права и ряда других стран.

Так, **системы права латиноамериканских стран** построены в целом по романо-германскому образцу. Уже в период европейской колонизации Южной Америки в странах этого региона начало распространяться европейское право (прежде всего — испанское, португальское). Действующее право этих стран в настоящее время кодифицировано в основном по французской модели. Под нормой права имеется в виду, как и в романо-германской правовой семье, абстрактное общее правило. Основные источники права — закон и подзаконные акты. Заметную роль играют акты делегированного законодательства. Отсутствует прецедентное право. Судебная практика не является источником права.

Для национальных систем права Латинской Америки характерен определенный дуализм: в сфере частного права они сходны с системами романо-германского права, а в сфере публичного права они восприняли ряд основных положений конституционного права США. Это обусловлено тем, что по форме правления латиноамериканские страны являются президентскими республиками по американскому образцу.

Модернизация традиционного **права Японии** в XIX в. осуществлялась под воздействием романо-германского права. Кодификация осуществлялась по континентально-европейским образцам. Так, Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Японии (1880 г.) построены по французской модели, а Гражданский кодекс (1898 г.) — по германской модели. Здесь, как и в романо-германской правовой семье, нет прецедентного права. Основные источники права — закон и подзаконные акты. Судебная практика не является источником права.

После Второй мировой войны японское право испытало заметное влияние американского права, что нашло свое отражение в Конституции Японии 1946 г., в уголовно-процессуальном законодательстве (1948 г.), антитрестовском законодательстве и т.д.

3. Социалистические системы законодательства

Возникновение этих систем связано с появлением в XX в. социалистических стран и соответствующего законодательства — сперва в России (1917 г.), а после Второй мировой войны и в целом ряде стран Восточной Европы, Азии и Латинской Америки.

В литературе (отечественной и зарубежной) при характеристике различных национальных систем законодательства социалистических стран (СССР и других зарубежных социалистических стран) обычно говорят о “социалистическом праве”, “семье социалистического права” и т.д. Эти термины и понятия нельзя признать адекватными, поскольку речь идет о **законодательстве** (так называемом “позитивном праве” при социализме), которое по сути своей носило **неправовой характер**, выражало цели и устремления антиправовой идеологии, политики и практики бесконтрольно правящей коммунистической партии.

Конечно, **неправовая природа социалистического законодательства** по-разному проявлялась в разных социалистических странах на разных этапах их существования. Спектр различий здесь весьма велик и разнообразен: от прямого революционного насилия, не связанного никакими законами, до “государства социалистической законности” и поисков “социализма с человеческим лицом”.

Определенное влияние на содержание и характер национальных систем законодательства в разных социалистических странах оказывали также их правовое прошлое, уровень их правовой развитости, сложившиеся правовые традиции и т.д. В этом плане законодательство послевоенных **социалистических стран Восточной Европы** (с их значительным правовым прошлым) заметно отличалось от законодательства азиатских социалистических стран, где право и до перехода к социализму находилось в неразвитом состоянии и не играло существенной роли в жизни общества.

Право дореволюционной России, как и досоциалистическое право социалистических стран Восточной Европы, развивалось в целом в русле и в рамках романо-германской правовой семьи. Влиянием этого прошлого обусловлены такие аспекты внешнего сходства европейских социалистических систем законодательства с формами романо-германского права, как общая терминология и приемы юридической техники, во многом одинаковые конструкции в области системы источников действующего “позитивного права” и его структуры (деление на отрасли, институты и нормы), аналогичные представления о норме и нормативных актах, отсутствие прецедентного права, отрицание значения судебной практики в качестве источника права, незначительная роль обычая и т.д. Правда, схожей терминологией обозначались качественно различные явления, поскольку положения социалистического законодательства по существу отвергали основы права и носили декларативный, “фасадный” характер.

С начала 90-х гг. в эти страны вступили в **новый (пост-социалистический) период своего развития**, ознаменованный радикальными экономическими, политическими и правовыми преобразованиями, цель которых — утверждение господства права, прав и свобод человека и гражданина, формирование рыночной экономики, гражданского общества, демократического правового государства. На территории бывшего СССР и бывших социалистических стран Восточной Европы возникли новые суверенные государства, в которых формируются новые национальные системы права. Этот процесс в разных странах протекает с различной интенсивностью, но в целом все они достигли определенных успехов на новом этапе своего правового развития (принятие новых конституций, качественное изменение законодатель-

ства, принятие ряда новых кодексов, признание и закрепление в национальных системах права международных принципов и стандартов в области прав человека, участие в процессе европейской интеграции и т.д.).

После распада мировой социалистической системы (так называемого “соцлагеря”) на позициях социализма остались **Китай, Вьетнам, Северная Корея и Куба**.

Правовое развитие этих стран до их перехода к социализму осуществлялось в формах и направлениях, характерных для романо-германского права. В современных условиях в этих странах (за исключением, пожалуй, только Северной Кореи) проводятся определенные экономические преобразования с допущением некоторых форм рыночных отношений. Одновременно осуществляются (по образцам романо-германского права) и соответствующие изменения в действующем законодательстве.

Экономические реформы и обновления законодательства более интенсивно и успешно протекают в Китае. Некоторые более умеренные преобразования в экономике и законодательстве осуществляются во Вьетнаме и на Кубе.

4. Правовая семья “общего права”

Эта правовая семья включает в себя национальные системы права Англии, США, Северной Ирландии, Канады, Австралии, Новой Зеландии. В нее входят и системы права ряда других азиатских и африканских стран — бывших английских колоний.

По своему происхождению данная правовая семья восходит к английскому праву, относящемуся к периоду после нормандского завоевания Англии (1066 г.). В истории английского права принято выделять четыре периода¹: 1) период англосаксонского права — до нормандского завоевания Англии; в это время в каждой части страны действовало свое местное право и отсутствовало “общее право” (общее для всей Англии право, общеанглийское право)²; 2) период становления “общего права” (от 1066 г. до

¹ См.: Давид Р. Указ. соч. С. 253.

² Не следует поэтому “общее право” называть “англосаксонским”.

установления династии Тюдоров в 1485 г.), которое сопровождалось преодолением местного обычного права; 3) период утверждения и расцвета “общего права” (1485—1832 гг.); в это время возникает и так называемое “право справедливости”; 4) период сочетания “общего права” с государственным законодательством (с 1832 г. до наших дней).

Общее право было создано после нормандского завоевания королевскими судами Англии (эти суды именуется Вестминстерскими судами по месту их заседания с XIII в. в Вестминстере). Это новое общеанглийское право формировалось судебной практикой королевских судов постепенно — от решения к решению. Совокупность таких конкретных решений, обязательных в качестве прецедента для последующих судебных решений по сходным делам, и составила общее для всех английских судов право.

Общее право, таким образом, сложилось в виде **совокупности судебных решений-прецедентов**. В этом смысле можно сказать, что общее право — это совокупность казусных правил, лежащих в основе конкретных судебных решений, которые имеют значение прецедента, обязательного для других судов при разрешении аналогичных дел.

В процессе формирования общего права королевские суды использовали некоторые положения местных правовых обычаев, преобразуя и приспособляя их к строгим требованиям новой судебной процедуры и процессуальной формы. Римское право и основанное на нем (первоначально также и в Англии) университетское юридическое образование не оказали сколько-нибудь заметного влияния на процесс создания общего права.

В XV—XVI вв. параллельно (и отчасти в конкуренции) с общим правом сложилось так называемое “**право справедливости**”. Оно представляло собой совокупность решений лорда-канцлера по конкретным делам на основе доктрины “справедливости”, которая дополняла или корректировала правовые принципы и правила общего права. После судебной реформы 1873—1875 гг. общее право и “право справедливости” были объединены в **единую систему прецедентного права**, а все английские суды стали применять нормы как общего права, так и “права справедливости”.

Нормы (правила) прецедентного права обладают такими достоинствами, как конкретность и гибкость, но они казуистичны, лишены ясности и четкости абстрактно-общих норм романо-германского права. Это препятствует кодифи-

кации прецедентного права по образцу романо-германских кодексов.

С учетом сложившейся в Англии иерархии судебных инстанций действует “**правило прецедента**”, согласно которому: 1) решения палаты лордов (высшей судебной инстанции) составляют обязательные прецеденты для всех других английских судов (но не для нее самой); 2) решения Апелляционного суда составляют обязательные прецеденты для него самого и для всех нижестоящих судов; 3) решения Высокого суда составляют обязательные прецеденты для всех нижестоящих судов; хотя эти решения не являются строго обязательными для различных отделений самого Высокого суда, однако они имеют для них важное значение и, как правило, учитываются ими; 4) окружные и магистратские суды обязаны следовать прецедентам всех вышестоящих судов, а их собственные решения не создают прецедентов.

Судья, решая дело, обязан следовать имеющемуся прецеденту. При этом он пользуется большой свободой усмотрения в трактовке вопроса о сходстве рассматриваемого дела с уже разрешенными делами. При отсутствии надлежащего прецедента и соответствующей нормы статутного права (законодательства) судья сам определяет правоприменительную норму (казусное правило) для решения рассматриваемого дела.

После судебной практики (прецедентного права судов) как первого и основного источника английского права в качестве второго источника английского права признается **статутное право** — законы и подзаконные акты.

В Англии нет писаной конституции, и под “английской конституцией” имеется в виду совокупность норм закона и прецедентного права, определяющих систему и правомочия органов государственной власти, права и свободы подданных.

Закон (акт парламента), согласно английской традиции и сложившейся юридической доктрине, считается второстепенным источником права, который вносит лишь ряд поправок и дополнений к праву, созданному судебной практикой (т.е. к прецедентному праву). Формально закон может изменить или отменить норму прецедентного права, и при коллизии с прецедентом приоритет принадлежит закону. Но фактически само действие закона осуществляется в русле и в контексте его судебно-прецедентного толкования и применения.

Подзаконные акты ("во исполнение закона") издаются органами исполнительной власти лишь в порядке реализации правомочий, делегированных им парламентом. При этом суды обладают правом в надлежащих случаях отменять акты исполнительной власти.

Определенное значение в качестве источника английского права имеет и **обычай**. Юридически обязательными считаются так называемые старинные местные обычаи (уже действовавшие до 1189 г.) и торговые обычаи. Однако государственно-правовая практика придерживается и множества других обычаев (сложившихся традиций) в сфере конституционного права, уголовного права, трудового права и т.д.

Английское общее право (общее право в широком смысле, т.е. прецедентное право, включающее в себя прецеденты и общего права, и "права справедливости") получило большое распространение в мире. При этом ряд положений английского общего права в процессе их распространения и рецепции в других странах претерпевал определенные изменения под воздействием местных условий и традиций.

На территории **Северной Америки** английское общее право начало действовать с 1607 г. (дата образования там первой английской колонии). При этом было установлено (судебным решением по делу Кальвина в 1608 г.), что английский закон применяется в колониях только в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колоний.

После достижения независимости в **США** некоторые штаты отказались от английского права и приняли кодексы по романо-германскому образцу. Но потом в целом возобладала традиция, и США остались в системе общего права, за исключением штата Луизиана, право которого тяготеет к романо-германской правовой семье.

Право США, как и английское право, — это прежде всего право судебной практики, т.е. прецедентное право. Законы и подзаконные акты играют вспомогательную роль в качестве дополнения к прецедентному праву.

Существенное отличие американского права от английского состоит в том, что Конституция США (1787 г.) в качестве основного закона страны возвышается над общим правом и определяет основы американского общества и государства и всего действующего права. Важное значение в этом плане имеет толкование Конституции Верховным судом США. Проводимая им линия на гибкое толкование текста Конституции с учетом изменяющихся условий жизни

ни американского общества является действенным средством обеспечения единства американского права, его обновления и развития на базе стабильной Конституции.

Значительные отличия американского права от английского обусловлены и федеративным устройством США, наличием и федеративного законодательства, и законодательства отдельных штатов. Кроме того, каждый штат имеет и свое прецедентное право. Все это порождает многочисленные коллизии между системами права отдельных штатов, между ними и федеральной системой права и т.д.

В США иначе, чем в Англии, действует и правило прецедента. Так, Верховный суд США и Верховные суды штатов не обязаны следовать собственным решениям и могут изменять свою практику. Кроме того, правило прецедента относится к компетенции штатов и действует в пределах судебной системы соответствующего штата.

В США уделяется большое внимание кодификации действующего законодательства, но американские кодексы существенно отличаются от романо-германских кодексов.

Кодексы европейского образца имеются только в штате Луизиана, где сохраняется романо-германская традиция.

В остальных штатах действуют кодексы другого типа, которые представляют собой консолидацию прежних норм (уже созданных судебной практикой или имеющихся в законодательстве), а не установление новых норм. Таковы гражданские кодексы, которые приняты в ряде штатов (Калифорнии, Северной и Южной Дакоте, Джорджии, Монтане); гражданские процессуальные кодексы, действующие в 25 штатах, и т.д.

Кодексами в США именуются также различные систематизированные собрания действующего федерального законодательства или законодательства отдельных штатов. Такие кодексы не включают в себя нормы прецедентного права.

5. Индусское право

Индусское право основано на религии индуизма (брахманизма) и регулирует поведение членов индусской общины¹. Его не следует смешивать с системой права Ин-

¹ См.: Крашенинникова Н. А. Индусское право: история и современность. М., 1982.

дии. Индусские общины, где действует индусское право, имеются не только в Индии, но и во многих других странах Юго-Восточной Азии (Пакистане, Малайзии, Сингапуре, Непале, Шри-Ланке) и Восточной Африки (Кении, Танзании, Уганде).

Идеи индуизма (брахманизма) нашли свое выражение уже в древнеиндийских памятниках II тысячелетия до н.э., именуемых “Ведами”. В “Ведах” обосновывается деление общества на четыре варны (касты, сословия) — на варны брахманов (жрецов), кшатриев (воинов), вайшиев (земледельцев, ремесленников, торговцев) и шудр (представителей нижнего слоя общины). Господствующее положение в этой иерархической кастовой системе занимают члены двух первых варн и прежде всего — брахманы.

Члены различных варн, согласно “Ведам” и другим источникам брахманизма, должны следовать божественно предустановленной для их варны **дхарме** — закону, долгу, обычаю, правилу поведения.

Толкованием смысла дхарм, их систематизацией и составлением соответствующих сборников (дхармашастр) занимались различные брахманистские школы. К числу наиболее важных **дхармашастр**, составленных во II в. до н.э. — III в. н.э., относятся “Законы Ману”, “Законы Яйнавалка”, “Законы Нарада”. В “Законах Ману” подчеркивалось, что все, включая и царя, должны следовать советам и наставлениям брахманов в вопросах дхармы и следовать установленной для них дхарме. За нарушение дхармы предусматривались не только суровые земные наказания, но и загробные кары.

Все дхармашастры рассматриваются как равноценные части единого индусского права.

Важным источником индусского права (после дхармашастр) являются **нибандхазы** — сборники комментариев к дхармашастрам, составленные в XII—XVII вв.

