

**С. С. Алексеев**  
**Теория права**

**С. С. Алексеев**

# **Теория права**

Издание 2-е, переработанное и дополненное



Издательство БЕК  
Москва, 1995

ББК 67  
А 47

Алексеев С. С. Теория права. — М.: Издательство БЕК,  
1995. — 320 с.

ISBN 5-85639-093-8  
ISBN 3-406-40355-7

А 47

Это одна из первых в отечественной литературе книг, в которой делается попытка осмыслить феномен права, весь комплекс правовых явлений с общегуманитарных позиций. Замысел книги — продолжить либеральное направление российской правовой мысли. В соответствии с этим автор рассматривает право в контексте социального регулирования как явление цивилизации и культуры, как институциональное нормативное образование, имеющее высокую общечеловеческую ценность. Второе издание книги доработано с учетом нового законодательства, в частности Конституции РФ, части первой Гражданского кодекса РФ, развития общегуманитарной мысли, новых проблем государственного и правового развития России.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, всех, кто хочет получить глубокие знания о праве.

153

БЕЛОРУССКАЯ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКАЯ  
БИБЛИОТЕКА  
УЧЕБНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ  
ЦЕНТР

120200000—093  
ОБ 4(03)—95

18BK 5-85639-093-8  
3-406-40355-7

) Алексеев С. С., 1995  
| Издательство БЕК, 1995

## К читателю

Кардинальное демократическое преобразование нашего общества, возвращение к современной цивилизации, достижение в нем гражданского мира, согласия, общественного спокойствия люди все чаще связывают с правом, с правовым государством, с правосудием, с правами человека.

Но как понимать право? Каково его предназначение в обществе? Его возможности?

Эта работа — попытка осветить феномен права с позиций, отражающих поворот к раскрепощению нашего миропонимания, ориентирующего на общечеловеческие проблемы и ценности, на общегуманитарную мысль с тем, чтобы и в отношении этого сложного, многогранного явления — права — включиться в общецивилизационный процесс. Отсюда гуманитарная мировоззренческая основа отстаиваемой теоретической концепции.

В книге воспринимается то по мнению автора, позитивное, что накоплено советской юридической наукой в ходе сложного, противоречивого и порой причудливого развития. Речь идет, в частности, о тех научных разработках, которые относятся к пониманию писаного права как нормативного институционального образования, его свойств, закономерностей, ценности.

В такого рода разработках автор участвовал и прежде (речь идет, в частности, о двухтомнике по теории права, а также о работе об общих дозволениях и запретах - материалы этих изданий с необходимыми коррективами и дополнениями использованы в соответствующих главах книги<sup>1</sup>). К тому же, как оказалось, институциональная трактовка писаного права, рассмотрение «го в качестве феномена, призванного вносить в общественную жизнь устойчивые нормативные начала и обладающего для этого соответствующим юридическим инструментарием, ближайшим образом согласуется с гуманитарной мировоззренческой основой современного его видения, а главное — с одним из наиболее великих (и явно недооцененных) дости-

<sup>1</sup> См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2-х томах. М., 1981-1982; Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. В последующем ссылки на эти издания яе приводятся.

жений российского обществоведения — российской либеральной теорией, развитой {^начале XX в. замечательными русскими правоведами (Б.Чичериным, С.Гессеном и др.).

Во втором издании книги этот теоретический подход получил развитие, а по ряду позиций и новую трактовку, позволяющую связать достоинства и противоречивые качества писаного права с той или иной степенью развития права как гуманистического явления.

И последнее. Настоящий труд — результат стремления к очищению, сильного освобождения автора от догм, стереотипов и комплексов, которые были характерны для недавнего состояния нашей правовой науки. Автор надеется, что во втором издании книги удалось сделать еще шаг по пути достижения истины, правды, утверждения свободы и гуманизма, ценности Права, его высокого предназначения в жизни общества, в жизни каждого человека.

## Содержание

<b>К читателю.....</b>	<b>V</b>
<b>Глава первая. Научоведческие и философские подходы и направления в правоведении</b>	
I. Уровни изучения права.....	1
II. Синтез философии и практики.....	8
III. От науки советской — к науке российской.....	15
IV. Гуманизм и теория права. Концепция.....	22
<b>Глава вторая. Право — институт социального регулирования</b>	
I. Общество и социальное регулирование.....	31
II. Право в генезисе общества .....	41
<b>Глава третья. Цивилизация и право</b>	
I. Право — явление цивилизации и культуры.....	60
II. Разноликость.....	70
<b>Глава четвертая. Позитивное право</b>	
I. Право как институциональное образование.....	75
II. Нормативность права.....	87
III. Право и государство.....	98
IV. Фактор государства в формировании права .....	108
<b>Глава пятая. Естественное право и позитивное право</b>	
I. Естественное право: сущность, соотношение с позитивным правом.....	117
II. Ступени «восхождения» права.....	126
III. Мораль и право: «суверенность» и взаимозависимость.....	133
IV. Коллизии в праве.....	141
V. Итоговые положения. Определение права.....	149
<b>Глава шестая. Сила права</b>	
I. Право как ценность.....	160
II. Потенциал права.....	168
III. Правовой прогресс.....	180
<b>Глава седьмая. Другие характеристики права</b>	
I. Структурированность права.....	187
II. Субъективная сторона правовой действительности и право.....	201
<b>Глава восьмая. Право в действии</b>	
I. Правовое регулирование как научная категория.....	209
II. Структура (построение) правового регулирования.....	223

III. Типы и системы правового регулирования.	
Правовой режим..... <sup>TM</sup> .....	239
IV. Реализация и применение права. Правосудие.....	251
V. Грани законности. Правозаконность.....	265
<b>Глава девятая. Право: многообразие, дифференцированные и интегрированные характеристики</b>	
I. Семьи национальных правовых систем.....	276
II. Правовая типология .....	281
<b>Глава десятая. Право России</b>	
I. Исторические предпосылки. Советское право.....	291
II. Российское право в переходный период .....	301
III. На пути к праву гражданского общества.....	306
<b>Несколько слов в заключение.....</b>	<b>310</b>

## Глава первая

### I Научковедческие и философские подходы , | и направления в правоведении

/ч

\*:

#### 1. Уровни изучения права

1. Право может исследоваться с двух основных сторон, и соответственно этому существуют два основных уровня изучения права — практический и философский

*Практический уровень* относится к реальному функционированию права, к праву в практической жизни людей.

Право в практической жизни людей — явление, относящееся к обыденным делам, к конфликтам, к согласованию сталкивающихся интересов. Выражается и реализуется оно в законах, правительственных постановлениях, судебных решениях, адвокатских документах и, затрагивая, так сказать, прозу жизни, текущие дела и заботы, связано главным образом с деятельностью законодателей, судей, нотариусов, следователей, других юридических работников.

Поэтому то, что называется правом, изучалось с глубокой древности и изучается до настоящего времени прежде всего для того, чтобы будущие судьи, адвокаты, нотариусы, все юридические работники лучше понимали смысл законов, увязывали их между собой и с иными актами, могли делать на их основе правильные выводы, устраняя при этом возникающие коллизии, несогласованности.

Надо заметить только, что с самых далеких времен общество стремилось познакомить с юридическими знаниями все население, во всяком случае образованную его часть, деловых людей и людей, связанных с государственным управлением.

Изучение права, подчиненное практическим задачам, осуществляется аналитическим правоведением (наукой, тесно переплетенной с самой юридической деятельностью, юриспруденцией и называемой поэтому также аналитической юриспруденцией). В новейшее время на данном уровне изучения права получила развитие правовая социология.

2. *Аналитическое правоведение (аналитическая юриспруденция)* представляет собой отрасль специальных знаний, изучающую в практических целях законодательство, юридические нормы, права и обязанности, ответственность, другие право-



вые явления под углом зрения присущей им логики, систематики, юридических черт, связей и соотношений, юридической техники и аналитики.

Это изучение осуществляется путем проработки текстов законов и иных нормативных актов, судебных решений, сложных юридических дел (казусов) и выражается в толковании юридических положений, классификации юридических норм, актов, юридических фактов, нахождении заложенных в них юридических конструкций, смысла юридической терминологии, выработке на этой основе обобщений и определений. В результате такой аналитической проработки материала, если она достаточно квалифицирована, раскрывается детализированная юридическая картина законодательства, практики его применения, обнажается их юридическое содержание, отрабатываются наиболее целесообразные приемы и формы юридических действий. Это позволяет правильно, полно и точно рассматривать с юридической стороны конфликты, формулировать правовые выводы о фактах действительности, выносить судебные решения, давать юридические консультации, составлять юридические документы, вести правовое обучение.

От степени развития аналитической юриспруденции во многом зависят качество и эффективность юридической работы, а также юридическое совершенство законодательства и уровень профессиональной подготовки юристов. Выработанные в результате аналитических исследований обобщения, определения, классификации нередко воспринимаются законодателем и переносятся в законы, в кодексы. Вместе с тем тут возможны и издержки, теневые стороны, выражающиеся в крайнем формализме, излишней юридической усложненности или изощренности законодательства, юридической практики и специального образования, навеянных догматическими разработками в аналитическом правоведении.

Высокое развитие (в чем-то уникальное и непревзойденное) аналитическая юриспруденция получила во времена Древнего Рима. Ее достижения отражены в Кодексе Юстиниана (VI в. н. э.). Римские юристы видели содержание юридической деятельности, связанной с аналитической юриспруденцией, в трех основных ее компонентах: *аг* (руководить юридическими действиями сторон), *сауег* (составлять формулы документов), *гезропйег* (советовать). Один из известных ораторов и юристов Рима говорил, что истинный законовед — «это тот,

## I Уровни изучения права

кто ев гдуц в законах и обычном праве... и умеет подавать советы, зести дела и охранять интересы клиента». Любопытно, что в Древнем Риме достижения аналитической юриспруденции концентрировались в основном непосредственно в практической работе юристов, в вырабатываемых ими правовых принципах, в формулах, конструкциях, институтах, отличающихся предельной логической завершенностью, строгостью, точностью. А это в общем-то и формировало историческую и логическую почву для всей последующей аналитической юриспруденции.

Достижения аналитической юриспруденции Рима, получившие в Кодексе Юстиниана законодательное закрепление, позже, через столетия, послужили основой для аналитической работы средневековых юристов-толкователей (глоссаторов) и в результате нашли обобщенное выражение в законодательных системах, в особенности романо-германского права, и стали базой для дальнейшего широкого развертывания юридико-аналитических исследований.

В новейшее время во многом на фоне развития философии права и правовой социологии, их растущей респектабельности аналитическое правоведение зачастую стало оцениваться как дисциплина низшего сорта, как юридическая догматика, для которой якобы органически характерны схоластика, спекулятивные построения, игра в понятия.

Действительно, такие отрицательные черты и крайности при аналитическом подходе существуют, и возможность их проявления увеличивается в определенной политической и социокультурной обстановке (в основном тогда, когда результаты юридико-аналитических исследований не реализуются в жизни, а наука начинает заниматься своими внутренними проблемами). Но это — именно отрицательные черты и крайности, не более; они не должны умалять практического значения аналитической юриспруденции — древнейшей специальной науки, способной глубоко и тонко влиять на законодательство, на совершенствование содержащихся в нем интеллектуальных элементов, на практическую деятельность, на развитие других отраслей науки и культуры и на определенном уровне своего развития превратившейся в высокое юридическое искусство (один из первых русских правоведов так и называл ее — «законоискусство»).

С этой точки зрения аналитическое правоведение является своего рода логикой и математикой в области права, практи-

ческой деятельности юристов. И кстати, вовсе не случайно методы, используемые в аналитической юриспруденции близки к тем, которые относятся к математической логике и математическому мышлению.

Поскольку характер и уровень развития аналитической

рабо-

юриспруденции, ее направления обусловлены потребностями юридической практики, требованиями законодательной

ты, то общемировоззренческие, философские концепции, идеологические установки мало влияют на ее состояние. Научные разработки в аналитическом правоведении по большей части конкретизированы, посвящены строго определенным правовым институтам, категориям юридических дел. Вместе с тем существует потребность и в специально-юридической *теории права*, которая, в сущности, представляет собой «выведенные за скобки» общие положения о законе, праве, правоотношениях, юридических фактах и т.д. Появление такого направления в юридической науке связано с именем Д.Остина, с его книгой «Чтения по юриспруденции» (1832 г.)<sup>1</sup>.

К аналитическому правоведению примыкает еще ряд ответвлений правоведения, отраслей юридических знаний. Среди них заметное место в общем комплексе юридических наук заняли история права и сравнительное правоведение. В ходе углубленного анализа правового материала возникает необходимость сопоставить действующие нормы с теми, которые существовали в прошлом и существуют сейчас в других странах, попытаться увидеть тенденции правового развития, его специфику в зависимости от особых исторических и социальных условий. Впрочем, тут уже в аналитические проработки вовлекается неюридический материал (а в советской правовой исторической науке сообразно марксистским постулатам внимание вообще было сконцентрировано на классовых отношениях, классовом господстве, а не на становлении и развитии правовых начал, правовой культуре и т.д.). Да и в аналитическом правоведении, например при анализе способов толкования, тоже все чаще стали приниматься в расчет метаюридические факторы, нередко в идеологизированном виде.

<sup>1</sup> В советской юридической науке такое направление общетеоретических исследований обосновано О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородским в работе «Вопросы теории права» (М., 1961).

## I. Уровни изучения права

3.1 еперь о *социологии права*, которая наряду с аналитическим п >авоведением относится к практическому уровню изучения п шва.

Исг ользование социологических методов, широко развернувшееся в гуманитарных науках в нашем столетии, охватило и право: ведение. Значительно распространены социологические метод л в англосаксонском, и прежде всего американском, праве. Эт< I объясняется не только интенсивным развитием в странах 3: пада социологии, ориентированной главным образом на практически значимые результаты, но и во многом юридическими особенностями самого англосаксонского общего права, выраженного в основном не в кодифицированных (замкнутых, логически стройных, структурированных) законодательных системах, а в прецедентном «праве судей». Отсюда не только ограниченность использования аналитического подхода (нет ни достаточных предпосылок, выраженных в законодательстве, ни потребностей), но и необходимость принимать во внимание в процессе правообразования многообразие фактов социальной действительности — и экономических, и конъюнктурно-политических, и психологических, и индивидуально-житейских, и многих других, которые так или иначе влияют на выносимые судьями решения.

Достижения правовой социологии, преимущественно ориентированной на англосаксонское общее право, значительны. Социологические методы используются и в иных правовых системах, в особенности при изучении причин преступности, эффективности законов. Некоторые разработки в области правовой социологии сделаны в советском правоведении, хотя реально, на практике, социологические методы не оказали пока заметного влияния на наше законодательство и практику его применения.

Иногда социологическое направление в изучении юридических вопросов рассматривается как общетеоретическая наука — социология права, претендующая на объяснение и самого феномена права, и других фундаментальных юридических проблем. Думается, что при использовании социологических методов в праве доминирующим все же остается практический уровень изучения права. Даже отдельные высказывания о праве «вообще» правовых социологов, например таких выдающихся американских юристов, как О. Холмс-младший, Р. Паунд, К. Левеллин, — это не более чем попутные замечания, призванные

объяснять предмет социологических исследований и его результаты (хотя, конечно же, они вплотную подводили к (пониманию более общих правовых вопросов, пусть даже и о) раниченных своеобразным материалом англосаксонского общего права).

Правовая социология весьма углубленно разработана в инструментальной теории, в которой и многообразные мет-аюридические факторы, и собственно право, законодательство, юридическая практика получили интегрированное освещение под углом зрения целостной концепции — единой системы средств, направленных на достижение нужного правового результата. По-видимому, это наиболее конструктивное научное направление развития правовой социологии, соответствующее одной из перспективных тенденций науки, все более концентрирующей внимание на механизменных процессах<sup>1</sup>.

4. Вторым уровнем изучения правовой действительности является *философия права* — отрасль философско-правовых знаний, которая направлена непосредственно не на решение задач практической юриспруденции, законодательства, а на постижение сущности, предназначения и смысла права, заложенных в нем начал, принципов.

Философский подход в праве подчас приравнивается к распространению на право, на многообразные правовые явления той или иной мировоззренческой, философской доктрины. Вообще, любая философская система, претендующая на универсальность, общезначимость, вовлекает в поле своей философской интерпретации и право, другие правовые явления, определяет их место в жизни общества и человека.

Такое «втягивание» правовой проблематики в философское осмысление действительности можно проследить во всех крупных философских системах, начиная с античности.

В условиях советского общества единственной официально признанной философией права была идеологическая дисциплина, в которой категории диалектического и исторического материализма распространялись на правовые вопросы.

Между тем философия права представляет собой особое и самостоятельное направление в правоведении, специфический уровень изучения собственно права. Причем даже с сугубо

<sup>1</sup> См.: *Саммерс С. Роберт*. Господствующая правовая теория в США//Сов. государство и право. 1989. № 7. С. 109—116.

## I. Уровни изучения права

фило(офских позиций самостоятельное философское осмысление правоведом того или иного явления оправдано постольку, поскольку оно рассматривается в единстве и в соотношении с парной позитивному праву категорией.

Исторически такой парной категорией в сфере правовых явлений ИИ, складывающихся в государственной жизни, стала категория «естественное право» и связанная с ней система гуманистических взглядов и идеалов.

Прмелькнувшая в трудах некоторых мыслителей античности категория «естественное право» явилась своего рода знаменем эпох Возрождения и Просвещения, антифеодальных революций, набирающего силу мирового гуманистического движения. Она позволила оценивать действующее позитивное право, проводить его преобразование в направлении гуманизма и свободы, все более наполнять его гуманистическим содержанием, обуславливать его движение от права силы к гуманистическому праву гражданского общества.

Хотя категория естественного права не имеет до сих пор корректного философского истолкования, она дает возможность изучать право с широких мировоззренческих позиций, вести его разработку в контексте гуманитарной мысли и гуманитарного движения<sup>1</sup>. Известным ответвлением в таком широком мировоззренческом освещении права стала его характеристика с точки зрения морали (хотя тут и существуют с позиций последовательного либерализма непростые проблемы).

В эпохи Возрождения и Просвещения высокое общественное значение приобрела категория прав человека. Именно в категории прав человека гуманитарная мысль и гуманитарное движение обрели стержень, глубокий человеческий и философский смысл. Можно предположить, что развитие философии права пойдет в направлении, углубляющем понимание тесной органичной взаимосвязи позитивного права и прав человека.

С этой точки зрения есть основания для конструирования особой философско-правовой теории современного естествен-

<sup>1</sup> О достоинствах естественно-правового подхода см.: Четвериков В.А. Современные концепции естественного права. М., 1988. С. 13—И. Автор пишет: «Позитивистский подход к праву характеризуется как дескриптивный», т.е. «описывающий» содержание права. Напротив, естественно-правовой подход определяется как «проспективный», т.е. «предписывающий», каким должно быть содержание права» (С. 14).

ного права (прав человека), призванной занять (наряду с аналитическим правоведением) достойное место в общей структуре общетеоретических знаний<sup>1</sup>.

## II. Синтез философии и практики

1. Настоящая книга посвящена общетеоретическому осмыслению права в основном на философском уровне его изучения.

Вместе с тем в книге предпринята попытка синтеза — такой философской трактовки права, которая опирается на общетеоретические разработки в рамках аналитического правоведения.

Как это ни парадоксально, такой «разворот» в философской трактовке права связан с тяжелой судьбой, причудливым развитием советской юридической науки.

В результате своего многосложного развития, оказавшись в некоторых отношениях бесплодной, она дала в то же время и позитивные результаты. Более того, в силу обстоятельств и логики науки по одному из направлений она вышла на своеобразный уровень изучения права в рамках аналитического правоведения.

2. Советская юридическая наука возникла и существовала под наименованием марксистская или марксистско-ленинская (что фиксировалось в ее официальных обозначениях). Она была выразителем и носителем марксистско-ленинской, прежде всего сталинской, идеологии, выполняя функцию теоретического оправдания тоталитарного коммунистического режима, режима беззакония и произвола.

Именно сталинская идеология, монополизировав и канонизировав положения марксизма (марксизма-ленинизма), сковала правоведение догмами, относящимися в основном к полити-

<sup>1</sup> Не касаясь сложного вопроса о структуре общетеоретических знаний, вызвавшего в свое время довольно оживленную полемику в советской науке, замечу, что, по-видимому, в будущем найдут себе место в науке, достойно сосуществуя, несколько общетеоретических правовых концепций.

При этом не следует противопоставлять практический и философский уровни изучения права: каждый из них имеет самостоятельное значение и определяет особые пласты научных знаний, не противоречащие друг другу, а взаимодействующие, обогащающие друг друга. Прав Р.С. Саммерс, когда пишет с позиций инструментальной теории. «Улучшенный и более полно разработанный прагматический инструментализм еще не будет сам по себе совершенной теорией закона, если не воспользуется всем лучшим, что создано великими традициями юриспруденции» (Сов. государство и право. 1989. № 7. С. 116).

## II. Синтез философии и практики

ко-и; [геологической стороне жизни общества, и прежде всего по отношению к классовой стороне права.

По сути о классовой стороне права не только свели этот институт цивилизации и культуры к одной политической стороне (примем ничего принципиально нового в существующие представления такого рода характеристики не добавили), но и искажили смысл его социальной силы и помешали подойти к его пониманию как объективированного институционального образования.

Рассматриваемый путь в сфере юридических знаний оказался тупиковым, бесплодным, а по ряду моментов дал отрицательный результат, отбросив юридическую науку назад по сравнению не только с мировым уровнем, но и с уровнем, достигнутым этой специальной отраслью знаний в дореволюционной России. Положение о классовой стороне права в ортодоксальном правоведении марксистско-ленинского толка было в упрощенном виде абсолютизировано, превращено чуть ли не в единственную «методологическую основу» науки, канонизировано, приобрело значение непререкаемой догмы, символа непогрешимой веры. И хотя немало авторов, особенно в последние годы, путем хитроумных и порой внешне изящных научных построений пытались вырваться из тисков таких догм (обосновывая противоречивость классовой сущности права, его многоуровневый характер, роль права как общесоциального регулятора, его характеристику как меры свободы и т. д.), идеологические постулаты о классовой стороне права глушили живую творческую мысль, препятствовали восприятию мировой юридической культуры.

Негативное значение такого рода идеологических постулатов в особенности проявилось в том, что они не только перекрывали путь к постижению глубоких общечеловеческих основ права, его действительной нравственно-человеческой природы, но и по сути дела оправдывали тоталитарную власть, административно-репрессивную направленность «правовой политики», доминирование командно-административных методов управления, низводили право до положения придатка, послушного, безропотного орудия в руках всемогущего и всепроникающего партийного государства.

После разоблачения в хрущевскую оттепель репрессий сталинского режима, прикрытых и облагораживаемых мифами о социалистическом праве, оказалось, что постулаты о классово-



ности права не только никак не способствуют утверждению стране строгой законности и твердого правопорядка, загнущего личность, но и вообще бесплодны, не нужны. Вот и пришлось некоторым советским правоведам молчаливо обходить их, в частности, путем использования понятия «общенародное право», которое, будто бы оставаясь классовым явлением уже не является орудием классового господства, а также путем придания доминирующего значения в праве его общерегулятивным функциям, повышенного внимания к личности, к ее правам и т.д.

3. Причудлива судьба аналитического правоведения в советской науке. Аналитическая юриспруденция неотделима от работы юридических органов, от самой практической юриспруденции, которая для достижения нужного уровня эффективности нуждается в определенной сумме аналитических данных (что, кстати сказать, потребовало с первых дней октябрьского переворота 1917 г. привлечения немалого числа «спецов», юристов-профессионалов к деятельности правотворческих органов, судов, к юридическому обслуживанию хозяйственной деятельности при всем «революционном» неприятии юридических ведомств прошлого, их аппарата).

Всплеск аналитического правоведения произошел в годы нэпа. Нэп ознаменовался развитием гражданского оборота, связанным с ним некоторым упрочением законности, развитием судебной деятельности. Аналитическая юриспруденция в период нэпа, воспринимая достижения дореволюционной юридической науки, продвинулась в разработке ряда проблем вперед, сосуществуя — не всегда, впрочем, мирно — с ортодоксальной марксистско-ленинской доктриной.

С крушением нэпа в результате возобладания на пороге 30-х годов тоталитарного режима пришел конец и оживлению аналитического правоведения. Его представители подверглись жесткой критике приверженцами ортодоксальной теории, были заклеены как «догматики» и «схоласты», и само это направление правоведения чуть теплилось в университетах, в самой практике работы юридических учреждений. Многие высококлассные юристы-профессионалы, теоретики и практики, были изгнаны из научных учреждений и практических органов, оставили юридическое поприще, были репрессированы.

А потом, во второй половине 30-х годов, произошло явление, на первый взгляд, странное, парадоксальное, труднообъясни-

## II Синтез философии и практики

мое. Когда многие приверженцы ортодоксальной теории, неистовы э сторонники леворадикальных, военно-коммунистических взглядов в праве пали жертвами сталинского террора (какая жутко-символическая драма!) и утвердилась идеология сталинского тоталитаризма, в науку права вернулась сохранившаяся дореволюционная профессура. И она принесла с собой гражданско-либеральный пафос русской интеллигенции кануна революции, а главное, тот потенциал высокой культуры аналитической юриспруденции, ее достижений, который поставил Россию первых двух десятилетий нынешнего века на одно из ведущих мест в мировой юридической науке

И как это ни покажется поразительным, годы неистовства беспощадного тоталитарного режима ознаменовались наряду со «сталинизированной» ортодоксальной теорией резким подъемом аналитического правоведения, в особенности в цивилистике, а также в трудовом праве, семейном праве, процессуальных отраслях, уголовном праве и др. Получили развитие и общетеоретические исследования специально-юридического профиля, вновь стали утверждаться фундаментальные общеправовые понятия — «право», «субъективное право», «правоотношение», «законность».

И пусть порой такого рода отраслевые и общетеоретические исследования уходили в область абстракций, стояли на грани игры в понятия; пусть не всегда были доведены до конца, в частности в силу отрицания идей естественного права общественного договора, разграничения права на публичное и частное; пусть они попали в зону жестокого огня, который вела ортодоксальная политизированная наука (беспощадная политическая бдительность неизменно рассматривалась как знак преданности сталинизму), — их развитие в нашей стране стало заметным явлением по мировым меркам, тем более в обстановке, когда на Западе специально-юридические исследования были оттеснены бумом социологических и философских исследований. И это не только привело к ориентации на восприятие ценностей мировой и отечественной правовой культуры, но и подготовило предпосылки для развития правоведения в новом, перспективном направлении (которому и посвящен данный фрагмент).

Как объяснить взлет аналитической юриспруденции с конца 30-х годов? Только ли тем, что специально-юридические исследования носили в немалой степени общекультурный, ака-

демический характер, находились в стороне от реальной политической жизни, фактической практики карательно-репрессивных органов, да и не входили, как ранее, в разящее противоречие с ортодоксальной юридической наукой, поскольку левый радикализм сменился прагматическим сталинским тоталитаризмом? Или еще и тем, что специально-юридические разработки, престижные и респектабельные, каким-то образом вписывались в невиданно гигантские фальсификации, вершившиеся сталинским тоталитаризмом<sup>7</sup> (Вышинский в промежутках своей изуверской деятельности, прикрываемой высокими понятиями «суд» и «процесс», а на деле несущей террор и расправы над безвинными людьми, упражнялся в утонченных рассуждениях о теории доказательств, о процессуальных гарантиях, о праве). Наверное, и тем, и другим.

Позволю себе высказать предположение, что самым фактом развития специальной юридической науки общество в его глубинных устоях, подорванных беззаконием и бесправием, отреагировало на ужасающую действительность, подало сигнал о том, что путь, по которому нужно идти, чтобы выбраться из пучины тоталитаризма и двинуться к правовому гражданскому обществу, — это путь права и законности. Ну и объективно самим ходом разработки правовых проблем тут были совершены хотя и непоследовательные, робкие, неуверенные, но все же первые реальные шаги в этом направлении.

4. Аналитическая юриспруденция в советской юридической науке получила своеобразное, в каком-то смысле неожиданное продолжение, которое в итоге подвело юридические знания к новому, судя по всему, перспективному направлению изучения права.

Исходный момент тут таков. Советская юридическая наука с конца 40-х, в 50—60-х годах стала весьма значительно развиваться, так сказать, в количественном отношении. В связи с существенно расширенным после Великой Отечественной войны юридическим образованием, когда появились новые юридические вузы, кафедры, дисциплины, в науку влилось большое число молодых ученых-юристов; были образованы новые научные юридические учреждения, расширены старые. А каждая наука, достигнув известного количественного уровня («критической массы»), начинает саморазвиваться; накапливаемая в ней познавательная энергия ищет выхода, ее потенциал должен каким-то образом и в чем-то реализоваться.

В чем же и как мог найти выход этот потенциал в те неблагоприятные для действительной науки годы? В тех ли направлениях углубления правовых знаний, которые стали в то же самое время передовыми и престижными в мировой науке, т.е. в правовой социологии и в философии права?

Да, в советском правоведении в этих направлениях произошло некоторое продвижение вперед. Оживились социологические исследования, хотя в основном только на уровне предварительных разработок, планов, уяснения понятий и подходов (в особенности по проблемам причин правонарушений, эффективности права). Стали развиваться философские исследования, состоящие в основном в «приложении» догматических марксистских постулатов к правовому материалу.

Но, к сожалению, правовая социология и философия права были все же намертво скованы идеологией сталинизма, ее догмами и постулатами. Соответствующие исследования по большей части замыкались на идеологических понятиях, идеологемах, мифических представлениях, жесткой «методологии», заранее заданных результатах и потому не могли достичь уровня плодотворного и перспективного творчества, утопая подчас в спекулятивных рассуждениях и спорах (и до настоящего времени эти сферы юридических знаний по-настоящему не развернулись).

Каким же образом могли быть реализованы накопленные в советском правоведении и ищущие выхода творческие возможности и импульсы?

Выход как будто бы один — развитие аналитической юриспруденции. Но тут надо видеть, что специально-юридическая обработка правового материала не дает широкого простора для исследователя: она сама по себе «конечна»; если не уходить в область одних лишь абстракций, то потребности работы юридических органов обуславливают надобность только в определенной сумме аналитических данных, не более того. Да и к тому же приверженцы ортодоксальных марксистско-ленинских взглядов постоянно и настойчиво продолжали обращать внимание на опасность «юридической догматики», на ее «буржуазный» характер.

Поэтому некоторые из советских правоведов не ограничились лишь одной простой специально-юридической обработкой правового материала, стремясь (после такого рода обработки, на основе полученных таким путем данных) достигнуть его углубленного теоретического осмысления. На помощь тако-

му повороту в правовых исследованиях пришли новые философские методы и приемы, прежде всего теория систем, структурный и функциональный подходы, механизменная интерпретация, аксиология, а также вырабатываемые в ходе исследований особые философско-правовые категории, такие, как «правовое регулирование», «правовая система», «механизм регулирования», «функции права». Определяющее же значение в данном отношении приобрели выводы о праве как институциональном образовании, поскольку они позволили относиться к предмету науки как к объективированному явлению — в принципе подобном тому, какой имеет естествознание.

Это привело к неожиданным научным результатам. Оказалось, что право — именно как институциональное образование (так сказать, правовая материя) — обладает специфическими свойствами и закономерностями. Они с достаточной определенностью обнаружались при изучении системы права, связей и соотношений между его отраслями и с еще большей определенностью — когда в рамках структуры права в целом были вычленены ее глубинные элементы — дозволения, запреты, позитивные обязанности, образующие, как выяснилось, в некоторых своих соотношениях особые типы и системы правового регулирования.

Что же представляет собой такое теоретическое осмысление правовой материи, ее элементов, в ходе которого раскрываются его свойства и специфические закономерности?

Оно уже не является простым исследованием юридико-аналитического порядка (хотя и имеет в своей основе специально-юридическую обработку правового материала, ее результаты). Но оно не может быть охарактеризовано и как чисто философское, во всяком случае в том специфическом смысле, в каком философия права приобретает самостоятельное и перспективное значение в юридической науке (хотя оно близко к философскому уровню).

Есть веские основания полагать, что в данном случае перед нами особый уровень изучения права, который имеет существенное значение для освоения права как своеобразной сферы социальной действительности и одновременно открывает новую специфическую сторону служения юридической науки практике (причем тоже на особом уровне — на уровне выработки правовой политики, решения исходных, фундаментальных вопросов законодательства).

Такой особый уровень изучения права тесно связан с тем, что может быть названо феноменом советской юридической науки. Существенно отставшая от передовых и престижных направлений мировой юридической мысли, жестко зажатая до недавнего времени идеологией сталинизма, она все же, пройдя через суровую испытания, сумела на своеобразном, новом срезе правовой действительности раскрыть свой потенциал, выявить особый спектр изучения права, имеющий, по мнению автора этих строк, дальнюю перспективу, связанную к тому же с продолжением либерального направления российской философско-правовой мысли.

Не является ли это свидетельством общечеловеческой значимости правовых знаний — того, что в любых, даже самых неблагоприятных условиях они все же заявляют о себе, находят реальные возможности для приложения своих сил в сфере права, реализации своего потенциала? Думается, для такого предположения есть весомые основания. И оно еще более станет очевидным, когда правовые знания, как можно надеяться, найдут опору в фундаментальных достижениях как мировой правоведаческой мысли, так и в потенциале отечественного правоведения.

Впрочем, для понимания этой перспективы необходимо не только обратить внимание на отмеченный феномен советской юридической науки, но и вкратце охарактеризовать ряд других ее черт.

### III. От науки советской — к науке российской

1. Какой характер приобрела юридическая наука в России после Октябрьского переворота? Русская передовая юридическая мысль, основанная на идеях либерализма и занявшая, как уже упоминалось, одно из ведущих мест в мире, после Октября продолжала в какой-то мере развиваться или хотя бы поддерживать свое существование в некоторых университетах (а еще более в эмиграции).

В рамках же официальной идеологии безусловно доминирующее значение приобрела советская юридическая наука, т.е. ортодоксальная юридическая наука леворадикальной, коммунистической ориентации, именуемая марксистской, а позже марксистско-ленинской.

О ряде черт ортодоксальной марксистской правовой науки того времени уже говорилось в связи с характеристикой под-

ходов к праву. А сейчас настало время дать ей более широкую характеристику и прежде всего сказать главное: советские правоведы радикальной, левокоммунистической ориентации рассматривали право как чуждый социализму элемент, являющийся сугубо буржуазным и потому требующий как можно более скорой его замены организационно-техническими и нравственными («неправовыми») регуляторами.

Вот несколько высказываний советских юристов того времени на этот счет:

«Нормы ГК, проникаясь элементами плановости, деформируются, приближаясь к нормам административно-техническим».

«Осуществление грандиозного пятилетнего хозяйственного плана будет способствовать дальнейшему перерастанию рыночных связей в связи организационные, перерастанию правовых норм в административно-техническое регулирование».

«В действительности, это расширение сферы административно-хозяйственного права означает все большее превращение его в неправое».

Суждения подобного рода напрямую связывались с задачей «строительства социализма». Высказывалось, например, такое мнение: «Плановое регулирование в отличие от регулирования посредством правил закона дает большую возможность вести народное хозяйство по пути строительства социализма .. По мере продвижения по пути к социализму правовое регулирование приобретает все более подчиненный, служебный по отношению планов народного хозяйства характер».

Аналогичные мысли содержались в работах Е. Б. Пашуканиса, одного из видных советских правоведов. Право связывалось им преимущественно со стихийно-рыночными, меновыми товарными отношениями. В его работах настойчиво проводилась «революционная» идея о том, что будущее общество должно избавиться одновременно и от товарного производства, и от права, которые, по мнению автора, могут быть только буржуазными.

Совсем недавно некоторые из нас, правоведов, объясняли эти и им подобные высказывания тем, что молодая марксистско-ленинская наука как-то недооценила право, и произошло это в силу исторических обстоятельств и особенностей революции

Меж: у тем дело обстоит иначе. Есть, конечно, исторические корни правового нигилизма в России. В любой революции не-

избежно поправление режима законности. Но главное все же в другом, то, что мы деликатно называли недооценкой права (и что по сути дела было его отрицанием), — вполне закономерное явление с точки зрения господствовавших после Октября идеологических установок военно-коммунистической доктрины В ее контексте оправдано лишь «революционное» правосознание, законы и юридические нормы, являющиеся орудием диктатуры, всесильного пролетарского государства. Эта доктрина и право как явление цивилизации и культуры несовместимы, они взаимно отрицают, отторгают друг друга. Конечно, и те годы были отмечены определенным вниманием к законодательству, правовой культуре, юридической технике. Однако это внимание не шло дальше вопросов законодательства и законности (понимаемой к тому же главным образом как неукоснительность исполнения действующих норм), ее единства на территории всей республики и необходимости ее повышения.

Лишь переход к нэпу вызвал некоторое оживление в юридической науке, более широкий интерес к праву. Но и в годы нэпа с идейной, мировоззренческой стороны ортодоксальная юридическая наука левокоммунистической, радикальной ориентации продолжала занимать в обществоведении и в официальном общественном мнении доминирующее положение.

#### § ^

2. Отношение к праву как к явлению временному, чуждому обусловило и особенности разработки правовых проблем в юридической науке в 20-е и в последующие годы.

Надо отметить, что эти разработки подчас были проведены масштабно, в виде довольно крупных исследований (монографий «Общая теория права и марксизм» Е.Б. Пашуканиса, «Революционная роль права и государства» П.И. Стучки).

Но как бы то ни было, указанные и многие другие разработки того времени по правовым вопросам свидетельствовали о довольно низком научном уровне, об узкодоктринерских подходах. Можно отметить следующие общие черты этих разработок:

они выражали этатический подход к праву (право рассматривалось всего лишь в качестве орудия всесильного государства);

являлись прямым продолжением коммунистических установок, постулатов (отсюда, например, вывод о грядущем и скором отмирании права);



носили ограниченный, узкий, заданный характер (нередко замыкались одной лишь констатацией классового характера права, его институтов);

отличались пренебрежением к юридической форме и в связи с этим к достижениям мировой юридической культуры (примеры тому — трактовка презумпции невиновности как «буржуазного хлама», отрицание деления права на публичное и частное, идеи естественного права);

стремились преодолеть традиционные подходы в праве, достижения аналитической юриспруденции, мировой и дореволюционной отечественной юридической культуры (отсюда, в частности, идея «свертывания» гражданского права, дробления его, формирования отрасли хозяйственного права, являющейся во многом наукообразным оформлением административно-бюрократической системы).

Особо негативную роль сыграло пренебрежительное, а порой враждебное отношение к цивилистике, науке гражданского права, трактуемой как воплощение «самого буржуазного» в праве, науке, на самом деле имеющей значение прародительницы и постоянного источника высокой правовой культуры, отработанного юридического инструментария.

Лишь в конце 30-х годов, когда к активной научной деятельности вернулись видные цивилисты (А.В. Венедиктов, М.М. Агарков, В.К. Райхер, Б.Б. Черепухин и др.) и когда включились в творческую деятельность их ученики (С.Н. Братусь, О.С. Иоффе, Р.О. Халфина и др.), наука гражданского права получила более высокое признание, хотя настороженность и враждебность к ней со стороны представителей ортодоксальной доктрины сохранились, да и реальные экономические процессы в общем-то не побуждали к тому, чтобы гражданско-правовое регулирование получало в них сколько-нибудь значительное развитие.

В целом в советской юридической науке возобладал канонизированный идеологический догматизм. Содержание юридической науки (как и других общественных наук) было сведено к обойме отобранных цитат из произведений Маркса, Энгельса, Ленина, а также — и даже в первую очередь — из «гениальных высказываний товарища Сталина» и его верных соратников, особенно правового идеолога Вышинского. Все это было жестко догматизировано и канонизировано и поддержива-

лось атмосферой беспощадной нетерпимости ко всему, что не соответствовало такого рода догматам и канонам

3 Существенная черта юридической науки периода сталинской тоталитарной идеологии — это ее апологетическая, точнее, апологетически-восторженная направленность. С середины 30-х годов в юридической науке, как и в иных сферах официозного обществоведения, возобладала линия на то, чтобы «не видеть», а еще лучше оправдывать пороки существующей общественной системы, более того, безудержно восхвалять, изображать в виде самых лучших в мире действующие юридические порядки, нормы и принципы, восторгаться ими.

Добавление определений «социалистическое» и «советское» к понятиям «право», «законность», «правоотношение», «норма» и другим призвано было возводить соответствующие категории на самый высокий ценностный уровень. Потому-то и выражения «новый, особый, высший исторический тип», «лучшее в мире», «принципиально отличное от буржуазного» приобрели значение непререкаемых и обязательных характеристик, сопровождающих обсуждения любых правовых явлений.

Апологетическая направленность правовой науки, видимо, стала наиболее показательным проявлением более широкой черты всей общественной жизни в условиях сталинщины, находящейся в одном ряду с беспощадным террором. Это гигантская фальсификация действительности. Последняя коснулась всех сторон жизни. Но именно право, закон, законность призваны были придать особый цивилизованный шарм, респектабельность реалиям того времени, закамуфлировать страшную повседневность. Этому способствовало и то обстоятельство, что и само право было втянуто в систему фальсификаций и, став ширмой сталинской диктатуры, содержало немало внешне привлекательных, но бездействующих положений. Достаточно вспомнить хотя бы, как размахисто и ярко была размалевана демократическими красотами Конституция 1936 г., как в печати то и дело мелькали слова «законность», «закон». Даже расправы над недавними сподвижниками проходили публично, на глазах всего мира, в «открытых» процессах. И скольких умных, проницательных людей это обмануло, заставило верить в безупречность «демократизма» и «законности» тогдашних порядков!

4. Необходимо отметить ту специфическую сторону развития советской общественной науки (в какой-то мере сохранив-

шуюся до настоящего времени), которую можно назвать цитатным камуфляжем. Он связан с догматизмом ортодоксальной официозной науки, с тем, что в силу требования такой ортодоксальности, приобретшей характер светской религиозности, каждое научное положение должно было быть подкреплено ссылками на «классиков» марксизма-ленинизма (до 1953 г. — лучше всего прямо на «гениальные высказывания» Сталина), на партийные документы. Потом, во время хрущевской оттепели, ссылки на Сталина исчезли, но зато приобрели, в сущности, равную с «классиками» значимость положения из докладов, речей, статей руководителей партии и государства (впрочем, до той поры, пока они сохраняли лидирующее положение).

Официальные партийные и государственные органы зорко следили за «цитатной обоснованностью» выдвигаемых в науке положений, за тем, чтобы ни одно научное произведение в общественном сознании не появлялось без соблюдения указанного жесткого требования.

Вот почему авторам, стремящимся обосновывать те или иные положения, приходилось выискивать хотя бы обрывки высказываний, сочетания слов и т.д. из «классиков» или из партийных документов для того, чтобы надеяться на опубликование своих произведений. Да и научные споры по той же причине порой превращались в «перестрелку цитатами» и оттого приобретали идеологизированную жесткость, непримиримость, когда коллегу, придерживающегося иных взглядов, можно было теоретически уничтожить одной лишь ссылкой на то, что эти взгляды «противоречат марксизму-ленинизму».

Цитатный камуфляж свойствен и работам тех правоведов, которые стремились возвысить право и обосновать его ценность. С этой целью выискивались отдельные фразы, мимоходом сделанные высказывания из публицистических работ, писем и служебных записок В.И. Ленина, из ранних работ К. Маркса и Ф. Энгельса (хотя «поздние» К.Маркс, Ф.Энгельс, В.И. Ленин не очень-то жаловали право. В частности, известно, что Ленин до 1921—1922 гг. разделял враждебное, ортодоксально-коммунистическое отношение к праву, его судьбе, был инициатором террора и расправ, прямо декретировал негативное отношение к частному праву).

Сами по себе научные положения, освобожденные от цитатного камуфляжа, надо думать, нередко сохраняют свое значе-

ние в настоящее время Более того, можно надеяться, что, освободившись от такого груза, тем более под углом зрения прогрессивного гуманитарного мировоззрения, они могут обрести, так сказать, «второе дыхание» и занять достойное место в современной отечественной правовой науке

5 Однако было бы неверным изображать общую картину развития юридической мысли в условиях сталинизма, да и в последующие годы, только в черных тонах Жизнь свидетельствует, что неодолимые силы прогресса, движение человечества к свободе, разуму, праву то там, то здесь тоненькими росточками пробиваются через толщу тоталитарной твердыни. Ведь внешне привлекательные, пусть пока не заработавшие правовые положения все-таки таили в себе возможности их реального использования в будущем, при изменении режима. Да и сам факт возрождения аналитической юриспруденции (с какими бы причинами это ни было сопряжено), количественный рост правовых изысканий и еще более — использование достижений философии и социологии, драматизм реальных жизненных отношений, требующих правового регулирования, — все это вело к тому, что подспудно накапливались правовые ценности, неотвратимо росла «жажда права».

Наверное, мы сейчас еще не вполне оценили отмеченный ранее факт возвращения в конце 30-х годов к активной научной и педагогической деятельности ряда крупных правоведов с «дореволюционным стажем». Ведь они, по сути дела, передали своим слушателям, читателям и тем более ученикам и коллегам эстафету высокой отечественной и мировой культуры. Да они и сами во всех проявлениях своей жизни были подвижниками права, своей нелегкой деятельностью воспитывали в учениках и последователях непоколебимую приверженность культуре права, высоким интеллектуальным, духовным началам науки, интеллигентности.

Представляется очевидным, что среди предпосылок, обусловивших выход советской юридической науки на новый уровень изучения права (о нем говорилось ранее), заметное место наряду с достижениями философии занимают как раз накопленные в то время правовые ценности, сохранившиеся и окрепшие элементы отечественной и мировой правовой культуры.

6. После поражения августовского путча 1991 г. в общественном развитии России, ряда других стран, бывших союзных

республик наметился поворот от советского тоталитарного строя к демократии, к правовому гражданскому обществу.

Наша юридическая наука прошла нелегкий, драматический, противоречивый путь в советское время. И ей сегодня нужны покаяние и очищение, понимание и недвусмысленное признание того, что советская правовая наука служила тоталитарной системе, прикрывала, оправдывала, а то и возвеличивала бесчеловечный коммунистический режим.

В соответствии с этим надо видеть, что магистральная линия развития юридической мысли в нашей стране — это движение от науки советской к науке российской.

В этом сложном процессе созидания современной российской правовой науки не должны быть отброшены, перечеркнуты и забыты те позитивные наработки в правоведении, которые составляют неотъемлемую часть интеллектуального потенциала России. Эти наработки относятся и к советскому времени (о позитивных результатах в этом отношении уже говорилось), и еще более — к дореволюционной российской правовой науке, продолжательницей которой в новых исторических условиях призвана стать современная наука права России.

Реальной основой становления российской правовой науки должно быть развитие самого российского права, преодоление им наследия тоталитарного прошлого, формирование гуманистического права гражданского общества России (об этом пойдет речь в заключительной главе книги).

И вот здесь — как для становления современного российского права, так и для развития юридической мысли России — ключевое значение принадлежит их мировоззренческой основе.

Что же образует такую мировоззренческую основу нашей правовой науки, прежде всего той теории права, которой посвящена эта книга?

#### **IV. Гуманизм и теория права. Концепция**

Поражение социализма в СССР, в других странах, объявивших себя социалистическими, привело к тому, что оказалась поверженной и его идейная основа — марксизм, и это вылилось в пренебрежение ко всем «измам», включая гуманизм и либерализм.

Между тем гуманизм, как и либеральная теория, имеет существенное философское и практическое значение и в науке, |

#### IV. Гуманизм и теория права. Концепция

и в общественной жизни. Важен он и для права, для правовой науки.

1. Мировоззренческая, философская основа теории права, развиваемой в этой книге, — гуманизм, общецивилизационные гуманитарные взгляды, конструктивные либеральные воззрения.

Вместе с тем едва ли было бы оправданным, если бы при рассмотрении гуманитарной и либеральной направленности правовой теории мы ограничились декларированием одних лишь общих положений. Общие декларации мало чего стоят, тем более что они, как свидетельствует и прошлое наших общественных наук, могут уживаться с античеловечной, тоталитарной сутью подхода к действительности.

Для того чтобы гуманизм и либерализм наполнились живым современным содержанием, стали активной, позитивной силой в жизни людей, необходимо решение непростых проблем по крайней мере по трем позициям.

Во-первых, требуется, чтобы гуманитарная и либеральная мысль обрела свою сердцевину, свой стержень, активный центр, а не сводилась к декларативным лозунгам, призывам, пожеланиям, нашла свою жизнь и реализацию в конкретизированных, высокозначимых принципах и институтах, получила свой индикатор. Такой сердцевиной и таким индикатором для человечества, прошедшего через истребительные войны, имеющие идеологическую окраску, через безжалостные гражданские столкновения, ужасы тоталитаризма, ныне, как мы видели, стали категория естественного права и ее фокус — категория прирожденных неотъемлемых прав человека, высокое достоинство человека.'

Во-вторых, необходимо, чтобы гуманизм и либерализм, в особенности реализация их начал и принципов, имели достаточно глубокие философские предпосылки, связывались с пониманием сути основных социальных сил, определяющих существование и развитие общества, его этапы, фазы.

В-третьих, представляется весьма важным, чтобы гуманитарные и либеральные начала, существенные для всякой общественной науки, нашли выражение в самой материи права. Это тем более значимо, что речь идет о сложном, противоречивом соотношении писаного права с его разноплановым духовно-нравственным содержанием, да притом в специфических условиях той или иной эпохи, данной страны (что, как увидит



читатель, станет определяющим моментом для концепции данной книги).

Начнем с краткой характеристики сложного взаимодействия социальных сил, «управляющих» обществом.

2. Сначала несколько самых общих положений о том, что такое общество и каковы те силы, которые им «управляют».

Человеческое общество представляет собой саморазвивающуюся систему разумных существ, оторвавшуюся от жесткой безвариантной природной зависимости и способную поддерживать себя, противостоять энтропии. Когда общество обрело собственные основания для своего саморазвития как системы, это и стало началом человеческой *цивилизации*.

Главная особенность общества в условиях цивилизации — свобода, которая выражает отрыв людей от слепой природной зависимости и которая, как и все в жизни людей, представляет собой явление постепенно складывающееся, многозначное, противоречивое, имеющее как положительные, так и отрицательные стороны.

Положительная сторона свободы состоит в беспрецедентной и оптимистической возможности развития на основе разума. В сущности, она знаменует собой новую эпоху в мироздании, связанную с появлением идеалов, надежд, радостью бытия.

Отрицательная сторона — это перспектива значительного отрыва общества от природы, от реальной действительности, возможность противостояния им. Отсюда нарастающие экологические беды, подводящие человечество к черте тотальной гибели, а также возможность субъективного моделирования будущего людьми, имеющими в руках орудия воздействия на человека, следовательно, возможность насилия и произвола.

Теперь о силах, которые «управляют» обществом, определяют его саморазвитие в условиях цивилизации и которые также имеют разноплановый, противоречивый характер, неодинаковое значение. Это власть, собственность, идеи.

*Власть.* Это отношения подчинения и господства над людьми. Власть необходима и имеет положительный характер как средство обеспечения организованности общества, его существования и развития в качестве единой целостной системы. Этим функции и значение власти в основном и ограничиваются.

Вместе с тем власть имеет и негативные черты: в ней заложена тенденция к самовозрастанию, централизации, исклю-

чительности, нетерпимости. В своем функционировании она может выйти за пределы, обусловленные потребностями общества. Власть может быть использована корыстно, в эгоистических, клановых, классовых целях. Это характерно главным образом для неразвитых, примитивных государств (к ним, в частности, относились Советы), где власть, как утверждал марксизм, действительно является машиной классового, политического господства. Это тем более верно, если в жизни общества господствует политическая, клановая, этническая ненависть. Однако отрицательные стороны власти не имеют фатального характера. Они могут быть «сняты», ограничены организационно-правовыми мерами.

*Собственность.* Это отношения по поводу вещей, господство над вещами. Собственность имеет первостепенное значение в жизни общества тогда, когда она выступает в виде персонифицированной, частной собственности. Именно тогда она является своего рода продолжением человека, становится источником его силы и могущества в вещах, в природе, способна активно — хотя опять-таки разнопланово — воздействовать на поведение людей, быть мощным стимулом их поступков.

Вопреки утверждениям марксистов, предавших частную собственность анафеме, именно частная собственность (и связанные с ней экономическая свобода и рынок) стала главным источником человеческой энергии в экономике, стимулами напряженного труда, ответственности за дело, «обратного» вложения результатов труда в производство, т.е. в конечном итоге — мощным незаменимым двигателем экономического прогресса.

Собственность, как и власть, имеет свои негативные черты: она также может стать основой господства над людьми, экономического подавления человека. Она может способствовать усилению эгоизма личности, отчуждению людей друг от друга, нагнетанию страстей, ведущих к попранию норм морали, закона, к преступлениям.

*Идеи.* Под идеями понимается продукт самого высокого и значительного явления, характерного для всего мироздания, — Разума (охватывающего в каждом человеке и его сознание, и в известной мере его подсознание). Идеи выражают прорыв разума и веры в мир природы, вещей. Это луч света в царстве жестких, безвариантных закономерностей и слепых случайностей. Идеи образуют содержание науки, являются носите-



лями «откровений», выраженных в христианстве, миропонимания. Однако при известных исторических условиях идеи приобретают характер идеологии — суммы взглядов императивного характера, связанных с властью.

Идеи, так же как власть и собственность, имеют в жизни общества неординарное, противоречивое значение.

Идеи, особенно те, которые выражены в идеологии, могут быть реакционной, негативной, так сказать, злой силой. Здесь они становятся источником фанатизма, духовного порабощения человека, фактором, способствующим реализации отрицательных сторон власти и собственности и противостоящим светлым, позитивным сторонам Разума.

Вместе с тем смысл существования человека, надежда человечества — в этих светлых, позитивных сторонах Разума и в соответствующих им идеях. Именно они способны облагородить жизнь людей, придать ей высокое духовное, истинно человеческое (а следовательно, гуманитарное) содержание и, что особенно существенно, снять, умерить, взаимно погасить отрицательные черты власти и собственности, взаимно гармонизировать Эти мощные социальные силы.

Такого рода светлые позитивные идеи воплощены в христианских откровениях и заповедях, общеморальных принципах, естественном праве, фундаментальных правах и свободах человека. Они характеризуют смысл человеческого бытия — надежду и будущее человечества, что и находит наиболее высокое суммарное выражение в гуманизме, в последовательно либеральных взглядах.

Обратимся теперь к основным фазам развития общества. Нередко, в том числе в рамках марксистского мировоззрения, развитие общества обозначается через формации — некие всеохватные общественные структуры, различаемые по отдельным разновидностям собственности. Широко распространено мнение, что таких формаций пять: первобытнообщинный строй, рабовладельческая формация, феодализм, капитализм, социализм (коммунизм).

Теория формаций имеет некоторое научно-описательное значение. Тем более что собственность действительно является наиболее «сильным» и к тому же самодостаточным фактором, определяющим жизнь и развитие общества.

Но эта теория, во-первых, носит абстрактно-партийный характер: она нацелена на обоснование неизбежности социализ-

ма, будто бы возвышающегося над всеми предшествующими эксплуататорскими формациями, а во-вторых, является односторонней, однобокой, односторонней: в качестве основы развития общества, его базиса рассматривается только один фактор — собственность (при всей ее действительной значимости), а два других — власть и идеи — относятся к числу надстроечных, имеющих будто бы вторичный, зависимый характер.

Между тем первичное значение в жизни общества, его истории могут иметь все рассмотренные ранее факторы. Дело лишь в том, какой из них в данное время имеет первенствующее значение, выступает в качестве своего рода доминанты.

В соответствии с этим в истории человеческого общества можно отчетливо разграничить (правда, не в виде жестких образований типа формаций, а скорее в виде главенствующей тенденции, общей «конструкции») три эпохи, исторические полосы: эпоха власти, эпоха собственности, эпоха гуманитарных идей. Особо долгой, мучительной, застойной оказалась эпоха власти — основа традиционных обществ.

С точки зрения перспективы (и роли в жизни людей права) существенно важно обратить внимание на то, что основой общественной жизни могут стать идеи, притом гуманитарные и либеральные идеи.

Это как раз наиболее оптимистическая перспектива развития человеческого сообщества — современное гражданское общество. Эта ступень развития только начинается в жизни людей. Она вбирает в себя положительные стороны как умеренной власти, так и капитализма, и все это — на основе гуманистических идей, отражающих самую суть, природу человеческого общества, его движение к свободе. В такую полосу развития, снимающую крайности предшествующих эпох и ставящую в центр жизни общества человека с его прирожденными правами, входят передовые, экономически и социально развитые страны.

3. Несколько слов о центральных идеях, о концепции этой книги.

Исходный момент здесь — это понимание права (позитивного, писаного права) как нормативного институционального образования, обладающего рядом высокозначимых регулятивных свойств — всеобщей обязательностью, определенностью по содержанию, действием через дозволения, государственной гарантированностью. Благодаря этим свойствам право (писаное)

как институциональное образование способно давать известный эффект в общественной жизни, упорядочивать общественные отношения, вводить поведение людей в определенные рамки и с этой точки зрения может (только может, не более) играть некоторую гуманитарную роль.

Но писаное право благодаря указанным свойствам может служить и антидемократическим, реакционным режимам. Сам по себе гуманистический потенциал писаного права ограничен и уязвим, недостаточен для того, чтобы право как институциональное образование в полной мере раскрыло свое прогрессивное значение, историческое предназначение.

Между тем право как раз под углом зрения своих институциональных характеристик, своих высокозначимых регулятивных свойств выявляет свою основную историческую миссию, являясь выражением, носителем свободы личности в обществе. Именно здесь, надо полагать, современная теория права призвана возродить, «предметно» продолжить и в чем-то развить как общемировые либеральные тенденции (особо последовательно выраженные во взглядах Ф.Хаека, идеях правозаконности), так и, что особо существенно, российскую либеральную правовую мысль (Б. Чичерина, П. Новгородцева, Б. Кистяковского, И. Покровского, Л. Петражицкого, И. Михайловского, С. Гессена). Нужно только видеть, что именно благодаря своим свойствам как институционального образования, присущим ему юридическим механизмам (системе юридических дозволений, дозволительному типу юридического регулирования, системе дозволения плюс гарантии) право способно решать задачу, которая не под силу никакому иному социальному явлению и образованию, — сделать реальностью естественно-правовые требования свободы личности.

Ключевая роль принадлежит здесь сложному, нередко противоречивому взаимодействию права как институционального образования с его исторически определенным гуманитарным содержанием, а в этой связи со своей «парной» категорией — естественным правом, его фокусом — неотъемлемыми правами человека, естественно-правовым требованием свободы личности, и отсюда с идеалами и сутью правозаконности. В сложном взаимодействии писаного права как институционального образования, с одной стороны, а с другой — естественного права, естественно-правового требования свободы личности и соответствующих неотъемлемых прав человека, взаимодействии,

I

при котором происходит все большее их сближение, а в перспективе формирование права гражданского общества, и заключается главное, чему посвящена эта книга и что характеризует ее концепцию, ее замысел.

Автор рассматривает выраженную в книге институциональную гуманитарную концепцию как попытку возродить и продолжить в соответствии с современными данными науки российскую либерально-философскую правовую традицию, соединить достижения российских правоведов последовательно либеральной ориентации с трактовкой права как нормативно-институционального образования.

4. Подходы к правовой действительности, претендующие на новизну, неизбежно вызывают необходимость обогащения традиционных юридических понятий, выработки новых общих положений и в связи с этим известной рационализации и развития юридической терминологии.

Здесь, однако, нельзя забывать важнейшие требования, предъявляемые к научной терминологии, — ее однозначность, строгую определенность, ясность, устойчивость, совместимость со всем комплексом употребляемых в науке терминов. В этой связи, например, такие все более употребляемые в юридической литературе терминологические обозначения, как «структура права», «комплексное образование», «юридическая энергия» и некоторые другие, в силу их метафоричности требуют осторожности.

Вместе с тем, отдавая ясный отчет в условности подобных терминологических обозначений, заимствованных из иных наук, нельзя не сказать и о другом. К указанным терминологическим нововведениям в ряде случаев (в том числе и в настоящей книге) приходится все же прибегать, так как иным путем невозможно обозначить то новое и специфическое, что раскрывается в результате научного исследования. Таким образом, употребление в данной книге упомянутых терминов не столько результат стремления автора использовать образные выражения и метафоры, сколько попытка с их помощью найти новую, соответствующую сущности тех или иных явлений терминологию.

И еще одно замечание. Обогащение понятийного аппарата науки и совершенствование научной терминологии не должны влечь за собой утрату точности устоявшихся терминов, специфической для данной науки четкости, выражающей к тому же

скоординированность научных понятий. Когда, например, на основе философских, общенаучных соображений предлагается «расширить» понятия юридической ответственности, юридического процесса или «сузить» понятие правоотношения, то помимо всего иного нельзя упускать из поля зрения, что это может привести к утрате научными терминами подобающей им строгости, определенности и как следствие — к утрате стройности и скоординированности всего научного аппарата.

Надо видеть и то, что термины в юридической науке едины с терминологией закона и юридическим языком практической юриспруденции, и нарушение этого единства может повлечь за собой неблагоприятные последствия, которые выражаются в «расширениях» или «сужениях» для области законодательства и юридической практики. Во многих случаях углубление теоретических знаний, широкое использование философских и общенаучных понятий и методов должно выражаться не в преобразовании сложившейся терминологии и придании юридическим терминам нового смысла, а в том, чтобы с учетом требований, предъявляемых к языку науки, развивать и совершенствовать его, в том числе и путем введения в научный оборот новых понятий и терминов.

## Глава вторая

### Право — институт социального регулирования

#### I. Общество и социальное регулирование

1. В современной общественной науке обоснован взгляд на общество как на целостный социальный организм — органичную систему.

Отсюда с непреложностью следует, что имманентным и весьма важным качеством общества является организованность, упорядоченность образующих социальную жизнь общественных отношений, а значит, и объективная необходимость их социального регулирования.

2. Регулировать (в социальной жизни) — значит определять поведение людей и их коллективов, давать ему направление функционирования и развития, вводить его в определенные рамки, целеустремленно его упорядочивать<sup>1</sup>.

Существование и развитие социального регулирования, его место и функции в общественной жизни характеризуются рядом закономерностей.

Во-первых, каждое исторически конкретное общество объективно требует строго определенной меры социального регулирования, иначе неизбежны отрицательные последствия для социальной системы — ее неорганизованность или, наоборот, ее излишняя регламентация («заорганизованность»). Эта мера, выражающая объем и интенсивность социального регулирования, зависит от требований существующей общественной системы, от этапа развития общества, уровня его организованности. Такая мера тем значительней, чем сложнее общественные

<sup>1</sup> Сопряженным и перекрещивающимся с понятием «социальное регулирование» является понятие «социальное управление». Последнее характеризует, в принципе, то же самое явление и так же непосредственно вытекает из особенностей общества как системы, из необходимости его организованности, упорядоченности. Однако социальное управление относится к тому аспекту общества как системы, который состоит в активной организующей деятельности определенных управляющих органов (в том числе в деятельности органов государства, политических партий). Нередко в литературе указанные категории понимаются как совпадающие, но все же следует признать, что регулирование — явление более широкое и более органичное для общества, чем управление.

отношения, чем больше необходимость их согласованного и скоординированного развития.

Во-вторых, в процессе развития регулирования в обществе все более возрастает удельный вес социального (высокосоциального); не порывая с психобиологическими факторами человеческого поведения и поначалу сливаясь с ними, регулирование тем не менее все более освобождается от стихийно-естественных природных элементов и сторон, все более связывается с потребностью выражения и обеспечения объективных социальных интересов в поведении людей, а в условиях цивилизации во все большей степени — свободы человека, автономной личности. В связи с этим в регулировании наряду с повышением конкретности и определенности возрастает нормативность и соответственно абстрактность, всеобщность — то, что так или иначе относится к общественному сознанию.

В-третьих, закономерной тенденцией развития социального регулирования является формирование относительно обособленных регулятивных средств и механизмов. Определяющая роль собственности, власти, идей (идеологии) на всех этапах развития общества остается в конечном счете решающим фактором социального регулирования и неизменно присутствует во всех его проявлениях и разновидностях. В то же время неуклонно возрастают удельный вес и значение социального управления и отсюда — тех разновидностей регулирования, которые воплощаются в целенаправленной деятельности людей, их коллективов, общественных образований. А подобного рода целенаправленная деятельность (точнее, необходимость обеспечения, оснащения ее нужным инструментарием, придания ей качества стабильности и т.д.) и вызывает к жизни особые, внешне обособленные регулятивные средства и механизмы, которые, выражаясь прежде всего в социальных нормах, относятся к такому исходному элементу общества, как культура. Эти процессы получают еще большее развитие в связи с тем, что на определенном этапе значение самостоятельной и мощной силы приобретают власть и идеология, а также в связи с необходимостью обеспечить глобальный процесс развития свободы в обществе, охраны и защиты автономной личности. В то же время нужно видеть, что указанные процессы противоречивы: на известной ступени обособленные регулятивные средства и механизмы, все более отчуждаясь от человека, могут стать самостоятельным и даже противостоящим людям фак-

тором. Здесь обнаруживается еще одна зависимость: объем и интенсивность внешне обособленных регуляторов обратно пропорциональны степени развития в обществе начал саморегулирования (подробнее об этом будет сказано дальше).

В-четвертых, по мере развития социальной жизни происходят изменение качества регулирования, усложнение, уточнение и совершенствование регулятивных средств и механизмов, их нарастающая дифференциация и интеграция; создается в единстве со всей системой регулятивных факторов своего рода инфраструктура регулятивных механизмов — процесс, который является как бы ответом социального регулирования на потребности общественной системы, общественного развития, на нужды социального прогресса, в том числе на необходимость в условиях цивилизации выражения и обеспечения социальной свободы, утверждения и защиты автономной личности. Изменение качества социального регулирования, в свою очередь, выражается в ряде направлений, сторон и характеристик развития и функционирования его инфраструктуры.

2. Инфраструктура — это не просто структура социального регулирования в обществе, не просто его подразделенность на виды, звенья, а сложившееся объективно обусловленное построение этой структуры, выраженное в устойчивой модели нормативно-организационных форм регулирования, причем такой модели, узловые звенья которой опираются на определенные, тоже устойчивые организационные формы, в частности, либо на виды общественных органов в первобытных обществах, либо на виды государственных, иных политических органов (правотворческих, правоохранительных), выражающих своеобразие данной социальной системы. В соответствии с этим инфраструктура социального регулирования предстает главным образом в виде организационного базиса, или скелета, — особого построения устойчивых нормативно-организационных форм, от которых непосредственно зависит и развитие, и само функционирование регулирования в обществе.

Следует строго различать идеальную и фактическую инфраструктуру социального регулирования. Первая — это такая модель основных организационно-нормативных форм социальных регуляторов, которая объективно обусловлена существующим социальным строем и является оптимальной для обеспечения функционирования общественной системы в соответствии с ее объективными законами. Фактическая же инфра-



структура представляет собой реальное положение организационно-нормативных форм социальных регуляторов, действующих в данном обществе и в данное время, их реально существующую расстановку, которая, выражая ее идеальную модель, в то же время исторически находилась и находится под влиянием целого ряда разнообразных условий, обстоятельств, причин, в том числе и таких, которые относятся к субъективной стороне жизни общества, к сложившимся традициям, науке, даже к личностным особенностям отдельных людей. В соответствии с этим фактическая инфраструктура есть реальность, данность нормативно-организационных форм.

3. Инфраструктура социального регулирования во многом зависит от его видов. Регулирование в социальной жизни в принципе может быть двух основных видов: индивидуальное и нормативное.

*Индивидуальное* — упорядочение поведения людей при помощи разовых, персональных регулирующих акций, решений конкретных вопросов, относящихся только к строго определенному случаю, к конкретным лицам.

*Нормативное* — упорядочение поведения людей при помощи общих правил, т.е. известных моделей, критериев, эталонов поведения, которые распространяются на все случаи аналогичного характера и которым должны подчиняться все лица, попавшие в нормативно регламентированную ситуацию.

Одни и те же жизненные проблемы могут решаться и тем самым целенаправленно упорядочиваться (регулироваться) как в индивидуальном, так и в нормативном порядке. Допустим, нужно установить, кто из данных лиц должен участвовать в общественных работах и каково содержание таких работ. Тут возможны два варианта: либо в каждом конкретном случае в индивидуальном порядке определяется, что такие-то и такие-то лица участвуют в выполнении таких-то и таких-то работ, либо вводятся общие правила, нормативы, регламентирующие порядок и очередность участия лиц в работах, точное содержание их деятельности. Конечный результат в обоих случаях состоит в обеспечении осуществления коллективом людей общественных работ, т.е. поведение людей упорядочивается, направляется. Но при этом порядок решения проблемы разный: индивидуальный или нормативный. Это оказывается в высшей степени важным для качества социального регулирования, его эффективности и значения.

Индивидуальное — это простейшее социальное регулирование. Оно имеет известные достоинства: позволяет решить жизненные проблемы с учетом особенностей данной ситуации, персональных качеств лиц, характера возникающих отношений. Но очевидны и его значительные недостатки: оно неэкономично, не вполне обеспечивает строгую организованность, единый общий порядок, необходимую одинаковость в повторяемых актах и процессах производства, обмена, жизнедеятельности людей; каждый раз проблему нужно решать заново, а главное, существуют довольно широкие возможности для субъективистских, произвольных решений.

*Появление нормативного регулирования — первый и один из наиболее значительных поворотных пунктов в становлении социального регулирования, знаменующий крупные изменения, качественный скачок в его развитии.*

При помощи общих правил оказывается возможным достигнуть единого, непрерывно действующего и вместе с тем экономичного порядка в общественных отношениях, подчинить поведение людей общим и одинаковым условиям, продиктованным требованиями экономики, власти, идеологии, всей социальной жизни. Резко сужаются возможности для случая и произвола. Тем самым с максимальной полнотой достигается главная цель социального регулирования — упорядочение всей социальной жизни, прежде всего приобретение ею общественной устойчивости и независимости от случая или произвола.

Весьма существенно, что нормативное регулирование затрагивает область общественного сознания, связывается с ним, с существующей системой ценностей. Ведь всякая норма в обществе — это масштаб, критерий оценки будущих форм поведения, суждение о ценностях, обращенное в будущее и объективированное в том или ином виде. Именно отсюда проистекает «двойной отсчет» при характеристике социальных норм: наряду с регулятивными особенностями (свойствами, присущими социальным нормам как регуляторам) нужно учитывать также и «второе измерение» — содержащиеся в нормах-критерии оценки поведения людей, суждения о ценностях, которые могут приобретать как реакционный, так и прогрессивный, гуманистический характер.

Разумеется, свои минусы имеет и нормативное регулирование, в особенности в случаях, когда оно становится орудием политической власти авторитарного типа, авторитарной идео-

логии и может быть носителем реакционных идей, антигуманной идеологии, ценностных представлений, тормозящих общественный прогресс. Да и с точки зрения регулятивных особенностей оно само по себе не обеспечивает того, что достигается при индивидуальном решении жизненных проблем — учета индивидуальной ситуации, неповторимых особенностей конкретного случая.

Этим и объясняется потребность, которая остро ощущается в ходе общественно-исторического развития, — дополнить в необходимой мере нормативное регулирование, в том числе правовое, индивидуальным. Однако перечисленные недостатки нормативного регулирования не должны заслонять его громадных социальных преимуществ. Формирование его имело переломное, этапное значение в развитии регулятивных механизмов, свойственных обществу как социальной системе, когда и складывается устойчивая инфраструктура регулирования.

4. Для понимания особенностей социального регулирования, изменений его качества, дифференциации и интеграции, его инфраструктуры принципиально важен начальный пункт, исходная точка, с которой началось его развитие, — социальное регулирование в первобытных обществах, обществах, еще не оторвавшихся от природы, от стихии безвариантных естественно-природных сил (для них характерно присваивающее хозяйство) и еще не обретших самостоятельного, собственного развития, движения к свободе, к высвобождению и возвышению автономной личности, человеческой индивидуальности.