Дхармашастры и комментарии к ним придают большое значение “**хорошему обычаю**”, соответствующему дхарме (ее божественной истине и извечному порядку). В этом смысле обычаи являются источником позитивного индусского права. Причем каждая индусская община, каждая каста (и многочисленные подкасты) и даже каждая семья имеет свои обычаи. Возникающие споры решаются собранием членов касты (или подкасты) на основе ее обычаев.

В тех случаях, когда нет заранее установленных правил, индусское право рекомендует индивидам и судьям

руководствоваться **требованиями разума, совести и справедливости**.

Индусское право не признает таких источников права, как государственное законодательство и судебная практика.

Во времена мусульманского завоевания Индии (XVI в.) применение индусского права в судебных и административных органах было запрещено. В условиях английского колониального правления (начиная с XVII в.) этот запрет был отменен и было предусмотрено применение “права Корана в отношении мусульман и права шастр в отношении индусов”.

На дальнейшее развитие индусского права значительное влияние оказали законодательство английской администрации и нормы общего права. Так, были отменены положения индусского права, связанные с кастовой дискриминацией, нормы о недееспособности женщин, запрещено самосожжение вдов.

После достижения независимости (в 1947 г.) в Индии был взят курс на модернизацию как индусского права, так и национальной системы права в целом. Конституция Индии 1950 г. запретила дискриминацию по мотивам кастовой принадлежности. Законом о браке 1955 г. были существенно реформированы нормы индусского права о браке и разводе. Закон о наследовании 1956 г. закрепил право женщин в сфере наследственных отношений и включил их в круг наследников. Был изменен прежний режим семейного имущества, и многие виды имущества были законодательно признаны объектами личного имущества. По закону 1984 г. были созданы так называемые “семейные суды”, которые должны решать семейно-брачные споры сторон независимо от их религиозной принадлежности.

Но модернизация старого права — трудный и длительный процесс. Так, до сих пор еще не принят предусмотренный в Конституции 1950 г. Гражданский кодекс Индии, который должен установить единый для всех жителей страны гражданско-правовой статус.

Многие положения модернизированного индусского права, действующие в современной Индии, не распространяются на индусские общины вне Индии, где продолжают действовать нормы традиционного индусского права.

Система национального права Индии в значительной мере формировалась и развивалась под большим воздействием английского права, и в настоящее время она входит в правовую семью общего права.

6. Мусульманское право

Под “мусульманским правом” (шариатом) имеется в виду правовой аспект исламской религии, возникновение которой связано с именем пророка Мухаммеда (VII в.). **Шариат** (“путь следования”) — это по сути своей религиозный (божественный) закон, диктуемый верующим, т.е. совокупность предписаний о том, что они должны делать и чего они не должны делать. В основе шариата, как и других религиозно-нормативных систем (индусского права, иудейского права, права ряда стран Дальнего Востока), лежит идея религиозных обязанностей человека, а не его прав¹.

Процесс становления мусульманского права в Арабском халифате занял несколько веков (VII—X вв.) и проходил в условиях формирования раннефеодального строя.

Источниками мусульманского права² являются: 1) **Коран** — священная книга ислама и основа мусульманского права; 2) **сунна** — совокупность преданий о высказываниях и делах пророка Мухаммеда, имеющих правовое значение; 3) **иджма** — общее (единое) мнение авторитетных правоведов ислама; 4) **кияс** — суждение по аналогии в вопросах права.

Коран и сунна — основные исторические источники мусульманского права, непосредственно связанные с именем Мухаммеда. После смерти Мухаммеда (в 632 г.) содержание мусульманского права в VII в. было дополнено его сподвижниками целым рядом новых положений на основе толкования Корана и сунны. Однако потребности общественной жизни требовали дальнейшего развития шариата, классификации и систематизации его принципов и норм. Решению этих задач в VIII—X вв. была посвящена деятельность правоведов — знатоков ислама и основанных ими различных правовых школ.

В своем толковании Корана и сунны мусульманские правоведы разных школ (толков) опирались на поощрявшийся пророком принцип “иджтихад” — свободное усмотрение судьи в случаях умолчания других источников относительно рассматриваемого дела. Толкование мусуль-

¹ См.: Давид Р. Указ. соч. С. 386.

² Там же. С. 388—396; Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986; История политических и правовых учений. М., 1997. С. 126—132 (автор раздела — Л. Р. Сюкияйнен).

манскими правоведами Корана и сунны на основе этого принципа фактически сопровождалось установлением ими новых норм шариата. Усилиями этих правоведов были сформулированы основные принципы и конкретные нормы (по преимуществу — казуистического характера) мусульманского права.

В качестве общего (и общепринятого) приема толкования и применения шариата мусульманскими правоведами был признан **кияс** — способ суждения о праве по аналогии. Важное значение кияса (как метода и одновременно как источника шариата) состоит в том, что он позволяет восполнить пробелы казуистического мусульманского права и “найти” в самом шариате необходимую норму для решения по аналогии любого дела (в том числе — и в будущем), как бы не создавая новой нормы и не нарушая тем самым фикции мусульманско-правовой доктрины о беспробельности шариата.

К XI в. окончательно складывается **иджма** (общее, согласованное мнение мусульманских правоведов, догма шариата) и прекращается период так называемого “**абсолютного иджтихада**” — время прямого толкования Корана и сунны и создания основных толков мусульманского права. С XI в. начинается период так называемого “**таклида**” — действия шариата на основе уже сложившейся традиции и догмы иджма. С этого времени признается правом только то, что принято и одобрено иджмой.

Однако развитие мусульманской правовой доктрины, а вместе с ней и норм шариата продолжалось и в последующие века. Этому развитию содействовало толкование и применение положений шариата с учетом “условий, места и времени”. Благодаря такому подходу доктриной было допущено применение не противоречащих исламу **обычаев, соглашений сторон, административных регламентов**. Хотя эти правовые формы и остаются вне самой системы мусульманского права, однако придают ему большую гибкость и приспособляемость к различным условиям и позволяют восполнять его пробелы.

Государственная власть, согласно исламу, — не господин, а слуга права (шариата), поэтому она не может посредством своего законодательства изменять шариат и творить новое право. Но она должна следить за соблюдением требований шариата и в целях охраны общественного порядка может принимать соответствующие решения и акты. Содержание таких государственных актов, особенно

в современных мусульманских странах, зачастую существенно расходится с традиционными положениями шариата. В этих случаях для демонстрации соблюдения требований шариата используются разного рода **правовые фикции**. Так, аренда земли, запрещенная шариатом, трактуется как соглашение о товариществе и т.д.

Мусульманское право как особое религиозное право общины верующих исламистов **не следует смешивать с системой национального права** той или иной мусульманской страны. Возникнув на исходной основе шариата, национальные системы позитивного права этих стран значительно отличаются друг от друга. Существенную роль в отходе в XIX—XX вв. этих национальных систем права от традиционного шариата сыграли такие факторы, как развитие современных форм социально-экономической, политической и духовной жизни, рецепция некоторых положений европейского права, усиление объема и значения государственного законодательства, ликвидация в ряде стран специальных судов, применявших шариат, и т.д.

Соответствующие законодательные реформы осуществлялись сперва (в XIX — I половине XX в.) в области торгового, морского, уголовного и налогового права, а затем (во II половине XX в.) и в остальных сферах правовой жизни, включая вопросы семейного права, наследования, личного статуса и т.д. Процесс модернизации национальных систем права сопровождался принятием во многих мусульманских странах (Египте, Турции, Сирии, Тунисе, Марокко, Иордании и др.) гражданских, уголовных и некоторых других кодексов по романо-германскому образцу.

Влияние западного права (европейского и американского) на национальные системы права мусульманских стран особенно усилилось в условиях современного международного сотрудничества различных государств и развития интеграционных процессов в области экономики, экологии, борьбы против международной преступности, защиты мирового правопорядка и т.д.

Однако эта общая позитивная тенденция к модернизации национальных систем права в духе западного права в целом ряде случаев прерывается попятными движениями, усилением в тех или иных мусульманских странах фактора исламского фундаментализма, роли традиционного шариата, реанимацией шариатского суда, шариатских форм правления и т.д. Так, согласно Конституции Исламской Республики Иран 1979 г., все законодательство дол-

жно соответствовать требованиям традиционного шариата. А закон 1981 г., регламентирующий вопросы уголовного права, воспроизводит архаичные требования шариата. Существенную роль исламский фундаментализм (и вместе с ним традиционный шариат) играет и во многих других странах (Афганистане, Пакистане, Судане и др.).

Заметное оживление и усиление исламского фактора и роли традиционного шариата происходит и в ряде постсоциалистических стран и регионов с мусульманским населением (некоторые бывшие советские республики и автономии с мусульманским населением, Албания, район Косово и т.д.).

7. Обычное право Африки

Под **“обычным правом”** Африки, Мадагаскара и ряда других регионов имеются в виду местные обычаи — от их архаичных (по существу еще доправовых) форм доколониального периода до более развитых форм колониального и постколониального периодов.

В доколониальный период в странах Черной (экваториальной) Африки (в Эфиопии, Сомали, Того, Бенине, Заире, Кении, Танзании, Конго, Мали, Уганде и др.) и на Мадагаскаре действовали различные местные обычаи, соответствовавшие коллективистским, родо-племенным представлениям о правилах, формах и порядке общинной жизни людей. Эти архаичные обычаи существовали в устной форме и передавались из поколения в поколение без заметных изменений. Каждая из многочисленных общин имела свои обычаи, которые выражали и подтверждали ее единство, самобытность и самостоятельность. Обычаи детально регламентировали весь строй жизни общины, поведение ее членов и предусматривали соответствующие санкции за их нарушения.

Споры, возникавшие в связи с нарушениями обычаев, в основном рассматривались старейшинами общины, племенными вождями и т.д., а там, где сложилась система централизованной власти, — соответствующими официальными судебными инстанциями.

Рассмотрение споров преследовало цель восстановить нарушенное единство в данной социальной группе, достигнуть согласия и взаимопонимания между членами общины.

В колониальный период традиционные обычаи претерпели существенные изменения под влиянием европейского права и законодательных реформ, проводившихся колониальной администрацией. По общему правилу, значение местных обычаев признавалось колониальной администрацией и судами лишь в той мере, в какой они не противоречили нормам европейского права и судебного процесса, а нормы европейского права и судопроизводства (английского, французского, бельгийского, португальского и т.д.) распространялись на население колоний в той мере, в какой это соответствовало местным условиям и возможностям. Коллизии между традиционными обычаями и установленными для колоний нормами европейского права решались в основном в пользу европейского права.

Рецепция европейского права и трансформация традиций местных обычаев в процессе их приспособления к новым условиям привели в конечном счете к тому, что в колониях утвердились системы права их метрополий. Так, бывшие английские колонии (Золотой Берег, Гамбия, Кения, Нигерия, Уганда, Танганьика, Родезия, Сьерра-Леоне и др.) стали странами общего права, а бывшие французские, бельгийские, португальские колонии (Мадагаскар, Мали, Конго, Того, Бенин, Заир и др.) — странами романо-германского права.

После достижения независимости развитие национального права молодых государств Африки продолжалось на базе уже сформировавшихся в этих странах соответствующих европейских систем права. Вместе с тем политика вытеснения традиционных обычаев и их замены нормами современного права претерпела в новых условиях значительные изменения, связанные с ростом национального самосознания освободившихся народов Африки. Это отчетливо проявилось в их стремлении увязать процесс модернизации своих общественных и государственно-правовых форм с реабилитацией своих традиционных ценностей.

В сфере права такой подход нашел свое выражение как в признании обычного права самостоятельным источником национального права в независимых африканских государствах, так и в интеграции (посредством законодательства и судебной практики) ряда норм и институтов традиционного обычного права с действующими в этих странах положениями европейского права.

Глава 7. Действие права

1. Понятие, механизм и эффективность действия права

Действие права — это совокупность всех форм проявления его юридической силы. Под юридической силой права имеется в виду официальная, государственно-властная общеобязательность и самих норм права, и принятых на их основе правовых актов, отдельных правовых норм, и права в целом как системы норм.

Понятие действия права, действия составляющих его норм выражает **динамику права**, процесс его реального регулятивного воздействия на уже урегулированные общественные отношения. Это динамичное состояние права, **право в действии** является по сути своей той целью, ради которой в результате правоустановительной деятельности официально формулируется, текстуально выражается и документально (в соответствующих актах) закрепляется **право в статике**, “**право в книгах**”.

Статика и динамика права выступают как две взаимосвязанные, дополняющие и предполагающие друг друга стадии (и формы проявления) единого процесса правовой регуляции: чтобы право действовало как регулятор, оно сперва должно быть установлено как регулятор. Правоустановление (установление права в его статике) представляет собой исходную стадию правового регулирования — **правовое регулирование в его абстрактно-общей форме**, не конкретизирующей регулятивно-правовое значение норм применительно к конкретному поведению конкретного лица в конкретных условиях. Действие права (право в его динамике) — это завершающая стадия правового регулирования, **правовое регулирование в его предельно конкретизированной форме** — в виде конкретизации общего регулятивно-правового значения абстрактной нормы применительно к конкретному поведению конкретного лица в конкретных условиях.

Механизм действия права — это механизм абстрактно-всеобщей правовой регуляции, конкретизированный и индивидуализированный применительно к конкретно-определенному случаю (и форме) проявления юридической силы действующего права.

Основная регулятивная функция механизма действия права и юридико-логический смысл действия права в целом состоят в том, чтобы наличную абстрактно-общую норму статичного права, т.е. общее правило для общего случая, надлежащим образом преобразовать в актуальную «казусную» норму, т.е. в конкретное правило для конкретного случая.

Если исходная стадия правовой регуляции представляет собой движение от конкретных эмпирических объектов регуляции — через их типологизацию — к установлению искомым абстрактных норм права, то действие права осуществляется по той же юридико-логической схеме (модели), но в обратном порядке: от абстрактных норм права — через их индивидуализацию — к конкретным эмпирическим объектам. Такова диалектика единства, различия и взаимодействия исходной абстрактной формы и конечной конкретной формы правовой регуляции и вместе с тем — права в статике и права в динамике.

Существенной обобщающей характеристикой действующего права является эффективность действия права.

Эффективность действия права — это мера (степень) достижения правовых целей действующего законодательства в различных сферах правовой регуляции.

Показатель эффективности действующего права представляет собой соотношение между последствиями реализации норм законодательства (т.е. результатами их действия) и правовыми целями этих норм¹.

Эффективность действующего права зависит от множества объективных и субъективных факторов — социальных, экономических, идеологических, юридических и т.д. К числу важных **юридических факторов эффективности действия права** относятся: правовое качество (правовой характер) действующего законодательства; степень его социальной обусловленности и легитимированности (учет, правовое согласование и компромисс интересов различных социальных слоев, групп и т.д.; учет общественного мнения); уровень правосознания и юридической культуры граждан и должностных лиц; общее состояние законности и правопорядка в обществе, особенно в сфере правоприменительной деятельности.

¹ См.: Лапаева В. В. Эффективность закона и методы ее изучения // Эффективность закона. М., 1997. С. 28—44.

2. Действие права во времени, в пространстве, по сфере регуляции и по кругу лиц

Действие права — это действие составляющих его разнообразных норм, которые в официальной форме выражены в различных нормативно-правовых и иных правоустановительных актах. Действие этих актов и установленных в них правовых норм имеет свои пределы, определяемые временными и территориальными границами такого действия, а также рамками объектов нормативно-правовой регуляции и кругом адресатов соответствующих норм права.

Действие во времени определяется периодом времени от момента вступления нормативно-правового акта (и содержащихся в нем норм) в силу до момента ее утраты.

Время вступления в законную силу разных нормативно-правовых актов определяется различными способами: 1) временем принятия акта, 2) временем, которое указано в самом акте или в специальном акте о введении в действие данного акта, 3) временем официального опубликования акта или 4) по истечении определенного времени после официального опубликования акта.

По общему правилу, если иное не установлено в самих нормативных актах, в Российской Федерации законы вступают в силу по истечении десяти дней со дня их официального опубликования; **нормативные акты Президента и Правительства РФ** — по истечении семи дней после их официального опубликования; **нормативные акты федеральных органов исполнительной власти**, содержащие сведения, составляющие государственную тайну, или сведения конфиденциального характера и не подлежащие в связи с этим официальному опубликованию, — с момента их государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ, а акты общего значения, подлежащие официальной публикации, — по истечении десяти дней после их официального опубликования.

Многие нормативные акты Президента РФ и Правительства РФ предусматривают их вступление в силу с момента принятия или официального опубликования акта. Со дня ее официального опубликования вступила в силу и Конституция РФ.

Момент утраты силы нормативного акта определяется: 1) датой истечения срока действия временного акта, если этот срок не продлевается; 2) датой отмены акта; 3) датой вступления в силу нового акта, включающего в себя предмет регуляции прежнего акта.

По общему правилу, нормативные акты (и содержащиеся в них нормы) не имеют ни обратной силы, т.е. не распространяются на отношения, возникшие до момента их вступления в силу, ни последующей силы, т.е. после момента их отмены полностью теряют свою силу. Однако допускаются некоторые исключения из этого общего правила, и в ряде случаев в законодательном порядке может быть признана обратная или последующая сила того или иного акта (и соответствующих его норм).

Так, **обратной силой**, как правило, наделяются нормативно-правовые акты, отменяющие или смягчающие уголовную и административную ответственность.

Последующее действие акта (и его отдельных норм) — это так называемое **переживание** акта, т.е. продление действия (“жизни”) отмененного акта на отношения, возникшие до момента его отмены. Подобные исключения, допускаемые обычно гражданским законодательством, продиктованы необходимостью обеспечения стабильности в регуляции соответствующих общественных отношений и уверенности их участников в достижении планируемых целей своих законных действий.

Действие нормативных актов в пространстве определяется той территорией, на которую распространяется действие нормативно-правовых актов данного государства.

В состав этой территории входят суша, включая недра и континентальный шельф (подводная часть материка); внутренние и территориальные воды государства (в пределах 12 морских миль); воздушное пространство над сушей и водной частью территории; территории посольств, военных кораблей, а также всех морских и воздушных судов, находящихся вне территории других государств, космических кораблей и станций, а также других объектов в космосе и открытом море, принадлежащих данному государству.

Порядок и правила **экстерриториального действия** нормативных актов государства на территории его посольств в других государствах определяются международным правом.

Нормативно-правовые акты высших и центральных государственных органов в унитарном и федеративном государстве действуют на всей территории государства, акты территориальных государственных органов — на соответствующих территориях, акты субъектов Федерации — на территории соответствующих субъектов, а акты органов местного самоуправления — на территории соответствующих муниципальных образований. Возможные ис-

ключения из этого общего правила устанавливаются в законодательном порядке.

Действие нормативного акта по сфере регуляции определяется объектом правового регулирования, т.е. теми общественными отношениями, на которые распространяется юридическая сила норм данного акта.

Нормы различных актов — с учетом специфики объектов их регуляции и сферы их действия — относятся к определенной отрасли права с присущими ей особенностями предмета и метода правового регулирования. Это означает, что в каждой сфере правовой регуляции действует тот особый порядок (те нормы и соответствующие акты), который установлен в процессе исходной правовой регуляции с учетом специфики общественных отношений данной сферы.

Действие нормативных актов по кругу лиц определяется составом всех тех субъектов права, которым адресованы требования данного акта (его норм).

По общему правилу, под действие нормативно-правовых актов попадают все лица (физические и юридические лица, должностные лица, граждане, иностранцы и лица без гражданства), находящиеся в пространстве действия соответствующего акта.

Однако из этого общего правила есть ряд исключений.

Так, субъектами соответствующих прав и обязанностей политического характера (например, права избирать и быть избранными в органы государственной власти, права участвовать в управлении делами государства, права членства в политических партиях, обязанности нести военную службу и т.д.) могут быть только граждане данного государства. Иностранцы и лица без гражданства не входят в круг адресатов таких норм. Но они являются субъектами прав и обязанностей во всех других сферах правовой регуляции, и на них распространяется действие соответствующих норм (норм гражданского, уголовного, предпринимательского права и т.д.).

Особую группу составляют иностранцы (главы иностранных государств и правительств, руководящие сотрудники иностранных посольств и консульств, некоторые другие категории иностранных граждан), которые в соответствии с положениями международного права обладают **дипломатическим иммунитетом** и в силу этого не подлежат уголовной и административной ответственности на территории и по законам других государств.

Адресатами некоторых норм (и актов) являются **специальные субъекты**, т.е. не все лица, а лишь определенная категория лиц, характеризующихся особыми признаками (например, работники химической промышленности, ветераны труда, жители Крайнего Севера, субъекты налогового обложения, должностные лица, лица призывного возраста, годные к военной службе, и т.д.).

3. Реализация норм права

Реализация норм права — это осуществление их требований посредством соответствующих форм поведения субъектов права.

Эти формы поведения субъектов права обусловлены характером самих правовых требований.

По своему характеру **требования права** делятся на два вида: 1) **запреты** субъектам права совершать неправомерные (противоправные) действия и 2) **предписания** субъектам права совершать определенные правомерные действия при осуществлении их прав и обязанностей. В соответствии с этим двумя основными формами реализации права являются: 1) соблюдение запретов и 2) и исполнение предписаний.

В поведенческом плане **соблюдение правовых запретов** означает пассивное воздержание от совершения неправомерных действий (недеяние правонарушений) и не связано с совершением каких-либо активных действий, в том числе и правомерных.

Исполнение правовых предписаний, напротив, требует от всех субъектов права соответствующих активных правомерных действий для реализации их прав и обязанностей.

Основной смысл этих предписаний как общих правил правореализации состоит в том, что в силу двустороннего (предоставительно-обязывающего) характера права в целом использование субъектом правореализации своего права всегда должно сочетаться с исполнением им определенных обязанностей: **праву субъекта правореализации всегда соответствует (корреспондирует) его надлежащая обязанность**, а правам и обязанностям одного субъектов правореализации — обязанности и права других субъектов правореализации.

В сфере правореализации, как и в праве в целом, нет односторонних прав и односторонних обязанностей, нет субъектов лишь с правами и субъектов лишь с обязанно-

стями. Это означает, что сам процесс реализации норм права должен носить правовой характер, а действия и взаимоотношения субъектов правореализации должны осуществляться в нормативно связующей их (и согласующей их права и обязанности) **форме правовых отношений**.

Общим основанием, признаком и критерием правомерности всех видов правореализующих действий и актов всех субъектов права является обусловленность и обоснованность реализации соответствующего, закрепленного в диспозиции правовой нормы, их права или обязанности реальным наличием всех конкретных условий (надлежащих юридических фактов), которые предусмотрены в гипотезе данной нормы. **Правореализация без соответствующего правореализационного основания и условия — это правонарушение.**

К числу правореализующих действий относятся и **правоприменительные действия** государственных органов и должностных лиц по осуществлению их обязанностей и прав. При всех своих особенностях (официально-властный характер статуса субъекта действия, содержания его компетенции, принимаемых им правоприменительных актов и т.д.) **правоприменительные действия, как и все остальные правореализующие действия других субъектов права, должны осуществляться именно как исполнение соответствующих предписаний права по общим для всех правореализующих субъектов правилам и единой нормативно-регулятивной модели.**

Подчинение правоприменительных действий и в целом всей правоприменительной деятельности этим общеправовым требованиям и единым правилам реализации норм права является **необходимым условием обеспечения правовой законности во всей деятельности государственных органов и должностных лиц, существенной юридической гарантией против их произвола.**

Осуществление правоприменительных действий в строгом соответствии с предписаниями права и в надлежащей правовой форме является вместе с тем существенным условием реальности и успешной практической реализации прав и обязанностей всех других субъектов, надлежащего действия всего права.

4. Применение норм права

Применение норм права — это их реализация в предусмотренных правом случаях и в предписанной им фор-

ме правореализующих действий государственного органа (или должностного лица), осуществляемая в пределах его компетенции по разрешению конкретных правовых дел и принятию соответствующих правовых актов.

Все государственные органы и должностные лица в сфере своей компетенции занимаются правоприменительной деятельностью. И в целом все государственные функции (от правоустановления до правоприменения) осуществляются (и должны осуществляться) в виде правоприменительной деятельности государственных органов и должностных лиц, в форме реализации их компетенции. В совокупности таких правоприменительных (правореализующих) действий реально проявляется правовая природа государства. Вместе с тем именно совокупность правоприменительных действий наглядно демонстрирует правовую форму и правовой характер деятельности государства в реальной действительности.

В правоприменительной деятельности реальное состояние действующего права и реальное состояние существующего государства выражены в их неразрывном единстве. Поэтому качество правоприменительной деятельности является самым надежным и достоверным критерием для оценки сложившейся правовой и государственной действительности.

В правоприменительной деятельности действия государственного органа (или должностного лица) по реализации им своей компетенции обусловлены и продиктованы его обязанностями и правами по разрешению конкретного правового дела. Содержанием такого правового дела может быть любой юридически значимый вопрос, разрешение которого, согласно действующему праву, требует участия компетентного государственного органа, его действий и решений.

В одних случаях, когда речь идет о **правонарушениях**, правоприменительная деятельность направлена на пресечение противоправных действий, надлежащее рассмотрение совершенного правонарушения, привлечение правонарушителя к ответственности и принятие компетентным государственным органом соответствующего решения (в виде, например, приказа директора о выговоре, решения суда о возмещении ущерба, приговора по уголовному делу и т.д.).

В других случаях, когда речь идет о **правомерных действиях субъектов права по реализации их прав и обязанностей**, задача и цель правоприменительной деятельности состоят в надлежащем государственно-правовом

обеспечении и гарантировании этих правореализующих действий субъектов права путем соответствующих собственных правореализующих (правоприменительных) действий со стороны самого компетентного органа или должностного лица — в виде, например, выдачи требуемого официального разрешения, необходимой справки или удостоверения, осуществления регистрации, судебного удовлетворения правомерного иска и т.д.

Таким образом, правоприменительная деятельность государственных органов и должностных лиц, представляя собой реализацию ими своей компетенции, с одной стороны, является **формой государственно-правового контроля и юридической оценки** правореализующих действий и правонарушений других субъектов права, а с другой стороны, сама является **объектом такого же контроля и оценки** со стороны соответствующих компетентных органов и должностных лиц.

Правоприменительная деятельность — это одновременно и применение государственным органом или должностным лицом определенной нормы права для решения конкретного правового дела (вопроса), и вместе с тем реализация данным органом (или лицом) соответствующей своей обязанности (и права), предусмотренной диспозицией применяемой нормы права. При этом необходимо, чтобы данное конкретное дело (вопрос) входило в круг случаев, предусмотренных гипотезой этой же нормы права. В нормативно-регулятивном плане это означает, что государственный орган (или должностное лицо) вправе и обязан реализовать диспозицию управомочивающей его нормы (т.е. реально использовать те или иные властные полномочия из общего комплекса компетенции данного органа или лица) лишь тогда и постольку, когда и поскольку эта норма применяется к правовому делу (вопросу), предусмотренно-му гипотезой данной нормы.

В процессе применения норм выделяются **три стадии**: 1) установление фактических обстоятельств дела; 2) юридическая квалификация этих фактических обстоятельств; 3) принятие решения по делу.

Все действия правоприменительного органа и лица на всех стадиях правоприменения — это предписанные применяемыми нормами права юридически значимые действия для определения юридического значения соответствующих фактических обстоятельств дела и принятия по нему юридического решения. Поэтому фактические и юридические

аспекты правоприменения и разрешаемого правового дела тесно переплетены и совмещены на всех стадиях применения нормы права. **Юридическое здесь везде должно быть обосновано фактически, а фактическое — установлено в его юридической значимости.**

Основная задача **первой стадии** процесса правоприменения — выявление, исследование и установление фактических обстоятельств дела под углом зрения их соответствия правоприменительным случаям (условиям, основаниям), предусмотренным гипотезой определенной нормы, которую необходимо применить при соответствующих обстоятельствах.

Всестороннее, полное и объективное юридическое выявление (сбор), изучение и установление фактических обстоятельств дела должно осуществляться в соответствии с общими требованиями достижения объективной истины об этих обстоятельствах и вместе с тем в строгом соответствии со специальными целями, задачами, формами и средствами их юридического исследования для достижения в конечном счете не абстрактной, а именно конкретной **юридически значимой объективной истины** о правовых свойствах, характеристиках и значениях исследуемых фактов. Это специфическое юридическое исследование фактических обстоятельств дела должно проводиться в рамках и на основе установленного правопорядка, в предусмотренных процессуальных формах, с помощью надлежащих юридико-доказательственных средств (свидетельские показания, вещественные доказательства, документы, данные экспертизы, личные признания участников дела и т.д.).

Собранные и проанализированные формы должны носить достоверный характер и в своей совокупности — в виде фактического состава дела — полностью соответствовать по своим юридически значимым характеристикам тем условиям, которые предусмотрены гипотезой применяемой нормы.

Юридическая квалификация фактических обстоятельств дела (фактического состава дела, включая конкретные действия всех его участников) на **второй стадии** правоприменительного процесса — это продолжение и завершение их юридических (юридико-квалификационно мотивированных, конкретизированных и ориентированных) исследований, начатых на первой стадии правоприменения. Ведь и на первой стадии собирались и изучались не про-

сто факты как таковые, а именно определенные, юридически значимые факты, т.е. юридически характеризующиеся, оцениваемые, квалифицируемые факты.

Юридическая квалификация любого факта — это его оценка с точки зрения определенной нормы права, устанавливающая конкретное юридическое значение данного факта (действия лица, отношения, события и т.д.). Поэтому все правоприменение в целом носит юридико-квалификационный характер, и различные моменты и аспекты юридической квалификации фактических обстоятельств дела присущи всем формам и стадиям правоприменительной деятельности.