На заре существования человечества (в праобществе, затем в первобытных обществах) сложилась своеобразная социальная организация — первобытнообщинный строй, нередко именуемый первобытным коммунизмом.

При первобытнообщинной, родоплеменной общественной организации существовала примитивная и в то же время самобытная система социального регулирования, адекватная тогдашним общественным условиям. Эта система отличалась многими особенностями; более того, нынешние представления о социальном регулировании, о нормах, их характеристики относятся к ней в довольно малой степени. Применительно к первобытным обществам эта система и не могла быть иной; отвечая потребностям экономической, этической, психологической и других сторон социальной жизни «первобытного коммунизма», она выступала в качестве надежно работающей и эффек-

тивной регулирующей системы, которая в полной мере обеспечивала объективно обусловленную организованность социальной жизни.

Важнейшие особенности этой системы связаны с тем, что регулирование направлено на *обеспечения господства «целого», его приоритета над индивидуальным, личным, на сплочение рода, племени* (при этом человек как автономная личность по существу не выделялся, не обособлялся от «целого»).

В условиях лишь намечавшейся свободы отдельного человека в социальной жизни, суровой и жестокой борьбы людей за существование система социального регулирования, настроенная на сохранение и обеспечение оптимального функционирования «целого» (рода, племени), отличалась монолитностью, суровостью, а по нынешним меркам порой и жестокостью, сковывала индивидуальную инициативу, самостоятельность членов рода, не давала сколько-нибудь широких возможностей для их социальной активности. Она выступала в виде строгих, непрекаемых, безусловно обязательных (как и сама природная необходимость) мононорм-обычаев<sup>1</sup>, в силу длительного применения ставших привычкой, освящавшихся первобытной мифологией, религией и вследствие этого не нуждавшихся ни во внешнем объективировании (институционализации), ни в обеспечении при помощи специального аппарата принуждения.

Именно такой естественно-природный характер мононорм-обычаев первобытных обществ и исключает надобность в позитивном, писаном праве — во внешне формализованном институциональном нормативном регуляторе, выраженном в специфической системе регулятивных средств и механизмов и связанном с принуждением особого рода, которое обеспечивается специальным аппаратом.

5. Примечательно, что в социальном регулировании в первобытных обществах уже обозначалась его внутренняя структура, приобретшая затем, в особенности в праве, ключевое значение, — выделение, точнее, известное различие запретов, дозволений, позитивных связываний.

<sup>1</sup> Понятие «мононорма» ввел видный специалист по этнографии А.И. Першин (см.: Першин А.И. Проблемы нормативной этнографии. В кн.: Исследования по общей этнографии. М., 1979 С. 213).

Выражаясь внешне в системе обычаев, нормы первобытного строя, будучи едиными моонормами, по своему содержанию воплощали естественную, природную необходимость, согласующуюся с коллективистскими началами — экономическими и управленческо-организационными, характерными для этой стадии развития человечества — «первобытного коммунизма»<sup>1</sup>. Поэтому они представляли собой нерасторжимое единство и биологических, и производственных, и моральных, и религиозных, и обрядово-ритуальных требований<sup>2</sup>.

Однако то обстоятельство, что система социального регулирования складывалась из моонорм, вовсе не означает, что нормы-обычаи, в форме которых существовали моонормы, не отличались известными особенностями по своим регулятивным свойствам, в частности по тому, как и в какой последовательности выражались в них запреты, дозволения, позитивные обязывания. В литературе уже отмечалось, что само формирование норм-обычаев исторически происходило так, что первоначально сформировались запреты, и лишь потом появились позитивные обязывания и дозволения<sup>3</sup>. В этом отношении есть основания полагать, что как раз в специфике дозволений и запретов (а также позитивных обязываний) и состоит важная особенность инфраструктуры социального регулирования первобытных обществ.

Какие же моменты представляются здесь наиболее существенными?

Во-первых, это доминирование запретов, причем такое, которое придавало всей системе регулирования в целом запретительный характер. Повсеместно, во всех уголках нашей планеты, нормы поведения людей в первобытных обществах (в том числе и на начальном этапе их развития — в праобщест-

<sup>1</sup> В литературе по истории первобытного общества отмечается, что в первобытности имелись строгие системы норм, регулировавших взаимоотношения между людьми и до определенной степени стимулировавших те или иные поступки, и что эти нормы «вырастали из стихийной потребности людей держаться вместе и действовать сообща» (История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. М., 1986. С. 394, 554).

<sup>2</sup> В работе «История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины» (С. 545) подчеркивается «как бы диффузный, синкретный характер первобытной нормативности, включающей в себя и мораль, и этикет, и зачатки права, и даже религиозные предписания и запреты».

<sup>3</sup> См. Явич Л.С. Право и социализм. М., 1982. С. 12—13.

ве) выступали преимущественно в виде табу<sup>1</sup>. И хотя табу не сводится к одной лишь норме-запрету, в его основе все же лежит безусловное запрещение. Более того, весьма вероятно, что форму табу носили все первые нормы поведения, в том числе и такие, которые имели позитивное содержание. Это связано с тем, что в первобытных обществах, в особенности в праобществе, новые социальные потребности были одновременно и потребностями, и ограничениями биологических инстинктов. Да и права отдельных индивидов в той мере, в какой о них в отношении праобщества и первобытного общества в целом можно вообще говорить, были по большей части только оборотной стороной обязанностей индивидов перед обществом, коллективом. Так, обязанность не препятствовать доступу к добыче остальных членов коллектива оборачивалась для них правом каждого из них получать долю<sup>2</sup>. Вместе с тем, как показано в литературе по истории первобытных обществ, моонормы-обычай отличались известной гибкостью; они, в особенности на более поздних стадиях, «далеко не всегда угнетали и подавляли всякую личность; напротив, обычай и общественное сознание давали и тогда выдающейся личности определенные возможности для самовыражения, инициативы, личной деятельности»<sup>3</sup>.

Во-вторых, это первичный характер запретов и входивших в их орбиту позитивных обязываний и прав: они являлись прямым, ближайшим выражением социальных (биосоциальных) условий жизнедеятельности и, стало быть, естественными, непосредственно-социальными правами и обязанностями (об этой категории — в последующих главах). С самого начала они выступали в виде прямого и ближайшего выражения коллективистских начал в жизни первобытных обществ, доминирования «целого» (рода, племени), средствами «нейтрализации опасности, которую представлял для общества зоологический индивидуализм»<sup>4</sup>. В данном отношении запреты, выраженные в

<sup>1</sup> Обстоятельные соображения об особенностях норм первобытнообщинного строя, выраженных в табу, приведены в монографии «История первобытного общества. Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза» (М, 1983. С. 312—316).

<sup>2</sup> См.: История первобытного общества. Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза. С. 244, 312

<sup>3</sup> История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. С. 546.

<sup>4</sup> История первобытного общества. Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза. С. 316.

виде табу, имели первобытный непосредственно-социальный характер. И точно так же, как и все общество первоначально является еще праобществом, запреты (а кроме того, обязанности и права) выступали как празапреты. Именно эта первичность, изначальность первобытных запретов и входивших в их орбиту позитивных обязываний и прав многое объясняет в особенностях их действия. В частности, их жесткость, твердость, непререкаемость в значительной мере объясняются безвариантностью, жесткостью, твердостью, непререкаемостью самих требований жизнедеятельности первобытных людей, в том числе требований, имеющих в своей основе биологические предпосылки.

В-третьих, это предметность, казуистичность запретов, отсутствие в них обобщающих, интеллектуальных компонентов, элементов ценностных суждений и, следовательно, отсутствие возможности (даже на первобытном, примитивном уровне) сколько-нибудь отчетливо проявить свое «второе измерение», выступая в качестве критерия оценки, суждения о ценностях. Если табу потому и отличается от запрета, что охватывает известные духовно-идеологические моменты (представление о неотвратимой опасности при нарушении табу, чувство ужаса перед этим), то сам запрет крепко привязан к строго определенному предмету реального или воображаемого мира. Тем более что и само первобытное мышление, характеризующееся чертами синкретности и пользовавшееся комплексом знаков и символов, занимает промежуточное положение между такой высокой разновидностью мышления, когда оно оперирует понятиями, и такой более низкой, первичной ее разновидностью, когда вместо понятий есть лишь «сырые» образы. Вот почему мононормы первобытного общества всегда предметны, казуистичны: они посвящены либо брачным отношениям, либо ритуальным отношениям при выходе на охоту, либо порядку распределения добычи, либо празднествам, торжествам по тому или иному случаю и т.д.

Обобщающие интеллектуальные компоненты проникали в систему социального регулирования первоначально не путем придания мононормам и запретам более общего характера, не путем выработки принципов регулирования, критериев ценностной оценки, а совсем с другой стороны — путем придания нормативного характера мифам, сказаниям, сагам, былинам и иным формам художественного общественного сознания. Зна-

менательно, что спонтанно рождаемые условиями жизнедеятельности людей первобытные обычаи затем оснащались «идеологическим осознанием в виде преданий и верований»<sup>1</sup>, они осознавались «частью как традиционные правила поведения, частью как веления сверхъестественных сил, не подлежащие сомнению и критике»<sup>2</sup>, что уже придавало соответствующим правилам характер религиозно-моральных норм.

В то же время надо видеть, что регулятивно-общий характер первобытных норм-обычаев, при котором они целиком, без исключений охватывали все случаи данного вида, всех членов группы (например, абсолютный запрет, выраженный в экзогамии), не был построен на какой-либо обобщающей идее или принципе, а был продиктован изначальностью запретов, их непосредственно-социальным характером. Впрочем, и это «общее» представляется, причем в перспективе, важным, и его следует принять во внимание при характеристике не только социального регулирования в целом, но и права.

## II. Право в генезисе общества

1. Социальное регулирование первобытных обществ (во всяком случае со стороны ряда его черт) можно рассматривать в качестве предправового социального явления.

В нем по мере перехода в результате неолетической революции от присваивающего к производящему хозяйству и соответственно развития всей социальной жизни, в особенности в условиях начинавшегося разложения родоплеменной организации, все более накапливались элементы (в том числе элементы регулятивной культуры), которые потом, когда сложились необходимые социальные факторы, сыграли свою роль при формировании права.

Наиболее существенный момент состоит здесь в том, что в системе социального регулирования первобытных обществ в ходе закономерного развития всех сторон социальной жизни получают известное отражение все более возрастающие начала свободы поведения участников общественных отношений,

<sup>1</sup> История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. С. 223.

<sup>2</sup> Там же. С. 554. Несколько раньше авторы обращают внимание на то, что первобытные обычаи «осмысливаются зачастую как предписания, исходящие от сверхъестественных существ и подкрепляемые религиозно-магическими санкциями» (С. 543).



отдельной автономной личности. Если свойственное тогдашней эпохе господство природной необходимости обуславливало доминирование «целого» — коллективистских начал, а отсюда нерасторжимость, точнее, относительную неразличимость прав и обязанностей конкретных индивидуумов и их групп, то постепенное совершенствование производящего хозяйства, рост и развитие всего комплекса социальных институтов первобытнообщинного строя шаг за шагом приводят к тому, что начинают приобретать все более самостоятельное значение определенные возможности (свобода) поведения тех или иных участников общественных отношений, характер которых лучше всего может быть выражен термином «право»<sup>1</sup>.

Что это за право? Юридическое ли это явление в строгом смысле этого слова? Нет. Ибо тут еще отсутствуют качественные особенности, черты, свойственные праву как особому, внешне объективированному, нормативному институциональному образованию, писаному праву.

Но все же вовсе не случайно многие авторы употребляют в данном случае это обозначение — «право»! Как правоведы-марксисты, последовательно придерживаясь идеи классового права, так и сторонники «вечности права» при освещении ряда аспектов первобытнообщинного строя говорят об «отцовском праве», «праве избирать и смещать старейшин», «обычном праве» и др. Почему? Да потому, что слово «право» может в ряде случаев обозначать и качественно иное явление, чем строго юридическое регулирование, т.е. иметь неюридическое значение, пониматься в непосредственно социальном смысле, т.е. как естественное право. Этот термин в рассматриваемом ракурсе обозначает не институционный нормативный регулятор, не позитивное писаное право, а феномен из другого круга явлений социальной жизни — социально оправданную свободу определенного поведения, являющуюся результатом прямого действия условий жизнедеятельности людей.

В то же время формирующаяся в недрах первобытнообщинного строя свобода поведения служит предпосылкой и предвестником особого, юридического регулирования, которое складывается при переходе общества к цивилизации и специфи-

<sup>1</sup> Как на одно из первичных таких «прав» указывается на право доступа к пище (ср.: История первобытного общества. Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза. С. 312).

ческим моментом которого является объективизация нормативного регулирования и возникновение юридических дозволений. Последние придали самому феномену «дозволение» обособленный, самостоятельный статус и резко выдвинулись вперед в инфраструктуре социального регулирования.

Более того, в условиях первобытных обществ, пожалуй, уже складывается начальное звено многоэтапного процесса «восхождения» права. Это начальное звено, хотя оно и относится в основном к доцивилизационной стадии, позволяет увидеть наиболее важные черты исторического развития права с гуманитарных позиций. Таким начальным звеном является «право сильного» как таковое, которое в доцивилизационное время выполняло, как это ни парадоксально, грубо-упорядочивающие и грубо-стабилизирующие функции (кроме, пожалуй, крайнего, низшего его проявления — «права войны», не знающего предела и пощады).

В прогрессе системы социального регулирования, связанном с возникновением права, немалую роль сыграли и такие элементы регулятивной культуры, как строгость и непререкаемая обязательность обычаев. Не случайно, как свидетельствуют факты истории, везде и всюду на нашей планете одно из исходных начал формирования права, прежде всего частного права, — это санкционирование (принятие государственными органами) обычаев, выступавших таким образом в качестве готовой формы, при помощи которой так или иначе цивилизовалось «право сильного» и определенные правила возводились в общеобязательные юридические нормы.

Возможно, система первобытных обычаев имела для последующего формирования позитивного права и более глубокое значение. С этой точки зрения заслуживает тщательного изучения институт табу — строжайших запретов, имевших биологические, стихийно-природные, хозяйственные, моральные, религиозно-обрядовые основания и отличавшихся жесткой обязательной силой, непререкаемостью. Они, по мнению некоторых авторов, представляют собой зародыш правовых норм. Более того, можно предположить, что табу явились предпосылкой формирования в последующем таких существенных элементов структуры права, как общие юридические запреты.

Достоинно внимания также то, что в первобытных обществах, особенно на поздних фазах их развития, стали складываться и специфические регулирующие механизмы, органически соче-

тающие нормативное и индивидуальное регулирование. В некоторых институтах, характеризующих родоплеменную общественную организацию, можно увидеть контуры правосудной деятельности, при которой регулирование осуществляется по схеме: норма (обычай) плюс индивидуальное решение (решения родовых собраний, старейшин, «судов»). В этих условиях постепенно формируются прецеденты — решения конкретных дел, приобретающие в повторяющихся ситуациях значение образцов, своего рода предвестников прецедентного права.

Конечно, все это лишь нормативно-регулятивные предпосылки права, постепенно накапливающийся «строительный материал» регулятивной культуры, который позднее, при распаде первобытнообщинного строя, выполнил функцию одного из исходных элементов формирования правовых систем.

Но как бы то ни было, важно, что право при переходе общества к цивилизации возникло не вдруг, не на пустом месте: его появление в какой-то мере было подготовлено развитием системы социального регулирования первобытных обществ.

2. В результате самой логики развития, связанной с совершенствованием производящего хозяйства, с разделением труда, с резким повышением его производительности, со все большим включением в жизнь людей интеллекта, с рядом других процессов, общество из первобытного состояния перешло в *цивилизацию* — стадию воспроизводства общественной жизни, существования и функционирования человеческого сообщества, когда оно, как уже говорилось, развивается на своей собственной основе и способно «самоподдерживать» себя, противостоять энтропии, распаду, причем определяющим импульсом, доминантой в таком развитии является движение к свободе.

Цивилизация, охватывающая всю «видимую» эпоху человечества (в ней мы живем и сейчас), имеет длящуюся восходящую линию развития, которая, пусть с перерывами, отступлениями, подразделяется на несколько стадий. Можно говорить о начальных стадиях цивилизации, о высокой цивилизации и т.д. (в этом же плане правомерно употребление термина «цивилизация» для обозначения отдельных, по большей части самобытных ареалов развития общества той или иной эпохи). Но при этом нельзя упускать из поля зрения определяющий стержень в развитии цивилизации, который в связи с движением к свободе «выходит» на человека и определяет прирожденные

права человека, его высокое достоинство, возможность раскрытия и реализации его индивидуальности.

При этом среди многих внешних факторов, выражающих движение общества к свободе, представляется необходимым выделить два решающих первичных фактора, которые в конечном итоге через веерообразные последствия перевернули жизнь людей, в том числе вызвали глубокую революцию в социальном регулировании.

Эти факторы:

первый (материальный) — появление избыточного продукта в материальном производстве (примечательно, что, по тонкому замечанию Н.А. Бердяева, «избыточный продукт» в духовной жизни в период Просвещения тоже породил гигантские веерообразные последствия) и отсюда возможность и возрастание «вложений», осуществляемых в виде собственности в условиях экономической свободы и рынка, — основы саморазвития экономики;

второй (гуманитарный) — появление в обществе принципиально нового, гуманитарного начала — обособление отдельного человека от «целого», обретение им качества автономной личности, самостоятельного индивида с социально обусловленной необходимостью обеспечения его свободы и отсюда создание и развитие общественных форм, направленных на обеспечение свободы и самостоятельности личности в экономике (экономическая свобода) и общественно-политической жизни (утверждение народовластия, демократии).

Эти два первичных фактора глубоко, органично связаны с тем, что общество становится структурированным, прежде всего по признакам отношения к собственности, и в этом отношении классовым, «стратовым». Отсюда распад некогда монолитного «целого» — родоплеменного, первобытнообщинного строя, дифференциация и усложнение общественной жизни, нарастающие центробежные тенденции, что в свою очередь вызвало появление интегративных и вместе с тем еще более усложняющих жизнь структур, особого органа власти — государства, а также идеологии, прежде всего религиозной, выраженной в церковных учреждениях.

Указанные факторы и изменения приобретали еще большую остроту по мере развития и углубления процессов отчуждения, расширения и упрочения товарно-рыночных отношений, персонификации собственности, все большего домини-

рования частной собственности, получения классовыми отношениями самодовлеющего характера. Это придало соответствующие черты государству, идеологическим учреждениям и повлекло за собой глубокую революцию во всей системе социального регулирования, выраженную в постепенном «расщеплении мононорм»<sup>1</sup>, формирование на их базе относительно обособленной первобытной морали, корпоративных норм, а также (в связи и во взаимообусловленности с возникновением государства) особого нормативного институционального образования — права, юридического регулирования.

Приглядимся к этим процессам.

Три явления, касающиеся существовавшей в первобытных обществах системы социального регулирования, представляются здесь наиболее важными.

*Первое.* Это возникновение самостоятельной роли дозволения и ее возрастание. Если на начальных стадиях развития первобытного общества права отдельных членов коллектива и органов самоуправления представляли собой главным образом оборотную сторону обязанностей, были неотделимы от них, то по мере перехода от присваивающего к производящему хозяйству, по мере развития товарно-рыночных отношений, появления частной собственности, получения человеком самостоятельного социального статуса автономной личности все более самостоятельное значение обретают права, которые начинают выражать известную дозволенность того или иного поведения. И хотя по своей сути такого рода дозволенность оставалась по большей части (в основном в публичной сфере) правом сильного, оно все более обретало цивилизационные черты — сначала в виде кулачного права, затем — права власти.

Этнографические данные свидетельствуют о сложных, многоступенчатых процессах формирования дозволений — субъективных прав. Первоначально в области имущества они подчас носили характер права собственности родового ядра и права пользования ею общины, связывались с домохозяйствами, семьями. Интересно, что «в послеродовых общинах земледельческая продукция, как правило, потреблялась внутри хозяйств и отдельных семей, тогда как охотничья, а иногда и рыболовецкая добыча широко распределялась между всеми общинниками. В отношении первой, таким образом, действовали новые

<sup>1</sup> См.: *Периш А.И.* Проблемы нормативной этнографии. С. 213 и сл.

## II. Право в генезисе общества

нормы, выработанные в условиях развития производящего хозяйства, а в отношении второй — древние традиционные нормы, доставшиеся в наследство от предшествующей эпохи»<sup>1</sup>.

В рассматриваемых условиях на поздних стадиях развития первобытных обществ, когда происходит распад первобытно-общинного строя, система социального регулирования из преимущественно запретительной становится запретительно-дозволительной. В последующем же, в условиях цивилизации, развитие дозволений оказывается важнейшим, определяющим процессом в системе социального регулирования, который и придает этой системе черты, характерные для того или иного экономического, социально-политического строя.

При этом само развитие дозволений идет преимущественно в двух плоскостях: а) в плоскости политической власти, когда государство, иные субъекты политической власти становятся носителями властных функций, обретают право поступать по своему усмотрению; б) в плоскости дозволений для индивида, человека, автономных личностей, когда они имеют известную меру социальной свободы.

В отношении указанных начал в области дозволений («властно-императивных дозволений» и «автономных дозволений») — своего рода фокус всей последующей истории социального регулирования. Если в области первого из указанных начал («властно-императивных дозволений»), образующих своего рода первооснову публичного права, продолжает господствовать в оцивилизованном виде право сильного, то второе из указанных начал («автономные дозволения»), свойственное частному праву, все более связывается с прирожденными правами человека.

*Второе.* Это преобразование и изменение запретов в системе социального регулирования. Дело не только в том, что по мере разложения первобытнообщинного строя запреты преобразуются по содержанию (из средства, обеспечивающего сплоченность и единство коллектива, они все более превращаются в средство фиксации привилегий, неприкосновенности статуса тех или иных субъектов, их прав, что отражается на характере компенсационных и карательных санкций и многих других институтов).

<sup>1</sup> История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. С. 356.

Весьма существенно и то, что в связи с «расщеплением» мононорм запреты, являющиеся по своей природе непосредственно-социальными, естественными, в основном «уходят» в сферу морали, чаще всего в морально-религиозные нормы. А уже из области морали и религии они, вобрав в себя многое из этих сфер общественного сознания, воздействуют на общественную жизнь, а также — обратим внимание на этот момент — воспринимаются правом. Такой многоступенчатый, зигзагообразный путь развития запретов в условиях цивилизации еще более упрочил их общий характер (в указанном ранее смысле), продиктованный их изначальностью и вытекающей отсюда непререкаемостью, жесткостью, освятил их известными моральными идеалами и принципами, религиозными догмами и представлениями.

В связи с этим помимо всего иного становится ясным, почему повсеместно при формировании и развитии права в качестве ближайшего источника юридического регулирования выступали мораль и религия (и ключевую роль играли тут господствующие индивиды — носители господствующей морали и религиозных культов) и почему они постоянно представлялись как явления изначально более высокого ранга, чем право, нормы закона, хотя в действительности глубинный источник соответствующих нормативных положений нужно видеть в собственности, власти, идеологии, в других условиях жизнедеятельности людей в обществе, а господство морали, опирающееся на власть и идеологии, выражало доминирование традиционных начал в общественной жизни.

*Третье.* Это повышение удельного веса и изменение характера позитивного обязывания, обязывания властно-императивного характера, исходящего от органов и должностных лиц, обладающих властью. В связи с переходом первобытного общества от присваивающего к производящему хозяйству, развитием земледелия, скотоводства, ремесла оказалось необходимым в большей мере использовать не только дозволения, выраженные в правах субъектов, но и такой компонент социального регулирования, как позитивное обязывание, вводящее активное поведение субъектов в строго определенное русло. В условиях цивилизации удельный вес позитивного обязывания возрос настолько и его характер изменился так, что оно вслед за запретами и дозволениями заняло видное место в системе социального регулирования.

Вместе с тем вряд ли было бы правильным видеть в позитивных обязываниях, обусловленных организацией земледелия, скотоводства и ремесла, чуть ли не главный качественный сдвиг в системе социального регулирования, характеризующийся, в частности, возникновением права. Ведь позитивное связывание может существовать (и долгое время в первобытных обществах существовало) в рамках табу. Для системы же социального регулирования в условиях цивилизации наиболее примечательным стало изменение характера позитивного обязывания: оно приобрело властно-императивные черты, что и повлекло возрастание его удельного веса. А это значит, что оно стало строиться на той властно-императивной дозволенности, которая присуща государственной власти.

И все же отмеченные три явления характеризуют крупные переломы в системе социального регулирования при переходе общества в условия цивилизации не сами по себе.

Пожалуй, только первый из приведенных моментов (приобретение дозволениями самостоятельной роли и ее возрастание) достоин повышенного внимания. Ибо как раз во взаимосвязи с ним должно быть отмечено самое значительное явление — возникновение права как институционального нормативного образования. Значение этого факта состоит не только в том, что появился новый вид социальных норм — юридические нормы. *Возникновение права знаменует крупный качественный сдвиг — второй по своему значению в истории регулятивной культуры после появления нормативного социального регулирования вообще.*

3. Исходный пункт при характеристике возникновения права состоит в том, что в эпоху цивилизации потребовался принципиально новый социальный регулятор, который смог бы выполнить по крайней мере две задачи.

*Первая* — в обстановке этнических, классовых, религиозных и иных столкновений, усложнения всей общественной жизни, порожденных по своему источнику материальным фактором — появлением избыточного продукта, а вслед за тем частной собственности, необходимо было обеспечить функционирование общества как сложной и динамичной системы, целостного организма несравненно более высокого порядка, чем первобытное общество. И притом такое функционирование, которое опосредует глубинные (нормативные) начала общества, его движение к свободе.



Судя по всему, здесь непосредственно существенную роль сыграли потребности экономических отношений, складывающихся в условиях частной собственности, экономической свободы и рынка. Именно потребность закрепить, сделать неизменной собственностью, а распоряжение ею беспрепятственным, утвердить экономический статус товаровладельцев, необходимость обеспечить для них устойчивые и гарантированные экономические связи, постоянные, прочные и обязательные для всех предпосылки хозяйственной, коммерческой деятельности, надежные и стабильные условия для самостоятельности, активности, инициативного действия явились исходным источником многих важнейших свойств юридической формы общественного регулирования: общеобязательной нормативности, формальной определенности, действия через субъективные права и обязанности и др. И хотя в литературе советского периода при характеристике данной стороны зависимости права от условий социальной жизни допущены преувеличения (отдельные правоведы сам феномен права целиком связывают с обменными отношениями<sup>1</sup> либо с «владением», с «вещными отношениями»), в особенностях и свойствах права, получивших потом относительно самостоятельное развитие, довольно явно ощущается «дыхание» экономических отношений, товарного производства и рынка.

Вторая задача. В условиях цивилизации оказалось необходимым сделать реальностью, утвердить в обществе основополагающие гуманитарные начала в жизни людей, обусловленные самой природой общества, естественно-правовыми требованиями, прежде всего закрепить и обеспечить прирожденные человеческие права, естественно-правовое требование свободы личности, надлежащий статус автономной личности, индивидуальную свободу (которая в экономических отношениях «выходит» на право собственности, рыночную свободу, свободу договоров, а в социально-политической сфере — народовластие, личные, политические и социальные права и свободы).

Выполнить такого рода задачи было не под силу ранее существовавшим регуляторам — ни мононормам, ни формирующимся в результате их «расщепления» моральным, корпоративным и иным социальным нормам. Потому-то здесь и потре-

<sup>1</sup> См.: *Пашуканис Е.Б.* Общая теория права и марксизм. М., 1927.

бовался принципиально новый, несравненно более мощный и стабильный регулятор, который обладал бы значительным потенциалом регулятивной энергии и в то же время был бы ориентирован на свободу человека, на его права, а значит, был бы способен закрепить все более выдвигающийся вперед элемент нормативного регулирования — дозволения, субъективные права — и придать им реальное значение.

Возникновение этого социального регулятора, получившего (в силу его «ориентации» на право, на дозволения) название «право», связано с формированием государственной власти, ее институционального выражения — государства.

В советской науке, придерживавшейся узкоклассовой, этатической трактовки права, его возникновение напрямую объяснялось классовым фактором — тем, что право потребовалось как орудие в руках всемогущего государства для обеспечения политической диктатуры господствующего класса.

А ведь соотношение между классовым фактором и рассматриваемыми институтами — правом и государством — является куда более сложным.

Оставляя ряд моментов этого соотношения для последующего разбора, отметим пока один из наиболее существенных. Возникновение права непосредственно обусловлено подробностями самого общества, вступившего в эпоху цивилизации, прежде всего требованиями обеспечения его целостности, товарно-рыночной экономики, гуманитарными началами. А вот обретение этим принципиально новым регулятором необходимых свойств, позволяющих ему быть мощной силой, способной решать новые сложные задачи, да притом так, чтобы этот регулятор был «развернут» на права, — такое обретение невозможно без государства, без взаимодействия с ним.

Роль государства в рассматриваемом отношении состоит в том, что действие формирующихся юридических норм поддерживается государственным аппаратом, его органами — судом, учреждениями надзора, исполнительными органами и др., И это касается всех юридических норм — и тех, которые прямо исходят от государства, издаются его органами и должностными лицами, и тех, которые складываются спонтанно, через обычаи, в деловой договорной практике (частное право). Но все же главное, думается, заключается в том, что путем такой государственной поддержки, а еще более путем санкционирования нормативных положений или прямого издания законов, иных

актов государство *внешне объективирует* нормативные положения, придает им и всему арсеналу правовых средств качество *институционального нормативного образования* — объективного (позитивного) права, и тем самым *официальное, «всеобщее», общеобязательное* значение.

В этом отношении есть ключевой момент, наглядно свидетельствующий о возникновении права, — это появление в сфере официальной государственной жизни писаных норм<sup>1</sup> (точнее, писаных источников права и формально-определенных норм), закрепляющих права и обязанности, поддерживаемых государственным принуждением и способных быть носителями интеллектуального содержания (обстоятельство, по-видимому, сопряженное с возникновением у государства способности монопольно устанавливать общеобязательные нормы, приобретающие свойства юридических).

Именно этот момент, свидетельствующий о том, что позитивное право — это писаное право, выражает отрыв регулирования от естественно-необходимых, природных связей и формирование внешне объективированного институционального нормативного образования с набором строго определенных, особых свойств (нормативностью, формальной определенностью, государственной обеспеченностью, действием через права и обязанности, системностью).

По своей природе возникновение права представляет собой одно из проявлений социального отчуждения (степень, содержание и характер которого, разумеется, зависят от уровня развития права, социальной системы, экономических, социально-политических и иных отношений). Однако это такое проявление, при котором сам факт возникновения права в виде пи-

<sup>1</sup> Это положение согласуется с высказанным в литературе предположением о том, что «становление собственно права начинается с агрокалендарей в раннеземледельческих обществах» (Венгеров А.Б., Варбагиева Н.С. Нормативная система и эффективность общественного производства. М., 1985. С. 274). К сожалению, однако, авторы не связали это и ряд других интересных положений с общей характеристикой закономерностей социального регулирования и возникновения права. Этим, по-видимому, можно объяснить то преувеличенно большое значение, которое авторы придали позитивным связываниям, полагая, в частности, что именно они выражают возникновение права (там же. С. 263). Здесь авторы не учли ряд уже имеющихся в литературе разработок. В рассматриваемом отношении представляется более убедительной позиция Л.С. Явича, связывающего с юридическим регулированием прежде всего дозволения (см.: Явич Л.С. Право и социализм. С. 13).

саного права (институционального нормативного образования) и наращивание его регулятивной энергии оказались возможными именно потому, что подобное отчуждение произошло.

Затрагивая проблему отчуждения в связи с возникновением права, не упустим из поля зрения главное. Феномен права оказался необходимым потому, что поначалу нормальные отношения — классовые, этнические и другие — приобрели в результате отчуждения антагонистический, во многом самодовлеющий характер, и именно это потребовало формирования мощной социальной силы, особого нормативного институционального образования, каковым и стало позитивное право.

4. Формирование права — длительный исторический процесс, который прошел ряд этапов, осложненных особенностями соответствующих конкретно-исторических цивилизаций, спецификой развития народа, народности, науки в той или иной стране.

Характеризуя возникновение правовых систем на начальных стадиях цивилизации, необходимо отметить следующее.

Исходным звеном в сложном процессе формирования правовых систем явилось так или иначе идеологизированное выражение естественного права — права в непосредственно социальном смысле, т.е. социально оправданной свободы поведения участников общественных отношений, в том виде, в каком она предстает в качестве своего рода интуитивно усваиваемого субъектами принципа, идеи правового и неправового и с этой точки зрения элемента первичного правосознания. Вот почему история развития правовых систем свидетельствует о том, что повсеместно с закономерной необходимостью еще в условиях перехода от позднеродового к раннеклассовому обществу поначалу утверждается кулачное право как своеобразная модификация права сильного и лишь затем наступает период господства казуального (прецедентного) и обычного права, фиксируемый в письменных источниках<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Некоторые ученые считают, что в право (особенно в процессе формирования правовых систем) могут непосредственно внедряться субъективные права или правоотношения, спонтанно рождаемые экономикой, другими сферами социальной жизни. Подобную точку зрения высказал, в частности, Л.С. Явич (см.: Явич Л.С. Общая теория права Л, 1976. С 76 — 82)

Эта идея в своей основе имеет конструктивные моменты, особенно в сфере частного права, где правовые реалии напрямую воспринимают естественно-правовые требования свободы личности и во многом формируются волей участ-

Важнейшим же этапом, реально выражающим формирование права в виде самостоятельного институционального нормативного образования, является весьма специфическая стадия его становления, которую условно можно назвать предысторией права. Здесь, в отличие от предправового социального регулирования, право уже есть, уже выступает по большей части в качестве писаного, существует в виде внешне объективированного социального института. Вместе с тем именно в условиях раннерабовладельческого, раннефеодального, с экономической стороны главным образом раннеземледельческого общества может быть зафиксирована такая стадия формирования нормативно-правового регулирования, которая по своим технико-юридическим чертам в принципе повсеместно одинакова, содержит в потенции, в зародыше исходные элементы для развития права в различных специально-юридических направлениях и потому является своего рода его предысторией.

Правовое развитие здесь как бы остановилось, замерло где-то на полпути от казуистического (создаваемого конкретными индивидуальными решениями) и обычного права к писаному праву, создаваемому правотворческими решениями законодателя.

Предыстория права характеризуется по крайней мере двумя взаимосвязанными чертами:

во-первых, тем, что юридическое регулирование еще недостаточно отдифференцировано от социального регулирования в целом, от иных, неюридических его разновидностей (морального, морально-корпоративного, религиозного и др.);

во-вторых, тем, что элементарными, примитивными являются нормативные обобщения; они представляют собой по большей части государственно-нормативное выражение индивидуального решения или признанного и защищаемого государством обычая.

ников общественных отношений. Но такой подход в какой-то мере все же упрощает реальный процесс формирования права. И дело не только в том, что здесь не учитываются те сложные, многозвенные пути и этапы правообразования, но и в том, что «спонтанно рождаемое право» в конечном итоге приобретает значение юридического феномена тогда, когда освящено государственной властью, санкционировано ею, так или иначе выражено в письменных актах нормативного или индивидуального характера, что и «включает» его в право как нормативное институциональное образование.

В этом смысле первые письменные памятники права древнейших цивилизаций (законы Ману, Законы XII таблиц, хетские законы и др.) и средневековья (Салическая Правда, Русская Правда и т.д.) по своим технико-юридическим характеристикам удивительно схожи. Все они — компиляции, состоящие главным образом из трех основных элементов: 1) решений конкретных дел, которым в той или иной степени придано нормативное значение (т.е. прецедентов); 2) господствующих обычаев, нередко также отражавших сложившиеся образцы индивидуальных решений; 3) некоторых прямых правотворческих постановлений.

Позднее, в ходе экономического, политического, культурного развития общества в условиях цивилизации, тот или иной элемент специально-юридического содержания права приобретает доминирующее значение, становится основой последующего прогресса. И тогда начинается специфическая история права, формирование и развитие национальных правовых систем и их семей.

Именно так, мало-помалу, накапливаются особенности права как писаного права — институционального нормативного феномена, и оно все более раскрывает присущие ему свойства и потенции. Впрочем, здесь тоже вряд ли можно и исторически, и логически назвать какой-то момент, когда указанный процесс можно было бы признать законченным: история формирования и развития права — это история (идущая зигзагообразно, с перерывами, характеризующаяся противоречивыми тенденциями, а иногда и движением вспять) все большего насыщения рассматриваемого социального феномена специфическими свойствами, развертывания заложенных в нем регулятивных и гуманитарных потенций, всего того, что может быть отнесено к нормативно-регулятивной культуре, к правовому прогрессу.

При этом нужно уже сейчас отметить то существенное обстоятельство (о котором дальше будет сказано подробнее), что с первых же фаз своего бытия право сложилось и стало развиваться в двух самостоятельных (хотя и взаимодействующих) сферах — в виде *публичного* и частного права. И та и другая сферы представляют собой различные, в чем-то даже несопоставимые феномены, особые «правовые миры».

5. И — одна терминологическая констатация. Ранее уже отмечалось многосмысловое значение слова «право»; существующие здесь смысловые оттенки будут рассмотрены и в после-

дующем. Сейчас же важно зафиксировать то значение слова «право», которое будет использовано до тех пор, пока мы не подойдем к более подробным характеристикам. Здесь и дальше под термином «право» понимается *писаное право* — институционное нормативное образование, т.е. явление, близкое (но не тождественное) закону. В этом же значении употребляется выражение «правовая (юридическая) система», под которой опять-таки понимается писаное право со всей характерной для него инфраструктурой (включая соответствующую юридическую практику и правовую идеологию). После того как социальное регулирование обрело качество нормативности, возникновение писаного права стало важнейшей вехой, существенным поворотным пунктом в развитии социального регулирования.

Правда, оценка возникновения права не может быть сведена к какому-либо одному положению.

Очевидны известные негативные стороны возникшего социального феномена. Право безусловно является продуктом социального отчуждения. В жизни общества появилось внешнее, оторванное от непосредственного бытия людей, от их деятельности институционное образование, мощная социальная сила, выраженная в виде формализованно-документальных источников, которая при авторитарных режимах и при некоторых иных негативных условиях может быть направлена и против человека, против прогресса. С учетом этого обстоятельства, да и вообще с точки зрения простых, элементарных нравственных норм, а тем более современных моральных представлений, переход от первобытных обычаев к праву может быть с определенных позиций охарактеризован как некоторый «шаг назад» — шаг к более жестким, грубым, порой даже и бесчеловечным средствам воздействия на людей, господства над ними.

Но все же право, представляя собой явление противоречивое, выражает прежде всего значительное продвижение по пути прогресса человечества: оно стало неотъемлемым элементом цивилизации, носителем ее качеств и тенденций.

Так, если не изображать социальное регулирование первобытного общества в идиллическом виде, то возникновение права по существенным моментам представляло собой прогрессивный сдвиг, свидетельствовало об утверждении свободы и связанной с ней ответственности в обществе. Одновременно с этим возникновение права как социального феномена — гигантский шаг вперед в обеспечении эффективного экономического и ра-

ционального социального регулирования в эпоху цивилизации, в создании условий для развертывания социальной активности участников общественных отношений. По своему значению для социального прогресса это «изобретение» человечества (позитивный потенциал которого, надо думать, еще в полной мере не раскрылся) имеет этапное, глобально-историческое значение — значение одной из социальных систем, способных обеспечить, будем надеяться, преодоление отчуждения человека от истинно человеческих условий его существования и жизнедеятельности.

6. Возникнув, право заняло центральное место (или во всяком случае одно из центральных мест) в системе социального регулирования общества.

По своим свойствам и регулятивным качествам, по заложенной в нем социальной энергии право приобрело значение главного регулятора, при помощи которого решаются коренные вопросы и задачи социального развития общества. Более того, возникновение права привело к своего рода перевороту, качественному скачку во всей инфраструктуре социального регулирования.

Именно в праве воплощаются, реализуются и завершаются те процессы в инфраструктуре социального регулирования, которые происходят при разложении первобытнообщинного строя.

Так, запреты — и об этом уже говорилось — стали во многих случаях моральными началами и уже как моральные начала, притом трансформируемые и государственной властью, выразились в юридических нормах, обеспечиваемых принудительной силой государства, комплексом мощных юридических санкций.

Резко расширившиеся по объему позитивные обязывания (связанные с финансово-налоговыми вопросами, военной службой и т.д.) тоже в основном охватываются теперь правом, являются прямым продуктом государства и проводятся в жизнь государственной властью через юридические механизмы.

Что же касается дозволений, в особенности в области собственности, прав отдельных людей, граждан, то они, непосредственно выражая экономические и политические требования общества, нашли в праве преимущественную, органичную форму опосредования. Если запреты, как показывает история регулятивной культуры первобытных обществ, в достаточной



мере могли быть «опредмечены» и получить гарантию в системе табу, то в отношении дозволений последняя совершенно бессильна. Именно этим, надо полагать, можно объяснить, что происхождение и судьба права и дозволений, оправдывая существующее здесь терминологическое сходство, находятся в тесном единении.

Так что, как это ни покажется неожиданным на первый взгляд, к праву — специфическому своеобразному регулятору — ближайшим образом относятся не запреты, обязанности и ответственность (как принято считать), а именно дозволения, выражающие социальную свободу, социальную активность людей, т.е. явления, по «номенклатуре» социальных ценностей куда более высокие и значимые, чем запреты и тем более принудительные меры воздействия. И это объясняется тем, что право как раз такой по своим свойствам социальный регулятор, который в принципе способен четко и точно закрепить дозволения, поставить их в необходимые рамки и гарантировать их реальность, их фактическое осуществление надлежащими обеспечивающими средствами. Вот и оказывается, что специфика социальных явлений точно соответствует исторически сложившейся терминологии: право потому и «право», что оно «говорит о правах», является устойчивым государственно-властным критерием юридически дозволенного, а отсюда и недозволенного в поведении людей со всеми вытекающими отсюда правовыми институтами, правовыми средствами и механизмами.

Конечно, во всякой национальной правовой системе есть и запреты, и позитивные обязывания, и дозволения; более того, в зависимости от конкретных экономических, социально-политических условий, в особенности в обстановке авторитарных, антидемократических политических режимов, в правовой системе по объему охватываемого ею нормативного материала и его фактическому действию на первый план нередко выступают юридические запреты, меры юридической ответственности, иные принудительные государственно-властные средства воздействия.

Но в том-то и состоит своеобразие национальных правовых систем (зависящее от особенностей идеальной и реальной инфраструктуры социального регулирования), что характер и уровень свойственного им специфически правового содержания адекватны их природе. Да к тому же в той мере, в какой

запреты и позитивные связывания реализуются через право, они неизбежно приобретают специфически правовую окраску, так или иначе опосредуются через юридические дозволения, через права

Все это, думается, подтверждает предположение о том, что общество нуждается не только в строго определенной мере социального регулирования вообще, но и в строго определенной мере («не больше — не меньше») именно права, правового регулирования. И уровень этой меры обусловлен как объективной необходимостью организованности, упорядоченности, стабильности общественных отношений, так и в не меньшей степени объективной потребностью реализации основного позитивного компонента общественной жизни в условиях цивилизации — гуманитарно-духовных начал и идеалов, социальной свободы, автономии личности, активности людей, обеспечения возможностей для их проявления и функционирования.

И вот тут следует сказать еще об одной особенности развития всей нормативной системы в связи с существованием права, о ее центральном, в чем-то уникальном положении во всей инфраструктуре социального регулирования. Как и в любой системе, «нехватка» одного из ее элементов (в данном случае — права), по всей видимости, в каких-то пределах может компенсироваться более интенсивным развитием других элементов системы, в частности нравственных норм или норм-обычаев, традиций, норм негосударственных общественных образований (корпоративных норм, религиозно-корпоративных).

Но все же «нехватка» права таким путем не устраняется, напротив, регулирование в этом случае может усложниться, утратить изначальные ориентиры и связь с прогрессом — и тогда возможна деформация всей системы социального нормативного регулирования, ее однобокое, негармоничное развитие.

Вот почему — об этом свидетельствует наша собственная история (как и история других стран) — требование необходимой меры права, обусловленной данным уровнем цивилизации, в конечном счете пробивает себе дорогу, так или иначе проявляется даже в самых сложных, неблагоприятных экономических, социально-политических условиях. Ранее применительно к отечественному праву этот момент уже был отмечен; к нему мы еще вернемся и в последующем изложении.

## Глава третья Цивилизация и право

### I. Право — явление цивилизации и культуры

1. Возникнув как институт цивилизации в соответствии с ее требованиями, как один из ее первых «блоков», право стало носителем этих требований, механизмом претворения их в жизнь, обеспечивающим «самоподдержание» общества.

В эпоху цивилизации общество в значительной степени оторвалось от жесткого «слепого», безвариантного диктата природы и, опираясь на собственную основу, на культуру как на область возрастающего и объективируемого творчества, само дерзко «двинулось вперед», наращивая темп развития, по сложным, неизведанным, непредсказуемым путям прогресса. Новые общественные силы, которые сложились в условиях цивилизации, — не только и не столько факторы и силы разрушения прошлого (хотя такое значение нельзя упускать из виду), сколько импульсы саморазвития, стимулы творческих созидательных начал, активности, наращивания самооценности человека, и главное — реализации и обеспечения свободы для высшего творения Природы — человека. Сообразно этому свобода и гуманизм, движение к ним стали выражением и главным показателем прогресса человечества.

Сказанное подводит к выводу о том, что для общества в эпоху цивилизации характерны такие регулятивные *механизмы*, которые образуют новую, «цивилизационную» инфраструктуру социального регулирования. Основным, центральным ее элементом и стало право.

2. В советской юридической науке в качестве исходного при понимании права рассматривалось высказывание К. Маркса и Ф. Энгельса из «Манифеста Коммунистической партии», сформулированное в виде обращения к классу буржуазии: «Ваше право есть лишь возведенная в закон воля вашего класса, воля, содержание которой определяется материальными условиями жизни вашего класса». Несмотря на то (а точнее — благодаря тому) что в этом высказывании, и не претендовавшем на строго научное обобщение, сильны публицистические, партийно-пристрастные акценты, ему в советской правовой доктрине был придан всеобщий и императивный характер. Именно это вы-

оказывание лежало в основе классовой, директивно-императивной трактовки права в советской правовой науке, и именно оно придавало пониманию права узкоклассовую, этатическую направленность, тоталитарный оттенок, вполне согласующийся с доктриной и практикой сталинского тоталитарного режима.

Действительно, в определенном смысле право может быть охарактеризовано как классовый феномен, хотя по исходным пунктам совершенно иначе, нежели это вытекает из ортодоксальной марксистско-ленинской трактовки.

Если не упрощать проблему и не сводить ее к классовому господству, то классовое строение есть одна из существенных, и притом естественных, необходимых, характеристик структурированности общества, вступившего в эпоху цивилизации. В классовом строении выражаются расстановка и соотношение общественных групп, слоев населения страны (или даже в международном плане) по ряду коренных признаков функционирования общества и жизнедеятельности людей, в первую очередь по их отношению к собственности. Классовое строение дает возможность не только увидеть глубинный срез общества как саморегулирующейся системы, но и выявить движущие силы общественного развития, прогресса общества, взаимодействующие между собой. В результате нарастающих процессов отчуждения классовые отношения приобретают антагонистичный, во многом самодовлеющий характер, выливаются в острую борьбу за власть; тогда классовые отношения, преимущественно через государство, партии, иные звенья политической системы, начинают нести немалый заряд негативного — того, что осложняет, деформирует естественное общественное развитие, делает его еще более чуждым человеку.

В чем же состоит связь права с классовым строением общества, со всеми его неизбежными последствиями? Тут могут быть отмечены две основные позиции, характеризующие право как известный противовес негативным явлениям, обусловленным классовыми отношениями.

Во-первых, классы, их взаимодействие, сотрудничество и борьба создали в обществе принципиально новую социальную ситуацию: на первый план, в особенности в обстановке антагонистических, самодовлеющих классовых отношений, выдвинулись классовые столкновения, конфликты, противоборства, жестокая борьба за власть. И это расширяет и ожесточает «кон-

фронтационное поле» жизни людей, в том числе этнические, групповые, личностные взаимоотношения. Общественные связи, объединяющие сообщество людей, стали испытываться «на разрыв». Потребовался своего рода противовес — формирование общественной силы, притом мощной силы, которая по своим исходным свойствам была бы направлена на то, чтобы обеспечивать всеобщее упорядочение общественных отношений, их умиротворение, гарантировать стабильность и устойчивость общественных связей, введение в необходимые рамки поведения людей, справедливое и разумное решение конфликтов. Таким противовесом и стало право.

Во-вторых, право выступило в качестве противовеса и в отношении наиболее могущественного образования, способного при известных условиях (неразвитость политических отношений, несовершенство демократических институтов) быть мощной классовой силой, — государства. Предназначенное по своей сути, как и право, для того, чтобы обеспечивать функционирование общества как целостной системы, государство при упомянутых условиях играет негативную роль, противостоять которой в принципе может достаточно развитое право.

3. Исконная *природа права*, при всей важности для него самого факта деления общества на классы, классовых отношений состоит в том, что оно представляет собой *позитивное высокозначимое явление цивилизации*.

При этом право как явление цивилизации характеризуется тем, что оно призвано быть носителем высших начал, основополагающих ценностей цивилизации, реализовать историческое предназначение общества, связанное с утверждением в нем высоких гуманитарных начал, с принципами и идеалами свободы. В этой плоскости право призвано внести в остросложную социальную ситуацию, вызванную классовой, политической борьбой, этническими, групповыми и иными столкновениями, личностными конфликтами, постоянные и твердые (определенные, обеспеченные, гарантированные) *нормативные начала*, построенные на принципах гражданского мира, умиротворения, согласия, соглашения, учета различных интересов, взаимных скоординированных уступок.

С древнейших времен, с самых первых памятников права — законов, уставов, сборников обычаев и судебных решений, других юридических документов — сквозь вязь противоречивых элементов, когда правовую ткань порой разрывают классовые

## I. Право — явление цивилизации и культуры

интересы, политические страсти, а то и своеволие, произвол правителя-законотворца, в ней неизменно проступает исконное (что находит выражение в самом факте введения и поддержания общеобязательных норм, юридических процедур, одинаковых для всего населения решений) — нацеленность на установление единого, стабильного, целесообразного порядка поведения людей, разумного решения конфликтов, на учет интересов лиц, участвующих в различных отношениях, защищенность и гарантированность их прав.

Внимательный анализ обнаруживает в юридических документах, прежде всего в памятниках права, стремление утвердить в жизни справедливость (охватывающую истину и правду; не случайно поэтому многие памятники права так и назывались — «правды»), мудрость (видимо, оправданно то, что многие служители права, правосудия зачастую слыли мудрецами), реализм и жизненность (и потому юридическое регулирование проникает во все сложности жизни, касается деталей и подробностей человеческих отношений, стремится учесть всевозможные жизненные интересы).

Даже в древнейших законодательных документах порой встречаются обобщающие формулировки, затрагивающие сами основы права. Вот как, например, обосновывалось издание Сборника законов царя Хаммурапи (XVIII в. до н. э.): «Для того, чтобы дать сиять справедливости в стране, чтобы погубить беззаконных и злых, чтобы сильному не притеснять слабого». В древнеиндийских законах Ману говорилось: «Если бы царь не налагал неустанно наказание на заслуживающих его, более сильные изжарили бы слабых, как рыбу на вертеле».

Видимо, тут присутствует в какой-то мере и лицемерие, то, что иные называют красивой фразой или двойной моралью, но весьма знаменательно, что подобные слова приводятся все же в законах, в положениях, обосновывающих их издание. Законы так или иначе соотносились с господствующим общественным мнением, с господствующими представлениями. Вспомним, что говорили древние римляне: право — это искусство добра и справедливости.

Вполне закономерно, что в условиях, когда (уже в новейшей истории, XVI—XX вв.) демократия, общее движение к свободе, к гуманизму получили всеохватывающее глобальное развитие, произошел и своего рода взлет права. Оно по самой своей природе было приурочено к восприятию всеобщего

движения к свободе, общечеловеческих ценностей, прав челе века, к тому, чтобы быть их выражением и носителем.

В более широком плане можно сказать о том, что историческое предназначение права, его способность быть воплощением и гарантом свободы и высокой организованности свидетельствуют о наличии в нем значительных потенциальных резервов, причем таких, которые первостепенны для утверждения и развития в обществе демократии, гуманизма, социального прогресса. Эти резервы, можно предположить, сыграют свою позитивную роль в решении сложных проблем настоящего и будущего человечества, в том числе и таких трудных, которые ныне стоят перед нами в нашей охваченной кризисом стране.

Позитивная сторона широкой трактовки права, наиболее основательно связывающая само его понимание с принципами, ценностями и идеалами социальной свободы<sup>1</sup>, заключается как раз в том, что указанная трактовка ориентирована на демократию, гуманизм, социальный прогресс. И то обстоятельство, что при этом упускаются из поля зрения другие важнейшие социальные основы и черты права, прежде всего его особенности как юридического явления, его институционность, само по себе не должно затенять указанную позитивную сторону широкой, этико-философской трактовки права.

Итак, изначальное, исконное назначение права заключается в том, чтобы сообщить нормативность доминирующим началам цивилизации — упорядоченности социальной жизни и свободе человека как автономной личности и гарантировать их реальность. Причем сделать это как в нормальном, так и конфликтном сценарии, с расчетом, в частности, на ситуации, когда происходит «сшибка» классовых интересов и политических действий. Да и само соединение упомянутых начал, в чем-то разноплоскостных (упорядоченность далеко не всегда совпадает со свободой человека, ее проявлениями), как раз и характеризует специфические черты правовой материи, отличающейся прежде всего юридическими дозволениями (в их соотношении с юридическими запретами), сложными сочетаниями

<sup>1</sup> Широкая трактовка права (о которой дальше еще пойдет речь) обосновывалась рядом советских правоведов (В. С. Нерсесянцем, В. А. Тумановым, В. Е. Гулиевым и др.). В одной из своих работ В. С. Нерсесянц назвал право «математикой свободы» (см.: Вопросы философии. 1990. № 3. С. 48).

правового статуса субъектов, субъективных прав и обязанностей, мер защиты и юридической ответственности. Впрочем, более подробная характеристика правовой материи будет дана в следующих главах.

4. Именно в связи с тем, что право представляет собой явление цивилизации, выражающее ее глубинные требования, основополагающие ценности, может быть обрисован своего рода «образ права», его идеал, ориентированный на такого рода требования, ценности.

Именно в таком направлении строятся, надо полагать, теоретические разработки, выраженные, в частности, в упомянутых широких трактовках права, в ряде других научных подходов, философских и правоведческих.

Например, по мнению Л.С. Мамута, признаками права, наряду с притязательно-обязательным характером, являются равенство, справедливость, свобода<sup>1</sup>.

В.О. Мушинский с опорой на гегелевские определения предлагает понимать право как исторически обусловленное человеческой свободой динамическое равновесие между личным интересом и общественной необходимостью<sup>2</sup>. Еще один из авторов полагает, что юридические нормы — это правила, отмеряющие «зону» свободы поведения людей<sup>3</sup>.

Сейчас — и это является своего рода знаменем времени — на первое место при определении права выдвигается его качество как «средства общественного компромисса, орудия снятия общественных противоречий, механизма управления общественными делами»<sup>4</sup>, «идеи человеческой справедливости и свободы»<sup>5</sup>.

В таком же направлении строятся разработки в философской литературе. Развивая классические философские концепции, кантианское понимание права, Э. М. Соловьев видит суть

<sup>1</sup> См.: Мамут Л. С. Анализ правогеиза и правопонимания. Историческое в теории права. Тарту, 1989. С. 18—20.

<sup>2</sup> См.: Мушинский В. О. Правовое государство и правопонимание // Сов. государство и право 1990. № 2. С. 24.

<sup>3</sup> См.: Разумович Н. Б. Источники и формы права // Сов. государство и право. 1988. № 4. С. 21.

<sup>4</sup> Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. С. 48.

<sup>5</sup> Общая теория права. Курс лекций (под ред. В. К. Бабаева). Нижний Новгород, 1993. С. 111.



данных концепций в том, что «право для философов-классиков — это мораль, регламентирующая правителя», и считает, что право призвано обеспечивать «совместное гражданско-политическое существование людей на началах личной свободы и при минимуме карательного насилия»<sup>1</sup>. И далее: «Правового регулирования в строгом смысле слова («право по понятию») просто нет там, где отсутствуют права человека, законодательные запреты на сословные привилегии и на их социальные аналоги... и, наконец, законодательные гарантии активного гражданства. Если в действующем законодательстве недостает хотя бы одного из важнейших признаков автономии (свободы), его уже нельзя считать строго правовым».

5. Суть феномена права как явления, выражающего требования цивилизации, не исчерпывается только тем, что оно, право, нормативно объективирует и реализует эти требования. Право есть также явление культуры как сферы творчества, его аккумуляции, самовозрастания.

В чем это выражается? Прежде всего в том, что право в специфическом виде отражает жизнь во всех ее сложных проявлениях, причем в проявлениях чрезвычайно широкого диапазона — от главных и глубинных пластов жизни (экономической организации общества, структуры политической власти и др.) до самых что ни на есть прозаических, житейских, семейных, бытовых вопросов.

При этом юридические нормы ориентируются на основы качественного состояния общества, говорят о том, каковы должны быть поступки людей. Они призваны наперед регламентировать поведение людей, определять, что можно, а что нельзя, плюс к тому с таким расчетом, чтобы разрешались всевозможные конфликты, столкновения интересов. В этом и состоит удивительное своеобразие законодательных положений как явления культуры.

Недаром законы прошлых эпох, скажем, Законы XII таблиц, законы Ману, Русская Правда, Кодекс Наполеона, являются своего рода окошками в прошедшие времена, позволяют уви-

<sup>1</sup> Вопросы философии. 1989. № 8. С. 69—90; 1990. № 6. С. 3—7. По мнению автора, «простым расчленением понятия свободы как признанной автономии личности Кант достигает единого и связного представления о трех важных типах норм.. Это (1) права человека, (2) законодательные гарантии сословного равенства, (3) демократические права или права активного гражданства» (Вопросы философии. 1990. № 6. С. 6).

деть существовавшие тогда отношения, нравы, конфликты словом, наглядно и зримо увидеть прошлое<sup>1</sup>.

Именно потому, что в юридических нормах отражается жизнь людей, да притом под углом зрения возможных конфликтов, юридическая наука — юриспруденция всегда была тесно связана с искусством, с литературой, с театром. В Древней Греции юридические проблемы, конфликты между свободой и деспотизмом прямо воплощались в трагедиях Эсхила и Софокла и выносились на сцену древнегреческого театра, столь авторитетного и широко посещаемого в то время.

Таким образом, поскольку реализация права — юридическая практика выявляет и концентрирует острые жизненные конфликты и проблемы, она, как и право, имеет культурную ценность<sup>2</sup>.

Но дело не только в этом.

Быть может, именно через право воплощается главное, в чем выражается предназначение культуры, — потенциал накопленных духовных богатств творчества, призванных и способных оградить и защитить человека от непреклонных демонических сил природы и общества. Культурный потенциал права коренится в особенностях правовой материи. В частности, в том, что действующее позитивное право, право как институциональное образование — это право писаное и что право-

<sup>1</sup> Цицерон видел в законах кладезь мудрости. Он говорил, что можно найти «как во всем гражданском праве вообще, так и в книгах понтификов, и в XII таблицах в частности, многообразную картину нашей древности». Устами Красса он утверждал, что «для всякого, кто ищет основ и источников права, одна книжица XII таблиц весом своего авторитета и обилием пользы воистину превосходит все библиотеки всех философов» (Три трактата об ораторском искусстве. М., 1972. С. 112, 113).

<sup>2</sup> Весьма показательно, что история права и история искусства на первых порах как бы сливаются. Исторические факты свидетельствуют, что в таких очагах цивилизации, как Древняя Греция и Древний Рим, судебное красноречие было одной из главных разновидностей риторики, которая, в свою очередь, являлась важнейшей областью духовной жизни — источником и фактором развития литературной речи. Цицерон в своих трактатах об ораторском искусстве, которые ныне признаются одним из первых опытов теории словесности, указывает на право и на судебную речь как на основу риторики. Устами одного из персонажей «Трактатов», утверждавшего, что ораторское искусство — в общем детская игра, он говорит: «И только в судебных прениях это поистине великая и едва ли не величайшая из всех человеческих работ» (С. 114).

вая материя воплощена в письменных текстах<sup>1</sup>, а также в том, что нормативность права углубляется путем развития в правовой материи нормативных обобщений и, следовательно, путем повышения в ней интеллектуальных элементов, сторон. А это приводит к тому, что в саму ткань права проникают иные проявления культуры, прежде всего духовной.

6. Право как явление цивилизации и культуры должно рассматриваться в единстве со всей системой регулятивных механизмов, институтов, характерных для цивилизации, выражающих и обеспечивающих ее существование и функционирование.

Важнейший из таких институтов цивилизации — *демократия*, система народовластия, которая призвана закрепить в оптимальных цивилизованных формах свободу в сфере политической жизни. От ее состояния в немалой степени зависит возможность реализации свободы в других институтах, в том числе в праве. Более того, именно в условиях демократического политического режима право в полной мере обретает свое собственное бытие и свое собственное содержание, становится способным из орудия государства стать «суверенным» образованием, возвышающимся «над» государством (только в этом случае возможно реальное существование истинного правового государства).

Но здесь возникает такой вопрос: если право — явление цивилизации и культуры, если оно обретает свое собственное содержание в условиях демократического режима, то можно ли говорить о существовании права в прошлом, в рабовладельческом и феодальном обществах, да и в настоящем при урезанном демократическом режиме или, более того, при режимах тоталитарной власти?

Да, можно. Ибо как ни бесчеловечен и отвратителен может быть политический режим, в особенности с позиций современных представлений (обстоятельство, которое мы частенько не принимаем в расчет), в обществе все равно есть какие-то элементы цивилизации и культуры в указанном ранее значении.

<sup>1</sup> С правом, с юриспруденцией сопряжено и развитие культуры письменного слова. Древнейшие памятники письменности — это законодательные, правовые документы. При этом для своего времени документы с хорошо отработанным стилем, с наиболее совершенной формой изложения. Недаром в Древнем Риме детей учили читать по законодательным документам.

И есть они в действующих юридических порядках, в самом нормативном способе регулирования, в процессуальных институтах и т. д. И мы уверенно можем говорить о «рабовладельческом праве», «феодалном праве», «праве фашистской Италии» и т. д.<sup>1</sup> Только следует всегда четко различать и фиксировать уровень или степень «права в праве», т. е. то, что в праве от глубинных начал цивилизации и культуры, и, с другой стороны, то, что в нем от политики, от воли властвующих групп и личностей, диктатуры, тоталитаризма и т. д. И надо учитывать, кроме того, господствующие в ту или иную эпоху представления о морали, воспринимаемые правом, — представления, которые в силу особенностей морали (в сопоставлении с правом — об этом дальше) способны «морализовать», «нравственно облагородить» любую тираническую диктатуру.

Было бы привлекательным для позиции радикального подхода (такого заманчивого в нынешние дни) сказать, например, что в условиях сталинского тоталитаризма никакого права в СССР не было. Но такое утверждение было бы неправдой. Оно не только не соответствовало бы реалиям (известны такие законодательные достижения, как ГК РСФСР 1922 г., ряд принципов и нормативных положений семейного, трудового, гражданского процессуального права), но и не «схватило» бы, быть может, не очень заметный процесс постепенного, подспудного накопления элементов общечеловеческого правосознания, так сказать «приближения» права, неизбежного его прихода. Ведь, казалось бы, зачем эта странная маскировка кровавого сталинского тоталитаризма: постановления ВЦИК, оформляющие беззакония, внешне юридически респектабельные «открытые процессы»? Но если призадуматься, становится ясно: это свидетельствовало о фактическом признании советской юридической практикой ценности права, правосудия, юстиции, юридических форм, во всяком случае их способности придать тем или иным действиям, актам цивилизованный, нормальный в глазах общечеловеческой характер.

7. По мере углубления цивилизации, перехода ее на новые, более высокие ступени накопления ценностей происходит развитие права как глобального явления, обретение им качества и

<sup>1</sup> Р. Дворкин пишет: «Мы говорим, что у нацистов тоже было право, даже если это было весьма дурное право» (цит. по: Сов. государство и право. 1989. №2. С. 102).

характеристик, соответствующих его природе. Наиболее важное значение в этом процессе имеют, по всем данным, такие вехи развития человечества, как взлет общечеловеческой культуры в условиях античности, прорыв в глубины человеческого духа в эпоху Возрождения, нарастающее в новейшей истории движение к демократии, к свободе, к гуманизму, к современному гражданскому обществу, к прирожденным, неотъемлемым правам человека, к обеспечению высокого достоинства личности.

В ходе такого развития все более отчетливо обнаруживаются некоторые общие закономерности права как явления цивилизации и культуры:

во-первых, переход от регулирования, характеризующегося в основном запретительно-предписывающими чертами, к преимущественно дозволительному регулированию для граждан, их объединений, при котором центр тяжести переносится на юридические дозволения, субъективные права;

во-вторых, все более твердое обретение автономной личностью устойчивого правового статуса;

в-третьих, все большее связывание государства, всех лиц, имеющих власть, жесткими запретами, ограничениями, разрешительным порядком их функционирования;

в-четвертых, становление и совершенствование развитой системы правовых средств (в том числе процессуальных), основанных на идеалах свободы и гуманизма — таких, использование которых оказывается возможным любыми субъектами, прежде всего гражданином, автономной личностью.

## II. Разноликость

1. Право — явление сложное, многогранное, по ряду характеристик даже противоречивое. Более того, право вообще выступает в системе общественных отношений в различном виде, облике.

И дело не только в том, что существуют разнообразные национальные правовые системы, их семьи, в том числе — уgrupпированные (об этом речь пойдет в девятой главе книги). Право разнолико по существенным сторонам своей природы, сущности. И учет этой разноликости представляется весьма важным потому, что упомянутые «лики» права — тот вид, облик, в котором оно выступает в данной системе общественных отношений, — по-разному соотносятся с цивилизацией, ее развитием.

Наиболее важно учитывать здесь:

- а) уровень развития (развитости) права;
- б) своеобразие права, определяемое взаимосвязью с различными интересами — публичными и частными;
- в) особенности права как институционального образования и как гуманитарного явления.

2. Необходимо с достаточной строгостью разграничивать *неразвитое право* и *развитое право*.

Неразвитое право — это те правовые системы, в которых не раскрылись, не развернулись свойства права как самостоятельного и «сильного» нормативного социального феномена, играющего свою особую роль в жизни общества. Такие неразвитые правовые системы остаются в основном инструментом, придатком государственной власти, всецело зависимым от ее усмотрения. Поэтому, в какой-то степени упорядочивая общественные отношения, они не в состоянии противостоять государственному произволу.

Развитое право — это правовые системы, в которых раскрылись, развернулись свойства писаного права, и оно выступает в качестве самостоятельного и «сильного» нормативного социального феномена, способного противостоять любому произволу, в том числе и произволу государственной власти.

Рассматриваемая градация правовых систем, их деление на «развитые» и «неразвитые», в большой мере связана с этапами развития общества, цивилизации. Во всяком случае на первых фазах развития человеческого общества (в азиатских теократических монархиях, в рабовладельческих и феодальных государствах) существовали, как правило, неразвитые правовые системы. Напротив, нынешняя фаза развития цивилизации — формирование современного гражданского общества, как свидетельствует опыт развитых демократических стран, приводит к резкому возвышению права, к тому, что оно все более обретает «суверенную» силу, способную противостоять силе государственного произвола.

Однако зависимость уровня развитости права от этапов истории общества не автоматическая, не абсолютная. Тем более если рассматривать эти фазы в самом общем виде (скажем, по неким «формациям»). Например, и в древнем мире, нередко относимом к «рабовладельческой формации», существовала развитая правовая система — римское частное право. В современную же эпоху в странах, где господствуют авторитарные и

тем более тоталитарные режимы, мы встречаемся с неразвитыми юридическими системами. Одной из таких систем, как мы увидим, была юридическая система советского общества.

3. Правовые системы обладают значительным своеобразием в зависимости от характера интересов, опосредуемых при помощи права. С этой точки зрения различаются две своеобразные правовые сферы — *публичное* и *частное право*.

Принято считать, что право (в целом, по основным своим особенностям) представляет собой общеобязательный социальный институт, отличающийся императивностью, строгой государственной обязательностью.

В этом подходе много верного. Право действительно характеризуется общеобязательной нормативностью, оно тесно связано с государственной властью, в немалой степени зависит от нее.

И все же подобное представление сориентировано в основном на одну правовую сферу — на публичное право. Это правовая сфера, в основе которой — государственные интересы, «государственные дела», т.е. само устройство и деятельность государства как публичной власти, регламентация деятельности государственного аппарата, должностных лиц, государственной службы, уголовное преследование правонарушителей, уголовная и административная ответственность и т. д. — словом, институты, построенные в «вертикальной» плоскости, на началах власти и подчинения, на принципах подчиненности, субординации. Сообразно этому для публичного права характерны императивные предписания и запреты, обращенные к подчиненным, подвластным лицам; дозволения же, имеющие императивный характер, — прерогатива властвующих субъектов.

Но, как это ни покажется неожиданным, для права исторически исходной, первичной и вместе с тем перспективной является другая правовая сфера — частное право.

Характеризуя частное право, необходимо прежде всего отметить, что оно напрямую не связано с государственной властью (во всяком случае не является ее продуктом и инструментом), а рождается спонтанно, в силу требований самой жизни, под ее напором в условиях перехода общества в эпоху цивилизации. Весьма показательны, что те же факторы, которые определили развитие общества при переходе к цивилизации (избыточный продукт и вытекающая из него частная собствен-

ность; обособление отдельной, автономной личности), обусловили необходимость существования «горизонтальных» юридических отношений, которые бы строились на самостоятельности субъектов, на свободном определении ими условий своего поведения.

И вот тут важно отметить, что частное право — само по себе явление парадоксальное. Оно дает людям — отдельным гражданам, их объединениям — возможность в определенном круге отношений свободно поступать сообразно их интересам, их собственной воле, самостоятельно, самим определять условия своего поведения и т.д. При этом предполагается или прямо декларируется, что применительно к отношениям такого рода государственная власть как бы остается в стороне, она не вправе произвольно вмешиваться в частно-правовые отношения. Здесь обитель и господство частных воле и частных интересов.

В то же самое время сами-то действия субъектов как частных лиц — договоры, односторонние акты собственника и т. д., совершаемые в этой сфере, приобретают самое настоящее, полное юридическое значение. Государство, которое изначально как бы «изгнано» из данного круга отношений, теперь обязано — не парадокс ли? — признавать частноправовые отношения, защищать их всеми законными способами, реализовать при помощи всей системы своих принудительных органов и средств.

В частном праве, в отличие от публичного, господствуют «горизонтальные» отношения, основанные на юридическом равенстве субъектов, координации их воли и интересов. Преимущественное положение в нем занимают не императивные предписания, не запреты, а юридические дозволения.

Так что деление права на публичное и частное — не просто классификационное подразделение, позволяющее распределить юридические нормы и правоотношения по наиболее крупным рубрикам. Тем более что в результате взаимодействия публичного и частного права границы между ними не всегда являются достаточно строгими (пример тому — трудовое право, семейное право). Публичное и частное право — качественно разные области правового регулирования, два разных «юридических мира».

С первых стадий цивилизации право (разумеется, со многими различиями в разных странах) так и развивается в составе двух относительно самостоятельных сфер, по двум руслам — публичного и частного права. И поскольку в любом обществе



(понятно, в различном соотношении, в разных пропорциях) существуют государственные и частные интересы, то более или менее развитое право только и может существовать и развиваться при наличии двух соответствующих сфер — публичного и частного права. Причем уровень «развитости» права, его «качество» во многом обусловлено тем, насколько развита каждая из указанных сфер. Недостатки в этом отношении и тем более умаление одной из сфер (например, частного права) приводят, помимо всего другого, к деформации всей правовой системы страны, к ее односторонности, ущербности.

Мы вновь вернемся к вопросам публичного и частного права под углом зрения структурированности права в главе седьмой.

4. Существенное значение при характеристике права, явно недооцененное наукой, имеют его особенности как *писаного права*, с одной стороны, а с другой — особенности права как *гуманитарного явления*.

Первое (особенности права как писаного феномена) в немалой мере является основой для понимания права, дает опорные точки для освещения всей суммы правовых явлений. Именно такой характер права раскрывает его своеобразие как нормативного институционального образования, делает возможным понимание его свойств, закономерностей; именно здесь истоки основополагающих правовых понятий, таких, в частности, как законность, правопорядок.

В то же время широко распространены и иные оценки права.

Например, немало сторонников в понимании права как явления «свободы», при котором отделяются друг от друга и разводятся понятия «право» и «закон».

Нередко те и другие определения (писаное право и только что приведенные определения) трактуются как конкурирующие, взаимоисключающие, по принципу «или—или».

Между тем есть достаточные основания полагать, что в том и другом случае перед нами хоть и взаимосвязанные, но все же *разные плоскости* права как сложного, многогранного («многоликого») социального явления.

Такого рода подход является ключевым в данной книге. В последующем анализ права в основном и будет осуществляться по двум указанным плоскостям.

## Глава четвертая Позитивное право

### I. Право как институциональное образование

1. Сначала несколько терминологических пояснений.

Термин «право» многозначен: под ним понимается ряд различных, подчас разноплоскостных явлений (моральное право, право как система общеобязательных юридических норм, права человека и т. д.).

Вместе с тем при всей своей многозначности слово «право» выражает и нечто единое. В наиболее абстрактном виде оно обозначает *социально оправданную свободу поведения*, оправданную, нормальную и в этом смысле нормативную — то, что людям «можно», т.е. допустимо, делать, совершать и что, следовательно, обществом принимается, поддерживается.

Как следует из ранее изложенного, среди многих значений термина «право» должно быть выделено то (наиболее широкое и в свою очередь многозначное), которое обозначает право в юридическом смысле.

Право в юридическом значении и есть писаное право; оно охватывается понятием *позитивное право*, т. е. право наличное, реально и официально существующее, «сделанное» людьми и связанное с их деятельностью, с деятельностью официальных государственных органов.

Но и тут, говоря о позитивном праве, следует четко разграничивать:

*субъективное право* — право в субъективном смысле, т. е. юридическая дозволенность поведения для конкретного субъекта (гражданина, данной фирмы);

*объективное право* — право в объективном смысле, т.е. нормативный регулятор юридически дозволенного, «говорящий» о субъективных правах, иными словами, нормативный критерий юридически дозволенного и недозволенного, запрещенного, предписанного (римское право, право Финляндии, российское право, гражданское право).

2. Основные особенности позитивного права связаны с тем, что оно, в отличие от других форм социальной регуляции, получило внешнее объективированное выражение, опредмечивание в письменных источниках, признаваемых государством

и в силу этого приобретающих характер официальных, входящих во всю систему государственно-политических отношений. Именно эта черта права обуславливает его социальный смысл и социальный статус как явления социальной реальности, которое имеет свои объективные закономерности и свойства, изучаемые наукой и используемые в практической деятельности людей<sup>1</sup>.

Право (позитивное право) потому возникло и существует в обществе, что ему объективно, в силу логики общественного развития, в условиях цивилизации суждено быть значительной социальной силой.

Ведь в условиях цивилизации вместе с персонифицированной, частной собственностью и автономной личностью, которые стали опорными точками в процессе обретения людьми свободы, возникли, стали множиться и обостряться социальные, этнические, личностные конфликты, столкновения интересов и страстей, жестокое людское противоборство, ведущее к хаосу, распаду общества. При такого рода условиях и возникла острая императивная потребность того, чтобы в жизнь общества вошел мощный регулятор, причем с такими свойствами, которые бы позволили обеспечить функционирование общества как целостного организма, т. е. обеспечить единый строгий порядок, стабильность и «предсказуемость» складывающихся отношений, гарантировать свободу поведения в четких, предусмотренных законом рамках. То есть решать такие задачи, которые не под силу никакому иному социальному регулятору. И прежде всего задачи, связанные с введением в жизнь юридических дозволений, обеспечивающих реализацию в обществе социальной свободы, автономии личности.

И вот в бедах, муках, столкновениях страстей, противоборствах и конфликтах общество шаг за шагом вырабатывало такого рода мощный регулятор. Им и стало писаное, позитивное

<sup>1</sup> Разумеется, нужно держать в поле зрения то обстоятельство, что позитивное право, особенно на начальных фазах своего существования и в некоторых своих разновидностях, далеко не всегда выступает в одном лишь писаном виде (см. *Лейст О.Э. Три концепции права//Сов. государство и право. 1991 № 14 С. 4*). Но дело-то в том, что тогда право может быть охарактеризовано как неразвитое, и оно, сливаясь с правосознанием и обычаями, в полной мере не проявляет свои свойства и достоинства особого социального феномена, нормативного институционального регулятора.

## I. Право как институциональное образование .

право, которое, совершенствуясь в ходе истории, обрело ряд «сильных», по-своему выдающихся свойств. Оказалось притом, что подобные свойства появляются и набирают силу именно в связи с тем, что определенные нормы и принципы получают письменное закрепление, благодаря чему позитивное право начинает выступать в качестве институционального нормативного образования.

Весьма примечательно, что объективированный характер права был убедительно показан крупными российскими правоведами последовательной либеральной ориентации. Именно с такой характеристикой права они связывали утверждение в обществе начал свободы и демократии (автор этих строк надеется, что это позволяет видеть в институциональной концепции книги продолжение разработок российских правоведов).

Вот как, например, говорит о «реальности» права, о его существовании как объективированной реальности видный русский правовед Б.А. Кистяковский. По его словам, «правовую реальность следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведением литературы и музыки — с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго... который не может существовать без субстанциональных элементов общественной организации»<sup>1</sup>.

3. Основные свойства права как институционального образования таковы:

*общеобязательная нормативность, «всеобщность»* ~ право через свою документальную форму способно делать те или иные общие правила (нормы, принципы) обязательными для всех в стране, на данной территории;

*определенность содержания* — писаное право дает возможность строго фиксировать в письменных документах содержание прав и обязанностей, условия их возникновения, возможные последствия несоблюдения норм и т. д.;

*действие через дозволения* — именно в письменном виде можно закрепить не свободу вообще, а субъективные права — четко определенную по границам, санкционированную госу-

<sup>1</sup> Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 336.

дарством свободу поведения, дозволенность (это не способны сделать никакие иные социальные нормы);

*государственная гарантированность* — только нормы, принципы, закрепленные в письменных документах, получают надлежащую государственную гарантию, могут быть оснащены — тоже через письменные документы — процедурами и механизмами их действительной, гарантированной реализации.

Среди других свойств права следует отметить *системность (структурированность)* — внутреннюю подразделенность позитивного права на отрасли, институты, системность, которая имеет главным образом «внутреннее» значение, обеспечивает функционирование права как единого целостного с<sup>а</sup>рганизма (см. главу седьмую).

4. Особенности права как институционального образования свидетельствуют о том, что среди юридических явлений намного большее значение, чем это принято считать, должно быть придано внешней форме права — *источникам права*, т. е. законам, иным нормативным юридическим актам, всей признаваемой государством совокупности юридических письменных документов, в которых выражаются юридические нормы. К числу актов-документов, являющихся источниками права, относятся также акты, объективирующие правовые обычаи, деловые обыкновения, правоположения в частном праве (судебные решения, санкционированные сборники юридически значимых обычаев), а также акты общественных, иных негосударственных организаций, признанные государством.

Примечательно, что отмеченное значение внешней формы права, выражающей и конституирующей его институциональность, характерно и для прецедентного права, нормативно-судебных систем. И не только потому, что каждое решение суда — это тоже внешне объективированный акт-документ, но и потому еще, что, по свидетельству специалистов/ прецедентное начало в праве Англии, где зародилась прецедентная правовая система, связывается с публикацией отчетов о судебных решениях. «Если нет отчетов, — пишет английский правовед Р. Кросс, — доктрина бездействует»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Кросс Рутерт. Прецедент в английском праве. Пер. с англ. М., 1985. С. 29.

Отсюда вытекает необходимость более глубокого, более тонкого, поистине диалектического подхода к освещению соотношения формы и содержания права. Субстанция, вещество права представляет собой в развитых юридических системах правила, нормы, выраженные в формализованном виде, в текстах правовых актов. Это обуславливает особый, высокий, «предельный» для сферы духовной жизни уровень объективированности, который позволяет использовать понятие «институционное образование» в строгом смысле этого выражения и который, в отличие от объективированности таких явлений, как, скажем, правосознание, мораль, обычаи, выводит право на плоскость четкой, предметно очерченной целостной реальности, чуть ли не вещественности.

Потому-то признак письменности является наиболее ярким, характерным при обозначении институционности права; и форма права — не просто нечто внешнее по отношению к его содержанию (как нередко толкуется, например, при рассмотрении соотношения нормы и статьи закона, системы права и системы законодательства), а сама организация содержания, которое объективируется и существует, лишь будучи отлитым в известные формы. Причем это касается не только внутренней формы, выражающей четкую структурированность права, но и, как мы видели, внешней формы — законов, иных правовых актов — документов, представляющих собой необходимый, конститутивный момент и в формировании, и в самом существовании права.

Означает ли рассмотрение позитивного права как институционного образования его отождествление с законом?

Как следует из изложенного, нет, не означает. Право и закон — явления различные, разнопорядковые. Закон, все другие нормативные документы, все источники права — внешняя форма права. Но такая форма, при помощи которой формируется объективное право, — относительно самостоятельное в обществе институционное нормативное образование. Право формируется при помощи закона, оно выражается и закрепляется в законе. Но само право — не закон, право — нормативный регулятор, выраженный в системе общеобязательных, формально-определенных норм, критерий юридически правомерного поведения.

5. Суть рассматриваемого качества права — его институциональное<sup>TM</sup> — во многом раскрывает соотношение объективного и субъективного права.

Правда, между этими близкими явлениями нужно проводить строгие различия.

Объективное право и субъективное право — явления разного порядка, занимающие в мире правовых явлений свои особые места. Здесь важно не потерять из виду специфику объективного права как нормативного институционального образования. Субъективные же юридические права — не основание юридического регулирования, а результат его претворения в жизнь, следствие конкретизированного воплощения нормативных положений в виде точно определенной юридической свободы, ее меры для данного лица. Лишь в области частного права, особенно договорного, в рамках общедозволительного порядка регулирования субъективные юридические права (и обязанности) могут складываться и включаться в правовую систему «спонтанно», без опоры на конкретную юридическую норму, хотя и здесь, надо заметить, происходит институализация соответствующих положений (через письменную договорную форму и восприятие данных положений правовой системой в целом).

К тому же субъективные юридические права неразделимы с юридическими обязанностями.

В нашей юридической литературе при рассмотрении субъективных прав иногда употребляются термины, используемые обычно при характеристике юридических норм: «модели поведения» или «масштабы поведения»<sup>1</sup>. Едва ли это правильно. Употребление подобной терминологии, хотя бы и с пояснениями, приводит к терминологическому отождествлению юридически разнородных, разноуровневых явлений — правовых норм и субъективных прав, к тому, что стирается качественное различие между нормативной основой юридического регулирования и промежуточным звеном его механизма — субъективны-

<sup>1</sup> Так, в частности, были определены субъективные права Р. О. Халфиной (Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 209), В. Н. Кудрявцевым (Право и поведение. М., 1978. С. 69), Л. С. Явичем (Общая теория права. Л., 1976. С. 110)

ми правами и юридическими обязанностями<sup>1</sup>. Субъективные права лучше называть не «модели», а «меры поведения».

В то же время нельзя упускать из поля зрения самого важного в соотношении указанных явлений — того обстоятельства, что субъективные права, т. е. юридические дозволения, есть одно из главных проявлений объективного права, проявление, быть может, наиболее «приближенное» к собственно праву, показатель его специфического правового содержания, реальное выражение всего того, что отличает объективное право как явление цивилизации и культуры. Право есть именно право, т. е. такой социальный регулятор, который «говорит» о правах и на основе которого, следовательно, и только на основе которого можно определить, есть ли у лица субъективные юридические права или же их нет и поведение лица противоправно со всеми вытекающими отсюда государственно-принудительными последствиями. Читатель, надо полагать, видит, как хорошо такая трактовка права, рассматриваемая под углом зрения институциональной концепции, согласуется с характеристикой юридических норм в качестве критерия правомерного поведения, с рядом других излагаемых в этой книге положений теории права, в том числе тех, которые относятся к вопросам законности.

Близость субъективных юридических прав к объективному праву высвечивает одно из глубинных оснований юридического регулирования, значение права как нормативного инсти-

<sup>1</sup> Мысль о конститутивном значении для понятия права единства объективного и субъективного права отстаивал и продолжает отстаивать также Л. С. Явич, который обосновывает специфический вариант теоретической конструкции, призванной отразить указанное единство. По мнению Л. С. Явича, рассматриваемые в диалектическом единстве объективное право и наличные субъективные права охватываются понятием «право». Такой подход имеет привлекательные стороны. Он позволяет, в частности, хорошо объяснить правовые явления в условиях формирования правовых систем, в особенности англосаксонского общего права, а также ряд особенностей частного права. Но все же многие данные свидетельствуют о том, что объективное право и субъективные права (будем постоянно помнить, неотделимые в праве от юридических обязанностей), в особенности в условиях уже сформировавшихся правовых систем, — разнопорядковые правовые явления, относящиеся к различным звеньям правовой действительности.

В последние годы Л. С. Явич развил свою позицию и высказал мнение, что право — это правоотношения, закрепленные в юридических нормах и отраженные в правосознании (см.: Явич Л. С. Социализм: право и общественный прогресс. М., 1990. С. 23). Близкий взгляд на право высказывали в свое время П. И. Стучка, Я. Ф. Миколенко.



туционного выражения исторически определенной социальной свободы, призванного обеспечивать условия и простор для самостоятельного, инициативного поведения участников общественных отношений, для развертывания их социальной активности. Именно здесь и проявляется важнейшая черта собственной ценности права, и именно здесь право прямо «выходит» на коренные проблемы социального развития, демократии, культуры, что позволяет охарактеризовать его как активный фактор и существенное выражение социального прогресса.

Нетрудно заметить, что на субъективных правах замыкается закономерная для права цепь зависимостей, идущих от объективных потребностей общества к непосредственно-социальным правам и от них (в условиях сложившихся юридических систем — через объективное право) — к юридической свободе поведения, т. е. к субъективным правам, неотделимым от юридических обязанностей.

Отсюда же место и роль субъективных прав в правовой действительности. Специфически правовую окраску всему механизму правового регулирования в обществе в условиях цивилизации придают именно субъективные права, через которые или при участии которых в его работу включается и весь юридический инструментарий, вся система юридических средств, в том числе юридические обязанности и меры, при помощи которых осуществляется государственное принуждение.

И вот тут есть такой поворот проблемы, на который хотелось бы обратить внимание специально. Свобода, являющаяся ближайшим выражением и главным позитивным результатом развития цивилизации, ни в чем ином, кроме как в правах людей, т. е. в субъективных правах, выразиться не может.

Только тогда, когда субъективные права становятся юридическими, они приобретают стабильность, точность, надежность, обеспеченность. А это как раз и достигается при помощи объективного права — нормативного институционального образования. Запомним этот момент. Он окажется весьма существенным при рассмотрении естественного права (непосредственно-социальных прав, перспектив их полной и действительной реализации в условиях гражданского общества). Об этом пойдет речь в следующей главе.

Следовательно, право как нормативное институциональное образование, одно из проявлений социального отчуждения, «возвращается» к людям субъективными правами, очень суще-

ственными с точки зрения интересов людей и потребностей социального прогресса. Это обстоятельство следует помнить: оно представляется весьма важным для понимания роли права в прогрессе человечества.

6. Правовая действительность, т. е. вся совокупность юридических правовых явлений, существующих в обществе, в конечном счете «выходящих» на субъективные юридические права, не исчерпывается одним только правом как нормативным институциональным образованием.

Писаное право (как система норм) — центр, ядро всей правовой деятельности. Кроме него, но всегда в связи с ним есть еще два узловых правовых явления, которые характеризуют правовую действительность в целом, а главное (обратим внимание на этот момент!), определяющим образом влияют на признание того или иного поведения лиц правомерным или неправомерным, на субъективные юридические права и юридические обязанности. К ним относятся:

юридическая (прежде всего судебная) практика, которая выражает социальное содержание права, а при определенных исторических условиях (в отдельных юридических системах, при формировании права) может служить юридической основой для признания правомерности или неправомерности поведения лиц; эта практика во всех случаях учитывается в деятельности юридических органов;

правовая идеология, которая прямо выражает господствующее в обществе правосознание и тоже при известных социально-исторических условиях может служить юридической основой для признания правомерности или неправомерности поведения лиц, учитываться в деятельности юридических органов.

Все эти три определяющих правовых явления (писаное право как система норм, юридическая практика, правовая идеология) образуют в совокупности *правовую систему*, которая выражает особенности правовой действительности страны, ее, так сказать, скелет, основное в ее инфраструктуре<sup>1</sup>. Это поня-

<sup>1</sup> Стремление увидеть в правовой действительности основные компоненты, раскрывающие особенности конкретных национальных систем, наряду с другими причинами, думается, и побудило Л. С. Явича расширить понятие собственно права, включить в него помимо юридических норм еще правоотношения и правосознание. Подчеркивая, что правоотношение — это норма права в действии, репаяющая форма социального бытия права, автор пишет: «О праве той или иной страны можно судить по нормам права и по юридическим конструкциям (правосознанию), но точнее и вернее судить о нем по характеру существующих правоотношений» (Явич Л. С. Право и общественный прогресс. С. 23).

тие<sup>1</sup> призвано не только дать конструктивную характеристику правовой действительности, ее построений как семьи правовых систем<sup>2</sup>, но и отразить генетический аспект системы, в данном случае роль и соотношение правотворчества и правоприменительной деятельности компетентных органов.

Все дело лишь в том, что в понятии правовой системы государственных учреждений, их деятельность представлены не в виде разнородных феноменов («органов», «деятельности»), а в виде однопорядковых с правом явлений правового бытия (онтологичный ракурс) — юридической практики, правовой идеологии. Понятие правовой системы, следовательно, одной из своих граней в виде однопорядковых явлений охватывает деятельность государственных и иных учреждений, выполняющих юридические функции<sup>3</sup>. Плюс к тому в сфере частного права оно включает еще и правозначимые индивидуальные акты.

Таким образом, понятие правовой системы шире, объемнее, чем понятие собственно права, точнее — позитивного права<sup>4</sup>. Но было бы ошибочным жестко разграничивать их. Коль скоро применительно к правовой действительности речь идет о единой, целостной системе (в рамках данного общества), то ее особенности, ее нормативное содержание выражаются именно в писаном праве — особом нормативном институциональном образовании, тем более что некоторые свойства права (особенно правообязывающее действие) раскрываются в рамках и через элементы правовой системы в целом. Да и в отдельной норме,

<sup>1</sup> Понятие «правовая система» необходимо отличать от понятия «система права» (т.е. строения права как нормативного образования).

<sup>2</sup> Построение правовой системы характеризует, в частности, возможность непосредственного формирования нормативного содержания права через деятельность судебных органов или, напротив, исключение такой возможности, когда предельно четко размежевываются правотворчество и индивидуально-правовая деятельность, которая выступает тогда в качестве применения права (подробнее об этом сказано в главе девятой).

<sup>3</sup> В юридической литературе уже давно отмечена важная черта правовых систем — соотношение законодательства и судебной деятельности, правотворчества и правоприменения, толкования правовых норм судебными органами (см.: Судебная практика в советской правовой системе. М., 1965. С. 68).

<sup>4</sup> Понятие «правовая система» одни ученые трактуют шире, другие уже, чем автор данной книги. Так, довольно узкую трактовку правовой системы дал в свое время Ю.А. Тихомиров. Он включил в нее: 1) цели и принципы правового регулирования; 2) основные разновидности правовых актов и их объединения; 3) системообразующие связи (см.: *Тихомиров Ю.А.* Правовая система развитого социалистического общества // Сов. государство и право. 1979. № 7. С. 33). Получается, таким образом, что рассматриваемым понятием охватываются лишь основные источники права и элементы правовой идеологии. Системообразующие же связи — это именно связи, свойство системы, а не ее элемент.

как мы увидим, предположительно можно найти следы других элементов.

Вместе с тем все то, что наряду с собственно правом входит в правовую систему (юридическая практика, правовая идеология), можно рассматривать в качестве своего рода проявлений права, т. е. особых и самостоятельных элементов правовой действительности, которые, функционируя по законам целостной системы, в то же время «сопровождают» право, раскрывают, развертывают, выявляют его сущность, его черты как нормативного регулятора.

В то же время элементы правовой системы играют и известную самостоятельную роль. В частности, выделение в составе правовой системы юридической практики — показатель того, что право существует и функционирует в единстве и во взаимодействии с деятельностью компетентных государственных органов, которые призваны гарантировать проведение в жизнь юридических норм, а на практике при отсутствии строгого режима законности порой глушат их, оставляют их только «на бумаге». Причем компетентные государственные органы, прежде всего органы правосудия, суды, для реализации юридических норм издаают властные правовые акты (приговоры, решения и др.), содержащие индивидуальные правовые предписания. В ряде случаев на основании закона при помощи этих индивидуальных предписаний компетентные органы осуществляют индивидуальное регулирование общественных отношений, определяя, например, конкретную меру наказания по уголовным делам, порядок пользования общим имуществом по гражданским делам. Правосудию (как будет показано в последующем) уготована и более важная миссия в правовой системе: оно способно и, пожалуй, даже призвано при наличии необходимых предпосылок приводить действующее право в соответствие с требованиями жизни, естественного права.

В связи с изложенным, кроме того, надо заметить, что индивидуальные предписания, хотя и не входят в собственно право, все же вслед за юридическими нормами могут быть источниками, носителями юридической энергии, критериями правомерности поведения участников общественных отношений<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Кроме государственно-властных нормативных и индивидуальных предписаний, исходящих от компетентных государственных органов, в отраслях права, где доминирует диалогическое регулирование, в частном праве известной юридической энергией могут обладать также правомерные действия участников общественных отношений: договоры, односторонние акты и др.

7. Право по своим существенным характеристикам относится к области общественного сознания, к идеальным отношениям, представляет собой субъективный фактор общественного развития.

Вместе с тем, будучи явлением идеального порядка, право должно быть отнесено к явлениям объективной реальности. И не только потому, что оно посредством практической деятельности субъекта способно «переходить» в сферу внешней действительности, но главным образом потому, что оно и по отношению к индивидуальному сознанию, а также к науке и иным формам общественного сознания выступает в виде социальной данности, т. е. объективного явления наличной действительности.

Действующие в обществе юридические нормы, их свойства, структура и т. д. непосредственно не зависят от сознания тех людей, которые изучают и применяют правовые предписания, высказывают о них субъективные мнения. Для них эти нормы — сущее, наличная действительность.

Есть лишь один путь воздействия на свойства, структуру права, на закономерности его развития. Это преобразование специально-юридического содержания, в частности (в нормативно-законодательных системах, т. е. системах, первичной основой которых является писанный закон) путем издания новых или отмены действующих норм права, изменения уровня нормативных обобщений, а также (в качестве первого, предварительного шага в процессе преобразования правовой материи) разработки новых понятий, конструкций, теорий в юридической науке. Только в таком случае в содержании права (главным образом через системное, кодификационное правотворчество) могут быть произведены преобразования, которые способны изменить его структуру, закрепленные в нем принципы, повлиять на присущие ему свойства.

Приведенные соображения могут получить весомое подкрепление, если учесть особенности права как писаного права — институционального нормативного образования, объективированного в специфический социальный феномен.

Именно с этой стороны право имеет особые свойства, сложную, многоуровневую структуру, специфические, причем нередко весьма жесткие, закономерности. А главное — именно с этой стороны право выступает как строго очерченный феномен социальной действительности.

## II. Нормативность права

Надо заметить, что при таком подходе правовая наука обнаруживает сходство с естественными науками: и там и здесь предметом научного осмысления являются объективные свойства и закономерности наличной, реально существующей, «опредмеченной» действительности.

### II. Нормативность права

1. Нормативность — свойство права, выявляющее его смысл и предназначение; в нормативности выражается потребность утверждения в общественных отношениях нормативных начал, связанных с обеспечением упорядоченности общественной жизни, движения общества к свободе, согласия и компромисса в общественной жизни, защищенного статуса автономной личности, ее прав и свободы поведения.

Выделяя свойство нормативности и рассматривая его в качестве определяющего, наиболее общего в составе всего комплекса свойств права, необходимо сначала заметить следующее:

Право под известным углом зрения может быть охарактеризовано как «система норм», т. е. общих правил, образцов, моделей поведения, которые распространяются на все случаи данного рода и в соответствии с которыми должно строиться поведение всех лиц, попавших в нормативно регламентированную ситуацию.

При этом самое существенное заключается в том, что праву, если рассматривать его с глубоких институциональных позиций, свойственна нормативность *особого качества*. Это нормативность, имеющая характер всеобщности, т. е. такая, когда общие правила являются таковыми для всей страны, а сама нормативность выступает как нормативность *общеобязательная*.

2. В чем же состоит значение присущей праву всеобщей (в рамках всей страны), общеобязательной нормативности?

Прежде всего нормативность такого особого рода обладает значительным (по масштабам и силе действия) регулятивным и демократическим потенциалом, потенциалом гуманизма. Феномен нормы, характерной для права, в том и состоит, что при ее помощи в общественную жизнь вносятся существенные элементы единства, равенства, принципиальной одинаковости: вводимый и поддерживаемый юридическими нормами порядок распространяется в принципе «на равных» на всех участ-

ников общественных отношений. Отсюда и проистекает значительный не только регулятивный, но и демократический, гуманистический потенциал законности; реальное, на практике осуществление действующих юридических норм в соответствии с требованием равенства всех перед законом уже есть утверждение гуманизма, демократических принципов в общественной жизни.

Суть характерного для права регулятивного и демократического потенциала может быть обрисована с еще большей определенностью, если принять во внимание дозволительную природу права, его ориентацию преимущественно на юридические дозволения.

Как нельзя более такое видение права необходимо именно сейчас. Задачи кардинального демократического преобразования России, перехода российского общества в новое качественное состояние предполагают такое преобразование общественных отношений, при котором в полной мере открылся бы простор для активности, творческой инициативы людей, их коллективов, были бы приведены в действие механизмы самоуправления, товарно-рыночного хозяйствования.

Для этого нужны правовые средства обеспечения самостоятельности, активности участников общественных отношений, адекватные указанным экономико-политическим процессам. Эту адекватность с научной, теоретической стороны и дает понимание права, в котором преодолены тоталитарные, этатически-обязывающие трактовки и в котором необходимое, достойное место занимают дозволительные начала.

Однако значение нормативности, характерной для права (всеобщей, общеобязательной), не исчерпывается заложенным в ней регулятивным и демократическим потенциалом, потенциалом гуманизма, характерным для права как институционального образования, его свойств. Верное само по себе положение о том, что право есть система норм, еще не раскрывает всего того глубоко социального и юридического, что свойственно нормативности права<sup>1</sup>.

Под нормативностью применительно к праву в целом следует понимать нечто более юридически глубокое и более соци-

<sup>1</sup> См.: Халфина Р.О. Право как средство социального управления. М., 1988. Автор верно подчеркивает, что в советской науке право никогда не сводилось к одним только нормам (С. 46—47).

ально значимое, непосредственно связанное с собственной ценностью права. Нормативность в указанном смысле означает, что право при помощи общих правил реализует потребность общества в утверждении нормативных начал и поэтому охватывает все сферы социальной жизни, нуждающиеся в юридическом регулировании. Причем так, что в нем не должно оставаться «дыр», «пустот», где бы могли получить пристанище произвол, беззаконие, своеволие — социальные антиподы права.

В связи с необходимостью обеспечения нормативных начал общество и само право (в том числе и с точки зрения его нормативности) предстают в виде целостной нормативной регулирующей системы, имеющей глубокое правовое содержание и построенной на единых правовых принципах и общих положениях. В соответствии с ними ключевым моментом правового регулирования является общедозволительная его направленность, а в самой юридической материи — юридические дозволения, субъективные права.

Нормативность, рассматриваемая в таком более глубоком смысле, выявляет одну из главных внутренних пружин, один из стержней правового регулирования в обществе и потому имеет значение закономерности, которая выражена в рассматриваемом свойстве и недоучет, а тем более игнорирование которой приводит к немалым негативным последствиям, потерям, издержкам, «мстит за себя». Право с этой точки зрения представляет собой наиболее адекватное требование цивилизации, выражение и олицетворение нормативных начал в общественной жизни, призванных обеспечивать надлежащий уровень организованности и упорядоченности общественных отношений, реальное претворение в жизнь заложенной в человеческом обществе устремленности к свободе человека, его высокому достоинству, реализации его индивидуальности.

3. Предложенная трактовка нормативности позволяет ответить на один, казалось бы, непростой вопрос: не означает ли нормативная трактовка права того, что каждый нормативный акт любого государственного органа (и именно потому, что это акт нормативный) должен признаваться правовым?

Положительный ответ на поставленный вопрос, который как будто бы вытекает из нормативной трактовки права, в действительности не согласуется с предложенным более основательным в научном смысле пониманием нормативности.



Ведь саму нормативность права, подчеркнем еще раз, следует понимать не упрощенно, т. е. не только в том смысле, что те или иные акты имеют нормативный характер (это все же плоскость формы права), а более глубоко, т.е. главным образом в том смысле, что при помощи норм, нормативных начал достигается общая упорядоченность данной группы общественных отношений, участка социальной жизни. Следовательно, каждый нормативный акт значим не только сам по себе, но и в первую очередь в той мере, в какой он содействует общей упорядоченности, вписывается во всю систему актов, прежде всего кодифицированных, которые обеспечивают эту общую упорядоченность.

Потому-то для права характерна не просто нормативность, а нормативность особого качества, неотделимая от специфического правового содержания. Такая нормативность, которая выражена в целостной регулирующей нормативной системе, пронизанной единым духом — принципами, общими положениями, а главное — едиными на каждом участке общими регулятивными началами, единым юридическим порядком, как правило, особым юридическим режимом. Все это строится так, что регулирование в соответствии с высоким социальным предназначением права в конечном итоге связано с его гуманистическим содержанием (на данной ступени общественного развития), с его направленностью на утверждение свободы в обществе, в современных условиях — на утверждение прав человека и поэтому «выходит» на субъективные права, предоставляемые субъектам. В соответствии с этим каждый новый нормативный акт должен соотноситься с указанными особенностями правового нормативного регулирования, быть совместимым по своему содержанию с правовым содержанием регулирования в целом, с тем чтобы нормативная регулирующая система, образно говоря, «приняла» этот акт.

Уместно отметить, что, как показывает практика правотворчества на всех его уровнях, значительная часть подготовительных работ по каждому акту связана с необходимостью «вписать» проект в нормативную систему, по всем пунктам согласовать с ней и внешне (по отсылкам, реквизитам, технико-юридическому оформлению и т. д.), и главным образом по содержанию, фактическому и правовому, о котором только что говорилось.

Ч  
1

Ну а как оценить нормативный акт, который, будучи по формальным признакам нормативным и, стало быть, входящим в общую систему писаного права, все же не вписывается в действующую нормативную правовую систему, не согласуется либо с ее принципами, либо с общими регулятивными началами, либо с какими-то иными моментами, характерными для содержания действующего права? Оценка такого акта должна быть однозначной: по своей сути такой акт не является правовым с точки зрения глубокого гуманистического содержания права, содержания правовой системы в целом.

Акты, не согласующиеся с правовой системой в целом, описаны и в нашей литературе, в том числе в литературно-публицистических статьях, и они по большей части обозначаются как «правовая самодеятельность».

Подобная оценка нормативного акта того или иного органа, которая, кстати сказать, может быть у разных людей далеко не одинаковой, конечно, не лишает этот акт юридической силы, да и сама оценка нуждается в критической проверке. Но такие акты по первому же сигналу должны стать объектом повышенного внимания вышестоящих по отношению к данному органу инстанций, в особенности органов конституционного контроля (Конституционного Суда), прокуратуры, призванных при наличии необходимых оснований осуществлять проверку соответствия изданного нормативного акта действующему законодательству, а затем, коль скоро несоответствие будет выявлено, принимать в установленном порядке меры к его изменению или отмене.

Впрочем, все это не устраняет всей сложности существующей здесь проблемы. Ведь если отмеченные механизмы устранения «неправового» нормативного акта не срабатывают, то он как акт писаного права продолжает действовать.

При подходе же к данной проблеме с более широких позиций, когда действующее позитивное право рассматривается под углом зрения его соответствия естественному праву, может оказаться, что не один нормативный акт, а целый их комплекс не является в указанном ранее смысле правовым.

И право данной страны в этом случае предстает в виде разношоскостного, противоречивого образования — такого, которое не только не проявляет свои исконные функции, но и по ряду позиций является негативным, дестабилизирующим

фактором. Именно эта черта и характерна для российского права в условиях проходящих ныне реформ.

4. У нормативности, характерной для права, есть еще одна существенная черта: право выражается в нормах, которые являются *нормативными обобщениями*.

Дело в том, что нормативность, например, обычаев и морали слита с самой социальной деятельностью. И только в плоскости идеальной (идеологической) формы мораль, обычаи в той или иной мере вычлениаются как нормативные явления. Право же потому и образует объективированное институционное образование, что соответствующие положения получают формальное закрепление, воплощаются в письменных документах.

Такое формальное закрепление, фиксирование соответствующих положений и означает, что они обретают свое самостоятельное, особое существование как явления идеального порядка, причем в виде внешне объективированных норм. А каждая закрепленная в письменном тексте норма как явление идеального порядка есть уже известное обобщение. Уровень, степень ее «обобщенности» можно повышать в результате целенаправленной законодательной деятельности, и это является одним из показателей совершенства юридического регулирования. Вот почему, например, в литературе в качестве крупного недостатка одной из тенденций правового регулирования хозяйственных отношений справедливо было отмечено, что «нормативное регулирование, развиваясь по пути дальнейшей дифференциации и детализации, будет напоминать географическую карту масштаба, все более приближающегося к натуральному»<sup>1</sup>.

Но именно потому, что нормы, образующие право, представляют собой явление интеллектуального порядка, обобщения, и потому, что уровень их «обобщенности» можно развивать, оказывается возможным вот с этой интеллектуальной стороны обобщать демократическое содержание права, его черты как нравственного, духовного гуманистического феномена. Обогащение достигается путем включения непосредственно в ткань правовой материи правовых принципов или же развития в содержании права таких специфических правовых построе-

<sup>1</sup> Сафуллин Д. Н. Роль нормативных предписаний в определении содержания хозяйственного договора // Роль договора в регулировании хозяйственных отношений. Пермь, 1979. С. 137.

ний, как *общие дозволения* и *общие запреты* (в дальнейшем они будут рассмотрены более подробно).

Причем в последнем случае, в отличие от обогащения интеллектуального содержания права в виде принципов, происходит обогащение социально-политическими, нравственными началами самого юридического инструментария. Механизм этого таков: поскольку в ткани права сложились широкие обобщения, последние выступают в качестве таких, которые согласно природе данной правовой системы имеют соответствующее социально-политическое, нравственное звучание. Когда, например, еще в советское время в трудовом законодательстве был установлен общий запрет на перевод рабочего или служащего на другое место работы без его согласия, то этот общий запрет представлял собой не просто технико-юридическое обобщение, а регулятивное начало, которое именно в силу своего общего характера призвано было хоть как-то противостоять даже в условиях советского общества зависимому положению работников на предприятиях, в организациях.

В связи со всем сказанным следует подчеркнуть новую грань нормативности права: это не просто общеобязательная нормативность, а нормативность, неотделимая от социально-политического, нравственного, гуманистического содержания права. Следовательно, это такая нормативность, которая в своем действии имеет четкую социально-политическую, нравственную направленность.

5. Нормативность, свойственная праву, связана и с другой его особенностью как объективированного институционального образования, обладающего значительной социальной силой.

Нормы права — центральное, организующее ядро всей системы правовых средств. Ведь сами по себе нормы — вовсе не единственный компонент содержания права. Материю права наряду с юридическими нормами на их основе образуют индивидуальные предписания, санкции, меры защиты, юридические факты и некоторые другие явления правовой действительности. Содержание права при более детальном анализе оказывается объемным, многомерным, включающим многие правовые феномены, из которых складывается целостный юридический организм.

Но все это не должно каким-то образом принизить конститутивное значение юридических норм, свойство нормативности. *Право — это не только нормы, но без норм, без свойства*

*нормативности права нет.* И дело не просто в том, что юридические нормы представляют собой центральный, ключевой компонент правовой действительности, а в том еще (или даже прежде всего в том), что именно при помощи юридических норм разнообразные средства воздействия, защиты и т. д. обретают правовой характер. Как мы увидим подробнее далее, нормы, выраженные в формально-определенных писаных правилах, т. е. в нормативных юридических документах, представляют собой инструмент институализации всей системы правовых средств, возведения их на уровень целостной регулятивной системы.

Есть здесь еще один пункт, который принципиально важен. Это организующая, цементирующая, объединяющая роль нормативности для формирования *комплексов* правовых средств, когда в полной мере выявляется значение нормативности как своего рода «инструмента инструментов».

В развитых правовых системах на общественную жизнь воздействуют не отдельно взятые, изолированно существующие правовые нормы, иные правовые средства, хотя бы и возведенные в устойчивые, институализированные правовые формы, а их системы, комплексы, порой довольно сложные. Именно через системы правовых средств оказывается возможным обеспечить многостороннее правовое воздействие на общественные отношения, учесть интересы различных субъектов, в полной мере реализовать в юридическом и социальном бытии глубокие правовые начала, надежно юридически гарантировать правовые позиции субъектов.

И вот соединить правовые средства во взаимосвязанные комплексы, в целостные системы можно при помощи нормативной формы, точнее, при помощи нормативных документов, в особенности кодифицированных, которые в первую очередь затрагивают содержание права, саму правовую материю. С этой точки зрения суть кодификации заключается в применении более широких нормативных обобщений, иными словами, в приведении в действие нормативности более высокого ранга. Это выражается не только в том, что в само содержание кодифицированных документов включается нормативный материал, выраженный в дефинициях юридических понятий, положениях о принципах и иных общих юридических началах, но и в том, что путем нормативных обобщений, возможных лишь в рамках кодифицированных актов, объединяется в одну связку

совокупность правовых средств, образующих в этой связке целостный их комплекс.

Таков, скажем, содержащийся в нашем российском гражданском законодательстве комплекс правовых средств, регулирующих правовое положение граждан в имущественных и связанных с ними отношениях. В части первой Гражданского кодекса Российской Федерации гражданам как субъектам гражданского права посвящено 30 статей, причем наглядно видно, что содержащийся в них нормативный материал «сбит» в целостный комплекс с использованием нормативных обобщений весьма высокого ранга, свойственных кодифицированному изложению. В ст. 17 ГК, по сути дела, закрепляется всеобщее и равное для всех граждан «право на право»: правоспособность гражданина т.е. способность иметь гражданские права и нести гражданские обязанности (гражданская правоспособность), признается в равной мере за всеми гражданами. Остальные же нормы рассматриваемого комплекса имеют детализирующий по отношению к приведенному обобщенному положению характер, хотя они тоже представляют собой нормативные обобщения высокого ранга (имя гражданина, место жительства гражданина, банкротство индивидуального предпринимателя, эмансипация, опека, попечительство, доверительное управление имуществом и т. д.).

Именно в кодифицированных нормативных документах получают юридически завершённое закрепление *юридические конструкции* — такие комплексы правовых средств, которые образуют типизированные модели (построения), соответствующие своеобразной разновидности общественных отношений.

Конечно, юридические конструкции могут объединять и «компоновать» правовой материал и в отдельных нормативных юридических актах. Но все же, думается, определенное построение правового материала выливается в завершённую юридическую конструкцию тогда, когда оно в виде комплекса нормативных положений высокого уровня воплощается в соответствующем кодифицированном акте или строится в органической связи с таким актом с учетом содержащихся в нем нормативных обобщений. При этом принимаются во внимание достижения правовой культуры в целом, в том числе мировой.

Итак, при помощи юридических норм, в особенности содержащихся в кодифицированных актах (когда формулируются обобщения высокого ранга — высокочисленные элементы пра-

вовой культуры), осуществляется оптимальное *системное* действие правовых средств, объединение их в такие эффективные комплексы, которые дают возможность всесторонне, в сочетании различных компонентов воздействовать на общественную жизнь. В рассматриваемом отношении юридические нормы, прежде всего нормы кодифицированных актов, представляют собой своего рода «инструментальный цех», который обеспечивает правовую систему отработанным юридическим инструментарием.

6. Нормативность, как бы широко ни трактовалось это определяющее свойство права, в принципе ни в чем ином, кроме как в нормах, общих формализованных писаных правилах поведения, выразиться не может.

Но здесь хотелось бы сказать и о том, что сами нормы нужно понимать не в одном аспекте — не только под углом зрения начал цивилизации, демократии и т. д., но и с точки зрения самой их «плоти», видеть в них более насыщенные, богатые явления действительности именно с правовой стороны, учитывать, что они сами предстают в виде своеобразных регулятивных комплексов.

Вот несколько соображений на этот счет, формулируемых в качестве гипотезы.

Уже упоминалось, что отдельное, изолированно взятое нормативное предписание, как правило, не выступает в качестве регулятора в реальных жизненных отношениях. И дело не только в том, что реальное воздействие на общественную жизнь оказывают целостные комплексы нормативных положений.

Тут еще два момента.

Во-первых, в действии того или иного нормативного положения или их ассоциации нередко, так сказать, в скрытом виде проявляется и действие нормативных положений более высокого ранга, находящихся как бы за их спиной. Речь идет о принципах права, в особенности отраслевых, и, кроме того, об общих дозволениях или общих запретах, об основанных на них правовых режимах. Все это в определенной мере оставляет «след» на данных конкретных нормативных положениях, прямо или в виде «следа» участвует в правовом регулировании. С этой стороны правовые нормы и их ассоциации оказываются богатыми, юридически насыщенными регулятивными феноменами, которые в процессе регулирования демонстрируют и свою силу, и силу проявляющихся через них принципов, общих пра-

## II. Нормативность права

вовых начал, иных общих положений. А это помимо всего иного означает, что даже с рассматриваемой стороны первичные частицы правовой материи не просто и не только нормы как таковые или их ассоциации, а нечто более богатое и многогранное в нормативном смысле. И когда мы говорим, что право есть система юридических норм, то, даже оставаясь в плоскости нормативного видения права, мы упрощаем проблему, обрисовываем первичные частицы правовой материи в урезанном, «обескровленном» виде.

Во-вторых, действие каждого нормативного положения или целой их ассоциации сопровождают не только явления более высокого ранга, хотя такого же нормативного класса (принципы права, общие правовые начала), но и явления, относящиеся к другим секторам целостной правовой системы. Норма или ассоциация норм как бы окутана «облаком» правосознания, правовой идеологии, через которое те или иные стороны нормативного материала получают специфическое выражение (и это происходит даже тогда, когда при помощи правосознания не исправляется, не корректируется содержание действующих норм; такое выражение, которое сообразно правосознанию раскрывает ту или иную грань нормативного регулирования). Не меньшее, а, пожалуй, большее значение имеет практика применения нормативных положений, их ассоциаций. При этом практика присоединяется к нормативному материалу не только в виде «облака» правовой идеологии, правосознания (в частности, профессионального), но и в виде так или иначе объективированных ее форм, в том числе правоположений практики, содержащихся в актах суда, других правоприменительных органов. Причем в ряде случаев эти правоположения носят формально выраженный нормативный характер (что присуще, например, актам высших юрисдикционных органов, в частности постановлениям Пленума Верховного Суда, Пленума Высшего Арбитражного Суда в нормативной их части).

Итак, что же получается? Вместо «голового» нормативного положения или ассоциации таковых перед нами сложный регулирующий комплекс. Отсюда возникает следующее предположение: не слишком ли упрощается проблема права, когда даже в нормативном аспекте его видения мы по большей части говорим о нем как о системе норм? Не точнее ли, как уже упоминалось, утверждать, что первичными частицами развитой системы права являются вот эти самые регулирующие



нормативные комплексы? И быть может, при более тщательном анализе окажется, что структура таких комплексов на микроуровне воспроизводит структуру правовой системы в целом, где, как говорилось ранее, наряду с центральным элементом — совокупностью действующих общеобязательных норм — присутствуют и правосознание (правовая идеология), и юридическая практика.

Очевидно, высказанное предположение нуждается в обсуждении, во всесторонней проработке. Но, как говорится, игра стоит свеч: возможно, рассмотрение явлений правовой действительности сквозь призму первичных частиц права, имеющих комплексный характер, позволит поднять осмысление правовых вопросов на новый, более высокий уровень научного анализа.

Помимо всего прочего при таком варианте научной интерпретации правовых проблем отчетливо прослеживаются «институциональные» различия между публичным и частным правом. В сфере последнего на первое место выдвигаются индивидуальные (многосторонние, двусторонние и даже односторонние) акты-сделки, имеющие правоустанавливающее значение.

### **III. Право и государство**

1. Государство, как и право, — явление цивилизации. Оно, выражая, как и право, противоречивость цивилизации, воплощает самый мощный в обществе социальный фактор, самодовлеющую силу — организованную политическую власть, которая имеет как позитивную, так и негативную сторону.

Позитивная сторона состоит в том, что политическая государственная власть необходима для обеспечения целостности общества в условиях цивилизации, его организованного функционирования, рационального управления, «защиты» общества, выражения общих интересов населения.

В то же время государственная власть реализуется через особый аппарат, систему властных органов, которые в наибольшей мере испытывают воздействие как классовой структуры общества, господствующих классовых и национальных отношений, так и «собственных законов» — закономерностей самой политической власти. Поэтому государственная политическая власть под углом зрения свойственных ей особенностей и закономерностей представляет собой жесткий фактор, спо-

собный (притом монопольно) действовать с применением насилия, принуждениями в связи с этим потенциально имеющий деструктивные, в том числе и негативные, социально-психологические проявления Государственной власти свойственны тенденции к абсолютизации, к неконтролируемому самовозрастанию, отторжению всего иного, что может иметь властно-управленческое значение, и т. д. Политическая, государственная власть при определенных условиях может превратиться в самостоятельную мощную бюрократическую силу, осуществлять узкоклассовые интересы, интересы властеуправляющего слоя, быть воплощением авторитарного режима, становясь при этом, как отмечалось в марксистской литературе, машиной господствующего класса и инструментом подавления и угнетения народа, большинства населения страны.

Как же с учетом приведенных соображений об особенностях государственной власти можно определить соотношение между правом и государством?

В этом сложном, противоречивом, даже парадоксальном соотношении следует выделить два момента: а) прямую зависимость права как институционального образования от государства; б) косвенную зависимость права в его взаимосвязи с государством.

С рассматриваемых позиций необходимо иметь в виду одну существенную грань проблемы соотношения государства и права. В соответствии с общей линией социального прогресса, направленной на утверждение свободы и гуманизма в обществе, и Ленно развитое государство, в рамках которого возможно «умерение» политической государственной власти, на определенных этапах развития общества становится носителем и обителью демократии, с которой, как уже отмечалось и как подробнее мы увидим дальше, напрямую связан прогресс и в сфере права.

2. Право (позитивное право) представляет собой такой специфический феномен цивилизации, важнейшие, определяющие черты которого прямо зависят от государства, причем прежде всего именно от тех особенностей государства, которые характеризуют его как властную силу, как орган принуждения, способный навязывать свою волю, свои установления всему населению, придавать им общеобязательный характер.

В данном отношении государство выступает в качестве *формирующего и обеспечивающего (гарантирующего) фактора*.

Оно придает определенным нормам поведения людей общеобязательный характер и в связи с этим поддерживает их действие, функционирование, обеспечивает в случае необходимости претворение их в жизнь принудительным путем. /

Право под рассматриваемым углом зрения есть явление в известном смысле государственное. В нем зримо или незримо присутствует государственный компонент, на нем лежит «отпечаток» государственной власти, причем, отмечу еще раз, как раз с той ее стороны, которая характеризуется возможностью использования принуждения.

Вместе с тем не следует понимать определяющую роль государства по отношению к праву упрощенно, исключительно в авторитарном смысле — в смысле «права власти» (когда право рассматривается не более чем орудие, инструмент государства, хотя такое узкое, преимущественно статическое функционирование права и возможно). Все же главное в миссии государства по отношению к праву состоит в том, чтобы сообщить определенным нормам, принципам, положениям особое юридическое качество, после чего они начинают действовать сами, в значительной мере самостоятельно, и это действие может быть обращено уже и против государства.

Тут важен следующий момент: оснащение норм, принципов, положений новым (юридическим) качеством осуществляется главным образом путем придания нормативного и обязательного для всех государственного значения соответствующим актам — документам и <sup>в этом отношении</sup> *письменным текстам* (законам, другим нормативным документам, судебным решениям, записям обычаев). Именно это обстоятельство является решающим для надлежащей объективизации норм, принципов, положений, возведения их в ранг нормативного институционального образования. Стало быть, качество институциональности, характерное для писаного права, представляет собой результат и проявление прямой зависимости права от государства.

И еще одно существенное обстоятельство, ранее упомянутое. Представляется весьма важным качественно различать два случая, два пути юридического воздействия.

Первый, основной, органичный для права случай — придание определенным нормам, принципам, положениям качества юридических путем введения в ткань права юридических дозволений и юридических запретов. Здесь открывается простор

для самостоятельного активного поведения (через юридические дозволения) и очерчиваются допустимые пределы такого поведения (через юридические запреты).

Второй случай, характеризующий непосредственное «включение» государственной власти в правовую сферу, — введение в правовую ткань прямых нормативных государственных предписаний для тех или иных лиц совершить определенные действия, поступки (сделать то-то и то-то, совершить такие-то и такие-то поступки и т. д.). —

Эти два качественно различных случая важно не упустить из поля зрения. Они выражают две различные функции права и два особых, со многими принципиальными отличиями пласта правовой материи, о чем пойдет речь дальше. Однако уже сейчас существенно важно обратить внимание на то, что два указанных случая выражают различную степень государственно-го «присутствия» в праве и отсюда различную степень наличия в нем собственно правовых начал.

С этой же точки зрения в праве можно различать две регулятивные функции: *статическую* (более органичную для права), когда закрепляются, стабилизируются данные отношения с помощью дозволений и запретов, и *динамическую* (связанную с деятельностью государства), когда активизируется определенное поведение с помощью позитивных предписаний. С этими двумя регулятивными функциями органически сопряжены две основные сферы, «в виде» которых яраво возникло и развивается, — *частного* и *публичного* права.

3. Формирующей и гарантирующей ролью государства не исчерпывается его миссия в отношении права. Здесь есть и другие грани, в том числе косвенное (парадоксальное) влияние государства на право. С этой точки зрения многое зависит от того, какой *политический режим* — авторитарный или демократический — выражен в государстве.

Думается, мы и сейчас еще по-настоящему не оценили значение политического режима в категориальном государствоведческом аппарате. Наверное, и тут абсолютизация определений, нацеленных на то, чтобы осветить «классовую сущность» и «классовую природу» государства, оставила в тени все другие его характеристики. Между тем можно предположить, что политический режим — понятие, призванное отразить ключевой момент в самом бытии и функционировании государства, его устойчивое состояние как института политической власти,

истоки, организацию и проявления власти и отсюда —/ особенности и соотношение выраженных в государстве классовых, национальных и общегражданских интересов, механизм формирования и действия власти, а главное — саму возможность (при демократическом режиме) функционирования государственной власти в рамках целостной системы институтов государства (разделения властей, парламентаризма и т. д.). Словом, от того, какой политический режим, авторитарный или демократический, характерен для государства, во многом зависят и все другие его черты и особенности.

Этот же ключевой момент имеет определяющее значение и для права, тем более что политический режим, концентрирующийся в основном в государстве, проявляет свои функции в отношении всего общества, определяет содержание и облик всей его политической и социальной жизни. Политический режим, следовательно, влияет на бытие, функционирование и развитие права не только через государство, но и непосредственно.

Приведенные соображения, надо полагать, объясняют то подтверждаемое многочисленными фактическими данными обстоятельство, что в условиях авторитарного режима право вообще имеет довольно узкие, свернутые функции. В этих случаях оно, реализуя в основном динамическую функцию, в значительной мере сводится к предписаниям, прямо исходящим от государства, и в основном выступает в качестве «права власти» — его орудия, инструмента, т. е. имеет этатический и даже тоталитарный характер, что не препятствует культивируемому впечатлению о большой «активной роли» права. И хотя воздействие юридических предписаний на поведение людей здесь действительно может быть серьезным, на самом деле в данном случае «работает» не право, а юридизированное в своих действиях авторитарное государство, практически не нуждающееся в сколько-нибудь развитой правовой системе, в которой были бы развернуты ее собственные свойства и потенции, существовали развитое частное право, права и свободы человека и независимое правосудие.

Другая картина характерна для общества, когда в нем утверждается режим демократии, действительного народовластия. Этот режим не просто предполагает право, а требует его, требует раскрытия в нем собственных ресурсов, собственного

правового развития. В этом отношении особого внимания заслуживают три момента.

Во-первых, режим демократии, в отличие от авторитарных порядков, предполагает существование достаточно сильных саморегулирующихся механизмов, прежде всего в экономике — надежной персонифицированной частной собственности, доминирования товарно-рыночных отношений, всего того, что характерно для эффективного здорового гражданского общества. Но существование саморегулирующихся социальных механизмов гражданского общества невозможно без развитой правовой системы, причем такой, которая обеспечивает необходимый простор и прочную юридическую основу для их функционирования и защиты, т. е. как раз без того, что может дать собственный потенциал права, прежде всего частного права, выраженный главным образом в институтах юридических дозволений и связанных с ними юридических запретов. При демократии, следовательно, предполагается такое построение правовой системы, в которой ведущее и доминирующее значение приобретают ее дозволительная направленность, частное право.

Во-вторых, сама демократия как политический режим народовластия, для того чтобы не превратиться во вседозволенность и произвол, нуждается в адекватных юридических формах, которые обеспечивали бы ограничение, упорядоченность государственной власти, необходимый простор для самоуправления и юридически значимого народного волеизъявления, но в то же время оградили бы их от разрушительных стихийных процессов, своеволия толпы, господства силы и беспредела, что неизбежно, хотя и скрытно, исподволь, под прикрытием демократических форм, ведет к возрождению авторитарного режима, тоталитаризма.

В-третьих, режим демократии выдвигает на первый план политической жизни личность человека, его статус и права. Между тем нет иной, кроме права, формы социальной регуляции, которая всем своим содержанием и строем (прежде всего через систему субъективных прав) была бы ориентирована на обеспечение положения человека как автономной личности, ее свободы. Именно в связи с этим в правовой системе демократического общества права и свободы человека приобретают и высокий удельный вес, и непосредственное юридическое действие.

Думается, приведенные соображения дают возможность понять основы собственного правового развития, объяснить то обстоятельство, что утверждение в обществе, в государстве действительно демократического режима глубоко, органически взаимосвязано с развитием права. При этом существенно, что режим демократии, концентрирующейся в государстве, видоизменяет его роль по отношению к праву. Государство во все меньшей степени выступает в качестве «правотворца» прямых предписаний, возлагающих на граждан, на их объединения какие-либо позитивные обязанности (хотя необходимость в таких предписаниях, например в сфере налогов, военного дела и некоторых других, сохраняется), а во все большей мере включается в органичные и естественные процессы цивилизационного развития, в развертывание потенциала и ценностей цивилизации, в утверждение в обществе свободы.

4. Глубокая внутренняя связь демократии и права приоткрывает еще одну, на первый взгляд неожиданную, парадоксальную сторону взаимоотношений права и государства.

Выше уже была отмечена роль государства по отношению к праву. Действительно, непосредственной движущей силой в формировании и развитии права, в целом предопределяемых экономикой, другими факторами, выраженными в естественных правах, является государственная власть, которая по отношению к юридическим нормам выступает в качестве непосредственно формирующей и гарантирующей силы. Более того, государственная власть, особенно в обстановке авторитарного политического режима, может подчинить себе действующее право, ограничить его функции тем, что оно выступает лишь в качестве «права власти».

Но не заслоняет ли признание всего этого встречную и, быть может, самую главную линию?

В науке, к сожалению, обращено мало внимания на то, что право (и это, кстати, «выдает» его исконную природу) *существует* и развивается *в известном противостоянии и даже противоборстве с государством* — факт, который, впрочем, с достаточной полнотой и наглядностью обнаруживает себя как раз при демократическом режиме. Мы уже видели при характеристике возникновения права, что оно как явление цивилизации и культуры формируется и совершенствуется постольку, поскольку в соответствии с принципами демократии ограничивает государственную власть, устанавливает для деятельности

государственных органов последовательно разрешительный порядок, упорядочивает осуществление власти через отработанные процессуальные и иные процедурные формы.

Стала быть, оказывается, что право представляет собой такой феномен цивилизованного общества, который «выводим» не столько непосредственно из государственной власти, сколько из встречной по отношению к властным функциям, организующей, упорядочивающей роли противостоящих ему институтов. И государственная власть по отношению к праву оказывается не только непосредственно формирующим и гарантирующим фактором, но и фактором, вызывающим необходимость существования именно специфической (через право), упорядочивающей формы социального регулирования. *Право с таких позиций выступает в качестве главного института цивилизации, способного обуздать государство, его произвол.*

С рассматриваемой точки зрения, как это ни покажется парадоксальным (а не через парадоксы ли раскрываются сущность и самые затаенные секреты многих явлений?), развитие, да и само существование права в качестве института, органически единого с демократией и гуманизмом, во многом связано с тем, что может быть охарактеризовано в отношении органов государственной власти в качестве «исчерпывающего перечня», закрепляемого в юридических текстах. Или под несколько иным углом зрения: «исключения» из общего порядка (разрешительного — по отношению к государству, общедозволительного — по отношению к гражданам) — юридического приема, который не привлек еще должного внимания в юридической науке.

В чем тут дело?

Во-первых, действительное правовое развитие, соответствующее прогрессивным, демократическим, гуманитарным потенциям этого социального феномена, начинается в сферах государственного, административного, процессуального права именно тогда, когда деятельность государственных органов ограничивается, упорядочивается при помощи строго разрешительного порядка и их властные полномочия в отношении граждан закрепляются в исчерпывающем перечне. Показательно, что как раз такой режим функционирования органов государственной власти дает толчок формированию и развитию многих правовых механизмов, форм регулирования, образующих современный позитивный потенциал публичного права демократического общества, в том числе процессуальных, связанных с



юридическими гарантиями, недопущением произвольных действий и т. д.

Во-вторых, такого рода порядок деятельности государственных органов генетически и функционально связан с правовым положением личности, где тоже присутствуют исключения, но уже иного рода — исключения из общедозволительного порядка, закрепляющего личную свободу граждан.<sup>1</sup>

И, в-третьих, существенно то, что с технико-юридической стороны наличие исключений есть показатель ряда достоинств права, в том числе строгой определенности, высокого уровня нормативных обобщений, что, кстати сказать, расшифровывает истинный смысл широко распространенной поговорки — «исключение подтверждает правило», которая кажется примитивной лишь на первый взгляд.

Так что при всей неожиданности приведенного положения существуют веские основания полагать, что «изюминка» правового развития в упомянутых исключениях довольно-таки хорошо видна.

5. Своеобразным венцом, кульминацией, выражающей позитивный потенциал, заложенный в праве, в его соотношении с государством, является *правовое государство*, в особенности если понимать под этой формулой не просто подчинение государственных органов и должностных лиц «своим же» законам, а *правление права* (Περίεξις τῆς ἀληθείας).

Поразительна сама логика взаимодействующих здесь явлений: государство, играющее ключевую роль в формировании и в гарантировании права как явления цивилизации и культуры, как высокоэффективного социального регулятора, на известном этапе социального прогресса само попадает под влияние права, становится правовым явлением.

Проблема правового государства имеет ряд сторон, требующих самостоятельного подробного рассмотрения. В настоящее время наша общественная наука концентрирует внимание на политической стороне этой проблемы, на том, в частности, что формирование правового государства выражает качественную грань, обозначающую переход от системы тоталитаризма к гражданскому обществу, к правлению права, к правозаконности.

Вместе с тем не меньшее, надо полагать, значение имеют те стороны рассматриваемой проблемы, которые относятся прямо к государству и праву. Наиболее существенно здесь следующее.

е\*кд

Прежде всего при помощи права в рамках правового государства<sup>^</sup> осуществляется придание государственной власти черт цивилизованности, ее включение во всю систему институтов развитого демократического государства, когда снимаются или во всяком случае значительно преодолеваются негативные, демонические проявления феномена власти и когда оказывается возможным в полной мере раскрыть позитивный потенциал государства как формы управления, его роли в упрочении и развитии отношений в ряде сфер жизни общества, в том числе в экономике. С этим, в частности, сопряжено формирование передового товарно-рыночного хозяйства, отличающегося относительной экологической чистотой.

Далее. Надо видеть наиболее существенную, юридически строгую черту правового государства; она состоит не столько в последовательном проведении общедозволительного начала для граждан (принцип «дозволено все, кроме прямо запрещенного законом»), сколько в регламентации действий «правителя» — установлении и обеспечении строго разрешительного порядка для государственных органов и должностных лиц, в соответствии с которым и те и другие вправе совершать лишь такие действия, которые прямо предусмотрены законом (принцип «запрещено все, кроме прямо предусмотренного»), а еще более — в идее «правления права», когда развитое право, его принципы, права и свободы человека определяют функционирование и развитие государства.

Должно привлечь внимание то обстоятельство, что применительно к правовому государству трансформируются, меняют свой облик и содержание некоторые понятия, которые, казалось бы, неотъемлемы от государства, государственной власти. Например, в отношении правового государства становится неприменимым понятие «насилие» (которое вообще, надо думать, совместимо с характеристиками, свойственными тоталитарному государству, выражающему политическую диктатуру, в том числе по отношению к личности, диктатуру, не ограниченную законом). Да и понятие «принуждение» должно быть видоизменено: в правовом государстве оно должно интерпретироваться как *правовое принуждение*, т. е. как такое государственное принуждение, которое обогащено свойствами права и соответственно этому имеет законное нормативное основание, строится в соответствии с формальными требованиями закона и реализуется в законом предусмотренных формах и процедурах.

Отметим еще один момент. Формирование правового государства играет существенную роль и для самого права, для углубления его собственного правового содержания, специфического правового развития. Именно в результате «овладения» государственной властью, ее жесткими, неподатливыми институтами, по причинам, о которых только что говорилось, происходит совершенствование всего юридического инструментария, такое его развитие, которое делает право не просто сильным, крепким, а сильным, крепким по его собственным, исконным потенциям.

6. Наиболее высокой ступенью развития права, всесторонне раскрывающей его потенциал, является не просто правовое государство, а его развитие, продолжение — *правовое общество*, или *общество Права*. Общество, в котором устанавливается безусловное верховенство права, абсолютное и ненарушимое господство его начал и ценностей, реальное правление права, правозаконность.

Думается, важнейшим показателем правления права наряду с некоторыми другими моментами (обретение правосудием статуса высшей власти в государстве, последовательное утверждение культуры права, развитие частного права и др.) является резкое возвышение *прирожденных прав человека*, которые как таковые приобретают в обществе *непосредственно юридическое значение*. Такое значение прав человека в какой-то мере свойственно и правовому государству в строгом смысле. Но в последнем права человека влияют на общественную жизнь через механизмы, характерные для внутригосударственного права (т. е. через механизмы правотворчества, учета прав человека при применении закона и т. д.). В правовом же обществе в соответствии с принципом правления права, правозаконности, безусловного верховенства права непосредственно юридическое значение, причем значение приоритетное, должны приобрести права человека, закрепленные в международно-правовых документах, и это обеспечивается соответствующими органами международного правосудия.

#### **IV. Фактор государства в формировании права**

1. Писаное право обретает юридическую жизнь (или теряет ее, продолжает ее в измененном виде) в результате правотворчества, которое представляет собой завершающую и конститутивную стадию формирования права.

Формирование права (правообразование) по своим исходным началам носит объективно обусловленный, необходимый характер. Начальная ступень правообразования — возникновение объективно обусловленной экономической, социально-политической, нравственной или иной общественной потребности в юридическом регулировании соответствующих отношений. Затем эта потребность преломляется в системе политических отношений, в политическом, нравственном и правовом сознании, в господствующем общественном мнении, когда складываются интересы и потребность получает адекватное или же искаженное, деформированное, узкоклассовое выражение.

Непосредственно же правообразующее значение в процессе формирования права имеет деятельность государства, его компетентных органов. Именно деятельность таких органов по формированию права и выступает в виде правотворчества.

Следовательно, правотворчество — это завершающая процесс формирования права государственная деятельность, в результате которой определенные положения через закон, через иные источники получают статус юридических норм, выступают в виде норм писаного права.

Понятие правотворчества — более узкое и в то же время более качественно насыщенное. Оно глубже, чем понятие формирования права (правообразования), отражает активность процесса. Понятие правотворчества охватывает, независимо от того, выражено ли оно в едином разовом акте или в цепи следующих друг за другом операций, государственное признание необходимости юридического регулирования, формирование юридических норм, возведение назревших потребностей в действующие писанные нормы.

Иными словами, правотворчество в принципе начинается тогда, когда потребности общественного развития определились, необходимость правовых нововведений назрела и на этой основе в процесс правообразования вступают компетентные государственные органы. В результате правотворчества накапливающиеся ранее предпосылки, потребности, интересы — все то, что можно отнести только к возможности и необходимости преобразований в действующей юридической системе, становится действительностью, юридической реальностью, воплощается в правовых нововведениях. Пожалуй, только в отношении частного права, в особенности в области договоров, надо видеть, что спонтанно рождающиеся правовые реалии имеют

юридическую силу и не сводятся к одним лишь предпосылкам (хотя действие общерегулятивного начала, общего санкционирования и здесь свидетельствует о действенности общих принципов и черт правотворчества).

Указанные черты правотворчества таят в себе и опасность — возможность не обусловленного требованиями жизни или неадекватного «творчества права», произвольных, несовершенных, неэффективных законодательных решений. Это опасность реальная и острая, особенно если учесть, что писаное право по исходным характеристикам представляет собой право власти.

Таким образом, именно правотворчество призвано дать концентрированное конечное выражение двум главным составным процессам правообразования: объективно обусловленным требованиям социальной жизни, с одной стороны, и активной, творческой деятельности компетентных органов по выработке и включению тех или иных норм в действующую правовую систему — с другой. Нарушение гармонии, единства этих двух составных влечет за собой просчеты в правообразовании и дефекты права.

Отсюда ясно, что, хотя правотворчество относится к «предрегулятивной» фазе правовой системы, от этой фазы прямо зависят не только состояние и эффективность последней, но и особенности ее действия.

Итоги правового регулирования, данные о его результативности по каналу обратной связи так или иначе возвращаются в сферу правотворчества. И правотворчество, выражаясь в особых правоотношениях, находясь как бы за пределами правовой системы, призвано вместе с тем постоянно поддерживать ее «боевое» состояние, обеспечивать ее соответствие потребностям социальной жизни, воплощение в ней передового юридического инструментария и тем самым постоянно и активно влиять на характер, ход и действенность правового регулирования.

2. В определенном ракурсе правотворчество может быть охарактеризовано как разновидность государственной деятельности, относящейся к сфере социального управления, деятельности, в силу которой соответствующие нормы приобретают качество таких, которые исходят от государства, принимаются им.

Однако правотворчество — специфическая разновидность социального управления. Эта деятельность состоит в том, что-

бы ввести в правовую систему новые нормы, изменить или отменить старые. Ничего другого, в том числе непосредственно «управленческого», административного, эта деятельность не включает.

Как бы то ни было, «государственный момент» является конститутивным на стадии правообразования; именно он определяет принятие соответствующих актов государством. Только будучи приняты государством, соответствующие нормативные обобщения обретают свойства писаного права, становятся общеобязательными нормативными положениями, поддерживаемыми государственным принуждением. Отсюда вытекает нерасторжимое единство содержания права и его формы, в результате чего и создается право как институционное образование. Вовсе не случайно, что один и тот же государственный акт по большей части является актом правотворчества, источником права, устанавливающим те или иные нововведения в правовой системе, и одновременно формой существования, бытия нормативных положений.

Впрочем, конкретное выражение «государственного момента» в процессе правообразования (то, что называется способами правотворчества) и соотношение содержания права и юридических источников находятся в зависимости от того, насколько близко подступили требования естественного права, права как стороны (аспекта) объективно обусловленной потребности к самому позитивному праву как юридическому феномену, каковы его характер и реальная сила, уровень его воздействия на юридическую систему, а также в зависимости от того, насколько значительна направленность деятельности государственной власти на активное созидание, на творчество действующей юридической системы.

С рассматриваемых позиций могут быть выделены два основных способа правотворчества (которые в правовых системах различных стран и эпох переплетаются, взаимодействуют):

а) санкционирование государственной властью норм, которые сложились, реально существуют в виде фактического обычая либо в виде нормативных положений, вырабатываемых негосударственными образованиями данной политической системы (например, церковными учреждениями, общественными организациями) или складывающихся в самом социально-правовом бытии рынка, в частно-правовой сфере (обычай, дело-

вые обыкновения, договорные принципы и прецеденты при диспозитивном регулировании и др.);

б) прямая правоустановительная деятельность компетентных государственных органов, выраженная в правотворческих решениях и закрепляемая в юридических нормативных или иных актах компетентных государственных органов, которым юридическая система придает значение формы писаного права.

Заметим, что специфика большинства правовых систем первых фаз цивилизации, в том числе рабовладельческого и феодального общества, состоит в том, что свойственное им господство фиксированных в обычаях непосредственно-социальных (естественных) прав не требовало большего, чем простого санкционирования обычных норм, придания им юридической силы и тем самым превращения их в юридическое обычное право. И хотя постепенно в актах судебных органов, в исходящих от государства сборниках обычного права нормативные положения перерабатывались с социальной и технико-юридической сторон, государственный акт санкционирования оставался для этих юридических систем доминирующим юридическим источником.

На первый взгляд весьма близки к только что указанным нормативно-судебные системы англосаксонского общего права, построенные на юридических прецедентах. Действительно, прецедент нередко базируется на фактическом обычае, да и само придание судебным актам общеобязательной силы может быть интерпретировано в качестве своего рода обычая. Но все же главное в прецеденте — это именно решение государственного органа, хотя и носящее индивидуальный характер<sup>^</sup> решение, логическая суть, идея которого в соответствии с особенностями структурного построения данных систем получает общеобязательное значение.

Весьма показательны, что для юридических систем, которые имеют своим историческим источником революционные акции, насильственное преобразование общественного строя, характерна в качестве доминирующего способа формирования прямая правоустановительная деятельность, выраженная в правотворческих решениях, главным образом в виде законов и иных нормативных актов. При этом нельзя упускать из поля зрения то, что такое доминирование дает известный простор для <sup>†</sup> произвола и, более того, для формирования права тоталитарного

литарного типа. С этой точки зрения «спонтанное» формирование права (и связанное с ним санкционирование) является не только необходимостью, но и важной гарантией того, что правовая система в той или иной мере выражает потребности общества и по существенным параметрам защищена от государственного произвола.

3. Несколько соображений о правотворческой деятельности и правотворческом акте. Правотворчество — сложное социальное явление, имеющее ряд граней, сторон, о которых уже говорилось. Если же рассматривать правотворчество только под углом зрения его фактического содержания, образующих его организационных действий, то оно охватывается понятием «правотворческая деятельность».