Окончательная юридическая квалификация установленного фактического состава рассматриваемого правового дела (вопроса) позволяет перейти к завершающей **третьей стадии правоприменительного процесса** — к принятию решения по данному делу.

В ряде случаев при наличии пробелов в праве юридическая квалификация соответствующих отношений (фактических обстоятельств дела) и решение дела в целом осуществляются посредством надлежащего использования аналогии закона или аналогии права.

Решение по делу представляет собой **акт применения права**, определяющий конкретные права и обязанности субъектов рассмотренного отношения.

Правоприменительный акт носит индивидуальный (персонально определенный) характер, обязателен для исполнения, при необходимости — посредством мер государственного принуждения.

Правоприменительный акт может быть выражен в письменной форме (в виде самостоятельного письменного документа или письменной резолюции на другом документе), устно (наложение штрафа на месте), посредством официальных знаков (жесты регулировщика и т.д.).

Классификация правоприменительных актов по различным группам может быть осуществлена по разным основаниям — по субъектам, принявшим соответствующие акты, по их регулятивно-правовому характеру и т.д.

Правоприменительные акты различных государственных органов и должностных лиц имеют официальные (законодательно определенные) типовые наименования, например: распоряжение Президента РФ или Правительства

РФ; приказ министра или руководителя предприятия, учреждения; постановление следователя или прокурора по вопросам предварительного расследования; письменное указание прокурора органу дознания, дознавателю, следователю в связи с возбуждением и расследованием ими уголовных дел; определение суда по вопросам судебного разбирательства дела; решение суда по гражданским делам; приговор суда по уголовным делам и т.д.

5. Пробелы в праве. Аналогия закона и аналогия права

В процессе правоприменения может оказаться, что в действующем позитивном праве отсутствует конкретная правовая норма, прямо регулирующая обстоятельства рассматриваемого дела. Такая ситуация может означать: 1) либо сознательное нежелание законодателя (и в целом всех субъектов правоустановительной деятельности) регулировать эти обстоятельства; 2) либо наличие пробела в действующем позитивном праве.

В первом случае (при отказе законодателя от правовой регуляции данных обстоятельств) соответствующие фактические обстоятельства не имеют юридического значения. По таким обстоятельствам не следует возбуждать юридическое (правоприменительное) дело, а по уже возбужденному делу необходимо вынести соответствующее решение с учетом выявленной их юридической незначимости ("юридической ничтожности").

Под пробелом в праве имеется в виду отсутствие такой нормы права, которая по смыслу действующего права и характеру регулируемых им общественных отношений необходима для регулирования данных конкретных фактических обстоятельств (фактических отношений), находящихся в сфере сложившейся правовой регуляции.

Пробелы в праве могут быть либо следствием неизбежного отставания законодательства от более динамично развивающихся общественных отношений, либо результатом ошибок и упущений самого законодателя, низкого уровня его законотворческой культуры и т.д.

Выявленные пробелы в праве могут быть восполнены лишь самим законодателем, соответствующим компетентным правоустановительным органом.

Но правоприменительный орган или должностное лицо не вправе ввиду пробела в праве отказаться от рассмотрения и решения соответствующего правового дела (вопроса). Такой отказ означал бы "отказ в правосудии", что противоречит общему смыслу права как реально действующего регулятора.

В процессе правоприменения для преодоления пробелов в действующем праве используются такие специальные **правоприменительные приемы**, как аналогия закона и аналогия права.

Аналогия закона — это применение к неурегулированному отношению нормы закона (действующего позитивного права), регулирующей сходные (аналогичные) отношения.

Применение аналогии закона в сфере гражданских и предпринимательских отношений, защиты неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ предусмотрено действующим ГК (п. 1 ст. 6) и ГПК (ч. 3 ст. 11). Согласно ГК РФ (п. 1 ст. 6), если такие отношения "прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона)".

При использовании аналогии закона в процессе правоприменительной деятельности для юридической квалификации соответствующих отношений и решения дела в целом нужную норму, регулирующую сходные (аналогичные) отношения, следует искать прежде всего в той отрасли законодательства, к сфере регуляции которой относится рассматриваемое отношение (обстоятельства дела), а при нахождении ее в данной отрасли — продолжать поиск ее в близких отраслях законодательства и в законодательстве в целом (во всем действующем позитивном праве).

При отсутствии искомой нормы законодательства, регулирующей сходные отношения, т.е. невозможности использования аналогии закона, используется аналогия права.

Аналогия права — это применение к неурегулированному отношению общим началом (действующим позитивным правом) отношению общих начал и смысла права.

При этом под общими началами и смыслом права имеются в виду общеправовые и отраслевые **принципы права и правовой регуляции**. Эти принципы права (общие начала и смысл права) разрабатываются и обосновываются в юридической теории, в доктрине позитивного права. Ряд доктрин-

нальных положений об общих началах, смысле и принципах права получил закрепление в самом законодательстве (в соответствующих общих частях и разделах нормативно-правовых актов). Допущение аналогии права по существу означает признание юридической доктрины источником действующего права (в сфере использования аналогии права).

Таким основополагающим и всеобщим принципом права и правовой регуляции, согласно либертарно-юридической теории правопонимания и доктрине позитивного права, является **принцип формального равенства**, конкретизацией которого являются все остальные нормативно-правовые формы и средства правового регулирования общественных отношений.

Использование аналогии права в сфере действия гражданского законодательства нашло свое закрепление в действующем ГК РФ (п. 2 ст. 6), который предусматривает, что "при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости".

Использование аналогии закона и аналогии права в правоприменительном процессе имеет одно принципиально важное исключение: **аналогию закона и аналогии права нельзя использовать в сфере отношений уголовно-правового наказания и административных взысканий**.

Для правоприменителя отсутствие нормы законодательства, характеризующей рассматриваемые обстоятельства в качестве уголовного преступления или административного проступка, означает, согласно одному из фундаментальных требований и вместе с тем гуманистических презумпций права ("Нет преступления, нет наказания, если это не установлено в законе"), не пробел в позитивном праве, а отказ законодателя от правовой регуляции этих обстоятельств, их юридическую незначимость, "юридическую ничтожность".

Сам законодатель, обнаружив такое отсутствие нормы, может рассматривать его либо как правомерный отказ от регуляции соответствующих обстоятельств и все оставить по-прежнему, либо расценить отсутствие такой нормы как пробел и восполнить его принятием соответствующей нормы. Но правоприменитель в этом случае обязан руководствоваться лишь уже принятыми нормами и не вправе использовать аналогию закона или аналогию права.

Глава 8. Толкование норм права

1. Понятие толкования норм права. Объект, метод и предмет толкования

Толкование нормы права — это уяснение и разъяснение ее подлинного содержания, подлежащего реализации в данных конкретных условиях ее действия.

Под реализацией имеются в виду все ее виды, включая и применение норм права.

Как специальная юридическая категория толкование права имеет свой особый смысл и выполняет особую роль в системе категорий, выражающих и характеризующих особенности процесса действия права.

В абстрактно-общем виде регулятивно-правовое содержание нормы права в ее статике выражено в самом тексте соответствующего источника позитивного права. Динамика права, процесс его реализации, включая и правоприменение, носит по необходимости конкретизированный характер: **абстрактно-общее** содержание статичной нормы права в процессе ее реализации (и применения) **конкретизируется** применительно к соответствующей конкретной ситуации с конкретными обстоятельствами и взаимоотношениями персонально-конкретных лиц по конкретному основанию, в конкретном месте и конкретном времени.

Толкование права и заключается в надлежащем уяснении и разъяснении регулятивно-правового смысла этой конкретизации абстрактно-общего содержания статичной нормы права в динамичном процессе ее реализации.

При этом под **уяснением** имеется в виду сама юридико-познавательная процедура выявления, осмысления и обоснования искомого содержания толкуемой нормы. Любое толкование включает в себя такую процедуру уяснения толкователем нормы (прежде всего для себя самого) ее подлинного содержания.

Под **разъяснением** имеются в виду различные специальные формы внешнего публичного выражения для общего использования результатов соответствующего (официального или неофициального) уяснения содержания толкуемой нормы.

Ввиду таких различий между уяснением и разъяснением **толкование-уяснение** не следует смешивать с **толкованием-разъяснением**.

Для надлежащего толкования нормы права (толкования-уяснения) необходимо определить его объект, метод и предмет.

Объектом толкования нормы права является соответствующий данному регулятивному случаю (данной конкретной ситуации) текст того нормативно-правового (правоустановительного) акта, в котором выражена толкуемая норма.

Метод толкования нормы права — это согласованная юридико-логическая интерпретация текста источника нормы и данной конкретной ситуации (случая) в их взаимной соотношенности, сориентированности и единстве, направленная на выявление и определение в тексте источника соответствующих структурных элементов и общей конструкции искомой нормы в их актуальной регулятивно-правовой значимости для данной конкретной ситуации (случая).

Предмет толкования нормы права — это искомое актуальное регулятивно-правовое значение нормы права, которое подлежит реализации в данной конкретной ситуации (случае).

Соотношение и связь между объектом, методом и предметом толкования нормы права в юридико-познавательном плане состоят в следующем: юридико-логическая интерпретация (**метод**) соответствующего данной конкретной ситуации (данному регулятивному случаю) текста нормативного источника (**объект**) выявляет, формулирует, обосновывает и определяет искомое актуальное регулятивно-правовое значение нормы права, подлежащей реализации в данной конкретной ситуации (**предмет**).

Осмысление объекта толкования с помощью метода толкования дает предмет толкования: **предмет — это методически осмысленный объект**.

В таком осмыслении и состоит познавательное содержание (смысл) **уяснения** подлинного содержания толкуемой нормы, т.е. ее актуального регулятивно-правового значения для данного регулятивного случая (конкретной ситуации). Это ситуативно-конкретизированное, **актуальное регулятивно-правовое значение реализуемой нормы**, выявленное и обоснованное в ходе ее толкования-уяснения, и есть то искомое при толковании **подлинное содержание нормы права**, которое должно быть реализовано в данной конкретной ситуации (случае).

2. Способы (приемы) толкования норм права

В процессе уяснения содержания нормы права используется **ряд способов (приемов) толкования права**. К таким способам (приемам) относятся: юридико-источнико-

ведческое, грамматическое, логическое, системное (систематическое), историческое (историко-политическое), юридико-терминологическое (специально-юридическое), функциональное, телеологическое (целевое) толкование.

Юридико-источниковедческое толкование — это приемы определения, выявления и изучения оригинала текста официальной публикации нормативного источника, в сфере регулятивного воздействия которого находится данная регулятивная ситуация (случай). В результате такого толкования должна быть установлена идентичность толкуемого текста нормативного акта тексту оригинала в ее последней официальной редакции (публикации).

Грамматическое толкование — это способ учета и использования особенностей грамматических (морфологических) форм и средств составления текста нормативного источника, его языковых, стилистических и структурных характеристик в процессе нормативно-правовой интерпретации положений текста, выявления и определения тех частей (фрагментов) текста, в которых выражено правовое содержание отдельных элементов нормы и нормы в целом. Такое юридико-грамматическое осмысление особенностей текста важно и в том плане, что язык правового текста — это одновременно и тот официальный правовой язык, на котором осуществляется соответствующее нормативно-правовое осмысление также и регулятивной ситуации в ее соотношенности с толкуемой нормой.

Логическое толкование — это способы и формы использования законов и правил формальной логики в процессе юридико-логической интерпретации текста (частей текста) акта в качестве логически взаимосвязанных структурных элементов единой, внутренне согласованной и непротиворечивой регулятивной системы — толкуемой нормы права. Требования формальной логики соблюдаются также и при юридико-логическом осмыслении регулятивной ситуации, в процессе выявления и определения искомого соответствия между абстрактной нормой и данным конкретным случаем.

В целом юридическая логика включает в себя все требования формальной логики в их юридически конкретизированном значении и выражении.

Системное (систематическое) толкование — это приемы юридико-логического осмысления толкуемой нормы права как системы элементов, определения ее места и роли в праве как системе норм, выявления регулятивно-

го смысла системных связей как между структурными элементами в самой норме, так и между данной нормой и другими нормами, регулируемыми однородные отношения, к которым относится и регулятивный случай.

Историческое (историко-политическое) толкование — это приемы выявления конкретно-исторической обусловленности толкуемой нормы, уяснения роли социальных, политических и иных факторов, оказавших влияние на ее содержание, осуществления сравнительно-правового анализа воли законодателя времени принятия данной нормы (так называемой “исторической воли законодателя”) и воли законодателя времени ее реализации в данной конкретной регулятивной ситуации.

Юридико-терминологическое (специально-юридическое) толкование — это приемы осмысления и учета регулятивно-правового значения специальных юридических понятий, терминов, категорий, определений, конструкций и иных юридико-технических средств, использованных в тексте толкуемого нормативного акта.

Под **функциональным толкованием** в литературе имеется в виду необходимость учета в процессе уяснения смысла нормы конкретных условий, особенностей времени и места, при которых реализуется данная норма права.

Под **телеологическим (целевым) толкованием** в литературе имеется в виду уяснение целей его издания. В ряде случаев сам законодатель указывает в тексте акта (в его преамбуле или в общей части) цели (или задачи) его издания. В других случаях цель издания акта выявляется путем соответствующего осмысления его общих положений, изучения материалов о подготовке и принятии акта, использования выводов исторического толкования данного акта и т.д.

Учет цели издания нормативного акта является в некоторых случаях весьма важным аспектом уяснения подлинного содержания толкуемой нормы.

Было бы, однако, неверно сводить задачу телеологического толкования права к уяснению лишь цели издания нормативного акта, поскольку цель самой нормы права (и права в целом) и цель издания нормосодержащего акта — это в принципе разные категории и явления, хотя в ряде моментов они могут совпадать или пересекаться.

Цель издания акта относится к сфере законодательной политики, к реализации ее задач, установок, программ и планов, обусловленных и продиктованных конкретной социально-исторической обстановкой, соотношением

различных социально-политических сил, актуальными для времени принятия акта задачами общественной и политической жизни и т.д.

Хотя правовая норма и появляется в результате действия всех этих и ряда других внеправовых факторов, однако **цель нормы права — собственно правовая и относится она к сфере правовых ценностей.**

Согласно естественноправовому подходу, присущему и действующей Конституции РФ, цель права — это прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека как высшая ценность.

Цель права (и нормы права), согласно либертарно-юридической теории, — это прогресс свободы, равенства и справедливости в жизни людей, т.е. утверждение и прогрессивное развитие ценностных свойств и начал самого права, выраженных в правовом принципе формального равенства.

Учет этой собственно правовой цели (и правовой ценности) толкуемой нормы права — в ее соотношении с целью издания акта и юридико-ценностными свойствами действующего законодательства времени реализации нормы права — определяет специфику телеологического толкования.

По своей сути телеологическое толкование — это ценностно-целевое толкование, целенаправленное на реализацию нормы права как юридико-ценностного регулятора, сочетающего в себе регулятивную силу и правовые ценности. В соответствии с этим оно ориентировано на уяснение ценностно-правового содержания толкуемой нормы в общем контексте прогресса права и развития ценностно-правовых свойств и характеристик действующего права.