Правотворческая деятельность выражается в правотворческих актах (решениях), т. е. в юридических действиях, которые, как и всякие юридические акты, порождают те или иные правовые последствия, в данном случае последствия, выраженные в принятии определенных положений в качестве юридических норм.

Объективированный в документальном виде акт правотворчества является юридическим источником соответствующих юридических норм и одновременно формой их юридически-официального бытия, существования. Таковы, в частности, нормативные юридические акты, прецедентные судебные акты<sup>1</sup>. "Причем здесь, при характеристике юридических источников, под актом понимается уже не юридическое действие как таковое, а действие внешне объективированное, внешнее выражение государственной воли в ее документальном виде, т. е. акт-документ, что и характерно для писаного права.

В соответствии с характером внешних форм бытия юридических норм различаются три основных вида юридических источников<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> В свое время была высказана конструктивная мысль о том, что юридические источники являются одновременно и формами установления, и формами выражения юридических норм (см.: Правотворчество в СССР. М, 1974).

<sup>2</sup> Необходимо обратить внимание на обоснованность и плодотворность использования специального термина «источник права» при характеристике форм установления и выражения юридических норм. Ведь соответствующие объективированные формы являются носителями юридических норм, причем эта их функция обусловлена как раз тем, что существует единство (во всяком случае, в принципе, в основе) между формами установления и выражения юридических норм. Да и с фактической стороны и юридические нормативные акты,



- а) нормативный юридический акт,
- б) прецедентный судебный акт,
- в) санкционированный обычай.

В некоторых правовых системах (в частности, при их становлении) значение юридических источников приобретают формы правосознания, правовой идеологии.

Как свидетельствует история права, одной из доминирующих тенденций в развитии юридических источников является повышение удельного веса нормативных юридических актов, в наибольшей мере соответствующих природе права как письменного феномена, его свойствам (в особенности определенности юридических норм), актов, которые способны обеспечить целенаправленное, динамичное развитие данной правовой системы и в то же время наиболее целесообразны и удобны на практике. Характерно, что даже для тех примитивных, неразвитых правовых систем рабовладения и феодализма, в которых господствовал санкционированный обычай, закономерна тенденция издания сборников обычаев, опирающихся на них судебных решений, со временем формулируемых все более обобщенно, что и означает утверждение права в качестве нормативного институционального образования.

Указывая на принципиальное единство актов правотворчества и форм выражения права, на их совмещение в юридических источниках, необходимо учитывать и существующие между ними различия. Такие различия выражают функциональные особенности актов правотворчества как правотворческих решений и форм существования юридических норм. Подчас это проявляется внешне в том, что может произойти известное разъединение «в натуре» форм установления и форм выражения юридических норм. Функция акта правотворчества разовая, она состоит в строго индивидуальном воздействии на правовую систему: ввести новую норму, отменить устаревшую и т.д. Функция выражения права длящаяся, стабильная: быть носителем действующих юридических норм, «местом» их реального бытия.

и санкционированные обычаи есть не что иное, как именно источники, т. е. единственный «резервуар», в котором пребывают юридические нормы

Отсюда понятно, почему предложения о замене термина «источник права» многозначным и потому неопределенным термином «форма права» не были восприняты ни наукой, ни практикой.

Дополнительно несколько слов о необходимости строгого различения следующих ранее упомянутых понятий: «правотворческое решение», «юридическая норма», «нормативный юридический акт». Если правотворческое решение представляет собой итоговое действие, которое вносит те или иные преобразования в нормативное содержание правовой системы, а юридическая норма есть результат правотворческого решения, то нормативный юридический акт — это уже акт-документ, внешняя форма бытия официального «пребывания» юридических норм<sup>1</sup>.

4. Главным, наиболее развитым, соответствующим природе самого права видом правотворчества является системное, кодификационное правотворчество.

Здесь правотворчество осуществляется, как правило, не путем формулирования и введения в правовую систему отдельных, изолированно взятых юридических норм (хотя и такой порядок правотворчества в ряде случаев необходим и в практической жизни широко распространен), а путем формулирования и введения в правовую систему юридических норм по целым блокам, укрупненным группам, отраслям права, т. е. путем кодификации.

В связи с этим следует заметить, что кодификация нуждается в более точной общетеоретической обрисовке. Дело в том,

<sup>1</sup> Ударение на правотворческой функции нормативных юридических актов в определении их природы было сделано А. В. Мицкевичем (см.: *Мицкевич А. В.* Акты высших органов Советского государства. Юридическая природа нормативных актов высших органов государственной власти и управления СССР. М., 1967; *его же.* Правотворческое значение нормативного акта//Сов. государство и право. 1965. № 11. С. 49—57; *Общая теория советского права.* М., 1966. С. 136).

Вместе с тем ясно и то, что указанный подход не должен приводить к умалению другой (специфической) функции источников права, в том числе нормативных актов, — их значения как формы реального бытия права. Как полагал И. С. Самощенко, нельзя ни отождествлять характеристики нормативных актов как источника и формы права, ни отдавать предпочтение одной из них (см.: *Самощенко И. С.* Некоторые вопросы учения о нормативных актах социалистического государства//Правоведение. 1969. № 3. С. 29).

К этому следует добавить лишь то, что в кодифицированных областях законодательства происходит известное структурное размежевание актов в соответствии с указанными функциями: внешней формой бытия права являются в основном кодифицированные акты, а преимущественно правотворческая функция выражается в актах утверждения (о введении в действие кодекса) и в актах, вносящих изменения и дополнения в кодексы.

что кодификация нередко рассматривается просто как форма систематизации в праве, в одном ряду с инкорпорацией, которая действительно является формой систематизации, упорядочения уже изданных актов, их помещения по тому или иному критерию в единые сборники. Между тем главное в кодификации — это как раз то, что она представляет собой наиболее совершенный и естественный, органичный для развитых нормативно-законодательных систем вид правотворчества, при котором обеспечивается единое, согласованное и упорядоченное нормативное регулирование данного вида отношений и тем самым достигается системное развитие всего нормативного материала.

В тех отраслях права, где нормативный материал выражен в отработанных кодифицированных актах, единичное правотворчество (т. е. такое, которое происходит путем формулирования отдельных, изолированно взятых юридических норм) осуществляется, как правило, путем внесения дополнений и изменений в кодифицированные акты. Во всяком случае, оно должно осуществляться таким образом.

Уровень совершенства права во многом зависит именно от отработанности кодифицированных актов. Посредством кодифицированных актов происходит оптимальное, соответствующее природе права и требованиям современной цивилизации развитие правовой системы. В кодифицированных актах находят свое преимущественное выражение нормативные обобщения, происходит подчинение всего нормативного материала общим принципам и нормам, его интеграция и дифференциация. В связи с тем что кодификация проводится в основном по отраслям права, а каждая отрасль права отличается юридическим своеобразием, в кодифицированных актах возможно выявить и в обобщенном виде закрепить юридическую специфику отрасли, свойственного ей юридического режима.

## Глава пятая

### Естественное право и позитивное право

#### 1. Естественное право: сущность, соотношение с позитивным правом

1. Право как оправданная свобода поведения опирается по большей части на известные идеальные (идеологические), иные организационные, нормативные формы — на мораль, корпоративные нормы, а также нормы, выраженные в законах («можно» то, что закреплено в юридических нормах, в нормативных актах общественных объединений или в нормах морали).

Но есть и права, которые напрямую, непосредственно вытекают из социальной жизни, независимо от каких-либо идеальных (идеологических), организационных, нормативных форм опосредования и с которыми мы уже встречались при рассмотрении первобытнообщинного строя.

Такие права могут быть названы *непосредственно-социальными*. Они являются непосредственными в том смысле, что существуют и действуют безотносительно к тому, объективированы ли они в каких-то опосредствующих внешних формах или нет.

Вместе с тем с терминологической стороны точнее (и в большем согласии с терминологическими традициями) именовать указанную группу прав *естественными*, т.е. такими, которые являются выражением натуральной жизни общества, напрямую даны естественным ходом вещей, а не выдуманы, не изобретены людьми. По отношению к ним право как юридическое явление и выступает в качестве позитивного права — права, которое создается людьми, выражено в писаных нормах, содержится в нормативных документах.

2. Существование естественных (непосредственно-социальных) прав и их роль в обществе охватываются идеей естественного права — одного из крупных достижений гуманитарной мысли в истории человечества. Смысл идеи естественного права в ее различных вариациях и ответвлениях состоит как раз в признании того, что наряду с правом, создаваемым в государстве людьми, т.е. позитивным правом, существует естественное право, которое представляет собой более глубокий,

основательный, исходный в жизни людей феномен и источником которого является сам естественный порядок вещей — в обществе, в природе.

Поскольку этот феномен в рамках рассматриваемой идеи сопоставлялся с действующими законами, позитивным правом, единым в стране, то и ему придано общее значение и оно по образцу позитивного права представлялось как нечто единое<sup>1</sup>.

В действительности же речь в данном случае идет об отдельных правах (заметив в этой связи, что оправдана постановка вопроса и о естественных, непосредственно-социальных обязанностях). Во многих случаях это в высшей степени высокозначимые, глубокие, исходные, но все же именно отдельные права — право народов на определение своей судьбы, право прийти на помощь народу — жертве агрессии, право на эквивалент в экономических отношениях, права человека и др. Мы видели, что в первобытных обществах естественные, непосредственно-социальные права, выраженные в моонормах-обычаях, функционировали как прямой регулирующий фактор.

Хотя такого рода естественные права могут получить и действительно получают сразу или со временем ту или иную идеальную (идеологическую) нормативно-организационную форму опосредования (юридическую, моральную, в виде обычаев и др.) и тогда выступают как юридические, моральные и иные права, они могут действовать и реально действуют сами по себе, вне форм нормативного опосредования (в том числе вне юридической формы).

Постановка вопроса о социальных явлениях, обозначаемых в этой работе в качестве естественных прав, по-видимому, относится к числу тех, которые исторически обоснованы идеей естественного права, а ныне назрели, как говорится, «витают в воздухе». Так, в частности, может быть отмечена высказанная

<sup>1</sup> По мнению В.Н. Кудрявцева, «на привычной для нас материалистической почве трудно возродить идеи естественного права» (см.: *Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Государство и право. 1994. № 3. С. 7*). Но дело-то как раз в том, что именно на материалистической почве (быть может, только не на «привычной») идеи естественного права находят себе наиболее прочную опору. Эти идеи в высшем, демократическом выражении (естественно-правовое требование свободы личности) опять-таки в полном согласии с современными философскими представлениями об окружающей действительности коренятся в самых истоках человеческого бытия.

в литературе мысль об объективных (реальных) нормах<sup>1</sup>, об объективной нормативности<sup>2</sup>. Ведь объективные нормы, характеризующие обычные, повторяющиеся отношения и, следовательно, требования объективных закономерностей, условий жизнедеятельности людей, в своем функционировании могут выражаться только в непосредственно-социальных правах. Реализуя такого рода объективные нормы, естественные права как раз и «модифицируют» их в идеальные ценностные системы<sup>3</sup>, в том числе в систему позитивного права, причем во всех случаях через определенную сложившуюся идеальную и фактическую инфраструктуру социального регулирования, важнейшими компонентами которой являются дозволения и запреты.

Таким образом, следует признать упрощенным взгляд, в соответствии с которым позитивное право и происходящие в нем изменения напрямую связаны с экономикой, идеологией и т. д. Процесс тут более сложен: объективно обусловленные требования, продиктованные жизнью — экономикой, идеологией и др., во-первых, идут через всю инфраструктуру социального регулирования данного общества и через его сложный механизм «выходят» на право, а во-вторых, преломляются в этой инфраструктуре через ее наиболее глубокий слой — естественные права.

Можно предположить, что эти объективно обусловленные требования проходят в данном слое своего рода «социальную обработку» и получают первичный идеологизированный облик и силу, которые необходимы для того, чтобы они включались в систему нормативного регулирования и стали в ней определяющим фактором (хотя при этом, особенно при неблагоприятных социальных условиях, сохраняется опасность, что они станут основой произвола и своеволия).

В итоге можно прийти к следующему выводу: если в условиях цивилизации право (позитивное право) занимает центральное место в инфраструктуре социального регулирования, то ее исходным элементом, отправным, активным фактором, преломляющим требования экономики, другие объективно обусловленные требования общества, являются естественные права.

<sup>1</sup> См. Яковлев А.М. Право и объективные социальные нормы//Труды ВНИИСЗ. М., 1974. С. 19—35.

<sup>2</sup> См.: Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М., 1986. С. 17 и сл.

<sup>3</sup> См. там же. С. 44.

3. Фиксируя только что сформулированный итоговый вывод, нужно вместе с тем ясно представлять, что непосредственно-социальные права, которые воспринимаются в качестве естественных, — явления конкретно-исторические.

К ним (при достаточно широкой трактовке рассматриваемой категории) принадлежат некоторые элементарные требования повседневной жизнедеятельности, такие, в частности, как императивы «старшинства», «очередности», «первенства». Исторически они интерпретировались по-разному. В свое время в качестве естественных понимались и такие со временем уходящие в прошлое и даже оцениваемые ныне как реакционные требования, как кровная месть, композиция, выкуп. В обстановке обычно романтизируемых революционно-насильственных акций значение источника произвольно трактуемых естественных прав приобретает так называемое революционное правосознание — основа для оправдания произвола, бесчинств, расправ.

Коренной поворот в понимании, да и в самом существовании естественных прав произошел в XVIII — XX вв. В эпоху Возрождения человечеству второй раз (после Христовых откровений) открылись глубины, смысл и предназначение человеческого бытия. Из бесчисленного множества диктуемых природой прав (нередко иллюзорных, полумифических, обманных) сверкнуло светом и обаянием право всех прав, заложенное в самой основе общества, — Право Свободы Человека.

И вот начиная с буржуазно-демократических революций XVIII — XX вв. и особенно в современную эпоху, отодвигая и даже отбрасывая все другое, естественное право становится прямым выражением глубинных, первородных требований жизни общества, его мирозданческого предназначения, скачка от мертвой, безвариантной природы к свободе, в соответствии с которым в центре жизни общества должен стать свободный, полный достоинства «суверенный» человек.

С учетом сказанного становится ясным, почему в нынешнюю эпоху, в условиях современного гражданского общества естественное право, обусловленное самыми глубинами человеческого бытия, раскрылось в облике *неотъемлемых, прирожденных прав человека, его высокого достоинства и статуса*. Права эти — не просто естественные, но именно неотъемлемые, прирожденные: они представляют собой прямое и императивное требование, проистекающее из самых недр, глубин

жизни общества, выявляют его смысл и предназначение. В соответствии с этим центральным элементом политической, экономической, духовной жизни людей стало *естественно-правовое требование свободы личности*.

В рассматриваемом отношении следует признать обоснованной мысль А. Козулина, полагающего со ссылкой на М. Мамардашвили, что права человека — как раз характерная черта «взрослого состояния человечества»<sup>1</sup>.

4. Крутой поворот в существе и понимании естественного права в XVIII — XX вв., вполне понятно, решающим образом

повлиял и на позитивное право. Это влияние уже не ограничивалось тем, что многообразные непосредственно-социальные права, рождаемые жизнью традиционных обществ, вызывали к жизни адекватные обычаи и прецеденты. Естественное-правовое требование свободы личности потребовало основательных законов, кодексов, конституций.

Смысл этих законов в том, чтобы очертить границы свободы личности (политической, экономической) и юридически обеспечить ее. Признавая исключительную важность свободы в экономике — частной собственности, рынка, конкуренции, надо полагать все же, что ключевым элементом, выражающим в области либеральных взглядов отмеченный ранее поворот в естественном праве, является сфера позитивного права (тем более что через нее реализуется и экономическая свобода), его направленность в жизни общества — право, которое теперь под воздействием естественно-правовых требований «настроилось» на свободу, на свободу личности. Недаром и Ф.Хакк, научные свершения которого нередко соотносятся чуть ли не с одним рынком, уделял не меньшее внимание категории правозаконности.

Возьму на себя смелость сделать и более основательное предположение. На мой взгляд, впервые по-современному конструктивные основы либеральной теории, во многом предвосхищая последующие разработки Ф. Хаека, были сделаны еще в конце XIX — начале XX вв. русскими правоведами Б. Чичериным, П. Новгородцевым, Б. Кистяковским, И. Покровским, Л. Петражицким, И. Михайловским, С. Гессеном, провозгласившими необходимость возрождения естественного права.

<sup>1</sup> См.: Козулин А. Права личности для «взрослого» человечества//Общественные науки и современность 1991. № 6. С. 33



И тут важны детали, которые на первый взгляд могут показаться не очень существенными. Прежде всего не случайно, что подобные выводы были сделаны именно правоведами. Истинная либеральная теория может по-настоящему утвердиться как раз через современное («либеральное») право, которое на основе персонифицированной частной собственности, других объективных реалий свободного общества одно только и в состоянии быть носителем и гарантом свободы личности.

И другая немаловажная деталь. Либеральные взгляды русских правоведов прошли своего рода испытание на прочность, закалывающую огранку. Это связано не только с преодолением распространенного, внешне привлекательного мнения о предназначении права быть проводником и средством мессианского внедрения морали, «минимума нравственности» (о данной проблеме — несколько дальше). Не менее серьезное значение для отработки самой основы либеральных взглядов стало творческо-концептуальное противостояние теориям В. Соловьева и его сторонников, отстаивающих (как и нынешние приверженцы «прав человека второго поколения») необходимость реализации через позитивное право права человека на достойное существование.

К несомненным заслугам русских правоведов-либералов (особенно И. Покровского, С. Гессена) следует отнести такую последовательно либеральную трактовку этого социального права, в соответствии с которой должны устраняться фактические препятствия на пути развития личной свободы граждан и в то же время ни в коей мере не снижаться стимулы к реализации творческой энергии каждого человека, а социальное перераспределение при необходимости сводится к обеспечению прожиточного минимума и условий для образования. Примечательно, что именно такая либеральная интерпретация права на достойное существование позже, в 1930—1940 годах, получила развитие и была реализована в передовых, либерально-демократических странах, в ведущих современных концепциях прав человека.

В разработках российских правоведов-либералов были намечены пути дальнейшего углубления либеральной трактовки права, которая, как надеется автор этих строк, находит известное выражение в институциональной концепции. Именно потому, что, по Б. Чичерину и Б. Кистяковскому, право — не просто

«свобода, определенная законом»; представляется непреложным, что свобода в современном мире — это как раз свобода, обретшая свое бытие, свою реальную жизнь через закон, через право как нормативное институциональное образование, через правозаконность.

5. Значительное влияние естественного права на действующую юридическую систему проявляется даже в условиях тоталитарного общества, в котором право хотя и сохраняет известный позитивный потенциал, но все же в целом является реакционной системой, не соответствующей требованиям современной цивилизации.

Анализ советского законодательства, его функционирования при доминировании тоталитарно-административных порядков свидетельствует о том, что даже в условиях советского тоталитаризма можно было констатировать известное прогрессивное влияние на позитивное право и юридическую практику тех непосредственно-социальных прав, которые относятся к гражданам, к человеку.

Быть может, одним из наиболее наглядных примеров такого влияния в условиях советского общества являлся порядок строительства гражданами домов на праве личной собственности, а также порядок имущественного возмещения при их сносе. Гражданин по действовавшему в условиях Советского союзного государства законодательству, многие положения которого сохранились в России, в случае сноса его жилого дома получал довольно широкие юридические права на возмещение и на получение реального жилья; но для этого он, конечно же, должен был иметь право собственности, т.е. и жилой дом должен был быть построен на законном основании, и сам гражданин в данный момент должен был обладать соответствующим юридическим правом. А если нет? Если, например, жилой дом построен самовольно? Имел ли гражданин в этом случае юридическое право на возмещение, предусмотренное законом?

Ответ на последний из поставленных вопросов, казалось бы, ясен: гражданин — самовольный застройщик не должен был иметь права на возмещение, на предоставление иного жилья, да и вообще его поведение может трактоваться как поведение правонарушителя. Но если это так (а иного решения с точки зрения юридической логики быть не может), то как же объяснить одно из положений, выработанных в судебной практике? В постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа

та 1984 г. (п. 6) говорилось в отношении домов, подлежащих сносу: «Если исполкомом районного, городского Совета народных депутатов до отвода земельного участка для государственных или общественных нужд не было принято решение о сносе такого дома... граждане, если они не имеют иного жилого помещения, с учетом конкретных обстоятельств могут быть выселены с предоставлением другого жилого помещения, отвечающего санитарным и техническим требованиям»<sup>1</sup>. Иными словами, в данном случае полного возмещения, такого, которое предусмотрено при наличии у лица права собственности на жилой дом, нет. Но самовольному застройщику все же при указанных обстоятельствах могло быть предоставлено другое жилое помещение, да притом соответствующее техническим и санитарным требованиям. Это юридическое последствие можно объяснить только принимая во внимание факт существования внеправового основания, его реальную социальную силу, столь существенно влияющую на правовое регулирование.

Что же это за основания, напрямую относящиеся к гражданину, к человеку и позитивно влиявшие на правовую действительность даже в условиях советского тоталитарного общества?

Перед нами не что иное, как права человека.

Откуда же истекает столь могучая сила прав человека?

И вот здесь пора сделать обобщающий вывод о социальной природе прирожденных прав человека. Ключ к решению данного вопроса кроется в том, что права человека — это именно непосредственно-социальные права. И надо полагать, характеристика прав человека как непосредственно-социальных прав дает достаточно корректное научное объяснение их социальной силы, их места и роли в жизни общества. Можно предположить, что такая характеристика прав человека (освещение которых подчас не идет дальше их оценки как естественных, прирожденных) позволяет перевести их разработку на достаточно прочную, конструктивную научную основу с весьма привлекательной научной перспективой.

К этому нужно добавить и то, о чем ранее уже говорилось: есть довольно весомые аргументы, подтверждающие, что среди обширного комплекса непосредственно-социальных прав на первое место с немалым отрывом от всего другого выдвину-

<sup>1</sup> Бюллетень Верховного Суда СССР. 1984. № 5. С. 12.

лись именно права человека. Ведь права человека (вспомним этот существенный момент) относятся к самым глубоким, первичным естественным основам бытия человека и, что не менее важно, связаны с «мирозданческим» предназначением общества и отсюда с глобальным мировым процессом, все более и более раскрывающим свою силу в современных условиях, с общим движением всего человечества к Свободе.

И эта линия, очевидно, приобретет еще более целенаправленный и интенсивный характер в современных условиях, когда в нашем обществе открылась возможность движения к светскому неидеологизированному гражданскому обществу.

На данном этапе развития общества «вторжение» прав человека в саму ткань правовой системы характеризуется тем, что они начинают приобретать непосредственно юридическое значение.

Уже сейчас в текст Конституции России включены нормативные положения, с достаточной полнотой воспроизводящие основные права и свободы человека, признанные в мировом сообществе.

«Высшая» же точка такого развития, которая, надо надеяться, наступит после фактического утверждения принципов демократии в российском обществе, — это реальное приобретение правами человека значения непосредственного критерия при решении юридических дел в судах, в других юридических органах (в какой-то мере такой практикой отмечены последние годы существования СССР: Комитет конституционного надзора в период его действия, т.е. до 1992 г., имел право выносить решения на основании международных документов о правах человека и в ряде случаев это право активно использовал).

6. Влияние естественного права, и прежде всего прирожденных прав человека (как и в целом непосредственно социальных прав), на действующую юридическую систему — это хотя и существенная, но все же лишь одна из сторон сложного соотношения, точнее, взаимодействия писаного права с духовным, морально-интеллектуальным факторами в жизни общества, людей. Ведь писаное право имеет и другую «ипостась», другое «измерение»: оно выступает также в качестве явления духовного порядка.

Этот вопрос, а также вытекающие из его характеристики иные грани соотношения естественного и позитивного права требуют особого рассмотрения. Им и будет посвящен следующий раздел главы.

7. Ранее отмечалось, что в обществе нужно различать идеальную и фактическую инфраструктуру социального регулирования. К этому теперь нужно добавить, что и в самой фактической инфраструктуре, по-видимому, следует разграничивать два слоя. Во-первых, это инфраструктура социального регулирования, центральным звеном которого является действующее право; а во-вторых, «схема» регулирования, которая определяется доминирующей ролью непосредственно-социальных прав, проявляющихся и через мораль, обычаи, иные регуляторы, и прямо, в самой ткани социальной жизни.

Это своего рода раздвоение фактической инфраструктуры на два слоя, причем так, что оба они могут быть обозначены с использованием термина «право», подмечено в литературе. Например, В.М. Рейсмен пишет: «Таким образом, перед нами оказываются две нормативные системы: официальная, перевозимая на все лады элитой, и фактически действующая. Неудивительно, что реальное поведение отличается от той и от другой»<sup>1</sup>.

Вместе с тем необходимо все же не допускать смешения правового регулирования, связанного с позитивным правом и началами законности (когда действует право как нормативное институциональное образование), с регулированием, опирающимся в основном на непосредственно-социальные права. Такое смешение допускает и В. М. Рейсмен, когда утверждает: «Родственные, национальные, религиозные, языковые, профессиональные и прочие группы могут обладать собственными правовыми системами»<sup>2</sup>. О «правовых системах» в отношении упомянутых автором групп говорить едва ли возможно.

## II. Ступени «восхождения» права

1. Позитивное право проходит сложное историческое развитие. Его содержание, а следовательно, объем и характер используемых в обществе свойств, потенциалов на различных этапах развития общества неодинаковы.

И вот как раз здесь нужно исходить из двух «ипостасей» права. Выступая в качестве объективированного институционального образования (писаного права), оно в то же время представляет собой явление духовной жизни общества, содержит

<sup>1</sup> Рейсмен В.М. Скрытая ложь... 1988. С. 47.

<sup>2</sup> Там же. С. 50.

критерии поведения людей, суждения о ценностях и в этой плоскости может быть охарактеризовано в виде духовно-интеллектуального фактора. А отсюда вытекает существенный вывод концептуального характера: суть права не сводится к одним лишь его свойствам и особенностям как писаного права — институционного образования. Важнейшие сущностные черты права заключены во втором его «измерении», когда оно существует и действует в качестве духовного фактора. Именно с этой стороны право воспринимает ценности и достижения культуры, гуманитарные идеалы, моральные критерии, суждения о ценностях, прежде всего требования естественного права, права человека. Каков уровень выражения в праве духовных, гуманитарных начал?

При ответе на этот вопрос нужен последовательно исторический подход. На различных этапах развития общества духовные, гуманитарные начала выступают в различных обликах.

С этой точки зрения могут быть выделены ступени позитивного права, стадии его «восхождения», когда с переходом со ступеньки на ступеньку растут и крепнут заложенные в праве потенции, естественно-правовые, гуманитарные начала.

В этой связи хотелось бы обратить внимание на то, что центральный пункт отстаиваемой в этой книге теоретической концепции заключается в таком подходе к правовым явлениям, когда в качестве основы их характеристики рассматриваются *особенности соотношений между позитивным правом и духовными, гуманитарными началами (естественным правом) на каждой ступени его «восхождения».*

2. При рассмотрении того исторического процесса, который может быть назван восхождением права, нужно иметь в виду, что писаное право, т. е. право как институционное образование, само по себе имеет известную социальную ценность, т. е. представляет собой определенное общественное благо, общественное явление со знаком «плюс», способное дать положительный эффект в жизни людей, в обществе. Причем такого рода положительный эффект право способно (обратим внимание — именно способно!) принести в принципе, независимо от ступени его развития и от того, насколько данная юридическая система «втянута» в существующий политический режим.

С этой точки зрения независимо от ступени развития и политического облика право как институционное образование об-

ладает известным общечеловеческим, гуманитарным потенциалом.

Однако при этом необходимо постоянно держать в поле зрения и второе «измерение» права — его особенности как духовного, гуманитарного фактора.

Весьма примечательно, что регулятивные свойства права как институционального образования раскрываются и «работают» в прямой зависимости от того, на какой ступени своего гуманитарного «восхождения» оно находится и каковы политические характеристики данной юридической системы. Если в обществе господствует право сильного, да к тому же доминирует авторитарный режим власти, то и юридические установления даже со стороны своих регулятивных свойств теряют, казалось бы, присущий им гуманитарный потенциал (выраженный, в частности, в юридических механизмах, связанных с субъективными правами, дозволильным типом регулирования и т.д.).

3. Характеристика ступеней развития («восхождения») права предполагает необходимость четкого определения тех критериев, на основании которых выделяются такие ступени.

С рассматриваемых позиций привлекательным представляется высказанный сравнительно недавно взгляд, в соответствии с которым следует выделять в историческом плане три группы правовых систем: во-первых, сословное право, во-вторых, формальное (абстрактно равное) право и, в-третьих, социальное право (последнее, по мысли автора, сохраняет общечеловеческие ценности равного права, но преодолевает «формализм буржуазного права при помощи общегосударственной системы гарантий, особенно же льгот и правовых преимуществ для социально обездоленных слоев общества»<sup>1</sup>. По ряду пунктов постановка таким образом вопроса о развитии права представляется конструктивной. Вместе с тем следует заметить, что момент равенства, которому в приведенной классификации придано решающее значение, приобретает основательный социальный смысл лишь тогда, когда он рассматривается в контексте сущности права, которое является носителем цивилизации и реализует ее основную цель, обеспечивая свободу человека, утверждение его достоинства и прирожденных прав.

<sup>1</sup> *Лейст О. Э.* Сущность и исторические типы права // Вестник Московского университета. Серия II. Право. 1992. С. 4 и ел.

Таким образом, при рассмотрении развития права, ступеней его «восхождения» оказывается необходимым исходить из особенностей исторического предназначения человеческой цивилизации и отсюда — из видения права как гуманитарного явления. В этой связи и может быть выделен основной критерий развития права. Таковым является степень приближения данной юридической системы к праву, воплощающему гуманитарные идеалы.

Конечно, на каждой ступени право выражает сообразные данной эпохе гуманитарные и моральные принципы, которые соответствуют условиям жизни и требованиям тогдашнего общества, приняты им.

Вместе с тем нужно иметь в виду, что есть высшие гуманитарные начала и ценности, обусловленные самой сутью, природой общества и заложенным в его органике стремлением человека к свободе, к его высокому, достойному положению носителя изначально ему свойственных, прирожденных прав. Эти высшие начала и ценности в полной мере раскрываются на достаточно высоких стадиях развития общества.

Следует различать четыре основные ступени позитивного права: право сильного, кулачное право, право власти, право гражданского общества.

Первые три ступени (право сильного, кулачное право, право власти) могут быть охарактеризованы как неразвитое право, при котором в том или ином виде господствует сила; последняя ступень (право гражданского общества) — как право развитое, где есть собственная основа бытия права (прирожденные права человека) и оно способно возвыситься над властью, ее произволом.

Обратимся теперь к краткой характеристике указанных четырех ступеней права, рассматриваемых с точки зрения присущего им гуманитарного содержания.

*Право сильного* — это доцивилизационная стадия правового развития. О ней приходится говорить в основном с целью обозначить начальное звено «восхождения» права и с большей четкостью увидеть логику происходящих в этой области процессов.

Суть права на данной стадии состоит в том, что право принадлежит просто сильному. При всей отрицательной оценке данной ступени (в особенности с точки зрения современных моральных, гуманистических представлений) надо видеть, что



право сильного, имеющее природно-зоологические предпосылки, в свое время применительно к доцивилизационным порядкам и нравам выступало все же в виде упорядочивающего и даже стабилизирующего фактора, противостоящего прямому хаотическому произволу и в максимальной степени соответствующего интересам выживания и упрочения данной общности.

На праве сильного, выраженном в устойчивых обычаях, основывались такие институты доцивилизационной и раннецивилизационной жизни, как «вожак», «старшинство», «иерархия подчиненности».

Крайним проявлением права сильного является право *войны* — господство «голой» силы в обстановке конкуренции не признающих друг друга сил, когда конкурент в борьбе за обладание статусом сильного считает оправданным, дозволенным применение любых средств, возможность вести беспощадную борьбу на физическое уничтожение действительного или воображаемого конкурента (здесь человечество явно сделало шаг назад по сравнению с природным миром).

Право сильного (в том числе и право войны), относящееся по своему источнику к начальным периодам человеческой истории, в ряде случаев прорывается в жизнь людей на последующих стадиях, отодвигая более высокие по гуманитарному содержанию формы позитивного права.

*Кулачное право* — это позитивное право первых этапов становления и развития цивилизации (азиатских теократических, рабовладельческих, феодальных обществ), когда в обществе в качестве доминирующих сил выступают власть и религиозная идеология. В своей основе это тоже право сильного, но уже частично подвергшееся влиянию цивилизации, введенное в систему сословной иерархии, привилегий, все более утверждающихся писаных форм, формальных доказательств, инквизиционного процесса и т.д. Под углом зрения социально-этических и юридических критериев оно может быть охарактеризовано как право привилегий, сословное право, обычное право (в котором, однако, крепнут писаные формы). На этой стадии начинают складываться некоторые простейшие гуманитарные элементы, относящиеся к началам справедливости, вины, процессуальных форм.

*Право власти* — это позитивное право более развитых ступеней цивилизации, когда в обществе все более утверждается светская власть (феодалное общество с просвещенной властью,

капиталистическое, буржуазное общество, современные общества с авторитарной властью). Здесь позитивным правом признаются все нормы, исходящие от власти и защищаемые ею. Нормы права власти, по общему правилу являются нормами писаного права, в большой степени раскрывающими достоинства права как институционального образования.

В этих нормах также выражаются господствующие социальные силы, преследующие цель использовать законы в своих интересах. Нередко такие нормы становятся способом узаконения произвола, своеволия. Но выраженные в законах, иных официальных источниках нормы позитивного права становятся всеобщими, формально-определенными, и устанавливаемый таким путем всеобщий, строго формализованный порядок уже сам по себе имеет известное гуманитарное значение. К тому же при прогрессивных режимах позитивное право, имеющее характер права власти, может быть демократическим по содержанию, нацеленным на развитие институтов гражданского общества и реализацию требований товарно-рыночной экономики, начал справедливости и гуманизма.

Указанные процессы значительно усиливаются в условиях, когда при демократическом режиме государственная власть «втягивается» во всю систему государственных институтов (разделения властей, парламентаризма, федерализма), и право власти все более превращается в право государства, которое вплотную приближается к праву гражданского общества.

*Право гражданского общества* — это высшая на современной стадии развития цивилизации ступень позитивного права, наиболее сблизившаяся с естественным правом. Его базис образуют прирожденные права человека, которые являются основой для определения правомерности юридических норм, вводимых и поддерживаемых властью.

Именно право данной ступени согласуется с требованиями того этапа развития общества, на котором нейтрализуются крайности власти и собственности и оказывается возможным обеспечить их гармоничное развитие, т.е. с требованиями современного гражданского общества (посткапитализма, народного капитализма). Здесь и происходит своего рода «восхождение» права на одну из верхних своих ступенек: оно в полной мере раскрывает свой потенциал как явление цивилизации и культуры, как носитель гуманитарных ценностей, заложенных в самой сути, природе человеческого общества, человека.

Отмеченные ступени позитивного права не более чем I ехи, ориентиры, позволяющие разобраться в сложном развитии позитивного права, с его восхождением от «голой» силы ]: утверждению прирожденных прав человека. В действительной истории границы между этими ступенями размыты и в зависимости от своеобразия исторических условий, сломов и I «ворот» в исторических процессах в сферу гуманистического права, казалось бы, прочно утверждающегося в обществе, может ворваться право сильного, как и право власти. Многие факты российской действительности, увы, подтверждают сложность и противоречивость происходящих здесь процессов, доминирование права власти.

Только утверждение права гражданского общества и соответствующая ему передовая демократическая государственность могут обеспечивать, надо надеяться, такой уровень господства права (правления права), который исключает прорыв в общественную жизнь права сильного и права войны.

4. Рассмотрение ступеней «восхождения» права позволяет вернуться к проблеме соотношения позитивного и естественного права, увидеть оптимистическую перспективу их развития, их взаимодействия в настоящем и в будущем.

Не вызывает сомнений, что наиболее значимым результатом развития человеческой цивилизации является современное гражданское общество, которое призвано аккумулировать, поставить на службу человека все достижения, ценности предшествующего времени, в том числе и естественное право (в глубоком его понимании), которое на современной стадии цивилизации находит выражение в правах человека.

Вместе с тем следует учитывать, что естественное право, в том числе права человека, — это еще не претворенная в жизнь реальность, не сама по себе дозволенность определенного поведения, а скорее требования о дозволенности поведения, непосредственно предопределенные самой сутью, природой человека как уникального разумного существа, заложенной в человеческом сообществе устремленностью к свободе человека, незыблемостью его высокого, достойного места в жизни. К тому же естественное право (в частности, в том виде, в каком оно выражено в гуманистических идеалах, а ныне в неотъемлемых правах человека) страдает известной неопределенностью, неспособностью без помощи иных социальных институтов стать

общ| значимой реальностью, последовательно претворяться в жизнь.

К; ним же образом естественно-правовые требования свободы личности, неотъемлемые права человека могут воплотиться в жизнь, стать непреложной реальностью, духовным стержнем жизни современного гражданского общества? В решении • 'акой задачи может прийти на помощь позитивное право, прав) как институционное образование с присущими ему свойствами (нормативной общеобязательностью, всеобщностью, определенностью содержания, правообязывающим действием, высокой обеспеченностью).

В этом отношении *высокая, быть может, самая высокая, историческая миссия позитивного права заключается как раз в том, чтобы воплотить в самой своей «плоти», органике требования, которые выражены в естественном праве, в природенных правах человека.*

### **III. Мораль и право: «суверенность» и взаимозависимость**

1. Если объективные требования экономики, других сфер общества по отношению к праву выражаются в непосредственно-социальных правах, в современных условиях — в естественно-правовых требованиях свободы личности, то сами эти непосредственно-социальные права со стороны своих идеальных (идеологических), иных организационных форм опосредования выражаются в системе нормативного регулирования — в позитивном праве, в морали, в нормах-обычаях, в корпоративных нормах.

Идеальные (идеологические), иные нормативно-организационные формы являются способом известной институциализации соответствующих форм общественного сознания, связанных с объективными требованиями общества в условиях цивилизации и выражающими их непосредственно-социальными правами. Вместе с тем во всех случаях, за исключением позитивного права (и частично корпоративных норм), указанные формы неотделимы от самой деятельности субъектов, слиты с ними. Вот почему то, что в данной плоскости может быть названо нормами, представляет собой не более чем сторону, аспект указанных форм, хотя в какой-то мере уже институциализированных.

Социальные нормы весьма разнообразны.

По своему содержанию, т.е. с точки зрения опосредуемых ими социальных ценностей, они могут быть подразделены на экономические, политические, культурные, эстетические и т.д.

С точки же зрения их подразделения по регулятивным особенностям, связанным с уровнем их институционализации и, следовательно, с соотношением их с общественным сознанием» [социальные нормы могут быть классифицированы на четыре устойчивые группы: правовые нормы, нормы морали (нравственности), корпоративные нормы, нормы-обычаи. Возможно, кроме того, при определенных социальных условиях формирование вторичных, смешанных нормативных структур, таких, например, как религиозные нормы, сочетающие черты моральных и корпоративных норм.

Вместе с тем нужно заметить, что при весьма близком к праву уровне институционализации неправовых социальных норм (например, корпоративных) они все же не перешли тот качественный рубеж, который позволил бы охарактеризовать ту или иную их разновидность в виде единого и целостного в пределах страны институционального образования. Именно поэтому следует признать оправданным высказанный уже давно взгляд, в соответствии с которым необходимо отличать правовые нормы от всех иных, неправовых, как институциональные<sup>1</sup>.

Все существующие в той или иной стране социальные нормы составляют некоторое единство. В своей совокупности они всесторонне воздействуют на общественную жизнь, на различные ее сферы.

Правда, едва ли целесообразно (как ранее утверждал автор этих строк) усматривать в совокупности социальных норм данной страны органичную систему, в которой каждая из разновидностей норм имеет значение элемента системы. Все же многие разновидности социальных норм, в частности корпоративные нормы, нормы-обычаи, «привязаны» к определенным, нередко довольно далеко отстоящим друг от друга сферам социальной действительности, включаются в социальную жизнь в связи с теми видами социальной деятельности, институтами и ценностями, которые они выражают и нормативно обеспечивают, — государством, общественными организациями, тем или иным социальным укладом и др.

<sup>1</sup> См. • Дробницкий О.Г. Понятие морали. М., 1974. С. 275 и сл.; его же. Проблемы нравственности М., 1977. С. 84.

И все-таки есть основания говорить о единой в рамках страны (истеме нормативного регулирования (правда, лишь о системе типа организованной общности, а не об органичной системе). Некоторые же разновидности социальных норм функционируют и по законам, целостных органичных систем. Это относится и к праву и морали, которые (и взятые в отдельности, и в их взаимосвязи) имеют определяющее значение в системе нормативного регулирования данной страны.

2. Отмечая определяющее значение в системе нормативного регулирования права и морали, необходимо, однако, избегать упрощенной, прямолинейной трактовки их взаимосвязи, например, когда право рассматривается всего лишь как «минимум морали» (эта формула требует вообще более основательного разбора).

Право и мораль — самостоятельные, суверенные нормативно-регулятивные институты, каждый из которых имеет свою особую ценность. Более того, по природе и происхождению они вообще находятся в различных плоскостях.

Мораль — неотъемлемая сторона духовной жизни людей. Поэтому в морали функция регулирования и ее роль как духовного фактора нераздельны. Моральные нормы формируются в процессе утверждения, развития моральных взглядов, являются, в сущности, их нормативным выражением. Неотделимые от самого поведения людей, они опосредуют это поведение, так сказать, изнутри — в той мере, в какой внедрялись в общественное сознание. Сами по себе моральные нормы, следовательно, не нуждаются в такой степени институционализации, когда бы они выступали в виде особого институционального образования, и, таким образом, в принципе им не нужны ни формальное закрепление, ни обеспечение организованной принудительной силой. Они действуют через оценку поступков людей, через механизм общественного мнения.

Вполне понятно, что и мораль может быть разных уровней (общечеловеческие моральные требования; господствующая мораль; устаревшие реакционные моральные догмы). В обществе со сложной социальной структурой, с классовыми, национальными, этническими, «стратовыми» и иными антагонизмами мораль качественно разнородна, и с правом многогранно взаимодействует господствующая мораль: именно она в точках соприкосновения с правом (в процессе правообразования, при правоприменении) и является каналом, через который в

юридическую сферу проникают нравственно опосредованные потребности социальной жизни, морально проработайте; социальные притязания (хотя здесь выдвинуться на первое место могут и устаревшие, и даже реакционные моральные и императивы).

Право же, хотя и принадлежит к области духовной жизни людей, представляет собой по основным своим характеристикам внешне объективированный институциональный социальный регулятор, который способен опосредовать самые разнообразные отношения (лишь бы они поддавались внешнему контролю и обеспечивались государственно-принудительными мерами) и который при помощи особых, только ему присущих средств гарантирует организованность, упорядоченность общественных отношений в условиях цивилизации. В этой связи известные группы юридических норм могут быть морально irrelevantными (безразличными к морали) или не соответствующими, а порой и враждебными морали, в частности в случаях, когда моральные, нравственные представления выражают требования естественного права, природных прав человека.

Так что право и мораль при всем их глубоком единстве — явления, которые в рамках единой нормативной системы регулирования не находятся в одном ряду. Они не могут состоять в такой прямолинейной связи, когда одно (мораль) является основным и исходным, а другое (право) — производным и зависимым.

Право и мораль — два своеобразных, самостоятельных института социального регулирования, они взаимодействуют, но взаимодействуют именно как особые, суверенные явления, каждое из которых при опосредовании общественных отношений выполняет свои особые функции и имеет свою особую ценность.

Не случайно, как подмечено историками права, не только в определенные исторические периоды мораль была выше писаного права, но и юридические установления подчас были впереди господствующей морали. Именно через право, к примеру, шел процесс преодоления кровной мести — одного из непререкаемых постулатов морали своего времени. Ныне утверждение институтов гражданского общества, этических норм идет в России в основном через право, его передовые формы.

3. Необходимо отметить еще одну грань проблемы, о которой в несколько иной плоскости упоминалось ранее.

Принято считать, что право — жесткий, строгий, сугубо формализованный регулятор, мораль же — регулятор более мягкий, не столь строгий, в большей мере соответствующий духовным началам в жизни людей и поэтому более социально ценный, более «высокий», имеющий дальнюю перспективу в своем существовании и в развитии общества.

Такое возвышение морали в сопоставлении с правом особо рельефно проявляется в переломные периоды истории, когда писаное право прошлого времени оценивается общественным мнением как откровенно реакционная, «контрреволюционная» сила.)само же это право рассматривается в основном под углом зрения уголовного и административного законодательства. Это было характерно для России после революционных событий 1905 г.; подобная негативно-приземленная оценка права выражена в произведениях ведущих русских мыслителей, таких, в частности, как В.С. Соловьев, Н.А. Бердяев. Последний писал, например: «Вера в конституцию — жалкая вера... Вера должна быть направлена на предметы более достойные. Делать себе кумира из правового государства недостойно»<sup>1</sup>. Аналогичный подход характерен сегодня для А.И. Солженицына, полагающего, что «нравственное начало должно быть выше, чем юридическое»<sup>2</sup>.

В приведенной оценке морали и права, несомненно, правильно то, что для писаного права действительно характерна наиболее высокая, так сказать, предельная (для сферы духовной жизни) внешняя объективизация, институционализация и отсюда большая четкость, строгость и формализованность регулирования. Оно действительно концентрирует жесткие государственно-принудительные меры воздействия; плюс к этому нормы писаного права могут «уходить» от требований естественного права, элементарных моральных представлений и норм.

Однако если рассматривать мораль и право более детально, в частности с точки зрения того, насколько органичны для них

<sup>1</sup> Бердяев Н. *Философия неравенства*. М., 1990. С. 109.

<sup>2</sup> Солженицын А. И. Как нам обустроить Россию. Посильные соображения. М., 1991. С. 59. Подробный анализ и оценку приведенных суждений см.: Туманов В.А. Правовой нигилизм в историко-идеологическом ракурсе // *Государство и право*. 1993. № 8. С. 56 — 58. Автор справедливо пишет, в частности: «...социальные схемы, отодвигающие право на задний план, делающие его чем-то второстепенным, в истории нашего общества пока ничего, кроме вреда, не приносили» (С. 58).



уточ-  
числе  
атри-  
тель-  
пришли

запреты и дозволения, то подобная оценка нуждается в |  
нениях, и довольно значительных.

Прежде всего содержащиеся в праве запреты (в том |  
большинство запретов, за нарушение которых предус- |  
ваются наиболее жесткие меры государственно-принуд- |  
ного воздействия — меры уголовной ответственности) |  
в него из морали. И запреты, связанные с элементарными пра- |  
вилами общечеловеческого общежития (не нарушать личную |  
телесную неприкосновенность, не оскорблять человека и др.), |  
и запреты специфически социального, нередко узкоклассового |  
содержания, призванные обеспечивать неприкосновенность, |  
защиту существующего строя, — все это по своему происхож- |  
дению есть требования господствующей морали.

Сами же жесткие государственно-властные меры воздейст- |  
вия восходят к государству и, строго говоря, не характеризу- |  
ют непосредственно правовое содержание юридического регу- |  
лирования, его специфику. Более того, при режиме законности |  
они потому-то и выражаются в праве, что таким образом воз- |  
можно их упорядочение, т. е. ограничение четкими рамками, |  
достижение единства применения, подчинение единым прин- |  
ципам, строгой процедуре.

Есть и еще одна грань проблемы, которая мало осмыслена! |  
нашей общественной наукой и не принимается во внимание! |  
общественным мнением. Ее суть состоит в том, что мораль да- |  
леко не всегда может быть оценена только положительно, она! |  
имеет и значительные негативные характеристики. И дело не |  
только в том, что наряду с общепризнанными элементарными! |  
моральными требованиями, с передовой моралью существуют! |  
архаичные, устаревшие, прямо реакционные моральные пос- |  
тулаты и нравы. Главное при этом заключается в том, что само! |  
по себе безграничное господство морали может стать удушаю- |  
щей тиранией над личностью, внести в систему социальной! |  
регуляции элементы неопределенности, произвольного катего- |  
рического диктата. В литературе даже высказано мнение, в! |  
соответствии с которым «тоталитаризм есть язык морали в! |  
той же степени, в какой морализирование есть язык тотали- |  
тарной политики». И это вполне понятно, так как мораль, ли- |  
шенная должной степени институализации, не имеет строгих! |  
границ и может открыть «моральный» путь к произволу. Поэ- |  
тому следует признать справедливыми мысли только что ци- |  
тированного автора: «...когда говорят, например, о цивилизо-!



Ш Мораль и право «суверенность» и взаимозависимость 1!  
я значении права, лично я вижу его величайшую  
миссию

ничении безграничных самих по себе притязаний морали»<sup>1</sup>

4. Приведенные соображения о неоднозначной роли морали (в ее соотношении с правом и авторитарно-тоталитарными режимами) позволяют с опорой на русскую либеральную правовую мысль с большей определенностью уточнить предназначение права на высших стадиях его развития в современном гражданском обществе

Главное здесь — это ясное понимание того, что право даже на самых высоких ступенях развития цивилизации вовсе не призвано играть роль некоего мессии, внедрять передовую мораль, нравственные идеалы, идеи Добра и Спасения.

Подход к данному вопросу должен быть такой же, как и к оценке «социальной» роли права, будто бы свойственного ему предназначения обеспечивать достойное существование человека, или, более того, земное воплощение некоего абсолюта, земного рая, коллективного добра.

Как показали российские правоведы-либералы еще в начале XX в, а затем Ф. Хакк (позже все это тысячекратно было подтверждено жуткой практикой социализма), подобные будто бы моральные и добрые, человеческие устремления с непреодолимой неизбежностью приводят к идеологии жертвоприношения во имя будущего, к оправданию террора и насилия величием исторических задач, а в конечном итоге — к утверждению общества тирании, самовластной диктатуры, несправедливости личности.

А как же тогда быть с утвердившимся в обществе и в науке мнением, в соответствии с которым право в целом должно быть моральным и должно нести в себе определенный минимум нравственности? Ведь пишет же, например, В.А. Туманов, что «право во всех его проявлениях — как нормативная система, движение общественных отношений, правосудие — должно быть пронизано нравственностью. Внутренняя моральность права — одно из важнейших условий его эффективности» (и надо добавить: самого его бытия. — С.А.)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Франц А. Б. Мораль и власть Политические заметки//Философские науки 1992 № 3 С 3—10

<sup>2</sup> Туманов В. А. Указ соч С 68

Тем не менее и моральность права, и его социальность {нужно, по мнению автора этих строк, понимать строго под углом зрения либеральных ценностей. Что это означает при характеристике соотношения права и морали в условиях современного гражданского общества? Наиболее существенными здесь являются следующие положения.

Во-первых, в праве должны быть выражены, присутствовать во всех его ипостасях и проявлениях элементарные общепризнанные, общечеловеческие моральные начала, основанные на христианских откровениях и заповедях.

Во-вторых, право призвано — и здесь главное звено его «состыковки» с моралью — воплотить, актуализировать, сделать реальной одну из высших моральных ценностей, имеющую общецивилизационное значение, — справедливость. Не случайно поэтому категории «право», «правда», «справедливость» на всех этапах цивилизации рассматривались как нечто единое, нераздельное.

С данных позиций вполне обоснованно видеть в праве нормативно закрепленную справедливость<sup>1</sup>. И надо думать, эта характеристика права настолько существенна, что при освещении его общих параметров, его силы, самой сути того, что выражено в понятии «правовые начала» (или «дух права»), указанную характеристику нужно поставить в один ряд с другими и видеть в праве как явлении цивилизации и культуры не только выражение высокой упорядоченности и значение гаранта свободы автономной личности, но и воплощение одного из высших нравственных принципов — справедливости.

<sup>1</sup> См.: *Лившиц Р.З.* Право и закон в социалистическом правовом государстве // Сов. государство и право. 1989 № 3. Автор пишет: «Полагаем, что такой подход позволяет, используя достигнутые научные результаты, сделать определенный шаг вперед. Понимание права как системы норм сохраняется. Таким образом, преодолевается отказ от нормативности, признание доказанного права, в чем обоснованно упрекали сторонников различия права и закона. Право как нормативно закрепленная справедливость включает не только законы (нормы), но и систему урегулированных ими общественных отношений (права и обязанности участников отношений, принципы регулирования и др.) Тем самым охватывается и широкое нормативное понимание права. Наконец, от концепции различия права и закона берется ее наиболее ценная идея о гуманистическом, демократическом содержании права. В понимании права как нормативно закрепленной справедливости последняя определяет содержание права, а ее нормативное закрепление — необходимую форму права» (С. 17).

В-третьих, право с точки зрения высшего своего предназначения призвано быть носителем (и по моральным градациям тоже) человеческого начала — естественно-правового требования свободы личности.

5. Характеристика права как явления морали имеет общемировоззренческое, общетеоретическое значение. Она дополняет ранее изложенные положения, сформулированные с позиций соотношения права, с одной стороны, и цивилизации и культуры — с другой. Надо полагать, в ходе дальнейшего анализа может быть достигнуто понимание права с новых, принципиально важных сторон (тем более что даже под углом зрения философов-классиков право оценивалось как мораль, регламентирующая правителя; обратим внимание — правителя!).

Вместе с тем было бы неверно переводить указанные характеристики на операциональный уровень, связанный с практической юриспруденцией. В частности, противоречило бы духу права и идее законности ставить саму возможность реализации юридических норм писаного права, их применение в зависимости непосредственно от моральных критериев и стандартов. Как верно отмечено в литературе со ссылкой на Р. Дворкина, «моральные стандарты определяют конкретное выражение правовых принципов и вообще имеют отношение к праву исключительно постольку, поскольку они имплицитно присутствуют в юридических текстах, политически введены в правовую систему»<sup>1</sup>. В дальнейшем мы еще вернемся к данному вопросу и, рассматривая соотношение писаного права и естественно-правовых, моральных начал, увидим, что отступление от установленных законом общих правил возможно либо в случаях и по основаниям, которые тоже устанавливаются законом либо признаны в конституционно-правосудном порядке (когда соответствующий правосудный орган решает дела не только на основе норм писаного права, но и на основании общих принципов права и прирожденных прав человека).

#### IV. Коллизии в праве

1. Правовая система, не достигшая уровня права современного гражданского общества (применительно к нашему времени это право власти), зачастую вступает в противоречие, в

<sup>1</sup> Сов. государство и право. 1989. №2. С. 146



коллизии с требованиями жизни общества, да и в целом оказывается не соответствующей, а порой и прямо враждебной требованиям современного естественного права, прирожденных прав человека

Чем это объяснить? Дело в том, что право, которое не обрело твердых, устойчивых, последовательно гуманитарных и демократических основ своего существования и функционирования в виде прирожденных фундаментальных прав человека, основополагающих демократических правовых принципов, частного права (такие основы связаны с современным гражданским обществом), легко может стать игрушкой в руках власти и одновременно мощным консервативным фактором

Ведь писаное право в силу своих институциональных свойств способно жестко зафиксировать, возвести в ранг незыблемых и неприкасаемых существующие порядки и отношения. А коль скоро перед нами право власти, то власть, всецело господствующая над действующим правом (законодательством), может усилить, усугубить реакционность этих порядков и отношений, в том числе увековечить себя, свой статус неприкасаемой и незыблемой власти, исключить наперед саму возможность изменить при помощи существующих юридических форм данный общественный строй, статус властвующих органов и порядок их формирования

Авторы, исследующие конфликтологию в праве, к сожалению, упускают из поля зрения отмеченную фундаментальную коллизию<sup>1</sup>, а если касаются ее, то подчас в упрощенном виде, рассматривая противостоящие писаному праву явления в виде «хорошего» или «интуитивного» права<sup>2</sup> (замечу, что подобные оценочные формулировки прежде при обсуждении данной проблемы не употреблялись)

Между тем, отдавая должное тому повышенному вниманию, которое в настоящее время все больше уделяется закону, писаному праву (в том числе и теми авторами, которые не так давно жестко отделяли друг от друга право и закон, возвеличивая первое и принижая второе), не следует закрывать глаза на тупиковый характер ситуации, при которой действующая

<sup>1</sup> См *Тихомиров Ю.А.* Юридическая коллизия, власть и правопорядок // Государство и право 1994 № 1 С 3 и сл

<sup>2</sup> См *Кудрявцев В.Я.* О правопонимании и законности // Государство и право 1994 № 3 С 5—7

юридическая система, выступающая в виде права власти, консервирует, увековечивает отжившие общественные порядки, становится непреодолимой преградой на пути назревших преобразований в обществе.

Здесь речь идет не просто об одной из проблем нашего социального развития, которая приобрела особо острое значение в посттоталитарных российских условиях. Это и проблема фундаментального теоретического порядка, решение которой предполагает основательное проникновение в саму природу права как институционального образования и — что особенно существенно — проникновение на основе «понимания соотношения институциональных свойств права и «гуманитарных ступеней» его развития, понимания противоречивости, социальной неоднородности того феномена, который может быть назван правом власти. Все это, как уже отмечалось, и явилось одной из предпосылок, побудивших в том, чтобы выделить вопрос о соотношении позитивного права с его духовно-гуманистическим содержанием в качестве центрального звена теоретических положений, рассматриваемых в этой книге.

2. Характеристика права в качестве нормативного институционального образования означает, что в практической жизни, в реальном бытии фактическим регулятором, государственно-официальной основой для определения правомерности или неправомерности поведения участников общественных отношений являются только и исключительно нормы писаного, позитивного права.

Стало быть, если естественные права, а также базирующиеся на них гуманитарно-моральные критерии представляют собой в известном смысле первооснову действующей юридической системы, то непосредственно регулирующей силой, юридически значимым фактором в практической жизни являются нормы писаного права.

Но как же быть в случае, если нормы писаного права отстают от изменяющейся жизни и в данный момент предстают в виде консервативного, даже реакционного явления, несовместимого с естественно-правовыми требованиями и просто со здравым смыслом? Здесь нужно со всей определенностью сказать о том, что и в этом случае нормы писаного права остаются единственной основой для определения правомерности или неправомерности соответствующего поведения. И в каждом жизненном эпизоде, когда поведение лица не соответствует

нормам действующего права, этот факт должен быть зафиксирован с необходимой четкостью.

Другой вопрос, что в рассматриваемых ситуациях компетентный орган, прежде всего орган правосудия, может (а при определенных обстоятельствах и должен) не применять к формальному нарушителю меры государственно-принудительного воздействия, юридической ответственности, санкции. Но это именно другой вопрос. Сам же факт правонарушения должен быть строго зафиксирован (далее мы затронем еще более сложную ситуацию — силу и судьбу норм писаного права при смене социального строя).

Особо необходимо сказать о фундаментальных прирожденных правах человека, которые в условиях гражданского общества приобретают непосредственно-юридическое действие (такое действие закреплено в российской Конституции). Могут ли они становиться правовой основой поведения в обстановке, когда нормы действующего писаного права диктуют иной вариант поступков (такая проблема, в частности, возникла в России в 1994 г. по делу Мирзоянова, обнародовавшего данные о производстве химического оружия)?

Не вызывает сомнения, что в демократическом обществе каждый гражданин, определяя свою гражданскую позицию, вправе и даже обязан руководствоваться требованиями, вытекающими из фундаментальных прав человека. Если же при этом нарушаются нормы писаного права, то факт их нарушения, как отмечалось, должен быть зафиксирован, а вот применение государственно-принудительных последствий и в данном случае должно быть прерогативой органов правосудия. Именно они могут опираться непосредственно на критерий прав человека при определении юридических последствий неправомерного поведения и в этой связи отказываться, на мой взгляд, от применения санкций.

3. Есть еще один элемент правовой действительности, который в соотнесении с писаными нормами может быть взят за основу при решении юридических вопросов органами правосудия. Это основополагающие принципы права.

Нередко принципы права воспринимаются и в теории, и на практике только как некие обобщения, декларации, не имеющие непосредственно-регулирующего значения.

Между тем принципы права, в особенности основополагающие принципы, характеризующие качественное своеобразие

юридического регулирования, призваны выполнять определяющие функции в правовом воздействии на общественную жизнь. Ибо такого рода принципы представляют собой концентрированное выражение права данной\* страны, своего рода чистые сгустки правовой материи, выкристаллизованные в правовой системе. И вполне понятно в этой связи, что принципы права выступают в качестве исходных ориентиров в правовом поведении, при применении и толковании права. Особо существенное значение принципы права в рассматриваемом отношении приобретают тогда, когда они являются (пусть и с опережением) принципами права гражданского общества.

В то же время надо видеть, что принципы права в рассматриваемом смысле — это не просто некие сугубо духовные фантомы и даже не категории правосознания. Они должны быть выражены в праве, в текстах законодательных актов (в виде текстуальных формулировок или в виде «растворенных» в тексте ряда статей нормативных положений); причем в современных условиях они могут быть своего рода форпостами передовой юридической системы — права гражданского общества.

Таковы, в частности, выраженные в тексте Конституции принципы народовластия, разделения властей, федерализма. В области имущественных отношений — это закрепленные в ст. 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации равенство участников отношений, неприкосновенность собственности, свобода договоров, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела и др. В области уголовного судопроизводства — ответственность за вину, презумпция невиновности, ряд других.

И в данном случае возникает вопрос о подходе к ситуациям, когда нормы писаного права не согласуются с принципами права или даже противоречат им. Понятно, что приведение в соответствие того и другого — это прерогатива законодателя. Но если законодатель не делает этого или даже, более того, консервирует писанные нормы, противоречащие общим принципам? Именно это и произошло в России в 1992 — 1993 гг., когда Съезд народных депутатов и Верховный Совет упорно сохраняли указанные противоречивые элементы в конституционном тексте. Как же быть с такого рода коллизией?

С принципиальной точки зрения в условиях повседневной, нормальной жизни общества ответ здесь один: указанную коллизию кроме законодателя может решить только суд, компетентный орган правосудия. Те или иные лица могут совершать



определенные действия со ссылкой на закрепленные в законе принципы права, хотя бы такого рода действия и не соответствовали нормам писаных юридических источников. Но эти действия не могут априорно рассматриваться в качестве правомерных. Таковыми — в случаях существования в законодательстве соответствующих принципов права — они могут быть признаны судом, органом правосудия (особенно в области частного права в соответствии с принципами, закрепленными в ст. 1 Гражданского кодекса).

4. Острая проблема, связанная с действием писаного права, возникла в России в сентябре—октябре 1993 г., когда указом Президента был распущен Верховный Совет и назначены новые выборы в соответствии с «президентским» проектом Конституции.

Один из российских правоведов, сказавший одобрительные слова в отношении формулировок, в которых отделяются друг от друга «право» и «закон», отметил в этой связи, что «события сентября—октября 1993 г. изменили не только политическую, но и правовую ситуацию и пролили несколько иной свет на приведенные ... формулировки»<sup>1</sup>.

Между тем едва ли такие обобщенные характеристики справедливы. События сентября — октября 1993 г. — это особый случай в жизни общества, и теоретические положения, вырабатываемые в отношении этих событий, вовсе не должны распространяться на обычную, стандартную, нормальную жизнь общества. Ибо события сентября — октября 1993 г. не просто кульминация, драматический всплеск конфликта между двумя «ветвями» власти (как до сих пор многие авторы оценивают происходящие в ту пору процессы), а столкновение двух систем власти, когда решались проблемы перехода от тоталитарного коммунистического строя к демократическому строю и правам человека и на карту была поставлена сама возможность такого перехода.

При этом следует принять во внимание, что существующий строй никогда не создает такие юридические механизмы, выраженные в писаном праве, которые бы позволили «законно» перейти к новой системе общественных отношений. Более того, в России Съезд народных депутатов и Верховный Совет (утратившие по сути дела свою легитимность после распада Со-

<sup>1</sup> Кудрявцев В. Н. Указ, соч С. 5.

юза), пользуясь в соответствии с действовавшей в то время прежней Конституцией монополией на законодательство, нацеленно и жестко законсервировали существующие порядки, систему Советов, их всевластие, законодательно исключили саму возможность их преобразования, перехода к новому, демократическому строю.

Как тут быть, если исходить из незыблемости писаного права, действующего закона?

Можно было, разумеется, все оставить на «исторический самотек»: зарождающаяся новая власть (она в то время виделась в институте президентства) могла сдать свои позиции, предоставив обществу развиваться эволюционным путем. Рано или поздно новое даже в рамках прежнего законодательства пробило бы себе дорогу. Абстрактно рассуждая, можно прийти к выводу, что это, по-видимому, был наименее болезненный путь.

Но в условиях разрушенной тоталитаризмом России он представлялся в те годы (да и не только в те годы) совершенно неприемлемым: эволюционные преобразования, как свидетельствует исторический опыт, растягиваются в этом случае на многие-многие десятилетия, проходя через ряд полос потрясений и катаклизмов. Все это посттоталитарная страна едва ли способна выдержать.

Известные благоприятные предпосылки решения возникшей в это время трудноразрешаемой задачи состояли в том, что существовал институт президентства, в соответствии с которым *Президент* все более утверждал себя в качестве главы государства, а! также в том, что в текст в общем устаревшей Конституции были внесены положения об основополагающих принципах права, (соответствующих правовым началам гражданского общества) и о фундаментальных правах человека.

Идеальным в этих условиях вариантом было бы использование механизма правосудия. Хотелось бы еще раз сказать о том, что, с точки зрения автора этих строк, коллизии между писаным правом и другими правовыми реалиями кроме самого законодателя могут решить только органы правосудия, занимающие принадлежащее им в гражданском обществе высокое место и способные принимать самостоятельные решения на основе основополагающих правовых принципов и фундаментальных прав человека.

И в данном случае социальная интрига осени 1993 г. могла бы получить в России законное разрешение, если бы компетентный правосудный орган, правомочный на оценку действующего законодательства с точки зрения принципа права и фундаментальных прав человека (такую миссию мог бы взять на себя Конституционный Суд), совершил упомянутую акцию. Этого не произошло: Конституционный Суд не вышел за пределы одних лишь норм писаного права.

Это дело, как уже говорилось, взял на себя Президент Российской Федерации.

Хотя Президент как глава государства призван выполнять функции арбитра, обязанного обеспечивать гармоничное функционирование всех государственных органов (функции, близкие к правосудным), возникли и остаются сомнения, вправе ли был Президент осуществлять указанную акцию. Эти сомнения становятся еще более серьезными, если учесть, что действия Президента хотя и решили определенным образом конституционный кризис, тем не менее имели и негативные стороны. Во-первых, они нарушали нормы действовавшего в то время позитивного права (а общество всегда с неодобрением реагирует на этот факт), и, во-вторых, они фактически означали применение насилия, пусть и прикрытого юридизированными формулировками (что закладывает импульс насилия в политические отношения и на будущее).

В кризисные дни осени 1993 г. были предприняты попытки объяснить с юридических позиций акцию Президента. Наиболее часто звучащее в то время объяснение — это ссылка на различие между правом и законом, на то, что Президент хотя и нарушил закон, но действовал по праву. В противовес этому автор этих строк попытался найти юридические основания президентским действиям в действующем праве — в содержащихся в нем основополагающих принципах и фундаментальных правах человека и в том еще, что в результате нарушения конкретных писанных норм, относящихся к праву власти, открывается путь к формированию права гражданского общества.

Далеко не во всем указанные попытки, даже ориентирующиеся на действующее законодательство, можно признать корректными: хотя функции Президента близки к правосудным, они все же не являются правосудными в точном смысле, не связаны жесткими процедурами и гарантиями. Да и вообще

перед нами такая переломная ситуация, об оправданности которой в конечном итоге судит только История.

Достигнутые в настоящее время результаты начавшихся в ту пору процессов противоречивы. Наряду с тем, что сделаны определенные шаги к формированию права гражданского общества (более полное закрепление в Конституции прав человека, принятие первой части Гражданского кодекса), есть и факты иного рода. Уже в ходе осенних событий 1993 г. в обществе 3 — 4 октября возникла ситуация «права войны», усилились авторитарные начала в президентской и в исполнительной власти, увеличилось количество случаев нарушения Конституции и законов, импульс насилия обернулся страшной бедой в результате военных действий в Чечне.

Возможно, сила писаного права оказалась более значительной, чем это принято считать, и сообразно этому нарушение писанных норм, как бы убедительно оно ни обосновывалось, мстит за себя. Увы, ни мировая практика политико-государственной жизни, ни недавние события в России не дали убедительного ответа на вопрос о самой возможности безболезненно-законного перехода от одного общественного строя к другому. В обстановке общественного слома, глобальных сдвигов в жизни общества право оказывается беспомощным перед самой драматической ситуацией в жизни общества, перед властью.

#### **V. Итоговые положения. Определение права**

1. Особенности права как нормативного институционального образования позволяют выделить те его наиболее существенные черты, которые важны с точки зрения прикладной, практической деятельности, законности.

В этой связи нужно сделать некоторые предварительные замечания.

В юридической науке вопрос об определении права приобрел значительно большую остроту, нежели в других гуманитарных науках вопрос об определении соответствующих явлений и предметов. Это может показаться неоправданным, ибо социальные явления настолько сложны, многоплановы, отличаются таким разнообразием форм выражения, такими тонкими, подчас трудно схватываемыми характеристиками, что их невозможно выразить в жестких терминах и кратких дефинициях.

Между тем именно в юридической науке, в особенности в области аналитической юриспруденции, краткое и четкое определение права все же крайне необходимо. В этой области, с которой связана основная идея этой книги — институциональная трактовка права в сочетании с его гуманитарной характеристикой, определение права имеет непосредственно практическое значение. Здесь нельзя ограничиться в общем верными формулировками о праве как мере свободы, нормативной справедливости или средстве общественного согласия, компромисса. Определение должно быть операциональным, на его основе должны решаться в высшей степени важные практические вопросы, прежде всего о том, можно ли и допустимо ли с опорой на данное определение — именно на него — признавать поведение людей правомерным или неправомерным со всеми вытекающими из этого последствиями, нередко очень существенными.

Вместе с тем надо признать с сожалением, что требование жесткой дефиниции приобрело в советской юридической науке общее значение, что вряд ли можно считать оправданным. Из сферы аналитической юриспруденции оно было распространено и на общие, философско-мировоззренческие характеристики права. С конца же 1930 г., когда классовое определение права, сформулированное Вышинским именно с ортодоксальных философских позиций, было канонизировано, ракурсы разноплоскостного видения права (философского и операционального) вообще были утрачены. И до сих пор, пожалуй, сложные вопросы понимания права зачастую сводятся к конкуренции определений, причем каждый из авторов считает предлагаемое им определение единственно возможным, единственно верным.

2. При любом подходе, ставится ли задача дать философскую характеристику права или сформулировать операциональное определение, важна общая ориентация в понимании права.

С этой точки зрения необходимо внимательно присмотреться к такой распространенной и поныне ориентации, при которой право характеризуется как система норм, а последние понимаются в качестве предписанных моделей программируемого государством поведения людей.

Строго говоря, трактовка права как системы норм-предписаний, их характеристика в качестве моделей поведения, сведение полностью или частично субъективных прав к правам

требования, освещение реализации права как воплощения правовых предписаний в жизнь — эти и некоторые другие аналогичные распространенные научные положения имеют общий смысловой оттенок: все они ориентированы в основном на позитивные связывания.

Для рассмотрения права и правовых явлений под таким углом зрения, утвердившимся в нашей науке с 30-х годов, есть свои основания. Позитивные связывания, через которые во многом осуществляется деятельность, государства, направленная, как было декретировано официальными установками, на строительство социализма и коммунизма, предстают в виде наиболее «сильного» инструмента правового воздействия, зримо и четко выражающего активную роль государства и права сообразно коммунистическим идеалам.

Между тем позитивные обязывания характеризуют не единственный, и даже более того, не собственно правовой канал воздействия на общественные отношения. Ранее уже отмечалось, что они в большей мере выражают роль государства, его качества и свойства, его императивно-властную деятельность, осуществляемую в многообразных формах, в том числе через право, которое в этом случае выступает в качестве права власти. Надо заметить, что подобная трактовка права имеет тоталитарное звучание. Ее источник — авторитарный режим власти, преобладание командно-административных, бюрократических методов управления, господство разрешительных, ограничительных, предписывающе-запретительных тенденций в социальной жизни, что способствовало преувеличению роли позитивных обязываний, приданию им приоритетного значения и в области права.

Настало время сменить акценты в самой ориентации понимания права, выдвинуть на первое место органически присущий ему элемент — юридические дозволения. И такая ориентировка существенно меняет видение права, всего комплекса правовых явлений, само юридическое мышление, которое призвано отвечать потребностям современного гражданского общества.

Самое важное здесь заключается в более глубокой трактовке определяющего качества права — его нормативности, которая не сводится к этатическим характеристикам.

Не касаясь всего круга возникающих здесь вопросов (нормативность с точки зрения глубинных ее основ уже рассмат-

ривалась ранее), представляется необходимым подчеркнуть следующее. С тем, чтобы указать на связь юридических норм с государством, на их общеобязательность, можно сохранить при освещении юридических норм термин «предписание», но связывая его в основном с правотворческой и правообеспечительной деятельностью компетентных государственных органов. Однако этот термин, поскольку речь не идет отдельно о позитивных обязываниях, вряд ли пригоден при рассмотрении регулирующей сути юридических норм в целом, тем более если понимать под ними модели поведения. Если же иметь в виду дозволения и запреты, содержащиеся в праве, то оно вообще не предписывает никаких моделей поведения. Юридические нормы — это нормативные основания, единые формально фиксируемые нормативно-государственные критерии правомерного поведения, определяющие простор юридически допустимого и юридически защищенного поведения (дозволения) и пределы такого поведения (запреты).

В указанном направлении и нужно уточнить принятую в науке общую характеристику регулирующей роли юридической нормы. Как общедозволительное правило юридическая норма призвана не регламентировать, не определять поведение людей, а только *направлять* его (включая, конечно, и возможность прямой регламентации на отдельных участках социальной жизни). Применение более широкого термина «направлять поведение» должно «снять» с характеристики нормы этапический оттенок, охватить и те случаи правового регулирования, которые выражают действие юридических дозволений и запретов.

Следовательно, основное социальное предназначение права с указанных позиций прежде всего состоит в том, чтобы быть устойчивым, надежным регулятивно-охранительным механизмом, который гарантированно обеспечивает простор правомерному поведению участников общественных отношений, выражающий действие экономических, общесоциальных закономерностей, и функционирование которого находится в глубокой органической взаимосвязи и взаимодействии со всей системой экономических, общесоциальных, в том числе психологических, регуляторов, стимулов поведения людей, их коллективов, со всей системой материальных и духовных интересов.

Еще раз приведу образное сравнение, которое я использовал в другой работе. Право напоминает, пожалуй, не матрицу,

на которой запрограммированы все возможные варианты человеческих поступков и по которой «печатается» поведение людей, а скорее обширную «раму», состоящую из такого рода программ, а еще более из ячеек различных объемов и форм, образующих пространство для собственного поведения участников общественных отношений. Наложённая на реальную социальную жизнь, на разнообразные общественные отношения, «рама» должна так органично включиться в социальную жизнь, чтобы создать оптимальные возможности для целенаправленного, устойчивого и динамичного функционирования общественной системы в соответствии с принципами свободы, гуманизма и при максимальном использовании духовных и материальных интересов человека, коллективов людей. В какой мере действующее позитивное право («рама») согласуется с особенностями и требованиями общественной системы, дает или не дает простор поведению участников общественных отношений, направляет или не направляет его в соответствии с началами свободы, с требованиями экономических и других социальных закономерностей — от этого в первую очередь зависят эффективность и социальная ценность права в том или ином обществе и даже такие его особенности, как, например, объем использования жестких государственных мер для реализации правовых установлений.

Предлагаемая научная ориентация в понимании права, основанная на сочетании его общего гуманитарного видения и институционального подхода, представляется особо существенной в отношении нашего общества. Она в высшей степени важна для уяснения ценностей и перспектив развития права, для выработки краткого операционального его определения.

3. Как бы ни было важно краткое операциональное определение права, формулируемое в основном в институциональном плане и необходимое в практической юриспруденции, исходна все же его общая характеристика как явления цивилизации, культуры, это то, что в основном охватывается духовно-гуманистическими особенностями права.

Здесь вряд ли возможно ограничиться какой-то одной формулировкой, тем более краткой и жесткой. Еще более существенно то, что многие соображения, высказанные по поводу общего понимания права, в данном ракурсе в целом обоснованы. Верно то, что право представляет собой и «меру свободы, защищаемую государством», и даже «математику свободы», и



«выражение справедливости», и в какой-то мере «минимум морали»; тем более верно, что право — это «средство соглашения, компромисса, учета различных интересов», верен и ряд других аналогичных приведенным здесь или близким им по смыслу суждений.

Более того, по отношению к тем периодам развития общества, когда существуют авторитарные режимы, право — разумеется, без претензий на операциональную жесткость — без колебаний может быть охарактеризовано, как это ранее делалось с ортодоксальных марксистских позиций, как возведенная в закон воля господствующего класса, определяемая материальными условиями его жизни (при том условии, правда, что «возведение в закон» рассматривается в качестве некоторого воплощения цивилизационных начал: «воля класса» возводится все же на новую плоскость, приподнимается над сугубо классово-политическими отношениями и порядками). Естественно, нельзя забывать и то, что канонизация классового и в то же время формалистического определения права, сводимого по сути дела к одной лишь системе норм, а точнее, к праву власти, в обстановке безраздельного господства сталинской тоталитарной идеологии явилась очевидным социальным заказом последней, хотя советские юристы немало потрудились над тем, чтобы облагородить дефиницию, сформулированную в конце 1930-х годов Вышинским и возведенную затем в ранг классической<sup>1</sup>, придать ей цивилизованный вид.

А теперь самое главное. Было бы неоправданно придавать исключительное, всеобщее значение философской характеристике права.

И дело не только в том, что в сфере практической юриспруденции, где необходимы операциональные определения, при использовании указанной характеристики мы бы столкнулись с возможностью признания поведения правомерным или неправомерным на основании весьма неопределенных критериев, что никак не согласуется с требованиями законности, но что входило, видимо, в «заказ» тоталитарной системы (и увы, проявилось в тех драматических ситуациях, когда, как это случилось в России в сентябре — октябре 1993 г., отступления от

<sup>1</sup> Весьма сурово (но справедливо) подобные определения оценены как «позорный пробел», «юридическая низость» (си.: Вопросы философии. 1990. № 6. С. 6)

норм писаного права обосновывались пониманием права как меры свободы в противопоставлении закону).

Дело главным образом в том, что само право может рассматриваться под углом зрения двух взаимосвязанных, но все же различных срезов социальной действительности, двух, как говорилось ранее, ипостасей, или измерений.

Первый срез, осмысливаемый с точки зрения философских, мировоззренческих категорий, — это место, функции и предназначение права в общей цепи явлений цивилизации, культуры. Именно поэтому тут на первый план выдвигаются понятия «свобода», «справедливость», «мораль» и др. Даже понятия «нормативное», «норма» имеют в данном ракурсе глубокий и основательный смысл, отражающий потребность утверждения в обществе нормативных начал, «объективных» норм<sup>1</sup>.

Второй срез, осмысливаемый главным образом с точки зрения понятийного аппарата юридической науки, — это особенности права как своеобразного, даже уникального социального феномена — нормативного институционального образования (или, как отмечалось в философской литературе, «категорическо-императивного образования», противопоставляемого «парадигмальному антиюридизму» — Э. Ю. Соловьев)<sup>2</sup>.

Необходимо с полной определенностью сказать: нет решительно никаких оснований для противопоставления двух указанных срезов. Более того, право не может быть в полной мере освещено, если не использовать эти два подхода одновременно. Видимо, только печальным наследием прошлого, требующим сведения явлений к одной простой, обычно канонизируемой формуле, опирающейся на высказывания «классиков» (а все иное — от лукавого или, хуже того, «отступления» и «извращения»), можно объяснить ту жесткость и непреклонность, с какой сторонники той или иной характеристики отстаивают одну из них и решительно отвергают другую.

Между тем важно не упускать из поля зрения единства и связи между ними. Речь ведь и в том, и в другом случае идет об одном и том же социальном феномене, который лишь по-

<sup>1</sup> В философской литературе высказано мнение, что право находится между двумя «полосами» нормативного — нормативным как среднестатистической категорией и нормой как идеалом (см.: *Холстинин Р.М.* Взаимодействие философии и права в России. Очерки русской философии XVIII — XX вв. Екатеринбург, 1994. С. 134).

<sup>2</sup> См.: Вопросы философии. 1992. № 6. С. 26.

разному разворачивается в двух различных системах общественных отношений и понятийное истолкование которой возможно в двух ракурсах. В обоих случаях необходимо выразить в формулировках главное — то, что само существование и предназначение права вызвано необходимостью нормативного упорядочения общественных отношений, а также то, что главным пунктом, сердцевиной этого упорядочения является утверждение свободы автономной личности, простора юридически дозволенного поведения.

4. При освещении права под углом зрения вопросов практической юриспруденции, когда необходимо сформулировать строгое операциональное определение, наиболее существенными, надо полагать, являются следующие его черты (выражающие институциональные свойства права):

1) право — это система общеобязательных норм. Настойчивость, с какой большинство отечественных правоведов защищают нормативное понимание права, объясняется не только важностью исходных философских и общетеоретических положений, лежащих в его основе, но и его значением для обоснования идеи строжайшей законности в нашем обществе, для решения многообразных вопросов законодательства, юридической техники<sup>1</sup>. Нормативные определения оказались вполне удовлетворительными и при рассмотрении правовых вопросов на уровне отраслей права, каждая из которых вообще не может быть определена иначе как при помощи формулировки «система норм»;

2) нормы, из которых образуется право, выражаются в законах, иных признаваемых государством писанных источниках. Признание государством источников, посредством которых право объективируется, является главным «энергетическим каналом»: через него происходит придание нормам юридической силы, качества общеобязательности, что и предполагает использование в необходимых случаях для обеспечения действия юридических норм государственного принуждения (в связи с этим нет нужды специально выделять в качестве особого признака момент государственной обеспеченности права, придающий его определению этатический оттенок);

3) система норм, образующих право, выступает в качестве общеобязательного критерия правомерности поведения учас-

<sup>1</sup> См. *Лейст О.Э.* Три концепции права // *Государство и право.* 1991. № 12. С 3—4.

тников общественных отношений. Право под этим углом зрения предстает в виде определителя (меры) юридически дозволенного, правомерного поведения людей, их коллективов, социальных образований и, следовательно, критерия юридической правомерности (соответственно неправомерности) этого поведения. Научная корректность институциональной концепции права, оттеняющей его значение как мощной социальной силы, обусловленной потребностями общественной жизни, в том и состоит, что указанный подход помимо всех иных моментов объясняет, почему необходимо, чтобы свобода поведения участников общественных отношений воплощалась в системе субъективных юридических прав, опирающихся на государственно-властный критерий правомерного и неправомерного, т. е. на специфическое нормативное институциональное образование — объективное писаное право;

4) право призвано направлять поведение участников общественных отношений, причем так, чтобы основой такого поведения была юридическая дозволенность.

6 праве, разумеется, немалое место занимают также юридические запрещения, юридические предписания и связанные с этим юридическая ответственность, иной юридический инструментарий. Но все же стержнем юридического регулирования, который и делает право правом, являются дозволения. Такое понимание позволяет перекинуть мостик от формально строго операционального определения права как системы норм к его общей мировоззренческой характеристике, где первое место занимает категория свободы.

Суммируя приведенные основные черты права как нормативного институционального образования, его общее краткое операциональное определение можно сформулировать следующим образом:

право — это *система норм, выраженных в законах, иных признаваемых государством источниках и являющихся общеобязательным нормативно-государственным критерием правомерно-дозволенного (а также запрещенного и предписанного) поведения.*

5. В нашей юридической науке распространено широкое понимание права, явившееся научной реакцией на господствовавшие ранее сугубо догматические, канонизированные определения, в соответствии с которыми нормы, содержащиеся в любом государственном акте, да притом имеющие характер государственно-властных предписаний, объявлялись правом.

Речь идет о таком широком понятии, которое в единстве охватывает все явления, обозначаемые рассматриваемым термином, т. е. и право как юридическое явление (объективное и субъективное), и разнообразные явления, обозначаемые словом «право» в общесоциальном смысле (моральные права, права-обычаи, права человека, другие непосредственно-социальные права и т. д.).

Надо видеть, что существуют серьезные препятствия к объединению столь разнообразных явлений одним понятием — «право в широком смысле». Они касаются главным образом теоретических и практических вопросов юридической науки, вопросов законности, многообразных вопросов практики юриспруденции. И дело не только в том, что упомянутые феномены являются слишком разноплоскостными, разнокачественными. Охватываемая одним термином характеристика права как особого социального явления нерасторжимо связана с пониманием его как институционного образования.

Не менее важно то, что с таким пониманием права сопряжены и сугубо практические интересы. Ведь для совершенствования законодательства и юридической практики нужно раскрыть особенности и закономерности именно права как юридического институционного образования, а с ними связаны потребности законности, юридической обоснованности принимаемых судом и другими юридическими органами решений. Только на основе норм, выраженных в законе, в других признаваемых государством источниках, в полном согласии с требованиями законности можно определить правомерность поведения тех или иных лиц и вынести законный юридический акт. И от этого при всей сложности вопросов коллизий в праве, о которых ранее уже говорилось, нельзя отступать ни на шаг.

И все же есть основания и для формулирования широкого понятия права, которое охватило бы в единстве все явления, обозначаемые данным термином. Эти основания заключаются в том, что во всех своих значениях термин «право» выражает нечто общее в ряду различных социальных явлений, а именно социально обоснованную меру свободы. И хотя такое понятие широкое и предельно абстрактное, оно все же имеет определенное научное и идейное значение (например, позволяет давать этико-идеологическую оценку юридическим системам реакционных режимов, рассматривая их с указанных позиций как неправовые, или же аналогичным образом оценивать от-

дельные правовые акты действующего законодательства и юрисдикционных органов).

Не следует лишь перекрывать указанным широким понятием, имеющим сугубо этико-философское, аксиологическое значение, все другие, прежде всего понятие права в строго юридическом смысле, а тем более принижать значение писаного права как единственного критерия правомерного и неправомерного. Для юридической науки принципиально важно видеть качественное своеобразие права как институционального образования, которое, конечно же, тоже опосредует социальную свободу, выражающую требования цивилизации, культуры, морали. Посредством государственной деятельности, путем закона, иных признанных государством источников соответствующая система норм получает свое самостоятельное существование в виде особого институционального образования и действует в качестве мощной социальной силы, юридического критерия правомерности поведения, основы субъективных юридических прав и юридических обязанностей. В перспективе же она призвана стать обителью и гарантом свободы человека — реализовать естественно-правовые требования свободы личности.

И еще один момент, ранее упомянутый. Все же до нынешнего времени понимание права нашей наукой носит еще во многом публично-правовой оттенок. В этом отражаются реалии огосударственного общества и императивный ленинский постулат («мы ничего частного в области хозяйства не признаем...»). Надеюсь, что возрождение идеи частного права усилит преимущественно дозволительную научную интерпретацию права, поставит в один ряд с юридическими нормами другие элементы писаного позитивного права (что уже нашло выражение в новом российском гражданском законодательстве — см. ст. 422 первой части Гражданского кодекса Российской Федерации). А все это предопределяет весьма конструктивную перспективу дальнейшей разработки общего понятия права.

## Глава шестая

### Сила права

#### I. Право как ценность

1. В связи с развитием направления философской мысли, называемого аксиологией (учением о ценностях), стало возможным охарактеризовать место и роль права в жизни общества более четко и основательно.

Право в обществе в условиях цивилизации с аксиологической точки зрения — это не только необходимость, средство социального регулирования, но и социальная *ценность*, *социальное благо*.

Исходным для понимания права в этом качестве являются его особенности как институционного образования. Благодаря своей институционности право обладает рядом высокозначимых свойств — общеобязательной нормативностью, формальной определенностью, высокой обеспеченностью и другими, раскрывающими его миссию существенной социальной силы общества, носителя значительной социальной энергии.

Сила права в этой и других плоскостях подробнее будет рассмотрена дальше. Для начала же предстоящего анализа необходимо хотя бы в самой общей форме обозначить несколько исходных моментов, характеризующих результативные качества права, — тот первичный эффект, к которому может привести надлежащее, корректное и целеустремленное использование свойств права как нормативного институционного образования.

Во-первых, это возможность (способность) обеспечить *всеобщий устойчивый порядок в общественных отношениях*<sup>1</sup>. Решающую роль в данной плоскости играет нормативность права, отличающаяся общеобязательностью, всеобщностью. Это позволяет добиться такого состояния жизни общества, когда регламентированный юридическими нормами порядок одинаково

<sup>1</sup> По мнению Р. З. Лившица, «все представления о праве опираются на общую основу, право для людей всегда выступало как **определенный порядок** в обществе» (*Лившиц Р. З. Теория права*. М., 1994. С. 11). К этому следует лишь добавить, что для людей право всегда выступает именно как **п р а в о** — источник (обитель) прав для тех или иных субъектов.

действует во всей стране, притом постоянно, неизменно, непрерывно во времени.

Во-вторых, это возможность или способность достигнуть *определенности*, точности в самом содержании общественных отношений. Здесь главная роль принадлежит другому свойству права — его формальной определенности. Хотя именно с этим свойством права в значительной мере сопряжена его формализованность, закрепление юридических норм в письменных источниках (а отсюда проистекает одна из решающих особенностей права — его институционность, его своего рода «вещественная» объективированность, существование его в виде писаного феномена), все же следует уделять повышенное внимание самой этой определенности. Ведь как раз она раскрывает то, что правовое регулирование имеет четкие границы, показывает — и это особенно важно — предназначенность, предопределенность предмета, характера возможного или необходимого поведения. Нетрудно увидеть, насколько это существенно для права, для требований законности. Правовое регулирование вследствие этого приобретает многие черты, которые делают его высоко социально ценным: оно способно охватывать все необходимые формы социальной жизни, не оставляя «дыр» и «пустот» в регулировании, что позволяет резко отделить правомерное поведение от произвола и своеволия. Это касается как запретов и позитивных обязывающих, т. е. юридических обязанностей, связанной с ними юридической ответственности, так и дозволений, т. е. субъективных прав.

В-третьих, это возможность *достигнуть гарантированного результата*. Рассматриваемая особенность права выражается в позитивных юридических обязанностях и в высокой степени их обеспеченности, опирающейся на государственное принуждение. В принципе эти качества позволяют рассчитывать на то, что в итоге интенсивного использования правовых средств наступит запрограммированный, ожидаемый эффект. Связь с прямым государственным воздействием придает этой стороне ценности права противоречивый характер и имеет определенные негативные последствия.

Да и вообще, как станет ясно из последующего изложения, три отмеченных момента — лишь некоторые исходные точки отсчета для более широкой и многогранной характеристики того, что можно ожидать от права, от эффективного использо-



вания его потенциалов при всей сложности, разнозначности юридического воздействия на жизнь общества.

А сейчас дополнительно нужно отметить, что ценность права не исчерпывается возможностями или способностями, заложенными в его свойствах. Не менее существенно то, что право во второй своей ипостаси представляет собой глубинный элемент общественной жизни, не только призванный реализовать ряд основополагающих требований цивилизованного общества, но и вбирающий в себя ценности цивилизации и культуры. Более того, он сам становится такой в высшей степени значимой ценностью, что решающим образом зависит от стадии «восхождения» права, характера и глубины его гуманитарного содержания. Это и связано как раз с характеристикой права в качестве социального феномена, обладающего инструментальной и собственной ценностью.

2. Если не идти дальше рассмотрения права как регулятора общественных отношений, то его миссия в обществе сводится в основном к *инструментальной ценности*.

В силу самого хода исторического развития право сложилось во взаимодействии с государством как нормативное институциональное образование, имеющее набор весьма эффективных свойств, прежде всего общеобязательную нормативность, формальную определенность, высокую государственную обеспеченность. Иными словами, возник довольно мощный регулятивный феномен, обладающий значительной социальной энергией. Возник и обрел относительную самостоятельность, оторвался от непосредственных причин, его породивших, стал существовать как таковой.

А это означает, что оказалось возможным использование права с его свойствами как орудия, инструмента, средства для решения разнообразных задач; использование различными субъектами социальной жизни — и государством, и церковью, и общественными объединениями, и гражданами.

На первом месте стоит здесь государство. Как уже отмечалось, право нельзя рассматривать в качестве продукта государственной власти, хотя формирование свойств права и его применение происходило с государственным участием. Но именно то обстоятельство, что такое участие довольно значительно и что зависимость права от государства — непреложный факт, и вызывает у последнего постоянное стремление поставить этот мощный регулятивный инструмент себе на службу. Эта тен-

денция, как показывает исторический опыт, прекращает свое императивное действие лишь в гражданском обществе, когда конструктивными элементами права становятся институты, независимые от власти (права человека и др). И хотя при этом право неизбежно в той или иной степени приобретает классово-элитарные черты и не может развернуть в полной мере все свои потенции, оно, особенно в обстановке авторитарных политических режимов, действительно является в основном инструментом, притом инструментом государства, выражающим (и в чем-то облагораживающим) волю властвующих, т. е. в сущности, правом власти.

При определенных исторических условиях право может оказаться в руках церкви, политических партий, иных негосударственных объединений (разумеется, при\* известном содействии государства), и тогда оно становится инструментом указанных образований.

Но особенно существенно, пожалуй, то, что в обстановке действительной демократии право может стать инструментом и в руках граждан, отдельного человека (в основном через институты правосудия, иные формы обеспечения прав человека). Именно тогда право достигает наиболее высокой по современным стандартам ступени развития — становится правом развитого гражданского общества.

Иной аспект проявления инструментального характера ценности права состоит в том, что оно является опосредующим звеном при реализации других высокозначимых ценностей — товарно-рыночных институтов, управления, демократии, морали, культуры, средством их воплощения в жизнь.

В данной плоскости право и выступает как высокоэффективный и целесообразный социальный регулятор. В обществе в условиях цивилизации нет другой такой системы социальных норм, которая смогла бы обеспечить (причем на началах, сочетающих нормативное и индивидуальное опосредование поведения людей) целесообразное регулирование экономических, государственно-политических, организационных и ряда иных отношений, реализуя при этом демократические, духовные, нравственные ценности. Право обладает такими свойствами, благодаря которым возможно ввести в социальную жизнь всеобщую, стабильную, строго определенную по содержанию, гарантированную государством систему типовых масштабов поведения, функционирующую постоянно и непрерывно во

времени. И потому в цивилизованном обществе именно право является одним из главных инструментов, способных обеспечить организованность общественной жизни, начала общественной дисциплины, нормальное функционирование всего общественного организма, действенность социального управления.

Следовательно, право как высокоэффективный и целесообразный социальный регулятор — это прежде всего инструментальная или, по иной терминологии, служебная ценность, т. е. ценность, выступающая в качестве инструмента, орудия, средства, обеспечивающего функционирование других социальных институтов (государства, социального управления, морали и пр.), иных социальных благ.

3. Вместе с тем важно подчеркнуть, что *право имеет и собственную ценность*, которая в демократическом обществе приобретает доминирующее значение.

Самым общим образом *собственную ценность права* можно определить как выражение и олицетворение правом социальной свободы и активности людей на основе упорядоченных отношений и в соответствии со справедливостью, необходимостью согласования воли и интересов различных слоев населения, социальных групп. Иными словами, право в идеале (по определению) — это *ценность*, которая не присуща никакому другому социально-политическому явлению, ценность упорядоченной социальной свободы, справедливости, консенсуса. В этом своем качестве право может предоставлять людям, их коллективам в виде субъективных прав простор для свободы, для активности в поведении, и в то же время оно направлено на то, чтобы исключить произвол и своеволие, противостоять им, сформировать поведение с нравственностью, со справедливостью. Если же исходить из идей естественного и частного права, фундаментальных прав человека, основополагающих демократических правовых принципов, то позитивное право вообще становится таким выражением свободы, которое противостоит политической власти, ее произволу.

Таким образом, право является уникальной социальной ценностью, поскольку оно воплощает цельный сплав фундаментальных устоев цивилизованной организации жизни общества, их нормативных требований, причем таких, которые, казалось бы, отличаются известной несовместимостью или во всяком случае разнородностью, отдаленностью друг от друга.

Именно в собственной ценности права выражается его собственное глубинное правовое содержание.

Даже тогда, когда право «работает» не на полную определяемую историческими условиями «мощность», и, более того, даже при авторитарных политических режимах, когда оно приобретает этатический характер, выступает в качестве права сильного или права власти, когда его содержание по основным своим характеристикам часто не соответствует нуждам прогресса, оно все же представляет собой социально ценное, хотя и крайне ограниченное, явление по сравнению с тем, что ему противопоставит, — с произволом, со своеволием, с субъективизмом индивидуумов и групп

Ведь социальная свобода и активность людей могут иметь различный характер. Не связанные правом, вне права они без преград могут перерасти в произвол. В праве же социальная свобода и активность в той или иной мере отражают единство свободы и упорядоченности общественных отношений, ответственности, заложены в субъективных правах, существуют в очерченных законом рамках, в сочетании с юридическими обязанностями, в соединении с гарантиями, юридическими процедурами. Таким путем они сдерживаются до той грани, за которой свобода и активность могут обернуться неконтролируемым действием, произволом, ничем не ограниченной вольницей, хаосом

Право по своим свойствам — такой социальный феномен, который вызван потребностью внести в социальную жизнь нормативные начала, организованность и порядок, основанные на началах социальной свободы, активности, ответственности, и потому по своей природе оно сопротивляется произволу и беззаконию. И вовсе не случайно во все исторические эпохи реакционные политические режимы на деле неизменно выступали в качестве противников права и законности.

Именно как явление, противостоящее произволу и беззаконию и в то же время обеспечивающее простор для упорядоченной социальной свободы и активности, право само по себе занимает высокочающее место в социальной жизни, выступает как фактор социального прогресса. При этом, понятно, собственная ценность права прямо обусловлена его социальной природой и весьма существенно зависит от этапа развития общества, стадии цивилизации, характера политического режима и соответственно от стадии его «гуманитарного восхождения» — движения от права сильного к праву гражданского общества.

Положение о том, что право обладает собственной ценностью, имеет важное научное и практическое значение: сама постановка вопроса таким образом предупреждает против недооценки права, против сведения его роли к функции только «инструмента». Это положение, в частности, ориентирует на то, чтобы в условиях прогрессивного социально-политического строя, все более утверждающегося гражданского общества и другие социально-политические институты (прежде всего государство, его органы), в свою очередь, «настраивались» на правовые начала, на олицетворяемую правом упорядоченную социальную свободу.

4. Собственная ценность права выражается в том, что может быть названо *правовыми началами* или *духом права*.

Формулирование правовых начал — одна из первоочередных задач юридической науки, хотя многие из них достаточно очевидны и, как правило, фиксируются в уже отмеченных ранее основополагающих демократических правовых принципах (ответственность за вину, презумпция невиновности и др.).

Вместе с тем важно обратить внимание на то, что правовые начала как выражение собственной ценности права нельзя свести к какому-либо перечню, исчерпывающему списку формулировок. Суть дела состоит в том, что правовые начала, как и «дух права», — это своего рода господство в жизни общества правовых идеалов и ценностей, их высокий непререкаемый статус в общественном бытии. Именно здесь, кстати говоря, следует искать самое главное в конструкции «правовое государство», которое представляет собой не одну лишь реализацию в сфере государства требований законности, а воплощение правовых начал в политической области, в организации и деятельности всех политических институтов.

Помимо всего прочего, господство в обществе правовых идеалов и ценностей заключается в том, что та или иная жизненная проблема, социальная ситуация получает решение при помощи *правовых средств* (именно правовых!), причем таких, которые, действуя в сочетании, во взаимосвязанном комплексе, сориентированы на юридические дозволения, на субъективные права, на то исконно правовое, что открывает простор для свободы и активности в поведении — главных показателей и проявлений прогресса в области общественных отношений.

5. Подчеркивая собственную ценность права (в противовес инструментальной), вместе с тем не следует смешивать поня-

тия и понимать изложенные соображения как отрицание или умаление значения *инструментального подхода в науке права*, подхода, являющегося одной из сторон институциональной концепции. Как раз наоборот: инструментальный подход в науке (в науке!) позволяет предметно, конкретизированно раскрыть собственную ценность права, абсолютность и приоритет правовых начал в обществе, силу духа права.

Дело в том, что право как нормативное институционное образование складывается из множества «атомов» — юридических норм, прав и обязанностей, санкций, других элементов правовой материи, которые, как подробнее будет показано дальше, могут быть обозначены под определенным углом зрения в качестве *правовых средств*.

При этом наиболее существенными представляются именно те юридические средства и правовые механизмы, которые выражают собственную ценность права, т. е. качества и особенности, характеризующие его как воплощение упорядоченной социальной свободы на базе высокой организованности, в соответствии с принципами гуманизма, справедливости, консенсуса.

6. Именно с позиций инструментального подхода оказывается возможным говорить не только о ценности права вообще, но и о *правовых ценностях*. Это значит, что ценность права выражается как в общих характеристиках, раскрывающих его значение, место в жизни общества, так и в том, что существуют *отдельные* правовые ценности.

Правовые ценности — это конкретные социально-правовые явления, правовые средства и механизмы. К ним относятся:

конкретное выражение собственной ценности права в практической жизни людей — безопасность человека в конфликтных ситуациях, определенность и гарантированность прав, обеспечение истины, правды при решении юридических вопросов;

фундаментальные прирожденные права человека, основополагающие демократические правовые принципы;

особые правовые средства и юридические механизмы (все то, что называется юридическим инструментарием), обеспечивающие ценность права, гарантированность прав, институты, выражающие оптимальное соотношение нормативного и индивидуального регулирования, и т. д.

Особый пласт правовых ценностей относится к частному праву. Цивильные институты собственности, сделок, разнооб-

разных договорных обязательств — все эти и аналогичные институты обеспечивают высокий правовой статус автономной личности, приоритетную юридическую значимость индивидуальной воли.

Все более и более раскрываются ныне правовые ценности прецедентного права, выражающие оптимальное приспособление правовых принципов к жизненным ситуациям.

С позиций институциональной концепции можно «развернуть» проблему ценности права и продолжить ее рассмотрение под углом зрения *силы права*, ее основных характеристик, чему и будет посвящено последующее изложение в этой главе.

## II. Потенциал права

1. Сила права раскрывает его ценность, действенность образующих его правовых средств, заложенную в них социальную энергию, его возможности в решении возникающих в обществе задач.

Исходя из общепринятых представлений, поначалу следует проанализировать силу права, обусловленную силой наиболее могучего социального образования, концентрирующего организованную полигическую власть, — государства. Хотя при этом речь идет в основном об инструментальной ценности права, но зато его сила очевидна и на первый взгляд наиболее значительна.

Исходными правовыми средствами являются здесь *позитивные юридические обязанности* и *юридическая ответственность*. Они и образуют основу, стержень особой группы правовых средств.

В чем состоит значение права в данной плоскости? В том, что оно призвано обеспечить реализацию мощи государственной власти, выраженной в деятельности государственного аппарата — органов, устанавливающих или конституирующих позитивные обязанности, контрольных и ревизионных органов, проверяющих исполнение юридических обязанностей, фиксирующих случаи их неисполнения, правоохранительных учреждений, применяющих при неисполнении обязанностей меры ответственности, и т. д. Реально такого рода деятельность воплощается в актах проверки, принудительных мерах, санкциях.

Итак, сила права здесь — это сила государственной власти. Правовые средства рассматриваемой группы имеют значение

«пускового механизма», приводящего в рабочее состояние прямое государственно-властное воздействие на социальную жизнь. Конечно, социальное значение того, что названо правовой организацией государственно-властного воздействия, достаточно высоко. Но это не должно заслонять саму суть данной группы правовых средств: истоки их силы и воздействующей роли — в мощи государственной власти, которую система юридических обязанностей и юридической ответственности при достаточно развитой правовой системе реализует, придает ей цивилизованные содержание и облик.

Рассматриваемый аспект силы права (пусть по сути и «не своей») и притом по мере углубления демократии все более сокращающейся) нужно постоянно иметь в виду. Во всяком случае, и в обществе, построенном на демократии, гуманизме, существование данной группы правовых средств неизбежно, что связано с обеспечением организованности, дисциплины, порядка и ответственности во всех общественных сферах, причем в таких формах и такими методами, которые соответствуют демократическим и гуманистическим началам правового гражданского общества. К тому же у правовых средств данной группы есть и «собственная» грань: используемые на определенном участке социальной жизни, они должны приобрести отработанность, законченность, слаженность — и эта «собственная» грань способна обеспечить эффективность государственно-властного воздействия. Происходит своего рода сплав организационной стороны государственно-властной деятельности и достоинств юридического регулирования.

В данной плоскости оказывается возможным говорить о правовых средствах как о довольно эффективном инструменте, с помощью которого можно программировать некий гарантированный результат, о чем уже упоминалось при характеристике первичной эффективности свойств права.

Программировать такой результат — не значит всегда и непременно достигать его. В процесс действия юридического инструментария включается целый ряд разнонаправленных объективных и субъективных факторов, подчас сопряженных с известными негативными, во всяком случае, далеко не однопорядковыми социальными и психологическими последствиями (например, применение прямого жесткого государственного принуждения). Но все же гарантированный результат правовые средства данной группы могут дать.



Подобное действие правовых средств нередко считается типично юридическим, оптимальным, надежным — таким, которое и требуется от правового регулирования. С ним довольно часто связываются оптимистические расчеты, надежды на быстрое и притом, как представляется, «правовое» решение определенной социальной задачи.

Между тем данная грань силы права не является специфически правовой (она, как уже отмечалось, относится к силе государственной власти). На практике, увы, с расчетом на эту сторону права предпринимаются не всегда обоснованные действия, приводящие к негативным последствиям (как, например, случилось у нас, когда антиалкогольная программа осуществлялась чуть ли не исключительно при помощи жестких средств типа «обязанность — ответственность»).

Обратим внимание также на то, что рассматриваемая группа правовых средств может быть поставлена на службу антидемократическому, реакционному строю. Более того, как доминирующей юридической инструментальной она как раз характерна для авторитарных режимов, для права власти.

2. Одна из важных сторон правовой организации прямого государственного воздействия, имеющая существенное самостоятельное значение, заключается в том, что при помощи обширной группы правовых средств создается своего рода стена, ограждающая общество от нежелательного поведения, действительно опасного и вредного для него или признаваемого таковым сообразно узкогрупповым, классовым, этническим, иным интересам господствующих сил, обладающих властью. Чтобы создать такого рода стену, опять-таки используется система «юридические обязанности — ответственность».

Но в данном случае обязанности особые: они нацелены не на то, чтобы вызвать к жизни или определенным образом направить то или иное поведение, а как раз наоборот — на то, чтобы исключить из жизни общества известное поведение, не допустить его, а если оно все же возникло, то свести к минимуму неблагоприятные последствия, загладить вред, предупредить его возникновение в будущем. Словом, тут перед нами обязанности-запреты, в соответствии с которыми те или иные лица должны воздерживаться от известного поведения, не совершать, не допускать его, причем в случаях нарушения применяются строгие, нередко жесткие (административно-правовые и уголовно-правовые) меры юридической ответственности.

Конечно, ничего принципиально нового по сравнению с тем, что рассматривалось ранее в отношении силы права, анализ данных групп правовых средств, пожалуй, не дает. И здесь нормы-запреты, индивидуально-запрещающие акты, наказания за нарушения запретов являются носителями главным образом той силы, которая заложена в государственно-властном воздействии. Но все же есть и существенные особенности. Во-первых, «собственная грань», выражающая силу рассматриваемой группы правовых средств, тут более заметна. Дело в том, что если государственно-властные предписания к активному поведению вовсе не обязательно должны воплощаться в каком-либо общем порядке (хотя он и является наиболее целесообразным), то запреты как своего рода барьер, поставленный нежелательному поведению, только тогда имеют смысл, когда они приобретают общий характер, непрерывно действуют, едины для той или иной категории лиц. Именно тогда возникают в качестве стойких целостных структур сферы и зоны возможного поведения, которые «огорожены» непрекаемыми юридическими запрещениями.

Это означает, что перед нами не просто государственно-властная деятельность. Тут дают о себе знать существенные элементы собственной силы права, его собственной ценности, достоинства юридической формы — обязательная нормативность, четкая фиксированность по содержанию запрещенного поведения и мер ответственности, их обеспеченность при помощи государственного принуждения, наличие процедурно-процессуальных форм, призванных гарантировать интересы разных лиц (все это наглядно проявляется в уголовном и уголовно-процессуальном праве). И хотя к силе государственно-властной деятельности в рассматриваемом случае довольно весомо присоединяется сила морали, моральных запретов, и в реальных, жизненных отношениях они действуют как нечто целостное, нераздельное (что и предопределяет их совокупную мощь), можно с достаточной степенью определенности вычленить именно специфически правовое действие соответствующего юридического инструментария.

Наряду с самостоятельной ролью запрещающих правовых структур, выражающих энергию государственно-властной деятельности, моральных запретов и достоинств юридической формы (например, в борьбе с опасными для общества, для личности актами поведения, нетерпимыми и осуждаемыми и с

нравственных позиций), значительная часть правового инструментария данной группы реализуется в сочетании с правовыми средствами иных групп, опосредствующими позитивную деятельность. В данном случае юридические образования запрещающего характера являются оборотной стороной той грани силы права, которая реализуется в основном через субъективные права.

Помимо всего иного здесь следует иметь в виду, что сферы общественной жизни, которые очерчивают правовой инструментарий запрещающего характера, — это сферы «бездействия», в них отсутствует активное поведение. Хотя они важны для предупреждения нежелательных последствий, но все же напрямую не включаются в общий поток активной социальной деятельности, в саму динамику общественной жизни. Эта сторона социальной действительности нередко приобретает самодовлеющее значение и зачастую выражает неоправданно гипертрофированные централизованные методы управления, напористые административно-командные, бюрократические тенденции, а то и прямо способствует утверждению и функционированию авторитарных режимов.

3. Теперь пора обратиться к собственной силе права, выражающей его истинную, собственную ценность. Конечно, и эта сторона (главная!) силы права определенным образом связана с государственной властью, с государственно-властной деятельностью. Тем не менее последняя здесь не более чем условие, принципиально важное и конструктивное, но все же именно условие, на базе которого раскрывается собственная сила права, реализующая его достоинство.

Установление юридических запретов, о которых шла речь, может не только иметь самостоятельное значение, но и выполнять функцию, как уже говорилось, «оборотной стороны» юридических дозволений (в основном субъективных прав), т. е. границы, за пределами которой можно по своему усмотрению строить свое собственное поведение. Здесь, следовательно, в паре с запретами действуют правовые средства иного класса — юридические дозволения, в частности, выраженные в общей формуле «дозволено все, кроме запрещенного» (которая будет предметом подробного анализа).

При этом во многих областях общественных отношений дозволенность собственного активного поведения выражается не в приведенной общей формуле (или не только в ней), а в виде

конкретных, строго определенных *субъективных прав*. Вот эти-то субъективные права, гарантирующие простор собственному активному поведению субъектов, и являются носителями важнейших элементов исконной силы права, его собственной ценности.

Раскрывая приведенное положение, необходимо прежде всего обратить внимание на то, что деятельность государственной власти в указанных ранее направлениях (обязывание к определенному позитивному поведению, введение запретов) создает в обществе определенную атмосферу урегулированное<sup>TM</sup>, своего рода регулятивную среду, имеющую тот или иной уровень императивной насыщенности, напряженности. Причем определяющую роль играют тут, пожалуй, даже не столько количество и жесткость обязываний, запретов, мер ответственности, сколько статус органов, должностных лиц, граждан, создающий общую атмосферу, в которой реализуются властные функции, отношения власти-подчинения.

И вот в условиях, когда в обществе складывается насыщенная, напряженная регулятивная среда (а на определенном этапе общественного развития цивилизованного общества и в известных секторах его функционирования она закономерно складывается как неизбежная реальность), осуществление свободы людей, их объединений, других организаций должно гарантироваться, т. е. вылиться в такие формы, которые бы открывали простор для собственного активного поведения субъектов. Указанная цель и достигается путем юридических дозволений, которые могут иметь как общую форму («дозволено все, кроме запрещенного»), так и форму конкретных субъективных прав различных типов и разновидностей.

И как ни покажется парадоксальным, эти субъективные права, опираясь на государственно-властную деятельность, на государственную поддержку, в то же самое время — вспомним еще раз — возникают и существуют в качестве известного противовеса по отношению к властным государственным функциям, с чем напрямую связано формирование и совершенствование права. Непосредственно обусловленные требованиями социальной жизни и первоначально проявляясь в виде неюридических, непосредственно-социальных (естественных) прав, субъективные права, как и вообще юридические дозволения, представляют собой социальную силу, ограничивающую государственно-властные функции. Именно в этом качестве

субъективные права функционируют как конститутивные элементы демократии, демократических режимов, элементы, существо и значение которых зависят от социального строя, от системы экономических, политических отношений, от политического режима. И в этом же качестве они раскрывают наиболее оптимистическую, обнадеживающую перспективу, характеризующую будущее права — право гражданского общества, которое, будем надеяться, воплотит в самом своем содержании требования современного естественного права, фундаментальных прирожденных прав человека.

Может показаться, что социальная сила субъективных прав (юридических дозволений) есть, так сказать, «сила пустоты». Ведь сами по себе субъективные права не побуждают к тому или иному поведению, не гарантируют наступление программируемых социальных результатов: сами по себе они не более чем открытое пространство для поведения их носителей. Но все дело как раз в том, что в напряженной регулятивной среде субъективное право является значительным «социальным плюсом» — тоже своего рода напряженным полем, которое обладает силой притяжения и одновременно является гарантирующей силой, поскольку благоприятствует собственному активному поведению субъектов.

Формирование такой значительной социальной силы исторически началось, как мы видели, в связи с формирующейся частной собственностью (и одновременно с обособлением автономной личности) в сфере товарно-рыночных имущественных отношений, где объективная необходимость естественного функционирования товарно-рыночных процессов потребовала того, чтобы субъекты выступали на началах юридической диспозитивности, автономии, равенства, несоподчиненности, но все же так, что их волеизъявление приобретает юридический характер. Именно в данной области социальной жизни следует искать источник субъективных прав, гарантирующих простор для собственного поведения (и, кроме того, придающих частным волеизъявлениям юридически обязательное значение), прав, которые затем с теми или иными модификациями, в основном в условиях развития демократических институтов и форм, стали утверждаться и в иных сферах общества — политической, административной, семейно-брачной и т. д.

Конечно, нужно видеть, что основной эффект, связанный с субъективными правами, наступает при реализации заложенных в них возможностей, когда побудительной силой к актив-

ному поведению становятся имущественные, политические, личные и иные интересы.

С этой точки зрения права на собственное поведение должны рассматриваться в нераздельном единстве с интересами — с теми внеюридическими факторами, которые обусловлены экономической и политической системами, культурной средой. И тем не менее субъективные права все же явились притягательными центрами, организующими в ткани государственно-организованного общества пространство для поведения, построенного на интересе, на экономических, иных социальных побудительных факторах. При всей определяющей роли этих факторов (в особенности ныне, в условиях формирующегося у нас товарно-рыночного хозяйства, гражданского общества, других кардинальных преобразований) субъективные права (вся сумма юридических дозволений) раскрывают важнейшую, исконно правовую грань собственной силы права, его ценности.

Важно обратить внимание на то, что эта грань собственной силы и ценности права затрагивает субъективные права и с той стороны, которая выражает не сами по себе активность и свободу поведения, а в соответствии со свойствами права их границы, пределы, направленность. Ведь субъективные права — не бескрайняя вольница, не индульгенция вседозволенности, не попрание для свободы вообще, активности вообще. Это в условиях развитой юридической системы — пространство для инициативы, свободы поведения, связанных с обеспечением социально оправданных интересов личности, общества. Они, следовательно, являются не только своего рода центрами притяжения, активизации позитивного поведения участников общественной жизни, но и способами придания ему нужной направленности, ориентирующей на определенный характер такого поведения, и вместе с тем четкой, а при необходимости и жесткой границей, отделяющей социально оправданное поведение от произвольных акций, действий по одному лишь произволу, вольному усмотрению.

И еще один существенный момент. То уникальное органическое сочетание должной меры свободы и организованности, которое заложено в субъективных юридических правах, дополняется тем, что они неотделимы от юридических обязанностей, сочетаются с ними, ими сопровождаются. И потому использование права нередко означает включение в действие определенных юридических обязанностей.

Таким образом, субъективные юридические права обладают немалой социальной силой не только потому, что устанавливаются, функционируют в условиях напряженной регулятивной среды и являются ориентирами социально оправданного поведения, но и потому, что «тянут» за собой позитивные юридические обязанности и в комплексе с ними, порой через довольно сложные юридические механизмы воздействуют на социальную жизнь.

4. После рассмотрения ценности и силы права вновь обратимся к вопросу, с которого началась эта глава, — о главных общесоциальных последствиях, наступающих в результате функционирования права, о его миссии как существенного социального фактора.

Исследуя с данных позиций роль права, необходимо отметить его значение как *воздействующего фактора*, которое реализуется в двух плоскостях:

а) в способности права быть социальной формой, дающей общественные ранее позитивные последствия, в том числе такой внешне осязаемый, зримый, гарантированный результат, как фактическая реализация при помощи позитивных обязанностей (насколько это возможно посредством юридического инструментария) заложенных в юридических нормах программ, моделей поведения;

б) в способности права быть формой, обеспечивающей социальную активность, т. е. при помощи субъективных прав давать простор собственному поведению субъектов — определять содержание, объем и рамки социальной свободы участников общественных отношений, меру их самостоятельности, инициативного, заинтересованного поведения.

Эти два момента, выражающие силу права как воздействующего фактора, по-разному проявляются в зависимости от социально-экономической, политической обстановки, политического режима, общего состояния стимулов и мотивов поведения, всей системы социальных регуляторов, включая качественные особенности права (относится ли оно к праву власти или к праву гражданского общества). Но оба указанных момента постоянно присутствуют в любой правовой системе с той лишь разницей, что по мере развития демократии, товарно-рыночного хозяйства значение второго из них, соответствующего глубинной природе права, его ценность как носителя социальной свободы и активности неуклонно возрастает и становится доминирующей в современном гражданском обществе.

Вместе с тем подчеркнем, что сила права далеко не ограничивается тем, что оно является воздействующим фактором (особенно когда делается акцент на его функционировании как государственно-обязывающего властного явления). Более того, если рассматривать предназначение и миссию права исторически, пытаясь окинуть взглядом его функционирование в различные эпохи в разных регионах планеты, то в качестве более значимых проявлений его силы вырисовывается, пожалуй, ряд иных моментов, во взаимовлиянии, в сочетании с которыми оно оказывает воздействие на социальную жизнь.

Что это за моменты?

Прежде всего это способность права быть *стабилизирующим фактором*. В связи с тем что писаное право как регулирующая система имеет нормативный, формализованный характер, складывается из норм, оно обладает способностью обеспечивать всеобщность и постоянство данного порядка в общественных отношениях, причем надолго вперед на твердой основе.

Не образует ли такого рода порядок остов, своего рода жесткий скелет общественной жизни, столь важный в потоке то бурных, то медленно текущих, но всегда изменчивых, подвижных, порой неустойчивых, хрупких жизненных процессов? Видимо, для такого рода предположения имеются основания. Следует заметить, что образуемый при помощи правовых средств всеобщий и твердый порядок в общественных отношениях может быть в зависимости от социально-экономических, политических условий фактором или консервативным, реакционным, или в достаточной степени динамичным, когда при помощи хорошо налаженного правотворчества, судебной и иной юридической практики стабильный нормативный порядок периодически или по мере необходимости приводится в соответствие с новыми требованиями жизни.

При указании на значение права как стабилизирующего фактора само положение «сила права» приобретает специфический смысловой оттенок, отражающий социальную суть именно данного явления общественной жизни. Ведь понятие «сила», как правило, связывается с активным воздействием, изменением чего-то, подталкиванием в нужную сторону и т. д. В данном же случае смысл слова «сила» состоит в другом — в стабилизации, в поддержании и обеспечении неизменности, постоянства в условиях, когда все кругом движется, изменяется.



Но, быть может, именно в данном отношении право и представляет собой незаменимый, не имеющий альтернатив, уникальный социальный институт? Скажем, активное воздействие, пусть и не всегда в оптимальных и эффективных формах, может осуществляться через самые различные общественные образования. А поддержание и обеспечение при помощи права всеобщей стабильности общественных отношений? Это тоже немалая сила, а главное, такая сила, которой в полной мере обладают как раз право, юридическое регулирование как феномен цивилизации и культуры.

Значение такой стабилизирующей силы многогранно. Она создает прочность сложившегося порядка общественных отношений. При ее помощи формируется и поддерживается социально-психологическая атмосфера уверенности в надежности складывающихся отношений (хотя не будем забывать, что подобная консервация общественных отношений может носить негативный, реакционный характер). И что особо существенно — с помощью такого «юридического стабилизирования» оказывается возможным вводить в жизнь и придавать постоянный статус основополагающим социально-политическим, нравственным, духовным началам и — это принципиально важно — фундаментальным правам и свободам человека, требованиям естественного права. Не оно ли есть одно из самых существенных позитивных социальных благ, реализовать и утвердить которые выпало на долю права?

Но это еще не все.

В качестве следующего важного момента (после указания на значение права как стабилизирующего фактора) необходимо отметить миссию права как своего рода *обуздывающего* и даже в известной мере *умиротворяющего фактора*. Припомним: одна из конститутивных черт позитивного права состоит в том, что оно по своей органике строится на консенсусе, согласии, на учете различных интересов групп, слоев населения.

Историческая роль права в рассматриваемом отношении далеко не всегда признается во всех случаях одинаково положительной. Более того, именно данная особенность правового регулирования (подобно его особенности как стабилизирующего фактора) получает в зависимости от социальных условий неоднозначную, подчас неодобрительную оценку. Это, возможно, и предопределяет сдержанное, а то и отрицательное отно-

шение революционеров к праву как к «оппортунистическому» и даже «контрреволюционному» социальному институту.

В самом деле, действующая правовая система может консервировать отжившие порядки, обуздывать революционные действия. Но будем помнить мысль крупного революционера-марксиста Энгельса о том, что в рамках жестко-неумолимой логики классовых битв даже институты, приобретшие остро-классовое значение (государство), закрывают путь к тому, чтобы враждебные классы «пожрали друг друга в бесплодной борьбе», и поэтому, надо полагать, имеют известную позитивную социальную ценность. Что же касается права, то оно не раз демонстрировало такую роль в истории общества, а ныне, например, играет ее на арене международных отношений, способствуя борьбе прогрессивных сил в сдерживании, обуздании негативных международных процессов.

Да и вообще, еще следует основательно подумать над тем, корректно ли оценивать фундаментальные институты цивилизации с точки зрения потребностей революции. Может быть, как раз наоборот: идеология революции нуждается в переосмыслении с позиций ценностей цивилизации, прежде всего права? Тем более, что по мере развития цивилизации становится все более ясным, что насилие, воплощаемое в революции, все более и более раскрывается как абсолютное зло.

В обстановке мирного развития право способно ввести отношения людей, деятельность политических органов, общественных образований в такие рамки, которые обуздывают стихию, примиряют страсти. В практике же революционных изменений, когда торжествует насилие, совершаются неконтролируемые действия, ведущие к разрушению и деформациям, такого рода обуздание, пожалуй, вообще крайне необходимо, что убедительно подтверждают факты осуществляемых у нас преобразований и еще более — послеоктябрьской гражданской войны. Кто знает, возможно, именно отсутствие такого рода факторов вызвало к жизни негативные последствия многих революций, в том числе октябрьского переворота в России. Задачам обуздания стихии, примирения страстей и служат многообразные юридические механизмы, прежде всего исходные и первичные правовые средства — юридические права и юридические обязанности, которые ставят поведение субъектов в строго определенные рамки и в их сбалансированном соотношении позволяют предотвращать возможные конфликты или

давать им при помощи юридических (правосудных) процедур оптимальное разрешение, снимать крайности в экстремальных жизненных ситуациях, утверждать в реальных жизненных отношениях начала правды, справедливости.

Тут важно обратить внимание на следующее. Правовые средства выражают силу права не только потому, что речь идет о приведении в действие институтов государственной власти, о предоставлении простора для собственного свободного поведения и т. д., но и потому еще, что каждое из правовых средств в том или ином виде, прямо или в виде «отпечатка», несет в себе дух права, глубокие правовые начала, способные противостоять произволу власти, своеволию, анархическому беспределу.

Иначе говоря, правовые средства потому и являются *правовыми*, что опредмечивают, объективируют те глубинные ценности права, которые выражают его значение как явления цивилизации и культуры, социального прогресса, нацелены на исключение произвола из жизни общества. Следовательно, исходные правовые начала не только находятся, так сказать, в глубине правовой материи, но и живут в самой плоти права, во всей системе правовых средств. Это довольно четко отражается на том комплексе юридического инструментария, который связан с функционированием права как обуздывающего и умиротворяющего фактора.

### III Правовой прогресс

1. Право и социальный прогресс находятся в глубокой органичной связи. Ведь сам феномен права на определенной ступени развития общества потому оказался необходимым и потому право обрело существенную социальную силу, что без него невозможен прогресс да и само существование общества. Это обстоятельство (при всей противоречивости роли права) является отправным и решающим для понимания его роли в жизни людей.

И дело не только в том, что без помощи свойств писаного! права, прежде всего общеобязательной нормативности, формальной определенности, государственной гарантированности, было бы невозможно обеспечить функционирование общества как целостного образования в обстановке действия «на разрыв» классовых, групповых, национальных и иных социальных сил. Право в этой плоскости выступает как интегрирующий, сплачивающий фактор, институт согласия, консенсуса,

учета различных, подчас противоречивых интересов в обществе. Существенно важно также то, что при помощи права в жизнь общества вносятся высокоцивилизованные начала, осуществляется правовое «окультуривание» всей системы общественных отношений. И это происходит даже тогда, когда юридические установления приобретают консервативный характер, увековечивая отжившие порядки и отношения.

Следовательно, право не просто связано с прогрессом общества, с его поступательным, восходящим движением; оно способно быть инструментом, более того, прямым выражением социального прогресса, его гарантом. Ведь основные характеристики социального прогресса (организованность общественной жизни, степень свободы в обществе) и особенности права как инструмента, обеспечивающего организованность и социальную свободу, активность, ответственность, таковы, что в условиях цивилизации они как бы созданы друг для друга. Поэтому социальный прогресс во многом раскрывается через право, он может и должен находить в праве непосредственное, естественное выражение. И самое главное — право на высоких ступенях своего гуманитарного развития являет собой воплощение высшего достижения цивилизации — Свободы, Гуманизма, Культуры; оно становится по своему предназначению, потенциальным олицетворением и гарантом свободы автономной личности, прирожденных прав человека.

Из изложенных ранее соображений о сущности права, его содержании и ценности нетрудно заметить, что существует прямая закономерная связь между основным компонентом социального прогресса — социальной свободой, с непосредственно социальными (естественными) правами, и правом как юридическим феноменом. Здесь социальная свобода и связанные с ней в условиях цивилизации ответственность, система правовых гарантий так или иначе преломляются сквозь призму государственных интересов, оснащаются свойствами, необходимыми для выражения другого компонента социального прогресса — упорядоченности, организованности социальной жизни, а затем реально проявляются в субъективных юридических правах и обязанностях.

Понятно, что и при рассмотрении отношения права к социальному прогрессу нужен исторический подход.

На разных ступенях исторического развития писаное, позитивное право по отношению к прогрессу — явление противоречивое. При упадке данной общественной системы, антиде-

мократических режимах его доминирующей чертой наряду с сохраняющимся (хотя и убывающим) значением как стабилизирующего фактора становится все возрастающая реакционность, несовместимость с социальным прогрессом. В то же время право при любом социальном строе, в том числе право власти (а в историческом плане и кулачное право), в сопоставлении с прямым произволом, неконтролируемым субъективизмом играет позитивную роль. Даже в условиях антидемократических режимов при ограниченности своих функций право способно привносить в стихию, в игру жестких социальных сил определенные правила, ограничения, некоторые, хотя и узкие, гарантии.

2. Развитие ценности права, конкретных правовых ценностей выражается в *правовом прогрессе*, т. е. в прогрессе самого права.

С социально-политической, гуманитарной стороны правовой прогресс состоит в таком развитии права в мировой истории, при котором с его помощью утверждаются общечеловеческие, общедемократические ценности, начала законности, противостоящие произволу и беззаконию, формируется демократическое гражданское общество, неотъемлемым элементом которого становится право, сильное и эффективное. Решающим показателем прогресса в этом отношении является развитие гуманитарного содержания права, его многоступенчатое движение от права сильного к праву гражданского общества. (Надо заметить, что правовой прогресс охватывает не только собственно право, но и все элементы правовой системы, включая применение права, правосудие, правовую культуру.)

Со специально-юридической стороны происходит постепенное накопление правовых ценностей, прогрессивных элементов юридической культуры. Здесь обнаруживается ряд *объективных закономерностей*, раскрывающих предназначение права как явления цивилизации и культуры. Наиболее существенной из них, прослеживаемой в качестве общей тенденции на протяжении всей многовековой его истории, является движение от запретительно-дозвоительного к преимущественно дозволительному регулированию, к прочному утверждению статуса автономной личности и соответственно повышению удельного веса в правовой действительности субъективных прав, в частности перенос в правовом регулировании центра тяжести на юридические механизмы, действие которых связа-

но с доминирующим значением юридических дозволений, выражающих степень гарантированности свободы поведения автономной личности, упрочение ценности частного права.

Конечно, данная закономерность — не более чем тенденция. К тому же она нередко приобретает узкоклассовую ориентацию, оборачивается такой расстановкой прав и обязанностей, при которой права сосредотачиваются в руках определенной группы господствующих индивидов.

И все же особенности права сопряжены в основном с выражением и юридическим обеспечением социальной свободы, активности, ответственности участников общественных отношений. Эти и некоторые другие факторы обуславливают такое развитие всего комплекса правовых явлений, при котором право все более становится правом в том высоком философско-этическом значении этого слова, в каком молодой К. Маркс в одной из своих ранних работ говорил о «чистом золоте» права. В соответствии с этим право как нормативное институционное образование обретает все большую силу, становится все более действенным фактором цивилизации и культуры, таким фактором, который способен «овладеть» государственной властью, противостоять ее произволу.

Определяющее значение здесь имеет и гуманитарное содержание права, и с этой точки зрения — особенности и достоинства права гражданского общества, среди которых приоритетная роль принадлежит таким гуманитарно-правовым ценностям правового прогресса, как фундаментальные права человека, обретающие непосредственное действие, частное право, независимое правосудие.

3. Генезис права с точки зрения его специально-юридического содержания, характеризующего право как нормативное институционное образование, выражается в усовершенствовании правовых ценностей — юридического инструментария, всего комплекса регулятивных и охранительных средств. Это свидетельствует о неуклонном усилении действенности (со специально-юридической и юридико-технической сторон) правовых механизмов опосредования общественных отношений, прежде всего дозволительного типа — тех, которые формируют современное гражданское общество, утверждают свободу автономной личности.

При всем многообразии этого специально-юридического генезиса в различных правовых системах (они особо специфич-

ны в Англии и в других странах прецедентного права, о чем подробнее будет сказано ниже) отметим некоторые из его характерных черт, которые касаются в основном нормативно-законодательных юридических систем стран континентальной Европы:

а) повышение в праве уровня нормативных обобщений, и прежде всего развитие системных обобщений (придание все большего значения абстрактному способу изложения норм по сравнению с казуистическим; насыщение материи права нормами-дефинициями, нормами-принципами и т. д.), имеющих непосредственно-регулятивное значение. Отсюда возрастание не только духовной, интеллектуальной силы права, но и его регулятивной энергии, такого регулятивного качества права, выражающего его особенности как нормативного институционального образования, каким является нормативная всеобщность, общеобязательность, т. е. способность права охватить своим воздействием максимально широкий круг отношений, случаев, ситуаций, не оставляя возможностей для произвола;

б) в связи с повышением уровня системных нормативных обобщений все большее развитие в праве особенностей органичной системы, развертывание свойства системности и, следовательно, его черт как институционального образования. И хотя последнее из упомянутых свойств постоянно нарушается ходом экономического развития и субъективистскими, произвольными законодательными акциями, для национальных правовых систем характерна тенденция накопления особенностей целостного образования, отличающегося технико-юридическим конструктивным единством;

в) усиление специализации права. Для права наряду с процессом интеграции, повышением уровня нормативных обобщений характерны конкретизация и дифференциация, т. е. специализация правового регулирования, развивающая его институциональность, структурированность, все более возрастающее «разделение труда» между нормативными предписаниями, правовыми институтами, отраслями права. Это позволяет в соответствии с социальными потребностями обеспечить более конкретное, содержательно-определенное правовое регулирование;

г) развитие структуры права. Одним из закономерных результатов рассматриваемых в единстве процессов интеграции, конкретизации и дифференциации в праве (которые, разуме-

ется, происходят главным образом под воздействием внешних факторов — экономических, социально-политических и других, но в то же время и его внутренних закономерностей) являются усложнение и одновременно интеграция структуры права; формирование в праве разноуровневых подразделений, в том числе вторичных, комплексных, призванных обеспечивать многоплановое юридическое регулирование;

д) развитие во взаимодействии нормативного и поднормативного индивидуального регулирования. Происходят (в тесной связи с особенностями политического режима, социально-политических условий) совершенствование и взаимная «притирка» юридических средств, посредством которых осуществляется нормативное и поднормативное, включая «автономное», индивидуальное регулирование (прежде всего развитие частного права, поднормативной регламентации в рамках правосудия, а также ситуационных и диспозитивных норм, норм с оценочными понятиями и других — всего того, что юридически упорядочивает, придает правовой характер индивидуальному регулированию);

е) совершенствование, упрочение обеспечительных юридических механизмов. Развивается система юридических санкций — штрафных, праввосстановительных, а также приемов юридического регулирования, нацеленных на то, чтобы не допустить невыполнения юридических обязанностей, обеспечить «автоматическое» действие юридических норм. В связи с этим дает о себе знать и тенденция совершенствования, упорядочения процессуальных форм (а также иных юридических процедур), призванных гарантировать правовой характер государственного принуждения.

Все эти объективные правовые закономерности в конечном итоге выражают потребности общественного развития, процесс постепенного развертывания, раскрытия тех свойств и ценностей права, которые в виде потенции заложены в нем как в специфическом социальном феномене, воплощающем важнейшие ценности цивилизации и культуры, ценности свободы, автономной личности. И это главное, что характерно для правового прогресса, для развития правовой культуры; право во все большей мере проявляет себя как эффективный общесоциальный регулятор, способный с юридической стороны обеспечивать реализацию ценностей цивилизации, гуманизма, культуры, морали.



Отмеченные закономерности, выражающие правовой прогресс, действуют на основе общих тенденций социального развития. Нередко сообразно этому их действие и формы проявления противоречивы, в них отражается нацеленность на обслуживание узкоклассовых, эгоистических групповых интересов, вмонтирование институтов писаного права в систему авторитарных, антинародных, реакционных режимов. И все же, несмотря на исторически долгие перерывы, шаги назад, деформации, искажения в правовых системах, постепенно накапливаются правовые ценности, достижения правовой культуры.

В российском обществе существует острая потребность в том, чтобы право выступало в качестве исторического преемника позитивных правовых ценностей, достижений юридической культуры, всего того, что может обеспечить совершенный, развитый характер социального регулирования в его движении к современному гражданскому обществу.

## Глава седьмая Другие характеристики права

### I. Структурированность права

1. Наряду с ранее рассмотренными особенностями права — институционностью и нормативностью — следует выделить еще две его характеристики. Это, во-первых, структурированность права, а во-вторых, его особенности со стороны субъективной стороны правовой действительности. Сначала о структурированности права.

*Право отличается многоуровневой, иерархической структурой — одним из наиболее выразительных показателей высокой степени его институционности.*

Структура права зависит прежде всего от его содержания.

Право каждой страны, будучи единым по своему содержанию, вместе с тем характеризуется внутренней расчлененностью, дифференциацией на относительно автономные и в то же время связанные между собой части — нормативные положения (нормы), институты, отрасли, которые образуют в свою очередь ассоциации, группы, объединения и, кроме того, могут проявляться во вторичных структурах.

Первостепенное и в юридической области глобальное значение имеет разграничение данной национальной юридической системы на публичное и частное право.

В праве есть глубинные элементы, находящиеся в недрах правовой ткани. Это дозволения, запреты, а также позитивные связывания, которые вместе с принципами права и началами законности связывают содержание права с его экономическими, идейно-нравственными, духовными основаниями

Сложность, многоуровневость структуры права — показатель его совершенства, его силы, регулирующих возможностей, социальной ценности. Структура права выражает многообразие и многоплановость методов и приемов юридического регулирования, способность правовой системы многосторонне, различными способами воздействовать на общественную жизнь.

На структуру права той или иной страны влияют особенности экономического строя, социально-политического, духовного развития. Свойственный данному обществу тип экономических отношений, политический режим и в не меньшей мере

характер самого права (его особенности как права власти или же права гражданского общества) проявляются и в характере структуры права, и во многих особенностях построения его юридического содержания, и в его принципах, и в специфике дозволений и запретов. На структуру права воздействуют и многие другие факторы, в том числе и специфические правовые закономерности, среди которых следует выделить специализацию правового регулирования.

При рассмотрении права в пределах конкретной страны оказывается возможным подойти к вопросам структуры правовых явлений и с более широких позиций: осветить структуру национальной правовой системы в целом, т. е. в единстве и взаимодействии всех ее конститутивных элементов — собственно права, юридической практики, правовой идеологии.

От структуры права нужно отличать структуру его источников, в частности систему законодательства. Если первое — это объективно существующее деление внутри самого права, в рамках его содержания, то второе представляет собой состав, соотношение, построение источников, внешней формы права, в том числе нормативных актов, наличие в них подразделений, обособляемых главным образом по предметному и целевому критерию.

В то же время обе указанные структуры, выражая глубокое органическое единство формы и содержания в праве, тесно связаны между собой. С одной стороны, в системе источников права (законодательства) в той или иной мере, хотя, разумеется, и не зеркально точно, проявляется, обнаруживается структура права. С другой стороны, через систему источников права (законодательства) правотворческие органы могут воздействовать на структуру самого права. Однако такое воздействие — не автоматический результат любого обособления той или иной сферы законодательства, а главным образом результат основанной на объективных факторах и предпосылках кодификационной работы компетентных правотворческих органов, в итоге которой оказывается возможным формулировать и развивать системные нормативные обобщения, что и может повлечь за собой те или иные структурные преобразования в содержании права, в составе и компоновке его подразделений.

2. Первичное, исходное подразделение любой национальной правовой системы — единичное нормативное юридическое положение (норма, предписание). «Сцепляясь» между собой, нормативные положения складываются в ассоциации, образова-

ния разного уровня (с тем чтобы в совокупности, в единстве соединиться в целостное нормативное образование в рамках страны — объективное право). Характер же этих образований, их соотношение, иерархия ближайшим образом обусловлены логической природой и уровнем нормативных обобщений.

Системными являются такие обобщающие нормативные положения, которые формулируются в качестве элементов всего комплекса норм единой национальной правовой системы и, следовательно, по самой своей природе таковы, что могут существовать и функционировать только во внутренне согласованном, скоординированном виде.

Системность выражается в нормативных обобщениях по-разному. Своеобразный характер имеет она в таких правовых системах, которые существуют в Англии, США, ряде других стран. Здесь путем придания судебным решениям значения общеобязательных образцов при рассмотрении аналогичных юридически значимых ситуаций (прецедентов) постепенно вырабатываются устойчивые, скоординированные между собой логические принципы, правовые идеи. Они и образуют предметные (тематические) правовые общности, которые, однако, не становятся элементами логически замкнутого построения, а выступают в виде тематически конкретизированных подразделений «открытой» системы. Именно такой характер имеют подразделения (правовые институты и их объединения) в судебно-нормативных системах, в англосаксонском общем праве<sup>1</sup>. Последнее, в отличие от права нормативно-законодатель-

<sup>1</sup> Близкими чертами (хотя, разумеется, на более низком, подчас примитивном уровне) характеризуются правовые системы древнего мира и средневековья. Свидетельство тому — юридические памятники тех эпох, в которых лишь намечаются отдельные правовые подразделения, причем не такие, как современно понимаемые отрасли, а именно предметные, тематические институты и более крупные подразделения (пожалуй, далеко не всегда оправдано использование современного понятийного аппарата и терминологии при теоретическом освещении правовых систем прошлого). В юридической литературе уже давно отмечено, что правовой материал римского права, древнего русского права и других правовых систем предшествующих эпох подчинялся своей, самобытной систематике. Так, в отношении Русской Правды в Пространной редакции обосновывается верный взгляд, что «композиционной единицей» его является не статья, а раздел определенного содержания. И когда речь идет о системе Пространной редакции Русской Правды, то имеется в виду система не юридическая, а тематическая (см.: Орешников А. С. О композиции Пространной редакции Русской Правды // Правоведение. 1973. № 1. С. 70).

ных систем, построено на прецедентах и может быть охарактеризовано как «право судей».

Системность нормативных обобщений получает развитый характер в романо-германском праве, т. е. в нормативно-законодательных системах континентальной Европы (Франция^ Германия и др.), сложившихся при целенаправленной правотворческой работе компетентных государственных органов, которые, опираясь на данные юридической науки, достижения юридической культуры, способны придать юридическим нормам значительную степень абстрактности, формулировать нормы-принципы, нормы-задачи, дефинитивные нормы, унифицировать, согласовывать весь правовой материал, подчинять его определенным юридическим началам, режимам регулирования. Способом решения указанных задач является системное, кодификационное правотворчество. Именно в кодифицированных актах получают развитие системные нормативные обобщения, и таким путем идет процесс «создания» логически завершенной, структурно замкнутой («закрытой») правовой системы.

Кодификация, конечно, не первоисточник структуры права. Кодификация — только формирующее, притом опосредующее начало в сложном процессе создания и развития права, его структуры. Решающее значение в этом процессе принадлежит потребностям общественного развития; при его реализации должны быть в полной мере учтены свойства права, присущие ему закономерности. В то же время, как уже отмечалось ранее, было бы неверно относить кодификацию только к форме права, к внешней компоновке правового материала, т. е. к систематизации права (уже принятых, действующих нормативных правовых актов). При помощи кодификации правовой материал системно организуется: нормативные положения формулируются в системном виде и путем их объединения, введения общих норм, норм-принципов и т. п. создаются структурные подразделения нормативной системы.

3. Обращаясь к структуре развитых нормативно-законодательных систем, сложившихся при посредстве активной кодификационной работы компетентных правотворческих органов (здесь и далее в этом разделе в качестве фактического материала используются данные, характеризующие право нашей страны), следует выделить среди разноуровневых структурных подразделений отрасли права.

Отрасли права — наиболее крупные, центральные звенья структуры права. Они охватывают основные виды общественных отношений, характеризующиеся качественными особенностями, которые по своему глубинному экономическому и социально-политическому содержанию требуют обособленного юридически своеобразного регулирования.

Наша юридическая наука, пройдя через ряд дискуссий о системе права, подошла к неизбежному выводу о том, что отрасли права — не просто зоны юридического регулирования, не искусственно скомпонованные совокупности норм, а реально существующие и юридически своеобразные подразделения в самом содержании права. А ни в чем ином, кроме как в юридических особенностях, иными словами, в особых режимах регулирования, эта юридическая специфика отдельных структурных подразделений права выразиться не может.