Осмысление и определение этого **ценностно-правового содержания нормы права как ее искомого подлинного содержания** является существенным аспектом всего процесса толкования.

В обобщенном виде смысл и значение этого телеологического критерия можно сформулировать следующим образом: из всех вариантов толкования нормы права, допускаемых ее текстуальным содержанием и соответствующих достигнутому уровню правового развития, самым адекватным, обоснованным, правильным и перспективным является наиболее прогрессивное в юридико-телеологическом смысле толкование нормы права, т.е. тот вариант толкования, в котором содержание нормы уяснено и выражено с максимально высоких для времени ее реализации ценностно-правовых позиций.

Историко-правовая практика со времен римского права до настоящего времени подтверждает такой подход и свидетельствует о том, что именно прогрессивные в ценностно-правовом (т.е. в собственно правовом) смысле толкования положений права — особенно со стороны авторитетных юристов и соответствующих высших судов — адекватно отражали как существо действующего права, так и потребности его развития и обновления. **Такие толкования права являются:** 1) эффективным средством сочетания надлежащей стабильности установленного права с его гибким и оперативным приспособлением ко все новым потребностям, проблемам и запросам общественного развития; 2) экономной и адекватной юридической формой своевременного разрешения назревших в обществе и государстве конфликтов и противоречий; 3) надежным, практически апробированным источником формирования и утверждения в праве и жизни новых юридических идей, принципов и ценностей, новых, более развитых форм и норм свободы, равенства и справедливости.

3. Виды толкования-уяснения норм права

Выявляемый в процессе нормативной интерпретации текста акта **нормативный смысл правоположений, содержащихся в тексте**, может по своему объему как совпадать, так и не совпадать с буквальным (словесным) выражением этих правоположений текста. Уяснение этого аспекта искомого подлинного нормативного содержания толкуемой нормы принято называть толкованием по объему. **По объему толкования различаются три вида толкования текста акта:** буквальное, расширительное и ограничительное. Обычно в литературе буквальное толкование называется также адекватным толкованием. Такое отождествление буквальности и адекватности представляется неверным, поскольку требованию качественного критерия “адекватность” должны соответствовать все виды и способы толкования права.

Буквальное толкование имеет место в тех наиболее распространенных случаях, когда нормативный смысл правоположения текста полностью совпадает с его словесно-текстуальным выражением. К таким случаям относится, например, положение п. 2 ст. 41 Семейного кодекса РФ: “Брачный договор заключается в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению”.

Однако нередко нормативный смысл правоположения текста оказывается шире или уже его текстуально-словес-

ного выражения. В этих случаях требуется расширительное (распространительное) или ограничительное толкование с целью адекватно (верно и точно) выразить подлинный нормативный смысл соответствующих правоположений текста акта.

Расширительное толкование необходимо там, где подлинный нормативный смысл правоположения текста шире его словесного выражения. Так, ч. 2 ст. 55 Конституции РФ содержит следующее правоположение: “В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина”. Подлинный нормативный смысл этого правоположения шире его словесного выражения, поскольку содержащийся в правоположении запрет распространяется не только на законы, но и на подзаконные акты.

Ограничительное толкование требуется там, где подлинный нормативный смысл правоположения текста уже его словесного выражения. Например, в ч. 1 ст. 30 Конституции РФ сформулировано следующее правоположение: “Каждый имеет право на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов”. Здесь ясно, что подлинный нормативный смысл этого правоположения уже его словесного выражения, поскольку закрепленное в нем право на объединение не распространяется, в частности, на детей.

4. Виды толкования-разъяснения норм права

Юридическое значение **толкования-разъяснения** зависит от статуса субъекта толкования. По этому основанию выделяется два вида толкования-разъяснения: официальное и неофициальное.

Официальное толкование — это толкование, которое осуществляется уполномоченным на это государственным органом. Акты официального толкования обязательны для соответствующих субъектов правоприменения.

По сфере такой обязательности положений официального толкования оно делится на нормативное и каузальное.

Положения **нормативного толкования** распространяются на неопределенный круг лиц и отношений, охватываемых толкуемой нормой. Но официально-обязательное для соответствующих субъектов правоприменения **положе-**

ние (правило, "норму") толкования нельзя смешивать ни с толкуемой нормой права, ни с нормой права вообще. Правотолковательное положение — это всегда лишь правило надлежащего понимания уже наличной толкуемой нормы права, а не новая норма права.

Положения каузального толкования распространяются лишь на данный конкретный случай (казус).

По источнику (правовому основанию) такой обязательности обычно выделяют два вида официального толкования — легальное и аутентичное. Однако, как мы увидим ниже, так называемое аутентичное толкование — ввиду отсутствия у него необходимого источника (правового основания) обязательности его положений — вообще неправомерно и ошибочно относить к официальному толкованию.

Легальное толкование — это толкование, которое осуществляет специально на это уполномоченный законом государственный орган. Так, согласно ч. 5 ст. 125 Конституции РФ, Конституционный Суд РФ по запросам Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, органов законодательной власти субъектов РФ дает толкование Конституции РФ. Такое толкование обладает общеобязательной юридической силой.

В литературе к легальному толкованию (в качестве его разновидности) относят и те **разъяснения по вопросам судебной практики**, которые, согласно Конституции РФ (ст. 126, 127), дают Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ. Подобная трактовка представляется необоснованной, поскольку сама Конституция РФ не уполномочивает эти судебные органы, в отличие от Конституционного Суда РФ, толковать какие-либо нормативно-правовые акты, но предусматривает лишь, что они дают разъяснения по вопросам судебной практики.

Эти разъяснения названных высших судебных органов по сути своей являются разновидностью неофициального (необязательного) толкования и носят рекомендательный характер. Наделение их официально-обязательной юридической силой фактически означало бы как признание за соответствующими судебными органами законодательных правомочий, что противоречит принципу разделения властей, так и одновременно отрицание конституционного принципа независимости судей и подчинения их только Конституции РФ и федеральному закону.

Под аутентичным толкованием в литературе имеется в виду официальное, обладающее обязательной силой толкование всеми правоустановительными (правотворчес-

кими) государственными органами (представительными и исполнительными) изданных ими нормативно-правовых актов, осуществляемое по собственному усмотрению соответствующих органов в пределах их компетенции.

Эта позиция, включая одобрение соответствующей практики, является господствующей в нашей литературе.

Между тем очевидно, что подобная позиция (и породившая ее практика) противоречит не только основным началам права и правовой государственности, но и действующему законодательству, которое не наделяет правотворческие органы правом осуществлять официально-общеобязательное толкование каких-либо нормативных актов (своих или чужих). Аутентичное толкование как продукт и выражение неправовой практики государственных органов носит произвольный, самочинный характер и является — в отличие от легального толкования — толкованием нелегальным и неправовым. Это как раз один из тех важных случаев, когда то, что прямо не разрешено законом государственным органам или должностному лицу, то ему запрещено; что не легально, то нелегально и антилегально. Но, видимо, в наших условиях всего этого недостаточно и необходим прямой законодательный запрет на занятие государственными органами подобной деятельностью.

Издание обязательного нормативного акта и осуществление официально-обязательного толкования вообще (своего акта или любого другого) — это две совершенно различные функции, и в условиях разделения властей один орган не должен обладать одновременно этими двумя функциями и двумя соответствующими правомочиями.

Обязательное толкование права является по своей сути судебной функцией, и оно должно осуществляться специальной судебной инстанцией (как правило, Конституционным или Верховным Судом). Поэтому только легальное судебное толкование является правомерным официально-обязательным толкованием; допущение же других видов официально-обязательного толкования, в том числе и аутентичного, противоречит элементарным требованиям права и правовой государственности.

К неофициальным толкованиям относятся все толкования, не наделенные законом обязательной юридической силой.

Неофициальное толкование подразделяется на обычное, профессиональное и доктринальное.

Обыденное толкование — это толкование соответ-

ствующей нормы права любым субъектом на основе его правопонимания и правосознания.

Профессиональное толкование — это толкование нормы субъектами права, профессионально (по службе) занимающимися соответствующими юридическими вопросами. К этим субъектам относятся как отдельные юристы-практики (судьи, прокуроры, следователи, адвокаты, юрисконсульты и т.д.), так и государственные органы (в сфере их профессиональной юридической деятельности). К разновидностям такого профессионального толкования по своему правовому смыслу и значению относятся как разъяснения высших судебных органов, так и соответствующие разъяснения-толкования всех остальных государственных органов (все так называемое аутентичное толкование).

Доктринальное толкование — это научно-юридическое толкование норм права, осуществляемое учеными-юристами. Результаты такого толкования (научная характеристика норм действующего законодательства, научно-практические комментарии, экспертные заключения и т.д.) публикуются в соответствующих монографиях, брошюрах, статьях и специальных сборниках.

Юридическая доктрина имеет для процесса толкования, разумеется, и более фундаментальное значение, поскольку именно юридико-доктринальное учение о смысле, правилах и роли толкования лежит в основе всех форм и видов толкования права.

Практическое значение неофициальных форм толкования (профессионального и доктринального) определяется авторитетом субъектов такого толкования, компетентностью и высоким уровнем прогностической достоверности соответствующих толкований.

Глава 9. Правовое отношение

1. Понятие правоотношения.

Объект и предмет правоотношения

Правовое отношение — это требуемая реализуемой нормой права форма взаимоотношений субъектов права в процессе приобретения и использования ими конкретно-определенного субъективного права либо создания или исполнения конкретно-определенной юридической обязанности.

Объект правоотношения — это абстрактное содержание реализуемой нормы действующего объективного

права, т.е. соответствующие абстрактные положения ее гипотезы, диспозиции и санкции.

Предмет правоотношения — это те конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности, для приобретения, осуществления и исполнения которых конкретные субъекты права при наличии необходимых правовых условий вступают в конкретные правоотношения и в соответствии с требованиями реализуемой нормы права совершают надлежащие правомерные действия.

Объективное право (право в объективном смысле) — это абстрактно-всеобщие нормы позитивного права, предусматривающие для фактически различных субъектов права **формально равные юридические условия и возможности** для реализации в конкретных правоотношениях их правомерных целей и интересов — приобретения и осуществления ими **своих конкретных, индивидуально-определенных субъективных прав, создания и исполнения ими своих конкретных, индивидуально-определенных юридических обязанностей**.

Эти приобретаемые в результате конкретных правоотношений разными конкретными субъектами различные индивидуальные, только им принадлежащие **конкретно-определенные субъективные права и субъективные юридические обязанности** не следует смешивать с абстрактными правами и обязанностями абстрактного субъекта, т.е. с абстрактно-общими правовыми свойствами и характеристиками (абстрактной правосубъектностью, правоспособностью, дееспособностью, деликтоспособностью) абстрактного субъекта объективного права и абстрактного субъекта абстрактного правоотношения.

Чтобы избежать терминологической путаницы и смешения абстрактно-правовой возможности абстрактного субъекта с уже приобретенным конкретным правом конкретного субъекта, необходимо соответствующие абстрактные права и обязанности обозначать как **абстрактные субъективные права и обязанности** — в их отличии от уже действительно приобретенных конкретными субъектами и принадлежащих только им различных **конкретных субъективных прав и конкретных юридических обязанностей**.

2. Юридические факты

Для возникновения, изменения или прекращения конкретных правоотношений необходимы наличные конкретные

правовые основания, в абстрактно-общем виде установленные в гипотезе реализуемой нормы права. Такие правовые основания, определяющие условия реализации абстрактной нормы права, называются юридическими фактами.

Юридические факты — это факты (фактические обстоятельства), имеющие, согласно закону, юридическое значение в качестве правового основания (условия), необходимого для реализации нормы права.

Юридические факты делятся на события и деяния.

Под **событиями** при этом понимаются юридически значимые явления и обстоятельства, которые не зависят от воли субъектов права (например, рождение, смерть, стихийное бедствие и т.д.).

Деяния (действия и бездействие) — это осознанно-волевые акты поведения людей.

По своему правовому характеру деяния делятся на **правомерные и неправомерные** (правонарушающие). Неправомерный (правонарушающий) характер, согласно закону, носят и некоторые виды бездействия соответствующих субъектов права в условиях, когда они должны были совершить определенные активные правомерные действия (например, неоказание врачом помощи больному, пассивное поведение работника милиции в ситуации совершения преступления и т.д.).

По форме своего осуществления и выражения деяния делятся на юридические акты и юридические поступки.

Под **юридическими актами** имеются в виду различные юридически определенные формы действия субъектов права (например, заключение договора, вступление в брак, подача искового заявления в суд, принятие судом решения по делу и т.д.), направленные на достижение определенных правовых последствий и результатов.

Юридические поступки — это различные фактические деяния субъектов права (например, спасение утопающего, выход на работу в нетрезвом состоянии и т.д.), которые независимо от воли совершающих их субъектов влекут правовые последствия в силу их юридической значимости.

Как правило, согласно гипотезе нормы, реализуемой в правоотношении, требуется наличие не одного, а нескольких юридически значимых фактов, которые в своей совокупности образуют **фактический состав, точнее говоря, — юридико-фактический состав** данной конкретной правореализуемой ситуации (правового случая, дела).

Надлежащее, требуемое процессуальным правом, доказательство наличия или отсутствия соответствующих юриди-

ческих фактов (всего юридико-фактического состава) образует **юридико-процессуальную сторону** (и составную часть) любого конкретного правоотношения. При этом наличие некоторых юридических фактов **презюмируется** (например, презумпция знания действующего закона, презумпция невиновности, презумпция гражданско-правовой дееспособности взрослого физического лица, презумпция объективности субъекта правоприменения и т.д.), пока не будет в установленном порядке доказано обратное.

3. Содержание правоотношения

Содержание правоотношения — это конкретизированная форма выражения абстрактного юридического содержания реализуемой нормы объективного права. Содержание конкретного правоотношения представляет собой результат: 1) конкретизации абстрактных положений гипотезы нормы — в виде наличия соответствующих юридически значимых конкретных фактических обстоятельств (юридических фактов); 2) конкретизации абстрактных положений диспозиции нормы о корреспонденции взаимных абстрактных прав и абстрактных обязанностей абстрактных адресатов нормы — в виде соответствующих взаимосогласованных конкретных активных правомерных действий индивидуально-определенных дееспособных субъектов правоотношения; 3) конкретизации абстрактных положений санкции нормы — в виде соответствующего конкретного правомочного правоприменительного действия (решения, акта) индивидуально-определенного компетентного субъекта правоотношения по разрешению данного конкретного правореализуемого случая (с установлением в надлежащем случае соответствующей конкретной меры юридической ответственности конкретных лиц за конкретное правонарушение).

Содержание правового отношения, таким образом, является чисто правовым, носит формально-юридический характер.

Понятие “правовое отношение” означает: право как отношение, так что в термине “отношение” ничего неправового нет.

Право как отношение (правовое отношение, правоотношение) имеет тот же объем правового содержания и тот же регулятивно-правовой механизм, что и правовая норма (право как норма). Это содержание и этот механизм состо-

ят из структурных элементов нормы (гипотезы, диспозиции и санкции) и их регулятивных значений (функций).

Отличие правового отношения от правовой нормы — это различие двух форм выражения одного и того же правового содержания и регулятивного механизма. Это различие состоит в том, что правовое отношение — это динамичная, конкретно-реализационная форма правовой регуляции, а норма права — статичная, абстрактно-общая форма правовой регуляции.

Правовое отношение выступает как **общая регулятивно-процедурная форма** конкретизации и реализации абстрактного содержания нормы права. В рамках и в соответствии с требованиями этой формы должны протекать все действия и взаимоотношения субъектов права в процессе реализации ими своих прав и обязанностей. Все конкретные правореализационные (в том числе и правоприменительные) отношения всех субъектов должны осуществляться в форме правового отношения.

С точки зрения действующего права реализация нормы права — это **официально-властный регулятивно-правовой контроль** за поведением субъектов права, за точным соответствием их взаимоотношений требованиям реализуемой нормы права, т.е. осуществление (реализация) ее юридической силы.

С точки зрения субъектов права реализация нормы права — это **использование субъектами права своих правовых возможностей (своей правоспособности)** посредством активных правомерных действий, соответствующих требованиям реализуемой нормы, для достижения своих правомерных целей и удовлетворения своих законных интересов — приобретения и осуществления своих индивидуально-конкретных субъективных прав и исполнения своих индивидуально-конкретных субъективных юридических обязанностей.

4. Субъекты (участники) правоотношения.

Физические и юридические лица

Субъекты (участники) правоотношения — это субъекты права, обладающие предусмотренными реализуемой нормой права правоспособностью, дееспособностью и деликтоспособностью.

Субъектами права являются все адресаты права, все те, кто находится под действием права, признается им в качестве абстрактного правового лица, возможного носителя прав и обязанностей, — свободные индивиды, хозяй-

ственные образования, общественные и религиозные организации, отдельные государственные органы и государство в целом. Несвободные индивиды (рабы) не были субъектами права; они относились к объектам права (подобно вещам, орудиям труда и т.д.).

Понятие “субъект права” означает признание **правосубъектности** адресата права как юридически значимого лица, обладающего абстрактной возможностью быть субъектом прав и обязанностей.

Субъекты права (лица, персоны в праве) делятся на физические и юридические лица.

Физические лица — это все люди в качестве субъектов права (граждане, иностранцы, лица без гражданства).

Юридические лица — это все остальные, кроме физических лиц, субъекты права — все хозяйственные, общественные, государственные и иные учреждения и организации, правосубъектность которых, а также соответствующий порядок их формирования и деятельности предусмотрены в действующем праве. Как и физические лица, все юридические лица, при всех их особенностях, одинаково подчиняются общим для всех субъектов права требованиям действующего права и реализации его норм в конкретных правоотношениях.

Все люди (физические лица) с момента рождения являются субъектами права как в смысле их абстрактно-общей правосубъектности в отношении действующего права, так и в смысле их конкретной правосубъектности — в качестве реальных обладателей совокупностью официально признанных основных естественных (прирожденных и неотчуждаемых) прав и свобод человека.

Юридические лица являются субъектами права с момента их официально-правового учреждения.

Правосубъектность лица выражается и конкретизируется в его правоспособности, дееспособности и деликтоспособности.

Правоспособность — это абстрактная способность (возможность) субъекта права иметь соответствующие права и обязанности, предусмотренные действующим правом. Понятие “правоспособность” по своему правовому смыслу и объему идентично понятию “правосубъектность”: субъект права правосубъектен в том же объеме и значении, в каком он правоспособен. Все физические лица обладают **равной для всех** правосубъектностью и правоспособностью, что является формой выражения их правового равенства, включая равенство всех перед законом.

Юридические лица обладают различной правосубъектностью, обусловленной теми особыми целями и задачами, для осуществления которых они учреждены. В этом смысле их правосубъектность является **специальной**.

Дееспособность — это реальная способность (возможность) субъекта права своими активными правомерными действиями реализовать в соответствующих правоотношениях свою правоспособность, приобретать и осуществлять свои субъективные права, создавать для себя и исполнять свои субъективные юридические обязанности.

Физические лица, согласно закону, приобретают дееспособность лишь с определенного возраста, необходимо для совершения осознанных юридически значимых действий в соответствующей сфере правовой регуляции. Полная дееспособность в РФ наступает с восемнадцати лет. Ограниченная дееспособность в разных отраслях права возникает с разного возраста. Так, в гражданском праве, согласно ст. 26 ГК РФ, признается ограниченная дееспособность несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет. Малолетние в возрасте от шести до четырнадцати лет, согласно ст. 28 ГК РФ, вправе самостоятельно совершать мелкие бытовые сделки.

Физическое лицо, которое вследствие психического расстройства не может понимать значения своих действий или руководить ими, может быть в надлежащем порядке признано судом недееспособным. Над ним устанавливается опека. Гражданское право предусматривает также возможность ограничения дееспособности физического лица в судебном порядке и установления над ним попечительства. Опека и попечительство устанавливаются для защиты прав и интересов недееспособных или не полностью дееспособных физических лиц.

Дееспособность юридических лиц наступает вместе с правоспособностью, так что они обладают единой праводееспособностью.

Деликтоспособность — это способность субъекта права отвечать за совершенное им правонарушение. В разных отраслях права деликтоспособность физических лиц наступает с разного возраста. Так, в гражданском праве полная деликтоспособность наступает с восемнадцати лет. Несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет самостоятельно несут имущественную ответственность по тем сделкам, совершение которых им разрешено по закону. Имущественную ответственность по сделкам малолетнего несут его родители, усыновители или опекуны.

Уголовной ответственности подлежит лицо, достигшее ко времени совершения преступления шестнадцатилетнего возраста. За наиболее тяжкие преступления уголовная ответственность наступает с четырнадцатилетнего возраста.

Понятие “юридическое лицо” имеет **общеправовое значение** и охватывает всех субъектов права во всех отраслях права, не являющихся физическими лицами. Данное принципиальное для всего права положение означает, что все участники правового типа общения и правовой формы отношений, т.е. все субъекты права, — это хотя и различные, но одинаково подчиняющиеся праву и действующие по праву **правовые лица**, т.е. специфически юридизированные персоны, определенные персонификации осуществляемых ими юридических ролей и функций в соответствии с их **правовым статусом** (их правовым положением, их законодательно закрепленной правоспособностью и дееспособностью в сфере частных и публично-властных отношений).

Правовое лицо (лицо в праве или просто лицо) — это абстрактно-правовая (т.е. абстрагированная в духе всеобщности права от эмпирических различий) ипостась, абстрактно-правовой облик всех участников правового типа общения. Все они — при всех их различиях — в зеркале права имеют абстрактно-правовое выражение лица. Правовыми лицами являются и физические лица, и юридические лица: **физическое лицо как субъект права — это физическое правовое (т.е. юридизированное, юридическое) лицо, а юридическое лицо — это нефизическое (но уподобленное исходному для права физическому лицу в его юридиколо-правовой ипостаси) юридическое лицо**.

Общеправовое значение категории “юридическое лицо” в разных отраслях права проявляется в различных формах.

Наибольшее развитие данная категория получила в **сфере гражданского права**. Здесь под юридическим лицом имеется в виду организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде (см. ст. 48 ГК РФ). Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования выступают в гражданско-правовых отношениях на равных началах с иными участниками этих отношений, и к ним как к субъектам гражданского права применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых

гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов (см. ст. 124 ГК РФ).

Юридическое лицо в гражданском праве действует на основании устава, либо учредительного договора и устава, либо только учредительного договора. Учредительный договор юридического лица заключается, а устав учреждается его учредителями (участниками).

Юридическое лицо в гражданском праве считается созданным со дня внесения соответствующей записи в единый государственный реестр юридических лиц.

Физические и юридические лица, выделяемые и признаваемые в гражданском праве и в целом в отраслях частно-правового профиля, носят **профилированно-отраслевой характер** и соответственно означают: **гражданско-правовые (частно-правовые) физические и юридические лица**.

Но общеправовое понятие физического или юридического лица не сводится лишь к гражданско-правовому (специально-отраслевому) значению этой категории и не ограничивается лишь сферой частных (имущественных и личных неимущественных) отношений, сферой частного права.

В сфере публично-властных отношений (в отраслях публично-правового профиля) все субъекты права имеют соответственно свой публично-правовой профиль и статус. Здесь под физическими лицами как субъектами права имеются в виду **публично-правовые физические лица** (физические лица в их публично-правовой признанности, значимости, определениях и изменениях), т.е. физические лица, обладающие определенным в законе публично-правовым статусом (абстрактными правами и обязанностями публично-властного профиля, характера и значения). А в качестве юридических лиц здесь выступают **публично-правовые юридические лица** (различные должностные лица, государственные органы и государство в целом) в виде субъектов со специальным публично-правовым статусом (компетенцией), состоящим из совокупности абстрактных прав и обязанностей правоустановительного и правоприменительного характера.

Особого внимания заслуживает то принципиальное обстоятельство, зачастую игнорируемое в теории и особенно на практике, что все установленные **в объективном праве (в действующем законодательстве) права и обязанности всех субъектов права** (физических и юридических лиц) во всех отраслях и сферах права (и в частном, и в публичном праве) носят абстрактно-общий характер, выражают абстрактную способность и возможность абстракт-

ных субъектов приобрести и осуществить соответствующие права и обязанности, т.е. **являются лишь правоспособностью (физических лиц) или правдееспособностью (юридических лиц)**, которые еще предстоит реализовать в конкретных правоотношениях, а вовсе не реальным, конкретно-определенным субъективным правом или субъективной юридической обязанностью того или иного индивидуально-определенного субъекта права, физического или юридического лица. Это, в частности, означает, что **компетенция должностных лиц, государственных органов и государства в целом** (специальный правовой статус публично-правовых юридических лиц с соответствующими абстрактными правомочиями) — это их **специальная правдееспособность, подлежащая реализации** (т.е. превращению в конкретное индивидуально-определенное субъективное право и конкретную субъективную юридическую обязанность правоустановительного или правоприменительного характера) **посредством и в рамках конкретно-определенных правовых отношений в соответствии с общими для всех субъектов права требованиями реализации норм действующего права**.

5. Виды правоотношений

Классификация правоотношений в основном совпадает с делением норм права на различные виды (по отраслям права, по особенностям регулятивных функций и т.д.).

Но имеются и некоторые особенности, обусловленные характером взаимоотношений между субъектами правоотношений.

Правоотношение — это взаимоотношения, как минимум, двух разных субъектов (сторон) правоотношения, которые олицетворяют предусмотренную реализуемой нормой корреспонденцию (согласованное взаимосоответствие) между правами и обязанностями, например, покупателя и продавца, заказчика и исполнителя, ссудодателя и ссудополучателя, работодателя (нанимателя) и работника, налогоплательщика и налогового органа, гражданина и государственного органа (должностного лица), двух различных государственных органов (должностных лиц) и т.д.

В этом смысле любое правоотношение носит **двусторонний характер** — в соответствии с двусторонним (предоставительно-обязывающим) характером реализуемой нормы права и права в целом.

Однако в одном правоотношении может быть и более двух субъектов (сторон) правоотношения. Например, субъектами (сторонами) правоотношения по договору в пользу третьего лица (см. ст. 430 ГК РФ) являются не только кредитор и должник, но и третье лицо с его самостоятельным правовым интересом, с его правами и обязанностями. Более двух субъектов (сторон) участвуют в различных правоотношениях по обмену жилья, особенно когда имеет место сложный (многосторонний) обмен и т.д.

С учетом сказанного представляется необоснованным выделение так называемых **односторонних правоотношений**. В качестве примера при этом ссылаются на договор дарения как образец элементарного правоотношения двух субъектов, где якобы есть только одна обязанность (дарителя) и одно право (одаряемого). Но дело обстоит иначе, поскольку все субъекты права вообще и правоотношений в особенности, включая дарителя и одаряемого, обладают одновременно и правами, и обязанностями: правам и обязанностям одной стороны соответствуют (корреспондируют) обязанности и права другой стороны. Так, согласно ГК РФ (см. ст. 572—582), дарение — это не обязанность, а право дарителя взять (или не брать) на себя соответствующее конкретное обязательство по дарению. В соответствующих случаях даритель обязан заключить договор в письменной форме, а в некоторых случаях он вправе отменить дарение. В свою очередь, одаряемый имеет право как принять дар, так и отказаться от него; в последнем случае, если договор дарения был заключен в письменной форме, он обязан возместить дарителю реальный ущерб, причиненный ему отказом принять дар.

В литературе принято также деление правоотношений на **относительные и абсолютные**. При этом под относительными имеются в виду правоотношения, в которых определены обе стороны, а под абсолютными — правоотношения, в которых определена только одна правомочная сторона. В качестве обоснования (и соответствующих примеров) наличия особых абсолютных правоотношений обычно ссылаются на право собственности и право авторства в гражданском праве, на право государственного органа (должностного лица) пресекать нарушения общественного порядка в административном праве. При этом специфику абсолютных правоотношений усматривают в том, что они налагают обязанности на всех и каждого, и все остальные субъекты права (их неопределенное множество) должны выполнять эти обязанности, не чинить препятствий праву единственного правомочного субъекта абсолютных правоотношений.

Сторонники подобного подхода (и соответствующего деления правоотношений на относительные и абсолютные) явно смешивают, во-первых, абстрактные права и обязанности с конкретными субъективными правами и юридическими обязанностями, а во-вторых, конкретные субъективные права (конкретное право собственности, конкретное право авторства), конкретные юридические обязанности (права-обязанности) конкретного государственного органа (должностного лица) пресечь конкретное правонарушение — с соответствующими правоотношениями, в рамках которых эти конкретные субъективные права и юридические обязанности либо уже приобретены и созданы, либо будут осуществлены и исполнены. Так что тут смешиваются и совершенно **разные конкретные правоотношения**, в одних из которых конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности приобретаются и создаются, а в других — осуществляются и исполняются.

Вне конкретных правоотношений (вне процесса конкретизации абстрактно-общих положений объективного права) ни абстрактные правовые возможности субъектов права (их абстрактная правоспособность, включая и абстрактную компетенцию государственных органов и должностных лиц) не могут быть превращены в соответствующие конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности, ни эти конкретные субъективные права и конкретные юридические обязанности не могут быть осуществлены и исполнены (включая и использование конкретных правоприменительных правомочий конкретными государственными органами и должностными лицами). А во всех правоотношениях, как и в праве в целом, правам и обязанностям одного субъекта соответствуют (корреспондируют) обязанности и права другого субъекта, так что так называемых абсолютных правоотношений (т.е. правоотношений с одним-единственным правомочным субъектом) нет и по определению быть не может.

Глава 10. Правонарушение и юридическая ответственность

1. Понятие и юридический состав правонарушения

Право регулирует поведение людей (действия и бездействия). То, что не урегулировано правом (в том числе и различные формы и виды человеческого поведения), не имеет юридического значения (юридически безразлично) и не влечет юридических последствий.