Под юридическим режимом в рассматриваемой области правовых явлений следует понимать особую целостную систему регулятивного воздействия, которая характеризуется специфическими приемами регулирования — особым порядком возникновения и формирования содержания прав и обязанностей, их осуществления, спецификой санкций, способов их реализации, а также действием единых принципов, общих положений, распространяющихся на данную совокупность норм. Хотя уровень специфики отраслевых режимов может быть различным (они могут быть генеральными, видовыми, специальными), каждая отрасль права с юридической стороны выделяется в правовой системе именно таким режимом регулирования.

Не углубляясь в характеристику отдельных отраслевых правовых режимов, кратко отметим следующие их черты.

Во-первых, использование понятия «правовой режим» при освещении юридических особенностей отрасли важно потому, что позволяет рассматривать средства правового регулирования, действующие в рамках той или иной отрасли, в единстве, в комплексе. Этот подход крайне существен не только по теоретическим соображениям, но и с практической стороны. На практике при решении юридических дел представляется важным видеть следующее: как только субъект «вступил» в сферу той или иной отрасли, сразу же приводится в действие (во всяком случае в готовность) весь комплекс регулятивных, охранительных, процедурно-процессуальных средств, которые

призваны обеспечить в рамках отрасли правовое опосредование данной жизненной ситуации.

Во-вторых, все правовые средства, образующие отраслевой режим, объединены едиными регулятивными началами, все они функционируют в особой, характерной именно для этого режима среде. Потому-то и на практике существует острая необходимость с первых шагов рассмотрения юридического дела, при его квалификации сразу же точно определить, какой здесь юридический режим: гражданского или семейного права, гражданского или трудового, уголовного или исправительно-трудо-вого. От этого зависит не только определение того, какое законодательство действует в рассматриваемой области, но и четкая ориентация на всю совокупность своеобразных юридических средств отрасли, на специфику их действия, применения. Отсюда же следует, что первейшая задача отраслевых наук — точное выявление своеобразия соответствующих режимов, от чего во многом зависит эффективность разработки других проблем, действенная помощь практике.

Отраслевой режим — явление сложное по своему строению. Наиболее существенные его черты могут быть охарактеризованы при помощи двух основных компонентов, соответствующих сторонам интеллектуально-волевого содержания права: а) особых средств и приемов регулирования, специфики регулятивных свойств данного образования, б) особенностей принципов, общих положений, пронизывающих содержание данной отрасли с интеллектуальной стороны.

Определяющее в отраслевом режиме — особенности регулятивных свойств данной правовой общности, присущих ей средств и приемов регулирования. Для главных подразделений правовой системы — основных отраслей — эти особенности настолько значительны, что они воплощаются в своеобразных, специфических только для данной отрасли Методе и механизме правового регулирования. И хотя отраслевые методы и соответствующие им механизмы основаны на двух простейших началах — централизованном и диспозитивном регулировании, последние в каждой отрасли в сочетании со всей совокупностью способов правового воздействия — дозволениями, запретами, позитивными обязываниями (и об этом, и о простейших методах подробнее речь пойдет в главе 8) — получают своеобразное выражение. Это и отражается прежде всего на правовом статусе субъектов — главной черте каждой основной отрасли

с точки зрения присущих ей метода и механизма регулирования.

Конечно, выявление юридических признаков — лишь первый шаг при рассмотрении отраслей права. Они служат только основанием для вычленения объективно существующих подразделений в правовой системе. В каждый данный момент наличие особого юридического режима регулирования и его наиболее характерных для основных отраслей черт — специфического метода и механизма регулирования (которые проявляются прежде всего в особенностях правового статуса субъектов) — служит непосредственным и притом практически важным безошибочным показателем того, что перед нами реально существующее подразделение в правовой системе, самостоятельная отрасль права.

В то же время, несомненно, сами юридические признаки нуждаются в объяснении. Они являются производными, зависят в конечном счете от основополагающих факторов жизни общества, и прежде всего тех, которые! относятся к экономике, политике и идеологии. Чтобы установить первичные основы деления права на отрасли, необходимо каждый раз обращаться к системообразующим факторам, которые обуславливают структуру права. Отраслевой режим регулирования всегда складывается применительно к тому или иному виду общественных отношений, экономическое, социально-политическое содержание которого предопределяет и сам факт формирования режима, и его юридическую специфику. Должны быть приняты во внимание и другие системообразующие факторы, а также относительная самостоятельность юридических режимов, возможность их распространения на иные, неспецифические отношения. Кроме того, важно учитывать субъективные факторы, в том числе возможность ошибок законодателя в определении юридического режима, используемого при опосредовании тех или иных отношений.

4. Развитая правовая система — сложный, спаянный жесткими закономерными связями организм, отличающийся многоуровневым характером, иерархическими зависимостями.

Однако какой бы сложной, многозвенной по своей структуре ни была система права, в ней неизменно неизменно, устойчивым, стабильным остается комплекс профилирующих (базовых, фундаментальных) отраслей, к которому применительно к праву нашей страны, сложившемуся к нынешнему времени



(не без влияния тоталитарных черт общества), относятся государственное право, административное право, гражданское право, уголовное право, а также процессуальные отрасли. Они образуют с юридической стороны ведущую часть правовой системы, ее неразрушимое ядро. В соответствии с профилирующими отраслями формируются и функционируют на базе собственных видов общественных отношений, образуя в то же время объединения структурных подразделений, другие основные отрасли — трудовое право, земельное право, семейное право, финансовое право, право социального обеспечения.

Отличительные особенности профилирующих (базовых, фундаментальных) отраслей, раскрывающие их значение в качестве ядра системы права, заключаются в том, что они охватывают такие виды общественных отношений, которые по своему глубинному экономическому, социально-политическому содержанию требуют качественно своеобразного, исходного по специфике правового регулирования и потому предопределяют основные типовые особенности юридического инструментария. В связи с этим фундаментальные отрасли: 1) исчерпывающе концентрируют генеральные юридические режимы, групповые методы правового регулирования, 2) отличаются юридической чистотой, яркой контрастностью, юридической несовместимостью, что исключает возможность взаимного субсидиарного применения входящих в данные отрасли норм, 3) являются юридически первичными, т. е. содержат исходный правовой материал, который затем так или иначе используется при формировании правовых режимов других отраслей, и вследствие этого выступают в качестве заглавных подразделений целых групп отраслей права (например, гражданское право — заглавной частью группы отраслей цивилистического профиля), 4) своей совокупности, как и положено ядру целостной системы) имеют стройную, законченную архитектуру, четкие закономерные зависимости, иерархические связи.

Среди рассматриваемого ядра правовой системы следует особо выделить, с одной стороны, административное и гражданское право — две профилирующие отрасли регулятивного плана (именно две, потому что они как раз выражают две опережающие сферы — публичное и частное право и соответственно в своих юридических режимах в наиболее чистом виде первичные по своему значению методы — централизованное и диспозитивное регулирование), а с другой стороны, профилирующую отрасль, нацеленную в основном :

выполнение охранительных задач,— уголовное право. От трех этих профилирующих материальных отраслей права (гражданского, административного, уголовного) идут генетические, функциональные и структурные линии связи к соответствующим трем (трем, не более) процессуальным отраслям — гражданскому процессуальному, административно-процессуальному, уголовно-процессуальному.

Перед нами одно из ярких проявлений присущих праву специфических закономерностей, того, что при всем многообразии отраслевых юридических режимов существуют начальные, исходные элементы юридического инструментария (регулятивные и охранительные механизмы; централизованный и диспозитивный методы; материальное и процессуальное). И все это получает первичное и исчерпывающее воплощение в профилирующих базовых отраслях.

5. Наиболее общее деление права на обширные сферы, изначально в нем «заложенные» и охватывающие, пронизывающие все его отрасли,— это «глобальное» подразделение любой национальной правовой системы на публичное и частное право, отражающее, как ранее уже говорилось, одну из наиболее общих характеристик права.

Публичное право распространяется на сферы общих, государственных интересов (институты государственной службы, уголовного права, организации суда, государственного аппарата, налогов, таможни, санитарного контроля и т. д.). К нему относятся такие отрасли, как государственное право, административное право, уголовное право и др. Здесь юридический приоритет имеет воля органов государственной власти, регулирование является централизованным и строится на началах субординации.

Частное право — это сфера частных, индивидуальных и групповых интересов (институты собственности, договоров, иных актов частных лиц, передача имущества, наследование и т. д.). Сюда относятся такие отрасли, как гражданское право, семейное право и др. Здесь уже юридический приоритет принадлежит воле частных лиц, граждан, их объединений, регулирование носит децентрализованный характер, строится на началах координации, т. е. по принципу юридического равенства, несоподчиненности, автономии<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> О своеобразии частного и публичного права см.: *Черепихин Б. Б.* К вопросу о частном и публичном праве. М., 1994.

Для того чтобы право было действительно правом, обе эти сферы должны быть «суверенными», ни одна из них не должна поглощать другую.

Частное право — удивительный, парадоксальный феномен. Оно охватывает отношения, участники которых не обладают никакой властью (они, напротив, отделены от государственной власти и как раз в этом смысле являются частными), но их договоры, акты, в том числе односторонние, например акты собственников, имеют равное юридическое значение, защищаются судом, признаются и проводятся государством как его же собственные веления. Это уникальное своеобразие частного права как раз и позволяет ему быть условием и гарантом гражданского общества, обеспечивать свободу автономной личности, независимость и самостоятельность частных лиц и, следовательно, быть условием и гарантом рыночной экономики, демократии, свободного общества. Частное право создает как бы изолированную от государственной власти зону свободы, где вершителями своих имущественных, хозяйственных дел являются сами частные лица; вторжение государственной власти в эту зону свободы, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом, и по решению суда, не допускается. И в то же время действия частных лиц государственная власть обязана не только признавать, но и защищать. Эти особенности частного права нашли в настоящее время закрепление в части первой Гражданского кодекса Российской Федерации (ст. 1).

В ходе исторического развития грани между публичным правом и частным правом в ряде областей жизни общества стираются, возникают смешанные публично-правовые и частно-правовые отношения (по трудовым вопросам, социальному обеспечению и др.). И все же публичное право и частное право остаются фундаментальными, исходными началами действительно демократической правовой системы. Лишь в заделогизированном тоталитарном обществе советского типа, все стороны жизни которого оказываются огосударствленными, подчиненными государственной власти, правовая система выступает преимущественно как публично-правовая.

6. Правовые системы, складывающиеся в результате интенсивной и многогранной кодификационной работы, характеризуются весьма своеобразным явлением — наличием в структуре права вторичных, комплексных образований. Суть этого явления состоит в следующем.

Кодифицированные акты, при помощи которых конституируются и выкристаллизовываются структурные подразделения в системе права, касаются прежде всего основных, базовых отраслей. Именно по основным отраслям — государственному праву, гражданскому праву, уголовному праву, процессуальному праву (в меньшей мере, как показывает опыт, по административному) — правотворческие органы в процессе кодификации вырабатывают системные нормативные обобщения, затрагивающие главное, что с юридической стороны объективирует эти основные отрасли, — специфический правовой режим, выраженный в особом отраслевом методе и отраслевом механизме правового регулирования.

Вместе с тем с совершенствованием законодательства, обусловленным потребностями развития экономических, а также социально-политических и иных отношений, издаются комплексные акты, затрагивающие целые сферы социальной жизни или их участки. В этих случаях формируются комплексные отрасли законодательства, в которых объединяется по тому или иному предметному, тематическому и целевому признаку юридически разнородный правовой материал. Причем если такого рода компоновка юридически разнородного материала осуществлена не путем простого корпорированного его сосредоточения в одном документе, а путем кодификации и, следовательно, обогащения содержания права, введения в правовую ткань новых специфических системных нормативных обобщений, то в результате могут сложиться новые, относительно самостоятельные правовые образования.

И действительно, в правовой системе наряду с основными подразделениями, которые обособляются по юридическим режимам, выраженным в особых отраслевых методах и механизмах регулирования, имеются образования комплексного характера, такие, как морское право, банковское право, хозяйственное право, страховое право, природоохрнительное право.

Эти образования являются комплексными в том смысле, что нормы, в них входящие, не связаны единым методом и механизмом регулирования, почти все они имеют «прописку» в основных отраслях (например, нормы морского права можно совершенно точно распределить по таким основным отраслям, как административное право, гражданское право, земельное право, процессуальное право).

Юридические нормы, входящие в комплексные образования, продолжают оставаться в главной структуре, в основных отраслях, и на них распространяются общие положения соответствующих основных отраслей. Во вторичную же структуру *от* входят, оставаясь нормами, например, гражданского, уголовного, административного, трудового права.

И все же комплексные отрасли — это особая юридическая целостность. Нормы комплексного образования вторично, ничуть не нарушая архитектоники основных отраслей и не исключая из их состава ни единой нормы, объединяются в особую общность в соответствии с иным предметом регулирования и с учетом иных, пусть не главных, юридических особенностей. Юридические особенности данной общности выражены не в специфических отраслевых методе и механизме регулирования, а в некоторых особых принципах, общих положениях, отдельных специфических приемах регулирования, детельствующих о существовании специального, хотя и не видного юридического режима. Специфические принципы, общие положения, приемы регулирования, установленные в результате комплексной кодификации, имеют значение своеобразного силового поля, не только объединяющего юридически разнородный материал в известную целостность, но и приданного ему специфически отраслевой оттенок, пусть и вторичный. И в конечном итоге оказывается, что хотя нормы комплексной отрасли или института можно и нужно распределять по основным отраслям, но «замкнуть» их только в рамках основных отраслей нельзя.

Здесь происходит своего рода удвоение (а в некоторых случаях и утроение и т. д.) структуры права, которое полностью согласуется с философскими представлениями о возможности объективирования того или иного явления в нескольких перекрещивающихся структурах, о существовании иерархии структур.

В том-то и состоит ценность многоплоскостной структуры права, что богатство, разнонаправленная юридическая энергия конкретного нормативного положения в полной мере раскрываются как в подразделении главной структуры, так и в комплексном образовании. И именно в своей многомерности, в органическом единстве основных отраслей и комплексных образований правовая система способна предстать как действенный, стабильный и в то же время динамичный организм, об-

ладающий значительными регулятивными возможностями и в силу (этого глубоко и многосторонне воздействующий на общественные отношения. Такое (совершенное) состояние национальной правовой системы может быть достигнуто лишь мудрым и искусным законодателем, в результате благотворного влияния экономических, политических, нравственных условий, которое в оптимальном варианте реализуются в современном гражданском обществе.

7. Исходя из прикладных задач, обычно решаемых юридической наукой, структура права вполне обоснованно характеризуется в виде набора элементов — правовых норм, институтов права, отраслей права, под эгидой глобальной структуры — публичного и частного права. В юридической науке это называется системой права, хотя такое название и не вполне корректно с философской стороны.

В настоящее время, когда перед юридической наукой встала задача углубленного познания права, овладения всем комплексом сложных юридических средств и механизмов, потребовалось пойти дальше и попытаться осветить черты структуры права, характерные для целостных органических систем.

При таком более глубоком подходе к структуре того или иного явления, призванном обнажить его каркас, она выражается в наличии известных интегративных элементов.

Есть ли такие интегративные элементы в праве? Да, есть.

Один из них — принципы, другой — дозволения и запреты, которые могут быть охарактеризованы как значимые элементы структуры правовых систем.

Правда, в юридической литературе дозволения и запреты, а вместе с ними и позитивные связывания рассматриваются обычно в качестве способов правового регулирования. Такой подход к указанным правовым явлениям весьма конструктивен, и в последующем он будет использован в данной книге. В то же время при таком подходе остаются открытыми вопросы: какова субстанция дозволений и запретов? что они представляют собой по своим структурным характеристикам?

Ответы на поставленные вопросы не представляли бы никакой сложности, если бы дозволения и запреты, так же как и позитивные связывания, выражались только в конкретных юридических нормах — дозволительных, запрещающих, обязывающих.

Но все дело в том, что в отличие от позитивных предписаний, бытие которых действительно не выходит за пределы

конкретных юридических (обязывающих) норм, дозволения и запреты, выражаясь в конкретных дозвоительных и запрещающих нормах, в то же время, в случаях когда они носят *общий* характер, характеризуются своим собственным *И*тием в праве, занимают в его структуре свое высокозначимое) место, выступают в виде общих и притом исходных нормативных регулирующих начал.

При подробном и основательном анализе того или иного участка правового регулирования почти всегда можно определить, построено ли регулирование на общем запрете или же на общем дозволении. Например, регулирование отношений, связанных со сделками по имуществу граждан, базируется на общем дозволении (со строго регламентированными исключениями из указанного общего начала); регулирование же отношений, связанных со сверхурочными работами, в российском праве до последнего времени основывалось на общем запрете (опять-таки с установленными в законе исключениями из этого общего начала).

Что же представляют собой общие дозволения и общие запреты?

Этот вопрос будет рассмотрен ниже, пока достаточно предположить, что общие дозволения и общие запреты расположены в глубине структуры права и выполняют интегрирующую роль.

Выражая глубинную нормативность права, они непосредственно воспринимают импульсы, идущие от экономики, политики, всей социальной жизни. И именно через систему общих дозволений и общих запретов, так же как через систему правовых принципов, право обретает социально-политическое и юридическое содержание, соответствующее данным отношениям.

Надо полагать, значение общих дозволений и общих запретов как интегрирующих элементов в структуре права возрастает в связи с процессом *специализации*, в соответствии с которой в правовом регулировании все больше учитываются отдельные варианты поведения, особенности типических ситуаций, своеобразие положения тех или иных субъектов и сообщество этому на разных уровнях происходит дифференциация регулирования, затрагивающая, в частности, правовые режимы. В этих условиях все сильнее ощущается необходимость

еще большего утверждения, упрочения тех регулятивных начал, которые обеспечивают единство регулирования данных ОТНОШЕНИЙ в целом. Как бы, например, ни дифференцировалось правовое регулирование договорных отношений, какие бы своеобразные факторы ни влияли на его многообразные разновидности в области хозяйства, обслуживания граждан и т. д., необходимо, чтобы общедозволительные начала, пусть и в специфическом виде, соответствующем данным отношениям, оставались исходной базой и стержнем всего договорного регулирования.

## II. Субъективная сторона правовой действительности и право

1. Наряду с правом как нормативным институциональным образованием значительную роль в правовой действительности, в правовой системе играет специфический феномен, принадлежащий к субъективной сфере социальной жизни, — правосознание.

Правосознание — явление, относящееся к субъективной сфере жизни общества, весьма близкое к самому праву. В юридической литературе высказывались даже мнения, согласно которым правосознание отождествлялось или вплотную сближалось с правом<sup>1</sup>. Вопреки этому принципиально важно подчеркнуть, что между указанными явлениями правовой действительности существуют качественные различия, которые, однако, не препятствуют их тесному взаимодействию и даже взаимопроникновению.

Ведь правосознание — чисто субъективное явление; оно состоит из представлений людей о праве (действующем, относящемся к прошлым эпохам, желаемом); из субъективного отношения к самому феномену права, его ценностям; из правовой психологии и даже из индивидуальной или массовой эмоциональной реакции на право, подчас интуитивной, подсознательной (как, скажем, во многих случаях реакции на нарушения норм писаного права).

<sup>1</sup> Например, Б. А. Лукашева, глубоко изучающая вопросы правосознания, выступила против резкого размежевания нормативного влияния правосознания на поведение людей и регулирующего воздействия на него юридических норм (см.: *Лукашева Е. А.* Социалистическое правосознание и законность. М, 1973. С 95).



ных отношений, выражающие действие объективных социальных закономерностей, потому, надо полагать, могут быть обозначены словом «право», что внешне они проявляются через правосознание (а также политическое и моральное сознание) как основание для практического действия. Собственно, сама идея правового или неправового, в том числе при зарождении права, и выступает в виде формирующегося, первичного правосознания.

3. Право качественно отличается от правосознания, но вместе с тем находится в глубоком единстве с той его формой, которая входит в правовую систему, — с господствующей правовой идеологией.

Здесь есть ряд моментов, нуждающихся в специальном рассмотрении.

Прежде всего господствующая правовая идеология, воплощенная либо в тоталитарных взглядах, либо в общегуманитарных взглядах мировоззренческого порядка, в юридическом мировоззрении, непосредственно выражает сущность данной национальной правовой системы, ее социально-политическое содержание, ее философию. Правосознание превращается в особо политически и юридически значимое явление после того, как образующие его идеи воплощаются непосредственно в праве, выражаются в его основополагающих принципах. Сохраняя все время направляющее значение для законодательства, практики его применения, они становятся идеями-принципами, соответствующими содержанию права. Не случайно господствующее правосознание, рассматриваемое в этом аспекте, оказывается столь важным ориентиром в правотворческой и правоприменительной деятельности компетентных государственных органов, существенным критерием при толковании права и при восполнении пробелов в нем. В праве же гражданского общества основополагающие правовые принципы вместе с фундаментальными правами человека становятся собственной основой бытия действующей правовой системы, опорой независимой высокозначимой правосудной деятельности, способной, помимо всего иного, обеспечить динамизм и действенность права современного гражданского общества.

Существенное значение принадлежит господствующим юридическим доктринам и профессиональному правосознанию, в том числе выраженным в правовой науке, в специальных юридических исследованиях. Характерно при этом, что указанные

формы господствующего правосознания (идеологии) непосредственно выражают юридическое содержание национальной правовой системы, воплощенные в нем юридические ценности, достижения правовой культуры.

Таким образом, выступающее в виде господствующей правовой идеологии правосознание вплотную примыкает к позитивному писаному праву, «работает» в тесном контакте с ним (это обстоятельство особо следует подчеркнуть), обнажая его сущность и особенности его содержания, что придает и правотворчеству, и правоприменению, всей правовой системе целенаправленный, социально определенный характер.

Органическая близость права и господствующего правосознания объясняет ту кажущуюся нелогичной последовательность в исторической цепи правовых явлений, когда правосознание в своих начальных, первичных формах как бы опережает собственно право, придавая в общественном мнении значение правового непосредственно индивидуальным отношениям, фактической силе и в соответствии с этим воспринимая «голую» силу в виде права (право сильного, кулачное право). Причем такого рода опережение характерно не только для начальных фаз возникновения права, но и для развитых правовых систем. В сложном процессе взаимодействия и взаимообогащения права, юридической практики, правовой идеологии, когда в процессе деятельности правоприменительных органов (прежде всего органов правосудия) вырабатываются образцы решения типичных юридических дел, последние выступают именно в виде явлений правосознания. Таковы содержащиеся в правоприменительных актах правовые положения, которые представляют собой как бы уплотненное объективированное выражение правосознания, его «сгустки», своеобразные юридические феномены, олицетворяющие процесс перехода явлений правосознания в собственно право.

Весьма наглядно регулятивная энергия, выраженная в активных формах господствующего правосознания, обнаруживается в таких исторических ситуациях, когда правосознание выступает как бы обособленно, само по себе, становится основой всего механизма правового регулирования еще до создания национальной правовой системы во всех ее компонентах или в процессе ее глубокого социального преобразования (ныне этот процесс с потерями и издержками идет в России).

При этом, однако, правосознание на период до полного становления новой правовой системы призвано лишь временно заме-

щать, «исполнять обязанности» собственно права, но позитивным правом само по себе не является. Потому-то и юридическое регулирование в революционных условиях хотя и адекватно им, отвечает их потребностям, но не обладает таким» чертами, как всеобщность, строгая стабильность и другими! которые свойственны ему при сложившихся правовых системах. Отсюда минусы и издержки такой замены (тем более если она сопряжена с отрицанием ранее установленного писаного! права) и, более того, возможность произвола, иных негативных явлений, оправдываемых революционным правосознанием. Именно этот путь, как показал опыт советского права, права других социалистических стран, с роковой неизбежностью! приводил к культивированию импульсов и нравов насилия, а в конечном итоге — к тоталитаризму и произволу.

I

В целом же такие формы господствующего правосознания! как правовая идеология, которой охватываются господствующие юридические доктрины, профессиональное и массовое правосознание, следует рассматривать в качестве части правовой! системы. Правовая идеология не только проникает в самую плоть! собственно права и не только выступает его непосредственной! основой, своего рода прямым источником — фактором, его под-! держивающим, обогащающим, корректирующим, в него пере-! ходящим, но и способна при определенных исторических усло-! виях в какой-то мере занять место, отведенное по логике соци-! альных процессов позитивному праву, со всеми плюсами и ми-! нусами, возникающими в результате такой «замены».

I

Высокой и весьма значимой (возможно, самой высокой и! наиболее значимой) разновидностью правовой идеологии яв-! ляется *юридическое мировоззрение*. До недавнего времени со-! ветская правовая наука, отталкиваясь от ряда высказываний! Энгельса, демонстрировала устойчиво отрицательное отноше-! ние к этой разновидности правовой идеологии. Между тем пра-! вовая идеология, адекватная такому праву, которое занимает! высокое место в жизни общества, т. е. праву гражданского об-! щества, думается, тогда только и может быть признана состо-! явшейся, когда идеология приобретает качество юридического! мировоззрения, т. е. такой системы взглядов, которая построе-! на на безусловном и на словах, и на деле признании высокой! значимости правовых ценностей и идеалов.

4. Правосознание (правовая идеология) реализуется как со-! бственно в праве, так и в особом феномене правовой действи-! тельности — в правовой культуре. *Правовая культура* пред-

ставляет собой своего рода юридическое богатство, выраженное в достигнутом уровне развития регулятивных качеств права, накопленных правовых ценностей, тех особенностей права, юридической техники, которые относятся к духовной культуре, к правовому прогрессу.

Правовая культура, принадлежа к духовной культуре общества, имеет прикладную, практическую направленность (она находится в одном ряду с культурой управления, культурой работы государственного аппарата и т. д.).  
I/ Правовая культура складывается из ряда взаимосвязанных элементов. Назовем основные из них:

1) Состояние правосознания в обществе, т. е. степень знания и понимания права, осознания необходимости строгого выполнения требований законности, уровень развития чувства права и законности. Таким образом, правовая культура — это прежде всего «качественно насыщенное» правосознание. Правовая культура всегда связывается с оценкой уровня знания и понимания права, степенью веры в право, развитостью чувства законности и права, осознанием его миссии в социальном прогрессе. Важным показателем правовой культуры являются уровень массового правосознания, объем и интенсивность общего правового просвещения. Не менее существенны и такие показатели, как масштабы и глубина юридического образования, профессиональной подготовки и переподготовки юристов, степень развития юридической науки, правового мышления.

2) Состояние законности, которое характеризуется степенью развертывания всех ее требований, реальностью их осуществления (прочностью правопорядка). Состояние законности — это вообще одно из важнейших проявлений культуры общества. Правовая же культура невозможна, немыслима без строжайшей законности. Причем уровень юридической культуры в значительной степени зависит и от того уважения, с каким законодатель относится к издаваемым им самим нормам.

3) Состояние законодательства, совершенство его содержания и формы. Этот элемент не только характеризует степень воплощенных в праве общецивилизационных, общечеловеческих начал, но и предполагает научное построение законодательства, нахождение оптимальных методов, способов, типов регулирования складывающихся отношений, строгое соблюдение правотворческой процедуры, максимальное использование передовых средств и приемов юридической техники и т. п.

4) Состояние практической работы суда, а также прокуратуры, других юридических органов, выражающее их реальную роль в правовой системе, степень использования передовых приемов юридической техники, правил научной организации труда и т. п.

Значение правовой культуры в обществе выходит за пределы сферы права, юридической практики. Правовая культура — неотъемлемая часть культуры общества в целом. Распространить высокую юридическую культуру на все население — значит в условиях демократического общества, сложившегося или формирующегося, значительно поднять общий культурный уровень\* граждан, утвердить такой компонент в ценностной ориентации людей, который затрагивает важнейшие стороны общественной жизни: реализацию начал демократии, справедливости, свобод [высокую организованность, определенность прав и обязанностей] строгий порядок и ответственность, гарантированность прав личности, упорядоченную активность участников общественных I ношений. А все это включается в общую культуру поведения людей, является неотъемлемым элементом современного граж-\*\* данского общества.

Наряду с понятием «правовая культура» имеет основания для существования не менее значимое понятие — «культура права». Последнее призвано отразить высокий уровень правовой культуры — такой, когда не только общественные явления оцениваются под углом зрения правовых ценностей и идеалов, но и само право строится в соответствии с этими ценностями и идеалами, становится центром общественно-политической жизни.

## Глава восьмая Право в действии

### I. Правовое регулирование как научная категория

1. Понятие правового регулирования — исходный пункт и объединяющее начало характеристики права в действии, других явлений правовой действительности (правовой системы), рассматриваемых с регулятивно-действенной стороны.

*Правовое регулирование — это осуществляемое при помощи системы правовых средств (юридических норм, правоотношений, индивидуальных предписаний и др.) результативное, нормативно-организационное воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения, охраны, развития в соответствии с общественными потребностями.*

Определяя правовое регулирование через понятие правового воздействия, нужно учитывать, что последнее — широкое понятие, которое характеризует право в действии, все направления и формы влияния права на общественную жизнь, в том числе и функционирование права в качестве духовного фактора. И хотя функционирование права в этом качестве и правовое регулирование взаимопроникают, влияние права как духовного (идеологического) фактора не является для него специфическим по своей основе. В принципе юридическое воздействие с рассматриваемой стороны, основанное на особенностях права как формы общественного сознания, не отличается от влияния на общественную жизнь других духовных, идеологических форм и средств (средств агитации, пропаганды, массовой<sup>1</sup> политической информации, нравственного воспитания, просвещения и т. д.).

Правовое же регулирование — специфическое воздействие, осуществляемое правом как особым нормативным институциональным регулятором. Своеобразие правового регулирования заключается в том, что оно:

во-первых, по своей природе является такой разновидностью социального регулирования, которая строится так, чтобы иметь целенаправленный, организованный, результативный характер;

во-вторых, осуществляется при помощи целостной системы средств, реально выражающих саму материю писаного права

как нормативного институционального образования — регулятора.

Иными словами, правовое регулирование в отличие от общего духовного идеологического воздействия права всегда осуществляется посредством особого, свойственного только праву механизма, призванного юридически гарантировать достижение целей, которые ставил законодатель, издавая или санкционируя юридические нормы. В этом, собственно, и состоит социальный смысл существования права как нормативного институционального образования.

Конечно, общее духовное, идеологическое воздействие права, сочетаясь со специфически правовым регулированием, несет на себе печать последнего и в соответствии с этим обладает рядом достоинств (имеет черты всеобщности, определенности, увязанности с реальными жизненными отношениями, с конфликтными ситуациями и др.). Но все же по своей основе, по главным особенностям своего содержания оно является не специфически правовым, а именно общим, подчиняющимся единым закономерностям функционирования духовной сферы, идеологии, их влияния на общественную жизнь в данной социальной системе. В соответствии с этим оно осуществляется по двум основным каналам — информационному и ценностно-ориентационному<sup>1</sup>.

Вместе с тем выделенный в литературе третий канал (принудительное воздействие права) относится к иной плоскости функционирования права — к специфически правовому регулированию и, более того, к той его стороне, которая выражает деятельность государства и состоит в государственно-властном нормировании общественных отношений.

То же самое относится и к четвертому каналу — стимулированию, выделенному В.Н. Кудрявцевым в другой работе<sup>2</sup>. Не говоря уже о том, что стимулирование присутствует также при информационном и ценностно-ориентационном воздействии, оно, как и принуждение, характеризует в основном иную плоскость — собственно юридическое воздействие, т. е. правовое регулирование. И именно в рамках анализа правового регулирования, если связывать стимулирование и принуждение с разнообразным юридическим инструментарием, рассмотре-

<sup>1</sup> См.: Кудрявцев В.Н. Право и поведение. С. 72 и сл.

<sup>2</sup> См.: Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982.

ние этих средств воздействия на волю и сознание человека представляет собой значительную научную ценность. Информационное и ценностно-ориентационное воздействие, с одной стороны, и принуждение и стимулирование — с другой, нельзя исследовать в одном ряду: частично перекрещиваясь, они относятся к различным срезам правового воздействия.

2. Существенное значение для понимания правового регулирования имеет его предмет, а под более широким углом зрения — среда, в которой (и под влиянием особенностей которой) право воздействует на общественные отношения.

*Предметом правового регулирования* являются разнообразные общественные отношения, которые объективно, по своей природе могут поддаваться нормативно-организационному воздействию и в существующих социально-политических условиях требуют такого воздействия, осуществляемого при помощи юридических норм и всех иных юридических средств, образующих механизм правового регулирования.

От содержания и характера предмета во многом зависят особенности содержания правового регулирования, а следовательно, особенности структуры права. Те или иные виды общественных отношений (например, организационные, имущественные, властно-карательные) способны «принимать» правовое регулирование не вообще, а строго определенных видов или в известном диапазоне таких видов, что в принципе и предопределяет деление права на отрасли. На специфику правового регулирования влияют также элементы общественных отношений — положение его субъектов, особенности объектов и др.

Существенная особенность регулируемых правом общественных отношений заключается в том, что они могут быть предметом правового воздействия лишь постольку, поскольку выступают в качестве волевых отношений. Волевым не в том смысле, что общественные отношения во всех случаях принадлежат области духовной жизни, а в том, что независимо от своего места в структуре социальных связей они выражаются в волевом поведении людей. При этом обнаруживается важная закономерность: воздействие права на общественную жизнь тем значительнее, чем сильнее правовые формы оказывают стимулирующее или «обязывающее» влияние именно на волю и сознание людей.

Таким образом, в качестве непосредственного предмета правового регулирования выступает волевое поведение участ-



ников общественных отношений, поведение, через которое только и можно осуществлять стимулирование или принуждение. Право при этом способно воздействовать на различные уровни поведения людей и их коллективов. Можно выделить следующие три уровня поведения: действия, операции, деятельность! (причем с каждым из этих уровней поведения в принципе, как правило, сопряжен соответствующий уровень структуры права<sup>1</sup>).

*Среда правового регулирования* включает и регулируемые! правом волевые общественные отношения, и иные общественные связи, входящие в его орбиту, сопровождающие и «окутывающие» его, и само правовое регулирование, а главное, особенности этих отношений, связей, существенно влияющих на своеобразие средств юридического воздействия, на их комплекс и построение.

Здесь может быть выявлен ряд плоскостей, срезов социальной действительности. Наиболее важное значение имеют три! основные характеристики: 1) качество «энергетического поля» регулирования, 2) степень активности социального поведения! на том или ином участке жизни общества, 3) уровень напряженности, интенсивности правового регулирования.

Под качеством «энергетического поля» регулирования следует понимать то общее состояние социальной среды, которое может быть охарактеризовано либо как «поле активности», либо как «поле сдерживания», либо как сочетание того и другого. Имеется в виду состояние социальной среды, которое в силу требований социальных закономерностей, существующих потребностей и интересов направляет, ориентирует поведение людей на активность, на совершение тех или иных поступков, на деятельность определенного вида либо на то, чтобы проявлять пассивность, не совершать определенные действия. Очевидно, например, что одно из наиболее существенных качественных различий между рыночной экономикой и социалистическим плановым хозяйством состоит как раз в том, что первая образует постоянное «поле активности» для хозяйствую-

<sup>1</sup> Л. Б. Алексеевой на материале уголовно-процессуального права уже давно установлена такая зависимость процессуальные операции во многих случаях — предмет регулирования отдельных норм, процессуальные действия — их совокупностей, деятельность — всей системы процессуальных норм (см. *Алексеева Л. Б.* Теоретические вопросы системы уголовно-процессуального права М, 1975 С 5)

щих субъектов, а второе ориентирует по большей части на то, чтобы ограничивать свою активность рамками команды, к тому же нередко формально выполняемой. В последующем мы увидим, что от качества социальной среды, особенностей «поля», его энергетической направленности во многом зависит построение правового регулирования, действенность используемых в ходе юридического воздействия систем регулирования (в частности, систем «обязанность — ответственность» или «права — гарантии»)

*Степень активности социального поведения на том или ином участке жизни общества* — это частота, повторяемость поведения, его массовидность. В свое время в юридической науке был высказан взгляд, в соответствии с которым характеристика юридической нормы наряду с юридическими признаками должна быть увязана с пониманием ее как типичного, массовидного процесса фактической жизнедеятельности<sup>1</sup>. Мне уже приходилось писать в свое время, что этот взгляд не получил должной оценки в литературе. Быть может, дезориентирующую роль сыграли здесь господствовавшая в нашей науке тенденция рассматривать правовые вопросы главным образом сквозь призму позитивных обязанностей, опасения, связанные с возможностью утраты в научных исследованиях специфически правовых черт. Приведенное положение действительно не имеет общего значения: оно едва ли распространимо на позитивные обязательства. Но применительно к главному пласту правовой материи — к дозволениям и в особенности к запретам оно содержит немалый конструктивный теоретический потенциал, позволяет под новым углом зрения охарактеризовать эти важнейшие правовые явления. Так, изучение нормативных положений, закрепляющих запреты, и в еще большей степени обстоятельств, послуживших для их установления, свидетельствует о том, что введение юридических запретов оказывается необходимым в случаях, когда в социальной действительности существуют (реально или в виде возможности) факты нарушений пределов дозволенного, в связи с чем возникает опасность для общества и требуется обеспечить при помощи юридического запрета типичные, массовидные процессы жизнедеятельности.

<sup>1</sup> См. Кудрявцев В. Н. Юридические нормы и фактическое поведение // Сов государство и право 1980 № 2 С 14

Отсюда следует вывод, что юридический запрет — это не чисто правовое явление. По самой своей субстанции он имеет черты социально-правового феномена, несущего на себе отпечаток конфликтных, аномальных и в то же время массовидно-социальных ситуаций, отношений и, следовательно, степени активности социального поведения.

И наконец, обратим внимание на само правовое регулирование, на *уровень его напряженности, интенсивности*. Правовое регулирование имеет особенности, связанные не только с тем, к какой отрасли права оно относится, выражаются ли в нем централизованные или децентрализованные начала, каково состояние социальной среды, массовидного поведения и т. д., но и с тем, охватываются ли правом данные отношения, а если

да, то какова его детализированность, императивность, жесткость, насыщенность. Все это и может быть названо напряженностью, интенсивностью регулирования. В соответствии с таким признаком в общественных отношениях могут быть выделены зоны интенсивного и неинтенсивного правового регулирования.

В зонах неинтенсивного правового регулирования необходимо выделить два качественно различных случая: а) случай существования таких участков общественной жизни, которые требуют правового регулирования, которые реально, фактически еще не урегулированы или недостаточно урегулированы в правовом порядке; б) случай, когда общественные отношения таковы, что они и не нуждаются в интенсивном правовом регулировании (что характерно для сугубо личных, семейных отношений, где, по меткому выражению одного из отечественных правоведов, закон нередко скромно молчит).

Чрезвычайно интенсивное или недостаточно интенсивное правовое регулирование может наступить в силу субъективных причин, прежде всего в силу излишней или, напротив, недостаточной законодательной деятельности компетентных органов, ошибочных в этой области решений. Но в то же время надо учитывать, что степень интенсивности правового регулирования зависит от его предмета, других факторов. Есть общественные отношения, которые нуждаются в правовом регулировании, но в «мягком», преимущественно диспозитивном (это присуще правовому опосредованию отношений в гражданско-правовых сделках).

И вот решение ряда вопросов, не только такого общего (и это было уже показано ранее), как социальная сила субъективных прав, но и более конкретизированных, например о соотношении юридических дозволений и юридических запретов, в значительной мере зависит от того, какая перед нами зона: зона интенсивного или же неинтенсивного юридического регулирования.

В зонах интенсивного юридического регулирования, где существует детальное, без явных, во всяком случае, значительных «пустот» правовое опосредование поведения всех участников общественных отношений, и тем более там, где в этом регулировании превалируют императивные элементы, — в таких зонах не только четко, рельефно выделяются конкретные субъективные права, обретая существенный смысл, но и юридические дозволения и запреты в большой степени приближены, плотно «прижаты» друг к другу. Вот почему здесь, например, предоставление лицу известной меры дозволенного поведения (субъективного права) в принципе может происходить за счет сужения юридических запретов. Следовательно, в этих зонах действует принцип обратного, «зеркального» отражения — отсутствие запрета с большой долей вероятности свидетельствует о наличии по данному вопросу юридического дозволения (хотя оно и тут нуждается в прямой нормативной регламентации).

Иная ситуация в зонах, где такого интенсивного юридического регулирования нет, где, стало быть, существует юридически «разряженное» пространство. Тут не только вовсе не обязательно обособление конкретных субъективных прав (нередко достаточно общих юридических дозволений), но и сами юридические дозволения и юридические запреты разъединены, отдалены друг от друга, их регламентация пока (или постоянно) происходит обособленно. В таких зонах отсутствие, например, юридического дозволения совсем еще не говорит о том, что по данному вопросу существует юридический запрет.

3. Отличительная черта правового регулирования состоит в том, что оно имеет свой, специфический *механизм*. Наиболее общим образом *механизм правового регулирования* (МПР) может быть определен как *взятая в единстве система правовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения*.

Понятие МПР производно от понятия правового регулирования. Этим прежде всего определяются место и значение понятия МПР в теории права. Как и понятие правового регулирования, оно в рамках правове­дения представляет собой методологическую категорию, которая обеспечивает четкое философски ориентированное видение правовых явлений.

Понятие МПР позволяет не только собрать вместе явления правовой действительности (нормы, правоотношения, юридические акты и др.), участвующие в правовом воздействии, и обрисовать их как целостность (это достигается и при помощи понятия «правовая система»), но и представить их в работающем, системно-воздействующем виде, что характеризует результативность правового регулирования; высветить в связи с этим специфические функции, которые выполняют те или иные юридические явления в правовой системе; показать их связь между собой и взаимодействие.

Под строго инструментальным углом зрения в МПР в соответствии с его стадиями выделяются три основных звена:

- 1) юридические нормы — основа правового регулирования;
- 2) правовые отношения, субъективные права и юридические обязанности, переводящие правовую энергию юридических норм на уровень конкретных субъектов — носителей прав и обязанностей;

- 3) акты реализации прав и обязанностей.

В ряде случаев в МПР включается и четвертое звено — акты применения права (о них будет сказано ниже), а также некоторые дополнительные элементы — индивидуальные акты, правовоположения практики и др.

Есть и более глубокий слой МПР, непосредственно связанный с регулятивными функциями права.

Можно уверенно предположить, что здесь раскрываются исходные юридические начала и «пружины» правового регулирования, а главное — юридический инструментальный непосредственно связывается через регулятивные функции права с объективно обусловленными требованиями социальной жизни. Речь идет о правовых явлениях, о которых не раз упоминалось и ранее и о которых более подробно будет рассказано дальше при освещении способов правового регулирования — об связываниях, дозволениях и запретах.

Обязывание, с одной стороны, дозволения и запреты — с другой, выступают проводниками двух функций права: обязывание — динамической, дозволения и запреты — статической.

Хотя в обоих случаях правовое регулирование предполагает активную деятельность людей, их коллективов, в социальном и юридическом отношении принципиально важно, что в первом случае (динамическая функция) на лицо возлагаются обязанности к активным действиям, а во втором (статическая функция) — к воздержанию от определенных действий. Именно это и обуславливает столь существенную специфику юридического инструментария, что перед нами оказываются разные, подчас несопоставимые пласты правовой материи.

4. Необходимо подробнее остановиться на понятии, которое ранее неоднократно употреблялось, притом без достаточной расшифровки, — на понятии «правовые средства».

Употребление этого понятия может создать впечатление о том, что право в целом с философско-социологической стороны характеризуется как некое «средство»<sup>1</sup> (хотя тут имеются в виду лишь фрагменты правовой действительности, рассматриваемые преимущественно под углом зрения аналитической юриспруденции), либо о том, что речь идет о каком-то особом классе правовых явлений. Кстати сказать, в литературе последнего времени порой проявлялся именно второй из указанных подходов к проблеме. Между тем постановка вопроса о правовых средствах иная.

Правовые средства не образуют каких-то особых, принципиально отличных от традиционных, зафиксированных в общепринятом понятийном аппарате явлений правовой действительности. Это весь диапазон правовых феноменов различных уровней с той лишь особенностью, что они вычленяются и рассматриваются не с позиций нужд юридической практики, а с позиций их функционального предназначения, тех черт, которые характеризуют их как инструменты решения экономических и иных социальных задач.

Попытки свести правовые средства только к определенному кругу правовых явлений, притом таких, которые во многом носят «ненормативный» характер<sup>2</sup>, вряд ли могут увенчаться успехом. И не только потому, что такой подход касается в основном частного права<sup>3</sup>, но и потому, что затруднена их оценка

<sup>1</sup> См.: *Белых В. С.* Сущность права: в поисках новых теорий или «консерватизм» старого мышления // *Российский юридический журнал*. 1993. № 2. С. 53.

<sup>2</sup> См.: *Пугинский Б. И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 17, 83, 84 и сл.

<sup>3</sup> См.: *Калмыков Ю. Х., Баранов Н. А.* Правовые средства обеспечения имущественных потребностей граждан. — В кн.: *Гражданское право в сфере обслуживания* Свердловск, 1984. С. 49—51.

в качестве правовых; в итоге в качестве правовых фигурируют те же явления, которые считаются таковыми и при традиционном подходе: договор, имущественная ответственность, юридическое лицо и т. д.<sup>1</sup>

Следовательно, вопрос правовых средств не столько вопрос обособления в особое подразделение тех или иных фрагментов правовой действительности, сколько вопрос их особого *видения* в строго определенном ракурсе — их функционального предназначения, их роли как инструментов оптимального решения социальных задач. Иными словами, перед нами те же, скажем, юридические нормы, хозяйственные договоры, счета в банке, меры поощрения, санкции, но предстающие в качестве функциональных явлений, инструментов реализации силы, ценности права.

Каковы же исходные точки отсчета, показатели, с опорой на которые разнообразные юридические феномены могут быть охарактеризованы в качестве правовых средств? Эти показатели таковы:

- субстанциональность правовых явлений;
- возможность их использования субъектами;
- наличие в правовых явлениях социальной силы, своего рода юридической энергии.

Вот несколько соображений по поводу приведенных показателей.

Понятие «субстанциональное» призвано охарактеризовать само тело, вещество, плоть того или иного явления — то, из чего оно состоит как реальный факт окружающей действительности. К субстанциональным в юридической области относится сама правовая материя, которая, хотя в целом и принадлежит к субъективной стороне жизни общества, тем не менее выступает в качестве объективированных социальных феноменов, реальных фактов субъективно-объективной действительности, выраженных как раз в праве как институционном образовании.

Как субстанциональные явления правовые средства довольно отчетливо, зримо отличаются от других компонентов правовой действительности: с одной стороны, от явлений правовой деятельности — действий в области правотворчества, актов по реализации и применению юридических норм (толкования,

<sup>1</sup> См.: Пугинский Б. И. Указ. соч. С. 89—92.

вынесения правоприменительных решений, исполнения актов юрисдикционных органов и т. д.), а с другой стороны, от явлений сугубо субъективной сферы правовой действительности — правосознания, субъективных элементов правовой культуры, правовой науки. И то и другое, разумеется, учитывается в правовом регулировании, включается в действие его механизма. Можно, например, говорить о регулятивных функциях правосознания или о регулятивном значении применения права. Но они не образуют самих регулятивных частиц, компонентов регулятивного вещества права, т. е. как раз того, что является правовыми средствами. Поэтому два упомянутых компонента правовой действительности находятся рядом с правовыми средствами, связаны с ними, но непосредственно в их состав не входят. Один из них (правовая деятельность) — это, в сущности, применение и использование правовых средств, а второй (явления субъективного порядка, например правосознание) — представление о них, их субъективный образ.

Правовые средства как субстанциональные явления многообразны.

В развитых правовых системах, при достаточно высокой степени институционализации правовых явлений, то или иное правовое средство выступает в различном виде в зависимости от уровня, на котором рассматривается юридический инструментарий.

Таких уровней три:

во-первых, уровень первичных правовых средств — элементов механизма правового регулирования в целом и его важнейших подразделений; это прежде всего юридические нормы, а также субъективные юридические права и юридические обязанности;

во-вторых, уровень сложившихся правовых форм, обычно нормативно выраженных в виде институтов, — отдельных образований, юридических режимов *«ли»* комплексов взаимосвязанных правовых образований и режимов, представляющих собой юридически действенные формы решения жизненных проблем (например, договор как способ организации работ и оплаты их результатов);

в-третьих, операциональный уровень — конкретные юридические средства, находящиеся непосредственно в оперативном распоряжении тех или иных субъектов, например договор гражданина, приобретающего пустующий жилой дом, с сель-



скохозийственным предприятием на выращивание и продажу сельскохозяйственной продукции. В данном случае этот договор является способом организации взаимоотношений между гражданами, проживающими в городах или поселках городского типа, и сельскохозяйственными предприятиями.

Теперь о такой черте правовых средств, как возможность их использования субъектами. Она характеризует глубокое взаимодействие правовых средств с социальной деятельностью.

В этом взаимодействии можно выделить две плоскости. Одна из них очевидна — это деятельность по использованию правовых средств в практической жизни. Перспектива последующего использования заложена в самом бытии, в существе, в предназначении юридического инструментария: правовые средства потому и для того складываются, чтобы при надлежащем их использовании был достигнут нужный социальный эффект. Следовательно, они с самого начала рассчитаны на приведение их в действие теми или иными субъектами.

Другими словами, хотя правовые средства есть явления субстанциональные, в них, в самом их бытии присутствует мент, выражающий перспективу использования, — возможное — то того, что известные субъекты «возьмут их в руки» и добьются с их помощью нужного, ожидаемого результата. С рассматриваемой точки зрения вопросы использования правовых средств являются решающей частью юридической практики в то же время важным и перспективным направлением развития юридической науки.

Во взаимодействии социальной деятельности и правовых средств выделяется и другая плоскость. Здесь речь идет не такой своеобразной разновидности социальной деятельности, которую можно назвать правовой (именно этот характер имеет использование правовых средств), а о социальной деятельности в самом точном и строгом смысле — о деятельности, которой реализуется социальная жизнь независимо от форм ее существования и опосредования. Так вот, социальная деятельность в указанном смысле при переходе человечества стадию цивилизации является необходимой и ближайшей основой правовых средств, во многом определяющей их будущее! вование, особенности и развитие.

Исходный момент, ранее уже упомянутый, состоит в следующем: социальность деятельности наряду с другими ее чертами характеризуется своего рода напряженностью; она как бы пронизана (либо окутана) или «полем активности», или «поле»

сдерживания», что придает поведению субъектов общественных отношений особое содержание и облик. Отсюда такие элементы и черты деятельности, как ее необходимость, допустимость или недопустимость, заложенные в самом содержании деятельности и выражающие потребности жизни общества, свойственные ей закономерности, условия жизнедеятельности. Когда говорится, скажем, о непосредственно-социальных или естественных правах, об объективных нормах, то имеются в виду прежде всего именно эти имманентно присущие деятельности социальные характеристики.

Соприкасаясь и взаимодействуя с субъективной стороной жизни общества, отмеченные элементы и черты деятельности как социального явления получают выражение в правах и обязанностях (*предписаниях, дозволениях, запретах*). Права и обязанности здесь являются формой социальной деятельности и, обретая относительно обособленное существование, служат первым и *ближайшим* средством, призванным обеспечить выраженную в содержании деятельности ее необходимость, допустимость или недопустимость.

Права и обязанности, будучи связаны с государственной властью, ее аппаратом, приобретают обязательный характер, становятся юридическими правами и обязанностями и в этом качестве выступают как необходимые и первичные правовые средства. Именно с юридических прав и обязанностей начинается формирование правового инструментария, всей системы правовых средств.

И еще один момент. Правовые средства, т. е. институционно обособленные правовые формы (субъективные юридические права и обязанности, их комплексы, правовые режимы), оторвавшись от непосредственно-социальной деятельности, существуют как таковые, как наличные реальности. В этом своем качестве они, условно говоря, «находятся под рукой», и потому их можно «взять» и использовать для достижения тех или иных задач — надежного решения конфликтного вопроса, устранения препятствий и т. д.

Правда, существует некая грань в понимании правовых средств, которая сразу же должна быть принята во внимание, с тем чтобы придать нужную ориентацию трактовке всей проблемы.

Возможность использования правовых средств субъектами вовсе не означает, что правовые формы являются «средства-



ми» этих субъектов. Например, возможность использования государством известного набора сложившихся правовых форм не есть утверждение этактического подхода к праву, при котором место и функции последнего в жизни общества сводятся к тому, что оно выступает лишь как орудие государства. Акценты в трехчленной связке «субъект — правовые средства — социальные задачи» должны быть смещены к третьей части приведенной формулы. Сложившиеся правовые формы являются средствами, инструментами не с точки зрения субъектов, а главным образом с точки зрения решаемых с их помощью социальных задач. Они, следовательно, инструменты оптимального решения социальных задач, с которыми и находятся в органической связи.

Такого рода органической связи нет между правовыми средствами и субъектами. И дело не только в том, что одни и те же правовые средства могут быть использованы различными субъектами, но и главным образом в том, что они развернуты к субъектам лишь своими потенциальными возможностями. Эти возможности субъектами общественных отношений могут быть использованы или не использованы, использованы полно или неполно, эффективно или неэффективно и т. д.

Далее остановимся на вопросе о наличии в правовых средствах социальной силы. Надо повторить исходный момент: определенные правовые формы потому и обособляются в устойчивые институционные образования, потому и используются субъектами, что обладают социальной силой. В них, следовательно, заложены такие возможности, которые позволяют справиться с трудностями, преодолеть препятствия, обеспечить решение назревшего жизненного вопроса. Выраженная в правовых средствах социальная сила и характеризует их как существенные ценности.

Вопрос о том, в чем состоит социальная сила права, ранее уже был рассмотрен. Сейчас важно обратить внимание лишь на то, что в юридической инструментариим заложена не вообще социальная сила, а *правовая сила*, реализующая своего рода юридическую энергию, — все то, что выражает ценность права.

К этому хотелось бы привлечь внимание читателя специально. Правовые средства — не просто инструменты решения тех или иных социальных задач, существующие наряду с другими. Социально-политический смысл постановки проблемы о

правовых средствах заключается в том, что они являются не только социальной необходимостью, своего рода объективной закономерностью, но и оптимальным, адекватным условиям цивилизации способом решения задач, стоящих перед обществом, способом, который выражает социальную ценность права как регулятора общественных отношений.

Что значит использовать правовые средства в практической жизни? Это значит так применять юридический инструментарий к решению экономических и иных социальных задач, чтобы был достигнут эффект, реализующий социальную ценность, силу права, его миссию быть стабилизирующим фактором, обеспечивающим, в частности: а) надежность и устойчивость складывающихся отношений; б) корреляцию регулирования с субъективными правами; в) строгую регламентацию и в то же время гарантированность, защищенность субъективных прав; г) комплекс способов, гарантирующих реальное, фактическое исполнение юридических обязанностей; д) необходимую процедуру для осуществления юридических действий, процессуальные формы и механизмы, нацеленные на реализацию субъективных прав и достижение истины в конфликтных ситуациях.

Этим не исчерпывается правовой эффект юридического инструментария. Он виден и в других проявлениях силы права, о которых уже говорилось. Здесь важен сам факт: надлежащее использование правовых средств означает фактическое проведение в жизнь собственной ценности права, использование его богатого потенциала.

Подытоживая ранее сказанное, можно определить правовые средства как объективированные субстанциональные правовые явления, обладающие фиксированными свойствами, которые позволяют реализовать потенциал права, его силу. Правовые средства могут совпадать, а могут и не совпадать с традиционно выделяемыми в юридической науке феноменами. Но как бы то ни было, во всех случаях перед нами фрагменты правовой действительности, рассматриваемые под углом зрения их функций, их роли как инструментов юридического воздействия.

## **II. Структура (построение) правового регулирования**

1. Структура (построение) правового регулирования характеризуется прежде всего методами и способами регулирования.

Остановимся сначала на методах правового регулирования. Методы правового регулирования — это приемы юридического воздействия, их сочетания, характеризующие использование в данной области общественных отношений того или иного комплекса юридических средств.

Методы субстанциональны, неотделимы от правовой материи. Они выражают самую суть, стержень того или иного юридического режима регулирования; следовательно, в системе права они служат именно тем объединяющим началом, которое компонует правовую ткань в главные структурные подразделения — в отрасли права.

Рассматривая методы правового регулирования в качестве реальных юридических явлений, обретающих свою жизнь в рамках отраслей права, вместе с тем необходимо указать на некоторые первичные, исходные методы, которые представляют собой выделенные логическим путем простейшие приемы регулирования, определяющие главное в правовом статусе субъектов, в их исходных юридических позициях:

— *централизованное, императивное регулирование* (метод субординации), при котором регулирование сверху донизу осуществляется на властно-императивных началах. Юридическая энергия поступает на данный участок правовой действительности только сверху, от государственных органов, и согласно этому положение субъектов характеризуется отношениями субординации, прямого подчинения;

— *децентрализованное, диалогическое регулирование* (метод координации), при котором правовое регулирование определяется преимущественно снизу, на его ход и процесс влияет активность участников регулируемых общественных отношений. Их правомерные действия являются индивидуальным, автономным источником юридической энергии, и согласно этому положение субъектов характеризуется отношениями координации, приданием конститутивного юридического значения их правомерному поведению.

В отраслях права эти первичные методы в зависимости от характера регулируемых отношений и других социальных факторов выступают в различных вариациях, сочетаниях, хотя, как правило, и с преобладанием одного из них. В наиболее чистом виде указанные первичные методы выражаются в публичном, прежде всего в административном, праве (централизованное регулирование — метод субординации) и в частном,

прежде всего в гражданском, праве (децентрализованное регулирование — метод координации).

Однако и здесь, как и в иных отраслях, отраслевые методы не могут быть сведены к простейшим приемам. Представляя собой сложное, многогранное правовое явление, каждый отраслевой метод выражает особый юридический режим регулирования и состоит в специфическом комплексе приемов и средств регулирования, который существует только в конкретном нормативном материале и тесно связан с соответствующей группой общественных отношений — предметом правового регулирования.

2. Под способами<sup>1</sup> правового регулирования следует понимать те пути юридического воздействия, которые выражены в юридических нормах, в других элементах правовой системы. О них уже шла речь в первых главах этой книги. Основными способами правового регулирования являются:

а) *дозволение* — предоставление лицам права на свои собственные активные действия;

б) *запрещение* — возложение на лиц обязанности воздерживаться от совершения действий определенного рода;

в) *позитивное связывание* — возложение на лиц обязанности к активному поведению (что-то сделать, передать, уплатить и т. д.).

Все перечисленные способы так или иначе связаны с субъективными правами. Причем если при дозволении субъективное право (включая право требования, обеспечивающее активные действия самого носителя субъективного права) образует содержание данного способа правового регулирования, то при позитивном обязывании и запрещении право требования принадлежит другим лицам; его смысл состоит в том, чтобы обеспечить исполнение активной (обязывание) или пассивной (запрещение) юридической обязанности.

Из элементов правовой действительности (норм, правоотношений и др.), выражающих способы регулирования, образуется сама плоть отраслевых методов.

<sup>1</sup> Понятия «метод» и «способ» близки и в значительной мере совпадают по своему содержанию. В качестве близких, совпадающих они подчас употребляются и в юридической литературе. В настоящей книге понятие «способ» употребляется для обозначения только строго определенной группы правовых явлений — обязывания, дозволений, запретов.

Причем от первичных особенностей последних — централизованного и децентрализованного регулирования — во многом зависит и комбинация способов, которая характерна для той или иной отрасли права.

Для отраслевых методов, где доминирует централизованное регулирование (административное право, финансовое право и др.), относящихся в основном к публичному праву, в комбинации указанных трех способов преобладают связывание и запрещение; в отраслевых же методах, выражающих диспозитивное начало (гражданское право, семейное право, трудовое право и др.), относящихся в основном к частному праву, преобладает дозволение<sup>1</sup>.

Нетрудно заметить, что цепочка зависимостей между элементами правовой системы может быть протянута и дальше — к регулятивным функциям права. Мы уже видели, что обязывание присуще в основном динамической, а дозволение и запрет — статической регулятивным функциям права.

3. Для более конкретизированной характеристики способов правового регулирования остановимся подробнее на каждом из них.

*Юридическое дозволение.* Это ключевой элемент правового регулирования, определяющее правовое средство, призванное обеспечить социальную свободу и активность человека, коллективов, общественных объединений, осуществление реальных прав человека, действительную демократию, творчество и

<sup>1</sup> На значение позитивного обязывания, дозволения и запрещения для характеристики методов правового регулирования в свое время независимо друг от друга обратили внимание В. Ф. Яковлев и В. Д. Сорокин (см.: *Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений.* Свердловск, 1972; Сорокин В. Д. *Административно-процессуальное право.* М., 1972). Однако, в отличие от В. Ф. Яковлева, В. Д. Сорокин не связывал конструируемые им методы со структурой права, с юридическим своеобразием ее главных подразделений — отраслей. Такая позиция, получившая развитие в другой книге автора — «Метод правового регулирования (теоретические проблемы)» (М., 1976), характеризующаяся недооценкой «субстанциональности» методов, их значения в правовой действительности, оказалась возможной потому, что автор берет простейшие способы регулирования как таковые в отрыве от конкретного отраслевого материала и в особенности от главного, что характеризует методы, — централизованных и децентрализованных начал регулирования. Справедливые соображения по этому поводу высказаны Л. С. Явичем (см.: *Явич Л. С. Общая теория права.* С. 130) и С. Н. Братушем (см.: *Система советского законодательства / Под ред. И. С. Самощенко.* М., 1980. С. 46—47).

созидательную деятельность людей. Именно этому элементу правового регулирования в российском обществе в современных условиях придается все большее значение.

Юридические дозволения, как и дозволения вообще, имеют, если можно так сказать, предоставительное предназначение: они призваны дать простор, возможность для «собственного», преимущественно по усмотрению, по интересу, поведения участников общественных отношений. С юридической стороны они выражаются поэтому в *субъективных правах на собственное активное поведение*.

Следовательно, дозволение в праве — это (поскольку речь не идет об общих дозволениях) субъективное юридическое право, и ему свойственно все то, что присуще субъективным юридическим правам (наличие известного «юридического плюса»; момент усмотрения; мера юридических возможностей). В то же время для юридического дозволения в строгом смысле этого слова характерна не просто мера возможного<sup>4</sup> поведения, а преимущественно такая мера, которая состоит в возможности выбрать вариант своего собственного поведения, проявить активность, реализовать свой интерес.

Конечно, субъективное право, которое сводится только к одному праву требования (что характерно для относительных правоотношений типа обязательств в гражданском праве), тоже выражает своего рода дозволение, и оно тоже научно интерпретируется через понятие «дозволенное поведение». Но право требования ограничено лишь юридической областью, оно, пожалуй, в большей мере связано с позитивными обязываниями, представляя собой необходимый элемент в юридических механизмах, обеспечивающих их надлежащее исполнение. И вообще здесь мало того, что выражено в богатом по содержанию понятию дозволения. Глубокий социальный смысл дозволений в социальном регулировании состоит в том, что они дают возможности, открывают простор для свободного, активного поведения самому носителю дозволения.

Юридические дозволения должны быть выражены в законе, в других нормативных актах. При этом они опосредуются действующим правом по-разному. Чаще всего они прямо формулируются в тексте нормативного акта в виде особой разновидности регулятивных норм — управомочивающих. Вместе с тем наличие юридического дозволения может вытекать из комплекса юридических норм (таково, например, дозволение на за-



ключение любых сделок между гражданами, поскольку эти сделки не запрещены, соблюдаются все условия совершения сделок и они не противоречат принципам права, его началам, духу).

А могут ли помочь в установлении юридических дозволений нормативные положения об ответственности? Если существование ответственности, как мы увидим дальше, в большинстве случаев свидетельствует о наличии в данной ситуации юридического запрета, то нет ли оснований и для обратного вывода: о том, что отсутствие установленной юридической ответственности за определенные действия означает их дозволенность? Вряд ли это так. Если бы указанное предположение было правильным, то исчез бы смысл юридически закреплять в нормативных актах дозволение.

Необходимо еще раз подчеркнуть главное — дозволения приобретают юридический характер и становятся юридическими дозволениями тогда, когда они выражены в действующем праве — в особых управомочивающих нормах или же в комплексе юридических норм. Указанный момент представляется в высшей степени важным потому, что таким путем — и это определяющая особенность именно юридических дозволений — их содержание очерчивается четкими границами, рамками, отделяющими юридическое дозволение от произвольных действий.

И еще один момент. Дозволение, если оно выражено в праве и вследствие этого получило строгие границы, все равно является самой общей юридической формой: оно свидетельствует лишь о разрешенности<sup>1</sup>, допустимости соответствующего поведения. Диапазон же социальной значимости поведения, охватываемого этой формулой, довольно велик — от допущения в смысле ненаказуемости (когда закон, так сказать, «скрепя сердце» мирится с соответствующими поступками, например с систематическим употреблением некоторыми людьми алкогольных напитков) до одобрения, высокой социальной оценки и потому поощрения поведения (когда в законе предусматриваются особые меры для того, чтобы вызвать к жизни, поддержать, расширить границы поведения подобного рода, например акты милосердия, помощь инвалидам). Для того чтобы более конкретно рассмотреть дозволения в их единстве с запретами, и нужно обратиться к правовому регулированию в целом, а отсюда — к тем общественным отношениям, которые опосредуются с помощью правовых средств. »

*Юридическое запрещение.* Это необходимое, важное юридическое средство обеспечения организованности общественных отношений, охраны прав и законных интересов граждан, общественных объединений, всего общества, создания барьера для нежелательного, социально вредного поведения. Во многих случаях запрещения представляют собой переведенные на юридический язык и оснащенные юридической санкцией моральные запреты (таковы, как правило, юридические запреты в области личных взаимоотношений граждан, неприкосновенности личности, за нарушение которых установлена уголовная и административная ответственность). Вместе с тем есть немало юридических запретов, непосредственно выражающих организационную деятельность государства в сферах государственного управления, охраны окружающей среды и ряде других, которые так или иначе обосновываются в нормах морали, но не являются их сколько-нибудь близким текстуальным воспроизведением. Есть и такие запреты, которые вводятся в ткань права без необходимых оснований, в силу доминирования административных начал в управлении, бюрократических извращений, тоталитарной власти, что, в частности, и придало советскому праву запретительно-ограничительные черты.

Для юридических запретов, как и для запретов вообще, характерна закрепительная, фиксирующая функция: они призваны утвердить, возвести в ранг неприкосновенного, неизбывного существующие господствующие порядки и отношения. И потому с регулятивной стороны они выражаются в *юридических обязанностях пассивного содержания*, т. е. в обязанностях воздерживаться от совершения действий известного рода.

Таким образом, запрет в праве — юридическая обязанность. И с этой стороны для запретов в принципе характерно все то, что свойственно юридическим обязанностям вообще (принципиальная однозначность, императивная категоричность, непрекаемость, обеспечение действенными юридическими механизмами).

Вместе с тем своеобразие содержания запретов, выраженное в пассивном характере поведения, т. е. в бездействии тех или иных лиц в данном отношении, ставит запрет в особое положение. Это и предопределяет особенности многих юридических средств и механизмов, призванных обеспечивать и проводить в жизнь юридические запреты, в частности их юри-

дическое опосредование в запрещающих нормах, их гарантирование в основном при помощи юридической ответственности, их реализацию в особой форме — в форме соблюдения. А это, в свою очередь, предопределяет наличие обширного и весьма юридически своеобразного пласта правовой материи, существующего особняком, связанного с фактическим содержанием запретов — пассивным поведением.

### I

Для юридических запретов характерно наличие момента требования<sup>1</sup> существования юридического запрета всегда предполагается, что есть лица, которые вправе потребовать его соблюдения. Такой же момент требования свойствен и соответствующим юридическим обязанностям.

### E

Запреты в праве, отличающиеся юридической общеобязательностью, как бы заряжены юридической ответственностью — уголовной, административной, гражданской. Сама суть, ближайшая социальная подоплека юридической ответственности во многих случаях и заключается в том, чтобы утвердить в жизни, обеспечить реальное проведение юридического запрета в фактических жизненных отношениях. Более того, нередко введение юридических санкций за поведение, которое ранее не считалось противоправным, является по сути дела способом установления юридического запрета. Таковы, например, установленные в свое время санкции за покупку, продажу, обмен или иную передачу ордена, медали, нагрудного знака к почетному званию, определившие новый юридически строгий запрет. Здесь обнаруживается и другая связь: юридическая сила запрета, степень его категоричности обусловлены видом юридической ответственности. Законодатель для придания юридическому запрету большей силы и категоричности нередко вводит более жесткие санкции, в частности устанавливает вместо административной ответственности уголовную (например, за незаконное обучение каратэ). И, напротив, социальная практика свидетельствует, что переход по иным (гуманитарным, общесоциальным) соображениям от более строгой ответственности к менее строгой, как это в свое время произошло с ответственностью за самовольную остановку поезда стоп-краном, может влечь за собой и утрату запретом нужной строгости, объективно обусловленной категоричности.

Наряду с юридической общеобязательностью запреты в праве характеризуются формальной определенностью: будучи закреп-

лены в нормах права, они приобретают строго определенное содержание и четкие границы.

Формулирование в тексте нормативного акта запрещающего нормативного положения во всех случаях имеет существенный не только общественно-политический, но и юридический смысл. Ведь запрещающие нормы наряду с нормативными положениями об ответственности (в которых «спрятано» запрещение) являются внешним выражением, формой объективизации юридических запретов. И вне запрещающих предписаний и нормативных положений об ответственности юридических запретов нет.

При этом, однако, не следует смешивать формулировки «нормативное запрещение» и «отсутствие дозволения»: вторая может означать только юридическую непредусмотренность (что, как мы видели, зависит от уровня напряженности, интенсивности в той или иной зоне правового регулирования).

*Позитивное обязывание.* В позитивных связываниях, являющихся одним из средств правового регулирования, выражена преимущественно его активно-действенная, принудительно-обязывающая сторона. Путем юридических обязываний регламентируются в основном финансовая деятельность, мероприятия по охране окружающей среды, по технике безопасности, по обеспечению всеобщего образования и т.д. Вместе с тем надо не упускать из поля зрения негативную сторону позитивных обязываний, на которых строится административно-командное, авторитарное управление.

Для позитивных обязываний характерно своего рода новое обременение: лицам предписывается совершить то, чего они, быть может (если бы не было такого обременения), и не совершили или совершили бы не в том объеме.

Этот способ регулирования с юридической стороны выражается в возложении на лиц *юридических обязанностей активного содержания*, т. е. в обязанностях построить свое активное поведение так, как это предусмотрено в юридических нормах.

Не повторяя ранее сказанного о позитивных обязываниях, особо отметим следующее: в содержании права с самого его возникновения неизменно присутствует обширный пласт позитивных обязываний. И на современном этапе развития общества право вне этого пласта позитивных обязываний не существует и существовать не может. Тем не менее позитивные



обязывания в принципе свойственны не столько праву, сколько деятельности властвующих органов, т. е. государству. Абстрактно рассуждая, они могут существовать независимо от юридического регулирования. Они и практически в ряде случаев могут проявляться помимо правовых норм. Даже когда позитивные обязывания выступают в правовой форме, они в силу своей природы должны быть по главным своим характеристикам отнесены «на счет» государства<sup>1</sup>.

Достоинно специального внимания и то, что позитивные обязывания по своим юридическим свойствам и характерным для них юридическим механизмам довольно существенно отличаются от рассматриваемых в единстве дозволений и запретов. Юридический облик позитивных обязываний весьма прост: они опосредуются относительными правоотношениями, в которых одна сторона обременена юридической обязанностью совершать активные действия, другая же обладает лишь правом требования, а в случае неисполнения — притязанием, призванным обеспечить реальное исполнение юридической обязанности.

Примечательно, что здесь нет сколь-нибудь глубоких и тонких юридических закономерностей, связей и соотношений. Когда [же такого рода связи и соотношения появляются (например, в правоотношениях жилищного найма, где съемщик жилой площади имеет право на обмен, на подселение соседа и др.), то I каждый раз детальный анализ выводит нас на элементы, которые относятся уже к иному пласту правовой материи — дозволениям и запретам.