Урегулированные правом, т.е. юридически значимые, формы и виды поведения людей (действия и бездействие) — в зависимости от их соответствия или несоответствия требованиям права — делятся на **два основных вида: правомерное и неправомерное поведение**. Различные формы и виды правомерного поведения субъектов права в процессе действия и реализации норм права были рассмотрены выше. Специального внимания требует и юридический анализ понятия, видов и последствий неправомерного поведения субъектов права.

Неправомерное поведение как нарушение требований права выражается посредством **юридико-доктринального понятия “правонарушение”**.

Правонарушение — это неправомерное (противоправное), общественно вредное, виновное деяние (действие или бездействие) деликтоспособного субъекта, за которое в действующем праве предусмотрена юридическая ответственность.

Основные юридические характеристики (определения) правонарушения — это противоправность, общественная вредность, виновность деяния.

Под **противоправностью** деяния при этом имеется в виду нарушение соответствующим деянием субъекта требований действующего правового закона (т.е. норм действующего позитивного права, соответствующих правовому принципу формального равенства).

Общественная вредность противоправного (неправомерного) деяния — это юридическая оценка (квалификация) соответствующих видов фактического поведения людей с точки зрения права как всеобщего (общезначимого и потому общеобязательного) регулятора поведения членов общества по одинаково справедливому для всех принципу формального равенства, предусматривающему одинаково справедливые для всех субъектов права дозволения и запреты, общие нормативы (правила, нормы, формы) согласования, учета, реализации и защиты их интересов.

Общественно вредным в поведении субъектов права, следовательно, является все то, что **наносит вред** юридически определенному (оцененному и квалифицированному) и установленному в действующем праве (правовом законе) **общему благу** (т.е. юридически общепозитивному, общественному благу) всех субъектов права, в рамках которого индивидуальные (частные) интересы и возможности отдельного субъекта права в общеправовой форме (по общему

основанию, принципу и нормам) согласованы с соответствующими интересами и возможностями других субъектов права в условиях и в контексте общеобязательного для всех субъектов правопорядка.

Таким образом, общественная вредность — это специально-юридическая оценка (квалификация) противоправного поведения субъекта права, а не просто эмпирическая характеристика того или иного фактического поведения.

Виновность как юридическое определение противоправного деяния выражает его осознанно-волевой характер.

Юридический состав правонарушения — это система признаков противоправного поведения, необходимая для его юридической квалификации в качестве правонарушения.

Составными элементами (частями) юридического состава правонарушения являются объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона правонарушения.

Объект правонарушения — это правопорядок, установленный в соответствующей сфере правовой регуляции общественных отношений. Таким образом, объектом правонарушения являются урегулированные и защищенные действующим правом индивидуальные и общие ценности и блага, которым нанесен вред соответствующими противоправными действиями.

Объективная сторона правонарушения — это противоправное деяние (действие или бездействие), его юридически вредные результаты и юридически значимая причинная связь между ними. Определение объективной стороны правонарушения представляет собой не абстрактное изучение всех причинно-следственных связей между тем или иным фактическим действием (или бездействием) и соответствующими фактическими последствиями, а специально-юридическую квалификацию определенного противоправного деяния, включающего в себя (в качестве составной части самого этого деяния) соответствующий юридически вредный результат как определенное правонарушение, предусмотренное действующим правом.

Субъект правонарушения — это деликтоспособное физическое лицо или организация. Деликтоспособность физических лиц выражает их способность (в соответствии с их возрастом и состоянием здоровья) совершать сознательно-волевые действия, осознавать смысл своих поступков и руководить ими, т.е. быть подлинным автором таких действий (бездействия), которые могут быть **вменены ему в ответственность как субъекту правонарушения.**

Вменяемость субъекта правонарушения означает, что его противоправные действия — с субъективной стороны — носят виновный характер.

Субъективная сторона правонарушения — это юридическая форма виновности (виновного характера) соответствующего противоправного деяния.

Вина в юридическом смысле — это не внутренний субъективный замысел того или иного лица, а сознательно-волевой компонент определенного, внешне объективированного и уже содеянного противоправного действия (или бездействия) определенного правонарушителя.

Различаются две **формы вины**: умысел (умышленная форма вины) и неосторожность (неосторожная форма вины).

Умысел может быть прямым или косвенным.

Прямой умысел имеет место там, где лицо осознавало противоправность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления соответствующих общественно вредных результатов и желало их.

При **косвенном умысле** лицо осознавало противоправность своих действий (бездействия), предвидело возможность наступления соответствующих общественно вредных результатов, не желало, но сознательно допускало эти результаты либо относилось к ним безразлично.

Неосторожность выражается в форме легкомыслия или небрежности.

При **легкомыслии** лицо предвидело возможность наступления противоправных (общественно вредных) результатов своих действий (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких результатов.

При **небрежности** лицо не предвидело возможности наступления противоправных (общественно вредных) результатов своих действий (бездействия), хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти результаты.

Только при наличии в том или ином деянии всех указанных четырех элементов юридического состава правонарушения данное деяние может быть квалифицировано как определенное правонарушение.

2. Виды правонарушений

По своим антиправовым свойствам и характеру общественной вредности правонарушения делятся на преступления и проступки.

Преступление — это виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное действующим уголовным законом под угрозой наказания.

В ч. 2 ст. 14 УК РФ установлено следующее важное правовоположение: “Не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности”.

В зависимости от характера и степени общественной опасности преступления подразделяются на **различные категории** — на преступления небольшой тяжести, преступления средней тяжести, тяжкие преступления и особо тяжкие преступления (см. ст. 15 УК РФ).

К **проступкам** относятся все правонарушения, кроме преступлений. В зависимости от сферы и характера нарушения установленного правопорядка проступки подразделяются на административные, дисциплинарные и гражданско-правовые.

Административный проступок (правонарушение) — это противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое Кодексом РФ об административных правонарушениях или законами субъектов РФ об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Так, КоАП РФ относит к административным правонарушениям нарушение водителями транспортных средств правил дорожного движения, нарушение правил водопользования, нарушение правил лесопользования, нарушение требований пожарной безопасности и т.д.

Дисциплинарный проступок — это противоправное, виновное нарушение лицом правил дисциплинарного распорядка в сфере его трудовой, служебной, учебной, воинской или иной деятельности, за которое предусмотрено соответствующее дисциплинарное взыскание.

Так, согласно действующему трудовому законодательству (см. ст. 189, 190 Трудового кодекса РФ), трудовой распорядок организации определяется правилами внутреннего трудового распорядка, утверждаемыми работодателем с учетом мнения представительного органа работников организации. В некоторых отраслях народного хозяйства (например, на железнодорожном транспорте) для отдельных категорий работников действуют уставы и

положения о дисциплине. Соответствующие правила внутреннего распорядка устанавливаются в учебных заведениях, в научных и иных учреждениях.

К дисциплинарным проступкам относятся такие, например, правонарушения, как опоздание на работу, прогул, нарушение правил по охране труда, невыполнение служебных обязанностей и т.д.

Гражданско-правовой проступок (деликт) — это противоправное деяние субъекта права, которое нарушает порядок, установленный гражданским законодательством.

Гражданские деликты представляют собой нарушение прав и законных интересов различных субъектов права в сфере имущественных и личных неимущественных отношений, урегулированных гражданским правом.

Гражданские деликты делятся на договорные и недоговорные. К договорным относятся деликты, связанные с нарушением договорных обязательств: их неисполнением или ненадлежащим исполнением (см. ст. 393 ГК РФ). К недоговорным относятся деликты, связанные с вредом, причиненным личности или имуществу физического лица, либо с вредом, причиненным имуществу юридического лица (см. ст. 1064 ГК РФ).

3. Понятие юридической ответственности

Юридическая ответственность — это мера правового принуждения за правонарушение, предусмотренная санкцией нарушенной нормы и применяемая к правонарушителю компетентным государственным органом или должностным лицом в надлежащем процессуально-правовом порядке.

Юридическая ответственность является невыгодным для правонарушителя правовым последствием его противоправного деяния (действия или бездействия). Она носит принудительно-правовой характер, определяется соответствующими компетентными субъектами правоприменения и в необходимых случаях осуществляется при помощи средств государственного принуждения.

Привлечение лица к юридической ответственности и определение меры юридической ответственности представляют собой активные правовые действия по реализации санкции нарушенной нормы. В процессе такой реализации абстрактно-всеобщие положения санкции конкретизируются и индивидуализируются в виде определенной меры

юридической ответственности конкретного лица за конкретное правонарушение.

Весь этот процесс реализации санкции нарушенной нормы и определения конкретной меры юридической ответственности протекает (и должен протекать) **в форме соответствующего правоотношения, которое носит правовосстановительный характер.** Помимо потерпевшей стороны и правонарушителя, необходимым участником такого правовосстановительного (и вместе с тем правоприменительного) правоотношения является соответствующий компетентный государственный орган (или должностное лицо) — правомочный субъект правоприменительной деятельности. При этом все взаимоотношения между всеми субъектами правоохранительного правоотношения (как между потерпевшим и правонарушителем, так и между ними и субъектом правоприменения) по привлечению того или иного лица к юридической ответственности и определению конкретной меры такой ответственности носят правовой характер и подчиняются общеправовым требованиям реализации права в конкретных правоотношениях.

Общая правовая цель юридической ответственности — восстановление нарушенного правопорядка путем реализации защитных средств права, предусмотренных санкцией нарушенной нормы. Правовое содержание правовосстановительной юридической ответственности представляет собой **конкретную субъективную юридическую обязанность**, которая во властно-правовой форме возлагается на правонарушителя и которую он должен исполнить добровольно либо при необходимости — в принудительном порядке.

Юридическую ответственность за правонарушение как конкретизацию санкции нарушенной нормы не следует смешивать с теми предусмотренными в законодательстве принудительно-правовыми мерами (например, опись имущества, задержание, обыск, принудительный привод, содержание под стражей и т.д.), которые в процессе реализации права (в рамках конкретных правоотношений и правоприменительных действий) при наличии соответствующих правовых оснований применяются к лицу компетентными органами (должностными лицами) для надлежащего рассмотрения и разрешения данного правового дела. Подобные предусмотренные законом принудительные меры — это вспомогательные (обеспечительные) правовые средства, в необходимых случаях допускаемые законом для надлежащего осу-

ществления правоприменительного процесса, определения меры самой юридической ответственности и ее практической реализации.

4. Виды юридической ответственности

В соответствии с различными видами правонарушений юридическая ответственность подразделяется на следующие основные виды: уголовно-правовая, административно-правовая, дисциплинарно-правовая и гражданско-правовая ответственность. В качестве особой разновидности юридической ответственности за причиненный вред в трудовом праве выделяется материальная ответственность.

Уголовно-правовая ответственность — это наказание за состав преступления, предусмотренное действующим уголовным законом. Уголовное наказание назначается только по приговору суда. Оно носит личный характер и применяется только к деликтоспособному физическому лицу, признанному в надлежащем уголовно-процессуальном порядке виновным в совершении конкретного преступления.

Действующий УК РФ (см. ст. 44) предусматривает следующие виды наказаний: штраф; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград; обязательные работы; исправительные работы; ограничение по военной службе; ограничение свободы; арест; содержание в дисциплинарной воинской части; лишение свободы на определенный срок; пожизненное лишение свободы; смертная казнь.

При назначении наказания судом учитываются характер и степень общественной опасности преступления и личность виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи.

Уголовный закон предусматривает освобождение лица, совершившего преступление, от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием, примирением с потерпевшим, истечением сроков давности (см. ст. 75, 76, 78 УК РФ).

Административная ответственность — это предусмотренное административным законодательством админи-

стративное наказание за административное правонарушение.

Согласно КоАП РФ административной ответственности не подлежит лицо, совершившее соответствующие противоправные действия (бездействие) в состоянии невменяемости и крайней необходимости. Предусматривается также возможность освобождения нарушителя от административной ответственности при малозначительности административного правонарушения.

За совершение административных правонарушений могут применяться следующие виды административных наказаний: предупреждение; административный штраф; возмездное изъятие либо конфискация (безвозмездное изъятие) орудия совершения или предмета административного правонарушения; лишение специального права, предоставленного физическому лицу (права управления транспортом, права охоты и т.д.); административный арест; административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства; дисквалификация; административное приостановление деятельности.

Юридическая ответственность за административные правонарушения устанавливается соответствующими компетентными государственными органами и должностными лицами (судьями, органами внутренних дел, таможенными органами, военными комиссарами и т.д.).

Дисциплинарная ответственность — это дисциплинарное взыскание за дисциплинарное правонарушение (проступок).

Видами дисциплинарных взысканий являются замечание, выговор, увольнение и др.

До применения дисциплинарного взыскания от работника должно быть затребовано письменное объяснение. Дисциплинарное взыскание применяется не позднее одного месяца со дня обнаружения проступка и не позднее шести месяцев со дня его совершения.

Приказ (распоряжение) работодателя о применении дисциплинарного взыскания объявляется работнику под расписку в течение трех рабочих дней со дня его издания.

Гражданско-правовая ответственность — это юридическая ответственность за гражданское правонарушение (деликт).

Видами гражданско-правовой ответственности являются: восстановление положения, существовавшего до

нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности; признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления, нарушающего гражданские права и законные интересы физического или юридического лица; присуждение к исполнению обязанностей в натуре; возмещение убытков (реального ущерба и упущенной выгоды); взыскание неустойки; компенсация морального вреда; прекращение или изменение правоотношения; возложение обязанности возвратить неосновательное обогащение и т.д.

Применение этих видов юридической ответственности за гражданские правонарушения осуществляется в соответствии с подведомственностью дел, установленной гражданским процессуальным законодательством, судом общей юрисдикции, арбитражным судом или третейским судом.

Защита нарушенных гражданских прав в случаях, предусмотренных действующим законодательством, осуществляется также соответствующими административными средствами. При этом решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд.

Лицо, причинившее вред (при недоговорном деликте), освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине. Законом предусматривается ряд случаев **возмещения вреда и при отсутствии вины причинителя вреда**. Так, юридические и физические лица, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (использование транспортных средств, механизмов и т.д.), обязаны и при отсутствии своей вины возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего (см. ст. 1079 ГК РФ). В ряде случаев (см. ст. 1100 ГК РФ) независимо от вины причинителя вреда осуществляется компенсация морального вреда.

Кроме того, гражданский закон в ряде случаев **возлагает обязанность возмещения вреда на лицо, не являющееся причинителем вреда**. Так, вред, причиненный лицу в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, незаконного привлече-

к стративного ареста, а также вред, причиненный юридическому лицу в результате незаконного привлечения к административной ответственности в виде административного приостановления деятельности, возмещается за счет казны РФ либо за счет казны субъекта РФ или казны муниципального образования (см. ст. 1070 ГК РФ). Ответственность за вред, причиненный лицом, не достигшим четырнадцати лет (малолетним), возлагается на его родителей (усыновителей) или опекунов, если они не докажут, что вред возник не по их вине (см. ст. 1073 ГК РФ).