Думается, не будет большим упрощением сказать, что позитивные обязывания при всей их несомненной социальной значимости все же образуют тот слой правовой материи, который ближе, если можно так выразиться, к поверхности правовой системы, чем к ее глубинам, т. е. к тем ее участкам, где право не просто контактирует с государственной властью, а как бы

<sup>1</sup> По приведенным ранее соображениям вряд ли можно согласиться с утверждением А. Б. Венгерова и Н. С. Барабашевой о том, что возникновение права характеризуется появлением новых позитивно-обязывающих норм, обусловленных организацией земледелия, скотоводства, ремесла (см.: *Венгеров А. Б., Барабашева Н. С. Нормативная система и эффективность общественного производства* С 263) Они более точны, когда в отношении социально-нормативных регуляторов первичных государств утверждают, что для них характерно «взаимодействие двух правовых подсистем — позитивных обязываний и разрешений-запретов» (Там же. С. 276).

перемешано с ней. Понятно, что в данном случае имеются в виду только особенности права как специфического явления социальной действительности.

Важна еще одна грань проблемы. В развитой юридической системе позитивные обязывания не только «проходят» через право, оснащаются свойствами и особенностями юридического регулирования, но и обогащаются принципами и ценностями правовой формы, сложившейся преимущественно на основе дозвоительного регулирования. Это, в частности, относится к юридической ответственности, которая под известным углом зрения может быть интерпретирована как юридическая обязанность (обязанность правонарушителя после решения компетентного органа претерпеть меры государственно-принудительного воздействия). Отсюда особое место правового принуждения среди принудительных мер, которое, если выделить в нем черты, связанные с ценностью права, выражает достоинства свойственные праву нормативности, определенности, процессуального порядка применения, начал социальной справедливости, гуманизма.

4. Особое место в сложном построении правового регулирования занимают *общие* юридические дозволения и *общие* юридические запреты.

Сразу же нужно отметить главное: определение «общее» применительно к запретам и дозволениям понимается в том смысле, что соответствующее нормативное положение является исходным и направляющим правовым началом на данном участке общественных отношений.

И вот что характерно. Исторические данные (относящиеся прежде всего к римскому частному праву) свидетельствуют, что общие дозволения и общие запреты стали первоначально складываться как особый технико-юридический прием, выражающий обобщающую формулу «все, кроме» или «все, за исключением», — прием, который используется не только в области дозволений и запретов. Его суть очевидна: первоначально вводится известное нормативное положение, скажем, запрет на что-то, а затем этот запрет определенным образом ограничивается, из него делаются исключения, и таким путем запрет, рассматриваемый в единстве с исключениями из него, приобретает общий характер. Например, в римском частном праве в соответствии с существовавшими в то время требованиями морали был установлен запрет на дарение между му-

жем и женой (Дигесты, кн. 24, титул I, 1). А затем были введены нормы, которые делали из этого правила известные Исключения, в частности, для дарения на случай смерти, на Восстановление зданий, уничтоженных пожаром (Дигесты, / кн. 24, титул 1, 9, 14, 27 и др.). То, что общие дозволения и общие запреты могут выступать в качестве технико-юридического приема (причем этим его функции в правовой системе ограничиваются), должно быть учтено при общетеоретической характеристике рассматриваемых правовых явлений.

Вместе с тем уже в эпоху древнего права в таких важнейших его областях, как договорное и право собственности, стали складываться обобщающие положения, пусть не всегда достаточно выраженные, в виде общих дозволительных начал, которые имели существенное общественно-политическое, нравственное значение. Применительно к договору это видно из того, что римские юристы стремились увидеть в нем нечто изначальное, относящееся к праву народов, и даже такое, что органически связано с понятием «мир». По мнению Ульпиана, изначальность договоров в человеческих взаимоотношениях «вытекает из самой природы. Ибо что более соответствует человеческой честности, чем соблюдать то, о чем они (люди) договорились» (Дигесты, кн. 2, титул XIV, 1).

В современных условиях, судя по всему, общие дозволения и общие запреты наиболее часто встречаются и, следовательно, с наибольшей вероятностью могут быть найдены там, где: а) право прямо «выходит» на права и обязанности, прямо опосредует поведение людей через дозволения и запреты; б) существует необходимость воплотить в самом регулировании его социально-политические, нравственные начала, его направленность — дозволительную или запретительную.

Отметим теперь следующий момент: главная юридическая функция рассматриваемых правовых явлений как общих регулирующих начал состоит в том, чтобы быть направляющими механизмами в правовом регулировании, его, так сказать, организующими стержнями.

В то же время общие дозволения (именно дозволения!) могут непосредственно порождать юридические последствия: как таковые они могут быть непосредственным критерием правомерного поведения. Пример тому — общее дозволение в отношении свободы договоров. Если на том участке социальной действительности, где существует общее дозволение, нет по

данному вопросу конкретного, специального запрета, то такие дозволения сами по себе являются основанием для признания соответствующего поведения правомерным. И это в полной мере согласуется с самой его природой: как общее юридическое начало они могут — тоже общим образом — обуславливать правомерное поведение.

Но вот общие запреты (именно запреты!) непосредственно не могут порождать юридические последствия: они как таковые не могут быть непосредственным критерием неправомерного поведения. Во всех без исключения случаях значение оснований для определения неправомерности могут иметь только конкретные нормы — либо запрещающие, либо обязывающие и управомочивающие, неисполнение которых или же выход за границы которых (дозволения) свидетельствует о правонарушении. И в соответствии с принципами законности, требующими сообразно началам справедливости конкретности и персонального характера юридической ответственности, каждый случай противоправного поведения должен быть связан с нарушением конкретной юридической нормы — запрещающей, обязывающей или управомочивающей (когда субъект выходит за пределы дозволенного).

Подытоживая, следует заметить, что общие дозволения и общие запреты выражают весьма высокий уровень нормативных обобщений.

При этом перед нами довольно любопытный факт: внешняя объективизация общих дозволений и общих запретов как специфических юридических феноменов выражается при их формулировании не в них самих, а в их «другой стороне», в их, так сказать, противоположности, в исключениях из «общего»: общих дозволений — в запретах-исключениях, общих запретов — в дозволениях-исключениях.

Возникает вопрос: коль скоро существуют общие дозволения и общие запреты, то что же препятствует тому, чтобы и в отношении третьего способа правового регулирования — позитивных связываний — не применять понятие «общее» в указанном выше смысле? Закономерность постановки этого вопроса подкрепляется тем, что в нашем законодательстве можно встретить такие случаи регулирования, которые характеризуются значительной степенью общеобязательности, общности по отношению к субъектам. К ним относятся, например, порядок досмотра таможенными органами багажа граждан,



пересекающих границу страны, общий порядок паспортного режима. Причем здесь может быть применена формула, на первый взгляд аналогичная той, которая распространяется на общие дозволения и общие запреты, «все, кроме» (именно «все», а не «всё»).

Тем не менее достаточных оснований для выделения «общих обязываний», которые могли бы стать в один ряд с рассматриваемыми правовыми явлениями, нет. Почему?

Здесь ряд соображений. Главное из них основывается на том, что позитивные обязывания, при всей их необходимости и важности в правовой системе общества, все же занимают в праве особое место. Они по определяющим своим характеристикам выражают не особенности права как своеобразного социального регулятора, а особенности государственной власти, осуществляемой через право, ее организующей, управленческой деятельности, функционирования административного управления. Весьма важно и то, что юридические обязанности, и более общие, и менее общие по кругу лиц и степени обязательности, — это именно обязанности; даже будучи предельно общими, они, в отличие от общих дозволений и общих запретов, не выходят на субъективные права участников общественных отношений. И наконец (для рассматриваемой темы это имеет принципиальное значение), понятие «общее» применительно к позитивным связываниям не имеет того особого смысла, который характерен для общих дозволений и общих запретов. Тут общее не идет дальше вопроса о круге лиц, оно не охватывает многообразие жизненных ситуаций и потому не возвышает нормативность на новый уровень. В соответствии с этим и исключения из такого рода «общих обязываний» — не нечто противоположное (как в области дозволений и запретов), а просто изъятия из установленного общего порядка в отношении круга субъектов.

5. Общие дозволения и общие запреты имеют весьма существенное значение в праве. Оно становится очевидным, стоит только попытаться ответить на вопрос: нет ли в праве, в самой его субстанции таких элементов, которые были бы непосредственным выражением, ближайшим воплощением и проводником экономических и иных глубинных требований социальной жизни?

Да, в самой субстанции права, в ее глубинах существуют такие элементы, частицы. Это и есть как раз наряду с принци-

пами права, во взаимодействии с ними общие дозволения и общие запреты.

Чем это обусловлено?

Прежде всего тем, что рассматриваемые правовые явления представляют собой наряду с принципами права наиболее высокий уровень нормативных обобщений, в которых только и могут непосредственно воплощаться требования социальной жизни, касающиеся ее основ, ее важнейших сторон, т. е. имеющие общий характер. К тому же сами-то общие дозволения и общие запреты по своему содержанию аналогичны духовному выражению указанных требований социальной жизни или во всяком случае однородны с ним. Причем воплощаясь в первую очередь в общих дозволениях и в общих запретах, эти требования, сохраняя свое общее направляющее значение, приобретают сразу же такие черты, которые выражают особенности юридической формы, черты юридической дозволенности или запрещенности.

Есть здесь еще один существенный момент. Глубинные и устоявшиеся требования социальной жизни, будучи связаны с духовными, мировоззренческими идеалами, непосредственно приближаются к нормативному социальному регулированию в виде господствующей системы социальных ценностей. С данной точки зрения значение общих дозволений и общих запретов заключается и в том, что они воплощают эту систему ценностей, способны быть их исходными, первичными носителями в самой материи права, рассматриваемой с точки зрения его регулятивных характеристик.

Все это свидетельствует о весьма высоком социальном статусе общих дозволений и общих запретов. Они могут быть охарактеризованы в качестве таких глубинных правовых явлений, которые находятся на стыке между правом и тем слоем социальной жизни, который выражает социальные требования к праву. Это и позволяет сделать вывод о том, что общие дозволения и общие запреты выступают в качестве своего рода активного центра, «передаточного механизма», призванного принимать активные импульсы, сигналы от общественной жизни, а затем уже в виде общих регулятивных начал, воплощающих господствующие социальные ценности, как бы распространять их на все право и тем самым определять характер и направления правового регулирования общественных отношений.

Обращаясь к юридической природе общих дозволений и общих запретов, важно сразу же констатировать тот факт, что они относятся к субстанциональным правовым явлениям, из которых состоит само вещество права, т. е. к правовым средствам, из которых складываются остов, работающие элементы механизма правового регулирования. Причем сопоставляя общие дозволения и общие запреты с двумя ведущими звеньями механизма правового регулирования, во-первых, с юридическими нормами, во-вторых, с субъективными правами и юридическими обязанностями, можно сделать вывод, что их особенности, присущие им черты, их несводимость к указанным и иным звеньям механизма правового регулирования — все это свидетельствует: общие дозволения и общие запреты есть самостоятельные, особые субстанциональные правовые явления.

Сделанный вывод подтверждается и тем, что общие дозволения и общие запреты, частично совпадая по функциям с обобщенными указанными выше элементами механизма правового регулирования, вместе с тем имеют в нем свои особенные функции. Выполняя в праве регулятивно-направляющую роль и выступая для субъектов в виде определенной меры свободы (долга), они одновременно действуют и через, все систему связанных с ними юридических норм и их комплексов.

Приведу еще одно соображение. На современном этапе исследования механизма правового регулирования, когда в значительном объеме накоплен новый материал, назрела необходимость, как и в отношении всего права, нового видения механизма правового регулирования, его трактовки в качестве, условно говоря, объемного явления, которое имеет несколько срезов, уровней и в котором средства правового регулирования выстраиваются не только линейно (что характерно для главных звеньев), но и в нескольких плоскостях. Вот почему уже ранее было сформулировано положение о том, что общие дозволения и общие запреты принадлежат к глубинному слою структуры права и механизма правового регулирования, к той его плоскости, которая расположена ближе к экономике, другим определяющим факторам социальной жизни, передавая вместе с принципами права импульсы от них во все подразделения и сектора, во все «закоулки» правовой материи! При этом, судя по всему, общие дозволения и общие запреты! напрямую смыкаются с непосредственно-социальными, естественными правами (обязанностями).

И еще одно замечание — в сугубо постановочном порядке.!

Не объясняется ли тот факт, что общие дозволения и общие запреты объединяют особенности и норм, и субъективных прав (обязанностей), и что-то еще свое, юридически глубокое,— не объясняется ли этот факт тем, что они относятся к ядру системы социального регулирования? Если такое предположение справедливо, то тогда указанные особенности предстают развернувшимися на качественно новой ступени реликтовыми чертами, которые в свое время на элементарном уровне были характерны для единых мононорм. И тогда, быть может, окажется достаточно обоснованным предположение о том, что общие дозволения и общие запреты являются предвестниками, ростками социального регулирования будущего, более развитой и совершенной стадии развития правового гражданского общества, сочетающими высшую нормативность с непосредственным и индивидуализованным действием социальных норм. Впрочем, это только предположение, которое нуждается и в проверке, и в тщательной проработке применительно ко многим сторонам социального регулирования.

### **III. Типы и системы правового регулирования. Правовой режим**

1. Глубинные элементы механизма правового регулирования, в особенности взятые в единстве дозволения и запреты, дают возможность увидеть два основных типа регулирования — общедозволительный и разрешительный.

Уже давно в юридической литературе, да и вообще в юридическом обиходе распространены две формулы, имеющие отношение к особенностям права: первая — дозволено все, кроме запрещенного; вторая — запрещено все, кроме дозволенного.

Воспринимаемые порой как своего рода словесные юридические построения, обладающие оттенком некоторой экстравагантности, эти формулы стали привлекать все большее внимание науки (и не только науки), так как оказалось, что они несут немалую смысловую нагрузку, связаны с пониманием научных и практически значимых вопросов общественной жизни.

Если же присмотреться к указанным формулам под углом зрения способов правового регулирования, и прежде всего соотношения дозволений и запретов, то обнаруживается немалый теоретический потенциал содержащихся в них положений: становится ясным, что четкость, зримая диалектичность

приведенных формул вовсе не некие искусные словесные построения, а выражение глубинных закономерностей права, относящихся в первую очередь к дозволениям и запретам общего характера.

Теперь, после того как в предшествующем разделе главы освещены общие дозволения и общие запреты и отмечен ряд моментов, характеризующих их значение в праве, есть достаточные данные для того, чтобы понять юридическое существо тех явлений, которые отражены в приведенных формулах. С точки зрения субстанции перед нами две пары крепко сцепленных дозволений и запретов, одна из которых возглавляется общим дозволением, а другая — общим запретом. Именно то, что в каждой паре есть общее (либо дозволение, либо запрет) и вместе с тем очерчивающее рамки общего, т. е. исключаемое из этого общего, и показывает их роль в праве. Каждая из этих пар выражает существование двух главных типов (порядков) правового регулирования.

Тип правового регулирования — наиболее важное построение в социальной и юридической специфике правового регулирования. Если способы, при освещении которых называются дозволения, запреты, позитивные обязывания, выражают пути правового воздействия на общественные отношения, обобщенно рассматриваемые средства воздействия, то типы регулирования затрагивают более глубокий слой права, юридического воздействия — порядок воздействия и его направленность. Здесь дается ответ на один из коренных с юридической точки зрения вопросов: на что нацелено регулирование — на предоставление общего дозволения или же на введение общего запрета на поведение субъектов общественных отношений, причем так, что это общее очерчивается соответственно либо конкретными запретами, либо конкретными дозволениями (в различных вариантах и модификациях того или другого). Очевидно, что все это весьма существенно как для адекватного выражения социально-политической и нравственной природы права, так и для решения конкретных юридических дел, для юридической практики<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Знаменательно, что одним из первых политико-юридических документов, выразивших это начало, была Декларация прав человека и гражданина 1789 г., принятая в революционной Франции. В ст. 5 Декларации провозглашалось: «Закон может воспрещать лишь деяния, вредные для общества. Все же, что не воспрещено законом, то дозволено, и никто не может быть принужден к действию, не предписанному законом».

Характеристика двух типов (порядков) регулирования имеет в теории права фундаментальное значение. Она позволяет увидеть, как и в каком сочетании глубинные элементы структуры права — дозволения и запреты — работают на его специфику, на осуществление через механизм юридического регулирования социальной свободы. Знаменательно, что здесь обнаруживаются весьма четкие закономерности. Если перед нами общий запрет, то ему корреспондируют только конкретные дозволения (разрешительное регулирование). И наоборот, если законодатель установил общее дозволение, то ему по логике существующих здесь связей должны соответствовать конкретные запреты (общедозволяющее регулирование). Да и вообще общие дозволения и общие запреты, как мы видели, потому только и выделяются из общей массы аналогичных явлений, что они имеют другую сторону — соответственно конкретные запреты и конкретные дозволения, и, следовательно, они изначально конституируются в указанных соотношениях общего и конкретного.

Предпосылки рассматриваемых типов правового регулирования связаны с глубинными основами правового регулирования.

Общедозволяющий порядок является прямым и органичным выражением расширяющейся глубокой социальной свободы, воплощающихся в ней на новом уровне общечеловеческих начал, а с юридической стороны — утверждающегося в ходе прогресса человечества дозволяющего в целом характера правового регулирования.

Если общедозволяющий порядок непосредственно связан с социальной свободой, то при демократическом режиме в обществе разрешительный тип правового регулирования, решающим компонентом которого являются общие запреты, ближайшим образом соотносится с необходимостью высокой упорядоченности общественных отношений, организованности общественной жизни и вытекающей отсюда социальной ответственности. Когда лица строят свое поведение в соответствии с началом «только это», то, поскольку такой порядок не служит выражением тоталитарной власти, достигается положительный эффект — определенность и четкость в поведении, строгое следование тем его вариантам, которые предусмотрены в юридических нормах, индивидуальных правовых актах.

Значение разрешительного порядка помимо прочего заключается в том, что он может служить оптимальным способом упоря-

дочения деятельности государственных органов, должностных лиц, обеспечивающим введение властных функций" в строгие рамки и существенно ограничивающим возможности произвольных действий.

Л\*ВДР

Рассматриваемый тип регулирования является не просто доминирующим, а, в сущности, единственным в области юридической ответственности. Последовательное проведение требований строжайшей законности предполагает такое построение юридической ответственности, при котором она в отношении правомочий компетентных органов имеет строго разрешительный характер и потому подчинена началу «только это», или в иной формулировке — «не допускается иначе, как».

2. Понятие «правовой режим» все более утверждается в области юридической науки. Уже давно научные исследования, преследовавшие цель выяснить специфику юридического регулирования определенного участка деятельности, в особенности когда эта деятельность имеет строго определенный объект, проводились под углом зрения правового режима данного объекта, вида деятельности. Когда же при изучении системы права выяснилось, что для каждой отрасли характерен свой специфический режим регулирования и в нем как раз концентрируется юридическое своеобразие отрасли, то стало очевидным, что рассматриваемое понятие выражает определяющие, узловые стороны правовой действительности. Вполне оправданно поэтому, что в литературе предпринимались попытки и общетеоретического осмысления этой категории<sup>1</sup>.

Помимо всего иного само существование явлений, обозначаемых термином «правовой режим», и их значение в правовой действительности еще раз свидетельствуют о многомерности, многогранности, объемности права как институционального образования, о том, что ключевое значение нормативности при характеристике права вовсе не предполагает его сведение к одной лишь «системе норм». Как только право рассматривается в динамике, в функционировании, оно сразу же раскрывается новыми существенными гранями, сторонами своей институциональности, и возникает необходимость многопланового освещения правового регулирования, таких его сторон, как механизм, способы, методы, типы регулирования, а теперь еще правовые режимы.

<sup>1</sup> См. Исаков В. Б. Правовые режимы и их совершенствование.— В сб.: XXVII съезд КПСС и развитие теории права Свердловск, 1982. С 34—39



Об этом уже говорилось применительно к отраслям права. Но что такое правовой режим? Самым общим образом его можно определить как порядок регулирования, который выражен в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных связываний и создающих особую направленность регулирования.

В рамках каждого правового режима всегда участвуют все способы правового регулирования. Но в каждом режиме — и это во многом определяет его специфику — один из способов, как правило, выступает в качестве доминанты, определяющей весь его облик и как раз создающей специфическую направленность, настрой в регулировании. Это лежит в основе классификации первичных юридических режимов.

Правовой режим можно рассматривать как своего рода укрупненный блок в общем арсенале правового инструментария, соединяющий в единую конструкцию определенный комплекс правовых средств. И с этой точки зрения эффективное использование правовых средств при решении тех или иных специальных задач в значительной степени состоит в том, чтобы выбрать оптимальный для решения соответствующей задачи правовой режим, искусно отработать его сообразно специфике этой задачи и содержанию регулируемых отношений.

Вопрос о правовых режимах (за исключением вопроса о режимах отраслей) возникает, как правило, в отношении не всех звеньев правового регулирования, а главным образом в отношении субъективных прав. Обратим внимание на то, что этот момент был отмечен и в отношении права в целом как нормативного институционального образования, а также общих дозволений и общих запретов, типов правового регулирования. Правда, сама характеристика правовых режимов нередко дается применительно к определенным объектам, но «режим объекта» — лишь сокращенное словесное обозначение порядка регулирования, выраженного в характере и объеме прав по отношению к объекту (тем или иным природным объектам, видам государственного имущества, земле и т. д.).

Как правило, в основе юридических режимов лежит тот или иной способ правового регулирования. Применительно к каждому юридическому режиму можно с достаточной четкостью определить, что лежит в его основе — запрет, дозволение или позитивное обязывание (из этого положения есть исключения,



связанные с многогранным характером некоторых общественных отношений, а также с недостаточной отработкой в законодательстве самого порядка регулирования).

Если подробнее рассмотреть в этой связи дозволения и запреты, то окажется, что фундамент соответствующих режимов составляют не просто дозволения и запреты, а общие дозволения и общие запреты, а еще точнее, базирующиеся на них типы правового регулирования. И соответственно самым общим образом правовые режимы наряду с выделением режимов обязывающего профиля могут быть подразделены на общедозволительные и разрешительные.

Почему именно «общие»? Да потому, что они находятся у самых юридических истоков соответствующего комплекса правовых средств, являются как бы их стержнем, с юридической точки зрения определяют их. А такую функцию могут выполнять только общие дозволения и общие запреты, которые, выходясь в правовом материале и «обрастая» иными правовыми средствами, в том числе исключениями, выступают в виде соответствующих типов правового регулирования.

Вместе с тем нужно иметь в виду, что каждый правовой режим есть именно режим; следует принимать во внимание основные смысловые оттенки этого слова, в том числе и то, что! правовой режим выражает степень жесткости юридического! регулирования, наличие известных ограничений или льгот,! допустимый уровень активности субъектов, пределы их пра-8 вовой самостоятельности. Именно поэтому при рассмотрении! правовых вопросов мы обычно говорим, например, о жестких! или льготных правовых режимах. И хотя ориентация при рас-! смотрении правовых вопросов на дозволительные начала, на! права и активность субъектов, быть может, не всегда согласу-1 ется с указанными смысловыми оттенками понятия правового! режима, последние все же необходимо учитывать, ибо именно! они в основном свидетельствуют об особой направленности, о! климате, настрое в регулировании и дают реалистическую кар-В тину данного участка правовой действительности, к тому же! весьма важную для обеспечения высокой организованности,! дисциплины и ответственности в обществе.

Думается, представляет интерес трактовка правовых режи-| мов со специально-юридической стороны.

Правовой режим — глубокое, содержательное правовое яв-! ление, связывающее воедино целостный комплекс правовых!

средств в соответствии со способами правового регулирования, его типами. Бережно относясь к понятию, выражающему это явление, не допуская его размывания, мы можем говорить, правда, в несколько ином ракурсе, о режимах технико-юридического порядка, построенных на некоторых своеобразных юридических приемах. Речь идет о том, что может быть названо режимом исключения. Этот технико-юридический режим, обладающий своего рода сквозным значением (т. е. действующий во многих других правовых явлениях), образует неотъемлемую часть и общедозволительного порядка, и разрешительного порядка. Именно он обеспечивает высокий уровень нормативности и вместе с тем возможность учета своеобразных жизненных ситуаций. Его компонентами являются, во-первых, общее правило («все») и, во-вторых, исключения из него, чаще всего перечень исключений, который в законодательстве нередко формулируется в качестве исчерпывающего.

Изучение технико-юридической стороны содержания права свидетельствует, что режим исключения имеет, быть может, более широкое значение, не ограничивающееся двумя типами правового регулирования, рассматриваемыми в настоящей главе. В ряде случаев законодатель, включив в нормативный акт широкое нормативное обобщение, затем делает из него изъятия. Эти изъятия тоже могут носить характер нормативных обобщений, и потому из них в свою очередь могут быть сделаны изъятия, т. е. «исключения из исключений». Собственно говоря, из таких технико-юридических приемов, как свидетельствует история права, и выросли два главных типа регулирования.

Технико-юридический прием исключения потому, надо полагать, можно рассматривать в качестве режима, что он, как и всякий правовой режим, создает известный климат, настрой в регулировании. Он и вводится законодателем как изъятие из общего порядка. А значит, исключения не могут предполагаться, они всегда должны быть точно указаны в нормативных актах. Об этом говорят многочисленные данные судебной и иной юридической практики: нередко ошибки при решении юридических дел допускаются потому, что не учитываются не только особенности типов правового регулирования, но и в связи с этим своеобразие режима исключений.

Помимо иных моментов режимом исключений и в то же время технико-юридическим приемом, играющим, по всей видимости, более важную и юридически самостоятельную роль, чем

это принято считать, является категория «исчерпывающий перечень», о чем (как и режиме исключения) уже упоминалось. Думается, эта категория имеет большую теоретическую и практическую значимость. Путем установления исчерпывающего перечня оказывается возможным достигнуть весьма большой степени точности в регулировании общественных отношений, очертить строгие рамки (в частности, ввести в такие рамки властные функции государственных органов, должностных лиц), исключить неопределенность в регулировании.

3. Рассмотрим вопрос, который является центральным не только в данной главе, но и, пожалуй, во всей книге, — о системах правового регулирования.

Тут нужно вспомнить изложенные ранее положения об «энергетическом поле» регулирования, от которого зависит действительность правовых средств, их комплексов. Это «энергетическое поле» (поле активности или поле сдерживания) обусловлено существующими объективными потребностями, интересами.

В данном отношении, предопределяющем характер «поля», представляется чрезвычайно важным, чтобы задачи, во имя осуществления которых строится правовое регулирование, были задачами-интересами. Когда задача выступает в качестве задачи-интереса, то это означает, что интерес как мощный фактор как бы сопровождает деятельность по реализации задачи, поддерживая и стимулируя эту деятельность, создает энергию активности, которая все время на протяжении всего пути до достижения результата будет получать своего рода подкрепление, выраженное в интересе, в заинтересованности субъектов деятельности<sup>1</sup>.

Характером задачи, ее содержанием предопределяются и характер, особенности содержания правовых средств, при помощи которых она решается. Речь здесь идет о том, что законодатель заранее, с расчетом на будущее призван выработать и закреплять в законе надлежащие юридические средства (особые формы, комплексы средств, юридические режимы), предназначенные для использования в любом случае, когда возникает соответствующая потребность.

<sup>1</sup>В литературе высказано следующее справедливое мнение: «Можно предположить, что интенсивность правового воздействия и правового регулирования является производной от массы интересов, получивших свое правовое опосредствование, и отражает ее рост и обогащение структуры интересов» (Шайкенов Я. А. Правовое обеспечение интересов личности С. 87).

Здесь следует различать два аспекта.

Во-первых, это общая потребность в выработке правовых средств, которая осуществляется с опорой на исторический опыт, практику решения определенных задач. Соответствующие правовые средства отрабатываются и вводятся в закон с расчетом на то, что именно они обеспечат реализацию существующих в данной области социальной жизни интересов, решение возникших экономических, социальных задач.

Во-вторых, это нахождение и компоновка правовых средств в конкретной жизненной ситуации. При выработке этих средств учитываются многие факторы — и весь комплекс интересов, и моральные факторы, и многообразные требования социальной жизни, и логика самого юридического регулирования. Но все же главное тут — те задачи, решению которых могут помочь соответствующие юридические формы, комплексы средств, юридические режимы, причем так, чтобы учитывались все многообразные интересы, потребности.

Ранее уже были обозначены, хотя и в самой общей форме, две системы юридических средств, одна из которых имеет в качестве центрального звена юридические обязанности (обязанность плюс ответственность), а другая — юридические права (права плюс гарантии).

В последующем в качестве «живого» примера использования указанных двух систем правовых средств будет кратко проанализирована проблема использования в экономике научных открытий и изобретений. Хотелось бы, чтобы читатель уже сейчас имел в виду этот пример (или, скажем, такой, как проблема инвестиций в народном хозяйстве), попытался бы сам «примерить» к ним излагаемые в данном месте общие теоретические положения.

Если интересы, выражаемые в задачах, являются главным исходным пунктом и ориентиром для выработки и последующего применения правовых средств, то здесь перед нами все же только исходный пункт. Действие же неправовых экономических и иных определяющих регулирующих факторов, проявляющихся через интересы, реализуется не только через такого рода исходный пункт. Мы уже видели, что задача, поскольку она неотделима от интереса, подкрепляется и поддерживается последним также в ходе ее осуществления. Суть же вопроса заключается в том, что есть и другие, причем постоянные и нередко весьма мощные интересы, которые являются

каналами действия всей совокупности неправовых регулирующих факторов. Под этим углом зрения процесс осуществления задач до результата все время находится в «энергетическом поле» разнообразных интересов, идущих и от задачи, и от всей совокупности регулирующих факторов, потребностей.

В зависимости от характера и содержания интересов участников общественных отношений это «энергетическое поле» может быть, так сказать, со знаком «минус» (отрицательное поле, поле сдерживания), когда вся сумма интересов и потребностей субъектов противостоит осуществляемой задаче, не согласуется с ней или во всяком случае не создает благоприятных предпосылок для ее реализации. Но «энергетическое поле» может быть и со знаком «плюс» (положительное поле, поле активности), когда решаемая задача соответствует определенным интересам и последние создают благоприятные условия для ее реализации, способствуют достижению поставленной задачи. Отмечая эти два случая, надо иметь в виду, что туи могут быть и случаи промежуточные, менее четко выраженные, а то и сочетающие оба варианта в различных комбинациях.

Действие упомянутых ранее систем юридического регулирования, их эффективность, надежность, оправданность в значительной мере зависят от того, каково в данном случае «энергетическое поле» — отрицательное или положительное, поле сдерживания или поле активности.

При этом наиболее существенно здесь следующее.

На первый взгляд, эффективность, надежность правовых средств системы «обязанность — ответственность» весьма высоки. С помощью этих средств можно точно обозначить объем, сроки, характеристики результата и энергично добиваться эффекта. Но когда эта система функционирует в «отрицательном поле» (а некоторую отрицательную среду она создает и сама по себе: люди не очень-то склонны подчиняться обязательным требованиям, когда кто-то думает и решает за них), то цепочка правовых средств, идущая от задачи к результату, все время находится под давлением разнообразных, во многих случаях постоянных интересов, которые то и дело могут вклиниваться в эту цепочку, усложнять ее, а порой и лишать силы. Это нередко становится импульсом к тому, чтобы наращивать принудительное воздействие, ужесточать принудительный юридический инструментарий. Но, увы, и тогда процесс, кото-

рый с помощью мощных обязывающих юридических средств, как казалось, должен был привести к наступлению запрограммированного результата, прерывается, и ожидаемый результат не наступает.

Другая система правовых средств, основанная на субъективных правах и гарантиях, на первый взгляд, не представляет собой достаточно надежного социального инструмента. Ведь право лишь дает возможность действовать в определенном направлении, обеспечивает простор для этого. Но воспользуются ли субъекты такого рода возможностью, будут ли последовательны в своем поведении, добьются ли они ожидаемого результата — все это остается за пределами юридической области, и если рассматривать только данный его участок (систему «право — гарантия»), то совершенно неясна результативность действия права, не говоря уже о полной неопределенности в отношении сроков, объема ожидаемой деятельности, точных характеристик результата.

Сама постановка вопроса по поводу указанной неопределенности свидетельствует о том, что здесь допускается функционирование системы «право — гарантия» в условиях упомянутого ранее «отрицательного поля». Между тем по своей природе система «право — гарантия» рассчитана на «положительное поле», т. е. на такую фактическую ситуацию, когда поставленная задача решается, так сказать, в социально благоприятной атмосфере, когда, следовательно, к ее решению подключается и интерес. И правовые средства данной группы (право плюс гарантия), рассчитанные именно на такую атмосферу, на такое «положительное поле», обеспечивают тем самым высокую степень результативности. А это означает, что поставленная задача будет решаться сама собой и ожидаемый результат будет достигнут с большей степенью вероятности, нежели при системе, основанной на обязанностях и притом без применения санкций, мер принуждения (обязанность плюс ответственность).

Вот иллюстрирующая изложенные положения реальная проблема, о которой ранее уже упоминалось. Речь идет о применении в экономической жизни тех научных открытий, изобретений, которые дают обществу наука, изобретательская мысль. Какая система юридических средств в данном случае может быть признана наиболее эффективной? Казалось бы, система строгих юридических обязанностей, подкрепляемая достаточ-

но жесткой ответственностью. На первый взгляд может показаться вполне оправданным установление порядка, в соответствии с которым директора предприятий обязывались бы в предельно короткие сроки, притом под угрозой ответственности, максимально использовать в производстве все поступившие в распоряжение предприятий изобретения, научные открытия. На этом в общем-то и был построен действующий до последнего времени режим регулирования в данной области. Но он показал свою полную неэффективность, несмотря на то, что вышестоящие государственные органы упорно настаивали на нем. Почему? Да потому как раз, что предприятиям обычно невыгодно отказываться от уже привычного производства, налаживать новое, идти на риск, иметь дело с беспокойными изобретателями. Словом, действующий специфический местническо-хозяйственный интерес постоянно блокирует кажущуюся четкой систему обязывающих правовых средств, прерывает ее, преграждает ей путь к ожидаемым результатам.

Каков же выход из создавшейся ситуации? Выход один: применить иную систему юридических средств, построенных на субъективных правах и их гарантиях.

В современных условиях это представляется нереалистичным: пока, к сожалению, еще не сложилось, во всяком случае в качестве постоянного и устойчивого фактора, «положительное поле», в котором только и может работать указанная, вторая система юридических средств, т. е. еще нет устойчивой заинтересованности предприятий в использовании изобретений, технических новшеств.

А это означает, что необходимо решительней осуществлять экономическую реформу, внедрять товарно-рыночные отношения, в процессе реализации которых требуется привести в действие новый блок правовых средств, рассчитанных на формирование, оживление интересов, придание им нужного действенного характера.

Примечательно, что эффективность (или неэффективность) указанных двух правовых систем является надежным показателем успеха (или неуспеха) экономико-социальных преобразований, в частности того, насколько жизнь людей начинают определять естественные жизненные интересы. Тот факт, например, что до сих пор, несмотря на широковещательные победные реляции, инвестирование из доходов хозяйствующих субъектов не основывается на системе «право плюс гарантии»

(и все громче раздаются голоса о необходимости более энергичного использования в этой области жестких государственных мер), — верный показатель того, насколько скромны результаты экономических реформ в России.

#### IV. Реализация и применение права. Правосудие

1. Правовое регулирование в конечном итоге выражается в таком поведении участников общественных отношений, в котором воплощаются требования и возможности, содержащиеся в праве.

Реализация права имеет несколько форм, особенности которых ближайшим образом зависят от способов правового регулирования, от того, реализуется ли в данном случае дозволение, запрет или связывание.

В соответствии с этим различаются три формы реализации права: использование, соблюдение, исполнение.

*Использование* — форма реализации, которая выражается в осуществлении возможностей, вытекающих из дозволений. Характерная черта данной формы реализации — активное поведение субъектов. Речь идет о субъективных правах, правах на свое собственное активное поведение, на использование предоставленных правом юридических возможностей (использование, например, права на защиту, права юридического распоряжения объектами собственности, избирательных прав).

*Соблюдение* — форма реализации, которая выражается в том, что субъекты соотносят свое поведение с юридическими запретами. Для этой формы характерно пассивное поведение субъектов: они не совершают действий, запрещенных юридическими нормами, т. е. выполняют возложенные на них пассивные обязанности.

*Исполнение* — форма реализации, которая выражается в действиях субъектов по осуществлению обязывающего правового предписания. При данной форме реализации поведение субъектов имеет активный характер: они совершают действия, предписанные юридическими нормами, т. е. выполняют возложенные на них обязанности к активному поведению.

В наиболее точном смысле о реализации права можно говорить при такой форме, как исполнение. Здесь действительно в юридических нормах, призванных вместе с другими правовыми средствами обеспечить гарантированный результат, закладываются известные программы поведения, которые затем



должны в самом точном, прямом смысле осуществиться, перенестись в фактические отношения, претвориться в жизнь, реализоваться в активной деятельности субъектов.

Что же касается двух других форм реализации права (использования и соблюдения), особенно в сфере частного права, то здесь общие положения о реализации права нуждаются в уточнениях и, пожалуй, даже в оговорках.

Прежде всего обе указанные формы должны рассматриваться в единстве, в сочетании и в зависимости от типа регулирования. При использовании всегда имеет место и соблюдение: при общедозволительном регулировании — в виде ненарушения конкретных запрещающих норм, при разрешительном — в виде строгого следования поведению в границах, очерченных субъективным правом, в несовершении выходящего за эти границы.

Но главное не в этом. Как при общедозволительном, так и при разрешительном регулировании управомоченный субъект действует активно. И это активное поведение лишь весьма условно можно рассматривать как реализацию того, что заложено в праве. В активном поведении субъектов реализуются главным образом материальные, политические, духовные и иные интересы, основанные на объективно обусловленных потребностях социальной жизни. Реализация же соответствующих юридических норм — управомочивающих и запрещающих, а также общих дозволения и запретов — заключается, в сущности, лишь в том, что создаются как бы типовые конструкции, общие и абсолютные правоотношения, в соответствии с которыми субъекты строят свое активное поведение, продиктованное социальными потребностями.

Тут можно сделать замечания и более общего характера. Приведенная трактовка особенностей реализации права, рассматриваемых в связи с общедозволительным и разрешительным типами регулирования, предупреждает от упрощенного понимания ценности права и преувеличения его роли в жизни общества, против таких представлений, в соответствии с которыми будто бы все (и целиком), что происходит в окружающей нас жизни, суть не что иное, как реализация правовых установлений.

Мы уже видели, что подобные представления в какой-то мере справедливы применительно, пожалуй, лишь к исполнению — такой форме реализации, которая относится в основ-

ном к деятельности государственной власти, к исходящим от нее предписаниям и устанавливаемым ими позитивным обязанностям, и которая действительно позволяет (далеко не всегда, впрочем, эффективно, социально оправданно, а порой и с немалым ущербом) довольно свободно использовать правовые формы по усмотрению органов государственной власти.

Если же обратиться к таким формам реализации, как использование и соблюдение, которые связаны с самыми глубинами правовой системы, то тут подтверждается уже ранее обрисованная в общих чертах картина. В данной плоскости право — и это решающая его характеристика — предстает как такой регулятивный и эффективный охранительный социальный механизм (вспомним образ рамы), который на базе необходимой организованности в основном призван дать простор и гарантировать правомерное поведение, основанное на экономических, социальных и иных интересах, требованиях условий жизнедеятельности. Функционирование этого механизма, следовательно, находится в глубокой, органичной взаимосвязи и во взаимодействии со всей системой регуляторов поведения людей, их интересов.

Именно в данной плоскости, как представляется, лежит магистральный путь развития правовой формы, использования ее потенциала и резервов, повышения роли права в сочетании и гармонии с оптимизацией всего существующего в данном обществе комплекса социальных, материальных, духовных и других регуляторов, которые по мере укрепления основ либеральной цивилизации начинают, будем надеяться, играть все большее значение, утверждая главный компонент социальной жизни либерального общества — свободу личности. Нетрудно заметить, что рассматриваемый подход к праву, предупреждая от упрощенных трактовок и преувеличений его роли, позволяет раскрыть действительную ценность права в жизни общества, его органическую, закономерную роль в системе социальных отношений, которая была предвосхищена великими русскими правоведо-либералами.

И еще один момент, касающийся реализации права. То, что понимается под реализацией права, нельзя сводить только к трем ранее указанным формам. Все же главное тут — утверждение в обществе высоких принципов цивилизации и культуры, «атмосфера права», воплощение в жизнь его начал, его духа, его ценности, так, чтобы исключались из общественной жизни произвол, своеволие, беззаконие.



2. К процессу правового регулирования на заключительной его стадии (а в ряде случаев и при возникновении правоотношений) присоединяется *применение права*.

Это властная индивидуально-правовая деятельность, которая направлена на решение юридических дел и в результате которой в ткань правовой системы включаются новые элементы — индивидуальные предписания. Обеспечивая проведение в жизнь юридических норм, подкрепляя их властностью своей (для данного конкретного жизненного случая) властностью, индивидуальные предписания обладают юридической силой, могут быть критерием правомерности поведения, т. е., условней говоря, источником юридической энергии. Именно в данном качестве они не только выполняют правообеспечительную функцию: в них выражается индивидуальное поднормативное регулирование общественных отношений, которое в зависимости от конкретных социальных, политических условий способно либо обогатить право, либо деформировать его.

Применение права — это второй по значению после правотворчества, а при известных социальных условиях и не менее важный фактор, столь существенно влияющий на правовое регулирование, притом влияющий в самом ходе, в процессе! воздействия права на общественные отношения (хотя не будем упускать из поля зрения тот негативный эффект, который! может наступить в случаях произвольной индивидуальной! регуляции). И именно существенным юридическим значением! индивидуально-правовой деятельности, осуществляемой ком4| патентными государственными органами, объясняется подмеченная в литературе возможность применения этими органами в соответствии с коллизионными правилами норм иностранного права, а также норм международного публичного права (в связи с чем объем права, применяемого судом и другими правоприменительными органами, оказывается большим, нежели объем внутригосударственного права)<sup>1</sup>. Если органы правотворчества в какой-то мере закладывают в правовую систему общие программы поведения участников общественных отношений, то органы применения права в оптимальном случае продолжают «дело», начатое правотворчеством. Они призваны обеспечить проведение в жизнь юридических норм, выраженных в

<sup>1</sup> См. *Игнатенко Г.В.* Международное сотрудничество в борьбе с преступностью Свердловск, 1980 С 39 и сл.

них общих программ поведения, конкретизированное их воплощение в реальных жизненных процессах с учетом особенностей той или иной конкретной ситуации.

Среди обстоятельств, вызывающих применение права, есть такие, которые связаны с возникновением правоотношений (например, при возникновении прав и обязанностей, связанных с назначением пенсий, когда орган социального обеспечения на основе закона определяет для конкретного пенсионера размер пенсии и дает «команду» на ее выдачу).

Но в большинстве случаев обстоятельства, предопределяющие применение права, выражают главную функцию применения — необходимость юридической обеспечительной деятельности при использовании в процессе правового регулирования *государственного принуждения*.

Необходимость использования государственного принуждения главным образом и обосновывает потребность в специальной деятельности по применению права.

Здесь важен такой момент. Государственное принуждение в сфере права приводится в действие в условиях режима законности не автоматически. Правовые нормы предусматривают лишь возможность государственного принуждения. Реально же оно должно применяться компетентными органами, которые обязаны проверить законность, обоснованность и целесообразность использования государственно-принудительных мер, а в необходимых случаях в предусмотренных законом рамках конкретизировать их, определить порядок их применения, т. е. осуществить *индивидуально-правовое регулирование*.

Следовательно, применение права, причем преимущественно в форме правосудия, является единственным (в условиях строгой законности) каналом, через который фактически осуществляется государственное принуждение в процессе правового регулирования. Это касается всех форм реализации права — и использования, и соблюдения, и исполнения, к которым присоединяется применение права.

Фактическими обстоятельствами, обуславливающими деятельность, обеспечивающую правовое регулирование и в связи с этим применение государственного принуждения, как правило, являются: а) наличие препятствий к осуществлению субъективного права, неисполнение юридических обязанностей, б) правонарушение, требующее возложения юридической ответственности.

Связь юридической ответственности с формальным актом — актом применения права — существенна. С точки зрения требований законности юридическая ответственность, выраженная в виде карательных мер, может быть приведена в действие судом лишь на основе особого акта — обвинительного приговора, вынесенного в установленных законом процессуальных формах, с соблюдением всех демократических процессуальных гарантий.

3. Отмечая признанное науковедческое и политико-правовое значение понятия «применение права», воплощающее в себе идею законности, нужно учитывать и другое. Данное понятие (как и ряд других понятий, выработанных и утвердившихся в советскую эпоху) имеет и отрицательную сторону: охватывая «на равных» индивидуально-правовую деятельность всех властных субъектов, оно затеняет на данном участке правовой действительности правосудия, которое играет в области права,] юридически основательную, качественно своеобразную, незаменимую роль.

Суть вопроса здесь состоит в том, что властные органы, относящиеся к законодательной и исполнительной ветвям власти, должны действовать строго на основании норм писаного права. Применение права — это основанные на государственно-властных полномочиях правотворческих или административных органов действия по претворению юридических норм в жизнь. И хотя тут есть существенные особенности в зависимости от своеобразия правовых систем (прежде всего речь идет о системах общего прецедентного права англосаксонской группы), все же в любом случае орган, применяющий право, имеет дело с действующими юридическими нормами писаного права, установленными или принятыми (санкционированными) государством.

Другое дело, по убеждению автора этих строк, органы правосудия, их функции. Они тоже действуют на основании закона. Но их деятельность не сковывается жестким прокрустовым ложем одного лишь применения права в точном значении этого понятия. Правосудие — это не механическое претворение в жизнь писанных юридических предписаний (как это было в советскую эпоху), а само *живое* право, право *в жизни*.

Поэтому органы правосудия призваны прежде всего утверждать дух права, глубокие правовые начала. В соответствии с таким своим предназначением они обязаны руководствовать-

ся в своей деятельности основополагающими принципами права, выраженными в действующем законодательстве (особенно в сложных жизненных случаях, в коллизионных ситуациях). Другое существенное основание деятельности органов правосудия — права человека.

4. В демократическом обществе, в котором утверждается верховенство права, принципы и идеалы правового общества, фундаментальные прирожденные права человека приобретают непосредственно юридическое значение. В настоящее время такое значение прав человека прямо закреплено в Конституции России, где они объявлены (как и в ряде демократических стран, например в Германии) непосредственно действующими.

Но что это означает практически? А то, что определенные действия, акции, основанные на правах человека, обретают юридически обязательную силу *через решения органов правосудия*.

К сожалению, ни по существующим законодательным установлениям, ни по сложившейся юридической практике такое юридически обязательное действие прав человека не получило признания в российском обществе.

Правда, до недавнего времени (до распада СССР и прекращения действий союзных органов) такого рода непосредственное действие прав человека, притом закрепленных в международно-правовых документах, достигалось через акты Комитета конституционного надзора: он был уполномочен на принятие решений (заключений) с опорой на эти документы. Ныне же, когда признана международная юрисдикция по вопросам прав человека (путем присоединения к Факультативному протоколу к Международному пакту о гражданских и политических правах) и в действующей Конституции содержится положение об их прямой юридической силе, непосредственно-юридическое действие прав человека должно быть распространено на все случаи, когда они попадают в орбиту компетентной деятельности всех органов правосудия, на всех субъектах общественных отношений.

5. Одним из ярких показателей глубоко юридического, конститутивного с правовой стороны характера деятельности органов правосудия в процессе применения права является *восполнение тая* в процессе применения права пробелов в законодательстве.

Суть вопроса вот в чем: важнейшая черта нормативно-законодательных систем заключается в том, что нормативные акты (законодательство) являются, в сущности, единственным источником права. Они построены на следующем принципе: все входящее в сферу правового регулирования основывается на законе, других нормативных юридических актах. Жизненные случаи, не охватываемые законодательно-нормативной регламентацией, находятся вне права, юридически не урегулированы и потому не могут быть предметом рассмотрения судов, иных правоприменительных органов. Само понятие «применение права» опирается именно на такое построение нормативно-законодательных систем.

Но здесь возникают сложные вопросы. Таков, в частности, вопрос о неполных пробелах в законодательстве, при которых! данный жизненный случай хотя и находится в сфере правового! регулирования, не предусматривается, однако, конкретным! нормативным положением. При подобных пробелах, вызван! ных неполным или неточным изложением содержания нормы, недостаточным использованием средств юридической техни! ки, судебные органы обладают (правда, за рядом исключений)! весьма значительными возможностями, относящимися к самой! нормативной основе правового регулирования. Они уполномо! чены законом на то, чтобы, используя особые юридические! институты (институты аналогии), ликвидировать «брешь» в! нормативной основе, восполнить пробел и таким путем решить! юридическое дело, касающееся данного случая. В настоящее! время возможность применения права по аналогии в развер! нутом виде регламентирована в части первой Гражданского \ кодекса Российской Федерации (ст. 6).

Необходимость правоисполнительной деятельности компетентных государственных органов (судов) вытекает из особенностей права как динамической регулятивной системы, носит закономерный, естественный характер.

Следует заметить, что пробел — не всегда просчет законодателя. Ведь наряду с первоначальной пробельностью, обусловленной тем, что законодатель не смог охватить формулировками нормативного акта все жизненные случаи, требующие правового регулирования, допустил просчеты в использовании юридической техники, в частности юридических конструкций, существует последующая пробельность, вызванная появлением

новых отношений, которые хотя и охватываются правом, но в деталях не могли быть предусмотрены законодателем.

В связи со всем этим в правовой системе предусматривается возможность восполнения пробелов в законодательстве, причем не путем правотворчества, а путем использования особых институтов в процессе применения права. Право как стабилизирующий фактор социальной жизни призвано решать долгосрочные задачи — регламентировать общественные отношения вперед на единых общих началах. Вместе с тем право — не только стабильная, структурно сложная, функциональная, но и динамическая, в известной степени саморегулирующаяся, самонастраивающаяся система. Конечно, изменение, развитие правовой системы, ее приспособление к новым условиям происходит главным образом в результате правотворческой работы компетентных органов. Однако и в самом праве выработаны такие внутренние механизмы, которые дают возможность как бы смягчить в том или ином конкретном случае просчеты законодателя, обеспечить действие юридических норм в соответствии с требованиями развивающихся общественных отношений. Этим и достигается саморегулирование, самонастройка правовой системы, ее эффективное функционирование в условиях изменчивой, развивающейся среды, причем таким образом, что право сохраняет все время качество стабильной нормативно-правовой системы общественного регулирования. В право как бы закладывается особая программа на случай появления пробелов, предусматриваются приемы их восполнения в процессе применения права. При этом не имеет решительно никакого значения, что в условиях совершенной, развитой нормативно-законодательной системы некоторые приемы восполнения пробелов в законодательстве, например аналогия права, на практике используются крайне редко. Главное — надлежащая оснащенность правовой системы необходимым набором юридических средств, при помощи которых восполняются пробелы. И все эти средства независимо от частоты их использования при решении юридических дел должны находиться в «боевой готовности».

6. Правоприменительная деятельность — это организационное выражение применения права, представляющее собой систему разнородных правоприменительных действий основного и вспомогательного характера, выраженных в правоприменительных актах.



Уместно отметить, что при теоретическом осмыслении правоприменительных актов следует учитывать смысловые различия, которые существуют между понятиями «решение юридического дела», «индивидуальное государственно-властное предписание» и «акт применения». Если первое из указанных понятий охватывает завершающее правоприменительное действие, второе указывает на результат правоприменения, то третье выражает результат решения юридического дела, рассматриваемый в единстве с его внешней, документальной формой, т. е. является актом-документом.

Достоинно особого внимания то, что соотношение между понятиями<sup>1</sup> «решение юридического дела», «индивидуальное государственно-властное предписание», «акт применения» в принципе такое же, как и соотношение между понятиями «правотворческое решение», «юридическая норма» и «нормативный юридический акт».

Характер зависимости, «сцепления» между правотворческим решением, юридической нормой, нормативным актом, с одной стороны, и между решением юридического дела, индивидуальным государственно-властным велением и актом применения — с другой, является практически одинаковым. Не свидетельствует ли это о том, что и тому и другому ряду правовых явлений присущи некоторые общие закономерности? Положительный ответ на этот вопрос, думается, связан с тем, что в обоих случаях (и только в этих случаях) перед нами выражение активной государственной деятельности в сфере правового регулирования, направленной, в частности, на правовое (в одном случае — нормативное, а в другом — индивидуальное) регулирование общественных отношений и объективируемой в праве как институциональном образовании.

7. В сфере реализации права, особенно частного, гражданского, приобретает значение самостоятельной юридической категории понятие «правовая активность». Оно в определенной мере является однопорядковым с понятием «применение права», может быть охарактеризовано в качестве его альтернативы для случаев, когда участники общественных отношений обладают правомочиями на индивидуальное автономное регулирование и в то же время не обладают статусом органов, наделенных властными полномочиями. И то и другое понятие отражает активную инициативную деятельность лиц, которая влияет на функционирование механизма правового регулирова-

ния. И именно потому, что чрезвычайно существенно обособить в процессе реализации права деятельность органов, наделенных государственно-властными полномочиями (с этой целью и ограничивается в смысловом отношении понятие «применение права»), и в то же время осветить юридически значимую деятельность всех иных участников общественных отношений, прежде всего по частно-правовым, гражданским вопросам, понятие «правовая активность» в указанном выше специально-юридическом значении достойно занять весьма заметное место в понятийном аппарате общей теории права.

Конечно, известный познавательный эффект может быть достигнут и при прямом наложении категории «социальная активность» в ее философском, общесоциологическом значении на правовые явления. С этой точки зрения, например, возможно говорить об активности правоприменительных органов. Но и в том и в другом случаях мы все же имеем дело с социальной активностью в философском, общесоциологическом, а не в специально-правовом значении. Не случайно поэтому инициативная работа, например, правоприменительных органов может быть хорошо освещена и при помощи других понятий, таких, как качество, эффективность и др.

В сфере же реализации права понятие «правовая активность» в специально-юридическом значении не перекрывается никаким другим и занимает свою свободную «клеточку» в понятийном аппарате науки.

Надо заметить также, что при указанном подходе к рассматриваемым понятиям отпадают какие-либо основания для такого смыслового расширения научных представлений о применении права, когда под последними понимаются все активные формы участия субъектов в процессе правового регулирования: каждое из указанных выше понятий, дополняя друг друга, «работает» на своем участке теоретического освоения правовой действительности.

В ряде отраслей права, в частности гражданском, трудовом, в целом в сфере частного права, правовая активность субъектов, связанная с использованием права, может достигнуть весьма значительной степени интенсивности, глубины воздействия на правовое регулирование, на функционирование его механизма (например, гражданско-правовые договоры являются не только юридическим фактом, но и средством автономного индивидуального регулирования). В указанных случаях деятельность субъектов, обладающая известной юридической энергией,

хотя и отличается по своей природе от правоприменительной деятельности, в то же время значительно приближается к ней.

Отсюда возможен особый подход к вопросам реализации права в рамках конкретных отраслей, входящих в сферу частного права, подход, при котором целесообразно объединенное рассмотрение всех активных форм реализации, что не должно, однако, нивелировать качественные различия между применением права и правовой активностью.

8. Применение права связано с *юридической практикой*, среди которой особое место занимает *судебная практика*, что связано со значением правосудия. По основным своим характеристикам с правовой стороны судебная практика представляет собой объективированный опыт индивидуально-правовой деятельности судов, складывающийся в результате применения права при решении юридических дел.

Судебная практика так или иначе объективирована. Это значит, что наряду с юридическими нормами существует внешне объективированная, весьма специфическая, подвижная и гибкая сфера правовой реальности — элемент правовой системы, участвующий в правовом регулировании<sup>1</sup>. Эта сфера в нормативно-законодательных системах хотя и относится не к правотворчеству, а к применению права, тем не менее вплотную примыкает к нормативной основе механизма правового регулирования. Значительно меньшую с юридической стороны роль играют иные (несудебные) разновидности юридической практики; их значение, как правило, сводится к функциям обычаев, деловых обыкновений, к сигнальным функциям по цепи «обратной связи», свидетельствующим об эффективности действия нормативных юридических актов.

Предельно четкое размежевание между правотворчеством и индивидуально-правовой деятельностью и соответственно между нормативной основой правового регулирования и судебной (юридической) практикой — характерная черта нормативно-законодательных правовых систем<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> С. Н. Брагусь и А. Б. Венгеров в свое время в книге «Судебная практика в советской правовой системе» (М, 1975) правильно указали на то, что судебная практика выступает относительно самостоятельным объективным явлением, специфической областью проявления общих закономерностей, обуславливающих практическую деятельность.

<sup>2</sup> В нормативно-судебных системах решения судебных органов приобретают функции прецедентов — первичных источников юридических норм, и по-

Социальное значение юридической практики состоит прежде всего в том, чтобы обеспечить более тесную связь права с жизнью, с практической деятельностью и ее последствиями. В известном отношении практика выполняет ту же функцию, что и аналогия в праве, обеспечивает вместе и в единстве с институтами применения права по аналогии динамизм права — такое положение, при котором право как система стабильных норм, не изменяясь по содержанию, способно в определенной степени учитывать изменяющиеся условия общественной жизни.

А это возможно потому, что именно в юридической практике сразу же, зримо, в адекватном для юриспруденции виде выявляются недостатки, несовершенства, возможные пути развития действующих юридических норм. Притом юридическая практика служит здесь не только своего рода сигналом для законодателя, обеспечивающим обратную связь между правом и жизнью, но и механизмом, способным еще до законодательных нововведений в какой-то мере смягчить негативный эффект от несовершенного закона.

Посредством судебной практики в ткань правовой действительности может включаться новый элемент — правоположение. Дело в том, что каждый акт суда, связанный с применением права к конкретному жизненному случаю, — это крупицы опыта, из суммы которых складывается практика. Со временем в отношении однотипных, повторяющихся ситуаций, тех или иных категорий дел этот опыт проверяется жизнью, обобщается, становится устойчивым, обобщается в актах вышестоящих судебных и иных юридических органов. Но все же основа его — первичный живой опыт применения закона, содержащийся в актах повседневной, текущей практики.

Суть этого опыта состоит в том, что в актах суда, содержащих решение юридического дела, выражено то или иное правовое понимание данной юридической ситуации, воплощено конкретизированно усвоенное применительно к ситуации содержание юридических норм. Словом, фиксируется суждение

тому объективированный опыт судебных органов, как только он получает нормативное значение, сразу же вливается в нормативную основу механизма правового регулирования. В связи с этим в таких системах в принципе отсутствует почва для существования судебной практики (кроме текущей) как особой юридической реальности, т. е. чего-то отличного от действующей системы правовых норм.

правоприменительного органа, так или иначе конкретизирующее содержание закона по отношению к данным фактическим обстоятельствам. Если бы это суждение не было результатом судебной деятельности, то оно вообще не выходило бы за пределы правосознания. Но оно объективировано в правоприменительном акте, воплощено в самом решении дела и потому представляет собой нечто большее и юридически более значимое, чем просто явление правосознания, а именно объективированное правокошсретизирующее суждение. Это и есть правоположение.

Под рассматриваемым углом зрения правоположения представляют собой как бы оторвавшиеся от самого правосознания его уплотненные, активные сгустки — специфические правовые явления из сферы правоприменения, находящиеся на грани правосознания и таких объективированных форм правовой деятельности, как правовые предписания — нормативные и индивидуальные. Причем степень отрыва правоположений от правосознания и приближения к предписаниям различна в зависимости от формы юридической практики; степень такого приближения, например, наиболее значительна в актах руководящей практики, исходящих от судов высшей юрисдикции (Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда).

Правоположения нераздельно связаны с действующими юридическими нормами, со смыслом, духом действующего законодательства, носят подзаконный, поднормативный характер. Они не входят в нормативную основу механизма правового регулирования, не могут служить самостоятельным основанием возникновения прав и обязанностей, критерием правомерного поведения. Во всех случаях они остаются явлениями, относящимися к области правосудия. Но будучи объективированным результатом судебной, иной индивидуально-правовой деятельности судов, правоположения, не сливаясь с действующими нормами, представляют собой относительно самостоятельные правовые явления, специфическую разновидность правовой реальности.

Вместе с тем нужно учитывать и другое. Поскольку судебная практика выражена в положениях, которые весьма близки к юридическим нормам и к тому же нередко формулируются в качестве нормативных, эти положения при известных обстоятельствах (при формировании правовой системы, при значи-

тельном отставании законодательства от требований жизни) могут приобрести и первичное значение, когда соответствующие акты, например нормативные постановления Пленума Верховного Суда, становятся источниками права (хотя при отставании законодательства право-творчество центральных юрисдикционных органов все же не согласуется с требованиями законности и в лучшем случае может рассматриваться лишь в качестве «меньшего зла»). Да и вообще грань между нормативными положениями практики и юридическими нормами не является резкой. Именно в практике постепенно формируются, отрабатываются положения, которым как бы тесно в области правоприменения и которым суждено стать впоследствии юридическими нормами. Более того, следует думать, что путем развития прецедентной практики (приобретающей все большую весомость в нормативно-законодательных системах) само право обогащается.

#### У. Грани законности. Правозаконность

1. Понятие «законность» раскрывает содержание писаного права под углом зрения его практического осуществления, идейно-политических основ правовой системы, ее связи с основополагающими общественно-политическими институтами, с политическим режимом данного общества. Под этим углом зрения законность может быть охарактеризована как *реальность* писаного права, когда его требования и гарантированные им возможности последовательно, полно и точно претворяются в жизнь.

Этот подход принципиально важен для теории права в нескольких отношениях.

Во-первых, понятие законности — одна из граней реалистического отношения к писаному праву, к его общеобязательности, к его силе и ценности.

Во-вторых, существенное значение имеет принцип (идея) законности, который непосредственно выражает уровень гуманистического содержания господствующего мировоззрения, природу данной общественной системы, ее нацеленность на обеспечение и охрану прав личности, на исключение из общественной жизни произвола и бесправия личности. Здесь, как мы увидим дальше, идея законности может быть возвышена до крупной, высокозначимой категории — правозаконности, утверждающейся в современном гражданском обществе.

В-третьих, понятие законности позволяет еще раз — после рассмотрения собственно права и правосознания и ряда специальных правовых проблем — обратиться в рамках общетеоретической проблематики к высокозначимым общественно-политическим вопросам. Анализ законности как особого, самостоятельного общественно-политического явления позволяет определенным образом охарактеризовать данную правовую систему, увидеть связь законности с природой социального строя, с особенностями свойственного стране политического режима, раскрыть ее значение как составной части, элемента демократии, на высокой ступени общественного развития представляющего собой элемент современного гражданского общества (правозаконность).

2. Необходимо выделять в законности (в ее соотношении с писаным правом — нормативным институциональным образованием) три элемента, три грани, которые в своей взаимной обусловленности и историко-временной последовательности подчинены единой логике.

Исходная, первая грань законности — *аспект общеобязательности права*. Здесь законность является только проекцией, специфическим выражением свойств права как нормативного институционального образования, ибо писаное право по самой своей природе таково, что мыслимо лишь в состоянии, когда образующие его нормативные предписания реально, фактически проводятся в жизнь. Коль скоро есть право, пусть даже и право власти, значит, существует и законность, т. е. такой порядок, при котором участники общественных отношений должны строго соблюдать и исполнять нормы права.

Вторая грань, или элемент законности (и в исторической очередности фактов правовой действительности этот элемент на самом деле является вторым), — это *идея законности*, т. е. формирующаяся в правосознании идея о целесообразности и необходимости такого реально правомерного поведения всех участников общественных отношений, при котором не оставалось бы места для произвола, фактически достигалась бы всеобщность права, действительная реализация субъективных прав. А такого рода идея неизбежно «выходит» на вопросы социального строя, политического режима, т. е. на категории политического сознания. В соответствии с этим идея законности, охватываемые ею начала (равенство всех перед законом, отсутствие привилегий, высшая сила закона, неотвратимость

юридической ответственности за правонарушение и др.) выступают по своей сути прежде всего в качестве элемента политического сознания, начала политической демократии, а на современной стадии развития цивилизации — в качестве начала современного гражданского общества.

Третья, конститутивная, наиболее важная грань или элемент законности состоит в том, что законность как особое, отличное от собственно права, самостоятельное явление складывается лишь тогда, когда два первых ее элемента воплощаются в *особом режиме общественно-политической жизни*, в системе требований законности. При этом весьма отчетливо проявляется тесная связь законности с правом как институциональным образованием<sup>1</sup> даже с терминологической стороны: именно потому, что право конституируется через закон (и иные близкие к нему писанные формы), данный режим и именуется законностью; в конечном итоге рассматриваемый процесс воплощается в формировании *правозаконности*.

Из чего складывается режим законности? При ответе на этот вопрос выясняется, что содержание законности, ее субстанция как раз и складываются из того, что именуется *требованиями законности*. Однако в этих требованиях нужно видеть не идеи, не принципы правосознания, а политико-юридические реальности, воплощающие соответствующие идеи и принципы. Эти реальности представляют собой политико-юридические нормативные начала, входящие в состав данного политического режима, а если посмотреть еще глубже — нормативных начал общества. Требования законности объективируются в праве, в свойственных ему механизмах, в правовой системе, а также во всех иных общественно-политических институтах, в их организации и деятельности.

Предложенная трактовка законности ориентируется на то, чтобы рассматривать ее как режим общественно-политической жизни, активной политико-юридической силы в обществе. Именно потому, что законность (правозаконность) складывается из политико-юридических требований, утверждение в обществе режима законности означает наличие таких активных реальных нормативных факторов (требований), которые призваны распространять на общественные отношения состо-

<sup>1</sup> См.: *Самощенко И. С.* Охрана режима законности Советским государством. М, 1960. С. 15 и ел.



яние юридической правомерности, реальности и эффективности правового регулирования, основанного в гражданском обществе на фундаментальных правах человека — всего того, что требует данный исторически определенный режим законности (прежде всего обеспечение в гражданском обществе прирожденных прав человека, охрану независимости, суверенного статуса автономной личности, ограждение ее от произвола и самочинных действий).

Принципиально важно, что такой подход к законности дает возможность проводить ее конкретно-исторический анализ. Законность при таком подходе вообще оказывается величиной переменной и даже неоднозначной. В одних общественных системах она может существовать только в виде аспекта общеобязательности права; в других к этому первичному элементу присоединяется утверждающаяся в общественном сознании идея законности; в обществах, где законность сформировалась как особый общественно-политический феномен, ее «величина» выражается в составе, глубине и характере тех требований, из которых она складывается, реализуется в жизни.

В наиболее примитивном виде законность предстает в обстановке антидемократических, тоталитарных режимов. В условиях демократических политических режимов она обретает весь набор элементов и выступает в виде особого политико-юридического явления, в гражданском обществе — в виде правозаконности.

Следует признать верной мысль М. С. Строговича о том, что «в том или ином виде законность (или ее элементы) можно видеть и в тех эксплуататорских государствах, где демократии вовсе не было»<sup>1</sup>. Исходный элемент законности, который выражает общеобязательность права и состоит в требовании "неукоснительного соблюдения и исполнения юридических предписаний, существует, разумеется, в любом цивилизованном обществе. С точки зрения своего исходного элемента законность вообще выступает в виде метода деятельности государства.

Даже в авторитарных государствах может формироваться и становиться политико-юридической реальностью ряд требований законности (например, требования верховенства закона,

<sup>1</sup> *Строгович М. С.* Основные вопросы советской социалистической законности. М., 1966. С. 227.

неотвратимости юридической ответственности за совершенное правонарушение). Еще в большей мере накопление элементов законности касается социальных механизмов, обеспечивающих взаимоотношения внутри господствующего класса, его полновластие; здесь, в частности, утверждаются и начала юридического равенства, и требование реального осуществления субъективных прав.

Таким образом, к вопросу о возникновении и развитии законности нужно подходить конкретно-исторически, дифференцированно, различая элементы законности, фиксируя их формирование и постепенное накопление, а также сложные противоречивые тенденции, свойственные всем этим процессам.

Приведем в этой связи соображение более общего характера. Хотя те или иные элементы законности складываются при различных социальных системах и политических режимах, все же в полном, развернутом виде, с полным набором элементов законность выступает в качестве органического элемента демократии (потому-то и возможно обозначить законность с полным составом элементов термином «режим», используемым и при обозначении демократии), элемента современного гражданского общества.

Утверждение законности как особого, самостоятельного общественно-политического феномена в условиях буржуазной демократии сопряжено с деятельностью идеологов революционной буржуазии, с обоснованием ими идеи законности как органической части общих представлений о политической демократии и их стремлением воплотить ее в политическую жизнь.

И на практике в условиях буржуазной демократии, в отличие от авторитарных режимов, законность обретает достаточно четкое собственное бытие, свойства самостоятельного общественно-политического феномена, элемента демократического политического режима. Ведь демократические права и возможности, прежде всего права и возможности личности как важнейший компонент демократии, становятся реальностью общественной жизни через субъективные юридические права, их реализацию, а значит — через законность. Когда же законность обретает свое собственное бытие, она в качестве режима общественно-политической жизни способна воплотиться в виде особого принципа в само содержание права, стать принципом и элементом политической системы.

В полной мере — не только со стороны формы, но и со стороны содержания — глубокое единство демократии и законное-

ти возникает в гражданском обществе, где она выступает качестве правозаконности.

3. Собственное содержание, субстанция законности выражена в системе политико-юридических требований — норма! ных сторон, устоев политико-юридической жизни, отражая щих глубокие нормативные начала общества.

Основные требования законности, проявляющиеся в условиях демократических политических режимов, состоят в следующем:

— всеобщность права, выраженная в необходимости развития, совершенного законодательства — такого, при котором все общественные отношения, нуждающиеся в юридическом опосредовании, регулируются законом, а не произволом, усмотрением, чьей-либо прихотью; в законодательстве не должно быть таких существенных пробелов и таких несовершенств,\* которые бы давали возможность для произвольных действий;

— верховенство Конституции и законов, т. е. подчиненность всех иных нормативных и индивидуальных актов действующим законам, а всех законов и других актов государственных органов — Конституции;

— равенство всех перед законом, предъявление всем участникам общественных отношений одинаковых требований, отсутствие у кого-либо привилегий;

— наличие социальных и юридических механизмов, обеспечивающих реализацию прав (строжайшее соблюдение и исполнение обязанностей; беспрепятственные возможности для использования субъективных прав);

— гарантированное, качественное применение права, активная и решительная борьба с правонарушениями, неотвратимость юридической ответственности для всех, кто нарушил закон;

— стабильность, устойчивость правопорядка, эффективная работа всего механизма правового регулирования.

Эти требования и образуют законность. В своей совокупности они призваны исключить из общественной жизни произвол, своеволие, бесконтрольность и в конечном итоге привести в соответствии с идеалами законности к тому, чтобы все заложенное в юридических нормах могло стать реальностью, претвориться в фактическое поведение участников общественных отношений, в действительную правомерность этих отношений, в строгий правопорядок.

4. Особо следует остановиться на требовании исключительности закона.

Суть этого требования состоит в том, что закону и иным юридическим источникам, а также содержащимся в них правовым нормам принадлежит ведущая роль среди социальных регуляторов, и потому их действие имеет приоритет, при котором в принципе исключается все, что подрывает или умаляет это их действие. Требование исключительности более значимо и весомо, чем требование просто верховенства закона (последнее, строго говоря, есть одно из проявлений исключительности).

Вполне понятно, что уровень и мера выражения исключительности закона — один из наиболее надежных показателей законности в обществе, демократизма социального строя.

Наиболее отчетливо рассматриваемое требование проявляется в соотношении законности, с одной стороны, и целесообразности и морали — с другой.

Обращаясь к соотношению законности и целесообразности, необходимо подчеркнуть, что высшая социальная целесообразность в принципе выражена именно в законах, в нормативных юридических актах государства. Поэтому недопустимо отступление от требований закона по каким бы то ни было соображениям, даже по мотивам «высших интересов», революционной обстановки, пользы и т. д., сколь бы весомыми они ни казались тому или иному лицу.

В то же время учет целесообразности, пользы и т. д. весьма важен при применении юридических норм, особенно при реализации (применении) права органами правосудия. Тем более что нормы права нередко предусматривают возможность решения некоторых юридических вопросов в порядке поднормативного регулирования (скажем, при назначении конкретной меры наказания за преступления, при определении размера алиментов). Но во всех случаях соображения целесообразности учитываются на основании и в рамках закона, т. е. опять-таки в условиях строжайшей законности. Следует лишь учитывать особую миссию правосудия, которое в условиях гражданского общества призвано утверждать дух и идеалы права, опираясь на свою «собственную» основу — основополагающие принципы права, фундаментальные права человека.

С аналогичных позиций решается вопрос о морали и законности. Известно, что мораль и право тесно взаимодействуют,

взаимопроникают; некоторые стороны такого взаимодействия, взаимопроникновения ранее были уже рассмотрены. Высшие нравственные идеалы, господствующие в данном обществе, и в первую очередь идеалы справедливости, выражаются, как правило, именно в нормах права.

Вместе с тем здесь наряду с противоречивостью морали, даже самой «высокой» (см. главу пятую), важен вот какой еще момент. В соответствии с требованием исключительности закона не допускается какое-либо отступление от начала законности по тем соображениям, что осуществление прав и исполнение обязанностей по мнению того или иного лица не согласуется с моральными представлениями. Помимо иных соображений, обуславливающих требование исключительности закона, здесь следует учитывать уже отмеченное ранее специфическое положение права и морали в системе нормативного регулирования: их разнорядковость, самостоятельную ценность, суверенность.

Отступление от установленных законом общих правил по моральным соображениям возможно лишь в случаях и по основаниях, которые тоже предусматриваются законом. Судебные органы вправе принять во внимание соображения морального характера при решении юридического дела (например, при назначении конкретной меры наказания). Но опять-таки это происходит потому, что суду законом предоставлена возможность осуществлять в известных пределах индивидуальное поднормативное регулирование.

Понятно, что указанные выше политико-юридические требования законности — своего рода идеальный «максимум». В практической жизни, в особенности при авторитарности власти, они не только могут быть урезаны, усечены, но и, что самое главное, выступать в основном в формальном виде как начала законодательства, нередко лишь в малой степени соответствующие или вовсе не соответствующие реальной политической и правовой практике государства.

5. Пора более строго определить понятие, не раз употреблявшееся ранее, понятие *правозаконности*.

С точки зрения общепринятых представлений о номенклатуре правовых явлений право — центральное звено в его соотношении с законностью. И действительно, без права нет законности. Более того, если видеть в законности только аспект общеобязательности права (исходный элемент законности), то особой проблемы вообще не возникает: законность здесь — лишь

проекция права, т. е. явление, всецело производное от права, зависимое от него. И это касается всех ступеней права с гуманитарной стороны, в том числе и права власти, когда законность — как это ни парадоксально — служит упрочению авторитарного режима.

Когда же законность обретает полный набор свойственных ей требований и представляет собой особое, самостоятельное общественно-политическое явление, элемент демократического политического режима, то, казалось бы, она еще более обособляется от собственно права.

Между тем соотношение между правом и законностью — и как раз в современном гражданском обществе — приобретает совсем иной, «нелогичный» характер.

Причем в данном случае, наряду с научной стороной проблемы, не менее существенны ее общественно-политические и даже мировоззренческие аспекты.

Суть дела в том, что в современном гражданском обществе, в котором утверждается верховенство права, точнее — правление права, и оно (а не только государство) становится правовым, характерно тесное, плотное единение права и законности, что свидетельствует о формировании *правозаконности* как целостного и фундаментального явления, свойственного обществу с развитыми гражданскими и демократическими институтами.

Отличительная черта правозаконности заключается в том, что право в современном гражданском обществе обретает собственное бытие, независимое от государственной власти. Решающим устоем собственного бытия права здесь наряду с демократическими правовыми принципами, частным правом становятся фундаментальные права человека.

Правозаконность, стало быть, — это категория, имманентная праву гражданского общества, раскрывающая его особенности с гуманитарной стороны и качественно отличающаяся по существу от права власти. Она выражает не просто «общеобязательность закона», а господство, верховенство закона, правление права, основанного на правах человека. Весьма симптоматично, что понятие правозаконности получает все большее признание в литературе, отстаивающей идеалы Свободы.

По мнению Ф.А. Хаека, «пожалуй, ничто не свидетельствует так ярко об особенностях жизни в свободных странах, отличающих их от стран с авторитарным режимом, как соблюде-

ние великих принципов правозаконности». И вслед за тем он! отмечает: «Концепция правозаконности сознательно разработа-| тывалась лишь в либеральную эпоху и стала одним из ее ве-| личайших достижений, послуживших не только щитом свобо-| ды, но и отлаженным юридическим механизмом ее реализа-| ции»<sup>1</sup>.

6. Непосредственным итогом правового регулирования, венцом действия права в условиях правового государства является правопорядок — состояние фактической упорядоченности общественных отношений, выражающее реальное, практическое осуществление требований права и режима законности.

Понятия «законность» и «правопорядок» близки друг к другу и обычно употребляются в одном ряду (или даже как взаимозаменяемые). Все же между ними есть четкая грань. Правопорядок — результат законности, характеризующий степень осуществления ее требований, причем так, что реализуются глубокие правовые начала, дух права. Если законность представляет собой режим общественно-политической жизни, который вводит известные требования, то правопорядок — это уже фактическое «правовое состояние» упорядоченности общественных отношений, та нормальная правовая жизнь, которая наступает в результате реализации требований законности. Режим законности, выраженный в виде системы политико-правовых требований, на уровне правопорядка как бы материализуется в системе реальных правовых отношений.

Будучи венцом, итоговым результатом действия права, правопорядок как бы замыкает цепь основных общественно-политических явлений из области правовой надстройки (право — законность — правопорядок).

Основные черты правопорядка, существующего в данной общественной системе, рельефно и ярко выражают особенности соответствующей правовой системы в целом.

Выделим эти основные черты правопорядка: господство закона в области отношений, регулируемых правом; полное и своевременное соблюдение и исполнение всеми субъектами юридических обязанностей; строгая общественная дисциплина; обеспечение максимально благоприятных условий для использования субъективных прав; безусловное утверждение прирожденных прав и свобод человека; четкая и эффективная

<sup>1</sup> Хаек Ф.А. Дорога к рабству//Вопросы философии. 1990. № 11. С. 123,128.

работа всех юридических органов, прежде всего правосудия; неотвратимость юридической ответственности для каждого совершившего правонарушение.

Другими словами, правопорядок есть реальное, полное и последовательное осуществление всех требований законности, идеалов и принципов права, правового государства, прежде всего реальное и полное обеспечение прав человека.



## Глава девятая

### Право: многообразие, дифференцированные и интегрированные характеристики

#### I. Семьи национальных правовых систем

1. Общие черты права, освещенные с позиций институциональной гуманитарной концепции в предшествующих главах, это именно *общие* черты. В реальной же жизни правовые системы различных государств отличаются большим многообразием, спецификой, подчас уникальностью.

Вместе с тем при всем многообразии характеристик, факторов и путей развития национальных систем (т. е. систем тех или иных стран) существенно то, что отправные моменты их развития связаны с характером и уровнем дифференциации права и социального регулирования в данной стране в целом, а еще больше — с доминирующим положением (в соответствии с особенностями социально-политической обстановки, политического режима) того или иного элемента содержания правовой системы, которая, как мы видели, включает три основных компонента: писаное право как систему норм, юридическую (судебную) практику, правовую идеологию.

Исходя из этого, в пестрой картине правовых систем выделяются *семьи*. Свообразие их во многом зависит от особенностей способа правообразования, ориентированных на тот или иной элемент правовой системы. Можно назвать четыре основные семьи национальных систем (регионов) права: романо-германское право, англосаксонское общее право, религиозно-общинные (неотдифференцированные) юридические системы ряда стран Азии и Африки, заидеологизированные правовые системы при авторитарных политических режимах. Хотелось бы обратить внимание на то, насколько точно три основных компонента правовой системы соответствуют трем первым из указанных основных семей: каждая из них (к третьей группе присоединяется на новом уровне четвертая) в качестве исходного, доминирующего начала имеет один из этих трех элементов — либо право как систему норм, либо юридическую (судебную) практику, либо правовую идеологию.

2. Романо-германское право (национальные правовые системы Франции, ФРГ, Италии, Испании и др.) — это семья пра-

вовых систем, характеризуемая таким высоким уровнем нормативных обобщений, который достигается при помощи кодифицированных актов законодательных или иных правотворческих органов и выражен в абстрактно формулируемых нормах, в формировании логически завершенной, структурно замкнутой («закрытой») нормативной системы писаного права. В соответствии с этим правовые системы данной группы имеют облик нормативных-законодательных и в массовом правосознании воспринимаются в качестве таких, где право выступает преимущественно в виде «закона».

Источник возникновения национальных правовых систем рассматриваемой семьи следует искать прежде всего в экономических, социально-политических условиях развития общественной жизни.

В континентальной Европе преодоление феодальной раздробленности, создание централизованных государств, политическое утверждение социально-экономического единого товарно-рыночного хозяйства, режима демократии осуществлялись преимущественно через центральные органы государственной власти, которые взяли на вооружение такие эффективные средства социального регулирования, как законы, кодексы, содержащиеся в них абстрактные нормы (нормативные обобщения высокого уровня).

Отмечая этот решающий источник, необходимо указать на то, что к XVII—XVIII векам, т. е. ко времени, когда реально

в социальной жизни проявилась потребность в нормативно-регулятивном инструменте, который мог бы быть использован для решения указанных выше задач, у государственных органов «под рукой» оказались такие материалы, относящиеся к сфере правовой культуры, которые и предопределили особенности правовых систем континентальной Европы.

Речь идет о правовой культуре, основанной на юридической системе Древнего Рима, давшего классическое, не превзойденное по утонченной разработке первое всемирное право общества товаропроизводителей. Однако, вопреки довольно широко распространенному мнению, романо-германское право не опиралось непосредственно на нормы римского частного права — права казуистического характера, лишь в какой-то мере систематизированного (да и то после своего расцвета) в компиляциях Свода законов Юстиниана и, пожалуй, больше тяготеющего к общему прецедентному праву. Упомянутые достиже-

ния правовой культуры являются скорее элементом духовной жизни эпохи Возрождения, созданным в западноевропейских университетах толкователями положений римского частного права — глоссаторами и в особенности постглоссаторами. Их историческая заслуга, недостаточно еще оцененная, состояла в том, что они на новом уровне духовной, интеллектуальной жизни эпохи Возрождения отработали логические принципы, конструкции, обобщенные юридические формулы, заложенные в римском частном праве. Эти логические принципы, конструкции и обобщенные формулы, а также терминология римского права и могут быть охарактеризованы в качестве материалов правовой культуры, которая была воспринята законодательством континентальной Европы, а затем через наиболее совершенные его достижения (Кодекс Наполеона, Германское гражданское уложение и др.) распространилась на многие страны мира.

3. Англосаксонское общее право (национальные правовые системы Англии, США, ряда других стран), если рассматривать его в чистом виде, — это самобытная семья правовых систем. Оно характеризуется тем, что юридическое регулирование строится, обобщенно говоря, на судебной практике, на «праве судей», а точнее, на прецедентах — судебных решениях, юридическую суть, логическо-юридические принципы которых суды обязаны применять при рассмотрении аналогичных жизненных проблем<sup>1</sup>. При этом повышенное значение придается процедурно-процессуальным правилам; правовая система выражена не в абстрактно формулируемых нормах — обобщениях высокого уровня, во представляет собой структурно-сложное логически замкнутое построение. Она носит характер открытой системы методов решения юридически значимых проблем. В соответствии с этим правовые системы данной группы имеют облик нормативно-судебных и в массовом правосознании воспринимаются в качестве таких, где во многих случаях на первое место выступает субъективное право, защищаемое судом.

Знаменательно, что экономический, социально-политический источник национальных правовых систем англо-американской группы в принципе тот же, что и в странах континентальной Европы: это необходимость усиления центральной политиче-

<sup>1</sup> См.: Кросс *Рунерт*. Прецедент в английской праве. С. 7, 21 и сл.

ской власти, государственно-правовое объединение страны. Но в Англии — прародительнице общего права (общего в том смысле, что оно вырабатывалось для всей страны, в противовес местным обычаям) — назревшая потребность упрочения централизованной власти встретилась с развитой судебной практикой. Именно потому, что королевские вестминстерские суды в силу особенностей социально-политического развития Англии того времени оказались наиболее мощным элементом государственной системы, обрабатываемые ими и закрепляемые в протоколах решения (их логическая суть, идеи) стали прецедентами — образцами для решения аналогичных юридических дел в будущем и тем самым приобрели значение материалов, из которых в основном и сформировалась правовая система Англии, а затем и некоторых других стран.

4. Религиозно-общинные (неотдифференцированные) юридические системы — это такие системы регулирования, в которых юридические элементы функционируют в полной мере необособленно от иных элементов. Они существуют в застойном виде, находятся в состоянии, которое характеризуется связанностью регулируемыми формами традиционных обществ (религиозными, обычно-общинными и др.). В соответствии с этим правовые системы данной общности имеют облик догматизированных, традиционных и в массовом правосознании воспринимаются в качестве таких, где основная регулирующая сила — догма веры, религиозное учение, непогрешимая традиция.

«

Юридические системы рассматриваемой группы весьма разнообразны, подчас уникальны по своим чертам. Они свойственны в основном традиционным, застойным общественным структурам феодального или еще более архаичного типа. Их можно определить как застывшую во времени и перенесенную в сегодняшние дни предысторию права. Это системы социального регулирования, которые в силу особых экономических, политических, духовно-нравственных условий получают однобокое, негармоничное развитие с известным приоритетом таких регулирующих форм, как религиозные, традиционные, обычно-общинные и др.

Таковы, например, правовые системы, относящиеся к мусульманскому праву, господствующие в ряде государств Азии и Африки. Социальное явление, именуемое мусульманским правом, вообще представляет собой причудливое смешение

юридических, религиозных, морально-философских элементов, и слово «право», как считают специалисты по сравнительному правоведению, применяется к этому явлению за отсутствием другого<sup>1</sup>. Мусульманское право, сложившееся еще в эпоху средневековья и выступающее по большей части в качестве идеологической силы, по своим главным особенностям представляет одну из сторон религии ислама<sup>2</sup>.

По мнению Л. Р. Сюкияйнена, анализ мусульманского права дает основание подчеркнуть ограниченность распространенного в правовой литературе общего положения о том, что сила, создающая право,— государство. Необходимо учитывать вместе с тем, что коль скоро речь идет о национальных правовых системах, т. е. о праве в строго юридическом смысле, положения мусульманского права приобрели юридическое значение главным образом в результате деятельности государственных органов — законодательных и в особенности судебных, осуществляющих индивидуально-правовую, юридически-конститутивную деятельность.

Религиозно-общинные (неотдифференцированные) юридические системы, существующие в ряде государств Азии и Африки, носят застойный характер. Их своего рода консервация во многих случаях оказалась соответствующей интересам реакционных социальных сил, правящих элит традиционных обществ и — что еще существенней — колониальных государств.

5. Заидеологизированные правовые системы при авторитарных режимах — группа «правовых систем, со структурной стороны весьма близких к только что рассмотренной семье. В отличие от нее эти системы связаны с современным уровнем цивилизации. Они призваны юридически «освятить» доминирование в обществе методов насилия, прикрасить и «облагородить» авторитарные, диктаторские режимы.

Вот почему для данной группы правовых систем с внешней стороны характерно использование элементов современной

<sup>1</sup> Рене Давид пишет о них как о правовых системах «философского» или «религиозного» характера. Термин «право» употребляется в этих системах только за отсутствием иного термина (см.: *Давид Рене. Основные правовые системы современности*. М., 1967. С. 45).

<sup>2</sup> Особенности мусульманского права и основанных на нем национальных правовых систем освещены Л. Р. Сюкияйненом в статье «Мусульманское право как объект общей теории права» (см.: *Сов. государство и право*. 1979. № 1. С. 29—34).

юридической, правовой культуры, внешних институтов и атрибутов правосудия, законодательства. Однако все эти элементы служат ширмой, прикрывающей авторитарный режим, построенный на внеправовом насилии; они являются существенным компонентом идеологизированных фальсификаций.

Еще одна особенность рассматриваемой семьи правовых систем — заидеологизированность, т. е. всепроникающее господство претендующей на передовой статус догматизированной теории, которая оправдывает доминирование насилия, используемого во имя «высшего блага» (нации, класса, «всеобщего благоденствия» и т. д.). При этом в качестве «права» выступает идеологический постулат, попираются фундаментальные права и свободы человека, отсутствует действительно независимое правосудие.

Такие правовые системы, относящиеся к праву власти, можно, пожалуй, именовать, как и соответствующие государства, *тоталитарными*. Они, в сущности, отрицают юридическую значимость прав человека, идею общественного договора и в целом носят публичный характер (хотя нередко и сохраняют институты частного права).

## II. Правовая типология

1. Типология (классификация) национальных правовых систем, их дифференцированные и интегрированные характеристики могут проводиться по различным основаниям. При этом нужно учитывать то решающее обстоятельство, что право — конкретно-историческое социальное явление. В каждую историческую эпоху, при каждой цивилизации, в каждой стране оно, как уже говорилось, отличается немалым своеобразием. С научно-понятийной стороны исходное значение при рассмотрении этого своеобразия имеет понятие «национальная правовая система»<sup>1</sup>, т. е. рассматриваемое в единстве с другими конститутивными правовыми явлениями право данного общества (страны) как нормативное институциональное образование исторически конкретного социального организма в его единстве и во взаимодействии с юридической (судебной) практикой и правовой идеологией.

<sup>1</sup> Слово «национальная» в приведенной формулировке условно: оно употребляется лишь с целью терминологически отграничить внутригосударственное право (в рамках конкретной страны) от международного публичного права.

Национальная правовая система — конкретно-историческая социальная реальность, находящаяся в сложных взаимосвязях и взаимодействии с другими частями данного общества как системы: с экономическими отношениями, государством, политическим режимом, моралью, культурой, со всем комплексом социальных институтов и ценностей, всеми подсистемами данного общества.

Вот почему нельзя признать приемлемой проводимую рядом специалистов по сравнительному правоведению идею «праве» как юридическом явлении, якобы существующем внеР и независимо от государственных границ, например идею о романо-германском праве, будто бы представлявшем собой «право» и тогда, когда известные юридические принципы и категории только еще разрабатывались университетами и существовали в виде явлений культуры («право университетов»). Такого рода «право» в действительности представляло собой не что иное, как формы правосознания, компоненты правовой культуры, которые обретают качества права в юридическом смысле лишь в той мере, в какой объективируются в правовых актах конкретных западноевропейских стран, т. е. в национальных правовых системах как нормативных институционных образований<sup>1</sup>.

Национальная правовая система в принципе характеризуется в рамках страны единством, суверенностью. Хотя история знает факты существования в пределах одной страны нескольких параллельно действовавших правовых систем (например, в эпоху феодализма), все же в конечном счете общей тенденцией является формирование в стране единой суверенной национальной юридической системы, она выражает единство общества как системы, выступает одним из проявлений государственного суверенитета страны. Национальная правовая система как бы впитывает особенности экономического, политического, исторического и национального развития страны, существующие в ней общественно-политические реалии, специфику культурной и нравственной жизни общества, национального быта, правовых традиций и мышления. Это во мно-

<sup>1</sup> Весьма показательны, что и мусульманское право проявляет себя как юридический феномен в той мере, в какой нормы парията реально, фактически функционируют в качестве принудительно поддерживаемых, общеобязательных правил поведения людей в той или иной арабской стране.

гом определяет фактическую роль и ценность данной правовой системы, ее положение в общей структуре социального нормативного регулирования и, следовательно, соотношение с другими регуляторами: моралью, религиозными и иными корпоративными нормами, неправовыми обычаями.

Национальная правовая система — единичное и конкретное явление в плоскости правовой типологии. Особенности правовых систем тех или иных эпох и цивилизаций выражены также в других понятиях — «исторический тип права», «семья правовых систем», «укрупненная (логическая) система».

2 В понятии «исторический тип права» в обобщенных характеристиках выражаются единые черты всех национальных правовых систем, соответствующих исторически определенному экономическому базису общества (типу собственности) — посылку, понятие, эти категории (активно используемые в идеолого-партийных целях марксизмом) имеют право на существование со строго научных позиций.

С точки зрения ортодоксального марксизма (марксизма-ленинизма) каждой классовой общественно-экономической формации свойствен свой исторический тип права — рабовладельческий, феодальный, буржуазный, социалистический. Деление национальных правовых систем на эти „четыре типа и образует основу ортодоксальной марксистской типологии права. Под этим углом зрения понятие «исторический тип права» стало ключевым в марксистско-ленинской правовой доктрине. Его использование преследует цель «привязать» правовые системы данной эпохи к исторически определенному экономическому базису, к типу собственности на средства производства и таким способом конкретизировать классовую сущность права, зафиксировать конкретное социально-политическое содержание правовых систем. И это, по господствовавшему в советской юридической науке мнению, будто бы открывало путь к пониманию глубинных закономерностей, свойственных национальным правовым системам того или иного исторического типа.

Думается, в настоящее время с позиций строго научного мировоззренческого подхода необходимо более корректно подходить к истолкованию и использованию понятия «исторический тип права». Как основа правовой типологии оно может рассматриваться, по-видимому, лишь по отношению к правовым системам государств, отличающихся сугубо классовой направленностью, прежде всего государств с авторитарным



политическим режимом, т. е. к юридическим образованиям, относящимся к праву власти. В целом же, учитывая своеобразие права как явления цивилизации и культуры, рассматриваемое понятие — не более чем «общий фон» (к тому же ориентированный на авторитарные политические режимы) для оценки правовых систем, применительно к которым на более заметное место выдвигаются иные критерии типологии — те, которые характеризуют их в качестве семей правовых систем, а также укрупненных (логических) систем.

3. Существенное значение имеет уже использованное ранее понятие «семья правовых систем». В пределах одной или разных исторических эпох национальные правовые системы нередко специфичны с точки зрения юридического содержания. Это и позволяет рассматривать ту или иную группу правовых систем в качестве некоего единства — семьи. Обратим еще раз внимание на то, что наиболее важной чертой, выделяющей группу систем с юридической стороны, является свойственное ей построение трех ее основных компонентов — права как системы юридических норм, юридической (судебной) практики, правовой идеологии, — обусловленное особенностями способа правообразования, историческими условиями.

Если ранее в советской юридической науке понятие «семья правовых систем» рассматривалось как вторичное, вспомогательное (по отношению к понятию «исторический тип») основание для подразделения национальных правовых систем на группы, то ныне, в противовес догматической советской идеологии, ему нужно придать более весомое значение. Ибо как раз в юридических особенностях права в немалой мере объективируются его черты как явления цивилизации и культуры.

Надо заметить также, что на особенности правовых систем, быть может, в не меньшей степени, чем экономический базис (собственность), влияет политический режим, прежде всего в зависимости от того, является ли он демократическим или же авторитарным. Как было показано ранее, одна из групп правовых систем (четвертая) потому и обособляется, что исходным системообразующим фактором в ней оказывается заидеологизированный авторитарный политический режим.

В общем же юридические черты, благодаря которым целые группы правовых систем можно объединить в одну семью, свидетельствуют об относительной самостоятельности правовой формы, о существенных особенностях технико-юридического

содержания права. Вследствие этого рассматриваемая категория позволяет осмыслить долговечность тех или иных правовых систем, возможность их сохранения с юридической стороны на разных этапах исторического развития (например, особенности англосаксонского, романо-германского права в условиях феодализма и буржуазного строя), а также выявлять важные правовые ценности, складывающиеся в различных семьях, и проводить на этой основе целеустремленный сравнительно-правовой анализ. (Хотел бы заметить, что ранее при рассмотрении семей правовых систем я использовал понятие «структурная общность».)

4. Хотя в основном понятие «семья правовых систем» охватывает юридические особенности национальных правовых систем, оно отражает и социально-политическое содержание права той или иной страны, свойственную правовой системе юридическую идеологию.

Будучи тесно связана со специально-юридическим содержанием, идеологическая сторона семей правовых систем в ряде случаев играет заметную роль. Наиболее отчетливо она выражена в религиозно-общинных системах, для которых характерно господство религиозных догм, застойных традиционных постулатов и т. д., а также в заидеологизированных системах при авторитарных режимах. В романо-германском и англосаксонском общем праве эта сторона состоит в господстве юридического мировоззрения — классического мировоззрения общества, где утверждается верховенство права.

Вместе с тем на весьма высоком уровне теоретических абстракций возможно обособление в логическом плане юридической и особенно технико-юридической сторон семей правовых систем и формулирование на этой основе некоторых *укрупненных (логических) систем* юридического регулирования, которые позволяют объединить наиболее типические правовые ценности. В зависимости от того, какой из элементов правовых систем, сопряженных с основными формами правообразования (законодательством установленные нормы или же юридическая, судебная практика), рассматривается в качестве основы юридического регулирования, могут быть выделены две основные укрупненные системы, существование и особенности которых уже учитывались в предшествующем изложении: нормативно-законодательная и нормативно-судебная. Первая из них представлена романо-германским правом, вторая — англосаксонским общим правом.

5 Существенный интерес представляет оценка семей правовых систем и двух укрупненных (логических) систем

Разумеется, правовой прогресс, поступательное развитие юридической формы социального регулирования так или иначе в тех или иных темпах проявляются во всех семьях правовых систем. Даже в религиозно-общинных правовых и заидеологизированных системах, хотя по большей части крайне медленно, исподволь, сквозь столкновение противоречивых тенденций, но все же происходит известное обособление юридического инструментария, становление более или менее чистых юридических институтов, эволюция, напоминающая эволюцию близких институтов в других семьях. Процесс этот значительно усиливается, а подчас приобретает и доминирующее значение в развитии всей системы социального регулирования в тех странах, где устанавливаются прогрессивные политические режимы.

Обратимся к оценке англосаксонского общего права. Конечно, формирование общего прецедентного права, обусловленное своеобразными историческими, социально-политическими условиями Англии, можно охарактеризовать в качестве «особого пути» в правовом развитии. Природа общего прецедентного права такова, что в нем не может в полной мере развернуться ряд свойств и особенностей права (в частности, его особенности, связанные с нормативными обобщениями), из-за чего в известной мере не получают развития некоторые другие его характеристики (например, системность).

И все же правовые системы англо-американской группы — это эффективно работающие нормативные регулятивные механизмы, отвечающие основным потребностям жизни общества и потому, кстати, воспринятые в том или ином виде немалым числом государств. Они имеют ряд позитивных специальных технико-юридических черт. Такие свойства юридического регулирования, как определенность и нормативность<sup>1</sup>, выражаясь в них несколько своеобразно, характеризуются все же достаточно высоким уровнем. Эти системы оказались весьма динамич-

<sup>1</sup> Общее прецедентное право национальных правовых систем англо-американской группы отличается особым характером норм, но оно не лишено свойства нормативности, как полагают некоторые авторы. Напротив, нормативность общего права благодаря принципу *Stare decisis* имеет весьма высокий уровень.

ными: сохраняя стабильность и незыблемость традиционных, подчас архаичных начал юридического регулирования, они в то же время могут приспосабливаться к новым технико-экономическим и социально-культурным условиям. Иными словами, юридический инструментарий, которым располагает англосаксонское общее прецедентное право, можно рассматривать в качестве значительной ценности, выражающей достоинства нормативно-судебной системы юридического регулирования, и имеющей уникальный характер.

Быть может, мы вообще еще недостаточно оценили феномен общего прецедентного права (судебно-нормативной системы). Не образуют ли его исторические разновидности ключевые вехи на пути мирового правового прогресса?

Ведь строго говоря, римское частное право, являющееся исторической первоосновой мировой юридической культуры и правового прогресса, в своем первоизданном виде представляло собой правовую систему, создаваемую в основном при рассмотрении конкретных юридических дел, т. е., в сущности, в прецедентном порядке.

Ныне же этот путь характерен для единого европейского права, в формировании которого значительную роль играет люксембургский Суд европейских сообществ.

Классическим может быть назван путь формирования и развития романо-германского права. Классическим потому, что здесь в результате прямого правотворчества компетентных органов, использования нормативных обобщений открывается простор для развертывания тех качеств права, которые образуют главное содержание правовой культуры и наиболее полно и всесторонне характеризуют правовой прогресс в обществе.

Прямое правотворчество компетентных государственных органов, свойственное нормативно-законодательным системам, позволяет целенаправленно строить юридическую систему, внедрять в нее данные юридической науки и практики, достигать высокого уровня нормативных обобщений и в связи с этим обеспечивать все то социально ценное, что сопряжено с нормативностью права, с его формальной определенностью, системностью, иными его регулятивными качествами.

Другой вопрос, что этот позитивный потенциал был скован исторически конкретными условиями развития тех или иных стран и в средневековой, и в буржуазный периоды их исто-

рии. В принципе же по самой логике нормативно-правового регулирования развитие правовой формы, выраженной в нормативно-законодательной системе, является естественным магистральным путем, способным обогатить правовую культуру наиболее значимыми специальными технико-юридическими ценностями. Так и произошло в истории права, когда на базе достижений римского частного права в эпоху Возрождения были разработаны обобщенные положения, оказавшие столь сильное влияние на развитие системного, кодифицированного законодательства в странах континентальной Европы, а ныне во все более возрастающих масштабах оказывающие воздействие и на правовые системы англо-американской группы.

В последующем в контексте утвердившихся политического режима и идеологии некоторые из этих достижений воспринимались и советским правом, а ныне российским правом. Этот процесс с географической и историко-социальной точек зрения был подготовлен тем, что отечественное право возникло именно на территории, охватывавшей в значительной степени континентальную Европу и уже в той или иной степени имевшей соответствующие правовые традиции.

Вполне понятно поэтому, что в настоящей книге, целью которой является характеристика достижений, ценности права, его правовых средств и механизмов, его роли в жизни общества, общетеоретические положения формулируются на основе именно тех фактических данных (взятых главным образом из отечественного права), которые соответствуют магистральному пути правового прогресса в истории права и, следовательно, связаны в первую очередь с правовыми системами нормативно-законодательного характера, к которым по главным своим особенностям относится российское право. К тому же, по всем данным, указанные юридические ценности имеют значение и на перспективу: они несомненно войдут (и в передовых демократических странах уже входят) в право современного гражданского общества.

6. Несколько соображений по поводу закономерностей развития национальных систем и их семей в современном мире. Это развитие характеризуется сложными, многообразными, порой противоречивыми, сталкивающимися тенденциями, среди которых можно выделить ряд доминирующих.

Прежде всего должна быть отмечена тенденция, выражающая закономерности развития социально-политических отношений на современной стадии цивилизации. Это все большее

фактическое признание позитивной ценности тех достижений юридической культуры, которые выражены в нормативно-законодательной системе юридического регулирования. Данная линия правового прогресса, обусловленная необходимостью нормативного решения сложных проблем социальной жизни в связи с научно-технической революцией, с всепланетным движением к свободе, с развитием товарно-рыночного хозяйства, с углублением парламентаризма, ' рядом других социально-экономических и политических процессов, отчетливо прослеживается во всех странах развитой демократии.

В то же время утверждается ценность положений прецедентного права (уже говорилось об их развитии в едином европейском праве), да и законодательные решения практически всех стран становятся вполне работающими юридическими реальностями лишь после того, как они «пропущены» через судебную деятельность и обогащены прецедентами.

Эти линии правового развития можно осветить и с несколько иной стороны. Многими исследователями подмечен факт сближения юридических систем различных семей. Возникли вариации правовых систем, вобравшие черты и романо-германского, и общего права: шотландское право, право Филиппин и др. И если в Англии, США и других странах общего права усилилась (и притом в немалой степени) роль закона, общих норм кодификации, то в странах континентальной Европы тенденция формулирования все более абстрактных норм породила закономерную по логике юридических систем встречную тенденцию: усиление роли судебных органов в процессе юридического регулирования, развитие их индивидуально-правовой, созидательной правосудебной деятельности. И еще более примечательным фактом является выработка в ходе правовой европейской интеграции, в частности Судом европейских сообществ, положений и конструкций, объединяющих, казалось бы, несоединимое — качественно различные положения и конструкции континентального права и общего прецедентного права.

Чем объяснить сближение по юридическим, технико-конструктивным чертам правовых систем различных семей? Здесь, видимо, ряд причин. Главная из них заключается, думается, в том, что в современных условиях отчетливо проявилось определяющее значение для правовых систем их общецивилизационной, общекультурной основы, глобальных процессов интег-

рации и утверждения свободы. Возможно, здесь есть и другое] не менее важное основание. Нужно обсудить вопрос, не согласующийся с традиционным видением данной проблемы (отраженным и в этой книге): не являются ли прецеденты — в не сколько ином обличье — характерными и для романо-герман-[ского права и, стало быть, одним из изначальных элементов права вообще?

В целом же можно с уверенностью считать, что во всех пра-1вовых системах современности определяющим фактором, от-|ражающим отмеченные общецивилизационную и общескультурную основу, единые общечеловеческие начала, права человека, является развитие всех стран в направлении современного гражданского общества, вбирающего основополагающие ценности цивилизации, среди которых важная роль принадлежит основополагающим правовым ценностям, началам правозаконности.

## Глава десятая Право России

### I. Исторические предпосылки. Советское право

1. Исторические предпосылки, предопределяющие развитие и перспективы права в России, сложны и противоречивы. Среди этих предпосылок обычно в центре внимания находятся факторы негативного характера (имперская государственность, общинный коллективизм, феномен советского права), которые отодвигают право как таковое на периферию общественного развития, порождают правовой нигилизм, приоритет критериев нравственности, совести, идеологию права власти.

При всей справедливости таких оценок (о них — дальше) нужно все же обратить внимание на наличие в России и благоприятных исторических предпосылок, предопределяющих саму возможность прогрессивного развития права как явления цивилизации и культуры, права гражданского общества.

Эти предпосылки относятся к истокам формирования российского общества, к начальным, доимперским стадиям его развития. Они связаны с особенностями становления российской народной общности, в том числе с преимущественно мирным расселением русских славян, восприятием ими достижений северо-западной европейской культуры.

Подтверждением наличия таких предпосылок стало и фактическое развитие российского права.

Примечательно, что в качестве одного из первых российских правовых памятников выступили заключенные русскими князьями в X в. договоры с греками, которые были призваны юридически опосредовать внешнеторговые отношения с южными странами-соседами, находившимися на довольно высокой стадии экономического и правового развития.

Достоинно внимания и то, что вместе с православием, а в связи с этим вместе со всей византийской культурой на российскую землю распространился дух позднеимперского права — величайшего шедевра мировой юридической культуры. Свидетельством этого стал ряд юридических документов православной Руси — в первую очередь Русская Правда (XI в.).

Заметное влияние на доимперское российское право оказала, по всем данным, весьма передовая североевропейская



правовая культура, утвердившаяся на российских просторах вместе с русскими князьями (варягами), с норманским пластом европейской цивилизации.

Самое же существенное — это то, что достижения правовой культуры, имеющие общеевропейское значение, воспринимались в России с учетом своеобразия доимперского общества. Отсюда самобытность российского права, ряд его прогрессивных, привлекательных сторон (таких, в частности, как смягченное кулачное право, элементы состязательного процесса, дифференциация вины и др.).

Высокий уровень доимперского российского права, выраженного в ряде судебных грамот, судебных грамот, уложений, подтверждается, помимо прочего, тем, что в долгие годы татаро-монгольского ига российское право не подпало под влияние восточных юридических догм и постулатов (также весьма значимых, но относящихся все же к другим сферам цивилизации).

А вот имперская государственность, воцарившаяся в России в XVI—XVIII веках христианской эры (которая, несмотря на свое европеизированное обличье, коренится в ордыно-ханских истоках), если не сломала, то во всяком случае подмяла, отодвинула исконные российские правовые начала, не дала раскрыться их прогрессивным потенциям. Вместо этого в русской имперской юридической системе возобладали формализовано-бюрократические каноны и нравы, механически воспринятые регламенты феодальной Европы, соединенные с доморощенной восточно-варварской чиновничьей практикой. В этой обстановке утвердилась, притом в феодально-абсолютистской интерпретации, идеология права власти, резко противостоящая естественно-правовому мировоззрению, прирожденным правам человека. Негативную роль сыграли здесь и укоренившиеся в российской жизни начала общинного коллективизма, отторгающие индивидуалистическое правопонимание.

Только во второй половине XX в., после потрясения, вызванного поражением в Крымской войне, и последовавшего затем освобождения крестьян от крепостной зависимости\* развертывания земского движения, возникли условия для воскресения древних российских правовых начал. И потому успех судебной реформы 1864 г., которая, надо полагать, стала самым крупным и наиболее перспективным, обнадеживающим событием в области политико-государственной жизни дооктябрьской России, во многом обусловлен как раз той прорвав-

шейся через века «памятью права», которая позволила выдвинуть именно право и судебную культуру в качестве ключа к проведению назревших демократических преобразований российского общества.

Годы, непосредственно предшествующие большевистскому перевороту Октября 1917 г., — это годы резкого подъема российского правоведения, выхода его на самые передовые рубежи мировой юридической культуры. В это время российскими юристами был подготовлен ряд крупных законопроектов, судебская и адвокатская деятельность стала рассматриваться как одна из самых престижных и гражданственных, а ведущие российские правоведы сделали кумирами интеллигенции, молодежи.

2. Судьбу российского права невозможно понять, если не учитывать влияния на него большевизма — радикально-воинствующего крыла социал-демократической партии, названного уже после 1917 г. коммунистической партией.

Большевизм в России имел некоторые исторические корни. Это идеология русского бунта, анархистско-социалистические течения народников, движения Бакунина, Кропоткина, «героика» Нечаева. И все же главное в российском большевизме — это предельное, последовательное и обнаженное выражение марксистской доктрины. Назовем следующие основные черты большевизма (ленинизма):

во-первых, крайне утопический характер программы большевизма, его целей и задач, что придало большевистской программе привлекательный для бедных и обездоленных людей, соблазнительно-коварный характер (следует отметить в этой связи такие лозунги большевиков, как немедленное после захвата власти введение коммунистических начал жизни, быстрое устранение пороков эксплуататорского строя, дележ богатств — «грабь награбленное», отмирание государства и т. д.);

во-вторых, радикально-революционный путь достижения поставленных целей и задач, основанный на насилии, заговоре, на вооруженном завоевании власти и подавлении контрреволюции, установление ничем не ограниченной диктатуры, что привлекло на сторону большевиков романтически-решительных людей, радикалов, авантюристов.

Эти *черты* большевизма, пронизывающие всю практическую деятельность большевиков-ленинцев, характеризующие сущность и функционирование созданного на этой основе дикта-

горского режима власти, *отвергали саму возможность существования сколько-нибудь развитого права*. Ибо развитое право не приемлет постановки утопических целей и задач, далеких от реальной жизни людей, а еще более — идеологии и практики насилия, вседозволенности, попрания личности, ее неотъемлемых прирожденных прав.

Право рассматривалось идеологами большевизма по юридическим вопросам (Стучкой, Пашуканисом и др.) в качестве контрреволюционного элемента, оставшегося от прошлого, реакционного института, участь которого — скорое и желаемое отмирание.

Большевистские идеология и практика признавали оправданным, в сущности, одно лишь «революционное» право и «революционное» правосознание.

3. Право в советском обществе до начала 90-х годов и было в основном продуктом и средством юридизированного обеспечения теории и практики большевизма и соответственно радикального военно-коммунистического строя, прикрываемого идеологизированными понятиями и терминологией «научного социализма». По своей природе оно представляло собой право власти, соединенное с правом войны.

Эти оценки не меняет то обстоятельство, что в первые десятилетия Советской власти появилось большое количество юридических документов. Ведь даже Октябрь 1917 г., ставший выражением осуществленного по законам террористического заговора государственного переворота, ознаменовался широковещательными юридическими документами — декретами. Великое множество декретов, иных актов издано в последующие годы; появилась целая серия сменяющих одна другую конституций — 1918г., 1924 г., 1936 г.

Но революционные декреты служили, по прямому признанию Ленина, прежде всего целям пропаганды. Главное же состоит в том, что и они, и весь гигантский массив юридических документов, как и практика юридических органов, строились в соответствии с духом «революционного» правосознания, никак не связывали всевластие партийных чиновников и административного аппарата партийного государства, юридически облагораживали ничем не ограниченные внесудебные и судебные репрессии, расправу с неугодными, «контрреволюционерами» и «оппозицией».

С учетом этого необходимо отметить две особенности советского «революционного» права, выражающие его тоталитарную природу.

1) Декреты и иные нормативные документы того времени реально включили в жизнь тот неправовой в юридическом смысле инструмент регуляции, который, как тогда представлялось, был обусловлен потребностями революции, а в действительности обосновывал, оправдывал прямые насильственные действия и акции, опирающиеся на «революционное» правосознание. Такой настрой легализовал и обосновал насилие и стал предпосылкой оправдания произвола, беззаконий и в первое послеоктябрьское время, и в особенности в условиях сталинского тоталитаризма, репрессивного строя. Такого рода насильственные действия, акты террора занимали все большее место в жизни общества, придав публично-правовой облик всей правовой системе.

2) Тоталитарные идеологические моменты непосредственно заключались в ткань революционного права. В обстановке сталинского режима они вылились в диктат догматической идеологии (прикрываемой наименованием марксизм-ленинизм, понятиями и терминами социализма), которая, подчинив право, пропитав его догмами, превратила правовую систему в предельно заидеологизированную, тоталитарную, привела к утрате коренных правовых ценностей.

Советская юридическая система (вопреки тому, что уготовано праву историей) выступила как сугубо государственная, диктаторски-публичная и не только ни в чем не стала преградой диктатуре, террору, вакханалии беззакония, но и стремилась придать всему этому законный облик.

4. Суть, природа права в советской России не изменилась и в условиях, когда развеялась романтика декларированного «революционного» права и когда после ожесточенной борьбы в правящей коммунистической верхушке в конце 1920-х годов в Советском Союзе утвердилась единая сталинская диктатура.

В обстановке единой сталинской тирании получил развитие феномен советского права. Это право официально именовалось и действительно должно быть признано советским потому, что оно функционировало в обществе, где официально государственная власть сосредоточивалась в руках у «полновластных» Советов. Советы в официальной идеологии изображались в качестве высшего типа демократии, и офи-

циально провозглашаемые достоинства Советов (служение трудящимся, близость к массам, всевластие и др.) распространялись, таким образом, и на юридическую систему. Это создавало внешне привлекательный облик советского права. В действительности же влияние Советов на существующую при коммунистическом режиме юридическую систему связано с тем, что Советские представляли собой неразвитую, несовершенную государственную форму неинституализированной непосредственной демократии (маскировавшей и впрямь всеильную партократию). Это предопределяло столь же несовершенный характер советского права, его неразвитость.

Существовал в советском праве и пласт законодательства, в какой-то мере опиравшегося на культуру, на традиции и юридическую технику романо-германского права. И этот факт, входящий в противоречие с насильственно-революционным характером и идеологическим содержанием советской правовой системы, свидетельствовал о потенциальном наличии в ней позитивных элементов правовой культуры.

Речь идет о принятом в 1922 г. Гражданском кодексе РСФСР, т. е. о создании и развитии гражданского законодательства, хотя и оно в силу огосударствления общества, тоталитарной природы советского права, да и в силу прямых указаний В. И. Ленина не рассматривалось в качестве частного права.

Хотя гражданскому праву не был (да и не мог быть) придан статус частного права, и ему, вошедшему в жизнь общества еще в начале 20-х годов, не довелось в то время и в последующие годы фактически реализовать свою миссию, все же позитивный правовой фактор в советском обществе уже появился. Он повлиял на развитие других отраслей права, правовой культуры. С конца 30-х годов в результате обстоятельств, о которых шла речь в главе первой, этот фактор стал предпосылкой для возрождения и развития аналитического правоведения. Правда, в содержании гражданского законодательства начиная с 1930 г. появились новые «следы» господства репрессивной тоталитарной системы, и оно вместе с другими отраслями служило целям ее юридизированного прикрытия и фальсификаций, однако в основном именно с ним сопряжен правовой прогресс в нашей юридической системе. Недаром наука гражданского права, стремящаяся осмыслить это достижение цивилизации, все время находилась под жестким огнем критики со стороны последовательных приверженцев административ-

но-бюрократического хозяйственного управления, проповедующих идеи хозяйственного права.

5. В связи с позитивными элементами в советском праве необходимо обобщенно охарактеризовать их.

Поскольку в советском обществе использовался для решения прагматических задач феномен писаного права, то это неизбежно влекло за собой отработку юридико-технических механизмов правового регулирования, известное совершенствование правовой материи. По логике права это влекло за собой разработку и утверждение, пусть в то время и формальное, в правовой действительности основополагающих правовых институтов и категорий, таких, в частности, как «субъективное право», «правовая ответственность», «правовые гарантии», «правовые санкции» и т. д. Утверждение таких институтов и категорий не только имело пропагандистское значение, но и, по существу, довольно основательно подготавливало условия для того, чтобы при благоприятных обстоятельствах были наготове наработки, необходимые для воссоздания в России незыблемых правовых начал.

Принципиально важную роль в развитии права в советских условиях сыграл и тот факт, уже отмеченный в первой главе, что в конце 1930-х годов после взаимного самоистребления правоведов-ленинцев к активной научной и преподавательской работе вернулись правоведы дооктябрьской поры, являвшиеся носителями высокого уровня правовой культуры, которым отличалась Россия к 1917 г. Они в известной степени возродили в суровой действительности тогдашнего времени высокий дух права, необходимость его возвышения, всестороннего его использования и углубленной разработки.

6. Несмотря на наличие в советском праве известных позитивных элементов, не следует упускать из поля зрения его суть, главный стержень — его особенности как права власти, соединенного с правом войны, когда достоинства писаного права используются в целях поддержания существования нежизнеспособной социалистической системы, обеспечения партократического господства, провозглашения и попыток реализации утопических коммунистических целей. Советское право неизменно оставалось составной частью единой тоталитарной системы, существующей в условиях всеильного господства партократии, узаконенного произвола карательно-репрессивных органов, де-

коративной роли якобы всевластных Советов, формально провозглашаемого принципа власти трудящихся.

Основные особенности советского права как своеобразного явления в истории права, занимающего особое место даже среди идеологизированных правовых систем (отмеченной ранее четвертой группы семей), состоят в следующем.

Во-первых, советское право под углом зрения гуманистических показателей — это неразвитое, несовершенно право: оно даже по сравнению с правом, существовавшим в России до 1917 г., оказалось отброшенным назад, утратило утвердившиеся в дооктябрьском праве прогрессивные тенденции. К 1970—1980 гг., несмотря на ряд технико-юридических достижений в позитивном праве, оно так и осталось, по существу, своего рода гибридом права власти и права войны.

Во-вторых, советское право — огосударствленная, опубликованная юридическая система в том смысле, что в ней проводится всеобъемлющий и безусловный приоритет государственной власти и государственной собственности над личностью и персонализированным имуществом, исключается частное право, а предоставление прав отдельным лицам ставится в зависимость от усмотрения государственных органов, должностных лиц, чиновников.

В-третьих, советское право лишено всеобщего характера: оно оставляет широкий простор для внеправовой деятельности, связанной с основными вопросами жизни общества и осуществляемой коммунистической партией, которая находится вне регулирования со стороны закона и в то же время напрямую командует репрессивно-карательными органами, всем управленческим административным аппаратом.

В-четвертых, высшим и безусловно обязательным критерием для оценки действий и событий является не закон и тем более не природные права и свободы человека, а идеологические догмы и партийные решения, с которыми — по утвердившемуся в обществе порядку — должны соотносываться и законы, и юридическая практика.

В-пятых, в советском праве реально большей юридической силой обладают не законы, а подзаконные нормативные акты, прежде всего ведомственные инструкции, которые нередко блокируют законы, устанавливая такой режим и порядок поведения, которые соответствуют интересам ведомств, чиновничьего аппарата.

В-шестых, советское право, вопреки исконной природе права, стало носителем государственной лжи, фальсификаций, коммунистической пропаганды. В партийных и государственных документах, в самих текстах законов оно изображалось в качестве воплощения воли народа, подлинно демократического права, его высшего исторического типа.

Советское право останется в истории как некий правовой уродец — лживый, нежизнеспособный, утративший истинное предназначение права и используемый в партийно-узкорыстных, несправедливых целях<sup>1</sup>.

7. После смерти Сталина, со второй половины 1950-х годов, особенно в обстановке хрущевской оттепели, в советском праве, как и во всей советской общественной системе, были осуществлены известные преобразования.

В законодательстве было упразднено то, что во второй половине 30-х годов и в последующие годы способствовало незаконным репрессиям, — действие внесудебных карательных органов, ограничения процессуальных гарантий. Во второй половине 50-х и в 60-х годов состоялась общая законодательная реформа, были обновлены основные отрасли законодательства — уголовное, гражданское, процессуальное, трудовое, семейное, земельное. Издавались новые крупные законодательные акты, в частности, об охране окружающей среды, охране атмосферного воздуха, животного мира. Наконец, в 1977 г. была принята новая (брежневская) Конституция.

Однако эти преобразования лишь в малой степени затронули саму суть, тоталитарно-силовую природу советского права (были осуждены и отменены наиболее крайние, одиозные ин-

<sup>1</sup> Надо признать, что указанные и некоторые другие негативные стороны советской правовой системы были подмечены в зарубежной научной и публицистической литературе. Вот как пишет об этом В. Чалидзе: «Итак, можно сказать, что критики советского права в прошлом выступали со следующими требованиями:

- ограничение примата интересов государства в праве;
- ограничение вмешательства партии в юридическую практику;
- минимизация или устранение роли идеологии в праве;
- признание невторостепенности гражданских и политических прав по сравнению с социально-экономическими;
- признание международных стандартов прав человека;
- развитие закона и уменьшение роли секретных подзаконных актов;
- усовершенствование законодательной техники;
- усовершенствование и увеличение роли процедур» (Чалидзе В. Заря правовой реформы. С. 37).



статуты и установления). Они не изменили общего облика советской правовой системы, имеющей тоталитарный характер. Не изменили во многом потому, что законодательные нововведения, в сущности, не затронули главного — доминирующего "положения административно-командного управления, безраздельного господства всевластного партаппарата, всевластия монопольной бюрократической государственной собственности, репрессивной деятельности карательных органов и в целом осуществления политико-государственной деятельности помимо права. В этих условиях не обрели нужной силы законы, прежде всего гражданское законодательство. И в обновленном законодательстве, и в новых юридических документах не были установлены сколь-нибудь действенные юридические механизмы, которые ставили бы деятельность ведомств в четкие законодательные рамки, обеспечивали бы юридические возможности для того, чтобы противостоять их диктату, командно-нажимным акциям, авторитарным методам, реально утверждали бы не только ответственность гражданина перед государством, но и ответственность государства перед гражданином.

Во многом произведенные в то время в законодательстве изменения носили косметический характер, свелись по большей части к лакировке законодательства, еще большему насыщению его идеологическими положениями, социалистическими догмами. В этой связи, например, новый, еще более «социалистический» ГК 1956 г., несмотря на тщательную технико-юридическую отработку ряда институтов и норм, был даже шагом назад по сравнению с ГК 1922 г., во многих своих частях воспроизводившим в чистом виде проект дореволюционного гражданского уложения.

С середины 1960-х годов, в годы брежневского неосталинизма, попытки каким-то образом преобразовать советскую юридическую систему и вовсе прекратились. В эти годы под покровом «социалистического права» усилились негативные социальные явления: разложение аппарата, коррупция, организованная преступность, мафия, безответственность и безнаказанность руководящих лиц, грубые нарушения законности — все то, что в юридической сфере выражало углубление в стране экономического и социально-политического кризиса. Не стала поворотным пунктом в развитии правовой системы и Конституция 1977 г. Она оказалась документом, в полной мере соот-

ветствующим брежневскому времени (безвременью): в ней было много пустых, ничего не значащих в то время красивых пропагандистских положений (например, о гласности как элементе демократии, о союзных республиках как носителях суверенитета); в целом она имела декларативный характер и, создавая привлекательный, внешне демократический государственно-правовой фасад, прикрывала и даже легализовывала фактическое господство тоталитарной системы.

## II. Российское право в переходный период

1. 1985 год ознаменовал поворот в жизни нашего общества. Наметились преобразования и в юридической области.

Наиболее заметные изменения в советском праве, во всей правовой системе советского общества начались в 1988—1989 гг.

Решающее значение имел здесь объявленный лидерами перестройки курс на создание правового государства, который по самой своей логике при необходимых адекватных экономических и политических условиях должен вести к верховенству права в социальной жизни. Уже в те годы указанный курс (несмотря на скромность его реальных результатов) повлек за собой серьезный перелом в господствующей идеологии: в ней утвердились ведущие формулы юридического мировоззрения — господство закона, верховенство права (хотя достаточно четкие представления об их действительном содержании, к сожалению, отсутствовали), причем утвердились не только в официальном лексиконе, но и в общественном мнении.

Сами же начавшиеся преобразования в правовой сфере связаны в основном с внесенными в 1988 г. изменениями в действовавшую Конституцию, с проведенными после этого демократизированными выборами в законодательные органы, с вступлением в действие в 1989 г. постоянно работающего Верховного Совета СССР, а спустя некоторое время и Верховного Совета России.

В 1989—1991 гг. и были заложены некоторые элементы правовой основы демократического общества. В ходе работы обновленного, хотя и скованного традициями и элементами прошлого союзного парламента в 1989—1991 гг. и настроенных на радикальные нововведения правотворческих учреждений России (история рассудит и оценит издержки и потери, связанные с борьбой за власть, с провозглашением в рамках союзного государства «верховенства» республиканских законов) было

сделано немало для того, чтобы придать новый облик правовым институтам и учреждениям.

Из российского законодательства, прежде всего конституционного, уголовного, административного, процессуального, устранены многие положения, целые институты, которые в той или иной форме юридически прикрывали беззаконие и репрессии, своеволие администрации и чиновничества. Шаг за шагом шло высвобождение права из-под идеологического гнета.

В это же время произошло превращение в реально действующие нормы ряда декларативных конституционных положений, которые в свое время были внесены в конституционный текст в пропагандистских целях (таких, как положения о всевластии народа, о демократии как основном направлении развития государственности, о гласности, о презумпции невиновности). К сожалению, акцент на реальном действии другого ряда конституционных положений играл и негативную роль, препятствуя в какой-то мере проведению реформ (таковы, например, положения Конституции 1977 г. о едином народнохозяйственном комплексе, о государственной собственности) или даже давая конституционное основание для разрушительных, в частности, сепаратистских процессов (таковым, например, оказалось положение о союзных республиках как суверенных образованиях).

Самое же существенное в рассматриваемый период — это разработка и принятие действительно демократических законодательных актов, причем начиная с лета 1989 г. они принимались постоянно действующим законодательным органом (Верховным Советом) самостоятельно, без предшествующей стадии, ранее игравшей решающую роль, — утверждения законопроекта высшим партийным учреждением — Политбюро ЦК КПСС. Среди таких актов, принятых еще Верховным Советом СССР, можно назвать в политической области — законы о гласности, об общественных объединениях, в области экономики — законы об аренде, о собственности.

В законодательной системе появились законоположения, свидетельствующие о придании правам человека высокого правового статуса (в СССР и в РСФСР, причем в более разработанном виде, принимаются Декларации о правах и свободах человека и гражданина).

2. В начале 90-х годов появилось и стало доминировать такое мнение о преобразованиях в правовой области, в соответ-

ствии с которым многое, что необходимо для утверждения в жизни правового государства, уже достигнуто. Нужно только принять новую Конституцию, еще десяток-другой законов по нерешенным вопросам, а там дело лишь за тем, чтобы обеспечить их реальное действие, полное фактическое применение, — вот и наступит эра правового государства, окажутся созданными надлежащие условия для демократии и рыночного хозяйства.

Такого рода мнение оказалось, однако, иллюзорным.

Законодательные преобразования, осуществленные в 1989—1992 гг., при всей значительности перемен все же противоречивы, не могут быть оценены однозначно. А главное — они не дали, да и не могли дать ожидаемых результатов, не привели и не могли привести к кардинальным изменениям в обществе.

Причин тому несколько.

Во многих случаях сами законы оказались половинчатыми, не содержащими действенных юридических механизмов, обеспечивающих их реализацию, фактическое претворение в жизнь (в частности, в законы о собственности не были заложены механизмы, способные юридически обеспечить ее разгосударствление).

Возник параллелизм в законах, вспыхнула «война законов», что парализовало законодательные новеллы. Особо проявилось это во второй половине 1991 г., когда союзные республики все еще существовавшего тогда союзного государства конституировали себя в качестве суверенных государств.

Отстали в своем реформировании правоохранительные органы и, что наиболее существенно, органы правосудия.

До конца августа 1991 г. жизнь общества сковывали реакционная номенклатура, все еще могущественный, и вездесущий партаппарат. Да и все общество, все его структуры и подсистемы далеки были от полной готовности к коренным преобразованиям. Поэтому многие преобразования, выраженные в законах, не воспринимались реально, в социальной жизни отторгались, вызвали негативные, уродливые последствия. Эта обстановка в немалой степени сохранилась и после поражения августовского (1991 г.) путча, формального устранения из политической жизни партаппарата и распада в конце 1991 г. СССР, когда Россия утвердила себя как полностью самостоятельное государство со своей суверенной правовой системой.

Что же касается самой российской юридической системы, то важно учитывать, что указанные ранее изменения хотя и

существенные, но все же частные. Несмотря на крушение в 1991 г. партokratической власти и имперской государственности, вплоть до осени 1993 г., до падения системы Советов, российское право оставалось неразвитой юридической системой, «застывшей» по основным своим характеристикам на ступени права власти. Особо негативное значение имеет то обстоятельство, что эта система отличалась в целом опубличенным, огосударствленным характером.

До осени 1993 г. процессы созидания действительно демократического российского права сдерживались не только сложной экономической и политической обстановкой, изнуряющей борьбой за власть, но в первую очередь господствующей системой Советов — оплота реакции, антиреформаторских сил.

Наряду с указанными обстоятельствами одно из слабых мест в сложных процессах становления российского права как важнейшего звена формируемого гражданского общества — это отсутствие достаточно обоснованной, выверенной теорией и практикой правовой политики в России. Хотя принимаемые в этом отношении меры подчас и носили название реформ (например, судебная реформа), многие государственные акции в этой области нередко имели случайный, поверхностный характер, были лишены единой стержневой линии, четких ориентиров и приоритетов.

3. Несмотря на сложность, противоречивость, неоднозначность оценок событий, происшедших в России в сентябре—октябре 1993 г. (это связано с актами насилия, применением 3—4 октября 1993 г. вооруженных сил), нельзя не признать, что именно после этих событий были приняты крупные, в сущности первые по-настоящему значительные законодательные акты, способные заложить прочный фундамент современного российского права. Это Конституция Российской Федерации (принята на референдуме 12 декабря 1993 г.) и Гражданский кодекс (первая часть Кодекса принята Федеральным Собранием 21 октября 1994 г.).

И тот и другой акты заложили некоторые исходные элементы права современного гражданского общества. Для них характерны либерально-демократическая направленность конституционных, законодательных установлений, тенденция к возвышению личности, прав человека, к известному ограничению государственного вмешательства в жизнь общества, к более высокому статусу правосудия.

Однако и эти акты не знаменуют собой кардинальный поворот в развитии права в России, такой поворот, который бы свидетельствовал о конституировании в России прочных основ права современного гражданского общества.

И дело не только в том, что в России еще не сложились другие предпосылки гражданского общества, без которых позитивное значение правовых институтов по-настоящему не может быть раскрыто (речь, в частности, идет о реальном доминировании в обществе частной собственности, о наличии конкурентной рыночной среды, об умеренности государственной власти, ее фактическом подчинении демократическим принципам и др.). Дело еще и в том, что и в самой правовой материи, которая должна образовать основу современного российского права, имеются существенные недостатки.

Так, если новый ГК в общем создает нормативную базу частного права — важнейшего элемента права современного гражданского общества, то новая российская Конституция не в полной мере реализовала заложенный в первые варианты ее проекта замысел — стать Конституцией Человека, в которой фундаментальные природные права человека являются исходным и определяющим центром всей государственно-политической, общественной жизни. В ней положения о фундаментальных правах человека оказались не только отодвинутыми с заглавного места (первая глава в соответствии с советскими традициями посвящена общим положениям, в незначительной степени декларативным, но и «перемешанными» с социально-экономическими правами гражданина, которые ставят человека в зависимость от власти. Из окончательного текста исчезли и такие ключевые моменты, как записи о «выводимости» прав человека из его достоинства и о том, что частная собственность является естественным правом человека.

Вызывает озабоченность и то обстоятельство, что ни Конституция, ни ГК не стали в полной мере работающими документами, с которыми соотносилась бы вся жизнь российского общества. Военная акция в Чечне в конце 1994 — начале 1995 г., по ряду пунктов не согласующаяся с конституционными, правовыми началами, во многом подорвала саму перспективу формирования в России права современного гражданского общества. Пока еще не повлиял на правовую атмосферу хозяйственной жизни, на всю систему регулирования экономических отношений ГК. До сих пор остается лишь декларируемой задачей проведение основательной судебной реформы, кото-

рая привела бы к формированию в России независимого и сильного правосудия.

Российское право ' о́йчас на перепутье. Известные шаги в сторону правового прогресса еще не привели к формированию в России права современного гражданского общества.

### III. На пути к праву гражданского общества

1. В России, как и в ряде других стран, объявивших себя социалистическими, потерпели поражение и сама социалистическая система, и идея строительства социализма, сознательно конструируемого и создаваемого совершенного общественно строя, способного дать людям светлое будущее. С роковой неизбежностью такого рода утопические попытки оборачивались тем, что складывался строй неэффективной экономики, тоталитаризма, диктатуры, насилия над людьми, устраняющий из их жизни ценности цивилизации и культуры (хотя понятно, что гуманистические социалистические представления неизменно сохраняют свою ценность и по мере экономического и духовного развития общества, как свидетельствует история, опыт передовых демократических стран, воспринимаются в общественной жизни).

Будущее России — свободное гражданское общество.

Такое общество, его формирование, функционирование требуют качественно обновленного права.

Однако сами по себе законы, сколь бы много их ни было и как бы значителен ни был их демократический потенциал, не изменят ситуацию в действующей, все еще во многом огосударственной правовой системе России.

Российское общество нуждается в том, чтобы в праве произошла крутая и решительная смена координат, принципиальное изменение самой сути, «настроенности» правовой системы, самой ее органики.

Это предполагает, во-первых, строгое определение общей направленности правовых преобразований, а во-вторых, «очеловечение» российского права.

2. В настоящее время правовая реформа концентрируется на коренных задачах демократического преобразования России — на создании правовой основы демократии, рыночного хозяйства, а в итоге — на создании правового государства.

Это действительно коренные проблемы правовой реформы, проблемы первостепенные, в высшей степени ответственные.

Вместе с тем нужно видеть и стратегическую цель, в соответствии с которой Россия должна идти к свободному, современному гражданскому обществу.

Современное же гражданское общество, характерное для либеральных цивилизаций, передовых демократических стран, — это как раз такая стадия мирового общественного развития, на которой в соответствии с высоким уровнем экономики, духовной жизни, народного благосостояния и следует ожидать вершины развития права, его силы и достоинств.

Сообразно этому современное гражданское общество призвано быть правовым обществом, обществом Права.

Именно общество Права должно стать наиболее значимой целью и показателем реформирования России, причем такой целью и таким показателем, которые характеризуют его как более высокую, чем просто правовое государство, общечеловеческую ценность.

3 Наряду с тем, что необходимо четко определить общую перспективу преобразований правовой системы России, важно выделить центральный пункт, ключевое звено таких преобразований.

Таким центральным пунктом, ключевым звеном является то, что с известной долей условности может быть названо «очеловечением» права. Из государственной в целом системы, во всех подразделениях которой так или иначе доминируют публичные начала, из «государственной воли, возведенной в закон», право должно превратиться в правовую систему, где приоритет принадлежит воле и интересам человека. Место юридической надстройки, нацеленной на кару, запреты, ограничения, должно заступить великое достижение цивилизации, воплощающее начала справедливости и возвышение личности, — система институтов, построенная на правах и потому названная правом. Только тогда окажется возможным формирование действительно правового гражданского общества, а рынок и демократия получат надежные правовые устои.

Каковы же пути «очеловечения» права, возвращения права к его истинному, цивилизованному облику и предназначению, столь необходимым в свободном демократическом, современном гражданском обществе? Наиболее существенны здесь три грани проблемы, соответствующие основным институтам и принципам, способным возвысить право, придать ему такой статус, когда оно может стать над властью, умерить и обуздать ее.



*Первая.* Это воссоздание частного права, его достойное, высокое место в правовой системе. Частное (или гражданское, гражданское, гражданское) право, в сущности, было искоренено при советском режиме: гражданское законодательство было в немалой мере огосударствлено, обескровлено, да и подвергалось остракизму со стороны официальной правовой доктрины, концепции хозяйственного права.

Между тем частное право, как отмечалось в разделе о структуре права, не просто одна из отраслей, а самобытная, в высшей степени своеобразная правовая сфера, куда, за исключением случаев, предусмотренных законом, заказан вход государству; это сфера юридического господства частных лиц, решения которых становятся тем не менее юридически обязательными: государство обязано их поддерживать, обеспечивать. Как рыночное хозяйство невозможно без персонифицированной частной собственности, точно так же сама частная собственность, предпринимательство, экономическая свобода, да и вообще свобода в обществе, невозможны без частного права.

Если в тоталитарном обществе, как это и освящено советской правовой доктриной, доминирующее положение занимают отрасли публичного права (конечно же, необходимые при любой системе) — уголовное, административное и др., то в правовой системе демократического общества на первое место выходит частное гражданское право.

В России крупный шаг в рассматриваемом направлении сделан в результате принятия Федеральным Собранием первой части ГК, построенного на началах частного права.

*Вторая.* Это придание общепризнанным фундаментальным правам и свободам человека значения определяющего звена,

центра демократической правовой системы. Движение российского законодательства в этом направлении уже обозначилось с достаточной определенностью. Но здесь нужно еще пере:

своего рода рубикон и в противовес устоявшимся императив

но-государственным традициям признать права и свободы ч

ловека непосредственно действующим правом в России. И

здесь,

как уже упоминалось, определенный позитивный шаг сделан

в

Конституции Российской Федерации, в которой

закреплено

непосредственно юридическое действие прав человека.

Необходимо еще раз подчеркнуть, что именно общепризнанные прирожденные права и свободы человека должны стать отправной точкой, инструментом «идейной» настройки, жестким критерием правового обустройства общества. Скажем, вполне обоснованная необходимость эффективной государственной власти с этих позиций должна реализоваться так, чтобы даже в перспективе, в непредсказуемых изломах политической жизни сильная власть никогда и ни в чем не могла бы стать угрозой для свободы людей, неотъемлемых прав человека. А это помимо всего прочего предполагает умеренность и упорядоченность власти, ее строгое подчинение закону и разрешительному порядку, в соответствии с которым любой госорган и любое должностное лицо вправе совершать лишь такие действия, которые прямо предусмотрены законом.

*Третья.* Это резкое возвышение роли суда в жизни общества. Ситуация здесь представляется сложной и даже обманчивой, поскольку может сложиться впечатление, что с созданием Конституционного Суда проблема третьей власти в России исчерпана. Между тем третьей властью является вся система правосудия, во всех ее ответвлениях. И тут приходится констатировать, что все иные суды — и общие, и арбитражные — продолжают находиться на обочине государственно-правовой жизни, не обрели в ней высокого, достойного положения.

Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь применения права. Данные теории, да и опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствует, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд, опираясь на Конституцию, на закон, на закрепленные в законе основополагающие правовые принципы, общепризнанные права человека, тоже «творит право». Поэтому придание решениям высших судебных инстанций функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным.

Понятно, что отмеченные грани «очеловечения» права должны с опорой на Конституцию найти выражение в законах, реализоваться в правовом бытии. Но прежде всего нужны концептуальное уяснение самой проблемы, сдвиг в понимании права демократического общества, решительные перемены в правовом мировоззрении и в правовой политике России.

### Несколько слов в заключение

В заключение хотелось бы сказать несколько слов о возможных, по мнению автора этих строк, перспективах развития правовой теории, в том числе отстаиваемой в работе институциональной концепции.

Конечно же, эта книга — лишь первая попытка разработки упомянутой концепции в такой ее научной интерпретации, когда она не скована идеологическими догмами (хотя, быть может, какие-то следы таких догм еще не удалось в полной мере преодолеть). Автор при этом стремился к тому, чтобы хотя бы в самой малой степени попытаться возродить уровень и творческую направленность российской либеральной правовой мысли, с таким достоинством заявившей о себе в начале нынешнего столетия.

Думается, существенное значение в будущем правовой теории, призванной продолжить традиции русской правовой школы, в том числе и в будущем институциональной концепции, должны иметь не только линии на преодоление недооценки права и на продолжение русской либеральной правовой мысли (Б. Чичерина, П. Новгородцева, Б. Кистяковского, И. Покровского, Л. Петражицкого, И. Михайловского, С. Гессена), но и нахождение реального, «предметного» (т.е. институционального) воплощения и обеспечения свободы личности. Такое воплощение и такое обеспечение с теоретической стороны и состоит в институциональной трактовке права, способного противостоять произволу государственной власти и быть действенной формой реализации естественно-правовых требований свободы личности.

Такая направленность в развитии теории права находится в согласии и с мировыми тенденциями правовой науки и практики, с ориентацией на восстановление и развитие фундаментальных ценностей права, накопленных человечеством.

Ценности права — великое достижение цивилизации и культуры — складывались веками, накапливались многотрудным опытом человечества, закалялись в его испытаниях. Их важнейшее свойство — непрерывность в развитии, накопление и утверждение все более совершенных и искусных механизмов и форм, когда право обретает особые качества, возникает последовательная правозаконность, в полной мере согласующаяся с рассматриваемой в этой книге институциональной концепцией.

Страшная беда нашего Отечества в том, что эти механизмы,

формы и этот непрерывный процесс, ознаменовавшийся расцветом юриспруденции в дореволюционной России, был грубо прерван. В годы господства большевизма право, сначала вообще отрицаемое, было низведено до уровня «инструмента государства», да к тому же «отмирающего», а основополагающие правовые ценности — устой правопорядка — безоговорочно преданы анафеме.

И вот сейчас, в нынешнее время, решение на деле много-сложных проблем, связанных с установлением в стране крепкого и надежного правопорядка, основанного на верховенстве права, как раз и должно состоять в том, чтобы вернуться к тем основополагающим началам отечественной либеральной и мировой правовой культуры, которые выстраданы человечеством в сложных перипетиях борьбы за возвышение прав человека, в борьбе с бесконтрольной властью, произволом, тоталитаризмом и которые, начиная с Возрождения и Просвещения, стали символом новейшей эпохи человечества.

Первейшая задача нынешнего времени — восприятие всех ценностей отечественной либеральной и мировой правовой культуры, творческий поиск новых теоретических решений во имя возрождения нашего российского Отечества.

15399

С. С. Алексеев  
**Теория права**

Лицензия № 040537 от 13 октября 1992 г. Сдано в набор 17.05.95.  
Подписано в печать 15.09.95. Формат 60x88/16. Бумага офсетная.  
Гарнитура .Тоигпа!. Печать офсетная. Объем 20 п. л. Тираж 15000.  
**Заказ № 500**

Издательство ВЕК  
129085, Москва, пр-т Мира, 101, офис 514

Отпечатано в АООТ «Оригинал»  
101898, Москва, Хохловский пер., 7.