Вред, причиненный в состоянии необходимой обороны, если при этом не были превышены ее пределы, не подлежит возмещению (см. ст. 1066 ГК РФ).

Трудовое законодательство предусматривает **материальную ответственность** стороны трудового договора (работодателя или работника) за ущерб, причиненный ею другой стороне этого договора в результате ее виновного противоправного поведения (действий или бездействия).

Материальная ответственность стороны трудового договора — это по своей правовой природе **особая разновидность гражданско-правовой ответственности за вред**. Специфика материальной ответственности обусловлена тем, что между субъектом правонарушения и потерпевшей стороной существуют особые отношения, а именно трудовые правоотношения.

Трудовым договором или заключаемыми в письменной форме соглашениями, прилагаемыми к нему, может конкретизироваться материальная ответственность сторон этого договора.

Возмещение ущерба производится независимо от привлечения работника к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности за действия или бездействие, которыми причинен ущерб работодателю.

Материальная ответственность работника исключается в случаях возникновения ущерба вследствие непреодолимой силы, нормального хозяйственного риска, крайней необходимости или необходимой обороны либо неисполнения работодателем обязанности по обеспечению надлежащих условий для хранения имущества, вверенного работнику.

5. Принципы юридической ответственности

Принципы юридической ответственности выражают ее правовые начала, требования, смысл и назначение.

Основными принципами юридической ответственности являются правомерность, законность, обоснованность, правовая целесообразность, неотвратимость, своевременность, недопустимость двойной ответственности за одно правонарушение, справедливость.

Принцип правомерности. Юридическая ответственность как особое правовое явление и понятие должна в сфере своего проявления и осуществления соответствовать всем сущностным свойствам и требованиям права, выраженным в принципе формального равенства. Все остальные характеристики юридической ответственности (от ее установления до реализации) обусловлены ее правовой природой. Именно как мера права юридическая ответственность представляет собой адекватную форму правового ответа на правонарушение и надлежащее правовое средство восстановления нарушенного права.

С правовой природой юридической ответственности связаны и все осуществляемые ею регулятивно-правовые функции — функции правовой кары (наказания) за правонарушение; правового средства предупреждения (превенции) как самого правонарушителя, так и других субъектов права о юридической силе действующего права и недопустимости совершения новых правонарушений; правовой меры компенсации (возмещения) урона, нанесенного правонарушителем правам и законным интересам других субъектов права и правопорядку в целом; специфической формы юридико-воспитательного воздействия на сознание и поведение правонарушителя и других членов общества в духе уважения к праву и соблюдения его требований.

Принцип правовой законности юридической ответственности означает, что она устанавливается, применяется и осуществляется в строгом соответствии с нормами правового закона. Принцип правовой законности требует установления и применения юридической ответственности лишь за виновное, противоправное деяние деликтоспособного субъекта. Случаи допущения ответственности без вины в гражданском праве обусловлены правовыми целями надлежащей защиты прав потерпевших.

Принцип обоснованности юридической ответственности требует всестороннего, полного и объективного рассмотрения всех обстоятельств дела в их совокупности с целью выявления и установления надлежащего правового основания для определения надлежащей конкретной меры

ответственности за конкретное правонарушение конкретного правонарушителя. Все обстоятельства, имеющие юридическое значение для разрешения дела и установления наличия или отсутствия состава правонарушения, должны быть доказаны в законодательно определенном процессуально-правовом порядке. Только на основе таких юридически доказанных фактических данных и их объективной оценки соответствующий компетентный орган вправе дать их юридическую квалификацию и определить меру юридической ответственности.

Принцип правовой целесообразности юридической ответственности означает ее соответствие целям права. Установление и применение юридической ответственности по каким-то иным, неправовым, целям (например, по соображениям политической, идеологической, религиозной, хозяйственной целесообразности и т.д.) противоречат ее правовой природе, смыслу и требованиям права и правовой законности.

С принципом правовой целесообразности связан ряд таких более конкретных требований к содержанию и характеру юридической ответственности, как:

1) **Минимизация юридической ответственности.** Объем и характер принудительных средств юридической ответственности не должны в принципе превышать того минимума, который необходим и достаточен для достижения правовосстановительной цели юридической ответственности.

2) **Индивидуализация и конкретизация юридической ответственности** с учетом личности правонарушителя, степени его вины, тяжести содеянного, смягчающих и отягчающих обстоятельств и т.д.

3) **Максимально возможная гуманизация юридической ответственности** — в рамках и на основе реализации ее правовосстановительной цели.

Принцип неотвратимости требует, чтобы ни одно правонарушение (и особенно преступление) не оставалось без соответствующей юридической ответственности правонарушителя. Реализация данного принципа является существенным фактором эффективной борьбы с правонарушениями и основным показателем качества всей правоохранительной и правоприменительной деятельности соответствующих государственных органов и должностных лиц.

Принцип своевременности требует возможно быстрого по времени — в пределах срока давности привлечения к ответственности — применения юридической ответственности к соответствующему правонарушителю.

Принцип недопустимости двойной юридической ответственности за одно правонарушение выражает одно из важных требований права: *non bis in idem* — не дважды за одно и то же. Данному принципу, однако, не противоречит, например, то обстоятельство, что на лицо, наказанное в уголовно-правовом порядке, в соответствующих случаях может быть возложена и гражданско-правовая ответственность по возмещению имущественного ущерба, нанесенного его преступным деянием. Кроме того, уголовная ответственность за одно преступление может включать в себя несколько видов наказаний (лишение свободы, конфискацию имущества и т.д.), предусмотренных санкцией нарушенной уголовно-правовой нормы.

Принцип справедливости является обобщающей (синтезирующей) правовой оценкой оснований, способа установления и конкретного содержания юридической ответственности конкретного лица за конкретное правонарушение. Данный принцип требует именно правовой справедливости юридической ответственности (справедливости в смысле принципа формального равенства), а не справедливости в каком-то ином, неправовом (политическом, моральном, идеологическом, религиозном и т.п.) смысле.

Всякая неправовая (и внеправовая) справедливость по определению лишена всеобщности и равенства одинаковой для всех меры правовой справедливости, носит ограниченный (частный, групповой, партийный, сословный, классовый и т.д.) характер и, по существу, является привилегией и произволом одних (одной группы) против всех остальных.

Глава 11. Правовой порядок и правовая законность

1. Понятия правового порядка и правовой законности

Правовой порядок (правопорядок) — это порядок взаимоотношений субъектов права в сфере правовой регуляции.

В абстрактно-общей форме правовой порядок как **должный порядок** устанавливается при правовом регулировании общественных отношений.

Под правопорядком в таком абстрактном значении имеется в виду предмет правовой регуляции, т.е. статичное состояние права, абстрактно-общие нормы объективного права, предусматривающие юридически должный порядок взаимоотношений людей в той или иной области правовой регуляции. В этом смысле говорится о предусмотренном и закреплённом в законодательстве правовом порядке разрешения того или иного правового дела, об отраслевом правопорядке или о правопорядке в целом.

От такого **абстрактно-должного правопорядка** следует отличать **реальный правопорядок** как результат действительного соблюдения в жизни требований должного правопорядка, наличный итог реального действия на практике норм объективного права, их реализации в надлежащих правовых формах, их конкретизации и осуществления в виде субъективных прав, исполнения в виде субъективных юридических обязанностей и т.д.

Под **реальным правопорядком**, таким образом, имеется в виду фактически соблюдаемый и реально функционирующий абстрактно-должный правопорядок, т.е. надлежащее практическое действие (реализация) норм объективного права.

Правовая законность — это точное и неуклонное соблюдение и исполнение требований правового закона всеми субъектами права.

Под правовым законом при этом имеется в виду объективное право (и, следовательно, предусмотренный им абстрактно-должный правопорядок), соответствующее принципу формального равенства. Очевидно, что реальный правопорядок может быть результатом соблюдения требований лишь правового закона и соответствующей правовой законности. Само же по себе соблюдение правонарушающего закона, сколь бы всеобщим и точным оно ни было, не может превратить неправовой закон в правовой и преобразовать неправое в реальный правовой порядок.

Когда речь идет о **верховенстве закона и господстве принципа законности** в правовом государстве, то имеются в виду, конечно, не всякий закон и не всякая законность, а именно правовой закон и правовая законность — в их

противоположности и противостоянии к антиправовому (правонарушающему, произвольному) закону и соответствующей законности.

Правовой порядок, согласно либертарно-юридической теории, может быть результатом лишь правовой законности, представляющей собой всеобщее, точное и неуклонное соблюдение и применение требований правового закона в условиях соответствующей правовой организации публичной власти свободных людей (т.е. в условиях исторически достигнутой ступени правовой развитости реально существующего государства).

2. Свойства, принцип и гарантии правовой законности и правопорядка

Правовая законность как особый правовой режим неуклонного фактического соблюдения всеми субъектами права требований правового закона является необходимой правовой формой, условием и средством практического утверждения реального правового порядка в общественной жизни.

Режим правовой законности является необходимым правовым свойством (признаком, качеством) и составной частью любого реального правопорядка, поскольку реальный правопорядок — это и есть порядок взаимоотношений субъектов права (и в целом порядок действия и реализации норм объективного права) в режиме правовой законности. В свою очередь, правовая законность выступает как **правовой режим** соблюдения и реализации абстрактно-должного правопорядка, закрепленного в нормах объективного права.

Особо следует подчеркнуть то принципиальное обстоятельство, что **все субъекты права** (не только государственные органы и должностные лица, но и все физические и юридические лица), независимо от различий в их правовом статусе и роли в процессе реализации права, **являются формально-равными субъектами процесса установления и функционирования правовой законности и правового порядка в общественной жизни**. Как справедливо отмечал уже Цицерон, “при защите свободы граждан нет частных лиц” (О государстве, II, XXV, 46).

Принцип верховенства правового закона подразумевает (и включает в себя) целый ряд конкретных требований,

характеристик, черт и свойств реально утвердившегося режима правовой законности и реально функционирующего правопорядка. **К числу таких требований и характеристик правовой законности и реального правопорядка относятся:** единство правовой законности и правового порядка на всем пространстве верховенства правового закона (на всей территории государства); равная для всех субъектов права всеобщность принципа, положений и требований правового закона, правовой законности и правопорядка; правовая активность всех субъектов права в реализации принципа законности и правопорядка, в борьбе против правонарушений и произвола; безусловное подчинение всех факторов, мотивов и соображений неправовой целесообразности принципу и требованиям правовой законности и правопорядка, которые в адекватной правовой форме выражают подлинный смысл и верховенство правовой целесообразности.

Для утверждения принципа верховенства правового закона и последовательного соблюдения его требований **необходимы определенные объективные условия, целенаправленные организационные мероприятия, надлежащие нормативно-правовые и институциональные формы, средства и т.д., которые в своей совокупности выступают как гарантии обеспечения правовой законности и реального правопорядка.**

Эти гарантии делятся на юридические и неюридические.

К неюридическим гарантиям относятся те объективно сложившиеся в обществе социальные, экономические, политические, идеологические условия, отношения и факторы, которые оказывают существенное, хотя и опосредованное, влияние на весь процесс формирования, установления и реализации права.

К юридическим гарантиям относятся условия и факторы юридического характера, оказывающие непосредственное воздействие на процесс установления, упрочения и реального функционирования режима правовой законности и правопорядка.

В систему юридических гарантий обеспечения правовой законности и реального правопорядка входят: достаточно развитая и постоянно совершенствуемая система действующего правового законодательства; развитое состояние юридической науки, опирающейся на идеи и

достижения юридической мысли и юридического правопонимания; развитая система подготовки и переподготовки юридических кадров; высокий уровень общественного и профессионального юридического правосознания; правовая активность граждан, юридических лиц, общественных организаций и гражданского общества в целом; развитые процессуально-правовые формы реализации норм права; эффективно действующая система защиты действующего права, поддержки правомерного поведения, пресечения правонарушений и применения надлежащих мер юридической ответственности; развитые организационно-институциональные формы специального государственного и общественного контроля за неуклонным соблюдением всеми субъектами права принципа и требований правовой законности и реального правопорядка (различные формы общегосударственного и общественного контроля, прокурорский надзор, контроль судов общей и конституционно-правовой юрисдикции и т.д.).

Лишь совокупное действие всех этих факторов может обеспечить стабильное функционирование режима правовой законности и реального правопорядка.

Идеи верховенства правового закона и требования правовой законности нашли свое закрепление в Конституции РФ.

Принципиальное значение в этом плане имеет то обстоятельство, что официально признанные в Конституции РФ прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека — это право (исходное и по существу естественное право, официально признанное, позитивированное в Конституции и наделенное высшей юридической силой) в его различении с законом (всеми источниками действующего позитивного права, включая и саму Конституцию). Это, по логике присущей Конституции естественноправовой концепции юридического типа правопонимания, означает, что закон (все действующее в России позитивное право, в том числе и сама Конституция) должен соответствовать праву (т.е. естественным прирожденным и неотчуждаемым правам и свободам человека). Такова, следовательно, конституционная концепция права, правового закона, правовой законности и правопорядка.

Концепция правового закона и правовой законности, содержащаяся в Конституции, относится к числу ее несомненных достоинств. Вместе с тем многие прогрессив-

ные положения Конституции носят пока что декларативный характер. Существует большой разрыв между соответствующими конституционными положениями и реальным состоянием законности и правопорядка в стране.

Позитивные сдвиги в этом направлении требуют необходимой корректировки курса социально-экономических и государственно-правовых преобразований (с учетом накопленного опыта, ошибок и определенных достижений), завершения правовой реформы, надлежащего повышения роли государства и права в процессе реформирования общественных отношений, укрепления начал правовой законности и правопорядка на базе действующей Конституции и в русле ее необходимого дальнейшего совершенствования.

Владик Сумбатович Нерсисянц
Теория права и государства

Издательство НОРМА
Лицензия № 03206 от 10 ноября 2000 г.
101990, Москва, Колпачный пер., 9а
Тел./факс: (495) 621-62-95. E-mail: norma@norma-verlag.com
Internet: www.norma-verlag.com

Издательский Дом «ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в
Тел.: (495) 380-05-40, 380-05-43. Факс: (495) 363-92-12
E-mail: books@infra-m.ru. Internet: www.infra-m.ru

Подписано в печать 11.06.13
Формат 84×108/32. Бумага типографская
Гарнитура "Журнальная". Печать офсетная
Усл. печ. л. 14,28. Уч.-изд. л. 15,13
Доп. тираж 1000 экз. Заказ № 167.

По вопросам приобретения книг обращайтесь:

Отдел продаж «ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в. Тел.: (495) 380-42-60
Факс: (495) 363-92-12. E-mail: books@infra-m.ru

Отдел «Книга — почтой»
Тел.: (495) 363-42-60 (доб. 232, 246)

Отпечатано в ОАО «Вторая типография»
г. Домодедово, Каширское ш., д. 4, корп. 1.

ISBN 978-5-89123-489-5

